

# REVISTA CRITICA DE DERECHO INMOBILIARIO

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

Año XXVI

Octubre 1950

Núm. 269

## Dualidad legislativa de nuestro régimen inmobiliario \*

SUMARIO: 1. *Traditio* y Registro de la propiedad.—2. Dualismo de la legislación sobre inmuebles.—3. Génesis y finalidad de nuestra legislación inmobiliaria.—4. Desintegración de la Ley Hipotecaria y el Código Civil.—5. Orden de prelación de los textos legales.—6. La doctrina del título y el modo y la propiedad inscrita.—7. Registro de títulos, pero no de modos.—8. Opiniones doctrinales y orientaciones jurisprudenciales.—9. Conclusiones.

1. *La traditio y el Registro de la Propiedad*.—En los últimos años vengo comprobando con amargura —¿por qué no decirlo?— que bastantes de nuestros juristas se complacen en restar importancia a la legislación hipotecaria, que tantos frutos ha producido hasta la fecha y tantos puede aún producir en lo futuro, y se obstinan en lo que he denominado «interpretación civilista» de aquella gloriosa legislación, pretendiendo dar primacía, aun tratándose de inmuebles inscritos, a las normas del Código Civil sobre las de la Ley Hipotecaria, como si ésta no integrase también el Derecho civil y como si no tuviese la misma fuerza legal obligatoria que el Código, y quizá superior por ser la vigente posterior a éste.

Pretendo persuadir, y a ser posible convencer, de que existe una

(\*) En la IV Semana Notarial de Santander, que este año ha revestido singular relieve, nuestro colaborador don Ramón de la Rica y Arenal, Vicedecano del Colegio Nacional de Registradores de la Propiedad, disertó sobre el tema «Dualidad legislativa de nuestro régimen inmobiliario», con la claridad y precisión a que nos tiene acostumbrados.

Por la importancia teórica y práctica del tema y para satisfacer la petición de numerosos suscriptores que desean conocer tan interesante trabajo, les ofrecemos una recensión o síntesis del mismo, que el propio autor ha tenido la amabilidad de facilitarnos. (N. de la R.)

evidente y necesaria dualidad normativa legal en el régimen jurídico de nuestra propiedad inmueble y que sólo reconociéndolo así y obteniendo de ello las últimas consecuencias, podremos despejar muchas incógnitas, resolver no pocos problemas y, en definitiva, caminar en una dirección progresiva hacia el mejoramiento de nuestro ordenamiento inmobiliario.

Récientemente, dos trabajos casi simultáneos de dos estudiosos (1) Notarios han vuelto a poner sobre el tapete el problema, en apariencia insoluble, de la coexistencia de la doctrina del título y el modo (contrato y tradición) con el sistema de nuestro Registro inmobiliario.

Cuando oponemos esa supervivencia romanística —la *traditio*—, aun reducida a la mínima expresión que permiten sus formas simbólicas y ficticias, a los preceptos que rigen nuestro Derecho inmobiliario de Registro, por fuerza hemos de olvidar, o aparentar que olvidamos, el ciclo histórico de formación durante el siglo XIX de nuestro Derecho vigente: civil e hipotecario.

Porque el sistema de Registro público vino justamente a sustituir el defectuoso Derecho antiguo relativo al régimen de la propiedad inmueble. Si este Derecho antiguo, fundamentalmente el de las Partidas, de inspiración romana, hubiere quedado subsistente más allá de las relaciones *inter partes*, aquel sistema habría fracasado antes de nacer y no habría alcanzado su presente pujanza.

La teoría del título y el modo equivale a un *dogal*, según la gráfica frase de URIARTE BERASÁTEGUI, que estrangula y prácticamente aniquila todo el sistema registral ideado por las más preclaras mentes del siglo pasado. Y así es en verdad, pues vigente aquella vieja teoría para la propiedad registrada, si la tradición real es necesaria para la transmisión del dominio y si la tradición ficta, incluso la instrumental, sucumbe como toda presunción *juris tantum* ante la prueba contraria, se llega a la conclusión de que el Registro sólo podría dar certeza al dominio y demás derechos reales cuando se presentase a inscribir, junto con el título traslativo, un acta notarial de entrega o de toma de posesión. Sin este requisito, que el legislador no quiso exigir, el titular registral no podría am-

---

(1) JOSÉ URIARTE BERASÁTEGUI: «Revisión de ideas. La tradición en el sistema inmobiliario español». JULIÁN DÁVILA: «Aspectos hipotecarios en la compraventa de bienes inmuebles inscritos». Ambos trabajos en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 1950, págs. 239 y 298, respectivamente.

pararse en las inmunidades que la inscripción proporciona, pues según afirma FUENTES TORRE-INSUNZA (2), su adquisición, al no haber mediado la tradición real, sería no sólo nula sino inexistente. Para su eficacia, haría falta yuxtaponer al Registro de títulos un Registro de posesiones.

2. *Dualismo de la legislación sobre inmuebles.*—Mas estas afirmaciones, cuya extrema gravedad no puede ocultarse, se basan en la errónea creencia de que el Código Civil es la Ley fundamental de nuestro ordenamiento inmobiliario. Los civilistas que así lo creen y así lo pregonan han olvidado, por efecto de la lejanía, la génesis histórica de la legislación especial inmobiliaria que vino a sustituir en el siglo pasado al Derecho antiguo, condenado por la ciencia y por la opinión, y que creó, al ser promulgada, una *efectiva y necesaria* dualidad normativa en cuanto a la propiedad inmueble: diferenciando netamente la inscrita de la no inscrita y las relaciones *inter partes* de las relaciones jurídicas respecto de tercero.

Hoy esta dualidad legislativa nadie puede lícitamente desconocerla, del mismo modo que pocos juristas, conforme profetizaba JERÓNIMO GONZÁLEZ (3), se encontrarán dispuestos a sacrificar las ventajas de un sistema de Registro como el español ante los altares del Derecho romano.

MANRESA, en sus conocidos *Comentarios* (4), reconoce que el Código en algún caso estima a la inscripción en el Registro como forma de verdadera tradición respecto a inmuebles y derechos reales; pero como existe una gran masa de propiedad no inscrita ha de recurrir a otros medios o signos de transmisión; y *de aquí el dualismo en la legislación relativa a bienes inmuebles*. JERÓNIMO GONZÁLEZ, en sus luminosos *Estudios Hipotecarios*, también diversificó la propiedad inscrita de la no inscrita: ésta se sujeta al ordenamiento tradicional, contenido en el Código y las legislaciones forales, y aquélla se rige por el Derecho hipotecario puro (5).

(2) JUAN B. FUENTES TORRE-INSUNZA: «Usucapión contra tábulas». *Revista de Legislación y Jurisprudencia*, marzo de 1950, pág. 350.

(3) JERÓNIMO GONZÁLEZ MARTÍNEZ: «La tradición de fincas en los instrumentos públicos». *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, tomo I, págs. 24 y sigs.

(4) JOSÉ MARÍA MANRESA Y NAVARRO: «Comentarios al Código civil español», tomo V, pág. 14.

(5) JERÓNIMO GONZÁLEZ analizó cinco posiciones diferentes en que pue-

También el legislador ha reconocido esta dualidad. En el notable preámbulo de la Ley de Reforma Hipotecaria de 1944 afirmó ser cierto que el vigente ordenamiento inmobiliario implica la coexistencia de dos clases de propiedad: la inscrita y la no inscrita, *sometidas a regímenes distintos*. Y el ministro de Justicia, señor Aunós, en su discurso a las Cortes, ratificó la misma idea y sostuvo que ello era un trasunto, a lo largo de los siglos, de la distinción romana entre el dominio quiratorio y el bonitario.

Sin partir de esta idea básica —duplicidad de especies de propiedad inmueble y dualidad legislativa de su régimen jurídico—, es imposible orientarse en el laberinto de nuestra propiedad inmobiliaria, singularmente en cuanto atañe a su transmisión eficaz, y el intérprete se pierde en los oscuros corredores de la antimonía sin vislumbrar la claridad indicadora de la salida.

3. *Génesis y finalidad de nuestra legislación hipotecaria.*—El archiconocido R. D. de 8 de agosto de 1855, que recogió los clamores de la opinión pública y de la doctrina docta al condenar severamente el sistema de la legislación anterior lo hizo, entre otros motivos, porque «no garantizaba suficientemente la propiedad», lo que justificaba la «necesidad apremiante de su reforma». ¿Sobre qué bases habría de establecerse la nueva legislación en este punto concreto de asegurar la propiedad? Las indicó la R. O. de 10 de agosto del mismo año al expresar que «debían establecerse formalidades exteriores para la traslación de la propiedad y demás derechos reales».

Acatando esta orden, los legisladores de 1861 al redactar la Ley Hipotecaria, a pesar de su proclamado respeto al Derecho nacional, lo reformaron (son sus palabras) *esencial y radicalmente*. Con absoluta franqueza la Comisión expuso los grandes cambios que la nueva Ley introducía en los principios generales del Derecho a la sazón vigente. Y anunciaron solemnemente que «el Derecho civil

de hallarse la propiedad inmueble en España. De ellas, pueden eliminarse tres: la relativa a fincas inscritas solamente en posesión, pues hoy han sido, abolidas las inscripciones posesorias; la referente a fincas inmatriculadas, por tratarse de un estado provisional; y la atinente a fincas que, aun estando inscritas, viven fuera del Registro, por reducirse a un supuesto de discrepancia entre el Registro y la realidad jurídica, para cuyo tratamiento ofrece adecuados remedios la legislación vigente. Véanse sus «Estudios de Derecho Hipotecario», pág. 37.

experimenta alteraciones trascendentales; apenas hay una de sus instituciones a que no afecte la innovación; en el orden de la propiedad y de los demás derechos reales en la cosa, a su adquisición, a su conservación, su transmisión y sus modificaciones... Todo está íntimamente ligado con la Ley Hipotecaria; a todo afecta gravemente el nuevo sistema; todo ha sido sujeto a revisión; *todo ha sufrido grandes modificaciones.*»

La nueva legislación, por tanto, dictó nuevas normas, totalmente apartadas del Derecho anterior, sobre el régimen de la propiedad inmueble, para la cual estableció, en vez de un sistema basado en la posesión, como elemento de publicidad, un sistema basado en el Registro público. Y por fortuna para la corriente unificadora de nuestro Derecho privado, la nueva legislación, denominada con evidente metonimia «hipotecaria», iba a ser de aplicación general en todas las regiones españolas.

4. *Desintegración de la Ley Hipotecaria y el Código Civil.*— Conviene subrayar este carácter general de Ley para todo el Reino que tuvo al ser promulgada la Hipotecaria, para poder explicarse el fenómeno patrio de la desintegración de éste y el Código Civil. Tal desintegración es anormal, como debida a circunstancias políticas y a la subsistencia de diversas legislaciones civiles en España. Lo normal hubiera sido que los preceptos de la Ley Hipotecaria, en cuanto eran Derecho civil y en cuanto modificaban profundamente el anterior, estuviesen incluídos en un Código civil.

El detalle fidedigno de lo sucedido, y que explica la desintegración, nos lo ha dejado don BIENVENIDO OLIVER (6), cuya autoridad en esta materia es irrecusable. El que la Ley Hipotecaria precediese al Código y se promulgase fuera de éste, obedeció al sistema iniciado por BRAVO MURILLO de llegar a la codificación del Derecho civil de una manera gradual y paulatina, o sea publicando sucesivamente, en forma de leyes especiales, las disposiciones comprendidas en los diferentes títulos del Proyecto de Código civil de 1851. Tal sistema, aceptado como una transacción por todos los partidos políticos, respondía al criterio unificador de la Constitución de

---

(6) BIENVENIDO OLIVER Y ESTELLER: «Derecho Inmobiliario Español», página 773 y sigs.

1845 (7). Posteriormente, es decir, después de promulgada y puesta en vigor la Ley Hipotecaria, la Constitución de 1869 (8) cambió de criterio. Y entonces el Gobierno pudo abandonar aquel sistema y proceder desde luego a la publicación de un Código Civil que iba a dejar vigentes, *por ahora*, las legislaciones forales.

Así y todo, el Código pudo incorporar a su articulado los sustantivos de la legislación Hipotecaria. Y de ello se trató, como lo prueba el encargo hecho al propio don BIENVENIDO OLIVER en 11 de noviembre de 1886 para que redactase los títulos correspondientes al Registro de la Propiedad y al contrato de hipoteca en el Proyecto de Código que se estaba elaborando, «en el supuesto y con el criterio de continuar vigente la actual legislación hipotecaria». El señor OLIVER formó su ponencia, distribuyendo en tres títulos las materias de la Ley Hipotecaria que debían ser incorporadas al Código y fué aprobada por la Comisión de Códigos. Mas, no obstante, la ponencia fué excluída del Proyecto por la Comisión parlamentaria; y la razón de tal exclusión, dada por el señor Gamazo, presidente de la Comisión del Congreso, a requerimiento del diputado señor Azcárate, fué que aquel trabajo envolvía la reforma de preceptos importantes de la Ley Hipotecaria y, por tanto, iba a crear entre el Derecho hipotecario de las provincias sujetas a la legislación común, en las que regiría el Código, y el de las provincias aforadas, en las que regiría la anterior Ley Hipotecaria, antagonismos inadmisibles.

En suma: que la Ley Hipotecaria era de aplicación general en toda España, en tanto que el Código civil sólo iba a ser aplicable en las regiones de legislación común, no en las aforadas; y se consideró preferible mantener incólume aquella legislación especial, que en su materia había ya realizado la deseada unidad legislativa nacional.

5. *Orden de prelación de los textos legales.*—Y en efecto: el Código Civil no significó ni pudo significar la derogación, en poco

---

(7) El art. 4 de la Constitución de 1845, vigente al promulgarse la Ley Hipotecaria, disponía: «Unos mismos Códigos regirán en toda la Monarquía».

(8) El art. 75 de la Constitución de 1869, que casi literalmente pasó a la de 1876, vigente al promulgarse el Código civil, decía: «Unos mismos Códigos regirán en toda la Monarquía, sin perjuicio de las variaciones que por particulares circunstancias determinen las leyes.»

o en mucho, ni siquiera la modificación de la Ley Hipotecaria. Con relación a la propiedad inmueble inscrita, la acogida a sus preceptos, esta Ley, como especial, tiene aplicación y vigencia preferente, y el Código sólo la tiene defectiva. El mismo Código lo reconoce taxativamente.

Su artículo 16 dispone que en las materias que se rijan por leyes especiales la deficiencia de éstas se suplirá por las disposiciones del Código (9). Y nadie puede dudar, dados los antecedentes de la Comisión de Códigos y de la discusión parlamentaria, que para los redactores del Código civil la Ley Hipotecaria era una ley especial que, por su aplicación general, quedaba subsistente y vigente en su integridad.

Además, el Código remacha bien el clavo en este punto. Aparte del artículo 1.880, que declara de modo paladino que la Ley Hipotecaria «continúa vigente», se pueden citar numerosísimos artículos que evidencian hasta la saciedad el respeto escrupuloso que los redactores del Código guardaron a la legislación hipotecaria. Sirvan de ejemplo —y debe consultar el lector— los artículos 462, 608, 647, 975, 977, 1.124, 1.510 y 1.537.

¿Para qué más? Ante la dualidad legislativa, según que se trate de inmuebles inscritos en el Registro o de inmuebles no inscritos, la prelación de los dos textos legales aplicables no admite duda: para los primeros rige con preferencia absoluta la legislación especial hipotecaria, y sólo en lo no previsto por ella, el Código civil; y para los segundos, el Código civil o las legislaciones forales. La ley fundamental de la propiedad inscrita no es, por tanto, el Código civil, como muchos se complacen en sostener, sino la Ley Hipotecaria.

6. *La doctrina del título y el modo y la propiedad inscrita.*— El problema capital de todo régimen inmobiliario estriba en la transmisión del dominio, es decir, en los requisitos necesarios para que éste se entienda constituido a favor del adquirente. ¿Cuándo se opera la transmisión? ¿Cuándo se otorga el título? ¿Cuándo se efectúa la entrega del inmueble, o sea, se transmite la posesión material al adquirente? ¿Cuándo se inscribe el título en el Registro?

---

(9) Es de notar lo contradictorio que resulta este criterio del art. 16 con el establecido en el 425 respecto a la ley de Aguas.

Si no tuviéramos más texto legal, en relación con el régimen inmobiliario, que el Código civil, la solución se impondría; en el artículo 609 estaría la clave. Aparte de las adquisiciones por ministerio de la Ley, por donación y por sucesión *mortis causa*, la propiedad y los demás derechos reales se adquieren y transmiten «por consecuencia de ciertos contratos mediante la tradición».

Tenemos aquí rediviva la teoría del título y el modo que, desde el Derecho romano, nos llega a través de las Partidas. Hemos vuelto, de golpe, al sistema anterior a la implantación de la Ley Hipotecaria, al «condenado por la ciencia y la opinión» y cuya «reforma era urgente e inexcusable».

Es innegable que en cuanto a bienes muebles no mercantiles y a inmuebles no inscritos, exentos de la legislación hipotecaria, la aplicación del artículo 609 del Código es inexcusable. Sin un título (contrato) y sin la tradición como *secuela*, el dominio de aquéllos ni se adquiere ni se transmite. Con sólo el título, nacerá una relación jurídica obligacional, pero no el derecho real de dominio; con sólo la tradición, habrá una transmisión de posesión, pero tampoco dominical.

Y en cuanto a los inmuebles registrados, sujetos en primer lugar a las disposiciones de la legislación hipotecaria, ¿cabe mantener a rajatabla la aplicación incondicional del artículo 609 del Código?

El problema es capital, y de vida o muerte para la institución registral. URIARTE BERASÁTEGUI (10) lo enuncia certeramente. «Vigente la teoría del título y el modo —dice— sujeta a la posible nulidad de la adquisición por falta de tradición, si el transmitente no pudo efectuar materialmente la entrega por carecer de posesión anterior. No se negará al titular (inscrito) protegido su carácter de tal, sino el valor jurídico de su adquisición por falta de tradición.» TORRE-INSUNZA (11) concreta más: la adquisición del titular inscrito será inexistente. Esto equivale prácticamente, concluye el primero, al derrumbamiento de todo el sistema registral imaginado, que satisface a los civilistas a ultranza y conturba profundamente a los hipotecaristas.

Y es que no valen habilidades dialécticas. La tradición o entrega material como modo de adquirir el dominio de los inmuebles y

---

(10) JOSÉ URIARTE BERASÁTEGUI, en el trabajo anteriormente citado.

(11) JUAN B. FUENTES TORRE-INSUNZA, en el trabajo antes citado.



derechos reales, es incompatible con todo buen sistema de Registro. O se prescinde de la posesión, como «visibilidad de la propiedad», según la frase de Ihering, o se prescinde del Registro, o establecemos la publicidad posesoria; o establecemos la publicidad registral. Aquélla, propia de sociedades primitivas, fué desechada por la técnica jurídica moderna y a través del tiempo se desvirtuó y minimizó con simbolismos y ficciones. Esta, más adecuada a las necesidades del tráfico moderno, se extiende por el mundo civilizado y llega a aplicarse incluso a los bienes muebles.

Por fortuna para España, a mediados del siglo XIX, ilustres juristas vieron claro el problema. Los redactores de la primitiva Ley Hipotecaria lo expusieron diáfananamente. Ellos conocían bien el sistema anterior, que ahora algunos trata de resucitar. «Nuestras leyes —dijeron—, siguiendo a las romanas, adoptaron la diferencia entre el título y el modo de adquirir, y establecieron que el título sólo produjera acción personal, pero que la propiedad y los demás derechos en la cosa y, por tanto, las acciones reales que se dan para reivindicarlos, sólo nacieran de la tradición, o lo que es lo mismo de la posesión de las cosas inmuebles.» Conocían bien el sistema legislativo anterior y anunciaron con franqueza en la Exposición de motivos el gran cambio que iban a introducir acerca de este punto en los principios generales del Derecho, a la sazón vigente.

No les incumbía entrar en el examen del principio romano del título y el modo, cuando se limitare a los mismos contrayentes; pero de llenó caía bajo su dominio el *desecharlo* cuando se tratara del interés de terceros que no fueron parte en el contrato. En efecto: con arreglo al sistema anterior, cuando alguno vendía a dos la misma cosa, no era su dueño el que primero la compró, sino aquel que tomó de ella posesión. «En cambio, según el sistema de la Ley Hipotecaria, resultará de hecho que para los efectos de la seguridad de un tercero, el dominio y los demás derechos reales en tanto se considerarán constituidos o traspasados en cuanto conste su inscripción en el Registro, quedando entre los contratantes *cuando no se haga la inscripción*, subsistente el Derecho antiguo.» Y aclaran el sistema nuevo con un ejemplo: «Así, una venta que no se inscriba ni se consume por la tradición, no traspasa al comprador el dominio en ningún caso; *si se inscribe*, ya se lo traspasa *respecto a todos*; si no se inscribe, aunque obtenga la posesión, será dueño

con relación al vendedor, pero no respecto a otros adquirentes que hayan cumplido con el requisito de la inscripción.»

Es decir, que el título y el modo de la doctrina civil no bastan para constituir con eficacia *erga omnes* el dominio si se trata de fincas inscritas: ese derecho real no será esgrimible frente a un tercero que inscriba su título en el Registro. Y, por el contrario, con título y con inscripción, medie o no medie la tradición, el derecho real es válido y eficaz frente a todos, incluso frente al otorgante. ¡Qué intuición tan genial de las necesidades modernas, y qué salto prodigioso sobre las antiguallas de la *traditio*, inútil a fuerza de simbolismos y ficciones, quebradas de puros sutiles! ¡Cómo desconocer, según afirma JERÓNIMO GONZÁLEZ, que la transmisión recibe al ser inscrita una publicidad y una energía que los otros medios no pueden nunca otorgarla!

La Ley Hipotecaria consagra estos principios en los artículos 2.º, 20, 23 y 34; pero dejemos esta legislación, que puede ser tachada de parcialidad, y vayamos al Código civil.

¿Es que desenvuelve éste la teoría del título y el modo, del contrato seguido de tradición, hasta sus últimas consecuencias cuando se enfrenta con la inscripción en el Registro? Nada de eso. El comentadísimo artículo 1.473, al resolver el supuesto de una misma cosa vendida a diferentes compradores, no lo resuelve cuando se trata de cosa inmueble, con arreglo a la teoría del título y el modo (esto es, reconociendo el dominio en favor del que tenga la posesión, de aquel a quien se haya hecho tradición del inmueble), sino que lo resuelve, con arreglo a la ortodoxia registral, en favor del adquirente que primero la haya inscrito en el Registro, aunque no haya entrado en posesión. Es decir, el Código distingue entre fincas inscritas y fincas no inscritas; para las primeras, como dijo MANRESA, rige la inscripción como modo de adquirir; para las segundas, la tradición.

Y el artículo 1.537, que al subordinar todo lo dispuesto en el Código sobre la compra-venta, cuando se trate de inmuebles, a lo que determina la Ley Hipotecaria, permite concluir que la simple tradición subsiguiente al contrato no cierra el ciclo de la eficaz constitución *erga omnes* del derecho real si no va seguida de la inscripción.

No exige el Código la tradición en las transmisiones heredita-

rias ni en las donaciones. Tampoco la exige, ni puede exigirla, para los derechos reales inmateriales, no susceptibles de contacto posesorio, como la nuda propiedad, la hipoteca, el censo consignativo, etc. Nadie duda que la inscripción actúa a modo de una cuasi tradición para la constitución eficaz de estos derechos reales. ¿Y el derecho real de usufructo? El artículo 468 dice que se constituye por la Ley, por prescripción y por la voluntad manifestada en actos entre vivos o de última voluntad; pero tampoco el Código, salvo la norma general del 609, nos habla expresamente de la tradición, de la entrega de la cosa usufrutuada.

Por otra parte, fácil sería eludir la necesidad de la tradición, aun cuando ésta se juzgara indispensable para la transmisión del dominio de las fincas inscritas. Bastaría descomponer el dominio en sus elementos integrantes, transmitiéndolos con independencia. Primero, el dueño transmite la nuda propiedad, reservándose el usufructo. Aquí no juega para nada la tradición. Después, renuncia el usufructo, que se consolida automáticamente con la nuda propiedad. El adquirente inscribe sus dos títulos adquisitivos y adquiere, por consecuencia, el pleno dominio del inmueble, sin que haya habido necesidad de que aparezca en escena el fantasma del título y el modo.

Pero esto ni es serio ni las leyes pueden ampararlo, porque las leyes no pueden descender a la eutrapedia o al humorismo. Lo que ocurre, sencillamente, es que la legislación hipotecaria —fundamental y preferente en la regulación de la propiedad inscrita, no lo olvidemos—, desconoce en absoluto a la tradición. La silencia totalmente.

No es que, como en Suiza o en Austria, en Chile o en Colombia, la inscripción sustituya en nuestro sistema a la tradición, lo que acaso únicamente ocurra respecto a los derechos de hipoteca y de opción. Es que la legislación hipotecaria, según dijeron sus autores, innovaba profundamente el Derecho civil en orden a la adquisición de la propiedad y prescindió deliberadamente de la *traditio*, que no encajaba en el engranaje de sus sistema.

7. *Registro de títulos, pero no de modos.*—Nuestro Registro, como ha sostenido recientemente el admirado NÚÑEZ LAGOS (12),

(12) RAFAEL NÚÑEZ LAGOS: «El Registro de la Propiedad español», pá-

no es un Registro de derechos, es un Registro de títulos (13). Es un Registro de títulos, sí; pero no un Registro de *títulos y modos*. Desde la primitiva Ley Hipotecaria hasta la vigente de 1946, o sea antes y después del Código, lo que se sujeta a inscripción son los títulos traslativos o declarativos del dominio o de los derechos reales, los títulos de constitución, reconocimientos, modificación o extinción de tales derechos, los actos y contratos de adjudicación de inmuebles... Pero ningún artículo de la Ley ordena que para su inscripción el título deba ser completado por la tradición.

Y, sin embargo, todos los privilegiados efectos de la inscripción —efectos que regula la legislación hipotecaria y que sumiso respeta el artículo 608 del Código Civil— se producen por la inscripción de esos títulos, sin más aditamento.

Lo cierto es que al Registro lo que llega y lo que produce el asiento es eso: el título, bien en su acepción instrumental de documento, bien en su más amplia de relación jurídica, y nunca el modo. La tradición, en la práctica, no juega en el ámbito del Registro, ni siquiera es objeto de la calificación.

gina 8, *infine*. En el mismo sentido, el no menos admirado JOSÉ GONZÁLEZ PALOMINO, en su conferencia de la «Semana Notarial de Santander», de 1948, «Enajenación de bienes pseudo-usufructuados», pág. 121, nota 133.

(13) Me parece una discusión bizantina la que frecuentemente se sostiene en torno a si lo que se inscribe es el título, el derecho o la finca. Lo que llega al Registro es el documento, vehículo del acto jurídico causal productor del derecho real; y lo que refleja la inscripción, una vez practicada, no es el título, ni la finca, es... un derecho real inscrito, eficaz *erga omnes*. No debe pedir mil perdones González Palomino por hablar de «derechos inscritos», pues lo mismo hacen constantemente la Ley Hipotecaria, el Tribunal Supremo, los tratadistas, los Letrados y hasta el vulgo..., y no han tenido que ofrecer excusas de ninguna clase. El punto de vista de que el derecho real hace perfecto y eficaz fuera del Registro es difícilmente compatible con la opinión de que en el Registro sólo se inscribe el título; si el derecho real ya existe completo, así llegará al Registro y así lo inscribirá éste. Lo que sucede es que no se separan debidamente el acto de la inscripción de su resultado o efecto, el antecedente del consiguiente; la inscripción la produce el título, no sólo en su acepción de documento, sino en su acepción de acto jurídico causal también, y en este sentido es correcto decir que el Registro es de títulos; pero el asiento de inscripción, extendido en forma legal, produce el derecho real pleno y eficaz *erga omnes* respecto a las fincas inscritas, y en este sentido es también correcto hablar de derechos inscritos, como hacemos todos, aunque sea por mandato subconsciente. Al fin y al cabo, y digan lo que quieran las doctrinas y las modas, todos sabemos a qué atenernos y todos sabemos qué es lo que queremos cuando llevamos una sentencia, una escritura o una información de dominio al Registro. Queremos, nada más y nada menos, que nuestro derecho subjetivo sobre un inmueble sea eficaz plenamente y pueda perjudicar a tercero.

Ya sé que dos ilustres juristas, NÚÑEZ LAGOS y ROCA SASTRE (14), sostienen que para ser inscribible el título ha de resultar de él la *traditio*, por lo menos, la instrumental. Pero no creo que pudiera denegarse la inscripción de una escritura pública de venta de una finca rústica en que la entrega de ésta se aplaze por cierto tiempo, por ejemplo hasta la recolección de la cosecha; o de venta de un piso en la que se pacte la entrega de éste o de su llave no se efectuará hasta un día determinado, más o menos lejano, a fin de que el vendedor pueda encontrar nueva vivienda en el intermedio. Nadie dirá que estas escrituras no se hallan extendidas con arreglo a las prescripciones legales; y ningún Registrador denegaría su inscripción a pretexto de que en el mismo título resultaba no haberse hecho la tradición, pues su negativa dejaría indefenso al adquirente frente a una segunda transmisión seguida de entrega posesoria y le impediría hacer uso del legítimo derecho de preferencia que reconoce el propio Código en su artículo 1.473.

Todo esto nos lleva a la conclusión de que el sistema de la tradición, tal como se quiere interpretar por los defensores de la doctrina del título y del modo, es incompatible con el sistema de registro público. Si el Derecho real sobre fincas inscritas sólo es eficaz por la exteriorización posesoria, huelga el Registro, y si esa eficacia *erga omnes* la proporciona el asiento registral, sobra la tradición.

El problema se resuelve aceptando, según los hechos lo demuestran, la dualidad normativa legal de nuestra propiedad inmueble; y reconociendo que la Ley Hipotecaria, ajena a la tradición, rige para la propiedad inscrita y para la eficacia *erga omnes*, en tanto que el Código civil, fiel al título y al modo, rige para la no inscrita y para la eficacia *inter partes*.

Y esa dualidad no es perjudicial ni anómala, porque responde a las exigencias de la realidad inmobiliaria española, que nos enseña que junto a grandes masas de propiedad inscrita existe, y siempre ha de existir —por razones económicas, agrícolas y sociales—, otro gran volumen de fincas sin inscribir. Si se prescindiese de aquella dualidad y se quisiera imponer la norma registral a toda la propiedad, sustituyendo la tradición por la inscripción, el pre-

---

(14) RAFAEL NÚÑEZ LAGOS: «El Registro de la Propiedad español», páginas 14 y 75.—RAMÓN MARÍA ROCA SASTRE: «Instituciones de Derecho Hipotecario», pág. 146 del tomo I.

cepto sería letra muerta, lo mismo que sería utópico declarar la inscripción obligatoria. Por el contrario, si las puras normas civiles se quisieran aplicar preferentemente a la propiedad inscrita, el Registro se derrumbaría entre escombros con escarnio, según la frase de URIARTE.

8. *Opiniones doctrinales y orientaciones jurisprudenciales.*— No tiene muy buena literatura entre nosotros, salvo recientemente, la vieja teoría del título y el modo. Basta recordar, entre sus adversarios a FALCÓN, a AZCÁRATE, OLIVER, DE DIEGO y PÉREZ V ALGUER. SÁNCHEZ ROMÁN, aunque partidario de la teoría, explicó a su manera el modo, no como entrega material de posesión, sino como preexistencia del derecho del transmitente, lo que el sistema registral cumple con el principio de continuidad o de previa inscripción.

De los hipotecaristas no hará falta hablar siquiera. Casi unánimemente defienden la doctrina de que la inscripción equivale a un modo de adquirir (OLIVER, DÍAZ MORENO, LÓPEZ DE HARO...). El mismo ROCA SASTRE, a pesar de defender la doctrina del título y el modo, presenta como una aspiración y un perfeccionamiento el que la inscripción fuese uno de los modos de adquirir sustitutivo de la tradición en la propiedad inscrita. Y ANGEL SANZ, también defensor de la tradición, admite que el titular inscrito pueda reaccionar contra la usucapión no consumada, a pesar de no haber mediado más tradición que la instrumental, desmentida por la realidad posesoria ajena (15).

Mas no es necesario descentrar las cosas, sacándolas de quicio, ni asimilar la inscripción a un modo de adquirir, ni hacerla constitutiva. Basta diferenciar la propiedad inscrita de la no inscrita; y, dentro de aquélla, las relaciones *inter partes* de las relaciones respecto a tercero.

*Inter partes* la inscripción no cuenta, según frase de NÚÑEZ LAGOS, o, lo que es más exacto, apenas cuenta. La transmisión del dominio de toda clase de inmuebles tendrá lugar, entre los contratantes, mediante el título y la tradición. Esto rige para ese período de vida, a que aludía JERÓNIMO GONZÁLEZ, que tienen las escrituras

---

(15) ANGEL SANZ FERNÁNDEZ: «Comentarios a la nueva Ley Hipotecaria», pág. 298.

entre su firma y su inscripción, período en el que funciona el régimen de la *traditio*.

Pero ese derecho real así constituido, es menos pleno, no es efectivo *erga omnes*, pues no es eficaz frente a los terceros hipotecarios que puedan inscribir títulos contradictorios sobre la misma finca. El ciclo de la eficacia absoluta del derecho real de los inmuebles inscritos se cierra en España con la inscripción. Y entonces, sólo entonces, con o sin tradición, el derecho real es eficaz frente a terceros, e incluso *inter partes*, puesto que el titular inscrito podrá reivindicar de quien detente, aunque sea el cootorgante, y podrá ejercitar la acción privilegiada del artículo 41 de la Ley. O sea, lo que dijeron los legisladores de 1861: «Si la transmisión se inscribe, el dominio se traspasa respecto a todos.»

Si existen título, tradición e inscripción, el ciclo es completo y normal, y el derecho real, pleno. Si hay título y tradición, pero no inscripción, el derecho real es menos pleno y su eficacia relativa. Si hay título e inscripción, el ciclo es también incompleto, pero el derecho real existe con eficacia; y únicamente decaerá si el poseedor efectivo puede alegar una usucapión consumada, salvo las normas especiales de la Ley Hipotecaria en su artículo 36.

El fino hipotecarista cubano DORTA DUQUE (16) lo dice sencillamente; el contrato de compra-venta, por sí sólo, no da al comprador el derecho de propiedad sobre la cosa, sino que es necesario que se produzca la tradición o entrega de la misma entre las partes, o la inscripción en el Registro, para que la cosa se entienda entregada respecto a los terceros. Esta duplicidad posible de modos de adquirir —el título unido a la tradición como regla general, y el título y la inscripción como excepción—, ha hecho que RICARDO GARCÍA MENOCAL (17) denomine al régimen de nuestra legislación hipotecaria de «doble momento», refiriéndose a que hay dos instantes apreciables en la transmisión del inmueble: uno, el de la *traditio*, con eficacia entre las partes y en relación con todos los terceros (civiles) que no pueden ampararse en el régimen de publicidad; y

---

(16) MANUEL DORTA DUQUE: «Curso de Legislación Hipotecaria», página 248.

(17) RICARDO GARCÍA MENOCAL: «Bases para la reforma del Derecho Hipotecario formal» en *Trabajos del I Congreso Jurídico Nacional*.—La Habana. Tomo II, pág. 287.

otro, el de la *inscripción*, en cuanto a los terceros que puedan acogerse al Registro.

Hay que reconocer la sutileza de la doctrina del «doble momento» de GARCÍA MENOCAL; y lo elevo a triple, en la génesis del derecho real sobre inmuebles inscritos. El *título*, que engendra el derecho real; la *tradición*, que lo hace eficaz *inter partes* y respecto a terceros civiles; y la *inscripción*, que lo sanciona definitivamente, como eficaz *erga omnes*.

¿Y la jurisprudencia? La jurisprudencia vacila a efectos sin duda de la imprecisión de las fuentes legales y de la misma duplicidad legislativa, según haya dado preferencia a una o a otra legislación y según también, como es lógico, la circunstancia interna de cada caso contemplado.

Por un lado, el Tribunal Supremo, que declara que los preceptos de nuestro Código civil se inspiran en la doctrina romana respecto a la adquisición de la propiedad y los derechos reales, exigiendo para ella título y tradición (Sentencia 26-2-1942), se ve obligado a separar la tradición real de la ficta o instrumental, porque la presunción que ésta supone tiene que ceder ante la prueba en contrario; y así ha declarado que la tradición ficta no implica necesariamente la tradición real de la cosa vendida, de la que puede estar en posesión un tercero (Sentencias 10-11-1903 y 29-5-1926).

Frente a esto, otra tendencia muy reiterada del Supremo, sostiene que tiene la posesión real, a efectos del desahucio, quien ha adquirido la finca por escritura pública debidamente registrada, sin que sea óbice la existencia de un detentador que la posea materialmente en calidad de precarista (Sentencias 1-12-1902, 30-3-1903, 28-10-1907, 28-1-1916, 20-1-1920). Las de 12 de febrero y 2 de abril de 1927, proyectadas en igual dirección, declaran que, conforme a la doctrina de que la inscripción del dominio produce la presunción de posesión, es procedente la acción del desahucio ejercida por el adquirente de la finca en virtud de escritura pública inscrita en el Registro, contra quien la viene poseyendo sin título inscrito y sin pagar renta, es decir, en precario. Y la de 1 de julio de 1903 llegó a decir que hecha constar en el Registro la consumación de la venta con pacto de retro, adquirió el dominio el comprador, y con él la posesión civil y real de la finca, aunque su material tenencia continuase en el vendedor. Y la de 4 de marzo de 1941 atribuye la



posesión real al acreedor a quien se le adjudica la finca en escritura inscrita, reputando precarista al deudor que continúa ocupándola después de adjudicada.

Se ve que el Tribunal Supremo, captando bien la realidad y de acuerdo con la intuición popular, cuando se trata de fincas inscritas salta por encima de la tradición material y reconoce las acciones de dueño al titular inscrito. No podía ser de otro modo, pese a la errónea opinión de los civilistas acérrimos, según los cuales el titular inscrito carecería de todo derecho por inexistencia de su adquisición debida a la falta de tradición, pues como con razón afirma URIARTE, el más terco precarista depone sus armas ante el título del despojado, sin argüir la falta de tradición que pudiera invalidarlo; y el adquirente, en caso de posesión ajena, sabe que adquiere las acciones precisas para el logro del ejercicio de su titularidad, cuyo vigor alcanzará a eliminar al perturbador; y como dice JERÓNIMO GONZÁLEZ, ha de estimarse consumada la venta cuando la finca se halla inscrita, concediendo al comprador acción reivindicatoria frente al tercer poseedor.

Confiamos en que el Alto Tribunal de Justicia, de acuerdo con los avances de nuestra novísima legislación hipotecaria, sepa dar la primacía a ésta cuando se trate de la propiedad registrada, y, dando a Dios lo que es de Dios, y al César lo que es del César, valore debidamente en cada caso lo que a la tradición se debe y lo que se debe a la inscripción. Nuestra Magistratura, con su gran cultura, sabe que en la biología del Derecho, si el progresismo más perturbador es el que aspira a modificarlo todo, haciendo tabla rasa del pasado, también la reacción más peligrosa es la que pretende mantenerlo todo en su integridad, desconociendo las necesidades presentes y sin previsión alguna de las futuras. Y también sabe que los precedentes del Derecho romano no nos sirven para el tráfico de nuestra propiedad inscrita, porque el derecho registral moderno es una técnica totalmente extrarromana.

9. *Conclusiones.*—Los resultados que lógicamente se deducen de cuanto queda expuesto revisten indudable importancia y merecen ser compendiados con toda claridad, a fin de que sean fácilmente comprendidos; y quiera Dios, para bien de nuestro sistema—que tanto necesita de la afección y simpatía judicial—, que contribuyan

a restablecer, en la doctrina y en la jurisprudencia, los conceptos relativos al tráfico de inmuebles inscritos en sus propios y auténticos términos, esto es, en los que fueron concebidos por aquellos insignes legisladores que a mediados de la pasada centuria hicieron la más grande revolución legal de nuestro Derecho civil.

Son estos resultados :

1.º Es indudable que existe en nuestra legislación una efectiva dualidad de regulación de la propiedad inmueble, según ésta se halle o no inscrita en el Registro de la Propiedad.

2.º La Ley fundamental que rige la propiedad inmueble inscrita es la Hipotecaria. El Código Civil actúa, en cuanto a ella, sólo como subsidiario para suplir sus deficiencias y para normar las relaciones *inter partes*.

3.º La anticuada teoría del título y el modo, recogida con indiscutible insuficiencia normativa por el Código Civil, no rige ni puede regir para la propiedad y derechos reales inscritos, por ser inconciliables e incompatibles un sistema basado en un Registro público y un sistema basado en la tradición posesoria.

4.º La legislación hipotecaria está pensada y redactada totalmente de espaldas a la doctrina de la tradición, considerada como elemento indispensable para la constitución eficaz del derecho real *erga omnes*.

5.º El mismo Código Civil, respetuoso con la legislación especial hipotecaria, ratifica el pensamiento central de ésta y prescinde de la tradición cuando ésta se enfrenta con la inscripción en el Registro.

6.º La constitución eficaz plena de todo derecho real, incluso el dominio de inmuebles inscritos, se efectúa mediante la inscripción en el Registro. Mientras ésta no tiene lugar, esta constitución es menos plena, relativa, aunque haya mediado la tradición, pues no es eficaz respecto a tercero inscrito.

7.º La inscripción en nuestro sistema ni sustituye ni equivale a la tradición ; simplemente la ignora. Se inscriben los títulos jurí-

dicos (actos causales) configurados con arreglo a la legalidad objetiva, una vez justificada la preexistencia de titularidad en el transferente, sin exigir justificación de la tradición real. Nos basta y sobra con la ficción de la instrumental.

8.º Finalmente, *inter partes*, aun tratándose de bienes inscritos, la tradición ha de estimarse necesaria para que el derecho real ingrese en el patrimonio de la parte adquirente, en el tiempo que media entre el otorgamiento del título transmisivo y su inscripción; pero una vez inscrito, la falta de tradición es irrelevante, según la jurisprudencia, entre las partes, pues el adquirente sucede en la titularidad al transferente y puede reclamar de éste la efectividad de la tradición, lo mismo que puede ejercitar su derecho dominial *erga omnes*.

RAMÓN DE LA RICA Y ARENAL

Doctor en Derecho.

Registrador de la Propiedad

# Revisión de ideas <sup>(1)</sup>

## VIII

### VENTA DE FINCA HIPOTECADA

La desmesurada extensión que va alcanzando este trabajo nos obliga a un apretado examen del artículo 118 de la Ley.

Afirma Sanz que fué criterio de la Comisión redactora prescindir en absoluto de la teoría de la novación. Ello nos permite ahora hacer lo mismo, soslayando la entrada a fondo en el campo de sutilezas y chisporroteo de ideas, juegos de palabras y de conceptos que como brillante fuego de artificio han encendido y apagado seguidamente De Diego, Pérez y Alguer, Valverde y, en general, los tratadistas que se han ocupado de la novación y de la asunción.

En definitiva, el legislador hipotecario se limita a afirmar que la constancia, mediante pacto expreso, de la voluntad del nuevo deudor (comprador de finca hipotecada), de tomar a su cargo la obligación del pago de la deuda hipotecaria del primitivo deudor (vendedor), libera a este primer deudor una vez que haya sido consentida por el acreedor que se adhiere a aquella voluntad, expresa o tácitamente.

Hasta ahora no altera la figura de novación ni crea la de asunción. Se limita, exactamente, a lo expresado.

Parece, no obstante, que los comentaristas y tal vez el mismo legislador, opinan que se ha dado entrada en el Derecho español a

---

(1) Véanse los números 261 al 268 de esta Revista.

la modalidad germánica de sucesión de deuda o asunción como superadora de la modalidad novatoria del Código civil.

Para admitirlo habríamos de partir de que el contrato con tal pacto, a que se adhiere al acreedor, no libera al deudor delegante según el Código civil, que ahora queda superado en el tipo de asunción creado por el nuevo precepto legal.

Dudamos de que el legislador lo crea así. Y si el artículo 118 regula un caso concreto, precisamente en relación a un supuesto ya resuelto en el Código civil, nos sitúa exactamente donde nos hallábamos antes del mismo.

Desde luego, no es la solución directa del problema de sucesión liberatoria, para el que González Palomino pide la «copia del Derecho alemán». (Conferencia «Anales de la Academia Matritense del Notariado», 1945.) Ni tampoco la «forma» del Derecho español, en que debe irse pensando, según Cossío. (Conferencia del mismo año.)

Esta conclusión insatisfactoria nos obliga a continuar su examen.

En principio, la delegación de deuda concertada entre los deudores primero y segundo es perfecta si produce efectos liberatorios para aquél; y produce tal efecto si el acreedor se adhiere a dicha delegación perfecta y por lo tanto a sus efectos liberatorios. Lo mismo si se concierta entre el deudor sucesor o sustituto y el acreedor sin anuencia del deudor primero.

A tal sucesión perfecta llamamos novación subjetiva por cambio de deudor. Sus efectos (lo mismo que de la imperfecta) son o deben ser señalados por la Ley que, al hacerlo, define la figura jurídica de novación. Todo aparece claro hasta ahora. La duda surge de lo siguiente: la novación se basa en el *animus novandi*, que busca la liberación que identificamos con la novación perfecta, y hay *animus novandi* y, por lo tanto, liberación, si la novación se produce. Implica un círculo vicioso. Delegante y delegado, deudor sucesor, sostendrán que existe propósito liberatorio y por ende novación perfecta en la delegación aceptada por el acreedor delegatorio; pero éste afirmará tal vez que no supuso tal propósito liberatorio al consentirla expresa o tácitamente. Opinan contrariamente no sobre los efectos de la novación, sino sobre si ésta es o no es; sobre si se ha producido una sucesión, delegación, novación liberatoria perfecta o simplemente una cesión, delegación o novación imperfecta, acumulati-

va, de refuerzo, solidaria o no, etc. El problema es tan antiguo como el derecho.

El libro III, título XXIX, 3, de la Instituta, nos dice que «por la intervención de una nueva persona nace una nueva obligación, y se *disuelve* la primera transferida en la segunda» .. «se hacía novación cuando se había ido a una segunda obligación con ánimo de novar, y por eso se dudaba cuándo parecería que se hacía con intención de novar...» Vuelve a la duda, ya resuelta, por el mismo Justiniano: Código. L. VIII. T. II. XLIII-8. «Corrigiendo las perjudiciales disposiciones sobre las novaciones y extirpando las ambigüedades del antiguo Derecho, mandamos que si alguno hubiere agregado otra persona, o cambiado la obligada, o creído que se debe aumentar o disminuir la cantidad, o añadido una condición o plazo, o recibido una caución más reciente, o hecho alguna cosa, por virtud de la cual los autores del Derecho antiguo introducían las novaciones, no se innove nada absolutamente, y a ellas se agreguen por vía de incremento las posteriores, a no ser que ellos mismos hubieren remitido, a la verdad, especialmente la primera obligación, y hubieren expresado que han preferido la segunda en lugar de las anteriores. Y en general mandamos, que sólo se ha de hacer la novación por la voluntad, no por la Ley, y que si no se expresa con palabras, procede la causa sin novación...».

Es el mismo problema actual. El legislador moderno que intente resolverlo apenas podrá salir del precedente romano: podrá exigir que la conformidad o adhesión del acreedor verse sobre la liberación del primer deudor y que se exprese este propósito (en la novación objetiva versará sobre la extinción de la obligación anterior novada); o admitirá que la conformidad liberatoria se deduzca de los términos de la convención que muestren el *animus novandi* a que presta su adhesión al acreedor que, en tal supuesto, deberá conocerlos, sea directamente o por notificación; o resolverá que, aun sin conocerlos, se pueda deducir el *animus novandi* de los actos que el acreedor realice respecto a la deuda u obligación en relación a los deudores.

Por nuestra parte consideramos impropio actualmente una Ley de tipo formalista que rígidamente señale pactos esenciales para la liberación subjetiva o sucesión, así como para la novación o extinción objetiva.

Recordaremos ahora al legislador germano que en este punto concreto, diferente de los efectos de la sucesión de deuda, asunción liberatoria, acumulativa o de refuerzo, etc., se halla ante la misma confusión romana, sin que imponga normas rígidas que la impidan y, por lo tanto, sin que logre evitarla.

Veamos el Código español: a) regula la novación liberatoria por sustitución o sucesión de deudor (art. 1.205); b) exige el consentimiento del acreedor, y c) resuelve la duda romana con certeza en el artículo 1.204 respecto de la novación objetiva, «se extingue la anterior, sustituida por otra, si la antigua y la nueva son incompatibles, o cuando se declara terminantemente». Si se quiere aplicar el precepto a la novación subjetiva habrá que entender que la expresión «para que una obligación quede extinguida por otra que la sustituya», es el término empleado por el legislador para significar «para que el primer deudor quede liberado de su obligación» (o sea, para que la obligación quede extinguida para él). Y partiendo de ello, completar la idea: para que se produzca, habrá de haberse declarado terminantemente, o que la antigua y la nueva sean incompatibles. Descartada la idea de incompatibilidad, improcedente en la figura que se discute, queda la «declaración terminante». O sea el mismo problema romano, con subsistencia de la posible duda, originadora de jurisprudencia moderna, en cierto modo contradictoria, pero que en todo caso no es tomada por los tratadistas como imposición de forma rígida alguna, admitiendo, por el contrario, que la intención novatoria puede ser deducida de los términos del contrato a que presta su adhesión el acreedor, e incluso que ésta puede ser tácita.

Con este punto de vista vemos que toman valor decisivo los términos del contrato a que se adhiere el acreedor.

Proyectando sobre este fondo el artículo 118, se traduce en que, mediante los pactos que impone, se evita la duda. Se recorta su aliento hasta tener su lugar adecuado en una Instrucción para redactar instrumentos públicos o en un Reglamento notarial al estilo del inefable artículo 169 del vigente, lo que nos hace recordar la posibilidad, anunciada por Pérez y Alguer, de vivificar en nuestro Derecho la asunción germánica, «a cuyo desenvolvimiento técnico, según aseguran, no estorba el Código Civil». Y nos lleva a asociar a la idea aquellas enigmáticas palabras de la Exposición de Moti-

vos de la Ley de 1944, base de la actual: «Las normas del artículo disciplinarán aquellos eventos por la trayectoria de una armónica y recta solución.»

Tomándolo como norma a nosotros dirigida, veamos cómo ha de influir en nuestra actuación profesional.

Antes, como ahora, en el caso de venta hipotecada, comenzamos por situar jurídicamente la operación a realizar por los contratantes, según sus propósitos.

Presenta dos modalidades: a) El vendedor-deudor se compromete con el comprador a pagar el capital de la deuda y sus intereses al acreedor. El comprador, en consecuencia, «descuenta o retiene», deja de pagar, en suma, la parte del precio igual a la deuda y se obliga a entregarlo al vendedor-deudor una vez que éste le acredite la cancelación de la hipoteca por pago de la deuda. A más, por equidad, habrá de abonar al vendedor los intereses de la deuda o precio descontado, aplazado o retenido, puesto que el comprador se lucra de la finca y del precio no entregado. Hacíamos y hacemos constar todo ello en la escritura; y b) El comprador toma a su cargo o asume el pago del capital e intereses de la deuda, subrogándose en la obligación de pagarla al acreedor. En consecuencia, «descuenta o retiene» del precio de la venta una parte igual al capital debido, a cuyo pago lo destina. También lo hacemos constar en la escritura.

Por otra parte, consideramos arbitraria la suposición de que, sabedores de la existencia de la hipoteca, hagamos caso omiso de ella en la escritura, sin enmarcarla en alguna de aquellas dos posiciones que vemos pueden, no obstante su total diferenciación, utilizar indistintamente las expresiones «descuento y retención».

Nos interesa aquí la segunda modalidad.

Después de la nueva norma hipotecaria, consignaremos expresamente los dos pactos que ordena: 1) El comprador «se subroga en el pago de la deuda hipotecaria, tomándola a su cargo»; y 2) El mismo se subroga «en las responsabilidades derivadas de la hipoteca». Este pacto, nuevo para nosotros, nos desconcierta. Ha de tener un significado diferente del anterior, puesto que en otro caso implicaría redundancia. En la operación realizada hay dos elementos: sucesión de deudores, cubierta por el pacto anterior, y venta de finca hipotecada, que tanto si se pacta como no, se transmite con,



la misma. La expresión «se subroga en las responsabilidades derivadas de la hipoteca» parece significar «se subroga en la hipoteca» o «adquiere la finca en la hipoteca». Y en último término que «la hipoteca no se extingue por la subrogación de la obligación personal del pago de la deuda». Significado innecesario, a menos que se admita que sin tal pacto se extinguiría la hipoteca.

La validez interna de ambos pactos entre los contratantes no ofrece duda para ellos ni para nosotros. Mas el efecto liberatorio que en su voluntad y ánimo se precisa, como elemento también interno, carece de eficacia jurídica si no obtiene la conformidad del acreedor, que versa ahora sobre la liberación pretendida implícitamente en aquellos pactos. Se desvanecerá la duda si aquél la presta. Se desprende la conveniencia de la notificación. De practicarse, le advertiríamos la consecuencia liberatoria de su conformidad, basándonos en el artículo 118, como antes de éste nos basábamos en el Código civil. Todo sigue igual.

En los supuestos de no notificación o en los de que practicada ésta, sea rechazada la delegación liberatoria por el acreedor o nada manifieste, el problema continúa situado en el mismo punto que antes del nuevo precepto hipotecario.

Valverde examina la novación desde otro punto de vista. Dice: «El interés jurídico del problema es este. Si la transmisibilidad de las deudas no es reconocida como una sucesión de ellas, al extinguirse la antigua (novación clásica) han desaparecido los derechos accesorios de la primera, por ende, hipoteca, fianza, etc., por lo mismo que con el cambio del deudor no perdura la obligación primitiva.» «El progreso jurídico ha hecho que en la transmisión de créditos haya desaparecido la *novación* y se admite la sucesión en ellas, esto es, permaneciendo idénticas las obligaciones aunque cambie el sujeto acreedor, pero en la transmisión de deudas, aún el derecho moderno no ha llegado, a excepción de algún Código, a la transmisión sin novación, o sea a la sucesión de la deuda.» «Y como la novación, según nuestro Código, es un caso de extinción de obligaciones, puesto que siguiendo la doctrina clásica la novación extingue una obligación por creación de otra nueva, habrá que concluir diciendo que la novación es un procedimiento de transmisión de deudas según la legislación española, y que no es admitida en ésta la sucesión de deuda sin novación, cosa muy importante, por-

que con ésta desaparecen las obligaciones accesorias de la obligación extinguida.» «Si lo que dice el artículo 1.212 (subsistencia de las garantías en la subrogación del crédito) lo dijera respecto de la sucesión de deudas, estaríamos dentro del sistema moderno de transmisión de obligaciones del Código alemán.» (Cap. VII, tomo III de su Tratado.)

Nos asombra esta última afirmación, porque el mismo autor no ignora, puesto que lo dice seguidamente, que el Derecho alemán declara también extinguidas las obligaciones accesorias al regular la asunción.

Pero queda en pie la primera: la novación del Código Civil, o sucesión liberatoria por cambio de deudor, *extingue la obligación primera*, y por ende las garantías accesorias.

Si no queremos despertar en la actitud de Don Quijote ante los molinos de viento, tendremos que examinar, antes de impugnar esta afirmación, si es necesario hacerlo por oponerse al desenvolvimiento actual del derecho. Para ello hemos de situarnos en el supuesto de que sea cierta.

Su consecuencia inmediata será que en el caso de venta de finca hipotecada, extinguido lo principal (deuda novada), ha quedado extinguido lo accesorio (hipoteca en su garantía). El acreedor queda despojado de su garantía.

Contra este resultado, aniquilador de la aplicación de la figura jurídica, pese a haber sido dado de lado por legisladores y tratadistas, sin duda por considerarlo quimérico, no hay subterfugio posible. El principio de extinción, dogmáticamente impuesto, se revelará en sus últimas consecuencias contra toda sutileza y habilidad. Ni siquiera cabrá afirmar que «el consentimiento de los interesados en las garantías permite la subsistencia de éstas», y que «se presume que la subsistencia va implícita en el consentimiento prestado, presumiblemente negado en otro caso». Aun admitiéndolo, diremos, la permanencia de las garantías, hipoteca ahora, se habrá operado presuponiendo una cancelación y una subsiguiente constitución de la misma garantía hipotecaria a favor de la deuda novada. Este resultado, que se impone partiendo del principio de extinción, nos deja donde nos hallábamos.

Un ejemplo aclarará la idea: Si se vende una finca afecta a dos hipotecas, si el primer acreedor da su consentimiento y el segundo

lo niega, podrá éste defender la extinción automática de aquella primera hipoteca y la elevación de rango de la suya. Lo mismo en el supuesto de novación objetiva, a la que dé su conformidad para la subsistencia de la hipoteca el primer acreedor, cuya validez en perjuicio de su elevación de rango rechazará el segundo acreedor. (¿Versión moderna de la duda sometida a Scevola. D. L. XX, tomo V, 21?)

Esto nos fuerza a seguir en el examen de la cuestión.

Llegamos a su raíz: Decisión de Paulo en la L. 30. D. de novacionibus. Libro XLVI, tomo II: «Si el acreedor hubiere estipulado de Sempronio con ánimo de hacer novación, de suerte que el primer deudor se separase por completo de la obligación, no se podrían obligar de nuevo las mismas cosas por el deudor posterior sin el consentimiento del primero.»

Su interpretación general, deducida de la de Pothier, aceptada por la mayoría de los tratadistas y en que se basan todas las legislaciones, es que el acreedor puede reservar las garantías válidamente si media el consentimiento de aquel a quien pertenezcan las cosas hipotecadas. Deduciendo que si éstas han pasado a tercer poseedor, es preciso el consentimiento de éste además de el del deudor.

Por el contrario, de la interpretación de Toullier, seguida por Demolombe y Giorgi, y sin eco en legislación alguna, no es preciso el consentimiento del dueño de las cosas para la eficacia de la reserva de garantías. Esta interpretación conduce directamente al abandono de la idea de extinción automática.

Por su parte, la de Pothier deja viva la idea, en la que se pone en juego, más que la eficacia de la reserva, el alcance de esta reserva en su desenvolvimiento jurídico, divergente según impere o no dogmáticamente el principio de extinción. Pero en esencia, la reserva misma, como enuncia la expresión, tiene íntimamente un espíritu contrario al imperio puro de aquel principio; y éste es tan rígido por naturaleza, que toda relajación del mismo lo destruye como dogma, como lo destruye su vivificación por insolvencia anterior del deudor, etc.

Por todo ello, debemos rechazar la creencia de que el Derecho romano, como los modernos legisladores, parte de tal dogma para derivar la caducidad de las garantías, y creer, mejor, que uno y otros se desprecupan del principio al regular jurídicamente el pro-

blema práctico que resuelven: Este juego de ideas sutiles se halla en el fondo de todas las legislaciones, antiguas y modernas, sin que muestren mayor sabiduría y más clara percepción unas que otras: si el artículo 418 del Código alemán declara extinguidas las garantías accesorias entendiéndolo que el acreedor hipotecario renuncia a la hipoteca, salvo que el poseedor del objeto comprado en el momento de la asunción esté conforme con ella, en esencia desenvuelve el mismo espíritu jurídico que informa, casi con idénticas palabras, los artículos de los Códigos latinos a través de las reservas, de origen romano o 838 del argentino: «El acreedor no puede reservarse el derecho de prenda o hipoteca de la obligación extinguida si los bienes hipotecados o empeñados pertenecieren a terceros que no hubieren tenido parte en la novación». 871, boliviano: «Cuando la novación se hace por sustitución de un nuevo deudor, los privilegios e hipotecas primitivas del crédito no pasan al sustituido, sino por pacto expreso.» 334 del Decreto de Reforma, guatemalteco; 1.612 a 1.616, mejicano; 1.511 y 1.512, uruguayo; 1.247 a 1.249, venezolano; y en general los de todas las naciones hispanoamericanas. Con lamentable imprecisión y vaguedad, el 1.207, español, seguido por el 1.314, hondureño.

Ahora nos interesa tan sólo consignar que el artículo 118 que comentamos parece despreocupado del problema, a menos que, preocupándole, pretenda resolverlo dando al pacto de «subrogación de las responsabilidades de la hipoteca» el significado de «subsistencia de la hipoteca». Mas el alcance y eficacia de ese pacto, problema sutilísimo puesto a debate, debió ser resuelto, si le preocupó, por la Ley, única con vigor suficiente para ello, del mismo modo que el pacto primero, innecesariamente, declara al deudor vendedor delegante.

Preferimos tener todo ello por quimérico. Como será una quimera hallar diferencias fundamentales entre la asunción germánica y la novación latina; coinciden ambas en sus puntos esenciales: en exigir el consentimiento del acreedor delegatorio para la liberación (criterio que pudo romper el legislador hipotecario, máxime partiendo de que según se afirma por los hipotecaristas, el artículo 131 de la misma Ley lo hace así al regular la venta por ejecución) y en desconocer la pretendida concepción moderna de que lo principal es la hipoteca y lo accesorio la persona del deudor, que podrá

ser cierta en algún estatuto mercantil, pero que comprobamos irreal en la vida social día por día, profesionalmente.

Como supusimos, vemos que toda trayectoria jurídica, cualesquiera que sean sus eventos, tiene su principio y fin en el único y eterno mar latino.

Aquí podemos dar por terminado el examen de la «asunción» intentada por el legislador hipotecario.

Peero éste, como algo que sólo indirectamente se relaciona con ella, acomete en el párrafo segundo del mismo artículo otra empresa más real.

Si no nos equivocamos, quiere regular el supuesto de no existencia de «novación-asunción», o sea el de que el comprador no haya tomado a su cargo el pago de la deuda en la modalidad contractual que señalamos como primera al principio de este examen (compatible, no obstante, con las expresiones «descuento o retención»), y el de que el comprador se halla subrogado en dicha obligación, en la modalidad contractual que señalamos como segunda (para la que igualmente puede utilizarse también la expresión «descuento o retención»), no siendo consentida la subrogación liberatoria por el acreedor, expresa ni tácitamente. En ambos casos puede éste dirigirse contra aquel primer deudor como obligado personal respecto del crédito, o contra la finca en acción hipotecaria. Satisfecha la deuda por el obligado, en la primera modalidad, no se produce consecuencia anormal alguna; pero si no es satisfecha por él sino por el dueño de la finca no obligado personalmente, podrá dirigirse éste contra el vendedor deudor, para su reembolso, sin posible subrogación en la hipoteca, que recaería sobre su propia finca. En la segunda modalidad, satisfecha la deuda por el primer deudor, el comprador que la tomó a su cargo y *descontó o retuvo su importe*, responderá al deudor de su reembolso; y quiere la Ley que éste tenga a su favor una original subrogación en el lugar del acreedor, y por lo tanto en la hipoteca misma hasta que el comprador lo reintegre totalmente.

Como se ve, los términos utilizados por el legislador no responden con exactitud a su propósito.

Por último, por cuanto hace referencia a la subrogación de este párrafo segundo, examinaremos ligeramente el artículo 231 del Reglamento en relación con el 131 de la Ley, que constituye una asun-

ción por el rematante, de las hipotecas anteriores que quedan subsistentes, con el correspondiente «descuento» de su importe. Con ese descuento se completa el precio del remate, y como afirma Roca Sastre, carece aquél de soporte, si la hipoteca estuviera extinguida de antemano, provocando un enriquecimiento injusto del rematante, que lo ha descontado, en tanto no lo devuelva al propietario expropiado por la ejecución, a quien hubiera sido entregado. Este podrá exigirlo de aquél; y quiere la Ley que se subrogue dicho expropiado (dice deudor o tercer poseedor) y quede subrogado (según el art. 118) en aquella hipoteca ya satisfecha para garantía ahora del percibo de su importe (con lo que se afirma de paso que la subrogación judicial era una asunción liberatoria para el primer deudor). Se concreta al caso de pago anterior, pero bien se alcanza que debe ser extensiva la subrogación a los casos de prescripción, renuncia y todos los demás que impliquen enriquecimiento injusto del rematante con empobrecimiento del expropiado.

Y aquí notamos la falta de regulación defensiva de posibles acreedores posteriores que no hubiesen percibido íntegramente sus créditos a su liquidación, quienes sin duda deberían tener preferencia sobre el expropiado en la cuantía de lo no percibido.

JOSÉ URIARTE BERASÁTEGUI  
Notario

(Concluirá.)

## Problemas fundamentales de la Sociedad Limitada en nuestro Derecho

Las llamadas sociedades de responsabilidad limitada se han introducido en nuestro Derecho como consecuencia de las necesidades de la práctica, y sin más base legal que el artículo 108 del Reglamento de Registro Mercantil de 20 de septiembre de 1919, y varios preceptos de la Ley reguladora de la Contribución sobre las Utilidades de la riqueza mobiliaria, texto refundido de 22 de septiembre de 1922. Hoy ya la figura es corriente y, sin embargo, al no existir una regulación legal de la misma, los problemas que se plantean en torno de ella son de suma gravedad.

I. El mismo problema de su *legalidad* en nuestro ordenamiento jurídico fué planteado por ROCES en su prólogo a la traducción de FEINE. Examinaremos brevemente el problema :

«La puerta por la cual se introdujeron en nuestra vida mercantil las sociedades de responsabilidad limitada fué el artículo 122 del Código de Comercio, aunque, según la visión divergente de dos ilustres Profesores, por dos distintos postigos» (NAVARRO AZPEITIA, «La configuración de la sociedad limitada a través de la práctica notarial», *Revista de Derecho privado*, 1942, pág. 24).

En efecto, BENITO Y ENDARA decía que en su exposición de motivos el Código de Comercio declaró haberse inspirado en el respeto al más absoluto principio de libertad de asociación, ya que dentro de sus anchos moldes y de su expansivo espíritu caben cuantas combinaciones puede concebir la actividad humana acerca del derecho de asociación. Y de acuerdo con este principio al decir el ar-

título 122 del Código de Comercio que «por regla general, las Compañías mercantiles se constituirán adoptando alguna de las siguientes formas», aun no mencionando a continuación la sociedad de responsabilidad limitada, no debe considerársela excluida por no tratarse de un *numerus clausus*, sino que pueden admitirse otros tipos, lo que parece apoyarse en el texto del párrafo primero del artículo 117.

De otra parte, GONZÁLEZ ECHÁVARRI ve el origen de la sociedad de responsabilidad limitada en la forma tercera de las enumeradas en el artículo 122 del Código de Comercio, cuando éste dice: «La anónima, en que, formando el fondo común los asociados por partes o porciones ciertas, figuradas por acciones o de otra manera indubitada...», pues ello permite constituir sociedades anónimas sin acciones, creyendo que la aplicación de este artículo, en combinación con el de la Ley del Timbre en que se prevé el reintegro de los certificados de aportaciones para los casos en que no haya acciones permite la admisión de este tipo de sociedad en nuestro Derecho (ver NAVARRO AZPEITIA, ob. cit., pág. 25).

La tesis opuesta, de ROCES, puede condensarse en los siguientes puntos:

1. Los preceptos que regulan la sociedad limitada son reglamentarios, o de valor meramente interpretativo.

2. El artículo 117 del Código de Comercio se refiere a la libertad material, esto es, a los pactos entre socios, pero no afecta a las formas fundamentales de la sociedad.

3. El artículo 122, encabezado con la expresión «por regla general», ha de ponerse en relación con el artículo 124. y es el cauce por donde pueden incorporarse formas sociales que completen las legales, pero no atentar sustancialmente contra ellas.

4. En la práctica, las sociedades de responsabilidad limitada tratan de soslayar por una parte las normas de la sociedad anónima, y por otra la responsabilidad limitada de la colectiva» (ver H. SALVADOR BULLÓN, *Derecho mercantil*. Madrid, Reus, 1948, páginas 126-7).

Como nota NAVARRO AZPEITIA (ob. cit., págs. 25-6), «esta opinión de ROCES, no desprovista de buenos argumentos, llegó ya en un momento en que la sociedad de responsabilidad limitada había



tomado carta de naturaleza en España, con el general asenso de comerciantes y juristas; había producido entonces, y mucho más después, una floración abundante, y hoy lleva los bastantes años de experiencia para haber adquirido en la práctica consideración y conformación bastante concretas, y para haber demostrado su utilidad a la vida mercantil sin producir mayor número de quiebras y conflictos que cualquiera de las otras tres formas sociales reguladas por el Código».

En el sentido de defender la legalidad de la sociedad de responsabilidad limitada en España tenemos, por ejemplo, la Sentencia de 4 de abril de 1921, que consagra la libertad de formas al decir: «no son de estimar las infracciones de los artículos del Código de Comercio citados en el primer motivo, porque, según el artículo 117 del mismo, el contrato de Compañía mercantil es válido cualquiera que sea la forma en que se celebre, no siendo la escritura pública ni su inscripción en el Registro condiciones esenciales para la existencia del contrato ni para que éste produzca efectos entre los contratantes, y sí sólo formalidades legales encaminadas a salvaguardar los derechos de los terceros.

Al declarar la Sala constitutivo de mera sociedad mercantil el documento de 13 de mayo de 1912, sin expresar empero que revista el carácter de colectiva, no infringió el artículo 125 del Código de Comercio citado en el motivo segundo, toda vez que los extremos enumerados en tal artículo, si debe comprenderse en la escritura cuando la sociedad adopta la forma colectiva o la comanditaria, según el artículo 145, no lo exige, en cambio, el Código cuando adopta alguna otra forma en virtud del principio de libre contratación, cuya doctrina se deriva del artículo 122, que al establecer que, por regla general, las Compañías mercantiles se constituirán adoptando la forma colectiva, comanditaria o anónima, autoriza que por excepción pueden adoptar cualquier forma diferente de esas tres, reguladas especialmente en el Código.»

En realidad, hoy ya tal problema no se plantea, pues al amparo del amplio principio del artículo 122 se reconoce esta forma societaria y, además, se han impuesto totalmente las necesidades de la práctica. No obstante, es de notar que la Resolución de la Dirección General de Registros de 11 de agosto de 1943 recoge el último argumento de ROCES de los más arriba citados, en la forma siguien-

te: «Las sociedades de responsabilidad limitada que mencionan el artículo 108 del Reglamento del Registro Mercantil y el artículo 2 de la Ley reguladora de la Contribución sobre Utilidades, carecen de organización legal y funcionan al amparo del criterio de libertad que, con mayor o menor fundamento, pretende inferirse del artículo 117 del Código de Comercio, por absoluta falta de garantías y con posibilidad de eludir, por una parte, los preceptos formales de las sociedades anónimas, y, por otra, las normas sobre responsabilidad aplicables a las colectivas.» Mas añade el considerando segundo de la misma Resolución: «Esta nueva forma social constituye, no obstante lo consignado, una realidad del comercio, de la práctica notarial y de la jurisprudencia de los Tribunales, y tiene el antecedente en el Derecho patrio de que uno de los proyectos de reforma del Código de Comercio, elaborado por la Comisión general de Codificación, las regulaba...»

II. El tema de la *naturaleza jurídica* de esta sociedad es, sin embargo, el fundamental. El problema, en síntesis, es si la sociedad mencionada es de carácter personalista o capitalista. La tendencia latina es regular esta sociedad como una sociedad personalista, a la que se aplica el principio de responsabilidad limitada; la germánica es regularla como una variante de las sociedades capitalistas.

En nuestro Derecho, a falta de disposiciones legales, es preciso acudir a las Sentencias y Resoluciones para fijar posición en torno a este problema; y hay soluciones divergentes:

A) La Resolución de 11 de agosto de 1943, más arriba citada, trata de aproximar la sociedad de responsabilidad limitada al tipo capitalista, al declarar: «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...» La legislación tributaria, por otra parte, equipara las sociedades limitadas a las anónimas.

B) El Tribunal Supremo ha tendido, por el contrario, a delimitarla como una sociedad personalista:

Así dice la Sentencia de 5 de julio de 1940 en su considerando cuarto. «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 Sentencia 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 unas adaptables a la forma especial de la presente.»

Más claramente manifiesta la Sentencia de 5 de julio de 1941 en su considerando último:

«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.» Y añade: «No estando regulada ni prevista en nuestro Derecho patrio la creación de la asamblea general, como órgano directivo supremo de la Compañía de responsabilidad limitada, que aproximaría un tanto el régimen de administración de ésta al de la sociedad anónima, parecen ser de más claro encaje y adaptación al caso del litigio las disposiciones que reglamentan la sociedad colectiva, siendo muy de notar que la propia parte actora, y hoy recurrente, fundó su demanda, y funda también ahora su recurso en preceptos concernientes a este último tipo de sociedades, basados en el *intuitus personarum*.»

Finalmente, dice la Sentencia de 18 de febrero de 1948 en su

considerando cuarto: «Ante la falta de reglamentación específica en el Código Mercantil de la sociedad de responsabilidad limitada, se la asimila, en términos generales, al régimen de las sociedades personalistas, colectiva y comanditaria, al amparo del criterio de autonomía de la voluntad que se infiere de los artículos 117 y 122 del Código en relación con el 108 del Reglamento del Registro Mercantil (20 septiembre 1919), salvo esencialmente lo previsto en los artículos 127 y 148 respecto de la ilimitada responsabilidad de los socios colectivos.»

C) Las Resoluciones de la Dirección General de los Registros han solido destacar el carácter intermedio de esta sociedad entre las de personas y las de capitales.

Así la Resolución de 14 de julio de 1933 dice en su considerando primero: «Que las dificultades que se presentan en el moderno Derecho mercantil para precisar la naturaleza jurídica de las sociedades de responsabilidad limitada —que coinciden en sus principios con las sociedades por acciones, en cuanto en ellas se limita la responsabilidad de los asociados a una cantidad previamente determinada, y de otra parte con las sociedades de tipo personal, en cuanto fueron creadas para satisfacer necesidades de la pequeña industria, sin subordinarse a la anónima— se agudizan en nuestro Derecho por la falta de una reglamentación específica de las mismas entidades, que sirviera de criterio para resolver los problemas que plantea el gran desenvolvimiento logrado por una nueva categoría social.»

Y la de 15 de enero de 1945 dice en su considerando primero: «Las sociedades de responsabilidad limitada, admitidas en el régimen jurídico español por una costumbre notarial, en algunos casos de tan atrevidos vuelos que quizá en lo futuro pueda dar origen a intervenciones legislativas, se encuentran centradas entre las sociedades colectivas, las compañías anónimas y las cuentas en participación, de las cuales toman elementos diversos más o menos compatibles con la armonía del conjunto.»

Con más claridad se expresa la Resolución de 21 de marzo de 1947, al decir: «Las Compañías de responsabilidad limitada, incorporadas a la vida comercial española por una extensa práctica notarial, acomodada al principio de la libertad en la formación de Compañías mercantiles, consignado en el artículo 117 del Código de Comer-

cio, son, como ha declarado reiteradamente este Centro directivo, una figura intermedia entre las sociedades colectivas y las anónimas, y dada la carencia en nuestra Patria de una reglamentación específica, sin otra norma que la genérica de su reconocimiento, contenida en el artículo 108 del Reglamento del Registro Mercantil, no se estima procedente dificultar su inscripción y funcionamiento, sometiéndolas, en absoluto, a los preceptos reguladores de las Compañías de responsabilidad ilimitada, ni se juzga oportuno decidir ni llenar en el reducido ámbito de un recurso gubernativo algunas interesantes dudas y lagunas, misión propia de la actuación legislativa.»

Finalmente, dice la Resolución de 3 de junio de 1948 en su considerando primero: «La carencia en nuestro Derecho de una regulación específica de las sociedades de responsabilidad limitada, así como el hecho de su reconocimiento como Compañías de tipo intermedio entre las personalistas y las de capitales, han permitido que la práctica notarial recoja principios propios de ambas clases de sociedades, para configurar aquéllas, con mayor o menor predominio de una u otra tendencia, pero sin adscribirlas a ninguno de los dos grupos, según reiteradamente ha declarado este Centro directivo.»

La configuración dominante de la sociedad de responsabilidad limitada desde el punto de vista de su naturaleza jurídica es la última citada, como tipo intermedio entre las sociedades personalistas y las de capitales; y ello en forma tal que ha obligado a plantear un tema que parecía resuelto en el Reglamento de Registro Mercantil: el del nombre de las sociedades de responsabilidad limitada.

Las sociedades personalistas suelen adoptar una razón social y las capitalistas una denominación social. La expresión razón social es derivada de la italiana *per ragione sociale*, y era empleada por los que contrataban a nombre de la sociedad para poner de relieve que lo hacían por cuenta de ella (H. SALVADOR BULLÓN, ob. cit., página 49). Se pone, pues, de relieve la personalidad de quien contrata a nombre de la sociedad. La denominación social, por el contrario, no se forma con nombres de los socios, sino que «será adecuada al objeto u objetos de la especulación que hubiere elegido» (artículo 152, párrafo primero del Código de Comercio); es, pues, de carácter objetivo.

Según el artículo 108 del Reglamento de Registro, las sociedades

de responsabilidad limitada son «sociedades de responsabilidad limitada y *razón social*» (párrafo primero); 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».

Parece, pues, que no es posible que tengan denominación social. Sin embargo, la Dirección General de Registros en varias Resoluciones ha puesto de relieve la posibilidad de adoptar en estas sociedades tanto la razón social como la denominación social.

Es indudable que favoreció tal tendencia la Resolución ya citada de 11 de agosto de 1943, que asimiló estas sociedades a las capitalistas.

Más concretamente dice la Resolución de 15 de enero de 1945 que las sociedades de responsabilidad limitada «adoptan con frecuencia una razón social de tipo personalista y, a veces, una denominación de carácter objetivo, por cuyo motivo no cabe poner en duda la justificación y suficiencia de la discutida designación... que más bien se aproxima al modelo personalista que al modo de identificar las sociedades anónimas, sobre todo si se tiene en cuenta que los nombres y características civiles de las personas que la constituyen han de figurar en el Registro Mercantil, y que la posible existencia de otros hermanos de los socios o los efectos de una competencia desleal, si se produjera, no deben ser ventilados en un recurso de alcance tan limitado como el presente».

Y afirma la Resolución de 12 de diciembre de 1945: «Cualesquiera que sean las dificultades con que se tropieza en el Derecho español para regular la sociedad de responsabilidad limitada, y sin necesidad de resolver el problema de sus orígenes y analogías, es indudable que la llamada razón social de la misma parece más bien denominación de la Compañía, porque a ninguno de los socios en ella incluídos se les puede exigir responsabilidad superior a la cuantía de su respectiva aportación ni les es aplicable el artículo 147 del Código Mercantil, ni se les autoriza para firmar como no sea con el aditamento de «Compañía de responsabilidad limitada».

Con toda extensión aborda el tema la Resolución de 10 de mayo de 1946, que declara en sus considerandos tercero al sexto:

«Que la razón social de las Compañías constituye el medio de individualizarlas y denominarlas frente a los terceros y al público en general, cuya justificación debe buscarse en análogos fundamentos a los que determinan la necesidad del nombre en la persona natural, y si bien nuestro Código de Comercio, en armonía con las leyes comerciales de otras naciones, señala al enumerar los requisitos propios de las diversas formas de Compañías reconocidas por el artículo 122, la razón social, como necesaria en la escritura de constitución de las regulares colectivas y comanditarias y por otra parte una mera denominación de las Compañías anónimas adecuada al objeto u objetos de especulación escogido, lo hace sobre todo porque en aquellas empresas en las que los socios o una parte de ellos responden ilimitadamente de las obligaciones sociales, debe publicarse quiénes sean las personas sometidas a tales vínculos, mientras que, en aquellas otras Compañías en las que no resulta afectado del mismo modo el patrimonio personal de los socios, es decir, en las sociedades anónimas, la Ley se limita a prescribir una especial denominación, siempre que ésta no sea idéntica a la de otra Compañía preexistente.

»Que el Derecho extranjero se inclina a reconocer las Compañías limitadas como un tipo intermedio entre las sociedades colectivas y las anónimas, y autoriza a los fundadores para que opten entre una denominación objetiva o una razón social integrada por los nombres de todos los socios o de parte de ellos, y aun consiente el que puedan combinar ambos sistemas, con prohibición en todo caso de incluir en la razón social a personas extrañas a la empresa.

»Que entre los antecedentes y trabajos de índole legislativa de nuestra Patria relativos a las limitadas pueden mencionarse el Proyecto elaborado por el señor ROIG Y BERGADA, cuyo artículo noveno afirma que adoptarán una denominación adecuada al objeto de la especulación que hubiesen elegido o una razón social formada con el nombre de uno o varios de sus socios, y el Anteproyecto de reforma del Código de Comercio, redactado por la Comisión general de Codificación, el cual declara en el artículo 65, apartado 6.º, que será uno de los requisitos de la escritura de constitución la razón social, a la que podrá añadirse la denominación que los socios convengan y que deberán ir inmediatamente seguidas por las palabras «Compañía de responsabilidad limitada», que se consiguarán de

modo visible y sin abreviaturas, en toda clase de publicaciones y documentos.

»Que, en consecuencia de todo lo expuesto, afirmada la ausencia de una reglamentación específica de las sociedades limitadas en nuestro Derecho, no se estima conveniente imponer con carácter absoluto a las mismas la necesidad de una razón social, porque ello, primero, equivaldría a adscribir el tipo de sociedades expresado a las sociedades personalistas con todas las consecuencias inherentes y a desconocer que aquéllas constituyen una figura intermedia entre las sociedades colectivas, las compañías anónimas y las mismas cuentas en participación de las que toman elementos diversos y, segundo, porque contrariaría las orientaciones advertidas en las legislaciones extranjeras y patria, sin otra base que la declaración contenida en el artículo 108 del vigente Reglamento del Registro Mercantil.»

Finalmente, la Resolución de 3 de junio de 1948 establece la siguiente doctrina :

«Que la carencia en nuestro Derecho de una regulación específica de las sociedades de responsabilidad limitada, así como el hecho de su reconocimiento como compañías de tipo intermedio entre las personalistas y las de capitales, han permitido que la práctica notarial recoja principios propios de ambas clases de sociedades para configurar aquéllas, con mayor o menor predominio de una u otra tendencia, pero sin adscribirlas a ninguno de los dos grupos, según reiteradamente ha declarado este Centro directivo, lo cual impide que se exija inexcusablemente una razón social sin más base para ello que la indicación contenida en el artículo 108 del Reglamento del Registro Mercantil (20 septiembre 1919), precepto que, apoyado en los artículos 117 y 122 del Código de Comercio, consintió la constitución y desarrollo de las sociedades limitadas, si bien su concepto, naturaleza, caracteres y fines, no pueden ser fijados en el reducido ámbito de un recurso gubernativo, sino que deberán ser determinados por disposiciones legislativas.

Que si en las legislaciones extranjeras podían señalarse para las sociedades de responsabilidad limitada dos sistemas principales de organización : el germánico, inspirado en la analogía con las sociedades de capitales, y el latino, que las asemeja a las personalistas, en la actualidad esta diferencia tiende a desaparecer según se observa en el libro V, título V, capítulo VII del Código civil italiano



de 1942, que se aproxima a los modelos anglosajones, y requiere en sus artículos 2.473 y 2.475 una denominación y no una razón social para las limitadas, lo cual revela que estas sociedades desempeñan también la función realizada por las anónimas de pequeño capital y no están vinculadas necesariamente a grupos familiares o de reducido número de socios.

Que aun cuando sería aconsejable que la denominación empleada fuera menos vulgar y más concreta, y adecuada al objeto u objetos de la misma, para evitar que por su vaguedad e imprecisión no pueda dar clara idea del negocio a que dedica su actividad social, ello no parece justificar los temores expuestos por el Registrador, ni respecto a que se dé lugar a una competencia ilícita que los directamente interesados podrían prevenir por los medios más idóneos para la defensa de sus derechos o acogiéndose al régimen del Registro de la Propiedad Industrial, ni en cuanto a su responsabilidad personal, aparte de que tales peligros tampoco podrían evitarse con exigir una razón social, porque no existe un Registro para las sociedades limitadas análogo al establecido para las anónimas.»

\* \* \*

La aludida configuración de las sociedades de responsabilidad limitada como tipo intermedio entre las personalistas y las capitalistas concuerda fielmente con las tendencias doctrinales más autorizadas.

Dice en tal sentido PONSÁ GIL que «en nuestro Derecho, más que en ningún otro, las sociedades limitadas deben considerarse como sociedades de personas para apreciar su organización interna, pues si se trataran solamente de una variedad de la anónima, no tendría razón de ser su reconocimiento, ya que en nuestra legislación apenas existen limitaciones a la organización y desenvolvimiento de las sociedades anónimas». («Sociedades civiles, mercantiles, cooperativas y de seguros», tomo I, pág. 234.)

Según RIVAROLA («Sociedades comerciales», Buenos Aires, 1943, páginas 151-2), la sociedad de responsabilidad limitada es una forma intermedia entre la sociedad colectiva y la sociedad anónima; pero no se puede afirmar que, además de intermedia, sea equidistante, pues si hubiera de expresarse gráficamente la idea, podrían

representarse por dos líneas rectas paralelas las colectivas y las anónimas, en tanto que la sociedad de responsabilidad limitada tendría que ser una línea ondulada que corre entre ambas, aproximándose unas veces a la anónima y otras a la colectiva en cada una de sus características legales y en cada uno de sus aspectos jurídicos.

Nota recientemente EIZAGA («Problemas actuales de la sociedad de responsabilidad limitada», *Revista de Derecho mercantil*, tomo II, 1946, pág. 94) que la figura de las sociedades de responsabilidad limitada gira en una nebulosa, ya que a falta de una regulación positiva española, su concepto pretende determinarse por clasificación tan extrajurídica y vaga como la de sociedad de capitales y de personas.

Dice, finalmente, WIELAND («La sociedad de responsabilidad limitada», *Revista de Derecho Privado*, 1932, pág. 241) que la sociedad de responsabilidad limitada no es un conjunto orgánico que una en sí armónicamente sus partes integrantes, como las formaciones consuetudinarias de la vida jurídica, aún no extinguidas en nuestro tiempo, y que no adaptándose obligatoriamente a las estrechas mallas de una ley, sino a las necesidades o exigencias que las llamaron a la vida, pueden, antes de recibir del legislador su forma definitiva, recapacitar sobre una larga experiencia en la aplicación práctica. La sociedad de responsabilidad limitada se presenta más bien como una formación mosaica, cuyas partes, reunidas artificialmente, no siempre están de acuerdo unas con otras.

De esta mezcla de elementos derivan dos principios fundamentales que nuestra jurisprudencia ha cuidado de destacar :

a) Fijeza del capital. Si los socios no responden frente a terceros con su patrimonio privado, sino con las aportaciones que han puesto o se han obligado a poner en la sociedad, el capital ha de ser una cifra fijada exactamente de antemano, como cifra de responsabilidad, en forma semejante a la sociedad anónima.

Así dice 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 li-

mitadas 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, según el cual las cien mil pesetas «parte del capital imputado a cada socio será desembolsado en metálico en los plazos, cuantía y condiciones que acuerde la junta de sus componentes», es insuficiente, porque, aunque no se estime incurso 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 que 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».

Y aún es más riguroso el criterio de la Sentencia del Tribunal Supremo de 4 de febrero de 1929 cuando dice 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».

b) Como herencia de la *private company*, la sociedad de responsabilidad limitada conserva como fundamental el carácter de la restricción del derecho de transferir las participaciones sociales; y aun su total intransmisibilidad en las primeras fases de su vida.

Así dice la Resolución de 14 de julio de 1933 en su último considerando que «el derecho de los socios en las Compañías de responsabilidad limitada para ceder su participación social ha de reglamentarse, no como un derecho absoluto y cuya circulación en el mercado deba favorecerse, sino como una facultad limitada por la ley o por el pacto social, pues se trata de una característica privativa de estas sociedades frente a las anónimas, en razón de la mutua confianza y de la relación familiar que muchas veces une a los ele-

mentos que las forman; por lo que, mientras subsista la actual ausencia de normas en nuestra legislación sobre este respecto, y en defecto de pacto expreso entre las partes, parece justo estimar precisa la aprobación de todos o de la mayor parte de los socios para estas enajenaciones de cuota social, por ser criterio vigente en nuestro Derecho común estar admitido por la generalidad de los escritores de Derecho mercantil, y sancionado, además, de manera unánime por la legislación extranjera».

Y con más rigor dice la Sentencia del Tribunal Supremo de 4 de febrero de 1929: «Las participaciones de capital social no podrán estar representadas por ninguna clase de títulos separados o independientes de la escritura de constitución, no pudiendo ser cedidas a personas extrañas a la sociedad hasta transcurrido el plazo legal que en las mismas se determine.»

### CONCLUSIÓN

Hemos estudiado algunos de los temas fundamentales para la configuración de la sociedad de responsabilidad limitada en nuestro Derecho.

Tal sociedad es indudablemente hoy legal; la escritura pública para su constitución se sujeta a la técnica notarial y es legal en virtud del amplio principio de libertad del artículo 121 del Código de Comercio y de la locución «por regla general» del artículo 122 del mismo texto legal, que parece autorizar como casos particulares otras formas que las allí delimitadas; la libertad de contratación la ha puesto, además, de relieve el Tribunal Supremo en la Sentencia más arriba aludida de 4 de abril de 1921. La inscripción de tal sociedad en el Registro Mercantil puede hacerse al amparo del artículo 108 del Reglamento. Y, por tanto, la sociedad de responsabilidad limitada puede constituirse legalmente según el artículo 119 del Código de Comercio, y tendrá personalidad jurídica (art. 116, párrafo segundo).

El tema de la naturaleza jurídica es trabajoso como siempre que se trata de encuadrar la realidad en marcos trazados de antemano; pues, aunque dice WIELAND que la sociedad limitada es una creación consciente del legislador, ello no es cierto en nuestro ordena-

miento jurídico, en que ha surgido por las necesidades prácticas, sin que aún haya sido regulada en la legislación comercial y sí sólo en la tributaria. Este carácter consuetudinario, este nacimiento de la práctica, presta al tipo social que estudiamos toda la nebulosidad propia de los fenómenos de esta índole, en que la ley actúa *a posteriori*.

Por ello, no puede decirse que la sociedad limitada española, la que ha tomado carta de naturaleza a través de la práctica notarial, de la registral y de las Resoluciones de la Dirección General de Registros fundamentalmente, quepa en los estrechos moldes de las sociedades de personas o de las de capitales; es un *tertium genus*, una figura *sui generis*.

Trátase de una institución cuya idea generatriz tal vez sea fundamentalmente negativa, de fuga ante la legalidad: y así huye de la ilimitación de responsabilidad de la colectiva y de las complicaciones de la anónima, sobre todo si esta sociedad llega a reglamentarse con alguna minuciosidad.

Y, sin embargo, pese a la peligrosidad que parece inherente a esta figura, que es fuga ante la legalidad y trata de aprovechar los resquicios de nuestra descuidada legislación, acampando en el terreno de nadie, tiene sus rasgos y su configuración propia, derivados sobre todo de la finalidad económica que trata de lograr, agrupar con formas mercantiles y limitación de responsabilidad a personas unidas muchas veces por vínculos familiares y que se asocian para un pequeño negocio al que resulta pesado y costoso el democrático bicameralismo de la anónima, que no le es necesario y le hace dar «la impresión ridícula de un niño vestido de coracero», como notó ya VIVANTE.

Además, la peligrosidad que parece derivar de su fuga ante la legalidad y de su falta de regulación en nuestro Código ha desaparecido por las Resoluciones, que la han obligado a fijar netamente su capital, por lo que de sociedad de capitales tiene, y aun a realizar totalmente las aportaciones en la fase de constitución con la valoración consiguiente de las no dinerarias (Sentencia de 4 de febrero de 1929) y a unirse en apretado haz de personas (consideradas *per se*, no por lo aportado), sin que quepa la materialización de las participaciones en títulos fácilmente transmisibles, sino que tal transmisión se limita extraordinariamente.

Con ello, en nuestro Derecho vigente, ofrece la sociedad de responsabilidad limitada probablemente mayores garantías que la anónima (sin intervenciones en la fase de constitución y en que las suscripciones, desembolsos y valoraciones pueden ser ficticios) y que la sociedad colectiva, en que la responsabilidad ilimitada se limita a la posibilidad de acudir al patrimonio de los socios para embargar objetos de uso privado, muchas veces de escaso valor, y siempre con la limitación de respetar el patrimonio familiar íntimo.

Tal figura, pues, es legal en nuestro Derecho, constituye un tipo *sui géneris* y tiene mayores garantías, para los socios, que intervienen más directamente que en la anónima y no tienen las responsabilidades que en la colectiva; y para los no socios, que saben cuentan con un capital suscrito, desembolsado y valorado en la fase de constitución, frente a las impresiones del patrimonio real de la anónima y del social y privado de los socios en la colectiva.

HILARIO SALVADOR BULLÓN

Catedrático.

Doctor en Derecho. Profesor Mercantil.

PABLO SALVADOR BULLÓN

Catedrático

Ex Profesor Mercantil al Servicio  
de la Hacienda Pública Actuario  
de Seguros.

## Jurisprudencia de la Dirección general de los Registros y del Notariado

FUERO DE VIZCAYA.—¿LA MITAD INDIVISA DE FINCA OBJETO DE COMUNICACIÓN FORAL ES ADQUIRIDA POR LOS HIJOS DEL MATRIMONIO DISUELTO EN CONDOMINIO ROMANO, POR MINISTERIO DEL FUERO, O SE REQUIERE, POR TRATARSE DE HERENCIA DEL CÓNYUGE PREMUELTO, LA UNANIMIDAD DE LOS INTERESADOS EN LA PARTICIÓN DE BIENES PARA PODER INSCRIBIR A SU FAVOR CUOTAS INDIVISAS DE LOS MISMOS, CONFORME AL ARTÍCULO 83 DEL REGLAMENTO HIPOTECARIO?

*Resolución de 13 de junio de 1950. (B. O. de 24 de agosto.)*

Don J. A. G. falleció intestado el 6 de noviembre de 1934, en estado de casado con doña M. I. A. En virtud de auto dictado por el Juez de Primera Instancia de Guernica fueron declarados herederos abintestado del finado, por partes iguales, sus cuatro hijos don J. L., don J., don F. y don D. A. e I., salvo en la parte comunicada a su esposa y madre de éstos, doña M. I. A. Por escritura otorgada ante el Notario de Guernica, don Sebastián de Gabiola y Milicúa, el 28 de diciembre de 1946, doña M. I. y sus tres hijos, don J. L., don J. y don D., éste de diecinueve años de edad, emancipado por concesión materna, y los otros dos mayores de edad, manifestaron que al consorcio conyugal pertenecía una casería llamada «Munurrutu» o «Munurrutu-erdicúa», sita en Ibarruri, con sus pertenencias y agregados, adquirida por compra hecha por el marido; y disuelto con hijos el matrimonio referido y por ser aplicables a ambos cónyuges

las disposiciones del Fuero de Vizcaya, se había operado la comunicación de bienes que establece la Ley primera del título XX, por lo que correspondía la mitad indivisa de la casería a la viuda, por título de comunicación foral, y la otra mitad indivisa a sus cuatro hijos, por herencia paterna. En el título se contienen las siguientes estipulaciones: «Primera. Doña M. I. y sus hijos, don J. L., don D. y don J., manifiestan la finca descrita como único bien integrante del haber de la disuelta sociedad conyugal de doña M. I. con el finado don J. A. G. Segunda. Doña M. I. se adjudica por título de comunicación foral la mitad indivisa de la referida finca, y solicita que tal participación se inscriba a su nombre en el Registro de la Propiedad de Durango. Tercera. Don J. L., don D. y don J. A. I., aceptan pura y simplemente la herencia causada por su padre, y a título de herederos del mismo se adjudican la cada cuarta parte de la restante mitad indivisa de la referida finca, solicitando del señor Registrador de la Propiedad de Durango que así lo haga constar mediante la extensión de los asientos oportunos. Cuarta. Don J. y don D. A. I. ceden a su hermano don J. L. A. I., la participación que a cada cedente le corresponde en la herencia intestada de su difunto padre, don J. A. G.» ; y doña M. dona a don J. L. A. la mitad indivisa de la casería que anteriormente le ha sido adjudicada.

Presentada primera copia de la escritura, en unión de los documentos complementarios correspondientes en el Registro de la Propiedad de Durango, causó la siguiente nota: «Inscrito el precedente documento en cuanto a la mitad indivisa de la finca adquirida por la viuda, doña M. I. A., por comunicación foral y donada al hijo don J. L. A. I., y suspendida la inscripción en cuanto a la otra mitad indivisa de la finca que corresponde a la herencia del causante, por el defecto, al parecer subsanable, de no concurrir al otorgamiento de la escritura el heredero don F. A. I., contra lo dispuesto en el artículo 83 del Reglamento Hipotecario.»

Interpuesto recurso por el Notario autorizante de la escritura, la Dirección confirma el auto del Presidente de la Audiencia, que ratificó en todas sus partes la nota del Registrador, mediante la brillante doctrina siguiente:

Que del texto de las leyes números 96 y 117 del Fuero Viejo de Vizcaya de 1452, de los términos en que están redactadas las leyes 2.ª, 4.ª, 7.ª y 9.ª, título XX, y 6.ª del título XXI del Fuero vigente de



1527, de las opiniones de los más autorizados tratadistas forales, de lo propuesto en 10 de febrero de 1900 por la Comisión redactora de los artículos 76 a 85 del Proyecto de Apéndice Foral de Vizcaya y Alava y de la Sentencia del Tribunal Supremo de 28 de junio de 1918, se deduce que la comunicación de bienes impuesta por la ley 1.ª, título XX del referido Fuero vigente queda establecida desde el momento en que se contrae el matrimonio y surte determinados efectos mientras no se disuelva, aun cuando su naturaleza sea muy discutida, porque si la mera administración de los bienes comunicados corresponde al marido y algunas facultades de disposición exigen la gestión conjunta de ambos cónyuges, características que la aproximan a la comunidad germánica o en mano común, otras, como la atribución de cuota determinada a cada cónyuge, con facultad de disposición por actos *inter vivos* o *mortis causa*, a favor de los hijos habidos de consuno, y la imposibilidad de que las deudas del marido se hagan efectivas «en la otra meytad de su mujer», parece situarla en el campo del condominio romano.

Que la comunidad queda extinguida cuando el matrimonio se disuelve sin hijos o descendientes; que en obligado acatamiento al principio de moncalidad, el cónyuge viudo, en ciertos supuestos, vendrá obligado a reservar a los parientes tronqueros la mitad de los bienes raíces procedentes de su consorte; y que se impone a la mujer comunera «la prohibición de enajenar» si el marido vendiese o perdiese su mitad, infiriéndose de todo ello que la comunicación foral está tan condicionada y sujeta a reglas propias, que constituye una institución original, de indudable arraigo en el régimen de la propiedad familiar de la tierra llana o de infanzonado, y con contornos imprecisos y borrosos.

Que una vez disuelto el matrimonio, con hijos y descendientes legítimos, la comunicación establecida entre marido y mujer —«aunque el marido haya muchos bienes y la mujer no nada»— continúa entre el cónyuge viudo, de una parte, y de la otra los hijos legítimos o descendientes, según interpretación unánime de la doctrina al comentar la citada ley 1.ª del título XX, recogida en el artículo 93 del Proyecto de Apéndice foral, de acuerdo con la norma consuetudinaria foral, que procura mantener la indivisión del patrimonio familiar hasta el fallecimiento del cónyuge supérstite, más indicada en casos de abintestado.

Que esta comunicación de bienes entre el cónyuge viudo y los hijos supone algo más que un simple cambio en la cotitularidad existente durante el matrimonio, pues afecta a la esencia de la comunicación, la cual despliega todos sus efectos, liberada en general de trabas y condiciones, una vez que, por ministerio del Fuero, la mitad de los bienes pertenece a cónyuge supérstite y la otra mitad a los hijos, sin que sea necesario liquidar la sociedad conyugal, según reconocen las Resoluciones de este Centro Directivo de 28 de abril de 1890 y 15 de septiembre de 1891, en las cuales se requiere el cumplimiento de lo prevenido en el artículo 20 de la Ley Hipotecaria, pero ello no implica que puedan inscribirse los actos dispositivos realizados por alguno de los comuneros sobre participaciones concretas en finca determinada, ni obsta a la posibilidad de anotar el derecho hereditario *in abstracto* o inscribir los actos dispositivos realizados por todos los condominos.

Que como los preceptos del Código Civil concuerdan en este caso con lo dispuesto en la ley 8.<sup>a</sup> del título XXI del Fuero vigente, respecto del orden de suceder abintestado en bienes raíces y muebles, si se relacionan con la ley 1.<sup>a</sup> del título XX y doctrina anteriormente expuesta, se obtienen las siguientes deducciones: 1.<sup>a</sup> Que por existir comunicación foral constante en el matrimonio, corresponde al cónyuge fallecido, con más o menos limitaciones, la mitad indivisa de los bienes comunicados, de los que podrá haber dispuesto, por actos *inter vivos* o *mortis causa*, en favor de uno de sus hijos legítimos o descendientes (ley 11 del título XX), lo cual demuestra que los bienes se encontraban ya en el patrimonio del transferente al tiempo del fallecimiento. 2.<sup>a</sup> Que si el cónyuge muriese intestado, los hijos legítimos heredarán, por ministerio de la Ley, por partes iguales, la mitad de los bienes comunicados y de las conquistas y mejoramientos. 3.<sup>a</sup> Que no puede presumirse ni aceptarse que cuando el causante disponga, por testamento, de su mitad de bienes comunicados, el derecho de los adquirentes constituya un título hereditario, y que cuando la transmisión se verifique abintestato, se altere la naturaleza del derecho. 4.<sup>a</sup> Que aunque la mitad indivisa de los bienes comunicados la adquieran los hijos automáticamente, por ministerio del Fuero, esta adquisición inmediata, similar a la *adquisitio per universitatem* de los derechos alemán y suizo, no alteraría la naturaleza del derecho transmitido ni haría

necesaria la aceptación expresa o tácita de la herencia, requisito indispensable en la *sucessio romana*, inspiradora de los regímenes imperantes en los Códigos latinos; y 5.ª Que esto se halla en armonía con el artículo 293 del Proyecto de Apéndice foral vizcaíno, según el cual continuará la comunicación foral «entre el cónyuge viudo, de una parte, y de otra, los hijos y descendientes *que sean herederos del premuerto*», cualidad exigida ya fallezca testado o intestado.

Por último, que la escritura adolece de oscuridad y cierta contradicción, puesto que los tres hijos comparecientes se adjudican cada uno la cuarta parte de la mitad indivisa de la finca, y seguidamente dos de ellos ceden a su otro hermano «la participación que a cada uno le corresponde en la herencia intestada de su difunto padre», lo que, unido a la circunstancia de no haber comparecido uno de los coherederos, pone de relieve la inobservancia de lo dispuesto en el artículo 83 del vigente Reglamento Hipotecario, y la imposibilidad legal de que se practique la inscripción del derecho hereditario, que, de conformidad con el artículo 46 de la Ley Hipotecaria, sólo puede ser objeto de anotación preventiva.

Al discutirse el Proyecto de Apéndice para Vizcaya, ya uno de los miembros de la Comisión, el señor Balparda, calificó de desentrañable el contenido de las leyes del Fuero vigente sobre este problema de la comunicación.

Y no es de extrañar que así se expresara, pues, como escribe el señor Jado y Ventades (*Derecho Civil de Vizcaya*), si bien hay en el Fuero una ley que establece, de modo expreso, que disuelto el matrimonio con hijos o descendientes, sean comunes a medias entre éstos y el padre o madre sobreviviente todos los bienes del matrimonio, no hay ninguna que diga, en términos claros y precisos, que la comunidad tiene lugar desde que se celebra el matrimonio, como así lo disponía el Fuero Viejo.

El primer punto, por tanto, que aclara la precedente Resolución, es este del momento en que la comunicación queda establecida, al expresar en el primero de los considerandos copiados ser desde que se contrae el matrimonio, si bien con determinados efectos o mejor condiciones, en particular con la resolutoria de la falta de descendencia al disolverse el matrimonio.

¿Pero cuál es la naturaleza jurídica de esta institución? Plaza, Veriztain y Lunitana, sostuvieron que, disuelto el matrimonio con

hijos, el cónyuge viudo adquiere la mitad de todos los bienes en plena propiedad, a pesar de la troncalidad y derechos de los tronqueros. Galarza, por el contrario, opinaba que la comunicación foral no es el condominio, pues con éste se infringía la troncalidad, que debe prevalecer sobre la comunicación. Para don Ciríaco de Granda, habida cuenta el silencio del Fuero y la intención de sus redactores deducida de las palabras «hermandad y compañía», empleadas en aquél, la comunicación no es sino una «sociedad universal de ganancias» entre marido y mujer durante el matrimonio, y disuelto éste entre el cónyuge sobreviviente y sus hijos. Según Jado y Ventales, la comunicación legal del Fuero —y la llama así porque es la ley la que la establece— no es la sociedad o compañía de ganancias ni una verdadera comunidad de bienes, aunque tenga modalidades de una y otra, más de ésta que de aquélla. Atendiendo a los precedentes legales y a la importancia que el régimen de troncalidad tiene en el Fuero de Vizcaya, puede, a su juicio, sentarse la conclusión que la comunicación, para el caso de disolverse el matrimonio con hijos o descendientes, es una institución que tiene más de comunidad que de sociedad; que es una comunidad perfecta de los bienes muebles y raíces no troncales de los cónyuges, y una comunidad imperfecta de las raíces troncales que sólo pueden comunicarse a calidad de que vuelvan al tronco.

Es por todo ello por lo que nuestro Ilustrado Centro la califica de institución original, de contornos imprecisos y borrosos, queriéndola aproximar —con tendencia, a nuestro juicio, más moderna y exacta—, a la comunidad germánica o en mano común.

Ahora bien, de las ideas expuestas, en particular por Jado y Ventales, que estimamos como más fundadas y razonables, se desprende que esa *comunidad perfecta* para ciertos bienes —los muebles y raíces no troncales— e *imperfecta* respecto a otros —los raíces troncales—, que es la comunicación foral, parece reclamar una liquidación o discriminación, si se prefiere, pero que en fin de cuentas será lo mismo, lo que no se conforma con lo afirmado ahora por nuestro Centro ratificando anteriores Resoluciones.

Finalmente, si la comunicación nace al contraerse el matrimonio, aunque sujeta a la condición resolutoria de que al disolverse el mismo haya hijos o descendientes, bien podemos afirmar que la misma está ideada por y para los cónyuges, con derivaciones, incluso transmisivas, de continuidad entre el sobreviviente y descendientes. Si a

esto agregamos lo que con gran acierto adujo el Registrador de que conforme a la ley 11 del título XX el cónyuge fallecido podrá haber dispuesto de la mitad indivisa de los bienes comunicada por actos *inter vivos* o *mortis causa* en favor de uno de sus hijos o descendientes, con exclusión de los demás, ello demuestra —como dice el penúltimo considerando— que los bienes se encontraban ya en el patrimonio del transferente al tiempo de su fallecimiento, siendo, por tanto, indefectible y correcta la aplicación al caso del artículo 83 del vigente Reglamento Hipotecario, como exigió el funcionario calificador.

## REGISTRO MERCANTIL

SOCIEDAD DE RESPONSABILIDAD LIMITADA. ESTAS COMPAÑÍAS SON UNA FIGURA INTERMEDIA ENTRE LAS COLECTIVAS Y LAS ANÓNIMAS, POR LO QUE TENIENDO LA QUE SE CONSTITUYE EN LA ESCRITURA CALIFICADO MARCADO CARÁCTER PERSONALISTA, NO CABE REPUTAR ILÍCITA LA CONCESIÓN A UNO DE LOS SOCIOS, DIRECTOR GERENTE Y DIRECTOR TÉCNICO DE LA EMPRESA, DE DETERMINADO NÚMERO DE VOTOS ADEMÁS DE LOS QUE LE CORRESPONDEN POR SU APORTACIÓN.

EL APARTADO A) DEL ARTÍCULO 3.º DEL DECRETO-LEY DE 17 DE JULIO DE 1947, DEBE INTERPRETARSE RESTRICTIVAMENTE, DE INAPLICACIÓN, POR TANTO, A AQUELLAS EMPRESAS EN LAS QUE EL CAPITAL SOCIAL SE DIVIDA EN PARTICIPACIONES QUE NO PUEDAN ENAJENARSE MÁS QUE CON ARREGLO A DETERMINADOS REQUISITOS Y DE LAS CUALES NO SE CREAN TÍTULOS REPRESENTATIVOS.

*Resolución de 2 de agosto de 1950. (B. O. de 30 de igual mes.)*

El 9 de abril de 1949 los cónyuges don Francisco Javier Amann Martínez-Baeza y doña María del Rosario Garay Alonso y don Esteban Sala Torrents, otorgaron, ante el Notario de Santander don Rafael Bermejo Sanz, escritura de constitución de Sociedad de responsabilidad limitada en la que figuran los siguientes estatutos:

«El capital social se fija en la cantidad de dos millones doscientas cincuenta mil pesetas, cantidad suscrita y completamente desembolsada por los socios, en la siguiente forma: Don Francisco Javier Amann Martínez-Baeza, setecientas cincuenta mil pesetas; doña María del Rosario Garay Alonso, setecientas cincuenta mil pesetas; don Esteban Sala Torrents, setecientas cincuenta mil pesetas. Total, dos millones doscientas cincuenta mil pesetas. El capital social, representado por la cantidad de dos millones doscientas cincuenta mil pesetas, según lo expresado en el artículo anterior, queda dividido en dos mil doscientas cincuenta partes sociales, enteramente liberadas, que se reparten entre los socios en proporción a su aportación, o sea: A don Francisco Javier Amann, setecientas cincuenta partes sociales; a doña María del Rosario Garay, setecientas cincuenta partes sociales; a don Esteban Sala y Torrents, setecientas cincuenta partes sociales. Cada participación confiere a su propietario un derecho proporcional igual en proporción al número de las participaciones existentes, en el estado y beneficios sociales. El título de socio resultará de la escritura social de estos Estatutos o de actos ulteriores de aumento de capital o de cesión de participaciones legalmente realizados. La Sociedad estará administrada, indistintamente, por don Francisco Javier Amann y don Esteban Sala, con el carácter de Directores gerentes, cargo que ejercerán por tiempo ilimitado. Los Gerentes tendrán, según se ha dicho, con carácter solidario o indistinto, el uso de la firma social, la Dirección y Administración de la Sociedad.

Poseerán, en consecuencia, los más amplios poderes para administrar, comprar, vender, gravar, contratar, transigir, comparecer en juicio y en general realizar toda clase de actos y contratos, incluso otorgar poderes de toda naturaleza, incluso a Procuradores, sin otra excepción que los actos de enajenación o gravamen de bienes inmuebles o derechos reales, sea cual fuere su cuantía, y los demás actos y contratos cuya cuantía exceda de cincuenta mil pesetas, para los cuales se requiere el conocimiento previo de los socios y acuerdo mayoritario. Independientemente de su carácter de Director gerente, don Esteban Sala Torrents será el Director técnico de la fábrica y en consecuencia de las fábricas, talleres y demás dependencias, siendo de su exclusiva incumbencia y responsabilidad la organización y funcionamiento de aquéllos. La Junta será presidida

por uno de los Gerentes, actuando de Secretario el socio que designe la Junta. Los acuerdos se tomarán por mayoría de votos, entendiéndose que cada socio tiene tantos votos como partes sociales. No obstante, don Esteban Sala y Torrents, mientras reúna en sí la condición de socio y Director técnico, tendrá por este último concepto e independientemente de los votos que le correspondan como tal socio, setecientos cincuenta votos. Este derecho se entenderá personalísimo de don Esteban Sala y no corresponderá a otra persona que venga a sustituirle en su cargo técnico al cesar en él. Se entenderán beneficios líquidos repartibles los que resulten después de satisfacer gastos generales, reservas de todas clases, cargas sociales y amortizaciones. De tales beneficios líquidos percibirá don Esteban Sala el interés del cinco por ciento al capital aportado, y de no poderse abonar este cinco por ciento, se reducirá el beneficio a percibir por don Esteban Sala en la proporción necesaria hasta satisfacer el expresado cinco por ciento, que tendrá siempre carácter de preferente. El remanente de los beneficios se distribuirá entre todos los socios, proporcionalmente a su aportación.»

Presentada primera copia de la escritura en el Registro Mercantil de Santander, causó la siguiente nota: «Suspendida la inscripción del documento que precede, por los defectos siguientes: 1.º Conceptuar contrario a derecho la concesión de votos a un empleado como tal, en este caso el señor Director técnico, en la forma que se expresa en el artículo 13 de los Estatutos consignados en esta escritura. 2.º Y por las diferencias que establece el artículo 20 de dichos Estatutos en cuanto a la distribución de los beneficios líquidos, sin acreditarse la autorización ministerial que expresa el Decreto-ley de 17 de julio de 1947.»

Interpuesto recurso por el Notario autorizante de la escritura, la Dirección declara que ésta se halla extendida con arreglo a las formalidades y prescripciones legales, mediante la doctrina siguiente:

Respecto al primer defecto de la nota, que la libertad para la constitución y régimen de las Sociedades de responsabilidad limitada, derivada de la falta de su regulación en nuestro derecho, plantea problemas de difícil solución, si bien, conforme a la jurisprudencia que ha recogido orientaciones de la doctrina y de la práctica notarial, estas Compañías son una figura intermedia entre las colectivas y las anónimas y según predominen en ellas las características de las

primeras o de las segundas les serán aplicables, por analogía, las normas dictadas para una u otra clase de sociedades, sin perjuicio de que, en todo caso, sea de necesaria observancia lo preceptuado en el artículo 117 del Código de Comercio.

Que entre las particularidades de la Sociedad de responsabilidad limitada «Amann, Garay y Sala», «Productos Gomber», objeto de este recurso, destacan las siguientes: 1.<sup>a</sup> Número reducido de socios, en total tres, dos de ellos unidos por lazo matrimonial y cuyos derechos resultan de la escritura social, de los estatutos o de actos ulteriores de aumento de capital o de cesión de participaciones. 2.<sup>a</sup> Razón social obligatoria a la que podrá añadirse una denominación objetiva. 3.<sup>a</sup> Designación de administradores, con el carácter de Directores gerentes, a favor de dos de los socios, uno de ellos al mismo tiempo Director técnico de la fabricación y en cuyo favor, como derecho personalísimo, se altera la proporcionalidad de votos con la cuantía de las participaciones sociales y se le concede en general el veinte por ciento de los beneficios líquidos, mientras que las pérdidas son proporcionales a las cuotas del capital aportado. 4.<sup>a</sup> Prohibición a los socios de interesarse en actividades comerciales de naturaleza análoga a las de la Sociedad, sin previa autorización de los demás, y de enajenar su participación social, sin conocimiento y derecho de tanteo de los consocios; y 5.<sup>a</sup> No se crean acciones, ni títulos equivalentes, representativos del capital aportado y sólo existen participaciones sociales estatutarias.

Que configurada dicha Sociedad con marcado carácter personalista, no cabe reputar ilícita la concesión a uno de los socios, Director gerente y Director técnico de la Empresa, de determinado número de votos además de los que le corresponden por su aportación, porque la preferencia se ha establecido inicialmente en una forma clara y precisa y el principio de igualdad de trato a los socios impera, en lo esencial, en tanto no se deduzca otra cosa del régimen interno de la Compañía ya que, guardada la integridad del capital, no es legalmente forzoso que los votos sean iguales o proporcionales a las aportaciones, y que la situación de preferencia puede obedecer al deseo de mantener la igualdad, atendidas las posibles repercusiones del vínculo conyugal que liga a dos de los tres socios y, además, se subordina al desempeño del cargo de Director técnico y conservación de la cualidad de socio; aunque se advierta que los votos



plurales de mando, control o Dirección conferidos a las acciones privilegiadas en las Compañías anónimas no gozan de general simpatía en la doctrina e incluso han sido prohibidos en algunas legislaciones mercantiles modernas que han extendido tal prohibición a las aportaciones privilegiadas de las Sociedades de responsabilidad limitada.

En relación con el último defecto de la nota, que la autorización ministerial prevenida en el apartado a) del artículo tercero 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 aquéllas otras Empresas en las que el capital social se divida 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.

\* \* \*

Lo primero que advertimos en el recurso precedente, en relación, claro es, con la escritura que lo motivara, es que tanto por el Notario autorizante de la misma como por el Registrador que la calificó, se hizo caso omiso de la Resolución de 9 de marzo de 1943, que declaró no ser válidas las escrituras de constitución de Sociedades de responsabilidad limitada otorgadas entre esposos.

Con relación a esta doctrina, pocos meses después de ser dictada —en septiembre de igual año— apareció en esta Revista (puede verse su número 184) un sugestivo artículo del Notario de Valen-

cia, señor Ribelles, en el que entendía que, no obstante la misma, los cónyuges pueden pactar entre sí la constitución de toda clase de Sociedades —civiles y mercantiles—, salvo la universal, prohibida por el artículo 1.677 del Código Civil, entre las personas que no pueden otorgarse recíprocamente alguna donación o ventaja.

Hay que reconocer lo dudoso de la cuestión, y prueba de ello es otra Resolución de nuestro Centro, la de 3 de febrero de 1936, aportada con fortuna en defensa de su tesis por el señor Ribelles, permisiva en cuanto a la constitución de Sociedades colectivas entre cónyuges.

Vallet de Goytisolo, en su documentado estudio sobre «La responsabilidad personal de los socios en las Compañías de responsabilidad limitada frente a las Sociedades y frente a terceros» (*Revista de Derecho Privado*, números 388-389, julio-agosto, 1949), al poner de relieve la elasticidad, por decirlo gráficamente así, de tal responsabilidad, nos hace vacilar...

Como muy bien dice, las distintas consecuencias que dimanar de estas formas de responsabilidad son importantísimas en los supuestos de que alguno de los socios haya dejado de verificar su aportación, que haya habido plus valoración de las aportaciones no dinerarias y que se haya mermado el capital por devolución injustificada de aportaciones o por reparto de beneficios ficticios.

Es decir, que si ante el criterio de J. Garrigues, que entiende que la obligación subsidiaria de responsabilidad de los socios se contrae únicamente frente a la Sociedad y *no frente a los acreedores*, sustenta Goytisolo el más ortodoxo (pues tiene su antecedente en uno de los proyectos de reforma del Código de Comercio, elaborado por la Comisión general de Codificación, como dice la Resolución de 11 de agosto de 1943. Ver número 186, noviembre 1943, de esta REVISTA CRÍTICA) y fundado a nuestro juicio de que cada uno de aquéllos (los socios) responderá hasta el total límite de la cifra capital o de la cifra conjunta de responsabilidad, si ésta fuere mayor que aquélla, *frente a los acreedores* de la Compañía, o sea que tendrá entre ellos dicha responsabilidad carácter solidario... Fácil es deducir hasta qué extremos puede repercutir en la sociedad conyugal esta responsabilidad de los socios esposos de una limitada.

De todos modos hubiéramos visto con agrado el nuevo plantea-

miento del problema ante nuestra Dirección y contrastar la decidida orientación de ésta.

\* \* \*

Decía el Notario autorizante en su bien meditado escrito de impugnación que «entre las aportaciones de los socios y sus partes sociales había una perfecta ecuación, no existiendo partes liberadas, ni de voto plural..., sino una forma de retribución a un Director técnico». Privilegiada en verdad...

En el pulcro y claro preámbulo del Anteproyecto de Reforma de la Sociedad Anónima se lee, con relación, claro, al articulado, «que se prohíbe en el mismo expresamente que los privilegios puedan quebrantar el principio de la proporcionalidad entre el capital de la acción y el derecho de voto. A través de esta declaración se ha querido impedir que existan grupos de accionistas en condiciones de inferioridad frente a otros, en lo que al derecho de voto se refiere: ni accionistas desprovistos del derecho de voto, ni accionistas con derecho de voto restringido, ni accionistas con derecho de voto plural. Esto es, en esencia, el propósito del Anteproyecto».

No era éste, sin duda, el criterio anterior de nuestro ordenamiento jurídico. Con sobrada razón hubo de escribir don José María Ruiz Salas (*Revista de Derecho Privado*, Octubre, 1942. Número 307; «Derecho vivo de Sociedades Anónimas: acciones preferentes y de voto plural») con referencia a la Sentencia de 28 de marzo de 1936, «que la importancia de la doctrina en ella sancionada es extraordinaria, pues constituye el espaldarazo legal de la doctrina científica nacional que ampara la licitud de las acciones preferentes simples y de las de voto plural emitidas por una modificación estatutaria...» Añadiendo más adelante que también es lícita su emisión —con harta más razón— al tiempo de constituirse la Compañía.

Pero a partir de la Ley de 19 de septiembre de 1942, un criterio distinto, restrictivo, se impone, el cual viene a culminar en el Anteproyecto citado.

¿Cómo, sin embargo, nuestro Centro Directivo se muestra contrario a esta tendencia en el caso que se le plantea?

Recordando unas palabras de nuestro admirado mercantilista J. Garrigues: «En el derecho de Sociedades mercantiles, el sub-

suelo económico está más cerca de la superficie que en ningún otro sector jurídico.» («Nuevos hechos, nuevo derecho de Sociedades Anónimas»), sin olvidar tampoco que éstas, limitadas, se desenvuelven en un ámbito circunscrito y singular, al que cabe aplicar lo escrito por el malogrado Calvo Sotelo («El capitalismo contemporáneo y su evolución». Discurso inaugural del curso 1935-36, Academia Jurisprudencia), con referencia a las acciones de voto privilegiado creadas al fundarse la Sociedad: «que al quedar en manos de personas que aportan gran parte de capital y conocen el negocio, están justificadas «casi siempre»; consideramos que, como una excepción en la tónica ambiente, se ha dado franquía a la creación de estos votos plurales de la escritura debatida.

\* \* \*

Finalmente, con referencia al último defecto de la nota, nos parece loable toda interpretación que tienda a eliminar obstáculos para el normal desenvolvimiento jurídico.

Ya lo expresado por nuestro Centro en el último de sus considerandos cabe añadir estas certeras palabras de Vallet de Goytisolo en su aludido y meritísimo trabajo antes citado: «Justifica tal diferencia de trato el carácter *nuitius personae* de las Compañías de responsabilidad limitada frente al carácter real, de titularidad o responsabilidad *ob rem* de las Sociedades anónimas »

GINÉS CÁNOVAS COUTIÑO

Registrador de la Propiedad

# Jurisprudencia del Tribunal Supremo

## PROCESAL CIVIL

SENTENCIA DE 22 DE MAYO DE 1950.—*Litis consorcio necesario.*

El recurrente en el motivo cuarto del recurso ataca la Sentencia del Tribunal *a quo* porque ésta estima necesario para decidir sobre la petición de nulidad de la adjudicación planteada que hubieran sido demandados juntamente con el comprador de la finca el acreedor ejecutante y ejecutado, fundándose para ello en el principio general de derecho sancionado por este Tribunal, entre otras, en Sentencias de 18 de octubre de 1898, 8 de julio de 1902, 13 de junio de 1928 y singularmente 2 de febrero de 1929, según el cual nadie puede ser condenado sin ser oído y vencido en juicio, y basa su impugnación en los artículos 1.137 y 1.141 del Código civil, definidor el primero del concepto de las obligaciones solidarias y el segundo de los cuales proclama el principio de que las acciones ejercitadas contra cualquiera de los deudores solidarios perjudicarán a todos éstos, pero al verificarlo así desconoce que la demanda no arranca de la existencia de una obligación de tal especie, ni los preceptos indicados se citan para nada en ella, sino que formula sencillamente la petición de la nulidad de una adjudicación que afecta de modo evidente a varias personas, sin género de duda al adquirente de la finca cuya venta se pretende quede sin efecto, pero también al acreedor hipotecario que había de devolver el precio percibido en pago de su crédito si la demanda de nulidad prospera y el deudor ejecutado que vería renacer el crédito contra él como consecuencia de anulación de la venta y por ello, tratándose de un caso de litisconsorcio necesario en el que por la naturaleza de la relación jurídico material que en el proceso se actúa contra los litigantes están unidos de tal modo que a todos afecta la resolución que en él pueda dictarse, es absolutamente indispensable que no sólo en evitación de resoluciones contradictorias sobre el mismo asunto si el demandante pudiera dirigirse por separado contra cada uno de dichos interesados, sino para que no se consuma la injusticia de condenar a una persona sin ser oída,

que la demanda se dirija contra todos los interesados en la decisión que ha de dictarse, aparte de que resultaría prácticamente inútil la sentencia que recayera por referirse a personas que habrían de ser condenadas a la realización de actos diferentes como consecuencia de la nulidad si llegara a decretarse.

SENTENCIA DE 3 DE JUNIO DE 1950.—*Inaplicación del artículo 1.817 de la Ley de Enjuiciamiento Procesal Civil en los supuestos de depósito de mujer casada.*

No puede declararse contencioso un expediente tratándose de un depósito y solicitud de alimentos de una mujer casada que tiene admitida demanda de nulidad de matrimonio, o de divorcio, o de separación, ya que no era potestativo en el Juez constituirlo o no atendiendo a las circunstancias del caso, sino que forzosamente tenía que constituirlo por ser una de las medidas de garantía ordenada preceptivamente en el artículo 68 del Código Civil en favor de la mujer casada, la que relativamente constituye para el marido la medida prescriptiva prevenida en el artículo 1.890 de la Ley Rituaria, y en estos casos, es decir, cuando el acto de jurisdicción voluntaria tiene un carácter coercitivo sobre la voluntad del opositor, no procede la aplicación del artículo 1.817, según la doctrina de esta Sala, y ser doctrina que procede mantener, pues aceptar lo contrario equivaldría a dejar a la voluntad del marido el cumplimiento de las expresadas medidas de garantía que la Ley estima son necesarias para la mujer y que tienen carácter coercitivo para el marido.

(V. A. S. 27-1-1912, 14-11-1914 y 18-10-1928.)

SENTENCIA DE 26 DE JUNIO DE 1950.—*Lanzamiento de la finca por ejecución de Sentencia.*

Por constituir la Sentencia ejecutoria título con fuerza ejecutiva para conseguir el cumplimiento material y efectivo de su fallo con uso de medios legalmente eficaces para vencer la contraria voluntad del obligado, son aplicables para el logro de esta finalidad no sólo las normas especiales establecidas en los artículos 919 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Civil, sino también, como complementarias de ellas, las que contiene la propia Ley en la sección segunda del título 15 de su libro II relativas al procedimiento de apremio, que no son de exclusiva aplicación al cumplimiento de las Sentencias dictadas en el especial juicio ejecutivo, y como el artículo 1.515 en la indudable concordancia que guarda con el 926, por obedecer ambos a la necesidad de que lo resuelto en las Sentencias firmes se cumpla con sus propios efectos, dispone refiriéndose al caso de venta en pública subasta, que otorgada la escritura de venta ha de ponerse al comprador, si lo solicita, en posesión de los bienes, la doctrina de esta Sala, con reiteración establecida, tiene declarado que la adjudicación judi-

cial de inmuebles no puede consistir en otra cosa que en poner en posesión de ellos al acreedor, llegando al lanzamiento del deudor que los ocupe sin necesidad de un nuevo pleito, por no ser esta medida legal exclusiva del juicio de desahucio.

SENTENCIA DE 27 DE JUNIO DE 1950.—*Resolución de contrato por impugnar la legitimidad de los incrementos legales.*

El artículo 149 de la Ley de Arrendamientos Urbanos establece como causa de Resolución del contrato de Arrendamientos Urbanos, ya lo sea de vivienda o de local de negocio, "la falta de pago de la renta o de las cantidades que a ella se asimilan conforme a dicha Ley, y entre estas cantidades están las diferencias por elevación de contribuciones y por elevación de precios en el coste de los servicios o suministros a que se refiere el artículo 126 de la Ley citada, pero examinando ambos conceptos, renta y diferencias, se observa que mientras la primera está determinada en el respectivo contrato de arrendamiento por conformidad de las partes, en cuanto a las segundas tal conformidad puede existir o no existir, y únicamente cuando existe por haber aceptado el arrendatario expresa o tácitamente la propuesta de la elevación de renta por tales diferencias, hecha por el arrendador, conforme al artículo 129 de la Ley mencionada, la falta de pago de dichas diferencias habrá de reputarse como falta de pago de la renta, como claramente lo establece el artículo 130 de la repetida Ley; pero cuando la conformidad entre las partes no exista y se discuta entre ellas la legitimidad de la elevación, la acción entablada sobre tal legitimidad no puede asimilarse a la acción por falta de pago, cuyo presupuesto, por lo que queda dicho, es la conformidad de las partes en las expresadas diferencias, sino otra acción específica, que es la que concede al arrendador el artículo 131 de la Ley de Arrendamientos Urbanos.

Cuando el inquilino o arrendatario rechazare la elevación propuesta y ésta resultare legítima, el artículo 131 mencionado otorga al arrendador el derecho a optar entre reclamar al arrendatario o inquilino las diferencias desde el día en que debieron serle satisfechas o resolver el contrato, pero cuando el arrendador, ejercitando el derecho que el expresado texto le atribuye, opta por la resolución del contrato, esta acción no puede ser enervada porque el demandado pague o ponga a disposición del actor en el Juzgado el importe de las cantidades reclamadas, porque tal medio de enervar la acción únicamente lo admite la Ley de Arrendamientos Urbanos en su artículo 161 cuando se trate de las acciones por falta de pago de la renta o de las cantidades que se asimilan a ella, y la acción ejercitada por el arrendador en este caso fué fundamentalmente la acción sobre la legitimidad del incremento de la renta de características propias y distintas de la acción por falta de pago, como ya se ha expuesto, debiendo además de tenerse en cuenta que si después de conceder la Ley al arrendador el derecho a optar entre reclamar al arrendatario el pago de las diferencias o resolver el contrato, se autorizará al arrendatario para dejar

sin efecto la acción entablada sin más que consignar aquellas diferencias, tal opción perdería su carácter, ya que se solucionaría siempre con el pago de las diferencias si el arrendatario lo quería así, sin que tal interpretación pueda estimarse contraria al sentido tutelar del inquilino o arrendatario en que la Ley se inspira, en cuanto siempre resulta amparado por el artículo 130 que previene que no obstante la conformidad tácita del mismo con el incremento de la renta si la cantidad girada resultare superior a la autorizada por la Ley, dentro de los tres meses desde la fecha en que hubiese realizado el primer pago tendrá acción revisoria, que llevará implícita la condena en costas al arrendador cuando aquella se declarara abusiva y por todo lo expuesto procede declarar que no siendo la acción ejercitada la genérica de la falta de pago sino la específica que ha quedado expresada, la competencia para conocer de la demanda corresponde al Juez de Primera instancia por tratarse de un local de negocio conforme disponía el artículo 175, hoy 176, en relación con el 160, apartado a), de la Ley de Arrendamientos Urbanos.

Las acciones por falta de pago de la renta —o cantidades a ella asimiladas— han sido objeto de una regulación especial en la legislación de alquileres, lo mismo en la anterior que en la vigente, como lo demuestran el artículo 4.º del Decreto de 29 de diciembre de 1931 y el 161 de la Ley de Arrendamientos Urbanos, en cuyos preceptos se establece un procedimiento distinto del que tales legislaciones establecieron con carácter general para las demás acciones derivadas de las relaciones arrendaticias por ellas reguladas y dentro de tal procedimiento se reconoció al inquilino o arrendatario demandado el derecho de enervar la acción mediante el pago o consignación de su descubierto, pero esta norma, que constituye una derogación de los principios procesales comunes que exigen que la acción promovida siga su curso hasta su terminación natural por la sentencia, no puede ser aplicada más que a los casos taxativamente comprendidos en ella, esto es, a las acciones por falta de pago, únicas para las que el legislador ha establecido y consintió tal derogación, que por lo mismo no puede extenderse por ninguna razón de analogía a otras situaciones.

SENTENCIA DE 10 DE JULIO DE 1950.—*Litis consorcio pasivo de cedente y cesionario en la cesión de local de negocio.*

Si bien el artículo 36 de la Ley de Arrendamientos Urbanos dispone que cuando el arrendador pretendiera resolver el contrato de arrendamiento por cesión de vivienda deberá demandar también al cesionario, lo que el actor no ha verificado, es lo cierto que este artículo sólo es aplicable al caso de cesión de vivienda, pero no al de local de negocio.

LA REDACCIÓN



# Jurisprudencia sobre el Impuesto de Derechos reales

*Sentencia del Tribunal Supremo de 26 de abril de 1950.*

LA EXENCIÓN DEL IMPUESTO DE DERECHOS REALES ESTABLECIDA EN LA LEY DE SINDICATOS AGRÍCOLAS DE 28 DE ENERO DE 1906, EN SU ARTÍCULO 6.º, EN CUANTO A LOS ACTOS DE CONSTITUCIÓN MODIFICACIÓN, UNIÓN Y DISOLUCIÓN DE ESAS ENTIDADES, SUBSISTE NO OBSTANTE LA RESTRICCIÓN ESTABLECIDA EN LOS ARTS. 3.º Y 6.º, NÚMERO 9.º, DE LA LEY Y DEL REGLAMENTO DEL IMPUESTO AL CONDICIONAR LA EXENCIÓN CON EL REQUISITO DE QUE LA PARTE OBLIGADA AL PAGO SEA EL MISMO SINDICATO; Y EN SU CONSECUENCIA, SIGUE DICHIENDO LA SENTENCIA, EL ACTO DE DISOLUCIÓN ESTÁ EXENTO, SI BIEN NO LO ESTÁN LOS DE ADJUDICACIÓN EN PAGO O PARA PAGO DE DEUDAS, RESULTANTES DE TAL DISOLUCIÓN.

*Antecedentes:* Sucintamente expuesto son éstos: Al disolverse el Sindicato, la Oficina liquidadora giró las correspondientes liquidaciones a los socios por su participación en el haber social, de acuerdo con lo establecido en la escritura de disolución, y también las procedentes por las adjudicaciones para pago de deudas.

Reclamadas esas liquidaciones por no haber sido apreciada la exención establecida en la aludida Ley de Sindicatos, el Tribunal Central Económico-Administrativo, de acuerdo con lo dispuesto en el número 9 del artículo 3.º de la Ley y 6.º del Reglamento, confirmó las liquidaciones porque la exención se da exclusivamente cuando la persona obligada al pago es el Sindicato mismo y no los socios o terceras personas.

Dicha Resolución del Tribunal Central es revocada ahora por la Sentencia del Tribunal Supremo que comentamos. Y llega a esa conclusión diciendo que si bien ambos textos coinciden en lo esen-

cial y se diferencian en que la Ley de Sindicatos aplica la exención a los actos y contratos en que el Sindicato intervenga como parte, y la del Impuesto exige, además, que la persona del Sindicato sea la obligada al pago, sin duda para evitar que del beneficio concedido al propio Sindicato en atención a sus fines pudieran aprovecharse, contra la mente del legislador, los que con aquél contrataran, «pero sin que de ello se siga —añade literalmente la Sentencia— cual en el acuerdo recurrido se sostiene, que al incorporar el precepto exentivo de la Ley de 28 de enero de 1906 a las sucesivas reformas del Impuesto a partir del año 1911, no se quiso recoger la exención en toda la extensión con que fué concedida, sino parcialmente y de tal suerte que de entre los actos de la vida de la Sociedad quedase excluido única y exclusivamente el de disolución que ahora se contempla, tan fundamental como los demás de constitución, modificación y unión que, con arreglo al criterio que informa la Resolución impugnada, continuarán exentos del tributo; y, por tanto, para no incurrir en tan evidente contrasentido, es obligado reconocer... que la exención que nos ocupa de los indicados actos de los Sindicatos, sin salvedades ni distinguos, la ampara el artículo 3.º de la antedicha Ley de Derechos reales en su número 9, y además en el 48, que en términos generales establece para todos los demás actos y contratos no especificados, en cuyo favor se haya reconocido o se reconozca por leyes especiales mientras se hallan en vigor».

Después añade la Sentencia que la doctrina dicha no alcanza a las adjudicaciones en pago o para pago, que sean consecuencia de la dicha disolución.

*Comentarios:* El punto concreto que esta Sentencia estudia no había sido discutido, que nosotros sébamos, ante él. Como se ve, se trata de enfrentar dos textos legales del mismo rango autoritario: el uno, genérico, y el otro, especial, y por añadidura posterior en fecha a aquél; y ello, no obstante, el Alto Tribunal decide el conflicto a favor del primero.

El comentarista, pese a toda la consideración que la Sala merece, estima que su decisión se presta a graves reparos, como vamos a ver.

No ofrece duda la norma de que los Tribunales, y con más ra-

zón el Supremo, son los llamados a discernir el verdadero alcance de las leyes en su práctica aplicación; pero estas normas y estas atribuciones no carecen de fronteras. Si no existiese otro texto aplicable al caso que el de la aludida Ley de Sindicatos Agrícolas, nada se podría oponer u objetar al dictado de la Sentencia; pero la realidad no es así, ya que a la disposición primitiva y genérica del legislador sigue no una sino todas las leyes del Impuesto de Derechos reales con el mismo rango que aquélla y por añadidura especiales, que restringen, condicionan y precisan el alcance de la exención, según reconoce la propia Sentencia. Por consiguiente, no se comprende, o se comprende mal, que se dé lugar a que la ley general prevalezca frente al texto categórico de la que es especial, y restrinja aquélla, y es, por añadidura, posterior en el tiempo, y ello por la sola consideración, como dice la Sentencia, de que «sin que de ello —de la modificación y restricción— se siga, cual en el acuerdo recurrido se sostiene que al incorporar el precepto exentivo de la Ley de 28 de enero a las sucesivas reformas del Impuesto a partir de 1911, no se quiso recoger la exención en toda la extensión que fué concedida, sino parcialmente»; porque, en definitiva, frente a cualquier criterio interpretativo, por respetable que sea, como lo es el que comentamos, está el texto de la Ley especial, que dice categóricamente que la exención se da, exclusivamente, en los actos y contratos en los que la parte obligada al pago lo sea la personalidad jurídica del Sindicato.

La segunda parte del argumento, al hacer referencia al número 48, 51 del actual Reglamento, que sienta la norma genérica de exención para «los demás actos y contratos en cuyo favor se haya reconocido la exención por leyes especiales», tampoco se ve cómo se puede aplicar al caso y cómo puede prevalecer, dado su genérico carácter, frente a una norma especial que la Ley y Reglamento determinan con claridad y con precisión.

*Sentencia del Tribunal Supremo de 29 de abril de 1950.*

LOS CONTRATOS VERBALES CUYA CUANTÍA EXCEDAN DE MIL QUINIEN-  
TAS PESETAS, NO ESTÁN EXENTOS DEL IMPUESTO.

*Antecedentes:* Motivó el pleito la liquidación de ciertos contratos verbales de suministro de energía eléctrica, a cuya presentación

fué requerida la Empresa suministradora. Los presentó, efectivamente, y pretendió que, dada la larga relación de contratos celebrados fuesen separados los verbales, que representaban una cuantiosa base de liquidación, porque los de esa condición estaban, a su juicio, exentos del Impuesto.

Con este motivo, el Tribunal Supremo afronta por primera vez, según creemos, el problema a que el encabezamiento de esta reseña jurisprudencial se refiere, y resuelve que la exención sólo alcanza a los que excedan de mil quinientas pesetas, confirmando así el criterio reiteradamente sentado por el Tribunal Central Económico-Administrativo, y desatando el nudo gordiano a que vino a dar lugar la innovación que el actual Reglamento tomó de la Ley de 1945, al decir en el número 5 de las exenciones de su artículo 6.º, que en ellas se comprenden los contratos verbales «cuando su cumplimiento no requiera que consten por escrito».

El argumento de la Sala reproduce el conocido del Tribunal Central mencionado, y dice que «prescribiendo el artículo 1.280 del Código civil, a los efectos y con el alcance señalados en el 1.279 del propio Cuerpo legal, que deberán constar por escrito, aunque privado, los contratos en que la cuantía de las prestaciones de uno o de los dos contratantes exceda de 1.500 pesetas, es forzoso entender, desde la segunda de dichas leyes —se refiere a la de 17 de marzo de 1945, luego incorporada a la vigente del Impuesto de 1947—, sujetos a aquel Impuesto los contratos verbales que pasen de la expresada cuantía de 1.500 pesetas».

La importancia de esta Sentencia estriba, primeramente, en ser, como antes apuntamos, la primera que con la definitiva autoridad de la Sala del Alto Tribunal resuelve la discutida y poco inteligible exención, y después en que ratifica el criterio que sobre el particular tenía sentado el Tribunal Central en varias Resoluciones, de las que esta REVISTA CRÍTICA DE DERECHO INMOBILIARIO se hizo eco oportunamente en esta misma sección.

#### *Sentencia del Tribunal Supremo de 8 de mayo de 1950.*

Esta Sentencia confirma, una vez más, la debatida y superada cuestión de la procedencia de liquidar por el concepto de adjudicación para pago el importe del gravamen hipotecario cuando éste se

deduce de la base liquidable en los casos de compraventa y herencia.

El tema está ya tan discutido y hasta manoseado, que toda exposición de antecedentes y todo comentario resultan ociosos.

*Sentencia del Tribunal Supremo de 1.º de julio de 1950.*

SI BIEN, EN GENERAL, ES NECESARIO QUE MEDIEN DOS CARTAS, UNA DE OFERTA Y OTRA DE ACEPTACIÓN, PARA QUE EL CONTRATO POR CORRESPONDENCIA QUEDE PERFECTO, ELLO NO ES OBSTÁCULO PARA QUE EL CONTRATO PUEDA CONSIDERARSE CELEBRADO POR CORRESPONDENCIA, A LOS FINES DEL IMPUESTO, CUANDO EN UN SOLO DOCUMENTO APARECEN INEQUÍVOCAMENTE CONSIGNADAS LA PROPUESTA DE COMPRAVENTA Y LA CONFORMIDAD.

EL ARTÍCULO 24 DEL REGLAMENTO, AL SUJETAR AL IMPUESTO LOS CONTRATOS SOBRE MERCADERÍAS CELEBRADOS POR CORRESPONDENCIA ENTRE COMERCIANTES, SI NO SE CONCRETAN AL MERO PEDIDO DE GÉNEROS, ESTÁ EN CONTRADICCIÓN CON EL NÚMERO 8 DEL ARTÍCULO 3.º DE LA LEY Y CON EL NÚMERO 8 DEL ARTÍCULO 6.º DEL REGLAMENTO, QUE REFIEREN LA EXENCIÓN A TODOS LOS CONTRATOS DE ESA CLASE ENTRE COMERCIANTES E INDUSTRIALES CUANDO SE TRATE DE ARTÍCULOS PROPIOS DE SU COMERCIO O INDUSTRIA, Y EN LA PUGNA HA DE PREVALECER EL TEXTO DE LA LEY SOBRE EL DEL REGLAMENTO.

*Antecedentes:* Son muy simples los que podemos detallar, porque solamente tenemos a la vista los considerandos de la Sentencia reseñada, si bien creemos que son los suficientes para plantear el problema o los problemas a que el encabezamiento se refiere.

De ellos se deduce que una Sociedad hizo gestiones preparatorias para la adquisición de materias propias para su industria, y después de obtener y tener a la vista muestras del corcho ofrecido por numerosos vendedores mayoristas, se dirigió a éstos por cartas de tipo comercial, manifestando que confirmaba la compra de determinado número de toneladas, quintales o fardos de la indicada materia, con expresión de todo género de detalles sobre clase, marca, precio, fecha de entrega, etc., aparte de otras condiciones que se consignaban al dorso, y apareciendo al pie de las cartas, bajo la palabra «conforme», la firma del vendedor.

Estos contratos, al ser presentados a liquidación por el Impuesto de Derechos reales, fueron en definitiva declarados sujetos al mismo y no comprendidos en la exención del número 8 de los artículos 3.º de la Ley y 6.º del Reglamento por el Tribunal Económico-Administrativo Central, en Resolución de 13 de febrero de 1945, la cual fué revocada por la Sentencia cuya reseña nos ocupa.

Por la razón antes dicha desconocemos los fundamentos y razonamientos concretos de la Resolución impugnada, y vemos solamente, a través de los considerandos de la Sentencia dicha, que el argumento aquiles fué que la exención contenida en los aludidos preceptos referente a los contratos privados sobre mercaderías y celebrados por correspondencia, no es aplicable al caso, porque la redacción de los mismos no autoriza a sostener la exención más que cuando el contrato se celebra mediando una carta en que se haga la propuesta, y otra en la que se conteste aceptándola, y no cuando el medio epistolar se reduce a una sola carta de oferta o proposición, siquiera en ella conste la aceptación de la otra parte.

A esto opone el Tribunal Supremo que «si el contrato existe desde que una persona consiente en obligarse respecto de otra a dar alguna cosa, y es eficaz cualquiera que sea la forma en que se celebre —artículos 1.254 y 1.278 del Código Civil y 50 y 61 del de Comercio— con tal que conste claramente concertada la voluntad de los contratantes, que es lo fundamental y de esencia, es indiferente que el concurso de la oferta y la aceptación sobre lo que constituye el objeto del contrato, se manifieste a través de una misma carta que reciba y devuelva el aceptante, ya que ambas son por igual formas de corresponderse, a cuya inteligencia no se oponen los artículos 1.262 del Código Civil y 54 del Código de Comercio invocados por la Administración, puesto que al disponer el primero que la aceptación hecha por carta no obliga al que hizo la oferta sino desde que llegó a su conocimiento, y el segundo que los contratos celebrados por correspondencia quedarán perfeccionados desde que se conteste aceptando la propuesta, determinan el momento en que el consentimiento se presta y el contrato queda perfecto, refiriéndose al caso más general y corriente de que haya dos cartas, pero de ello en modo alguno se sigue que el contrato no se haya realizado por correspondencia a los fines de que se trata, cuando de

una sola aparezcan inequívocamente consignadas la propuesta y la conformidad».

Tras esa argumentación, sale la Sentencia al paso de otro razonamiento o motivo alegado, al parecer, por el Tribunal Central para denegar la exención discutida. El argumento nace, como vamos a ver, del texto del apartado 1) del art. 24 del Reglamento.

La exención está contenida en el núm. 8.º de las leyes del 41 y del 47 de esta manera :

Ley del 41: «...los contratos privados sobre mercaderías que se verifiquen por correspondencia...»

Ley del 47: «Los contratos de venta concertados por correspondencia por comerciantes e industriales de artículos propios de su comercio o industria.»

En los Reglamentos de ambas Leyes la exención está concedida, respectivamente, en idénticos términos en el núm. 8.º de su artículo 6.º; pero, en cambio, en el art. 24 de uno y otro, al tratar de la transmisión onerosa de bienes muebles, queda notablemente desvirtuada, porque circunscriben la exención al caso en que la correspondencia se limite al *mero pedido de géneros* para cuya venta esté debidamente matriculado el comerciante; y de todo ello dedujo el Tribunal Central que como el caso en discusión no se refería ni mucho menos a un simple pedido de géneros, no era posible comprenderlo en la exención del núm. 8.º.

El Tribunal Supremo no admite esa interpretación y dice que dada una adecuada conjugación de los textos del repetido núm. 8.º, tal como aparece redactado en la Ley y en el Reglamento, y del artículo 24 de éste, se deduce que éste va mucho más allá que la Ley y la restringe en términos inadmisibles.

Aquella no contiene tal limitación y concede la exención en términos generales y, por consiguiente el Reglamento, dado su rango frente a ella, no pudo derogarla.

*Comentarios:* Al no conocer como hemos ya advertido repetidamente, los antecedentes completos del caso, y, sobre todo, los razonamientos del Tribunal Central, no podemos opinar de una manera rotunda según nuestro leal saber y entender, y nos limitamos a decir que no se nos alcanza por qué la Resolución impugnada en-

tiende que el contrato por correspondencia exige precisamente dos cartas.

El contrato de esa naturaleza lo mismo puede nacer con una carta pidiendo las mercaderías el comprador, que ofreciéndolas, por el mismo camino epistolar el vendedor, y en uno y otro caso, desde el momento en que en la misma carta, sea de petición, sea de oferta, consta la aquiescencia del otro contratante, no se ve fácilmente cómo se puede desconocer que el contrato así celebrado lo sea por correspondencia. Así, pues, parece razonable la solución dada al problema por la sentencia que nos ocupa.

Respecto al otro aspecto de la cuestión, o sea la discordancia entre el texto del apartado 1) del art. 24 del Reglamento, con el del número 8.º de las exenciones, tanto en la Ley como en el mismo Reglamento, la antinomia es evidente y no lo es menos la tarea de armonizarlos.

Como la simple comparación de textos hace ver, la exención queda en el art. 24 notablemente capitidisminuída. No basta que se trate de contratos por correspondencia, entre comerciantes y sobre materia propia de su comercio o industria, sino que, además, han de limitarse al mero pedido de géneros y ha de estar debidamente matriculado el vendedor, o sea, que quedan fuera de la exención todos los que no adopten esa modalidad.

La antinomia supone una «abierta pugna», en frase de la sentencia, entre un precepto de la Ley y uno de su propio Reglamento, y como el de éste no es simplemente aclaratorio sino ampliamente «restrictivo del ordenamiento legal», no debe prevalecer, dice la sentencia, y también el comentarista, sopena de olvidar la norma de interpretación tan sabida como es la que dice que las leyes sólo se derogan por otras leyes, o también, que entre dos preceptos no compatibles, debe prevalecer el de mayor rango legal.

JOSE MARÍA RODRÍGUEZ-VILLAMIL

Abogado del Estado y del I. C. de Madrid



# V A R I A

*La propiedad fiduciaria*, por Mariano Navarro Martorell-Bosch.  
1950.—Prólogo de don Francisco Bonet Ramón.

Esta tesis doctoral se ocupa de un tema, ya viejo, pero descuidado por nuestra doctrina. Afortunadamente, en los últimos años resurge, y ha merecido la atención de jóvenes y entusiastas juristas, bien al comentar la jurisprudencia (Bonet, Hernández Gil), o bien por trabajos monográficos (Jordano Barea, Navarro y otros). La posición del Tribunal Supremo aceptando los negocios fiduciarios y las indicaciones de la Dirección General de los Registros respecto de la figura del fiduciario, propietario formal y titular real frente a terceros, permiten un estudio del negocio en sí y de sus consecuencias jurídicas, especialmente cuando se tienen antecedentes históricos de gran interés y abundantes opiniones de tratadistas extranjeros, italianos y alemanes, de un lado, e ingleses de otro.

Navarro, razonadamente, sostiene que la titularidad del fiduciario es plena, frente a terceros y frente al fiduciante, según hace notar el prologuista con el acierto que le caracteriza. Las relaciones internas han de regularse separadamente. Interesan a los contratantes exclusivamente. Pero su repercusión frente a terceros es inadmisibles. Personalmente, me gusta la teoría y me gusta su consecuencia. Es más: creo que es la única manera de abrir camino a los negocios fiduciarios, sin extraviarnos al tomar sendas tortuosas de distinguos y sutilezas. Si la fiducia ha de ser, debe tener esta característica.

En la primera de las tres partes en que el autor desarrolla el tema, se trata de la fiducia histórica; extensamente, según el Derecho romano (*fiducia cum amico* y *fiducia cum creditoribus pactum fi-*

*duciae-actio fiduciae*, fiducia en función de garantía), con referencias a la fiducia germánica y a la *wadatio* española. No olvidemos la importancia de la *fides* en aquel Derecho, ni la historia de la hipoteca, ni las consecuencias del *nexum*, ni las numerosas aplicaciones que de esta institución hicieron los romanos.

A continuación estudia el moderno negocio fiduciario, su concepto, causas, estructura, *causa fiduciae*, clasificación (variedad; puros e impuros), aislamiento de otros negocios (interposición de persona, negocios indirectos, negocios aparentes, negocios simulados, negocio *in fraudem legis*); es decir, la teoría del negocio fiduciario según las actuales corrientes doctrinales.

Por último, la propiedad fiduciaria es objeto de minuciosa atención en cuanto a su naturaleza, fines, medios, limitaciones, extinción, transmisión (en garantía, como compraventa, como donación, como cesión, etc.); y las acciones reivindicatoria, negatoria, publiciana, revocatoria y subrogatoria, se estudian separadamente.

La línea seguida por el pensamiento del autor es recta, y a mi parecer, bien trazada. No hay concesiones, que oscurecerían la figura tal como está creada, y, por ello, la consideración registral de la transmisión fiduciaria es impecable. Si el pacto fiduciario es personal y reservado, porque de no reunir este doble carácter no sería fiduciario, lógicamente no debe constar en el título, y, por lo tanto, no puede reflejarse en la inscripción, y el titular dispondría sin limitaciones ni condiciones. Para quien crea que la causa del negocio no es necesario que permanezca oculta, naturalmente que la solución ha de ser distinta. Entonces cabe que aparezca en el título y que conste en la inscripción como una condición resolutoria, pero indudablemente esta postura desnaturaliza el negocio fiduciario, que será lo que se quiera, pero no un negocio de confianza.

Creo también que la fiducia puede prestar servicios en nuestro tiempo y que no es institución muerta, de imposible resurrección. En sí misma no encierra un germen nocivo, y su utilidad no debe desperdiciarse. Por eso, esta clase de trabajos rinden un beneficio a la teoría de los negocios jurídicos, y no es tiempo perdido el empleado por sus autores en abrir nuevos horizontes.

*Diccionario de Derecho Privado.*—Editorial Labor, S. A.—Tomo II, letras G a Z. (Derecho civil, común y foral; Derecho mercantil;

Derecho notarial y registral ; Derecho canónico.)—1950.—Directores : Excmo. Sr. D. Ignacio de Casso y Romero e Ilmo. Sr. don Francisco Cervera y Giménez Alfaro, Catedrático de Derecho civil y Registrador de la Propiedad, respectivamente.

En la sección de *Varia* de ésta Revista, correspondiente al número 263, de abril de 1950, página 291, tuve la satisfacción de ocuparme del tomo I de este Diccionario. En el escaso tiempo transcurrido, se ha publicado el tomo II, de iguales características y presentación. Nuevo tanto que se apuntan los Directores y el Editor, porque no estamos acostumbrados a que las obras de más de un tomo se terminen rápidamente. Al contrario, cuando sale el tomo II, el I es un respetable anciano, con traje pasado de moda, no muy digno de emparejar con su semejante recién nacido, fresco, portador de tendencias modernas y al que se contempla más por el encanto de la novedad. En esta ocasión, la pareja no desmerece y luce por igual su juvenil gallardía.

A continuación del último vocablo, aparece el índice bibliográfico, numerado desde el número 1 hasta el 1.598. Esta numeración corresponde a la que se señala al finalizar la respectiva voz del Diccionario, con ahorro de espacio y para evitar enojosas repeticiones.

El sistema elegido es el orden alfabético de autores, seguido del título de la obra y la fecha de edición de ésta.

Se concluye con el índice sistemático, donde se ordenan las voces o artículos, agrupándolos en sistemas y clasificaciones de conceptos o instituciones, de acuerdo —en la medida conveniente— con los planes expositivos tradicionales en las disciplinas jurídicas. Con ello se logra la visión sistemática y de conjunto, alterada por la ordenación alfabética propia del Diccionario. Así se afirma al comenzar este índice, y es necesario reconocer que es verdad

Para mayor claridad y facilidad de busca, existe un sumario sinóptico, que comienza con el Derecho civil, que comprende cinco apartados (Parte general ; Derecho de familia. Derechos reales o derecho de cosas ; Derecho de obligaciones y contratos ; Derecho hereditario) ; cada uno dividido en distintos capítulos ; por ejemplo, en el apartado III se mencionan : 1. Doctrina general de los Derechos reales.—2. La posesión.—3. La propiedad —4. Los Derechos reales limitados.—5. Derechos reales de adquisición.

En igual forma se clasifican: el Derecho mercantil (Parte general; Derecho de las personas comerciantes y sus auxiliares; Derecho de cosas mercantiles; Derecho de obligaciones y contratos mercantiles; Derecho de quiebras; Derecho marítimo; Derecho aéreo). Derecho registral o hipotecario (El derecho del Registro de la Propiedad; Los asientos del Registro de la Propiedad; La hipoteca Derecho notarial; Historia del Derecho y Derecho canónico.

Inmediatamente de este sumario sinóptico, se desarrolla el verdadero índice sistemático, ajustado al anterior sumario y que contiene, a continuación de cada epígrafe, clasificadas por orden alfabético, las voces del Diccionario que corresponden a cada materia. Para dar una idea del método adoptado, elegiremos uno de los epígrafes más cortos: el de Doctrina general de los Derechos reales, que comprende las siguientes voces: Adquisición (en el derecho de cosas), *auflassung*, bienes, cosa, derechos personales, Derechos reales, derivativo, *Ius ad rem*, modo, originarios (modos de adquirir), tradición.

Hemos dado cierta extensión a cuanto antecede porque estimamos que los índices, en esta clase de obras, tienen un valor excepcional y constituyen una de las claves de la utilidad del libro. Si la voz o artículo que se busca tiene distintas acepciones y no es posible encontrarlo rápidamente, bien por su acepción más difundida o bien por su inclusión en el índice sistemático, se ha privado al libro de uno de sus fines primordiales. En esta ocasión no se ha descuidado la rapidez y se ha previsto el ahorro de tiempo. Por lo demás, nos ratificamos en cuanto dijimos en la resención del tomo I.

No se nos oculta que se puede discrepar de la doctrina aceptada o de las conclusiones a que llega el autor del artículo y que se han de encontrar omisiones, pero ello no disminuye el mérito del Diccionario. Insistimos que no se ha pretendido agotar el estudio de cada materia, sino dar una idea general, suficiente para orientar al lector y para que éste se percate de las facetas principales que presenta la institución objeto de estudio, marcando rumbos y mostrando sendas. Y esto se ha conseguido.

Continuemos los ejemplos como justificación de lo que acabamos de decir. En la voz «Hipoteca de renta periódica», el competente Notario don Juan Bautista Fuentes Torres-Insunza, de acuerdo con Cossío, sostiene que el artículo 157 de la Ley Hipotecaria no im-

pone la asunción de deuda por parte del adquirente de la finca, en caso de enajenación de ésta. Roca opina lo contrario, y modestamente he opinado, de acuerdo con él, en un estudio que me fué confiado, objeto de una conferencia en la Academia Matritense del Notariado, el año de 1947. No he de entrar ahora en razonar esta opinión. Señalo sólo el hecho de mi discrepancia y añado la omisión del artículo 248 del Reglamento Hipotecario, de tanta importancia para la regulación de esta clase de hipotecas. Pero ello no hace desmerecer el estudio de Fuentes Torres-Insunza, ya que éste recoge los principales problemas que presentan esta clase de hipotecas, sobre los cuales se puede opinar libremente, y aun cuando no agote las cuestiones que pueden plantearse, la vista panorámica es bastante para formarse idea de lo que es la hipoteca de renta.

En la valoración de los trabajos comprendidos en el Diccionario, es imposible la unanimidad, tanto por la apreciación particular de cada consultante como por la diversidad de colaboradores y el criterio de respeto seguido por los Directores. También han de influir los fines que se persigan al verificar la consulta, pues si para unos basta una sencilla y limitada referencia, para otros será insuficiente cuanto se exponga, por extenso que sea.

El artículo sobre «Revocación de la propiedad» abarca once páginas, con numerosas citas de autores (aunque, en general, expone el criterio de Fuenmayor), precedentes históricos, construcciones modernas, efectos, distinción con figuras jurídicas afines, supuestos especiales de revocación, jurisprudencia y nutrida bibliografía. Entiendo que es más que suficiente para el objeto que se propone un consultante normal, sobre todo cuando me parece un trabajo bien logrado. Hace algún tiempo, incidentalmente, tuve que referirme a este problema, y confieso que su lectura hubiera sido suficiente a mi propósito, sin necesidad de consultar a ningún otro autor.

En el preámbulo del tomo I, los Directores del Diccionario afirman que su aspiración suprema ha sido el lograr una obra útil para los lectores, y exponen sus dudas respecto de haber acertado. Pues bien, una vez examinado el trabajo en su totalidad, cabe contestar: No se ha malogrado el propósito y la obra ahí está. Enhorabuena muy sincera.

## Revista de Revistas americanas o extranjeras

*Revista cubana de Derecho.*—Año XXIII.—Enero-junio 1949 :

«La Ley de Arrendamientos y Aparcería de 25 de noviembre de 1948»,  
Dr. Alberto Blanco.

*Revista Jurídica de la Universidad de Puerto Rico.*—Vol. XVIII.—Marzo-  
abril de 1949 :

«El régimen municipal en la constitución cubana de 1940», Dr. Arnaldo  
Schwerert Ferrer.

*Revista de Derecho.*—Enero-marzo 1950, de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de la Concepción :

«Nociones sobre la teoría de la prueba», Emilio Ríosco Enriquez.

«La restitución de la cosa materia del delito», Héctor Veloso Leal.

«Observaciones al Proyecto de Reforma del Código Penal Chileno»  
(continuación), Héctor Brain Rioja

*Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales.*—Abril de 1950. Montevideo (Uruguay) :

«Unificación del derecho de las obligaciones y contratos civiles y comerciales», M. Satanowsky.

«El porvenir de la codificación y del common law en el continente americano», Eduardo J. Couture.

«El dominio en el régimen de la propiedad horizontal», P. Quagliati.

«Nota sobre el sistema angloamericano de Derecho privado internacional», Quintín Alfonsín.

«La codificación del Derecho tributario», R. Valdés Costa.

«Obligaciones de dar, hacer y no hacer», J. Peirano Facio.

«La indignidad para suceder por causa de muerte», H. E. Gatti.

*Revista de Derecho.*—Universidad Mayor de «San Andrés», La Paz-Bolivia, marzo de 1950 :

«Órgano de nuestro Derecho Procesal». (Tercera parte : «Procedimentalistas hispano-coloniales»), Humberto Vázquez Machicado.

*Revista del Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario.*—Enero-febrero de 1950.—Bogotá (Colombia).

*La situación actual del europeo.*—Francisco Javier Conde.

*La legitimación en el Código civil colombiano.*—Luis Carlos Daza Ramírez.

*Revista de Derecho de la Universidad Mayor de San Andrés.*—Enero de 1950.—La Paz (Bolivia).

*Minoría penal.*—María Josefa Saavedra.

*Orígenes de nuestro Derecho procesal* (Segunda parte: «el Derecho indiano»).—Humberto Vázquez Machicado.

Se trata de un acabado estudio, con profusión de notas, sobre el nuevo Derecho que se fué creando en las tierras descubiertas, por imposición de diferentes factores: raza, cultura, costumbres, economía, no sólo relacionando la totalidad de los territorios de Indias con España, sino de los diversos grupos coloniales entre sí. Destaca la influencia de los tratadistas peninsulares que eran los guías y fuente de consulta de jueces y letrados de la colonia.

*El proyecto de Código procesal civil de la nación argentina.*—Carlos Ayarragaray.

El ilustre tratadista argentino no necesita ser presentado en España. Sus valiosos estudios, muy especialmente «El Ministerio Público», «La Justicia en Rusia» y «La Justicia en la Biblia y el Talmud», son conocidos y admirados por todos los procesalistas españoles. El trabajo que publica en la Revista de Derecho de la Universidad Mayor de San Andrés es un resumen de su magnífica «Crítica al Proyecto de código procesal civil de la nación», publicado el pasado año en Buenos Aires, en el que en las cien páginas de que consta, da terminantes pruebas de que a él no le es aplicable la frase de Cicerón que figura como lema en la portada de su trabajo «Nada más censurable que aprobar antes de conocer».

Aquella crítica y este artículo han sido por nosotros objeto no sólo de un detenido estudio, sino de profundas meditaciones. En estos momentos en que un numeroso y selecto grupo de procesalistas españoles encuadrados en el Instituto Español de Derecho Procesal, acometen la tarea de organizar un ciclo de coloquios para someter a pública discusión el fructífero trabajo de las subcomisiones creadas en el seno de dicha organización, como consecuencia de los acuerdos adoptados en el recientemente celebrado Congreso Nacional de Derecho Procesal, la lectura de los trabajos de Ayarragaray puede constituir una fuente inestimable de sugerencias.

La crítica al Proyecto de Código procesal argentino hace referencia a muy diversos aspectos: desde el gramatical hasta el de los principios informadores del sistema, pasando, y no de largo precisamente, sobre las cuestiones técnicas que el proyecto presenta.

He aquí cómo termina Ayarragaray su hermoso trabajo: «Durante muchos años, ideas nacidas en países europeos, carcomidos en su entraña por las consecuencias de guerras feroces y destructoras de valores económicos y morales, y de formación netamente asiática, han corrompido a países aledaños y salieron a correr el mundo. Hay una propensión natural, aunque más no sea nacida de la curiosidad, frente a literatura tan extraña como singular que refleja modalidades diversas a las nuestras. Luego, frente al problema de las deficiencias de nuestras instituciones, ofrecen como consecuencia de factores inevitables humanos, y ante la esperanza del triunfo de la igualdad y de la justicia; el hombre, desfallecido, se ha dejado ganar lentamente por estas falsas promesas y descripciones, así, entre los libros y emigrados desaprensivos echados de su propia patria, el mundo se ha ido llenando de doctrinas y enseñanzas completamente falsas y desprovistas de sustento. Ellas se reflejan, en consecuencia, en las legislaciones, y ninguna prueba más evidente que el proyecto que acabamos de comentar, que es fruto directo de ideas extranjeras y completamente distintas a las domésticas de América. Que este ejemplo sirva para la República boliviana, a la que deseamos continúe inspirándose en su orientación legislativa, en la vieja tradición hispánica y americana.»

Otro tanto deseamos para las reformas procesales españoles.

LA REDACCIÓN.

## ESTUDIOS DE DERECHO HIPOTECARIO Y DERECHO CIVIL

POR

D. JERONIMO GONZALEZ Y MARTINEZ

Prólogo del Excmo. Sr. D. José Castán Tobeñas, Presidente del Tribunal Supremo

*Precio de la obra: 175 pesetas*

Publicados los tres tomos.

Envíos contra reembolso, con aumento de dos pesetas.

*Los pedidos a la Administración de*

REVISTA CRITICA DE DERECHO INMOBILIARIO

ALCALÁ, 16, 5.º, n.º 11 - MADRID