

REVISTA CRITICA
DE DERECHO INMOBILIARIO

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

Año XXVII

Abril 1951

Núm. 275

El pacto de opción y el derecho que origina (*)

EL DERECHO REAL DE OPCIÓN: FUNDAMENTO, CARACTERES, CLASES, CONTENIDO.—SU INSCRIPCIÓN REGISTRAL

Fundamentos.—Fundamentos de orden práctico podrían aducirse muchos para el derecho real de opción: tantos como formas de manifestarse pueda tener éste. Pero si queremos encontrar un fundamento práctico de alcance general, no sabriamos indicar otro que la ventaja de que la propiedad inmueble caiga en manos de quien ha de obtener de ella el mejor rendimiento posible, puesto que el optionario no se decide a comprar hasta que no se cerciore de la total conveniencia de la adquisición, de la claridad en la formalización del título transmisivo de los derechos de los que tras causa, y se encuentra seguro de sus propios medios para aprovechar hasta el máximo la cosa objeto de su futuro derecho.

Siendo el derecho de opción un derecho limitativo del dominio, su fundamento está en el dominio mismo del propietario, quien siendo titular de la facultad de disponer libremente de la cosa, de la misma manera que puede enajenar su finca, o gravarla con servi-

(*) Véanse los números 273 y 274 de esta Revista.

dumbres, o garantizar con ella un crédito, puede también sujetarlo a una opción, reteniéndola de momento, aunque quedando él y sus causahabientes expuestos a tener que venderla por un precio fijado si así lo quiere el optionario. Ello por la sencilla razón —que apunta SALDAÑA— de que quien puede lo más, puede lo menos (87). Por eso llamaba OSSÓRIO al pacto de opción «pacto sobre la libertad».

Pero, sobre todo, el fundamento de la existencia de un derecho real de opción está, sencillamente, en su mayor utilidad. Cómo decía SALDAÑA, al hablar de la finalidad de este derecho, es preciso que el optionario no quede indefenso ante el incumplimiento. El no quiere indemnizaciones: quiere el inmueble. No es valioso una indemnización para unos cálculos preparatorios que se han venido haciendo durante el plazo de la opción y que luego se han derrumbado. Es preciso reconocerle, al menos, cuando las partes consientan en dárse-lo, una perseguidabilidad *erga omnes* y una protección de la fe pública registral.

Requisitos constitutivos de forma.—Desde luego, en principio, y a tenor del artículo 1.280 del Código civil, en relación con el 144 del Reglamento Notarial vigente, deberá constituirse este derecho en instrumento público cuya forma será la de escritura.

Esto en cuanto a las partes.

Pero para producir efectos contra tercero, además de constar en escritura pública, debe inscribirse en el Registro de la Propiedad, según el número 2 del artículo 2.^º de la Ley Hipotecaria. El artículo 14 del Reglamento Hipotecario exige sobre el particular, en su regla primera, convenio expreso de las partes para que se inscriba. LA RICA entiende que, por esta circunstancia, la naturaleza real del derecho de opción, es de constitución registral. Sin embargo, como ya se dijo en otro lugar, aunque para los efectos de la fe pública registral fuera necesario este requisito, el derecho de opción aun no inscrito, podría tener plena validez real entre las partes y frente a terceros que no hubiesen inscrito su derecho (88).

Efectos. a) Inter partes.—Este derecho de adquisición, siendo real, es *erga omnes* y su ejecución se dirige a la adquisición de la

(87) SALDAÑA: Ob. cit., págs. 747 y 748.

(88) Pues hay que pensar que de admitirse la posición del señor LA RICA, poco menos que todos los derechos reales tendrían esta naturaleza por su inscripción en el Registro, que sería constitutiva para todos.

cosa, por el precio convenido, de la persona que la tenga en su poder en ese momento. Si el derecho de opción no está inscrito, estos efectos reales regirán tanto entre las partes como frente a terceros posteriores adquirentes que tampoco hubiesen inscrito; de los que se reclamará la cosa mediante acción real. Este tercer adquirente, conocedor del gravamen que pesaba sobre la cosa, ya habrá adquirido el inmueble más barato por esta causa, compensándole la diferencia de precios, del riesgo de verse, dentro de un plazo dado y por el precio fijado, privado de su propiedad. Y si no conocía la existencia del gravamen, por no habersele notificado el propietario anterior, tendrá contra éste una acción personal por evicción.

WIELAND, que sigue el sistema suizo de considerar la opción como *ius ad rem*, opina que el titular del derecho de opción debe sufrir los efectos de hipoteca y otros derechos reales constituidos por el deudor; sin embargo, su valor debe deducirse del precio de compra anotado en el Registro. De este modo quedan a salvo los intereses del titular de la opción, aunque, como dice SALDAÑA, muy imperfectamente, pues el interés del optionario por la cosa (89) es para dar a ésta un destino, que tal vez se haría imposible o resultaría muy perjudicado, como, por ejemplo, en el caso de que el inmueble viniera gravado por una servidumbre, hasta el punto de que el quebranto sufrido en la finalidad proyectada por la cosa, podría no compensar la rebaja de su precio de adquisición. «El optionario —dice este autor— no sólo quiere la propiedad del inmueble; quiere también que éste se halle libre y desembarazado; apto para sus fines y negocios. Parece, pues, que debemos inclinarnos a considerar la opción como un derecho real de plenos efectos, y que las hipotecas y gravámenes inscritos no deben perjudicar a su titular. Se dirá que entonces queda atado el deudor, y la propiedad estancada; pero creemos que cuando éste ha consentido en la opción, puede decirse que ha dejado de ser propietario, y ya lo habrá hecho a buen precio; en efecto, ya no se lucrará con la plusvalía de su inmueble, ya no puede establecer en él ningún negocio sólidó y durable, ni encontrará arrendatarios en estas condiciones. Frente a esto, ¿qué importancia tiene que para constituir servidumbres que duren haya de ponerse de acuerdo con el titular de la opción?» En el sistema suizo, aunque sea la opción un derecho personal,

(89) SALDAÑA: Ob. cit., pág. 740.

por la anotación sus efectos son tan enérgicos como los de un derecho real. ROSSEL y MENTHA, en su *Manuel de Droit Civil suisse* (citado por SALDAÑA), y con respecto a las transformaciones hechas en los bienes inmuebles sujetos a opción, creen que el precio fijado no se mantendrá hechas estas transformaciones, edificaciones, etc., pues esto sería demasiado fuerte, aunque en realidad, la constitución de la opción supone condición tácita de mantener el estado actual del inmueble, por lo cual variarlo supone atacar los derechos del opcionario, pues no puede ejercerlos más que sobre el estado primitivo del inmueble, pero deberá daños y perjuicios. Critica SALDAÑA esta solución (90) por la dificultad en apreciar la importancia de las innovaciones hechas, que además pueden ser un medio de acción para la mala fe del propietario.

Siendo la opción derecho real—prosigue SALDAÑA— a) se opondrá a cualquier propietario del inmueble; b) el propietario gravado podrá vender lícitamente el inmueble; c) la opción que se adquiriese e inscribiese se adquiriría originariamente; el inscribiente sería tercero. d) La fecha de inscripción de la opción determinaría su rango hipotecario con preferencia a todo derecho no inscrito o anotado y a los personales y anotados, pero nacidos con posterioridad a la opción; e) deberán considerarse como no existentes las hipotecas y cargas inscritas después de la opción. La razón de ello es que quien quiso poder comprar el inmueble en un momento dado, lo quería tal como estaba, no completamente desfigurado por servidumbres, ya sean de paso, *altius non tollendi*, etc., que lo dejarían totalmente inservible para su objeto. Huc afirma que la opción es una oferta de venta en la que falta la aceptación del compromiso del vendedor de mantenerla; de suerte que cuando el comprador acepte el contrato definitivo, surja éste con efecto retroactivo; desde el momento de la oferta, trasladándose desde entonces la propiedad con la consiguiente enajenación de las condiciones y gravámenes concedidas en el intervalo por el vendedor. Negando, como nosotros, esta concepción, que ya se criticó sobre otros autores, SALDAÑA estima, sin embargo, estos efectos los más apropiados, si se considera la opción como un derecho real.

Criticando este autor la opinión de ROSSEL y MENTHA (citada pocas líneas supra) referente a las mejoras en los inmuebles sujetos

(90) SALDAÑA: Ob. cit., págs. 742, 743 y 747.

a opción, cree que la opinión de los tratadistas helvéticos, en lo que afecta a la transformación, no parece compatible con la naturaleza de un derecho real. Por fuerte que parezca el derecho a quedarse con el edificio puede alegarse que también los terceros sabían que habría opción, y que la intromisión del edificador no puede obligar a nadie a hacer desembolsos superiores a los que previó al contratar, y que tal vez no esté en posibilidad ni en conveniencia de hacer. La D. G. de los Registros, en su resolución de 28-1-1927, da como una de las razones para no admitir un tanteo especial con precio fijado de una vez para siempre, los vínculos que impondría a la propiedad, frenando las mejoras y estimulando el abandono de las fincas. GAVOSO es del mismo criterio, pues sólo da al propietario del inmueble los derechos recorocidos al usufructuario en los artículos 487 y 488 del Código civil, de compensar los desperfectos de los bienes con las mejoras y retirarlas, si fuera posible hacerlo, sin detrimento de los mismos. SALDAÑA no cree necesario plantearse el dilema de ROSSÉ Y MENTHA, creyendo que la solución está en un justo término medio de mantener siempre el derecho del titular de la opción a adquirir el inmueble, cualquiera que sean las transformaciones y construcciones, pero para evitar el enriquecimiento injusto debe ser obligado a indemnizar, aplicando por analogía los artículos 453 y 454 del Código sobre abono de gastos hechos por un poseedor de buena fe.

Sin embargo, tampoco estimamos que sea esta una solución a la dificultad del opcionario. El mismo inconveniente que representa para él el encontrarse con el inmueble en un estado distinto al que tenía cuando se constituyó la opción, y con unas transformaciones que le impiden o embarazan era dedicarle a la finalidad que se proponía, y que tal vez le acarreen nuevos gastos para devolver la cosa a su primitivo estado; lo representa también en el caso de que estas transformaciones no sean para él un impedimento o estorbo, el tener que sumar al precio de la cosa, el de la indemnización por dichas transformaciones que le supondrían un nuevo desembolso; con el que no contaba ni tenía por qué contar en realizar.

Però imagíñese la situación de opcionario que se encuentra, cuando se decide a hacer uso de su derecho; con unas transformaciones que ni deseaba ni esperaba; que le son perjudiciales para los proyectos de destino de la cosa, y qué, además de suponerle unos gastos

de destrucción, todavía tuvieran que indemnizar al propietario por aquella refacción inútil. Esto es absurdo. Pero también es absurdo e injusto que, ante estas dificultades haya el opcionario de renunciar a su derecho, por mucha indemnización que se le dé a cuenta de los perjuicios que le reporte esta renuncia; primera, porque esto es imposible, cuando su derecho sea de carácter real, y, segundo, por la difícilísima evaluación de estos perjuicios, que serían fuente de nuevas discordias y disensos. Si a ésto oponemos que tampoco es justo que el opcionario adquiera las transformaciones por el precio primitivo del inmueble, invocando el principio del enriquecimiento sin causa, no tenemos más que una salida: buscar para ésto una solución especial. Y esta solución no puede preverse íntegramente desde fuera.

Si las mejoras o transformaciones pueden retirarse sin perjuicio del inmueble, que las retire el propietario, pues no se ha consumado la accesión. Si son retirables con perjuicio de la cosa principal, suponga o no destrucción de la cosa incorporada, que las retire también, reparando los daños a su costa. Si se demostrase que las transformaciones no sólo no eran embarazosas, sino que tenían el concepto de expensas necesarias, e incluso procedentes, y en beneficio para el destino a que el opcionario pensaba dedicar la cosa, éste pagará el precio de las mismas y no procederá en su favor indemnización alguna, aunque siempre podría alegarlas como causa de rescisión o revisión judicial del contrato, invocando la cláusula *rebus sic stantibus*.

Pero todo, como decimos, ofrece insuperables dificultades para ser regulado desde fuera y sólo deberán tenerse estas normas como subsidiarias en caso de no haberse acordado nada sobre el particular en el momento de la constitución del derecho. En este momento es donde está la verdadera y única solución, y debiera regularse no una lista casuística de supuestos con sus difíciles soluciones, sino un precepto general que ordenara a las partes, en el momento de concertar un negocio con cláusula de opción, que redactaran unas capitulaciones sobre el régimen de transformaciones y mejoras que, en el interregno que el plazo va a poner entre el momento inicial del acuerdo y el último momento en que éste pueda convertirse en contrato eficaz, conjunto de obligaciones exigibles. Así, estableciendo, en evitación de futuras contiendas, la obligación de declarar la cla-

se de destino que se proyecta dar a la cosa ; acordándose prohibiciones o limitaciones de transformar, o al menos, convenir lo que se hará de cada clase de estas transformaciones en el momento de ejercitarse el derecho, la cuestión recibiría toda la claridad que desgraciadamente le falta. El optionario y el concedente sabrían ya a qué atenerse, y el juicio sobre la buena fe de su conducta sería con ello fácilmente formulable cuando hiciera falta decidir contra posibles reclamaciones por lesión o por incumplimiento.

De todas formas, y en plazo subsidiario, creemos posible aplicar el supuesto de ausencia de titulación de los contratantes, la preventión con que recoge el artículo 61 de la Ley Hipotecaria, que con referencia a la anotación preventiva de créditos refaccionarios, en el supuesto de fincas gravadas, impone el acuerdo de los titulares de los derechos reales en cuestión, sobre la «necesidad de la obra» y «cuantía» de la misma. Hay base para opinar que en el supuesto de un derecho real de opción, también el propietario que quiera hacer obras de refacción, tanto con capital propio como ajeno, ha de requerir al optionario para que preste su conformidad sobre la necesidad y cuantía de la obra.

B) *Frente a tercero*.—Estando inscrito el derecho real de opción, los efectos del mismo respecto de tercero serán los generales y propios de toda inscripción de derecho real, que ROCA SASTRE sintetiza de la forma siguiente :

a) El derecho de opción afectará a todos los propietarios de la finca objeto del mismo, así como a todas aquellas personas que posteriormente hayan adquirido algún derecho real sobre ella. Son los efectos *erga omnes* propios de todo derecho real, robustecidos por su inscripción en el Registro. Aunque implícitamente la constitución de un derecho real de opción implique para un propietario concedente una abstención de enajenar la cosa aceptada, no obstante, si la enajena, no por ello queda extinguido el derecho de opción con la consiguiente indemnización de perjuicios, sino que la enajenación es válida, pero el titular del derecho de opción puede exigir del nuevo propietario, quien quiera que sea, que le transmita la finca o derecho objeto de la opción, procediendo judicialmente en caso de resistencia. En cuanto a los gravámenes constituidos después de la inscripción, resultarán ineficaces frente al titular de la opción pudiéndose obtener su cancelación.

b) En cuantò al posible adquirénte o cessionario del derecho real de opción, cuando se considere constituido como transmisible, la inscripción del mismo producirá los efectos propios de la fe pública registral, o sea, que se presumirá existente el derecho de opción en beneficio del adquirente siempre que dicho cessionario reúna los requisitos exigidos para la protección en el Registro dispensa a terceros (artículo 34, L. H.).

El titular de la opción inscrita podrá, pues, ejercitar su derecho —dice LA RICA (91)— frente a quien *pro tempore* sea dueño de la finca; siempre que lo ejércite dentro del plazo y en las condiciones constatadas por el Registro. No estando inscrito el derecho real de opción, y, por consiguiente, careciendo ésta de la publicidad que le presta su inscripción en el Registro, el propietario concedente tendrá la obligación, al enajenar el inmueble a un tercero, de prevenirle de la existencia de ese gravamen; porque si el tercero no inscribe su propiedad y el optionario ejercita contra él su derecho, como el adquirente no tiene la consideración de tercero hipotecario, sino de parte obligada, y entre las partes los efectos de un derecho real se producen aunque no esté inscrito, se verá aquél privado de su propiedad por el precio de la opción, teniendo entonces acción personal contra el concedente que le transmitió el inmueble.

En lo que respecta a la protección del derecho real de opción no estando inscrito éste, tiene de todos modos efectividad entre las partes puesto que en nuestro sistema, los derechos reales nacen fuera del Registro, que sólo tiene, inter partes, una función declarativa. De la misma forma es ejercitable frente a terceros que no hayan inscrito su derecho o no lo hayan adquirido de buena fe, o lo hayan adquirido a título gratuito, casos todos no comprendidos en la protección *iuris et de iure*, el principio de la fe pública registral del artículo 34 de la Ley Hipotecaria, y que tendrán su protección en las acciones reales interpuestas en juicio ordinario de la cuantía correspondiente.

Si figurase inscrito en el Registro, no tratándose de una prohibición de enajenar, el propietario de la finca, igual que en el caso anterior, puede, como sabemos, válidamente enajenarla, pero el derecho del tercer adquirente que reúna los requisitos de tercero hipot-

(91) LA RICA: Ob. cit., pág. 29.

teario y que en el supuesto anterior sería inatacable, vería en éste resolverse su derecho a favor del titular inscrito de la opción, por el ejercicio de la acción resolutoria que según el art. 37, núm. 1 de la L. H., será ejercitable incluso contra tercero protegido cuando «deba ser su origen a causas que constén explícitamente en el Registro». Cuando el tercero no haya inscrito su derecho, podrá el titular de la opción inscrita actuar contra él por el procedimiento ejecutivo del artículo 41º de la misma Ley Hipotecaria.

La opción y el Registro de la Propiedad.—La inscribibilidad de la opción venía siendo defendida desde antiguo. OSSORIO Y GALLARDO (92) y CAMPUZANO (93), decían que la opción sobre inmuebles debía inscribirse en el Registro como una limitación de la facultad de disponer.

Sin embargo, también tuvo esta opinión contradictores. GAYOSO, por ejemplo, no admitía —reacio a la configuración real de la opción— esta inscribibilidad, alegando que a su modo de ver no existía tampoco modificación alguna de las facultades dominicales: «no hay tradición —decía—; no hay derecho real; sólo existe un vínculo de carácter personal», y ni siquiera sería solución el pacto expreso de inscripción, porque de todas formas, no habría tradición. «Es preferible —seguía— la solución de PLANIOL, cuando se aconseja hipotecar en garantía de la obligación sobre la misma cosa prometida, lo que garantizaría la indemnización, pero no la obtención del inmueble. En todo caso, si es que se quieren esos efectos, cabría la inscripción,—continúa— a través de una prohibición de enajenar, pactada con carácter real, es decir, una auto-limitación o participación del titular (sociedad de derechos) en la facultad de disponer, establecida mediante pacto, de modo que, sólo con el consentimiento del opcionario pudiera disponer el dueño». Esto lo permite la facultad de disponer, según el art. 348 del Código y el principio de la libertad de contratación de 1.285 del mismo cuerpo legal y equivaldría a un cierre del Registro. Critica esta opinión SALDAÑA, porque, en Res. de la D. G. de 14/IV/1921, considerando 3.º, se expresa que «las prohibiciones de disponer pueden ser absolutas, acreditativas de una situación jurídica negativa que se-

(92) OSSORIO: Ob. cit., pág. 94.

(93) CAMPUZANO: Ob. cit., págs. 394 y 395.

gún la inscripción parece perjudicar al total de un derecho real sin mencionar las personas a quienes favorece; o limitadas, establecidas en favor del mismo transferente para que pueda ejercitarse más provechosamente una acción, o de otras personas designadas o indicadas conocidas o determinables a quienes se reserva un derecho; y mientras las primeras impiden la entrada en el Registro de los actos o contratos expresamente prohibidos, no deben las segundas producir *ipso iure* el cierre de los libros ni la nulidad de las enajenaciones realizadas o de los gravámenes constituidos en cuanto aprovechen o no perjudiquen a la relación jurídica indirectamente protegida». También la Res. de 18/I/1918, opiniendo las prohibiciones de enajenar judiciales y legales a las convencionales declara que, «el espíritu de las leyes desamortizadoras latente en el Código civil impide, por regla general, la colocación de los inmuebles fuera del comercio de los hombres y el cierre del Registro de la Propiedad». «No parece, pues, esa condición de enajenar inscrita —dice SALDAÑA— que impidiera la enajenación posterior; en cambio, como en la inscripción constaría que ese pacto se convenía en garantía de la opción, parece que estimando su preferencia y el conocimiento del tercero, los Tribunales ampararían al titular de la opción contra todo posterior adquirente, es decir, que este pacto de no enajenar no sería más que un rodeo complicado y contrario a la técnica para conseguir los resultados naturales de la opción, de dársele efectos reales».

ROCA SASTRE, en la edición de su obra para Registros, anterior a la reforma del Reglamento Hipotecario, señalaba también la inscribibilidad de la opción constituida en negocio jurídico y con carácter real. En esta inscripción deberían consignarse todas las circunstancias que determinen la extensión y contenido del derecho de opción. La misma opinión sustentaba DE CASSÓ (94).

Por fin el novísimo Reglamento Hipotecario de 14 de febrero de 1947 consagra el triunfo de la doctrina positiva, admitiéndose expresamente en su artículo 14 la inscripción de la opción, de la forma que sigue:

«Será inscribible el contrato de opción de compra o el pacto o estipulación expresa que lo determine en algún otro contrato inscri-

(94) DE CASSÓ: Ob. cit., págs. 351 y 352.

bible, siempre que además de las circunstancias necesarias para la inscripción, reúna las siguientes: 1.^a, convenio expreso de las partes para que se inscriba; 2.^a, precio estipulado para la adquisición de la finca, y en su caso, el que se hubiere convenido para conceder la opción; 3.^a, plazo para el ejercicio de la opción, que no podrá exceder de cuatro años. En el arriendo con opción de compra, la duración de la opción podrá alcanzar la totalidad del plazo de aquél, pero caducará necesariamente en caso de prórroga, tácita o legal, del contrato de arrendamiento».

LA RICA encomia la posición del Reglamento, diciendo que ha dado un paso progresivo al permitir la inscripción de la opción bajo ciertas condiciones, con lo que satisface las exigencias doctrinales y de la práctica. No impone una regla de observancia obligatoria, sino que deja al libre arbitrio de las partes el configurar su derecho, ya que como obligación personal, ya como real, al consentir su inscripción (95).

Pero ROCA SASTRE, en su última edición del Derecho Hipotecario (para Notarías), ya posterior a esta innovación, considera que el precepto del artículo 14 se refiere más bien al derecho personal que al real: *a) porque de lo contrario no diría «contrato de opción» como el artículo 2 núm. 5 de la Ley Hipotecaria dice «contratos de arrendamiento», sino que consideraría el derecho de opción como comprendido entre los «otros cualesquiera derechos reales» del número 2 de dicho artículo 2, y además, porque dice que se necesita el «convenio expreso de las partes para que se inscriba», siendo así que si lo considerara real, no haría falta, porque los derechos reales son inscribibles *per se*.* Luego el principio de inscribibilidad de derechos personales se ha ampliado del arrendamiento a la opción, cosa censurable —sigue diciendo—, porque bastaba con un sistema de anotación preventiva, como el suizo o cubano (96).

Sin embargo, creemos que ROCA SASTRE ha concedido excesiva importancia a una cuestión de simples imprecisiones gramaticales. La relación que señala con el art. 2 de la Ley Hipotecaria nos parece asimismo que no le da precisamente la razón, pues mientras no hace extensiva la aplicación de la regla relativa al arrendamiento

(95) LA RICA: Ob. cit., pág. 26.

(96) ROCA SASTRE: Ob. cit. (*Notarías*), III, pág. 28.

mediante norma general alguna, indica con ello que debe seguirse una interpretación restrictiva y un criterio de *numerus clausus* en cuanto a la inscripción de derechos personales, mientras la regla general «y otros cualesquiera reales» del número 2.^º es una consagración del principio, opuesto de *numerus aperius*, para los derechos de esta naturaleza. Y como, siguiendo el principio del orden de rango de las disposiciones legislativas, una disposición de tipo Reglamento no puede contrariar una Ley, es de estimar que la norma del artículo 14 con todas las imprecisiones de léxico que se quiera, viene a seguir el criterio de la Ley en el número 2.^º del artículo 2, y no a contradecir el espíritu del número 5.^º del mismo, habiéndose de entender que si dice «contrato» es porque (los derechos reales también pueden adquirirse por contrato) (97) con ello se refiere al cuerpo material, título, del derecho, que entra en la oficina del Registro y recibe allí su inscripción; y si no dice «derecho», es porque después de todo los derechos, como las obligaciones, aunque se materialicen en actos y en cosas, son en sí intangibles, ideales, y han de recibir la inscripción a través del título de su constitución. El mismo Roca reconoce en otros lugares de su obra que nuestro Registro no es de *derechos* sino de *títulos*. La otra razón que alega este autor el que se diga «que las partes hayan convenido su inscripción», cuando los derechos reales son tales *per se*, es un inconveniente de mera apariencia: efectivamente, los derechos son lo que son, pero después de que las partes han acordado los efectos que quieren, puesto que su voluntad es libre (con las naturales limitaciones de protección a la buena fe) y una vez que se ha observado el derecho nacido, con todo el conjunto de sus efectos, entonces se clasifica y se dice: «este derecho es real» o «este derecho es de crédito». Hasta aquí hay que reconocer el poder de la autonomía de la voluntad para configurar los derechos como reales o como personales (mediante acuerdo sobre sus efectos; no abstractamente, sobre su naturaleza). Pues bien, no es que las partes puedan decir: «constituímos un derecho real de opción, pero no queremos que se inscriba», sino que, cuando han convenido en la inscripción, es porque han querido configurar un derecho real, y cuando no, porque han querido limitarse a los

(97) Hay que tener en cuenta que los cuerpos legales españoles, aun los más modernos, no han recogido como tampoco lo ha hecho el R. H., la distinción entre negocio obligacional y dispositivo.

efectos obligacionales de este mismo derecho. En otras palabras: El acuerdo de que se inscriba no es sino una manifestación o exteriorización de la voluntad de instituir la opción como un verdadero derecho real.

Para LA RICA, en cambio, la inteligencia del artículo 14 no parece ofrecer dificultades. En primer lugar, podrá inscribirse lo mismo cuando constituyen el objeto único de un contrato que cuando figura como pacto adjunto a otro, generalmente de arriendo o sociedad, con tal de que el contrato principal del cual la opción sea simple estipulación, tenga la consideración de inscribible. Pero en cuanto a esta última exigencia, tanto LA RICA como ROCA SASTRE están en desacuerdo con la opinión legal. Si en un contrato no inscribible —dice aquel autor— como un poder para vender, por ejemplo, se concede al apoderado un derecho de opción para comprar, debe ser también posible la inscripción como cláusula independiente, en el mismo sentido que este autor (14), cree ROCA SASTRE que el condicionamiento de que sea inscribible el otro acto o contrato, no debiera de existir, sin perjuicio de exigir que, tratándose del caso de arrendamiento, se hicieran constar en la inscripción del contrato o pacto de opción las particularidades de la duración de arriendo, a los efectos de caducidad del derecho de opción, previstos en el último párrafo del artículo 14 (98).

¿Y cuándo el acto o negocio de que sea anejo sea inscribible, pero no se inscriba?, se pregunta ROCA SASTRE. Dice el artículo 14 exactamente «que sea inscribible», no «que se inscriba efectivamente». Hay que entender, pues, con este autor, que puede inscribirse el derecho de opción en este caso. También es posible que no se inscriba la opción, y en este caso siempre podría llegar al Registro a través de la anotación preventiva de demanda en que se ejercite la acción procedente para hacerlo efectivo. Esta anotación procede, según FECED GRESA, «cuando el contrato de opción se ajuste a los requisitos exigidos para ser inscribible», sin que tampoco exija el hecho de que haya sido inscrito, ya que la fundación de la anotación preventiva de demanda es la de hacer constar en el Registro un período o instancia judicial referente a un derecho inscribible (99).

(98) ROCA SASTRE: Ob. cit. (*Notarías*), III, págs. 28-29.

(99) R. FECED GRESA: «La anotación preventiva de demanda». Conferencia en el Colegio Notarial de Valencia, 1948, pág. 35 (sepárate).

El convenio de las partes sobre la inscripción —dice LA RICA— ha de ser expreso, no bastando la intención de los contratantes deducida de otras cláusulas de estipulación. En cambio, no es imposible que ese consentimiento expreso, se pacte posteriormente en otro documento público adecuado. Requisito indispensable es que conste el precio estipulado para la adquisición de la finca y el convenido para la adquisición de la opción cuando éste se efectúe a título oneroso, ya que sin el primero de ellos no sería posible el ejercicio y es un dato de conocimiento necesario respecto de tercero, para que la opción quede constituida eficazmente. En cuanto al plazo, cree LA RICA que la fijación de un cuatrienio obedece a ser éste el lapso de tiempo que el Código civil atribuye al retracto convencional en el artículo 1.508, a falta de pacto expreso, si bien permite a las partes señalar un plazo no mayor de diez años (100).

Una excepción, sin embargo, admite el Reglamento a este tope de cuatro años, en los casos en que la opción sea un pacto anejo a un contrato de arriendo, en el que se podrá señalar a aquél derecho un plazo igual al que tenga de duración el arrendamiento; ahora bien, como en la nueva regulación de los arriendos rústicos y urbanos, en virtud de las prórrogas legales, de la tácita reconducción y de las paralizaciones de desahucio, estos contratos se van acercando a los tipos de censo, convirtiéndose en derechos por tiempo indefinido, dispone que necesariamente cese la opción en cuanto la prórroga comience.

Naturalmente, todos los requisitos que el artículo 14 exige para que la opción pueda inscribirse, han de hacerse constar además de los requisitos generales de toda inscripción. Y será defecto que impida no sólo la inscripción, sino la anotación preventiva, el que en la escritura no se contenga cualquiera de esos tres requisitos, y aunque pudieran considerarse subsanables para escritura posterior complementaria, lo cierto es, que hasta que no se otorgue ésta, la opción no deberá tener acceso al Registro, por no poderse considerar constituida como derecho real (101).

En cuanto a los efectos de la opción inscrita serán los propios del sistema, sin que el Reglamento los especifique, por innecesario:

(100) LA RICA: Ob. cita., págs. 28 y 29.

(101) LA RICA: Ob. cit., págs. 26 y 33.

Para ROCA SASTRE, no provoca cierre el Registro. El dueño podrá vender a otra persona la finca sujeta a opción, pero el adquirente sabrá que su adquisición queda sujeta a resolución del mismo modo que quien compra una finca con pacto de retro, tan similar en algunos puntos con la opción. En cambio, los efectos registrales de la demanda para la efectividad de la opción, anotada preventivamente, podrán (aunque es discutible) considerarse como productores de cierre registral, ya que no es una amenaza potencial de resolución, sino una amenaza efectiva y en marcha.

Por último, la inscripción del derecho de opción se cancelará por las causas generales de cancelación y por la típica de la consumación del derecho, si bien no por vía de conversión del asiento, sino por nueva inscripción de transferencia de dominio: asimismo hay que considerar la forma de cancelación automática que supone el transcurso del plazo de su vigencia, como causa específica de caducidad, y en este caso la cancelación formal del asiento se hará en virtud de una instancia o solicitud privada del dueño del inmueble liberado.

LA OPCIÓN MEDIATORIA

Corresponde ahora el examen de la llamada opción mediatoria, a la que ya nos referimos en algunos puntos del trabajo. El objeto de haberla colocado en este lugar es, aparte del deseo de exponer algunos puntos de vista personales, el facilitar la claridad de exposición del conjunto del trabajo, ya que la distinción de efecto de derecho real y de derecho personal sólo cabe en las formas de opción directa y no en la mediatoria, cuya naturaleza no puede ser más que la de un simple derecho de crédito.

OSSORIO (102) expónía así el ejemplo de la opción mediatoria: «A, es un concesionario de un ferrocarril. No tiene capital para construir ni le es fácil encontrarlo en las gestiones que directamente pueda llevar a cabo. En tal situación se le presenta B y le dice que él cuenta con ciertas facilidades para encontrar el capital pre-

(102) A. OSSORIO: Ob. cit., pág. 16.

ciso, y está dispuesto a procurarlo, siempre que, al efecto se le conceda opción, es decir, que se le dé derecho exclusivo a buscarlo durante un plazo y sin competencia, más el aliciente de una comisión caso de éxito en la gestión (o participación, o ganancia). A, reflexiona; concede a B lo que pide, señalándole las condiciones (cantidad del capital, intereses, etc.) o límites en que podrá negociar, convenidas las cuales, A concede la opción a B, y empieza la vida del contrato. En el plazo marcado, B halla el capital necesario y en las condiciones previstas (o con modificaciones acordadas) o fracasa, y pasado el plazo, A y B recobran su libertad.

Destaca fundamentalmente en el contrato de opción mediatoria una característica esencialísima (que no es tan precisa en la opción directa porque, como sabemos, ésta puede tener carácter real y aquélla es siempre personal): se trata de la exclusividad. Solamente como exclusiva se concibe una opción mediatoria, porque de otro modo no interesaría a nadie.

Naturaleza jurídica. Aplicación de la teoría del pacto.—Es, desde luego, siempre un derecho personal, pero, ¿qué sustantividad tiene esta institución? ¿es un contrato independiente la exclusiva y un contrato independiente la mediación? Creemos que no, sino que se trata de un caso más de aplicación de la cláusula general de opción a un contrato principal: el de corréteaje. No vemos inconveniente alguno en que pueda configurarse de esta manera, porque aunque a primera vista el carácter que se advierte en el contenido interno de la opción mediatoria parece ser el sinalagmático, puesto que el mediador, realiza unos trabajos de gestión que parecen contraprestar la obligación de mantener la exclusividad por la otra parte, si nos fijamos un poco veremos que la situación es la misma que en la opción directa, en cualquiera de sus casos, en el de venta, pongamos por caso, puesto que es el más diáfano. En ella la finalidad que persigue el optionario, es un bien (naturalmente inmueble) del concedente; en la mediatoria, es una cantidad de dinero, o una participación de tipo social más o menos perfecta, que aparece como «prima». En una y en otra puede haber remuneración o no haberla. En ambas, no existe obligación alguna del optionario respecto del contrato principal; ni en aquélla debe decidirse por la efectividad de la compraventa ni en ésta debe realizar la mediación. Pueden hacerlo, si quieren, dentro del plazo, y si no, no. La única dife-

rencia perceptible es que en los casos de opción directa la decisión positiva del optionario se realiza de una sola vez, en tanto que en la mediatoría la realización, consistente en la ejecución de ciertos trabajos de gestión, de los cuales pueden algunos fracasar, es, digámoslo así, una ejecución sucesiva, puesto que en todo caso siempre encierra unos ciertos trabajos preparatorios indicadores de una voluntad concreta de realizar.

La opción mediatoria, pues, no es otra cosa que un contrato de corretaje con pacto de opción y los efectos que este pacto altera y trastorna en el contrato fundamental de corretaje son bien claros: obliga al concedente a no nombrar otro corredor (exclusividad), de una parte; y de otro, convierte una obligación (la del corredor en el corretaje normal) en una facultad, ejercible o no a voluntad, occasionando como consecuencia que sea el corredor quien satisface por sus ventajas y no quién percibe por sus obligaciones la remuneración del contrato.

Diferencias con el mandato.—El mandante no se priva de hacer por sí o por otro lo que encargó el mandatario, en tanto que el concedente no puede hacer por sí ni por otro lo que en el optionario confió: esta es su primera diferencia. En la exclusividad, que es su carácter más acentuado está, como dice OSSORIO, la confianza de una parte y el aliciente de otra. En segundo lugar, el mandato es, por lo general, revocable, mientras la esencia de la opción impone también que sea irrevocable; lo contrario sería una invitación al fraude. Como otras diferencias pueden señalarse que, mientras que en mandato retribuido es el mandante el que paga al auditorio en la opción mediatoría retribuida (puede también ser gratuita), es el gestor quien paga al gestionado por su exclusividad. El premio final no es retribución; es una prima que busca el mediador como negocio propio, por el cual está dispuesto a aportar su trabajo e incluso a satisfacer un canon, ante la posibilidad de conseguirlo. El mandatario se obliga a hacer lo que se le manda: si no lo hiciera, incurriría en responsabilidad. El optionario no se compromete a hacer nada: no está obligado a gestionar, y el propietario no puede fiscalizarle ni estimularle, ni penal su desidia. La relación opcional se establece a riesgo y ventura, y si el optionario gasta y se perjudica, nadie puede reclamar pago ni resarcimiento. Si no gestiona con celo y diligencia, nadie puede interesarse tampoco en sus actividades.

De la gestión de negocios (103), y de la comisión mercantil, respectivamente, se distingue: de aquélla, en el carácter contractual de la opción mediatoria que no es una gestión voluntaria unilateral; y de ésta, en su mayor flexibilidad y en que no suele afectar a materias comerciales (104).

Elementos de la opción mediatoria.—Elementos personales son el opcionario mediador y el concedente de la exclusiva. Los requisitos de capacidad son los generales para esta clase de contratos de mediación y servicios. Como elementos reales hay que señalar el plazo estipulado para la exclusiva (que ni presenta modalidad alguna de cuanto se lleva dicho acerca del término opcional), y el capital buscado en las condiciones determinadas, el precio de la remuneración del opcionario al concedente, si existe, como compensación de una posible inacción dolosa con fines fraudulentos (lo que se llama «embotellamiento» de un negocio), y la prima señalada para caso de éxito, que puede ser una cantidad en metálico o un derecho de participación social en los beneficios. Las condiciones de existencia, licitud, etc., son las generales de los elementos reales de todo contrato. En cuanto a los elementos formales, no estando el contrato de corretaje sujeto a forma especial alguna; tampoco cabe señalarla en esta modalidad. No obstante, y con fines de prueba, es aconsejable el que se llene alguna formalidad como medio de garantía de que la exclusividad, centro de gravitación del contrato así concertado, sea respetada.

Efectos jurídicos.—La consecuencia inmediata que se produce al concertarse una opción mediatoria, es el establecimiento de una situación jurídica, en la que el concedente viene obligado a respetar la exclusividad del opcionario, y éste no tiene, en cambio, otra obligación que la de satisfacer puntualmente la remuneración, si se pactó. En este caso de opción remunerada es en el único en que existe bilateralidad, pero entiéndase bien que esta reciprocidad de obligaciones afecta únicamente a la relación interna de la opción considerada como acuerdo de voluntades independientes, lo mismo que en la opción directa (de venta, por ejemplo), que sea onerosa. Pero el «corretaje» con cláusula de opción, considerado como conjunto, como figura unitaria, lo mismo que la compraventa con la misma cláusula, es un negocio unilateral, pues que la obligación

(103) y (104) A. OSSORIO: Ob. cit., págs. 25 y 26 a 37, respectivamente.

final de mantener la exclusiva en este caso, como la de vender en el otro, es sólo del concedente, mientras que el mediar (como allá al comprar) es sólo una facultad. Sin embargo —ya se advertía esta diferencia al hablar de la naturaleza jurídica—, mientras allá podía inferirse la decisión sólo en dos modos: la decisión del optionario, o por el silencio, o por la voluntad expresa y definitiva de consumar, en la opción mediatoria la consumación no depende sólo de su voluntad, sino del éxito de sus operaciones. El optionario puede decidirse por la mediación, pero fracasar en ésta una, varias veces o todas cuantas lo intente. Por ello, del mismo modo que lógicamente nos explicamos que el mero trabajo fracasado, por buena voluntad y esfuerzo que haya puesto en él, no le da derecho a la prima, hemos de deducir que tiene, en cambio, la ventaja de poder decidirse en sucesivas intervenciones, y el concedente no podrá reclamarle por incumplimiento si, después de una operación abortada, deja transcurrir el plazo sin intentar ninguna otra, aunque pretenda alegar que las negociaciones efectivas de aquélla fueron índice de su decisión (productora de la perfección inmediata del contrato de corretaje, y, por tanto, de obligaciones para el mediador) de llevar el contrato principal a su efectividad. En tal sentido, entendemos que la perfección inmediata del contrato de corretaje con cláusula de opción, con sus consecuencias de instantánea efectividad, sólo se produce cuando el mediador encuentra, al cabo de cuantas operaciones fueran necesarias, el capital buscado y en las condiciones convenidas. Es entonces cuando tiene obligación de ponerlo a disposición del concedente, si quiere exigir de éste la prima. Aunque el concedente hubiere cambiado de opinión respecto a las condiciones del capital buscado, y no hubiere dado noticia de ello al mediador para el concierto de un nuevo acuerdo sobre dichas condiciones, esto sería circunstancia extraña a la relación opcional; el mediador que ha tenido éxito, puede exigir la prima y dejar que la otra relación del capitalista al concedente se concierte o no en definitiva, fuera ya del campo de sus derechos y responsabilidades. Otro caso sería si lo prometido fuera una participación de tipo social en las ganancias, pues en este caso, el optionario podrá exigir que concedente y capitalista lleguen efectivamente a un acuerdo por lo que respecta a la voluntad de aquél, y si no que se le indemnice en proporción daños y perjuicios.

Extinción.—En cuanto a las formas de extinción, son las comunas a los contratos, y particularmente la renuncia o desistimiento, el transcurso del plazo sin gestión realizada o sin éxito en las efectuadas; y su consumación normal. Efectuada ésta por parte del optionario, puede ejercitarse contra el concedente remiso en el pago de la prima o en el cumplimiento de la prestación ofrecida las acciones correspondientes, aparte de las que le pertenezcan, por incumplimiento en este supuesto y en el de mora.

PERSPECTIVAS

La importancia de las cláusulas de opción como medio de garantía para asegurar la futura eficacia de un contrato cuya ejecución no quiere llevarse a efecto, ha tenido especial relieve en algunos pueblos modernos, eminentemente mercantiles, en sus concepciones contractuales, que buscan unir a la rapidez del tráfico los medios posibles de garantía y seguridad del mismo. Y es en la variada legislación de los Estados Unidos de Norteamérica donde la práctica ha llegado a mayor grado de perfección en estas cláusulas, insustituibles en ciertos negocios, como la compraventa de minas, que ha hecho aparecer casi con finalidad independiente el contrato de opción desligado de la compraventa causal, ya que las partes no quieren perfeccionar el contrato traslativo hasta transcurrido el término, de sondeos previos, calicatas, análisis de tierras y minerales, etc.

Pero es que en estas legislaciones anglosajonas hay que advertir que el contrato de compraventa en sí ya aparece desdoblado en dos momentos: perfección consensual y perfección ejecutiva, y aun más en Inglaterra, que en Estados Unidos, a consecuencia de no regir en Gran Bretaña el «sistema registral» (?) de las Compañías de Seguro de evicción. En el sistema inglés, comprador y vendedor acuerdan la compraventa, pero no hay verdadera transmisión de dominio con la entrega o tradición hasta que el vendedor no consiga y presente, íntegra y legalizada, la titularidad de la cosa inmueble vendida. En este primer período, la doctrina acepta el que se ha producido una transmisión, pero se trata de un dominio de Derecho equitativo, ya que el dominio, según el Commonlaw, no se transmite hasta el segundo momento, de perfección ejecutiva y

otorgamiento definitivo de la escritura con sus antecedentes de titularidad de origen perfecto. En realidad, en el primer período, la venta no ejecutable presenta los mismos efectos que los que en las legislaciones continentales se consigue con la cláusula de opción. La decisión definitiva, el consentimiento firme del comprador, sólo se produce ante el hecho de dar su conformidad con la titulación, y en el momento del otorgamiento, la venta se consuma.

Claro es que, al aludir en este capítulo a las perspectivas de las cláusulas de opción, no hemos pensado en la conveniencia de aplicar a nuestra Patria el sistema de desdoblamiento del Derecho anglosajón como función de garantía de la opción, que evitará a posteriori los efectos desagradables de la evicción o saneamiento por vicios o gravámenes ocultos. Más bien se quiso aludir a las perspectivas que ofrecen las cláusulas de opción en función de garantía real como instrumentos de crédito territorial, similar en sus efectos finales a una hipoteca o anticresis, aunque a través de un medio diferente, puesto que en lugar de buscar la garantía en la realización de un valor, la encontrarían en la transmisión inicial, si bien resoluble, cuando el acreeditado cumpliese su obligación de devolver lo prestado. Pero esta parte, de pura teorización, hemos de advertir que no está desarrollada en la práctica.

Es costumbre en la región valenciana, y de ello pueden dar fe tanto los Protocolos notariales, como los dossiers de los despachos de Abogados, el que se acuda por los propietarios de tierras a una forma fiduciaria de obtención de crédito, que podría muy bien en lo futuro ser sustituida por una aplicación racional (huyendo de la usura, lo que decimos para salir al paso de quien pudiera recordarnos que ya Constantino suprimió el *pactum commisorium*, con el que presenta, por otra parte, analogía, esta función de la cláusula opcional, por abusivo), de la cláusula de opción.

Sucede, en efecto, que habiendo el propietario obtenido un préstamo, hace figurar una venta de sus propiedades en escritura pública a favor del prestamista —efecto típico de inécuación entre el medio y el fin en el negocio fiduciario— y después, en escritura privada, celebran ambos un contrato de compraventa, que no es retroventa, pues el precio de la segunda es siempre superior al figurado en la primera, ya que incluye el del préstamo a devolver y sus intereses, que debe concluirse dentro del plazo de devolución de la

cantidad prestada. También este segundo contrato, oculto, de efectos inter partes, es típico del negocio fiduciario, y aunque bajo la forma de un negocio aplazado suspensivamente, obra en realidad como una venta a opción del prestatario. Entre ellos se entiende que no se ha verificado la transmisión, pues mientras le quede al primer vendedor el derecho a adquirir —si bien, repetimos, por mayor precio, lo que le diferencia del retracto convencional, según el artículo 1.518—, no considera perdida su propiedad, ni el primer comprador adquirida la misma, hasta que transcurrido el plazo, cese la amenaza resolutoria. Como se ve, este complicado negocio total, además de complicado, es, jurídicamente hablando, inseguro. Es obra de la gramática parda, que siempre tiene más de parda que de gramática. Sería conveniente acabar con estas titulaciones privadas, frente a los instrumentos públicos, con esos negocios, que para lograr un fin buscan unos medios superiores y desproporcionados a la necesidad, pues con ellos, a la larga (y aparte de incurrir en una extrema carestía fiscal), el crédito no puede encontrarse favorecido.

Y es más; debería esta labor de educación jurídica llegar a esferas más altas, pero también sujetas a una gramática, sino parda, dorada, índice de supersticiones y un tradicional afán de aseguramientos, que en ocasiones resulta absurdo y perjudicial de puro complicado. Aludimos a las entidades bancarias de crédito territorial, para las que podría servir como eficacísimo medio de garantía el efectuar préstamos sobre fincas mediante opción de compra sobre las mismas por un precio calculado sobre su valor real, del que ya se cuidarán de descontar la suma de los créditos o préstamos concedidos sobre ellas.

Siempre que figurase esta opción como real e inscrita, el Banco tendría la posibilidad de adquirir a bajo precio la finca ofrecida en garantía, con lo que quedaría cubierta la seguridad del préstamo. Y, de momento, en lugar de constituir una hipoteca gravada con el 1,20 por 100 por la Ley del Impuesto de Derechos reales, únicamente habría una opción que, de no ser onerosa, estaría exenta, y aun siéndolo, sería gravada con el 6 por 100 del «precio de la opción» y no de la venta, siempre inferior al 1,20 sobre el total del préstamo; intereses y costas previstas.

La realidad, como se indicaba, es que las entidades bancarias

no aceptan aún esta garantía. Si ello es lógico en Sociedades de crédito, que han de buscar el tener un Activo saneado y fácilmente realizable a corto plazo —y toda operación inmobiliaria es más larga si no quiere exponerse a depreciación—, ya no es tan lógico tratándose de Sociedades de crédito territorial, y sobre todo de algunas, como el Banco Hipotecario, que monopolizan alguno de los tipos del mismo.

Por todo ello consideramos de la mayor importancia que se divulguen las consecuencias de estas cláusulas de opción; que se acostumbren los Letrados a aconsejar, cuando proceda, este remedio, y el público a pedirlo. Lo que muchos han considerado de buena fe un mal procedimiento, por exigir documentos privados que desvirtuaran lo hecho en escritura pública, ha dejado de serlo una vez admitidos en el artículo 14 del Reglamento Hipotecario, los efectos reales de publicidad y protección registral de la opción inscrita.

En cuanto a la modalidad arrendaticia de la opción, es decir, el arrendamiento con opción de compra, viene siendo mirado cada vez con mejores ojos para las ventajas que representa esta figura en la actual política protectora del arrendamiento y dirigida hacia un movimiento de la propiedad a manos de quienes directa y provechosamente pueden explotarla. La reciente sentencia del T. S., de 27 de febrero de 1950, dice a propósito de esta figura que tal derecho de opción no sólo no es contrario a las leyes de la moral ni al orden público, sino que «lejos de ello, pudiera llegar a considerarse como pacto natural y propio del arrendamiento a largo plazo».

Se ha visto la importancia que tiene y la que puede tener la opción en las necesidades del tráfico moderno. Y con el afecto que produce el trato, nos atrevemos a augurar a las cláusulas de opción un amplio porvenir.

JOSÉ LUIS MEZQUITA DEL CACHO
Abogado

Valor jurídico de la inscripción en el Registro de la Propiedad Intelectual de la obra manuscrita

No ha mucho tiempo se nos expuso la siguiente cuestión jurídica, que por estimarla de interés, se la brindamos a los estudiosos, pues entraña indudable importancia desde el punto de vista registral de esta propiedad.

Se trata de una obra «musical y literaria», que por haber sido ejecutada en público, se presentó a inscripción en el Registro de la Propiedad intelectual; amparándose en el párrafo segundo del artículo 36 de la vigente Ley española de 1879. El Registrador creyó oportuna la admisión de la citada obra, por estar comprendida en dicho artículo, y ser los preceptos del mismo claros y terminantes.

Más tarde, dicha obra fué impresa, pero sin adiciones sustanciales que variaran su contenido, por lo que no se consideró necesario el que se efectuara una nueva inscripción de la misma. Hallándose la obra en esta situación legal, fué reproducida fraudulentamente, basándose en que la edición impresa no estaba inscrita, ni por tanto protegida. ¿Constituye este hecho el delito de defraudación?

No cabe la menor duda de que la intención del legislador, casi profética —si se tiene en cuenta la remota fecha de la Ley—, no fué la de considerar la impresión de una obra como su única forma de publicación, sino que dando el más amplio sentido a este término, entendió que una obra puede publicarse por otros procedimientos reproductivos, puesto que lo esencial de la cuestión es que la obra se dé a luz por cualquier medio (artículos 1.^o de la Ley y 1.^o del Reglamento).

En nuestra legislación se distingue, pues, claramente, la publicación de una obra de su existencia. Es notorio que la obra es siempre anterior al acto de su difusión. Que esta idea no pasó desapercibida a los redactores de la Ley lo acredita el hecho de que ésta extiende su protección no sólo a las obras publicadas, sino también a las no publicadas. Luego la nota fundamental para que una obra pueda ser protegida es que de ella haya tenido conocimiento el público.

Este conocimiento no se limita al que pueda resultar de la impresión de las obras, sino que comprende otros muchos medios de divulgación que la técnica moderna nos ofrece. Es incuestionable, que una obra debe considerarse publicada cuando es reproducida por primera vez por procedimiento distinto al de la imprenta, siempre que el nuevo procedimiento tenga la eficiencia necesaria para divulgar entre el público la producción de que se trate. Así, pues, cada vez es mayor el número de obras que se comunican al público por medio de la radio, televisión, microfilm, cinta magnetofónica, cyclostil, etc.

Mas la legislación española da aun mayor amplitud a la protección de la obra intelectual, pues la concede hasta a las manuscritas, y esta afirmación no se deduce de una interpretación extensiva de la Ley, sino que se basa de un modo directo en el propio texto legal (artículo 8.^º en relación con el 7.^º de la Ley).

En efecto, según el primer inciso del mencionado artículo 8.^º, no es necesaria la publicación de las obras para que la Ley ampare la propiedad intelectual. Este precepto legal es una lógica consecuencia de lo ya establecido en el artículo 7.^º de la propia Ley, que prohíbe la reproducción de obras ajenas sin permiso de su propietario, ni aun con el pretexto de anotarlas, adicionarlas o mejorar la edición.

Volviendo al artículo 8.^º, se advierte que en el último inciso del mismo se extrema la protección a la obra del autor, negando el derecho a publicar sin su permiso una producción científica, literaria o artística que se haya estenografiado, anotado o copiado durante su lectura..., así como tampoco las explicaciones orales. Se da, pues, el caso curioso que la Ley no autoriza —sin previo permiso del autor— la publicación ni aun de las *explicaciones orales*, extendiendo de este modo las garantías de protección de la obra

manuscrita, incluso a la obra oral. Nada importa que la manifestación del pensamiento del autor se haga en una u otra forma, pues desde que la obra existe —siquiera sea en forma oral— queda protegida por la Ley.

Con lo expuesto se demuestra cómo el legislador ha regulado la protección del manuscrito, configurándola de un modo independiente de las restantes protecciones jurídicas que establece. Donde más se advierte el carácter sustantivo de esta protección legal, es precisamente al examinar las normas referentes a la inscripción registral, que tanta trascendencia tiene en la regulación de la propiedad intelectual española.

Enfocado el artículo 36 de la Ley, precepto clave en esta materia, se observa cómo el legislador ha sido consecuente consigo mismo, pues al lado del procedimiento establecido para la inscripción de obras impresas,—en el amplio sentido de la palabra por nosotros indicado anteriormente—, señala otro distinto, en cierto modo privilegiado, para aquellas obras dramáticas o musicales no impresas, pero que se hayan representado o ejecutado en público.

Es de notar que este procedimiento especial de protección, por referirse sólo a las obras manuscritas representadas o ejecutadas en público, o sea, a las obras manuscritas publicadas —aunque esto parezca un contrasentido—, no alcanza a la obra manuscrita no publicada o propiamente dicha, cuyo procedimiento de protección no ha sido previsto por el legislador, por lo que, a nuestro parecer, está hoy al margen del Registro. Quizá la solución provisional del problema apuntado, mientras no se dicten normas legales apropiadas al caso, esté en la protocolización notarial de la obra manuscrita.

De todos modos, es incuestionable que el procedimiento contenido en el párrafo segundo del artículo 36, para inscribir la obra dramática o musical que se haya representado en público, pero no impresa, recibe un trato de paridad a la inscripción de dicha obra impresa. Por tanto, el autor que ampara en él su derecho obtiene los mismos beneficios legales que el que ha impreso y registrado su obra en la forma ordinaria. Ambas inscripciones gozan, pues, de idéntica protección legal, surtiendo los efectos de la inscripción definitiva, ya que no existe ningún precepto en la legislación española que apoye la tesis de considerar la inscripción de las obras manuscritas publicadas como de mero carácter provisional, que ne-

cesite ser confirmada por una posterior impresión e inscripción de la obra.

Esto es así, por cuanto el nacimiento de los derechos intelectuales —según la Ley española— está condicionado a la inscripción de las obras, habida cuenta del carácter constitutivo de nuestro Registro de Propiedad intelectual, que le diferencia en ese aspecto básico del que ofrecen otros Registros —como el de la Propiedad inmobiliaria—. Dada, pues, la idéntica naturaleza de los derechos de autor, no podía el legislador asignarles distintos efectos registrales, revistiendo a unos de carácter definitivo y a otros de mera existencia provisional o transitoria. Por eso, opta por concederles un trato de igualdad, tanto por lo que respecta a su contenido como a su duración; así, pues, todos ellos pueden ser objeto de gravamen en garantía de un préstamo, de transmisiones inter vivos, mortis causa, etcétera.

La doctrina sentada anteriormente no puede modificarse por el hecho de que la obra literariomusical, que fué ejecutada e inscrita a su tiempo al amparo del párrafo segundo del artículo 36, haya sido impresa con posterioridad; pues en todo caso esta impresión habría de considerarse como la segunda edición de una obra cuya primera está registrada. Y si estas posteriores ediciones, cuando no varián sustancialmente de la primera inscrita, fueran también accesibles al Registro, se multiplicaría el número de inscripciones de un modo innecesario y haría difícil saber el momento en que pueden considerarse nacidos los derechos intelectuales que derivan de la inscripción de una obra.

Esta posición nuestra viene corroborada por las disposiciones que al respecto han sido dictadas por los organismos competentes, que prohíben de una manera terminante la inscripción de segundas y posteriores ediciones cuando está inscrita la primera (R. O. de 11 de diciembre de 1894). Sólo cuando estas segundas o posteriores ediciones hayan sido modificadas y aumentadas, permite la disposición citada que sean también inscritas. Doctrina que vemos confirmada por la R. O. de 18 de abril de 1912, pues establece que aun tratándose de segundas ediciones de una obra, cuya primera no fué inscrita, tengan acceso al Registro cuando aquéllas sean refundidas, porque las refundiciones están garantizadas por la Ley. El fundamento jurídico de las disposiciones referidas se encuentra

en que tales segundas ediciones, cuando son refundidas, notablemente modificadas o aumentadas, constituyen en realidad una obra nueva y, por lo tanto, con derecho a participar de los beneficios de la Ley.

Mas no es este el caso que consideramos en el presente estudio, donde la obra literariomusical fué ejecutada en público y objeto de inscripción. Sólo bastante tiempo después de cumplidas estas formalidades legales se imprimió, no sufriendo alteraciones sustanciales esta segunda edición de dicha obra, que no se registró, por considerar sin duda que era eficiente para su protección la inscripción primera de la misma.

De lo expuesto se deducen, a nuestro entender, las conclusiones siguientes:

1.^a Que la obra manuscrita, aun antes de publicarse por ningún procedimiento, está amparada por la Ley española.

2.^a Que con mayor razón lo está cuando ha sido pùblicada por cualquier medio y el autor ha cumplido las formalidades legales acogiéndose al Registro.

3.^a Que los términos y eficacia jurídica de la protección no variarán porque la obra manuscrita en cuestión haya sido impresa con posterioridad.

4.^a Que la edición impresa de la referida obra ya inscrita anteriormente —mera reproducción de la primera—, no supone una nueva obra, sino una segunda edición de la misma, que no es inscribible, por estar ya protegida la obra de que se trata.

5.^a Que por este motivo, el hecho de plagiar la segunda edición impresa de una obra anteriormente inscrita, constituye el delito de defraudación —a que se refieren los artículos 45 al 49 de la Ley y 52 y 53 de su Reglamento—; por habersé producido una apropiación material de la obra protegida o la publicación de su contenido sin el permiso del autor, con usurpación de los derechos que la Ley reconoce a éste sobre su obra.

JUAN GIMÉNEZ BAÑO
Director del Registro de Propiedad intelectual

LINO RODRÍGUEZ-ARIAS, BUSTAMANTE
Doctor en Derecho y Profesor A. de la
Universidad Central

ESTUDIO DE DERECHO MERCANTIL
DE LA SOCIEDAD DE RESPONSABILIDAD LIMITADA

Fundación y disolución de las sociedades de responsabilidad limitada

I.—FUNDACIÓN

El momento de la constitución de la Sociedad es el más peligroso; trátase de integrar un patrimonio que responderá, frente a terceros, sólo dentro de sus límites, y que por tanto debe adecuarse, y a lo menos igualarse, a la cifra de responsabilidad (capital) que se haya fijado (H. Salvador Bullón, *Derecho Mercantil*. Madrid, Reus, 1948, página 79).

«Es el momento de la confianza y del optimismo exagerados; los fundadores creen que el negocio va a permitir la distribución de dividendos cuantiosos, no sólo a las acciones de capital, sino también a otros títulos, que no representan aportaciones dinerarias. No olvidemos que muchas veces los fundadores se preocupan más de asegurar su propia granjería que la estabilidad futura de la empresa. Es el momento de las comisiones; de las gratificaciones, de las ventajas particulares para los fundadores, de los sueldos elevados, que representarán más tarde una carga insopportable para la Sociedad. Es el momento eufórico y magnánimo, en el que los organizadores de la empresa muestran una generosa inclinación a valorar con exceso las aportaciones no dinerarias. Es el momento de las acciones que, paradójicamente, se llaman «acciones liberadas», es decir, acciones que precisamente no se liberan del único modo que es lícito liberar una acción, a saber: con dinero, o con aportaciones valoradas en dinero» (Garrigues, «Fundación de la Sociedad anónima», en *Revista de Derecho Mercantil*, número 1, enero-febrero 1946, páginas 13-14).

Por todo ello es preciso un estudio detallado de esta fase en nuestro Derecho, en relación concretamente con las Sociedades limitadas.

Notaba Pérez Serrano (*«La proyectada reforma del Código de Comercio»*, *Revista de Derecho Privado*, tomo XIV, 1927, pág. 17), que «no hay disposición alguna que regule el nacimiento y vida de estas Compañías, y por eso se explica que hayan venido constituyéndose y funcionando sin traba ni freno de ninguna especie, sujetas sólo al *bon plaisir* de quienes la formaban».

Pese a la inexistencia de tales normas, espigando en la jurisprudencia del Tribunal Supremo y en las Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado, podemos estudiar algunos detalles exigidos para la constitución de estas Sociedades por tales decisiones.

Como toda Sociedad, la de responsabilidad limitada antes de dar principio a sus operaciones deberá hacer constar su constitución, pactos y condiciones en escritura pública, que se presentará para su inscripción en el Registro Mercantil, conforme a lo dispuesto en el artículo 17» (artículo 119, párrafo 1.º del Código de Comercio).

Estudiaremos, pues, los requisitos del contrato y los de la inscripción, haciendo, además, breve estudio de los casos en que se precisa autorización ministerial, tercer requisito entonces para tal constitución.

A) *El contrato*.—Más bien deberíamos llamarlo «acto de fundación», dado que la literatura jurídica ha llegado casi con unanimidad a la conclusión de que no se trata propiamente de un contrato, sino de un acto conjunto o serie de declaraciones unilaterales que marchan paralelas hacia un fin común.

Según la opinión más probable, el contenido de la escritura será análogo al que para la Sociedad colectiva delimita el artículo 125 del Código de Comercio.

1. Un problema especial sobre los elementos personales del contrato de Sociedad ha resuelto la Resolución de 9 de marzo de 1943. Trátase, en síntesis, de rechazar el autocontrato. Dice textualmente:

«Que en la escritura... acordaron, previa la oportuna licencia marital, constituir una Sociedad mercantil de responsabilidad limitada, en la cual resalta que la exigencia primordial, impuesta por

el artículo 116 del Código de Comercio, a cuyo tenor, por el contrato de compañía, «dos o más personas se obligan a poner en fondo común bienes, industria o alguna de estas cosas para obtener un lucro», se observó de tal modo que de las varias personas que en el contrato intervienen sólo una posee voluntad plena y perfecta capaz de producir efectos jurídicos, y ésta, además, con menoscabo de la autonomía o independencia precisas para que exista contrato, asumió la representación legal como padre de los tres menores, completando como marido la capacidad de doña..., y, por lo tanto, durante el período preparatorio y en el acto mismo de la constitución social, hubo de resolver cuestiones que afectaban fundamentalmente al patrimonio de sus representados y al suyo propio, en forma contradictoria, y que provocaban el supuesto de intereses incompatibles, porque si en la formación de toda compañía hay estímulos y finalidades comunes, también influye el natural deseo individual de obtener los beneficios máximos con el menor riesgo» (considerando 2.º). Y añade al final del considerando 5.º: «con todo lo cual se pone de relieve: primero, una evidente contradicción, no sólo entre los intereses del padre y de los hijos, sino también entre el espíritu de lucro que predomina en las instituciones mercantiles y el carácter esencialmente ético, tutelar y protector de las relaciones paternofiliales, y segundo, la clara transgresión de los límites impuestos por la doctrina de este Centro directivo a la figura de la autocontratación, precisamente en el supuesto más peligroso, o sea cuando el representante intente perfeccionar un contrato con las personas cuya representación legal asuma, y surja el natural conflicto entre sus propios intereses y los correspondientes a los demás socios que han de formar a su dictado la persona jurídica, no sólo en el instante de la constitución, sino durante la vida de la Sociedad».

2. En opinión de Garrigues, con el fin de limitar el número de socios, la fundación de la Sociedad de responsabilidad limitada debe tener carácter simultáneo; y en el contrato social deben mencionarse los rasgos típicos de esta Sociedad y la obligación por parte de los socios de realizar las aportaciones:

a) La cifra de capital ha de ser claramente determinada en la escritura social; en tal sentido declara la Resolución de 11 de agosto de 1943: «Que para reputar válidamente constituida una Sociedad de responsabilidad limitada, mientras no desaparezca la

laguna existente, en nuestras leyes, no sólo es indispensable que conste en escritura pública, sino que además, para que ésta sea inscrita en el Registro Mercantil es necesario, por el carácter de Sociedades de capitales, que las limitadas comparten con las anónimas y, porque, puede identificarse el régimen de responsabilidad de ambas, que aquéllas aparezcan con una base patrimonial firme, para lo cual el haber social debe quedar determinado de manera clara y precisa en la escritura con el fin de que pueda servir de garantía a los acreedores, y, por lo tanto, la estipulación contenida en el artículo 9.^o de los Estatutos del documento calificado... es insuficiente, porque, aunque no se estime incursa en la prohibición del párrafo final del artículo 119 del Código de Comercio, con ella podría darse por cerrada la fase fundacional de la Sociedad, sin haber verificado desembolso alguno de las participaciones suscritas y porque se podrían sustraer a la publicidad los plazos y condiciones en qué tal desembolso se lleve a cabo, extremos que son esenciales para la vida jurídica de la empresa; toda vez que admitida la figura social de responsabilidad limitada, es forzoso que en su constitución y desenvolvimiento se procure garantizar el interés de tercero.»

b) Pero el Tribunal Supremo ha exigido aun más. Pues dice en Sentencia de 4 de febrero de 1929 que «en esta clase de sociedades es requisito esencial que al constituirse queden totalmente cubiertas las participaciones en que se haya dividido el capital social; y aportadas las mismas en la forma estipulada; y es igualmente requisito preciso el que se haga la valoración de las que consistan en bienes que no sea metálico».

3. Naturalmente, ha de constar en la escritura la denominación de la Compañía.

Según el artículo 108 del Reglamento de Registro, las Sociedades de responsabilidad limitada son: «Sociedades de responsabilidad limitada y razón social». (párrafo primero) y, y dice el párrafo segundo: «Para verificar su inscripción en el Registro será necesario que a la razón social se añadan las palabras «Sociedad limitada» o «Sociedad de responsabilidad limitada», o cualesquiera otras análogas, que den a conocer desde luego la limitación de la responsabilidad de los socios.»

Como es sabido, las Sociedades personalistas suelen adoptar una razón social y las capitalistas una denominación social. En la pri-

mera se pone de relieve la personalidad de quienes contratan por la Sociedad. En cambio, la denominación social «será adecuada al objeto u objetos de la especulación que hubiese elegido» la Sociedad (artículo 152, párrafo primero del Código de Comercio). Parece que, según el precepto del artículo 108 del Reglamento de Registro, no es posible que las Sociedades de responsabilidad limitada tengan denominación social. Sin embargo, la Dirección General de los Registros y del Notariado, partiendo del carácter mixto de este tipo de Sociedades (intermedias entre las de personas y las de capitales), admite para ellas tanto la razón social como la denominación social. Pueden verse en tal sentido las Resoluciones de 15 de enero de 1945, 12 de diciembre de 1945, 10 de mayo de 1946 y 3 de junio de 1948, cuyos considerandos hemos expuesto con detalle en nuestro artículo anterior en esta Revista, titulado: «Problemas fundamentales de la Sociedad limitada en nuestro Derecho».

B) *La inscripción en el Registro.*—En realidad, es el punto regulado con mayor amplitud en nuestra legislación, dado que esta forma social ha tomado carta de naturaleza en la legislación española por su admisión en el Reglamento del Registro Mercantil.

Dice, en efecto, el artículo 108 de dicho Reglamento:

«Se consideran comprendidas en el número 1.º del artículo anterior, conforme a lo prescrito en los artículos 117 y 122 del Código de Comercio, y deberán, por tanto, ser inscritas en el Registro Mercantil las llamadas Sociedades de responsabilidad limitada y razón social, siempre que no se las designe en la escritura social con las palabras «colectiva», «comanditaria» o «anónima».

»Para verificar su inscripción en el Registro Mercantil será necesario que a la razón social se añadan las palabras «Sociedad limitada» o «Sociedad de responsabilidad limitada», o cualesquiera otras análogas que den a conocer desde luego la limitación de las responsabilidad de los socios.»

El artículo transscrito considera, pues, legales e inscribibles las Sociedades de responsabilidad limitada al amparo de los artículos 117 y 122 del Código de Comercio (invocados, respectivamente, a estos efectos por los autores Benito y Eñdara y González Echévarri). Requiere dos notas para que tales Sociedades sean inscribibles: 1.º, de índole negativa, «que no se las designe en la escritura social con las palabras «colectiva», «comanditaria» o «anónima», y 2.º, de índole

positiva, «que a la razón social se añadan las palabras, «Sociedad limitada» o «Sociedad de responsabilidad limitada», o cualesquiera otras análogas que den a conocer desde luego la limitación de la responsabilidad de los socios».

Y respecto a los requisitos de la inscripción, determina el artículo 123: «La inscripción primera de las Compañías que adopten formas especiales, expresará las circunstancias que las caractericen y las que deba contener la inscripción de las Compañías colectivas, comanditarias o anónimas en cuanto sean adaptables a la forma especial con que se hayan constituido.»

Al ser la Sociedad de responsabilidad limitada un tipo mixto entre la colectiva y la anónima, se le aplicarán, en cuanto sean adaptables, las circunstancias detalladas en los artículos 120 (referente a las Sociedades colectivas) y 122 (relativo a las Sociedades anónimas).

Sin embargo, tal adaptabilidad es un punto algo oscuro, y la inclinación doctrinal hacia uno u otro de los tipos lleva a suplir la regulación con el artículo 120 o con el 122.

La Sentencia de 5 de julio de 1940 realiza una enumeración de las circunstancias que ha de contener la inscripción, distinguiendo requisitos esenciales y pactos complementarios. Dice el considerando 4.º:

«Que tampoco incide el Tribunal *a quo* en las aludidas violaciones al declarar que el demandado está obligado a firmar escritura pública de Sociedad de responsabilidad limitada con la actora con las bases que fija en el fallo de la Senencia recurrida y los demás pactos y requisitos que establecen los Códigos civil y de Comercio, por cuanto lejos de haber dejado de cumplir los preceptos de la legislación mercantil que previenen los requisitos legales para la formalización de los contratos de Sociedad mercantil los ha tenido en cuenta en debida forma, pues esos requisitos, que tratándose de una Sociedad de responsabilidad limitada son los que se deducen de los artículos 108, 120 y 123 del Reglamento del Registro Mercantil de 20 de septiembre de 1919 en relación con el 125 del Código de Comercio que se refiere a las Sociedades regulares colectivas por ser las más adaptables a la forma especial de la presente, hay unos que deben calificarse de esenciales y otros de complementarios, siendo los primeros los únicos en que es indispensable el previo convenio de los contratantes por no haber precepto legal alguno del que puedan deducirse, pues los otros si al llegarse al momento oportuno de la re-

dacción de la escritura no se ha logrado un acuerdo sobre ellos, pue-
den ser suplidós en armonía con las prescripciones legales aplicables;
ante la necesidad de llegar al cumplimiento del convenio de formaliza-
ción de la escritura, y eso es lo que ha hecho precisamente el Tri-
bunal *a quo*, al fijar en el fallo, con arreglo a lo que estima convenido
por las partes apreciando las pruebas en conjunto, las bases a que
se refieren los requisitos esenciales, cuales son el carácter de la
Sociedad que se constituye de responsabilidad limitada; el nombre,
apellidos y domicilio de los socios; la razón social...; el capital que
cada socio aporte en dinero efectivo, créditos o efectos con expresión
del valor que se da a éstos; domicilio de la Sociedad...; clase del
comercio u operaciones a que se dedica y la fecha de su constitución;
dejando para que se fijen en ejecución de sentencia los demás pactos
complementarios y requisitos que establecen los Código civil y de
Comercio referentes al otorgamiento de escrituras de Sociedad, cua-
les son: Primero, el nombre y apellido de los socios a quienes se en-
comienda la gestión de la Compañía y uso de la firma comercial, con
expresión de la cantidad que se le asigne a cada uno anualmente para
sus gastos particulares; y segundo, duración de la Compañía, que
no es indispensable que se fije por los socios, pues si no se pacta
que la gestión y uso de la firma social corresponde a determinados
socios, corresponde a todos ellos, artículo 129 del Código, y si no
se precisa la duración será de plazo indefinido y se procederá en su
caso como preceptúa el artículo 224; no siendo necesario consignar
en la escritura las reglas para la formación de los balances, ni
aquellas otras determinadoras de cuándo ha de comenzar el reparto
de utilidades y si han de distribuirse íntegramente o constituirse
reservas, ni aquellas otras constitutivas de las directrices para la
liquidación y división del haber social que se indican en el recurso,
por no haber precepto alguno en el Código de Comercio que las im-
ponga, ni en el artículo 120 del Reglamento, en el que sólo se hace
mención de las reglas para la liquidación y división del haber so-
cial y es para decir que se harán constar en la primera inscripción
de las sociedades colectivas si se establecen en la escritura, lo que
indica que no es requisito indispensable de la misma.

C) Autorización ministerial.—En ciertos casos, a los requisitos
antes mencionados ha de unirse la autorización ministerial. El Mi-

nisterio de Hacienda; siguiendo la orientación general de nuestra legislación tributaria, ha asimilado, a los efectos de concesión de autorización ministerial, las Sociedades de responsabilidad limitada a las Sociedades de capitales.

El sistema vigente a estos efectos es el siguiente:

1. Sociedades sujetas a autorización. Según el artículo 1.^o de la Orden de 28 de febrero de 1947, «se necesitará autorización previa del Ministerio de Hacienda:

a) Para que puedan quedar legalmente constituidas las Sociedades anónimas y demás de responsabilidad limitada cuyo capital exceda de cinco millones de pesetas, aun cuando no se proceda a su total desembolso en el momento de la constitución. b) Para la constitución de Sociedades anónimas y demás de responsabilidad limitada, aun cuando su capital fuese inferior a cinco millones de pesetas, si se conceden, para la suscripción de éste, derechos de preferencia a otras entidades o se constituyesen a base de la absorción de otras empresas o de la incorporación de negocio que vinieran explotándose con anterioridad. La autorización será necesaria, aunque no se apórtase íntegramente un negocio, si lo fueren fábricas, maquinarias, locales, géneros de comercio o elementos industriales o comerciales que hubieran pertenecido a un negocio no extinguido con más de un año de antigüedad, extremo que deberá ser demostrado, en todo caso, por la parte interesada... f) Para que las Sociedades que se constituyan o domicilien en la Zona del Protectorado español de Marruecos, cualquiera que sea su forma y la cuantía de su capital, puedan emplear todo o parte del mismo en negocios que se desarrolle en territorio español.»

El artículo 3 del Decreto-ley de 17 de julio de 1947 dispone: «Además de que para los actos ya previstos en la legislación vigente y sin perjuicio de las facultades que competen al Ministerio de Industria y Comercio, o en cuanto a la aplicación de la correspondiente a divisas, las Sociedades españolas necesitarán la autorización discrecional del Ministerio de Hacienda para realizar los siguientes:

«a) Constituirse o aumentar el capital social cuando en las correspondientes escrituras o en los estatutos sociales se establezcan diferencias entre los títulos representativos del capital, —ya sea en los derechos de administración, participación en los resultados so-

ciales, reembolsos a los tenedores, cuota de liquidación u otras cualesquiera— o se reconozca a determinadas personas mayor número de títulos que el correspondiente a sus aportaciones económicas, valoradas éstas según las normas de comprobación vigentes para el impuesto de Derechos reales.»

Es indudable la aplicabilidad a las Sociedades de responsabilidad limitada de los números *a), b) y f)* del artículo 1.^o de la Orden de 28 de febrero de 1947. Suscítase la duda, en cambio, de si será aplicable a este tipo de Sociedades de la letra *a)* del artículo 3.^o del Decreto-ley de 17 de julio de 1947, últimamente transcrita. Ha resuelto el problema en sentido negativo la reciente Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado, que frente a un caso de escritura de constitución de Sociedad limitada en que el Registrador denegó la inscripción por las diferencias establecidas en los estatutos en cuanto a la distribución de dividendos, se declara (considerando último):

«En relación con el último defecto de la nota, que la autorización ministerial prevenida en el apartado *a)* del artículo 3.^o del Decreto-ley de 17 de julio de 1947, se requiere para la constitución de Sociedades que «establezcan diferencias entre los títulos representativos del capital o en las que se reconozca a determinadas personas mayor número de títulos que el correspondiente a sus aportaciones económicas» y tal artículo, de interpretación restrictiva, parece aplicable a las Compañías cuyo capital esté representado por acciones o títulos equivalentes negociables o transferibles, separados e independientes de la escritura de constitución y no a aquellas otras empresas en las que el capital social se divide en participaciones que no puedan enajenarse más que con arreglo a determinados requisitos y de las cuales no se crean títulos representativos; porque cualquiera que sea el criterio de interpretación, siempre habría de tenerse presente que en el caso discutido la situación de mejora, a efectos de retribución o beneficios que correspondan al Director técnico, implica una variante y un incremento en el pago de sus servicios a consecuencia de la mayor responsabilidad que pueda contraer por los trabajos en que personal y exclusivamente intervenga.»

2. Documentos a acompañar a la petición y personas que han de autorizarlos. Se refieren a este asunto los artículos 8.^o, letras

b) y c) y 9.^º de la citada Orden de 28 de febrero de 1947. Su texto es el siguiente:

«8.^º La autorización a que se refiere el número 1.^º de esta Orden habrá de solicitarse por las entidades interesadas o por los fundadores de las mismas, según los casos, mediante instancia, a la que deberán unir los siguientes documentos:

B) Tratándose de constitución de sociedades:

a) Proyecto de escritura de constitución y de estatutos. Si la empresa solicitante estuviera comprendida en el artículo 3.^º de la Ley de 24 de noviembre de 1939, sobre ordenación y defensa de la industria, tal circunstancia deberá hacerse constar en el texto de los estatutos, con indicación del grupo, de los establecidos en dicho artículo, en que se halla incluida, y la forma en que se haya tenido en cuenta lo dispuesto en los artículos 5.^º y 6.^º de la mencionada Ley. b) Personas que constituirán la Sociedad y las que, en su caso, hayan de formar el primer Consejo de Administración. c) Plan financiero e industrial de la entidad. d) Si se constituyeran a base de la absorción de otras empresas o de la incorporación de negocios que vinieran explotándose con anterioridad, el último balance-inventario de la empresa o negocio absorbido ó incorporado, y bases sobre las cuales haya de realizarse la absorción o incorporación. e) En todo caso, cuando se aportan bienes se detallarán éstos, y se acompañará justificación del valor actual de los mismos.

C) Tratándose de Sociedades que se constituyan o que se domicilien en la Zona del Protectorado español en Marruecos, a que se refiere el apartado f) del número 1.^º de esta Orden:

a) Copia de la escritura de constitución y estatutos por que se rija la Sociedad. b) Último balance-inventario y memoria; si la hubiere. Si entre la fecha de la solicitud y la de cierre del balance aludido mediare más de tres meses, se acompañará, además, un balance de sumas y saldos referido al último día del mes anterior al en que la solicitud se produzca. c) Relación de las sucursales, establecimientos, agentes o representaciones que la Sociedad tuviere. d) Memoria explicativa de los negocios que proyecte realizar en territorio español, con indicación de las sucursales, establecimientos, agencias o representaciones que pretenda fundar en el mismo;

e) Parte de capital que haya de afectar a los negocios que pretenda desarrollar en territorio español.»

«9.º Todos los documentos que las Sociedades hayan de presentar deberán estar autorizados por quienes, con arreglo a la escritura de constitución y estatutos de la entidad respectiva, tenga atribuida esta facultad y los de carácter contable serán certificados, respecto a que son resultado de los libros de contabilidad de las empresas, por un profesor mercantil colegiado y matriculado para el ejercicio libre de su profesión, sin que ello menoscabe la facultad comprobatoria de la Administración.

La Dirección General de Contribuciones y Régimen de Empresas y, en su caso, el Jurado de Utilidades, que preceptivamente ha de informar sobre las autorizaciones solicitadas, podrán reclamar de las respectivas entidades cualquier otro documento o justificación que estimare necesario para la resolución correspondiente, así como ordenar en todo caso la comprobación de los presentados o de los hechos contables a que los mismos se refieran, por medio de sus funcionarios técnicos.»

3. Caducidad de la autorización. Con arreglo al artículo 10 de la Orden de 28 de febrero de 1947, «las autorizaciones ministeriales que, en virtud de lo regulado en esta Orden se concedan, caducarán al año de la respectiva notificación, si la empresa no hubiere hecho uso de ellas antes de finalizar dicho plazo».

4. Obligaciones de Notarios y Registradores. En relación con este régimen de autorizaciones, consigna obligaciones especiales de tales funcionarios el artículo 7.º (párrafo primero) de la Orden de 28 de febrero de 1947 y el artículo 7.º del Decreto-ley de 17 de julio de 1947. Su texto es el siguiente:

Orden de 28-II-47, art. 7.º: «Las escrituras públicas relativas a actos jurídicos para los cuales se precise la autorización a que se refiere el número 1.º de esta Orden, no podrán ser inscritas en los Registros Mercantil y de la Propiedad si no tienen inserta o se presentan acompañadas de la resolución ministerial que concede dicha autorización. De las resoluciones insertas en los documentos inscritos quedará archivada en el Registro Mercantil una copia literal, autorizada por el Registrador que firme la inscripción.»

Artículo 7.º del Decreto-ley de 17 de julio de 1947: «Los actos o contratos previstos en el presente Decreto-ley y los que de ellos

se deriven, no podrán ser autorizados por los Notarios, Agentes de Bolsa y Corredores de Comercio, ni inscritos en los Registros Mercantil y de la Propiedad, si no se acredita el cumplimiento de los requisitos que, respectivamente, se establecen para los mismos.»

No obstante, la Dirección General de los Registros y del Notariado ha suavizado la rigidez de esta doctrina al declarar en sus Resoluciones de 3 de junio de 1944 y 15 de enero de 1945, que no existe inconveniente en admitir que la autorización del Ministerio de Hacienda sea solicitada y obtenida con posterioridad al otorgamiento de la escritura de constitución. Para más detalles sobre dichas Resoluciones; véase nuestro artículo «Las Sociedades Mercantiles Irregulares en el Derecho español», publicado en esta Revista (número 265, junio 1950, especialmente páginas 409-11). Como hemos indicado allí, es muy dudosa la aplicación de tales Resoluciones tras de haberse dictado el artículo 7.º del Decreto-ley de 17 de julio de 1947. (nótese que ambas Resoluciones son anteriores a dicha fecha); y en todo caso, lo racional es solicitar la autorización ministerial a base de un proyecto de escritura (ver en idéntico sentido el artículo 8.º, B), a) de la Orden de 28 de febrero de 1947), ya que si ésta se otorga y el proyecto no obtiene la autorización ministerial, habrá de otorgarse nueva escritura con las modificaciones que hayan de introducirse y los gastos consiguientes.

5. Sanciones. El incumplimiento de estas normas acarrea diversas sanciones, detalladas en los siguientes preceptos:

Artículo 7.º, párrafo último de la Orden de 28 de febrero de 1947: «Lo anteriormente dispuesto se entenderá que no obsta a las sanciones económicas que correspondiere imponer a la empresa, a tenor de lo establecido en el artículo 11 de la Ley de 15 de mayo de 1945.»

Artículo 8.º del Decreto-ley de 17 de julio de 1947: «El incumplimiento de las disposiciones contenidas en el articulado de este Decreto-ley, sin perjuicio de las responsabilidades que puedan deducirse, con arreglo a la legislación vigente, tanto en materia de divisas, de la competencia del Ministerio de Industria y Comercio, como en cualquier otra aplicable, podrá determinar imposición de las mismas sanciones previstas por el artículo 11 de la Ley de 15 de mayo de 1945; llegando; por acuerdo del Consejo de Ministros, a la separación de los gestores de los cargos que ocupan en la empresa

o a la incapacitación para desempeñar otros de gestión o dirección en entidades españolas.»

Es fundamental a este respecto el artículo 11 de la Ley de 15 de mayo de 1945; citado por los preceptos antes transcritos, y cuyo texto es el siguiente: «El incumplimiento de lo establecido en esta Ley y en los artículos 3.^º de la de 19 de septiembre de 1942 y 1.^º al 4.^º de la de 10 de noviembre del propio año, determinará la imposición de sanciones económicas a las Sociedades, que serán acordadas hasta el límite de 50.000 pesetas por el Ministro de Hacienda, y hasta 500.000 pesetas por el Consejo de Ministros, independientemente de las que correspondieren, en su caso, en el orden tributario.»

II.—DISOLUCIÓN

El carácter de la Sociedad de responsabilidad limitada como tipo intermedio entre las Sociedades de personas y las de capitales, origina el problema de si se le aplicarán las causas de disolución propias de las Sociedades personalistas o las típicas de las Sociedades de capitales. Concretado el problema a nuestra legislación, ¿les serán aplicables los artículos 218 y 222 del Código de Comercio?

Según Wieland («La Sociedad de responsabilidad limitada», en *Revista de Derecho Privado*, tomo XIX, 1932, páginas 247-8): «En general, las causas que llevan a la disolución de estas Sociedades responden en todas las leyes y proyectos al tipo capitalista (modelo de la Sociedad anónima). Especialmente, subsiste intacta la Sociedad por el cambio o separación de un socio aislado. Por el contrario, el derecho de los socios a pedir la disolución de la Sociedad por sentencia judicial, ante la existencia de motivos importantes, es regulado de modo esencialmente distinto. Dentro de la Sociedad anónima no compete, como es sabido, a los socios un derecho semejante. Por el contrario, en las pequeñas Sociedades, formadas según el modelo de la Sociedad colectiva, es imprescindible que corresponda a todo socio el derecho a la disolución tan pronto concurren circunstancias que le hagan imposible o insopportable la continuación en la Sociedad, mala fe o incapacidad de alguno de los socios, e incluso solamente diferencias o desaveniencias personales.»

«La muerte de un socio o los motivos especiales que se den en la persona de uno de ellos no determina la disolución de la Sociedad. Atendiendo a las relaciones jurídicas de las pequeñas Sociedades, en las cuales suele ser de extraordinaria importancia la persona del socio, la disolución puede ser determinada para casos semejantes en el contrato social. Igualmente, por el contrato social, puede concederse a todos o alguno de los socios el derecho de llevar a disolución la Sociedad por denuncia (del contrato). Dificultades considerables originan la cuestión de la transmisibilidad hereditaria, como en general las consecuencias jurídicas que van unidas a la muerte del socio... Por virtud de la Ley, la cuota social es transmisible en todas las leyes y proyectos, de modo que los herederos entrarán sin más en los derechos de socio del difunto... Sin embargo, análogamente a los principios que rigen para la Sociedad colectiva, podrá establecerse en el contrato social que en caso de muerte de un socio fuera disuelta la Compañía. También puede establecer el contrato social que la Sociedad continúe sin los herederos, cuyas pretensiones al patrimonio social, sin embargo, deberán ser indemnizadas.»

En España, la Sentencia de 5 de julio de 1941 declara:

«Que no ofrece absoluta nitidez en las legislaciones el criterio rector de este tipo de Sociedades, considerado como híbrido o intermedio entre las Sociedades de personas y las Sociedades de capitales, y así, mientras en el sistema germánico predomina la similitud con la Compañía anónima, en el régimen de las legislaciones latinas es mayor, por el contrario, el parecido con la Sociedad colectiva y la comanditaria, viniendo a ser la de responsabilidad limitada una Sociedad de tipo personalista, en la que se injerta el principio de limitación hasta cierta suma de la responsabilidad de los socios» (considerando último).

En el considerando segundo de la misma Sentencia se aplican a estas Sociedades las causas de rescisión parcial de las colectivas y comanditarias, previstas en el artículo 218 del Código de Comercio. Dicha Sentencia ha sido objeto de bastantes comentarios por la doctrina en el sentido de reputar exagerada la configuración personalista de la Sociedad en la misma verificada, por ser tal Sociedad más bien de tipo intermedio como en su considerando último, antes transcripto, reconoce dicha Sentencia.

Así dice Polo: «No quiero silenciar, sin embargo, antes de cerrar esta nota, una preocupación, ni dejar de formular un aviso: la tendencia, confirmada por este fallo de nuestro Tribunal Supremo, hacia una configuración quizá excesivamente personal de la Sociedad de responsabilidad limitada, ofrece también sus característicos peligros y puede amenazar, incluso; la propia virtualidad de esta forma social, si en virtud de ella se reclama siempre y en todos los casos la aplicación analógica de las normas que rigen las Sociedades de personas. Piénsese, por ejemplo, que de afirmar como causas de rescisión parcial de la Sociedad de responsabilidad limitada las que, según el artículo 218 del Código de Comercio, lo son de la colectiva y de la comanditaria, a proclamar idéntica aplicación analógica de las causas de disolución propias y específicas de estas Sociedades, a tenor del artículo 222, no hay más que un paso, y, sin embargo, ninguna legislación se ha atrevido a darlo. Afirmar de modo terminante, desde la Ley, la naturaleza personal de este tipo social, puede ser discutible, pero no es peligroso, por cuanto se ofrece al mismo tiempo la norma que sirva de freno y de medida a las consecuencias que de aquella configuración personalista derivan; pero proclamar, ante la total ausencia de normas propias, por vía jurisprudencial, dicho carácter individualista, ofrece el riesgo de que no se acierte en la medida y se llegue por vía de la aplicación analógica a extremos que rechaza la misma finalidad económica que actualmente se persigue a través de esta forma social.» (*Revista de Derecho Privado*, tomo XXVI, 1942, página 250.)

Tiene interés, en el mismo sentido que el Tribunal Supremo, el dictamen de Fuenmayor titulado «Resolución parcial de la Sociedad mercantil de responsabilidad limitada» (*Revista de Derecho Privado*, tomo XXXI, 1947, páginas 448-57), que llega a conclusiones similares a las del Tribunal Supremo por la aplicación del artículo 1.124 del Código civil, cuyo párrafo primero dispone: «La facultad de resolver las obligaciones se entiende implícita en las recíprocas, para el caso de que uno de los obligados no cumpliera lo que le incumbe.»

* * *

Hemos de dedicar, finalmente, especial consideración a las formalidades de disolución de las Sociedades de responsabilidad limitada.

Dice, en efecto, el artículo 5.^º del Decreto-ley de 17 de julio de 1947:

«Las Sociedades a que se refiere el presente Decreto-ley, cuando deban extinguirse por disposición legal o estatutaria, o cuando acuerden hacerlo voluntariamente, deberán ponerlo inmediatamente en conocimiento de la Delegación de Hacienda donde vengan cumpliendo sus obligaciones tributarias, expresando con el mayor detalle cuáles sean las de este orden que tengan pendientes, así como las que calculen, hayan de derivarse de la disolución acordada, y las disposiciones tomadas para solventarlas.

En tales casos, la Delegación de Hacienda designará, de entre sus funcionarios, un vocal que, en garantía de los derechos del Estado, formará parte de la Comisión Liquidadora, sin derecho a retribución. Esta Comisión no podrá adoptar acuerdos sin la presencia del representante de la Hacienda, ni tales acuerdos podrán ejecutarse contra el veto de dicha representación.

Este vocal deberá dar cuenta al Delegado de Hacienda de los acuerdos a que ponga su veto. Si dicha Autoridad no comunica a la Comisión Liquidadora, en el término de ocho días hábiles, contados desde el siguiente al del acuerdo, la confirmación del veto, podrá ejecutarse aquél. Las resoluciones confirmatorias de los Delegados de Hacienda serán apelables ante el Ministerio de Hacienda en plazo no superior al de quince días hábiles, contados desde el siguiente a aquel en que fué notificada la citada resolución.

Podrá evitarse o terminará en cualquier momento la intervención del vocal representante de la Hacienda en la Comisión Liquidadora mediante la prestación de fianza, declarada bastante por la citada Delegación, para responder de las obligaciones de la Sociedad en disolución.»

El primer problema que suscita este artículo es el de su aplicabilidad a las Sociedades de responsabilidad limitada. La extensión de la obligación a «las Sociedades a que se refiere el presente Decreto-ley», plantea como tema previo el de determinar a qué Sociedades se refiere este precepto. Pero es que el contenido de este Decreto-ley es muy amplio, pues, por ejemplo, el artículo 1.^º regula el domicilio de «las Sociedades españolas, cualesquiera que sean sus componentes, la situación física y jurídica de los bienes que integren el activo social y el lugar donde desempeñen sus actividades».

des»; se refiere, pues, a todas las Sociedades españolas. Habiendo de notarse que también el artículo 2.^º se refiere a todo tipo de Sociedades, pues no limita sus preceptos a «la Junta General de Accionistas», sino que se refiere, además, con toda amplitud a «los demás organismos gestores de las Sociedades aludidas en el artículo precedente».

El artículo 3.^º, por su parte, confirma las disposiciones sobre autorizaciones, refiriéndose, por tanto, a todas las Sociedades que las requieren, y entre ellas las de responsabilidad limitada en ciertos supuestos.

Como se ve, la amplitud del precepto es extraordinaria, ya que el Decreto-ley en varios de sus artículos se refiere a todas las Sociedades españolas. Es muy lógico, además, que la Hacienda pública trate de asegurar sus derechos en todas las Sociedades y en todos los casos de disolución.

Ha de notarse que, según el artículo 6.^º del mismo Decreto-ley, «para todos los efectos, incluso los de declaración y aseguramiento de cargas tributarias previstas en el artículo anterior, serán equiparados a la disolución social los acuerdos de sustitución del 50 por 100 o más del total de bienes integrantes del activo por títulos o valores de cualquier clase de otra Sociedad española o extranjera, salvo declaración expresa en contrario hecha por el Ministerio de Hacienda, en el caso de que se trate, al otorgar la autorización prevista en el apartado b) del artículo 3.^º de este Decreto-ley». Lo expuesto revela el extraordinario número de personas y casos a que afecta este precepto.

En cuanto a su contenido, es de notar la existencia de una alternativa en la conducta de las Sociedades afectadas:

a) Admitir el nombramiento de un vocal representante de la Hacienda, designado por el Delegado de Hacienda y que formará parte de la Comisión Liquidadora, con derecho de voto.

b) Prestar fianza, declarada bastante por la Delegación de Hacienda respectiva, para responder de las obligaciones de la Sociedad en disolución.

PABLO SALVADOR BULLÓN

Actuario.—Catedrático
Ex Profesor Mercantil al servicio
de la Hacienda Pública
Asesor de Empresas

HILARIO SALVADOR BULLÓN

Catedrático de Derecho Mercantil
Doctor en Derecho
Profesor Mercantil

Jurisprudencia de la Dirección general de los Registros y del Notariado

CONSULTA FORMULADA POR EL REGISTRADOR DE LA PROPIEDAD DE MÁLAGA SOBRE RELACIÓN DE CARGAS EN LAS INSCRIPCIONES Y EN LAS CERTIFICACIONES, CUANDO HAN SIDO DESTRUÍDOS PARCIALMENTE LOS LIBROS REGISTRALES.

Resolución de 14 de diciembre de 1950 ("B. O." de 2 de febrero de 1951.)

El Registrador de la Propiedad de Málaga, en un extenso escrito, manifiesta que sus antecesores han seguido criterios distintos y hasta antagónicos en la materia objeto de la consulta, y termina exponiendo las siguientes dudas: «I. Si constando al margen de una inscripción de gravamen de naturaleza real nota de referencia a otra inscripción por la cual quede aquélla cancelada; pero cuya inscripción de cancelación no exista por haber sido extendida en alguno de los libros destruidos, sin haberse rehabilitado la inscripción cancelatoria desaparecida, ha de consignarse u omitirse el mismo gravamen en la relación de cargas que contengan las inscripciones o anotaciones posteriores relativas a la misma finca. II. Si, en igual supuesto, el mismo gravamen ha de ser excluido en las certificaciones de cargas referentes a las mismas fincas sobre las que aquél se hubiere impuesto, o, por el contrario, habrá de consignarse en tal certificación, insertando también la nota marginal indicadora de su cancelación, con la advertencia de que se hace así por no existir la inscripción cancelatoria.»

La Dirección, tras un minucioso análisis de circunstancias no especificadas en la consulta, ha acordado declarar que en casos como el consultado, si el Registrador, en vista de todos los antecedentes examinados, no juzgare suficientemente acreditada la cancelación de la inscripción hipotecaria ni, por lo tanto, pudiera reputar la finca libre del gravamen, deberá reflejar exactamente el estado excepcional creado por la destrucción parcial del Registro, lo mismo en las certificaciones que en la sección de cargas de las inscripciones posteriores, insertando, literalmente o en relación, según los casos, la nota marginal de referencia a la inexistente inscripción de cancelación.

EN LOS SUPUESTOS DE SUSTITUCIÓN FIDÉICOMISARIA O DE DELACIÓN RETARDADA DE LA HERENCIA, REPRODUCIDA O DEFERIDA, CABRÍA ESTIMAR CREADA POR LA INDETERMINACIÓN TEMPORAL EN LOS SUJETOS UNA SITUACIÓN JURÍDICA DE PENDENCIA, DURANTE LA CUAL SE EVITARÍA LA INDEFENSIÓN Y ABANDONO DE LOS BIENES E INTERESES DE LOS «CONCEPTURUS», MEDIANTE UNA TITULARIDAD INTERNA CONFERIDA AL FIDUCIARIO (O «PSEUDO-USUFRUCTUARIO» DE LA DOCTRINA) QUE SALVARÍA LA ANÓMALA CONCESIÓN DEPLENOS PODERES DISPOSITIVOS AL MISMO Y EL OBSTÁCULO QUE IMPLICA EXTENDER LA REPRESENTACIÓN A PERSONAS INEXISTENTES?

-Resolución de 22 de diciembre de 1950 ("B. O." de 14 de febrero de 1951.)

Don Ramón Orellana Noguera otorgó testamento el 14 de julio de 1930 ante el Notario de Sevilla don Francisco Monedero Ruiz, en el qué instituyó heredera universal en usufructo vitalicio a su esposa, doña Trinidad Ruiz García, y dispuso que, al fallecimiento de su citada esposa pasaran los bienes de su herencia, también en usufructo vitalicio, a su sobrina política doña Trinidad Broquetas Ruiz, de trece años de edad; y al fallecimiento de ésta, pasara el pleno dominio de los bienes objeto del usufructo a los hijos o descendientes legítimos, que dejará la usufructuaria, doña Trinidad Broquetas, o en su defecto a los herederos testamentarios o legítimi-

mos de la misma, a todos los cuales instituye desde luego nudos propietarios». Don Ramón Orellana Noguera, falleció el día 21 de febrero de 1932, y como consecuencia de la partición de sus bienes se adjudicaron, entre otros, a doña Trinidad Ruiz García el usufructo vitalicio de una participación proindivisa de 12.482,50 pesetas en el valor total de 82.140 pesetas dado a la casa número 62 de la Alameda de Hércules, de Sevilla, que se inscribió en el Registro de la Propiedad. Doña Trinidad Ruiz García falleció el 19 de junio de 1937, por lo que el usufructo vitalicio pasó a doña Trinidad Broquetas Ruiz de conformidad con lo establecido en la cláusula anteriormente transcrita del testamento de don Ramón Orellana, y doña Trinidad Broquetas, previa autorización judicial por ser desconocidas las personas llamadas a la nuda propiedad de la participación que usufructuaba en la indicada finca, la vendió a otro participante del dominio, que la requirió al efecto para cesar en el condonamiento, conservándose el precio recibido, 12.482,50 pesetas, en poder del Notario autorizante de la escritura, don Joaquín Muñoz Casillas, para su inversión en valores del Estado con arreglo a lo dispuesto por el Juzgado, depositándose títulos de la Deuda por valor de 14.000 pesetas nominales, que fueron comprados en el Banco de España a favor de doña Trinidad Broquetas Ruiz, como usufructuaria, y de los hijos o descendientes legítimos que dejase dicha señora a su fallecimiento, y en su defecto, de los herederos testamentarios o legítimos de la misma, como nudos propietarios.

Presentada para su inscripción en el Registro primera copia de la escritura de venta se puso a continuación de la misma la siguiente nota: «Inscrito el precedente documento sólo en cuanto al usufructo de la participación proindiviso de doña Trinidad Broquetas Ruiz al folio 232 vuelto del tomo 665, libro 102 de la segunda Sección, finca número 3.661, inscripción sexta, y no admitida la inscripción de la nuda propiedad por no aparecer inscrita a favor de los transmitentes por ser inciertas las personas a quienes, conforme al testamento de don Ramón Orellana Noguera, pueda corresponder el pleno dominio».

Interpuesto recurso por el Notario autorizante de la escritura, la Dirección, con revocación del auto presidencial, declara no inscribible la misma en cuanto a la nuda propiedad, en méritos de la docta doctrina siguiente:

Que constituye règle general en el ordenamiento jurídico vi gente, aunque carece de la formulación expresa que tiene en otras legislaciones civiles extranjeras; la de que el heredero ha de existir en el momento de la apertura de la sucesión, porque entonces es cuando debe apreciarse su capacidad para suceder al *de cuius*, y este criterio, que goza de unánime aceptación en la dogmática civil, se halla también reconocido por la jurisprudencia patria; viene a ser *conditio iuris* del llamamiento y obliga en principio a examinar con máxima cautela los llamamientos hereditarios hechos a favor de los *nasciturus nundum concepti* que no revistan la forma expresamente consignada en el artículo 781 del Código civil.

«Que la necesidad dé qué al operarse la transmisión de la propiedad de los bienes hereditarios exista una persona que pueda hacerse cargo de ellos, y que la determinación de la capacidad presupone la personalidad y las razones prácticas que aconsejan que los bienes no permanezcan durante largo tiempo en manos ajena, han motivado la exigencia aludida, cuyo rigor fué atemperado en diversos sistemas legislativos, tanto por la facultad reconocida a los padres para legar o donar a los hijos bienes, con la carga de que los transmitan a los que tengan nacidos o por nacer, solamente en primer grado, como por atribución del carácter de sustitución fideicomisaria a todas las instituciones hechas a favor de los no concebidos al abrirse la sucesión, y lo mismo se prohiba o se admita la atribución fideicomisaria, mediante la facultad de que puedan adquirir por testamento los no concebidos que nacieran de persona que viva al morir el testador;

Que este mismo sentido de flexibilidad puede inferirse en los supuestos de delación retardada de la herencia, reproducida o deferida, cuando se estimé la institución de los nacerán hecha bajo condición suspensiva, sistema que por la laguna de nuestro ordenamiento jurídico para la tutela y protección de tales situaciones requeriría de ser admitido decidir afirmativamente la licitud de tal condición, convirtiendo el elemento accidental del negocio jurídico en esencial, para concluir que el sujeto del derecho subjetivo no es un requisito fundamental cuando el derecho sea condicional;

Que planteada la cuestión debatida en tan concretos términos, puesto que la calificación registral se limita a denegar la inscripción de la nuda propiedad, por estimar inciertas las personas a las

que haya de corresponder en su día el pleno dominio; es decir, no hallarse inscrito el derecho que se transmite, de conformidad con lo prevenido en el artículo 20 de la Ley Hipotecaria, cabría estimar creada por la indeterminación temporal en los sujetos una situación jurídica de pendencia durante la cual se evitaría la indefensión y abandono de los bienes e intereses de los *concepturus*, mediante una titularidad interina conferida a la usufructuaria, que salvaría la anónima concesión de plenos poderes dispositivos a la misma y el obstáculo que implica extender la representación a personas inexistentes.

Por último, que aun cuando se prescindiera del valor que es necesario atribuir a la voluntad del testador, ley de la sucesión, y en virtud de una analogía, más o menos forzada, se consintiera que la usufructuaria como administradora de los bienes de la herencia tenía facultades dispositivas, de acuerdo con lo prevenido en el artículo 804 del Código civil, en relación con el 186, que preceptúa los requisitos de la enajenación por el representante legítimo del ausente en este expediente concurren las siguientes circunstancias de trascendencia decisiva para su resolución: a), que la sobrina y heredera del causante, doña Trinidad Broquetas Ruiz, menor de edad, emancipada, soltera, usufructuaria de una participación de la casa de referencia, acompañada de su madre, como presunta nuda propietaria, acudió al Juzgado y alegó que había sido requerida por los demás copartícipes en la finca para que se aviniera en la división, y a fin de evitar el juicio declarativo correspondiente solicitó autorización para enajenar, que concedió el Juzgado en una resolución que tal y como se transcribe en el testimonio del auto, inserto en la escritura, impide conocer sus fundamentos legales; b), que se ratificaron en el expediente tanto la menor como su madre, doña Carmen Ruiz García, quien prestó también el consentimiento y licencia necesaria para poder llevar a cabo la enajenación; c), que ocio años después de haberse obtenido la autorización judicial se formalizó la enajenación, hallándose entonces casada la usufructuaria, y en tan largo lapso de tiempo es muy razonable presumir que puedan haberse alterado sustancialmente las circunstancias en que se fundó el Juez, aunque sea de carácter permanente la alegada indivisión de la finca, que por sí sola no puede motivar el derecho de disposición por la mera probabilidad de ejer-

cicio de la *actio comuni dividendo*; y d), haberse verificado la venta sin la pública subasta y previo avaluo preceptuados por el artículo 2.015 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, en relación con el número primero del 2.011 y 2.046, de conveniente aplicación, para operar en tan delicados supuestos con las mayores garantías, alejar toda sospecha de acuerdo fraudulento y evitar perjuicios a los interesados.»

Si tuviésemos nosotros un precepto como el artículo 694 del Código italiano de 1942, que dice así:

«La autoridad judicial puede autorizar la enajenación de los bienes objeto de la sustitución en caso de utilidad evidente, disponiendo la reinversión del precio obtenido.

» También puede, con las necesarias cautelas, autorizar la constitución de hipotecas sobre los mismos bienes, en garantía de créditos destinados al mejoramiento y transformación de los fondos.»

Con una norma semejante —repetimos, siguiendo a González Palomino, del que copiamos el precepto italiano citado—, no se plantearian problemas como el de la Resolución precedente.

Para algún autor —autor de máxima autoridad: Roca Sastre—, la cuestión no es insuperable.

La aplicación de la doctrina de la subrogación real a los bienes sujetos a fideicomiso —dice, «La subrogación real», *Revista de Derecho Privado*, núm. 385, abril 1949— o a una prohibición de enajenar, no puede ser más fundamentada, siempre, claro está, que en cada caso responda a una razón de utilidad (o de necesidad) y que se efectúe con las debidas garantías que impidan lesión a terceros interesados.

Un caso frecuente de utilidad se da cuando se trata de bienes de escasa o nula rentabilidad (solares, por ejemplo), con cuya permuta o con el dinero de su venta puedan adquirirse otros de rentabilidad segura o mayor. Los intereses del fiduciario y fideicomisario quedan favorecidos o mejorados, lo cual estará seguramente acorde con el pensamiento del causante, ya que hay que suponer que éste no quería condonar a sus herederos o legatarios a conservar unos bienes que poco o nada producían y que incluso su tenencia podría reportarles perjuicios.

Admitida en estos casos la figura de la subrogación real —añade— (pero cuál, la que nuestro autor, admirado autor, denomina *institucional*, o sea la que actúa sin necesidad de precepto especial de la ley ni de convención de los particulares interesados?, pág. 288. Así, en principio, es convincente. Su parte vulnerable es su contraste con el articulado del Código), admitida, repetimos, según Roca, dicha figura, el medio adecuado sería la intervención judicial, en acto de jurisdicción voluntaria, en cuyos expedientes deben, a su juicio, ser citados los fideicomisarios o interesados, y como éstos pueden ser personas desconocidas o inciertas, e incluso muchas veces puede tratarse de *nascituri*, entonces lo procedente es citar a todos mediante los oportunos edictos y que el Ministerio Fiscal intervenga en el procedimiento.

Con anterioridad al estudio de Roca, otro ilustre Notario, don Manuel de la Cámara, en un magnífico trabajo publicado en la citada Revista —números 376-377(julio-agosto 1948, «Partición, división y enajenación de bienes sujetos a sustitución fideicomisaria»— había llegado a idéntica conclusión por lo que respecta a los bienes afectos a dicho supuesto (aunque sin mencionar dicha teoría).

La solución de la partición —sin amenaza de resolución— la ve Cámara en los artículos 801 al 804 del Código civil, y especialmente en este último precepto, que regula las funciones del administrador de los bienes de la herencia referida bajo condición suspensiva..

Y a la objeción que pudiera hacérsele de que si bien los fideicomisarios son herederos sujetos a condición suspensiva, *el fiduciario no es un administrador de la herencia*, advierte que no se trata de sostener la identidad entre la posición del fiduciario y la del administrador de la herencia, sino sólo de buscar la coincidencia de la función de ambos, en un determinado momento, que sea suficiente para justificar la aplicación, con relación a dicho momento, al primero, de normas relativas al segundo..

En cuanto a la enajenación, *sin que igualmente queden afectos los bienes del fideicomiso de condición resolutoria*, señala Cámara que el control de la finalidad subrogatoria que debe presidir la enajenación, el de la solidez de la inversión proyectada y su efectiva realización, que es lo que elimina el peligro que pueden correr los fideicomisarios, se obtiene sometiendo la enajenación a la exigencia

de la autorización judicial. Y de los artículos 804 y 186, aplicados a estas hipótesis, resultará que para que el Juez conceda su autorización, será menester que se acredite la necesidad de la enajenación, debiendo, además, al concederse dicha autorización, especificarse el empleo que haya de darse a la cantidad obtenida (párrafo 3.^º, art. 186 C. c.).

González Palomino —tan original como culto—, al que al principio aludimos, en su magistral conferencia desarrollada en la Semana Notarial de Santander, en el verano de 1948, tras alardes de ingenio, que cautivan, siquiera por lo inesperados, con algunos no se puede estar en un todo conforme (!), llega la misma conclusión. Pero su investigación del problema arranca de la realidad histórica del mayorazgo castellano. ¿Si los bienes amayorazgados podían enajenarse con determinados requisitos y determinadas circunstancias, y era lo más, por qué no hacer lo mismo con los pseudousufructuados, que es menos? La enajenación o gravamen de los bienes ha de regirse por el artículo 186, lo que evitará la necesidad de la subasta, a más de la autorización judicial. Lo que sí *aconseja* es alguna tasación judicial. El Juez, al autorizar la enajenación o el gravamen, determinará el empleo de la cantidad obtenida (artículo 186), y el fiduciario debe dar cuenta al Juzgado de la inversión; igual que se hacía en vida del mayorazgo. Naturalmente, que todo esto, precedido de un estudio acertadísimo y previo de la Sentencia de 17 de marzo de 1934, con su referencia al artículo 801, exégesis del artículo 804, etc., etc.

* * *

(1) Tal, por ejemplo, cuando afirma, refiriéndose al núm. 3 del artículo 513 del Código civil que el usufructuario adquiere la cosa por abandono del dueño o nudo propietario. Para nosotros, según expusimos en nuestra conferencia sobre «El abandono en la hipoteca», la propiedad principal nunca se integrará por una suerte de derecho de accesión con lo que sin ella es inconcebible, aunque vieramos una excepción en el original artículo 599, que, como excepción, no se debe generalizar. El mismo GONZÁLEZ PALOMINO nos da la razón, pues dice —pág. 64— que el usufructuario adquiere la cosa por *ocupación*, es decir, no por usufructuario, sino como ocupante. Y si se trata de su *pseudo-usufructo* porque el fiduciario es heredero y cuando consolida los bienes es como tal en los supuestos del artículo 759, en relación con el 784, o sea, cuando el fiduciario está sujeto a condición. Recomendamos como uno de los trabajos más sugestivos producidos por este gran jurista que es GONZÁLEZ PALOMINO, al que venimos refiriéndonos, «Enajenación de bienes pseudo-usufructuarios». Editorial Reus, 1950.

Ciñéndonos a la Resolución que nos ocupa, nosotros —acaso optimistas— creemos ver en ella una franca acogida de la doctrina expuesta. Del último y fundamental — Considerando deducimos que de no darse las circunstancias del tiempo transcurrido — ocho años — desde la autorización judicial a la efectividad de la venta con el peligro clarísimo de que las razones de utilidad y necesidad en que se apoyara dicha autorización hubiesen variado; ser entonces — al pedirse la autorización al Juzgado — soltera la pseudo usufructuaría (se nos ha «pegado» el lenguaje y la técnica de González Palomino) y casada en el momento de la venta, y verificarce ésta sin pública subasta, la Dirección hubiera abierto camino a la fuerte — por lo necesaria — corriente doctrinal de la enajenación de bienes de fideicomiso.

Las palabras con que se inicia el mismo Considerando abonan nuestra opinión. Porque «el valor que hay que atribuir a las palabras del testador», no puede ser otro sino que tanto el primero como el segundo llamado a la herencia obtengan utilidad, ventaja y beneficio de sus bienes; ello unido a la alusión clara, directa —cita, mejor— de los artículos 804 y 186 del Código civil en los que se apoya la doctrina, nos inducen, afirmamos una vez más, a la esperanza de ver definitivamente despejado el camino. Por si no bastara, ¿cómo interpretar lo expresado al final del anterior Considerando —penúltimo de la Resolución—, que hemos consignado de encabezamiento?

Recordemos lo escrito por CÁMARA: *El fiduciario no es un administrador de la herencia*, pero hay que buscar la coincidencia de la función del mismo con el administrador de ésta, para justificar la aplicación en tal momento al fiduciario de los preceptos porque se rige el que administrará.

¿No va más lejos la Dirección? Sus palabras —doctísimas palabras— eliminan uno de los problemas más graves a su vez “el de la representación de los no concebidos sobre qué tanto se ha escrito” (véase a más de los citados ROCA, CÁMARA y GONZÁLEZ PALOMINO, en LACAL, esta Revista, 1947, pág. 252 y ss. «El tema de los “nouveau concepti”»).

GINÉS CÁNOVAS COUTIÑO
Registrador de la Propiedad

Jurisprudencia del Tribunal Supremo

MERCANTIL

SENTENCIA DE 25 DE NOVIEMBRE DE 1950.—*Comisión Central de Reclamaciones bancarias: su competencia.*

Los cuatro primeros motivos del recurso acusan incompetencia jurisdiccional de la Comisión Central, de reclamaciones bancarias para conocer del asunto del litigio por estimar el recurrente que la competencia radica en los amigables componedores o, en otro caso, en la Sección provincial de banca, como Organismos creados a tal fin por la Ley de 13 de octubre de 1938, y para el debido enjuiciamiento del tema que plantean dichos motivos, conviene recordar: 1.º, el Decreto de 26 de mayo de 1938, suspendió los procedimientos judiciales instados para obtener la reposición en cuentas corrientes de las cantidades extraídas sin firma del titular o de su legítimo representante; 2.º, que la Ley de 13 de octubre de 1938, reguló el procedimiento de restauración de la contabilidad de entidades bancarias que hubiera desaparecido por efecto de la guerra civil, y reguló, también, la reconstrucción de saldos bancarios, activos y pasivos, afectados por la desaparición de la contabilidad, que quedaron inmovilizados, disponiendo a este fin que la reconstrucción contable se practicase mediante acuerdo entre el banco o los clientes o, a falta de acuerdo, por amigable composición forzosa, con intervenciones en algún supuesto de las Secciones provinciales de banca, para decidir, acerca de las discrepancias que surgieren entre los interesados y asignando carácter provisional al cifrado de saldos así obtenido; y 3.º, la Ley de 12 de diciembre de 1942, alzó la suspensión de procedimientos ordenada por el citado Decreto de 26 de mayo de 1938, y dispuso el trámite a seguir en materia de reposición de cuentas corrientes, afectadas por extracciones realizadas bajo dominio marxista, en virtud de documentos no firmados por el titular de la cuenta o por persona legalmente autorizada, entre otros supuestos, mandando en los

artículos 19 al 21 que conociesen de los juicios incoados después de la publicación de aquella Ley, con competencia exclusiva, la Comisión Central de reclamaciones bancarias, previo trámite de instrucción por las Comisiones provinciales o locales, si la cantidad reclamada, en vía de reposición, excediese de 25.000 pesetas, con recurso de alzada en revisión ante el Tribunal Supremo si la cuestión litigiosa excediese de 100.000 pesetas.

SENTENCIA DE 22 DE DICIEMBRE DE 1950.—Prescripción de acciones en reclamación de transportes ferroviarios.

En la prescripción extintiva, a diferencia de lo que ocurre en la caducidad de derechos, acciones ó exigencias, el factor tiempo señalado por la Ley puede ser detenido en su marcha, tendente a la extinción de relaciones jurídicas, si median determinados actos obstativos al designio prescriptivo, que no siempre produce los mismos efectos, pues unas veces suspenden el curso del plazo liberatorio *prescriptio dormit* sin anular el transcurrido anteriormente, el cual será unido, en el cómputo del plazo prescriptivo al que transcurre después de cesar la causa de la suspensión, y otras veces no sólo paralizan el curso del plazo mientras dicha causa actúa, sino que interrumpen en sentido jurídico e invalidan el tiempo pasado anterior, comenzando a correr de nuevo la prescripción al cesar el acto obstativo, como si hasta este momento no hubiera existido la inactividad, silencio o no ejercicio del derecho que, por razones de interés social, no avenido con una prolongada incertidumbre jurídica, constituye el fundamento de la prescripción.

Conviene no perder de vista la apuntada distinción conceptual de las instituciones «suspensión e interrupción» valorando a tal fin, no tanto la terminología legal como los efectos suspensivos o interruptivos que el legislador quiso dar al acto obstativo, porque ejercitada en estos autos una acción derivada del contrato de transporte terrestre, encaminada a obtener el valor de mercancía que se dice no entregada al consignatario, y alegada por el demandado-porteador la excepción de prescripción de la acción entablada, que ha sido acogida en la instancia, todo el problema a dilucidar en el recurso se reduce a precisar si la reclamación ante la junta de Datasas —requisito previo a la demanda ante la autoridad judicial— implica una suspensión en el curso del plazo prescriptivo, y, en consecuencia, para el cómputo total del mismo se habrá de sumar el tiempo transcurrido entre la entrega de la mercancía y la reclamación ante la Junta con el transcurrido desde que fué notificada la actuación final de la Junta hasta el momento en que haya sido formulada la demanda judicial —tesis de la sentencia recurrida— o si, por el contrario, se está en presencia de interrupción propiamente dicha, que torna inútil, a efectos de prescripción, el tiempo anterior a la actuación de la Junta para computar solamente el tiempo posterior.

Conforme a lo dispuesto en el artículo 952 del Código de Comercio prescriben al año las acciones sobre faltas en la entrega de mercancías objeto del contrato de transporte, contado el plazo de prescripción desde el día de la entrega o desde el día en que debiera verificarse, plazo que se interrumpirá por cualquiera de los motivos señalados en el artículo 944 para empezar a contarse nuevamente el término de la prescripción, en los supuestos que el precepto establece, a partir de la realización del acto interruptivo, pero esta última disposición legal ha sido modificada en aras de equidad y rapidez, por el artículo 4 de la Ley de 24 de junio de 1938, y más, especialmente, por el 60 de su Reglamento de 28 de diciembre del mismo año, en el sentido de que la comparecencia ante la Junta de Detasas interrumpe la prescripción, y el curso de ésta se reanudará desde que al interesado se le notifique la actuación que ponga término al asunto sometido a examen de la Junta.

No obstante, la denominación legal del acto de comparecer ante la Junta de Detasas, como interruptivo de la prescripción, resulta clarísimo que el legislador quiso atribuirle el concepto y efectos de mera suspensión del plazo, porque la significación jurídica derivada de la acepción vulgar y etimológica del verbo reanudar, acorde con el espíritu que vivifica la Ley y tiende a abreviar el plazo, conduce, sin duda alguna, no a la anulación de lo pasado, sino a su unión con el porvenir, esto es, el enlace del tiempo transcurrido entre la entrega de la mercancía y la comparecencia ante la junta con el que haya mediado con el que fué notificada su actuación final hasta que la demanda fué presentada en el Juzgado de Primera Instancia, a efectos de cómputo total del plazo de un año.

Toda posible duda se disiparía a la vista de la Orden de 10 de abril de 1943, y, más en especial, el artículo 2 del Decreto-ley de 2 de septiembre de 1947, que por ser aclaratorio o auténticamente interpretativo del artículo 4 de la Ley de 24 de junio de 1938, es aplicable, por retroacción de los hechos procesales ocurridos en 1942, pues dispone dicho Decreto-ley que el plazo prescriptivo se interrumpirá y quedará en suspenso, entre otros supuestos por la reclamación ante la Junta de Detasas y se continuará contando, en cuanto al resto del plazo, desde que se notifique la actuación que ponga término al procedimiento ante la Junta.

LA REDACCIÓN

En la que se responde a la querella presentada por el licenciado don José M. Martínez, en su calidad de heredero universal de don Juan Torrent, fallecido en 1911, contra el licenciado don Francisco Torrent, heredero universal de su hermano, y contra el licenciado don José Martínez, heredero universal de su hermano, y contra el licenciado don José Martínez, heredero universal de su hermano.

La querella se basa en la demanda de la queja presentada por el licenciado don José M. Martínez, en su calidad de heredero universal de don Juan Torrent, fallecido en 1911, contra el licenciado don Francisco Torrent, heredero universal de su hermano, y contra el licenciado don José Martínez, heredero universal de su hermano.

Jurisprudencia sobre el Impuesto de Derechos reales

Resolución del Tribunal Económico-Administrativo Central de 20 de diciembre de 1949.

LA APLICACIÓN DEL ÚLTIMO APARTADO DEL ARTÍCULO 57 DEL REGLAMENTO EN CUANTO A ACTOS DERIVADOS DE OTROS ANTERIORES A 1.^º DE MAYO DE 1926, REQUIERE EXAMINAR EN CADA CASO SI CON RELACIÓN AL MISMO HIZO O NO INNOVACIÓN EL DECRETO DE 27 DE ABRIL DE ESE AÑO; TODO ELLA EN RELACIÓN CON LA DISPOSICIÓN TRANSITÓRIA CUARTA DE LA LEY DEL IMPUESTO.

Antecedentes.—Falleció el causante en 25 de abril de 1911, bajo testamento en el que, entre otras cláusulas, instituyó, conforme al Derecho catalán, heredero universal a su hijo Juan Torrent, y si éste falleciese sin hijos, uno o más, o teniéndolos no llegasen a la edad de testar, sustituye a aquél y a sus hijos e instituye a los demás hijos que el testador dejare, con preferencia de varones a hembras y de mayores a menores de edad.

El heredero universal falleció en 1944, y en escritura de abril de 1945, doña Francisca Torrent hizo constar que los bienes heredados por su hermano Juan correspondían a la otorgante en virtud del testamento aludido, desde el momento en que aquél falleció sin hijos, por concurrir en ella la cualidad de primera sustituta superviviente, debiendo girarse la liquidación sobre la base del valor de

los bienes, en el momento del fallecimiento del padre, y por el tipo de la tarifa vigente en tal fecha.

La Oficina liquidadora comprobó los bienes a la fecha del fallecimiento del heredero fiduciario y aplicó la tarifa entonces vigente, a lo que se opuso la fideicomisaria, alegando que el derecho del heredero fideicomisario que llega a entrar en posesión de la herencia, no se deriva del fiduciario ni de los anteriores fideicomisarios, sino que arranca directamente del testamento del causante o fideicomitente, sin intermediarios, según reconoce el Reglamento del Impuesto al ordenar que se atienda al parentesco entre el fideicomitente y el fideicomisario.

Lo cual significa, añade la recurrente, que no es aplicable, como parece haber aplicado el liquidador, el artículo 57 del Reglamento, cuando dispone en su última parte que toda adquisición de bienes cuya efectividad se halle suspendida de derecho por la concurrencia de una condición, un término, un fideicomiso o cualquiera otra manera de limitación, se entenderá siempre realizada el día en que la limitación desaparezca, ateniéndose a esa fecha, tanto para determinar el valor de los bienes como para aplicar los tipos de tributación. El criterio sería aceptable si no existiera la disposición transitoria 5.^a de la Ley de 1941 —4.^a de la vigente—, que establece que a las adquisiciones derivadas de actos y contratos anteriores a 1.^o de mayo de 1926, cuya efectividad tenga o haya tenido lugar a partir de la indicada fecha, no será aplicable tal disposición en cuanto modifique las anteriores, siempre que los documentos se presenten dentro del plazo legal o de su prórroga; cuyas circunstancias concurren en el caso; ya que la adquisición es anterior a 1.^o de mayo de 1926, su efectividad es posterior y el documento fué presentado en plazo.

El Tribunal provincial abonó el criterio del liquidador diciendo qué la prohibición de aplicar el artículo 57 contenida en la transitoria 5.^a de la Ley —4.^a de la vigente— no se refiere más que a las modificaciones establecidas en las disposiciones que regían antes de la aludida fecha; y como el Reglamento de 1911, que sería el aplicable, solamente establecía que en los actos y contratos en que mediare una condición no se liquidase el impuesto hasta que la condición se cumpliese, y nada dice sobre que al girar la liquidación aplazada se tenga en cuenta el valor de los bienes y la tarifa en

relación con el momento de producirse el derecho condicionado, es claro, a juicio del aludido Tribunal, que el artículo 6.^º de la Ley —57 del Reglamento— no modifica lo regulado en el Reglamento de 1911. Con la particularidad, añade, de que el criterio contrario conduciría al absurdo de aplicar una tarifa que dejó de regir antes de que naciera el derecho y de que fuesen transmitidos los bienes, dado que mientras la condición suspensiva no se cumple, el derecho condicionado no es sino una expectativa carente de realidad jurídica y de hecho.

El Tribunal central empieza por decir que está fuera de discusión que se trata de una sustitución fideicomisaria típica del derecho catalán y que hasta la muerte de don Juan Torrent no era posible conocer quién sería el heredero fideicomisario, resultando serlo, al morir aquél el 16 de abril de 1944, la recurrente, su hermana, y, por lo tanto, el problema está en determinar si se ha de aplicar el artículo 6.^º de las Leyes del Impuesto dictadas a partir del Real decreto de 27 de abril de 1926 —el 57 del Reglamento— que establece como fecha base para valorar los bienes y para determinar la tarifa aplicable, aquéllá en que la limitación desaparezca, o sea, en el caso la antedicha de 16 de abril de 1944 en que falleció el fiduciario; o más bien ha de tenerse en cuenta la disposición transitoria, según la cual no se aplicarán las disposiciones de dicho artículo 6.^º —57 del Reglamento— en cuanto modifiquen los anteriores, a las adquisiciones derivadas de actos y contratos causados antes de 1.^º de mayo de 1926 y cuya efectividad tenga lugar después de esa fecha.

Planteado así el problema, continúa el Tribunal, se ve qué esta modificación no se da en el caso «ya que según doctrina del Tribunal Supremo de 26 de junio de 1928 y 15 de diciembre de 1927 tales disposiciones no contradicen, sino que han reconocido y ampliado el principio general que ha informado e informa la legislación anterior en la materia, la cual se aplicaba en el caso similar de nudos propietarios que no habiendo sido instituidos pura y simplemente en el mismo sentido que ha reproducido el artículo 6.^º de las sucesivas leyes del Impuesto, o sea que el criterio con que se resuelve este recurso no es consecuencia de las modificaciones establecidas en la redacción de las disposiciones vigentes con relación a los preceptos que hasta entonces regían, sino de la interpretación

dada a los mismos, y que no han sido modificados por los actuales, en los casos como el presente en los que la efectividad de la transmisión pende del cumplimiento de condiciones suspensivas».

Y no lo han sido, afirma la Resolución que analizamos, porque tanto el Reglamento de 1900, vigente al fallecer el causante, como el de 1911, no fueron innovados en el punto de que se trata por el Real decreto de 1926, ni tampoco por el repetido artículo 6.^º de las leyes del Impuesto de 1927, 1932, 1941 y 1947, puesto que todas ellas «se limitan a disponer, en lo que se refiere a la cuestión suscitada en este recurso qué en los actos y contratos en que median condiciones suspensivas se aplazará la liquidación hasta que se cumpla la condición, pero sin contener prescripción alguna respecto a la base de liquidación y tipo de tarifa que debieran aplicarse al cumplirse tal condición; por lo cual, al faltar en el caso actual un precepto expreso referente a los indicados extremos anterior a dicho Decreto de 1926 y al artículo 6.^º de las leyes posteriores, debe estarse a los efectos inherentes a la naturaleza del derecho de la señora recurrente, que, como queda indicado, se ha producido al fallecer su hermano don Juan Torrent».

A eso añade el Tribunal que si se aplicase la tesis del recurso «se daría el absurdo de aplicar una tarifa que dejó de regir antes de que el contribuyente adquiriese el derecho y le fueran transmitidos los bienes, mediante el cumplimiento de la condición establecida por el causante», según doctrina de las sentencias antes citadas y de varias Resoluciones del mismo Tribunal.

Comentarios.—El criterio del Tribunal es, como fácilmente se echa de ver, ampliamente restrictivo de la repetida disposición transitoria, o, lo que es lo mismo, ampliamente expansivo en cuanto a la aplicación del artículo 6.^º de las leyes posteriores al Decreto de 1926 y por ende del apartado 6) del artículo 57 del Reglamento. Y esto no solamente se observa en la Resolución que nos ocupa sino también en las dos sentencias citadas del Tribunal Supremo. Y más especialmente en reiteradas Resoluciones del Tribunal Económico-Administrativo central dictadas a partir especialmente de la sentencia de aquel Tribunal, mencionada en esta Resolución, que lleva fecha 26 de junio de 1928.

El problema, tal como lo viene enfocando reiteradamente el

Tribunal central y 'como' lo enfoca ahora, queda en realidad reducido a determinar en cada caso concreto si la disposición tributaria del repetido Decreto de 1926 estableció o no innovación en relación con las disposiciones reglamentarias anteriores, o sea, en el supuesto de que ahora se trate, si la institución fideicomisaria estaba regulada, a los efectos de la aplicación del impuesto, de la misma manera antes y después de aquel Decreto, y si, por lo mismo, al consumarse la institución por muerte del fiduciario y entrar en posesión de la herencia el fideicomisario, se ha de liquidar atendiendo a la tarifa y base del momento de la institución del fideicomiso o al de la muerte del heredero fiduciario, que es cuando la limitación desaparece.

La Resolución que analizamos dice que no ha habido cambio de criterio y que la misma norma se aplicaba antes de 1926, dando como razón y prueba que así lo entendieron las dos sentencias que cita, y reforzando el argumento con la consideración de que dicha legislación anterior venía siendo interpretada en el caso similar del nudo propietario no instituido pura y simplemente, con el criterio sentado en el artículo 6.^º citado y transcrita en el artículo 57 del Reglamento, apartado 6).

Esa es la posición dialéctica del respetable y competente Tribunal central, en la cual no se encuentra, como parece a primera vista lógico que se encontrará, una confrontación de textos legales o reglamentarios que sirviesen para reforzar tal posición.

Y el caso es qué buscándolos en el Reglamento anterior al tan repetido Decreto de 1926, que es el de 1911 y es, al mismo tiempo, el primer Reglamento propiamente dicho del Impuesto y el que lo desenvolvió en forma técnica y sistematizada, no se encuentra en su articulado niña que corrobore la tesis contraria al recurso que nos ocupa.

Su artículo 56 contiene cinco apartados y de ellos se corresponden a la letra con el Reglamento vigente en su artículo 57 y con todos los posteriores a 1911 los apartados 1), 3), 4) y 5), y en cuanto al 2) está también reproducido literalmente en esos Reglamentos con el aditamento de que al cumplirse la condición suspensiva ha de presentarse nuevamente el documento a liquidación. Esto quiere decir que de esos cinco apartados nada hay que directa ni indirectamente permita inducir cuál ha de ser la base liquidativa.

ble y si ha de ser el valor comprobado de los bienes al constituirse o al cumplirse la condición ni sobre si la tarifa aplicable será la vigente en uno u otro de esos momentos.

Supuesto que ese artículo no esclarece la duda, parece lógico indagar qué otro u otros preceptos reglamentarios pueden dar la solución, y no se puede pensar más que en los que el mismo Reglamento de 1911 destinó a regular la forma y los medios de comprobación. Son los de su Capítulo V, cuyo Enunciado general dice: «De la base de liquidación»; que se corresponde con el mismo número de capítulo y enunciado en el actual Reglamento.

Son quince artículos y entre todos ellos sólo es destacable, al objeto de este problema que nos ocupa, el primero, que es el 59, y dice: «El impuesto recae sobre el verdadero valor que los bienes y derechos tuviesen el día en que se celebró el contrato o se causó el acto, con deducción de las cargas o gravámenes que disminuyan realmente su estimación.»

Su simple lectura hace ver que nada dice que sirva para esclarecer el problema planteado, puesto que no se refiere a la forma de comprobar los bienes al consolidarse una adquisición pendiente de una condición, un término, un fideicomiso o de cualquiera otra limitación.

Respecto al criterio jurisprudencial del Tribunal Supremo creemos que no es tan unánime como revelan las dos citas dichas, porque la realidad es que en disparidad con él está el de la sentencia de 13 de junio de 1933, en la que se resolvió el caso de un usufructo constituido en 1872 por testamento. Quedaron entonces indeterminados los titulares de la nuda propiedad y no se individualizaron hasta 1931, al fallecer el usufructuario.

Presentada la documentación correspondiente en plazo, se discutió si la liquidación por nuda propiedad y la de consolidación del usufructo habían de girarse con la base y tarifa de 1931 o por las de 1872, esto es, si había de aplicarse la tan repentina disposición transitoria o más bien el también repetido apartado 6) del artículo 57 del Reglamento.

El Tribunal Supremo resolvió que la extinción del usufructo y su adquisición por el nudo propietario debía liquidarse por la tarifa vigente al fallecer el titular del usufructo y, dió como razón, esta, literalmente transcrita: «porque como el acto de adquisición ha

tenido efectividad dentro del nuevo régimen... ha de entenderse realizada el día en que desapareció la limitación, —es decir, el día del fallecimiento de la usufructuaria—, «así para determinar el valor de los bienes como para aplicar los tipos de tributación».

Así Ese fué el criterio de la sentencia en cuanto a la liquidación del usufructo, pero, en cambio respecto a liquidación de la nuda propiedad, dijo qué se debía aplicar la tan repetida disposición transitoria, porque su adquisición «deriva de un acto jurídico, cual es el testamento anterior a 1.^º de mayo de 1926», y, por lo tanto, a la fecha del fallecimiento del testador en 1872 hay que atenerse, tanto para determinar el valor de los bienes como para aplicar los tipos de tributación.

No es éste el momento ni tampoco nuestro propósito analizar esta sentencia para destacar y analizar la disparidad de criterio que en ella campea en cuanto a la forma de liquidar el usufructo y la nuda propiedad, aplicando al usufructo el apartado 6) del artículo 57 del Reglamento tomado del artículo 6.^º de la Ley, y a la nuda propiedad la transitoria 5.^a —4.^a de la actual Ley—, tomada del Decreto de 1926; disparidad patente, repetimos, porque si la razón de liquidar el usufructo con arreglo a las normas del momento del fallecimiento del usufructuario, es que la adquisición «ha tenido efectividad dentro del nuevo régimen», también tuvo esa efectividad la adquisición de la nuda propiedad; y si a la misma nuda propiedad se le aplica la legislación de 1872 porque su adquisición «deriva de un acto jurídico cual es el testamento» de esa fecha, también la adquisición del usufructo *deriva* de este mismo testamento.

La síntesis de cuanto venimos razonando es qué, apesar de la indiscutible autoridad del Tribunal central, no aparece incontrovertible que el precepto del Decreto de 1926 no fuese innovador con relación a la legislación anterior, ni tampoco parece posible afirmar sin ningún distingo que la jurisprudencia del Tribunal Supremo sea unánime en cuanto a los actos que se *deriven* de otros anteriores a 1.^º de mayo de 1926, siquiera el derecho que ellos engendren se perfeccione, se consolide o tenga efectividad con posterioridad a esa fecha; y esto con completa independencia de que la condición, cuándo de condición se trate, sea suspensiva.

El otro argumento esgrimido por el Tribunal provincial y reafir-

mado por el Central, era, según ya dicho, que el acudir a la restauración y aplicar la tarifa y base del momento de causarse la sucesión, conduciría al absurdo de aplicar una tarifa —la de 1911— que dejó de regir antes de haber nacido el derecho; pero tal argumento tiene más apariencia que realidad; porque invierte los términos del problema y hace de la cuestión supuesto: el nervio del asunto está en determinar si el acto nació realmente cuando regía aquella tarifa o cuando regía la de 1941, qué fué la aplicada, y, por lo tanto, carece de eficacia.

En resumen, creemos poder deducir que sin desconocer la respetabilidad indiscutible del Tribunal central, lo cierto es que no deja de ofrecer reparos de consideración la interpretación que viene dando al tan repetido último apartado del artículo 57 del Reglamento, cuyos reparos se apoyan, no solamente en las consecuencias que en buena dialéctica se desprenden de la sentencia de 13 de junio de 1933, que más arriba citamos, sino también en que del Reglamento de 1911 no es fácil deducir que su aplicación condujese a las mismas normas de liquidación que las que impone ese artículo 57.

Resolución del Tribunal Económico-Administrativo central de 17 de enero de 1950:

EN LOS CASOS DE SUCESSIONES DONACIONES DE LOS PADRES A FAVOR DE UN HIJO, NO ES ACUMULABLE LA BASE DE TODAS ELLAS A LOS EFECTOS DE LA DETERMINACIÓN DEL TIPO DE LIQUIDACIÓN.

Antecedentes.—El marido, con el consentimiento de su mujer, hizo donación a un hijo de ambos, de la cantidad de 50.000 pesetas, como anticipo de legítima, y la Oficina liquidadora giró sobre dicha base, concepto donación-herencias, al tipo de 7,25 por 100, y otra, por igual tipo y concepto, sobre la base de 43.879,31 pesetas, obtenida en la forma que ahora se dirá.

Ambas liquidaciones fueron recurridas, y al informar, el liquidador se justificó diciendo que el tipo aplicado fué el 29 de la Tarifa al 7,25 por 100, teniendo en cuenta las diversas donaciones

hechas anteriormente al reclamante por sus padres y liquidadas en la misma Abogacía del Estado; y que la base de la segunda liquidación fué obtenida por capitalización al 7,25 por 100 de la diferencia calculada entre el tipo aplicado al liquidar las precedentes donaciones y el ahora aplicado, cuya capitalización se realiza con fines estadísticos por no existir un tipo diferencial previsto para estos casos.

Apoya la procedencia de la liquidación en que el artículo 29 del Reglamento sujeta las donaciones, así «inter vivos» como «mortis causa», a las mismas normas de tributación que las herencias, y en que el párrafo 2º del 31 dispone que el tipo de liquidación ha de fijarse atendiendo a la cuantía de la participación y al parentesco entre donante y donatario; a lo cuál añade el liquidador informante que por cuantía de la donación ha de entenderse la suma de las distintas donaciones, como ocurre en las herencias tratándose de liquidaciones parciales, sin que el hecho dé que, a tenor del apartado 2º del artículo 30 del Reglamento, al colacionarse las donaciones al fallecer el donante no se exija el impuesto sobre capital que representen, quiera decir que en el momento de tributar esas donaciones, no se atienda a su cuantía total. Por fin, añade el informe que se agruparon las donaciones hechas por ambos cónyuges porque los bienes eran gananciales al no constar lo contrario.

El recurrente razonó diciendo que a una sola convención no puede exigirse más que el pago de un derecho, como dispone el artículo 43 del Reglamento; que si la ley hubiera querido que se sumaran las bases liquidables, lo habría prescrito así; que no deben sumarse donaciones que han de computarse en herencias distintas, y que la liquidación complementaria de que se trata envuelve una revisión de otras anteriores, que es de la exclusiva competencia de la Dirección general, según el artículo 140 del Reglamento.

El Tribunal provincial acogió los razonamientos del liquidador y el Central, en cambio, acoge la reclamación y anula las liquidaciones recurridas, mandando girar una sola sobre la base de 50.000 pesetas y al tipo correspondiente a la misma.

De acuerdo con el artículo 29 del Reglamento, dice el Tribunal, y con el número 24 de la Tarifa, las donaciones tributarán como las herencias en consonancia con su cuantía y con el parentesco entre donante y donatario, y también es norma legal y reglamentaria

ria que han de acumularse las bases de los bienes que de una misma transmisión hereditaria a fin de determinar el tipo aplicable. Esto tiene el fundamento jurídico-fiscal de la naturaleza de la herencia, la cual comprende —artículo 659 del Código civil— todos los derechos y obligaciones de una persona que no se extingan con su muerte, y lo tiene también en que el acto originario de la liquidación es uno solo, producido por el fallecimiento del causante; pero en el caso de diversas donaciones es indudable que cada una de ellas son actos distintos e independientes con virtualidad suficiente cada uno, para producir pleno efecto legal sin subordinación ni enlace con las que estipulen anterior o posteriormente, incluso entre las mismas personas.

Esto significa que el caso no ha sido previsto ni ha motivado, por lo tanto, el precepto expreso reglamentario que sería inexcusable para aplicar la tarifa en la forma que la aplicó la resolución recurrida.

Por otra parte, termina diciendo el Tribunal, en el caso de autos no se trata de donaciones «morti causa», que son las que producen sus efectos después de la muerte del donante y participan de la naturaleza de las disposiciones de última voluntad y se rigen para las normas de la sucesión testamentaria —artículo 620 del Código civil— sino de una donación «inter vivos» de carácter contractual regulada en el artículo 621 del mismo texto legal; y por fin, para aplicar la doctrina del fallo recurrido falta una norma concreta que determine cuáles serían las donaciones que por su índole, lugar de otorgamiento, oficina competente, etc., deberían causar las referidas acumulaciones.

Comentarios.—Nos limitamos a decir que la doctrina que el Tribunal sienta con la ponderación y competencia acostumbradas, nos parece irreprochable, y a añadir que la misma tesis la sostuvo el mismo Tribunal en el caso análogo, estudiado en la Resolución de 8 de febrero de 1949.

JOSE-M.^a RODRÍGUEZ-VILLAMIL
Abogado del Estado y del I. C. de Madrid

VARIA

Curso de Derecho romano.—Fascículo II.—Derecho Procesal civil romano, por don Urcisino Alvarez Suárez; Catedrático de la Universidad de Madrid.—Instituto de Estudios Políticos; 1950.

En el número 237 de esta Revista, de febrero de 1948, página 134, tuve la satisfacción de ocuparme del Fascículo I de este Curso de Derecho romano y en cuanto allí dije, me ratifico ahora, ya que el Fascículo actual es continuación del publicado en 1948 y el autor se supera a sí mismo, por muy difícil que parezca.

Consigné allí mi opinión de que estábamos «ante una nueva exposición del Derecho romano, con sistematización y concepción originales». Acerté de lleno en la diana. Alvarez Suárez habla conforme el lenguaje moderno, con la técnica que manejamos, pero con las ideas más puras romanas y esta labor de adaptación, de llenar el odre nuevo con vino viejo, es muy delicada. Se necesita enorme valía personal, dotes excepcionales y un esfuerzo titánico intelectual. El profesor se muestra siempre como un gran pedagogo y sin fatiga se lee y se comprende cuanto dice. La dificultad ha de estar en la retención de lo leído, por la densidad y minuciosidad de la exposición.

Es singular, que en el *ius Quiritium* parece indudable que el derecho subjetivo tuvo una existencia previa a las *actiones* que protegían su ejercicio, mientras que en el Derecho clásico, por el contrario, es la acción protectora la que primeramente nació y gracias a ella se fué configurando el poder jurídico que constituye la

esencia del derecho subjetivo. Esta razón primordial obliga a que se estudie ante todo el Derecho Procesal civil de Roma.

Es muy difícil el enjuiciamiento de una exposición de Derecho procesal y más difícil aún dar idea o hacer una crítica de esta exposición, que por referirse a trámites, cada uno deberá ser objeto de crítica separada. Pero cuando se trata del Derecho Procesal civil romano, la tarea se convierte en imposible, porque abarca el desarrollo paulatino de las instituciones durante muchos siglos, y cada época, cada momento histórico, aporta muchos granos de arena al edificio en construcción. Desde el sistema de la justicia privada, primitivo y probablemente feroz, hasta que el Estado recaba para sí la administración de justicia, existieron etapas en las que el magistrado interviene para imponer pactos entre las partes y no para juzgar, función atribuida al juez privado; el Estado controla nada más.

Por otra parte, en el Derecho Quiritario, la acción civil es el medio protector de un derecho reconocido por la Ley, mientras que la acción pretoria es una protección otorgada por el magistrado a una situación de hecho, que no es derecho subjetivo. El actual concepto de pretensión, afirma Alvarez Suárez, que no fué conocido por el Derecho romano.

Cada acción, individualmente considerada, había de ejercitarse en el procedimiento de las *legis actiones*, por su especial tramitación, y en el formulario había de ser reflejada en la especial clase de fórmula. En el procedimiento extraordinario, la distinción de las diversas clases de acciones, pierde importancia, y se llega a una generalización del concepto de acción.

El procedimiento de las acciones de ley, con su etapa *in iure* ante el magistrado, para que éste, mediante una serie de formalismos legales conceda y admita la acción, designe el juez y se acuerde entre las partes la *litis contestatio*, pasando el asunto a juez privado para que se verifique la prueba y emita su opinión (*parere, sententia*), era un procedimiento rígido entre ciudadanos romanos, y en el que no cabía la protección de los derechos no amparados por el *ius Quiritium*, ni los pertenecientes a peregrinos. Por eso, nació el procedimiento formulario, que amparaba todos los derechos, y en el cual se realizaba la *litis contestatio* por la redacción de un documento escrito (fórmula), se fijaban los términos de la controversia

y se designaba él juez, ante quien se desarrollaba la segunda etapa (*apud iudicem*).

Ahora bien, en casos especiales, el magistrado, apoyado en el *imperium*, resolvía por sí la controversia. Entonces surge el procedimiento extraordinario, que ya extendiéndose en la época imperial, hasta ser utilizado con preferencia. Prepondera ya la intervención estatal absoluta.

Esta es, a grandes rasgos, la evolución histórica del proceso civil romano. Al estudio particularizado del mismo está dedicada la obra, y se examinan bajo el epígrafe general de «El nacimiento y la protección de los derechos subjetivos»: I. Cuestiones generales del Derecho Procesal civil (desarrollo histórico del procedimiento; organización judicial; tiempo, lugar, idioma y publicidad del procedimiento). II. Los procedimientos civiles romanos: a) Partes litigantes. b) Las *legis actiones* (sus clases; procedimiento *in iure* y *apud iudicem*; defectos, ensayos de reforma y procedimiento *per sponsionem*). c) El procedimiento formulario; la etapa *in iure*: preliminares; el proceso ante el magistrado; la *litis contestatio*; estructura y contenido de la fórmula; labor realizada por el pretor mediante las fórmulas; clases de acciones. La etapa *apud iudicem*: presencia y ausencia de las partes; curso del proceso ante el juez; *altercatio* y *probatio*; medios directos y presunciones; los presupuestos y requisitos de la sentencia; efectos de la sentencia; remedios contra la sentencia. d) Ejecución de la sentencia; la *bonorum venditio* y la *distractio bonorum*. e) Protección jurídica extrajudicial; estipulaciones pretorias, *missiones in possessionem*; interdictos (concepto, origen, procedimiento, efectos, clasificación); *restituciones in integrum*. f) El arbitraje privado. g) El procedimiento de cognición oficial o procedimiento extraordinario; sus posibles causas; caracteres generales; curso del proceso. h) Procedimientos especiales (sumario, interdictal; por rescripto; monitorio y ejecutivo en los papiros greco-egipcios). i) Las costas procesales. j) Responsabilidad del juez, oficiales, asesores, abogados y procuradores. k) Procedimientos no estatales (arbitraje privado; ante autoridades eclesiásticas). l) Fueros especiales.

Tal es el resumen del índice, que ocupa seis páginas y que no se puede comprender en una nota; por su detalle, qué facilita enormemente la busca de la materia o trámite judicial que interesa;

Como es natural, es constante la referencia a las fuentes y a las opiniones de los autores, y se ponderan las interpolaciones objetivamente, sin admitir las exageraciones partidistas, propias de la infancia de toda nueva teoría.

Las acciones contenciosas de ley, o sean : la *actio sacramentum in reni* y la *actio sacramentum in personam* (esta última poco conocida por las lagunas de la Instituta de Gayo), que eran las *legis actiones* de carácter general; la *actio per iudicis arbitrio postulationem*, utilizable sólo en los casos prescritos por la ley, y la *actio per conductio nem*, de carácter abstracto, creada por la *Lex Silia* (250 a. C.), se contemplan separadamente en su ritual, tramitación, palabras sacramentales y características esenciales.

Las acciones de ley de carácter ejecutivo, son bordadas por el autor. La oscura figura del *vindex* de las XII Tablas, en la *actio per manus injectionem*, ha merecido mi atención en varias ocasiones. Sus contactos con el fiador y su posición de subrogado en lugar del deudor, en unión de otras intervenciones me desconcertaban, para fijar su verdadero papel en el proceso. Álvarez Suárez reconoce que es una figura confusa, pero arroja tanta luz en cuanto dice, que hace de ella el mejor esbozo que conozco. También la *Lex Poetelia*, de tanta trascendencia en el estudio de la *obligatio* y en sus efectos sobre el patrimonio del deudor, abandonando el *corpus* como objeto directo de la misma, es tratada sucintamente, pero con claridad. Respecto la *legis actio per pignoris capionem*, afirma su carácter ejecutivo, aunque en el caso de oposición del deudor se plantea como acción declarativa, y rechaza la opinión de Sohm, que le asigna un carácter declarativo al creer que engendra un verdadero proceso y al diferenciarla del *pignoris capio* extrajudicial.

Avancemos, pero a saltos, por el procedimiento formulario. El fascículo está plagado de modelos de fórmulas y de explicaciones acerca de cada trámite. Destaca el estudio de la *litis contestatio* y sus efectos en cuanto a la acción, en cuanto a la relación litigiosa y en cuanto al derecho sustantivo que se ha hecho valer, con notas incesantes de las fuentes. Las partes ordinarias y extraordinarias de las fórmulas se desarrollan ordenadamente. Las ordinarias, que son : el nombramiento del juez, la *intentio*, *demonstratio*, *adiudicatio* y *condemnatio*; y las extraordinarias, o sean : la *exceptio* y la *praecriptio*, no escapan a minuciosas observaciones y explicacio-

nes agotadoras, y aparece en relieve la labor del pretor, que auxiliado por los jurisconsultos corrigió, suplió y adaptó a las nuevas situaciones, el fosilizado *ius civilis*.

El repertorio de las acciones romanas, tan manoseado y clasificado por la jurisprudencia postclásica y las escuelas de los glosadores y postglosadores, nos es presentado según el criterio diferenciador que les es peculiar, y se señala su naturaleza y objeto. No se olvida el problema de la obligación natural, enlazado con la prescripción. Es inexcusable, aunque doloroso, prescindir de toda alusión a esta parte del fascículo, objeto de minuciosa atención por Alvarez Suárez, y resbalemos, pasando páginas y páginas, hasta llegar a la ejecución de la sentencia.

Como la sentencia no es más que la *opinión* del juez privado, el litigante victorioso podía solicitar la ejecución de aquélla mediante la *actio iudicati*, que originaba un nuevo proceso. Es decir, otro calvario, y con perdón de los romanistas, no puedo menos de criticar el empirismo romano, que con sus sutilezas y complicaciones tejió una red que tenía que asfixiar a los pobres romanos, aun dentro de las ideas y forma de vida de la época. Este Derecho, admirable por muchos conceptos, adolece, a mi juicio, de gravísimos defectos, entre los cuales destaca la falta de sistematización (que originó contradicciones inexplicables entonces y en épocas posteriores), y el sistema de clandestinidad en la ordenación jurídica de la propiedad, con ese caos de la *possessio*, del que aún no hemos podido desligarnos; y ese laberinto de la *traditio*, que cuanto más *ficta* es más enrevesada y más inútil.

Pues bien, conseguido el decreto de ejecución sobre la persona y sobre los bienes del litigante vencido, o solamente sobre la persona o los bienes, variaba el destino del deudor. Si la ejecución era personal, se podía llegar al famoso texto del último párrafo de la Tabla III, según el cual, *si plus minusve secuerunt, se fraude esto*, o sea, que si eran varios los acreedores podían repartirse el cuerpo del deudor en proporción a la cuantía del respectivo crédito. (Ortolán trádujo: «Si ellos cortari más o menos, cúlpense a sí mismos»; y Bonfante: «Si han cortado más o menos, sea sin menoscabo.») Claro que este categórico procedimiento fué suavizado poco a poco y no consta fuese aplicado nunca, aunque la situación del *addictus* era casi esclavitud, y por ello pagaba con su trabajo o con sus

bienes, ya que poseía capacidad para poseerlos y enajenarlos, y la, utilizaba mediante la cesión de todos ellos, *cessio bonorum*, al acreedor, para que éste los vendiese en pública subasta, *bonorum penditio*, globalmente o uno a uno, hasta saldar la deuda, *dictractio bonorum*, previa la *missio in bona* o puesta en posesión de dichos bienes.

Entre los medios de protección jurídica extrajudicial, se comprenden los interdicto y las *restitutiones in integrum*. Alvarez Suárez realiza en estas materias un formidable trabajo de sistematización y concreción, y nos ofrece, en resumen, cuanto de interés encierran estas instituciones romanas, de tan claro influjo en nuestro derecho. Aplaudo que, para no enturbiar las aguas, se abstenga de tratar de la posesión romana en el fascículo, ya que tiene que tratar más adelante de tan interesante problema.

Por último, el arbitraje privado, el procedimiento extraordinario y los procedimientos especiales (con una breve y sustanciosa referencia a los papiros greco-egipcios), etc., son tratados con maestría y con el mismo exquisito cuidado y alto nivel. El autor parece que ha pensado cada palabra y cada frase antes de darlas a la publicidad, y, además, las garantiza con la cita de la fuente romana a que corresponden.

Y termino rogándole me disculpe esta pésima reseña de su obra, siquiera por la imposibilidad material de compendiar lo que él ha compendiado de un mundo de textos.

Nueva Encyclopédia Jurídica. Tomo I. — Francisco Seix, editor. Barcelona, 1950. Publicada bajo la dirección de don Carlos E. Mascareñas, con la colaboración de eminentes profesores y juristas. — 1.036 páginas. Encuadernación holandesa, granate, con tejuelos negros.

Hace muchos años, al comienzo del tercer lustro de este siglo, apareció en el mundo jurídico patrio la tan conocida *Encyclopédia Jurídica Seix*, pero desde entonces puede decirse que ha cambiado todo, desde la manera de ser y pensar hasta el modo de hacer, y mirar. El ambiente, el progreso científico, los nuevos modos, y las modernas teorías, la técnica jurídica, la vida misma, al trastocar

conceptos y prácticas, hacen relativamente inservible lo que, antes se tuvo por duradero y definitivo.

Nada tiene de extraordinario que se piense en la renovación de los instrumentos jurídicos de trabajo, adaptándolos a las circunstancias de tiempo y situación o estado de la ciencia a que están dedicados, con el fin de recoger los avances doctrinales y la legislación en vigor. Nuestros diccionarios jurídicos, que prestaron servicios inestimables, han quedado anticuados, y los apéndices anuales, necesarios para poner al día la materia objeto de modificaciones suntuosas, que la búsqueda es farragosa y el manejo difícil, con gran pérdida de tiempo. Más de treinta tomos a examinar, aun con la ayuda del Índice progresivo de Aranzadi, constituye un obstáculo que era urgente eliminar. Por eso, varias editoriales se disponen a refundir y confeccionar diccionarios que en diez o doce tomos ofrezcan al lector cuanto esté vigente. Algunas ya han puesto a la venta el primer resultado de su labor. «Seix» es una de ellas. Pero con una grata novedad. El tomo I no comienza con la palabra que ha de encabezar el diccionario. Es algo más: Es una visión de conjunto de cada una de las ramas del Derecho. Si la Enciclopedia es jurídica, justo es también que ante todo se examine el concepto del Derecho y se dé idea de su contenido, de un modo general, pero suficiente para reflejar el concepto en sus líneas fundamentales.

El Índice de artículos del tomo I debe copiarse, aun cuando la enumeración sea un tanto fatigosa. Comienza con la palabra Derecho, para seguir con los Derechos administrativo, aéreo, agrario y canónico. Continúa con el Derecho civil, y expone a continuación el Derecho civil de Aragón, Cataluña, Galicia, Mallorca, Navarra y Vizcaya. Luego, el Derecho colonial, común, constitucional, del trabajo, eclesiástico, financiero, foral, histórico, industrial, inmobiliario, internacional público e internacional privado. Y por último, aparecen los conceptos de Derecho marítimo, marroquí, mercantil, municipal, natural, notarial, penal, político, privado, procesal, público y romano.

Los artículos están redactados por colaboradores de gran talla, dirigidos por Carlos E. Mascareñas. Como siempre sucede en ésta clase de obras, cada trabajo es de distinta factura, y el valor intrínseco tiene que ser desigual, pero siempre dentro de un nivel alto. Como ejemplos, solamente indicaremos que Roca Sastre ha

redactado el artículo sobre Derecho inmobiliario, Prieto, Castro; el de Derecho procesal y Alvaro d'Ors el de Derecho romano. Entre los que colaboran en el tomo I y los que han de colaborar en los sucesivos, figuran nombres de mucho prestigio, encabezados por Castán, catedráticos en gran número, notarios, fiscales, abogados en ejercicio, etc.

En la voz «Derecho foral», el nombre de Ureña, autor del artículo correspondiente en la Enciclopedia Jurídica Española, renace como representante de los juristas que fueron, maestros muchos de valores actuales.

La extensión de los trabajos varía según la rama del Derecho que traten. Abundan la bibliografía y las citas doctrinales de españoles y extranjeros. La parte histórica está muy cuidada. La jurisprudencia se prodiga, cuando es menester señalarla.

Como referencias *ad exemplum*, en la primera palabra, Derecho, desarrollan Condomines y Pou de Avilés. Concepto (etimológico, vulgar, científico y las definiciones formalistas, analíticas, individualistas, sociológicas e intermedias). Propiedades. El Derecho y las normas analógicas. Divisiones del Derecho (subjetivo y objetivo; natural y positivo; eclesiástico y secular; interno e internacional; sustantivo y procesal; público y privado). El Derecho como ciencia y como arte. El método jurídico.

En el Derecho aéreo, el catedrático don Manuel Gordillo examina esta recién nacida disciplina con fina penetración didáctica, y nos muestra: Contenido, denominación y notas características. Condición jurídica del espacio aéreo. El Derecho aéreo internacional (acuerdos, convenciones, conferencias, elaboración doctrinal, organismos internacionales). Los Derechos nacionales aéreos (fuentes legales, el Derecho español, fuentes de procedencia internacional, bibliografía y legislaciones extranjeras). Las leyes citadas, innumerables, clasificadas por años y naciones, al igual que los convenios, acuerdos, tratados, canje de notas, etc. Quien quiera orientaciones doctrinales y legales, las encuentra, y además puede ampliar su estudio, porque en el texto se dan referencias para ello.

En el Derecho inmobiliario, Roca nos expone el concepto, características e historia (la publicidad en el Derecho romano, germánico y español); los sistemas jurídicos de ordenación de la propiedad inmueble y los principios hipotecarios, pero no con excesiva concre-

ción, puesto que comprenden veinticinco páginas del libro. En cambio, la bibliografía es escasa, por haber predominado un criterio doctrinal y la preocupación de decir o indicar mucho, en poco espacio.

Que me perdonen los demás colaboradores; que no haga alusión al mérito de sus trabajos, y que ni siquiera cite sus nombres. No acaba, ría nunca, y ahora sólo trato de presentar el libro a quienes le desconozcan, cantar sus excelencias globalmente y recomendar su adquisición, en la seguridad de que me lo han de agradecer quienes sigan el consejo.

Como puede apreciarse, este tomo II: no es una vista panorámica o una disquisición doctrinal, sino que reúne condiciones muy apetecibles para el consultor. El actual momento jurídico de la doctrina, la legislación y la jurisprudencia, está reflejado exactamente como prólogo al diccionario enciclopédico que ha de ver la luz a continuación. Dato curioso: no hay advertencia preliminar, prólogo o guía que nos indique el pensamiento del editor. Se entra decididamente en la exposición de la palabra Derecho. Por eso puede considerarse como prólogo de calidad todo el volumen.

El esfuerzo realizado ha de tener sus compensaciones, y con seguridad se puede anunciar que la Nueva Encyclopédia Jurídica de Seix ha de superar en el aprecio de los juristas el indiscutible éxito que antaño tuvo la Encyclopédia Jurídica, de la cual es sucesora legítima; y Seix puede enorgullecerse de continuar una brillante historia al servicio del Derecho, merecedora de gratitud y de que se corresponda por los profesionales con la divulgación de sus excelentes artículos. Y también estamos seguros de que los sucesivos tomos alcanzarán gran difusión y han de ser muy elogiados. Amén.

Hipoteca del derecho arrendaticio (especialmente en Empresas y locales de negocio), por don Juan Vallet de Goytisolo, Notario de Madrid.—Editorial «Revista de Derecho Privado». (Volumen XV: de monografías prácticas de Derecho español. Serie J.)

Aún no hace muchos meses que tuve conocimiento de que se estaba gestando este libro, y me parece imposible que en tan breve espacio de tiempo se haya podido edificar semejante construcción

científica. Estaba convencido de que con elegancia, buen gusto, ingenio y enorme cultura vería la luz un folleto, un trabajo de poco más de cien páginas; que no me defraudaría, porque Juanito Vallet nunca defrauda, pero de contenido limitado en consonancia con el examen de una hipoteca que há de recaer o que puede recáer sobre un solo derecho. Es más: en algún apunte facilitado por mí a quien lo hubo menester, había echado un vistazo general al tema, y me pareció posible tal hipoteca, siempre y cuando pudieran eludirse ciertos peligros, latentes en el articulado de las Leyes de arrendamientos.

Pero me he encontrado con algo más que una monografía, encabezada por un prólogo de Alvarez Róbles, Notario de Bilbao y Decano del Colegio Notarial de Burgos, afectuoso al par que austero, con ribetes filosóficos, según corresponde a la idiosincrasia del prologuista, y; cómo no, probablemente redactado en media hora y al terminar el último minuto del plazo que se había señalado para hilvanarle. Una de las cosas más inexplicables para mí es cómo un Notario, que nunca tiene prisa, y que parece serio, severo y hierático (con frase de Altube), es capaz de organizar las Semanas Notariales de verano en Santander, que requieren la velocidad de un ciclón, y se nos aparece en el trato como un fomnidable, ameno y anecdótico conversador, pleno de simpatía y cordialidad, en perpetua contradicción con su elegante tiesura característica. Traigo a colación esta interesantísima figura de hombre bueno, todo corazón e inteligencia, con motivo de su prólogo, porque creo que se está en deuda con él y que aun no se le ha rendido el tributo debido por su destacada labor en el Decanato. Y quienes tengan que oír, que oigan.

Pero volvamos a Vallet. Podemos afirmar que es un coleccionista de textos en latín, en italiano, en francés, en catalán y, desde luego, en castellano; que se ha empeñado en demostrarnos qué los ha leído, meditado y entendido, según acreditan las continuas citas y notas al pie de página; y que para él es cosa muy sencilla ocurrírsele un tema inédito, original, excelente plato del día y empezar a cocinarle, echando en el puchero, a su debido tiempo, el ingrediente doctrinal que corresponde, medido, probado y pesado en balanza; para que ni sobre ni falte, ingrediente que siempre tiene a mano o que saca de la manga con la facilidad del prestidigitador. Así le resultan a él

sus trabajos perfectos, perfilados ya al punto para que los entienda cualquiera:

Empecemos por un vistazo al volumen: Prólogo. Planteamiento práctico de la cuestión. *Primera parte*: Escrupulos dogmáticos. La relatividad de los conceptos. Notas críticas sobre la pretendida naturaleza personal del derecho del arrendatario. Observaciones sobre la naturaleza jurídica de la hipoteca. El problema de la posibilidad de encasillar la totalidad de los derechos patrimoniales coloquándolos en una de las dos categorías clásicas de derechos reales y derechos de crédito. Intento de explicación técnica de la hipoteca de arrendamiento. *Segunda parte*: Posibilidad legal y contenido de la hipoteca de arrendamiento. *Tercera parte*: Dificultades prácticas que ofrece la hipoteca del arrendamiento de local de negocio: Panorama general y clasificación. Obstáculos resultantes de los requisitos exigidos para el traspaso de locales de negocio por la Ley de Arrendamientos Urbanos. Inconvenientes derivados de las causas de extinción del arrendamiento, especialmente de aquellas en las que intervenga la voluntad del arrendatario. Limitaciones de la hipoteca de arrendamiento de empresa derivadas de las causas de extinción de este derecho. *Apéndice*: Intento de proyecto de escrituras de hipoteca de arrendamiento de local de negocio juntamente con la empresa del arrendatario: a) Sin intervención del arrendador, b) Con intervención y aprobación del mismo. Índice alfabético de materias (el índice general va en cabeza).

La primera observación aparece, ilógicamente (porque es comenzar por el final), ante los proyectos de escrituras. Personalmente me gustan poco los modelos, pero en casos como el presente, en que se trata de novedades, de problemas peligrosos con facetas innumerables, nada mejor que un modelo redactado por quien ha estudiado a fondo todos los la mayoría de los supuestos que pueden presentarse. No sólo facilita la labor del profesional, sino que le evita muchas horas de meditaciones y de compulsa de textos legales, artículos doctrinales, y posibilidades prácticas. Es un acierto que hay que destacar, y el mejor resumen de una labor doctrinal, orientada a crear nuevas formas como base de crédito.

En la primera parte se inquieta la verdadera naturaleza del arrendamiento, según la doctrina, la ley y la jurisprudencia, y se determina esta naturaleza mediante el estudio de los caracteres de

inmediatitud; permanencia; absolutividad; y, oponibilidad, de la relación arrendaticia, con ciertas derivaciones de la misma, para inclinarse a que se le debe asignar un carácter real.

Las teorías sobre la naturaleza jurídica de la hipoteca se exponen ordenadamente y sencillamente, ya que existe alguna crítica revisionista de la naturaleza real de aquélla y ciertas interpretaciones del *iuris distracthendi*. Contemplamos las teorías de la hipoteca como derecho sobre el valor, como derecho de realización de valor, como ejecución procesal del derecho de crédito, como derecho real de garantía; las teorías eminentemente procesalista de la sujeción, del vínculo de indisponibilidad, del sometimiento a *priori* de la finca hipotecada al poder de ejecución, y de la concentración y fijación de la sujeción (Haftung) como elemento separado del débito, y sin olvido del estudio del derecho de preferencia y de la reipersecutoriedad en la hipoteca (oponibilidad *verga omnes*). Igualmente, nos hace el autor consideraciones muy acertadas acerca del carácter borroso que presentan los derechos para ser catalogados decididamente entre los derechos reales y personales, para deducir que los posibles obstáculos dogmáticos desaparecen si solamente viésemos en la hipoteca una forma de garantía basada en la constatación registrár y examinar después el problema de los derechos sobre derechos, en relación con su terminología, con el problema de fondo (consideración como cosa del derecho principal y superposición de nuevos derechos), y con su utilidad práctica, clasificando los susuestos del artículo 107 de la Ley Hipotecaria en cuatro grupos, en atención a si la hipoteca alcanza a la totalidad de la cosa, a una porción cuantitativa; a la cosa, pero concretándose en una utilidad cualitativamente determinada de la misma; o tan sólo a la cesión del derecho de hipoteca. La de arrendamiento creé, debe comprenderse en el grupo tercero. A su juicio (y al mío), es posible la constitución de esta clase de hipotecas. Los hipotecaristas en general, la jurisprudencia hipotecaria (Resoluciones de 12 de marzo de 1902 y 15 de junio de 1929), el número 5.^º del artículo 2.^º, y el número 2.^º del artículo 106 de la Ley Hipotecaria, y los arrendamientos regidos por la legislación común, por la especial de arrendamientos rústicos y por la de arrendamientos urbanos (de viviendas y de locales de negocios), son examinados para determinar aquella posibilidad, con minuciosa aten-

ción respecto al requisito de enajenabilidad. El contenido objetivo de la hipoteca (extensión de la misma a mejoras, muebles, indemnizaciones, frutos, edificios, etc.), no presenta problema excepcional. Este se halla cuando se hipoteca la empresa juntamente con el local donde radica; y con tal motivo verifica el estudio de la empresa, de sus elementos esenciales y accesorios, etc. El trabajo que representa esta segunda parte del libro, es un guía seguro para encontrar la solución buscada.

Por último, en la tercera parte se desbordan las facultades críticas del autor con meticulosidad y cuidado exquisitos. Como aquí están parte radican los obstáculos que pueden oponerse a la hipoteca del arrendamiento del local de negocio y de la empresa. Los requisitos de los artículos 45 y 48 de la Ley de Arrendamientos Urbanos (traspaso, tanteo, retracto, preaviso, dación o adjudiación judicial en pago de deudas, etc.); las causas de extinción del arrendamiento, principalmente por voluntad del arrendatario (renuncia, rescisión, mutuo disenso, muerte, ruina, expropiación o declaración del estado ruinoso de la finca y otras causas), son examinadas separadamente, así como las limitaciones de la hipoteca de arrendamiento de empresa derivadas de las causas de extinción de este derecho (expiración del término, falta de pago del canon, mal uso, infracción de condiciones del contrato, resolución del derecho del arrendador, etc.). Todo se medita, se pesa y es objeto de escrupulosa atención, además de comparaciones analógicas de gran valor, como por ejemplo, el estudio del antiguo artículo 118 de la Ley Hipotecaria (ver hoy el 214 del Reglamento Hipotecario).

En resumen. Se ha desbrozado una senda y por ella puede transitarse si nos acomodamos a la realidad de la vida todos, y principalmente la jurisprudencia. Vallet señala un rumbo y flotan en él dudas de importancia, pero el servicio prestado excede de una orientación o de una sugerencia. Ha demostrado una posibilidad, y esto es mucho en materia virgen hasta la publicación del volumen que comentamos y del que nada más hay que decir, porque nunca se terminaría de elogiar. **REGISTRO DE LA PROPIEDAD** de PEDRO CABELLO. El autor es un valioso trabajador Registrador de la Propiedad, que con su obra obsequia a los que se dedican a su actividad. Es un libro que tiene una bibliografía ilustrativa de muy buenos