

REVISTA CRITICA DE DERECHO INMOBILIARIO

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

Año XIX

Junio de 1943

Núm. 181

Créditos hipotecarios del mismo rango

El ejercicio del *ius-distrahendi* institucional en el Derecho real de hipoteca, cuando sean varios los créditos hipotecarios, preferentes unos y de rango inferior otros al que se ejecuta tiene clara solución en nuestro Derecho constituido.

Para fijar exactamente el supuesto objeto de nuestro examen, procederemos al estudio de las distintas situaciones encuadradas dentro del procedimiento de ejecución típicamente registral; el judicial sumario del artículo 131 de la ley Hipotecaria:

a) *Crédito hipotecario en ejecución.*—Obtiene el *ius-ad-valorem* finalidad de este Derecho real de garantía, DIRECTAMENTE CONTRA LOS BIENES HIPOTECADOS, nos dice el artículo 129 de la ley Hipotecaria. No es posible, a diferencia del ejecutivo ordinario, su aplicación al crédito personal; son los propios bienes hipotecados los que marcan la naturaleza del procedimiento de ejecución, que es un trasunto de normas procesales, si bien influenciadas por principio netamente registral; el de legitimación, como acertadamente destaca Roca Sastre.

Pero en nuestro sistema el crédito que ante el incumplimiento del deudor desenvuelve su actuación final, restableciendo el equilibrio económico-jurídico, que apareció momentáneamente perturbado ante la separación del vínculo obligacional por parte del elemento pasivo en la relación jurídica, tiene distinta consistencia, cuando sean varios los créditos garantidos con hipoteca.

Aquí es forzoso establecer las siguientes distinciones:

b) *Créditos hipotecarios de incorporación registral anterior al que se ejecuta.*—No aparecen afectados, ni poco ni mucho, por el posterior en rango. En este sentido, la última regla del artículo 131 de la ley

Hipotecaria es derogatoria del criterio liberador consagrado en el artículo 1.516 de la ley de Enjuiciamiento civil.

c) *Créditos hipotecarios de incorporación registral ulterior al crédito en cuya virtud se procede.*—Son arrastrados a su desaparición de modo inexorable (regla 17 del art. 131 L. H.). El influjo del principio de prioridad no hace posible la subsistencia de dichos créditos, contrariamente al principio del fraccionamiento del valor de la cosa hipotecada, que es uno de los fundamentos en Derecho alemán de la hipoteca del propietario.

Créditos hipotecarios de idéntica preferencia o créditos simultáneos.

Quizá con un riguroso tecnicismo habría que prescindir de esta denominación; más exacto sería hablar de crédito hipotecario atribuido a dos o más titulares, donde por imperativo del principio de especialidad (artículo 9 de la ley Hipotecaria) se exige indicar la extensión del derecho de cada uno de los titulares, pero integrando el Derecho real de hipoteca que grava la finca.

Al surgir constitutivamente la hipoteca de que son partícipes sus titulares, con la especificación de su ámbito económico, pueden suscitarse problemas jurídicos de gran interés ante la ejecución instada por uno de los acreedores, independientemente de los demás.

Dos resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado hemos encontrado sobre esta materia: la de 9 de diciembre de 1935 y 26 de noviembre de 1917, las cuales examinaremos seguidamente:

El supuesto que inspiró la primeramente citada resolución fué el siguiente: A hipotecó a B y a C, en garantía de un préstamo del cual correspondían a B 95.500 pesetas y a C 60.000 pesetas, determinada finca. B y C ejercitaron conjuntamente el procedimiento judicial sumario. Librado el mandamiento al Registro, se expidió la certificación y se extendió la nota marginal prevenida en la regla 4.^a del artículo 131 de la ley Hipotecaria. Posteriormente se paraliza el procedimiento, y en tal situación C cede su derecho a D de las 60.000 pesetas, el cual es inscrito en el Registro de la Propiedad. El cesionario, lejos de subrogarse en la posición jurídica del cedente reclamando en unión del otro acreedor, lo hace separadamente por el procedimiento de ejecución del artículo 131 de la ley Hipotecaria, adjudicándosele la finca y cancelando su crédito de las 60.000 pesetas.

Más tarde B reclama también por el judicial sumario sus 95.500,

adjudicándosele también la finca hipotecada. Expedido el testimonio del auto de adjudicación a favor de B, el Registrador deniega la inscripción, entre otros motivos, por no estar dictado el auto en nombre del cesionario dueño de la finca, sino de A, deudor. Y porque si bien se hizo saber a D la existencia del segundo procedimiento, ello no, obstante, como tiene inscrita la finca a título de adjudicación en procedimiento judicial sumario, para hacer efectivo el crédito hipotecario constituido por la misma escritura e inscrita en la misma fecha que el de B, la inscripción solicitada determinaría la cancelación de la inscripción hecha a favor de D, y el declarar la preferencia entre dos acreedores del mismo rango no entra en la facultad del Registrador, por hallarse reservada a los Tribunales.

Es confirmada en la citada resolución la nota recurrida por fundamentos a los que aludiremos más adelante.

La resolución de 26 de noviembre de 1917 mantiene doctrina distinta a la expresada. El punto de coincidencia entre ambas estriba en que se ejercitó la acción ejecutiva sólo por un grupo de acreedores; pero en la de 1917 se siguió el procedimiento de la ley de Enjuiciamiento civil y, además, a diferencia de la de 1935, que fué dictada como consecuencia de subsistir parte del crédito hipotecario, se motivó ante la resolución judicial ordenando la cancelación en su totalidad del crédito.

Una vez indicados los supuestos que determinaron dichas resoluciones, nos toca estudiar el siguiente problema: ¿El ejercicio de la acción ejecutivohipotecaria aisladamente por uno de los acreedores debe determinar la subsistencia de la hipoteca a favor del otro acreedor, o, por el contrario, debe cancelarse en su totalidad la hipoteca?

Si contestamos afirmativamente en el sentido de estimar subsistente el crédito del acreedor que no procede ejecutivamente, aplicaremos a créditos del mismo rango la solución adoptada para los créditos preferentes. En otro caso, al resolver la cuestión planteada en el sentido de ser pertinente la cancelación total, llegamos a la solución legal inherente a los créditos hipotecarios posteriores.

Cuál deba ser el punto de vista que debiera seguirse es el objeto de los razonamientos que pretendemos exponer. Pero antes es preciso hacer un recorrido por nuestros preceptos hipotecarios para comprobar si hay una solución a la cuestión objeto de nuestro trabajo:

El artículo 131 de la ley Hipotecaria sólo se refiere, como vimos,

a los créditos preferentes e inferiores. Veamos si existe en otros preceptos alusión a la materia que nos ocupa:

Sólo hemos percibido dos artículos que rozan únicamente el problema expuesto, pero de improcedente aplicación, como trataremos de demostrar:

Estos preceptos son los artículos 135 y 155 de la ley Hipotecaria. El artículo 135 se refiere a ejercicio de la acción hipotecaria para la efectividad del capital del crédito o de los intereses cuyo cumplimiento deba hacerse en plazos distintos. Naturalmente que en los plazos no vencidos no puede surgir la fuerza ejecutiva de la hipoteca, y el adquirente o adjudicatario se subroga en la obligación que pesaba sobre el anterior titular de la finca; exactamente igual que tiene que aceptar las cargas preferentes. Pero éste no es el caso de los llamados créditos simultáneos, ya que aquí el vencimiento es total y en el mismo plazo para ambos acreedores, lo cual determina la no exacta correlación entre los supuestos enunciados.

El artículo 155 de la ley Hipotecaria mantiene la subsistencia de los créditos hipotecarios no ejecutados ante el ejercicio de uno de ellos. Pero el artículo que nos ocupa es de excepción, como consecuencia de la naturaleza específica de la hipoteca que en él se contiene: la constituida en garantía de títulos transmisibles por endoso y al portador, hipoteca especialísima distanciada de las restantes voluntarias, como emanación de la doctrina del título valor del Derecho mercantil. En ella, a diferencia de la hipoteca normal, no constan los nombres de los acreedores y por ende la legitimación registral no se produce, los titulares de los créditos son múltiples y sujetos a los cambios que constantemente se producen como consecuencia de la rapidísima transmisión por el endoso y más aún en los al portador. La intervención de todos los acreedores en esta clase de hipotecas dificultaría su fuerza ejecutiva. Ante la carencia de preceptos legales que resuelvan nuestras dudas, exponemos seguidamente la fundamentación jurídica de la resolución de 1935, que, como veremos, no es contundente, pero que insinúa muchas soluciones:

"La norma diferencial entre cargas anteriores y posteriores a la que se ejecuta, establecida en el procedimiento especial de apremio del artículo 131 de la ley Hipotecaria, se quiebra cuando los gravámenes hipotecarios son simultáneos o del mismo rango, por haber adquirido el puesto sin prelación entre sí en una especie de mancomunidad, y plantea,

al ejecutar uno de los partícipes su parte en el crédito, varios problemas que no tienen fácil solución dentro del procedimiento .", "ya se estime alterado o no el contenido del derecho al inscribirse la cesión de parte del crédito, por la posición ocupada en la serie de inscripciones de la finca y su relación jerárquica en los procedimientos ejecutivos, se entienda que la acción para hacer efectiva parte de la deuda lleva necesariamente a la liquidación de la hipoteca, se examine el asiento de la primera adjudicación en orden a la influencia recíproca de los derechos y de las relaciones entre las inscripciones, siempre nos encontraremos con un mecanismo procesal que no tiene específica reglamentación ni sustitución, dada la naturaleza de las leyes procesales, en las que, como en la hipotecaria, el ámbito de la voluntad es muy limitado ."

Es suficiente lo anteriormente expresado para convencerse que el Centro Directivo no afirma una posición concreta, pudiendo concluir que si bien la situación de los créditos llamados simultáneos no tienen una clara fisonomía dentro del procedimiento, hay que buscarles una regulación para evitar se llegue a situaciones como la recogida en la resolución que hemos examinado.

En este sentido, la resolución de 26 de noviembre de 1917 hizo declaración más explícita: Al mantener el Registrador en su calificación la improcedencia de la cancelación total por estimar estaba, si no en la letra, sí en el espíritu de la Ley la subsistencia de los gravámenes simultáneos, era de aplicación por criterio de analogía la regla 17 del artículo 131 en la parte relativa a dicha subsistencia. Pero el Centro Directivo declaró no ser procedente aplicar dicho criterio y, por consiguiente, resolvió de conformidad a la resolución judicial.

Nuestro punto de vista lo expondré seguidamente. Admitir un procedimiento de ejecución separado para uno de los acreedores, con cancelación parcial del crédito en la parte a él atribuido, la adjudicación a su favor de la finca con la subsistencia de la otra parte de la hipoteca. Y como consecuencia de la segunda adjudicación, cancelar la primeramente realizada, todo ello es a mi juicio otorgar al titular una garantía registral débil, y por otra parte, el segundo acreedor que ejecuta se encuentra desprovisto de protección en el libro hipotecario, salvo que acuda a un procedimiento judicial lento y costoso.

Las instituciones jurídicas de perfiles confusos son aptas para situaciones contradictorias y por ende perturbadoras; por ello tratamos

de fijar cuál es la dirección jurídica a seguir en los llamados créditos de igual rango:

El constar en la inscripción de la hipoteca la cantidad que en el crédito corresponde a cada acreedor no implica que se delimiten derechos con propios contornos e independientes totalmente los unos de los otros; la hipoteca es una en su nacimiento, que aunque susceptible de cesión en parte, no crea una figura novatoria, sino que el cesionario ocupa la posición jurídica del cedente, y este derecho real de hipoteca con carácter unitario (*mancomunidad* es idea empleada en la resolución de 1935) debe ostentar idéntica condición en su efectividad o ejercicio.

Pero, se dirá, ¿hasta qué punto puede prosperar la afirmación de que los acreedores tengan que proceder conjuntamente a la efectividad del crédito hipotecario? Indudablemente, puede no interesar a un acreedor el ejercicio de la acción hipotecaria; los derechos son renunciables conforme al artículo 4.º del Código civil, siempre que no se den las circunstancias prohibitivas contenidas en dicho precepto y el no ejercicio de uno de los acreedores no puede enervar la acción del otro.

Si bien todo ello es verdad y no ofrece en absoluto duda en presencia de la acción personal derivada del crédito, no lo es tanto cuando se ejercita la acción hipotecaria, donde se coordinan principios de orden procesal e inmobiliario registral, y el fraccionamiento de una hipoteca que en parte se cancela y en parte subsiste puede llevar a resultados perturbadores de los propios acreedores.

No trato en modo alguno de dar soluciones definitivas; sólo de llamar la atención sobre problemas no suficientemente tratados y muchas veces nutridos de armas exclusivamente dialécticas, como ocurre en la citada resolución de 1935.

Si bien insisto que no es mi propósito el dar una orientación con caracteres absolutos, pues la experiencia cada vez me enseña que en Derecho es donde más soluciones se encuentran y a veces ninguna es verdadera, me atrevo a señalar una solución al problema de los créditos simultáneos, al menos quizá pueda tener la ventaja de ser un mal menor, aunque de acuerdo con el desenvolvimiento en el folio hipotecario del derecho de hipoteca: El ejercicio de la acción hipotecaria por parte de uno de los acreedores de un mismo derecho de hipoteca debe motivar la actuación ejecutiva del otro u otros acreedores; caso de permanecer pasivamente, debe operarse la cancelación total del crédito.

Si el derecho del segundo adjudicatario acreedor que no ejecutó no es preferente, no debe admitirse que el primero tenga que estar afectado; por su futura energía ejecutiva.

O, lo que es igual, aceptamos en definitiva el porvenir fatalmente sombrío de los créditos posteriores.

De esta forma pudiera dajse al problema una solución que si bien no es diáfana dentro de nuestro ordenamiento positivo, pudiera creerse adecuada a la concepción del derecho de hipoteca, á la garantía que el asiento confiere al adquirente y a la seguridad del tráfico jurídico.

JOSÉ M.^a LÓPEZ TORRES,
Registrador de la Propiedad.

Capacidad jurídica de los Municipios para adquirir, enajenar y gravar bienes, según la legislación vigente

I

EL MUNICIPIO: SU CONCEPTO, CAPACIDAD JURÍDICA Y REPRESENTACIÓN LEGAL

El Municipio es una asociación natural, de carácter público, de personas y bienes, constituida por necesarias relaciones de vecindad y domicilio dentro de un territorio determinado.

Según el artículo 38 del Código civil, las personas jurídicas pueden adquirir y poseer bienes de todas clases, así como contraer obligaciones y ejercitar acciones civiles o criminales, conforme a las leyes y reglas de su constitución.

La ley Municipal vigente, de 31 de octubre de 1935, dice que los Municipios tendrán plena capacidad jurídica dentro de los límites y con los requisitos establecidos en las leyes y que podrán, en consecuencia, adquirir, reivindicar, conservar y enajenar bienes de todas clases, celebrar contratos, establecer y explotar toda clase de obras y servicios públicos, obligarse y ejercitar recursos administrativos, así como acciones civiles, criminales, contenciosoadministrativas y las demás contenidas en las leyes, quedando expresamente derogadas las leyes desamortizadoras en todo cuanto se refieren a los bienes de las entidades municipales, sin perjuicio de los derechos reconocidos en la Hacienda pública.

El Ayuntamiento es el órgano supremo de la Administración municipal, al que corresponde la dirección y gobierno de los intereses morales y materiales del Municipio; ostenta su representación legal y tiene el carácter de corporación de derecho público que encarna la jurisdicción municipal.

Los Ayuntamientos se compondrán de Concejales, Alcalde, Tenientes de Alcalde y Síndicos.

Los Ayuntamientos de Municipios cuya población sea superior a 20.000 habitantes tendrán una Comisión permanente, constituida por el Alcalde y los Tenientes de Alcalde, la cual representará al Ayuntamiento pleno, en los intervalos de sus sesiones, para el cumplimiento y ejecución de sus acuerdos, siendo el órgano constante en orden a la preparación de expedientes, ejercicio de funciones que no admitan intermitencia, y resolución de los casos urgentes. Los acuerdos de la Comisión permanente, en las materias de su competencia, tendrán la misma eficacia que los del Ayuntamiento pleno.

El Alcalde es Presidente del Ayuntamiento y de la Comisión permanente, representante legal de ambos organismos y Jefe de la Administración municipal. Como Presidente del Ayuntamiento y de la Comisión permanente, tiene el Alcalde, entre otras, las siguientes atribuciones: publicar, ejecutar y hacer cumplir los acuerdos de la Comisión permanente y del Ayuntamiento pleno o suspenderlos con arreglo a la ley; representar al Ayuntamiento y establecimientos que de él dependan, y conferir mandato para ejercer dicha representación. Como Jefe de la Administración municipal, le corresponde presidir toda clase de concursos, subastas y adjudicaciones de obras, suministros y servicios municipales.

Los Tenientes de Alcalde sustituyen accidentalmente al Alcalde en vacantes, ausencias y enfermedades.

Es función de los Síndicos la representación del Ayuntamiento en juicio, cuando le fuese delegada por el Alcalde.

La Ley de 13 de julio de 1940 establece un régimen municipal transitorio para los Ayuntamientos de localidades adoptadas por el Caudillo, y según esta ley, la Administración del Municipio adoptado estará a cargo del Alcalde y del Ayuntamiento, del que formarán parte, además del Alcalde, que lo presidirá, de cuatro a diez Concejales, según la escala de población que establece; pudiendo el Alcalde delegar las funciones atribuidas al mismo en Concejales del Ayuntamiento, por ramas de servicios o por Distritos, tomando estos gestores administrativos la denominación de Concejales-Delegados. En las provincias donde existan Municipios adoptados la misma ley instituye el Consejo Provincial de Protectorado Municipal, del que formarán parte el Gobernador civil, Delegado de Hacienda, Presidente de la Diputación Pro-

vincial, Abogado del Estado Jefe, Secretario de la Diputación Provincial y Jefe de la Sección Provincial de Administración local, actuando de Presidente y Secretario el Gobernador civil y el Secretario de la Diputación.

II

ADQUISICIÓN, ENAJENACIÓN Y GRAVAMEN DE BIENES POR LOS AYUNTAMIENTOS: SUS REQUISITOS Y FORMALIDADES LEGALES, SEGÚN LA LEGISLACIÓN VIGENTE

Constituye el patrimonio municipal el conjunto de bienes, derechos y acciones pertenecientes al Municipio. Los bienes municipales se clasifican en bienes de uso público y patrimoniales, y éstos, en propios y comunales. Son de uso público los que determina el párrafo 1.º del artículo 344 del Código civil. Los restantes bienes son patrimoniales, y serán comunales cuando se disfruten gratuita y exclusivamente por los vecinos, y de propios, cuando se destinen directamente a satisfacer necesidades del Municipio o a la realización de servicios municipales.

Según el art. 105 de la ley Municipal vigente, corresponde a la exclusiva competencia del Ayuntamiento pleno la adquisición y enajenación de bienes y derechos del Municipio, y conforme al 106, es de la competencia de la Comisión Permanente la enajenación y adquisición de bienes en precio total no superior a 25.000 pesetas en los Municipios mayores de 100.000 residentes, y no superiores a 15.000 en los demás. Del estudio comparado de estos dos artículos se desprende: que la adquisición de bienes a título gratuito es siempre de la competencia del Ayuntamiento pleno, pues a la Comisión Permanente sólo corresponde la adquisición y enajenación de bienes por precio, cuando éste no sea superior a las cantidades que fija el art. 106, según el número de residentes del Municipio; y en cambio, el art. 105 atribuye al Ayuntamiento pleno la adquisición y enajenación de bienes en general, sin distinguir si son a título oneroso o lucrativo.

Respecto a la enajenación de bienes a título gratuito, dispone el artículo 151 de la ley Municipal que no podrán los Ayuntamientos ceder bienes de su propiedad a título gratuito, a no ser que se trate de cesiones al Estado, región o provincia de edificios o terrenos con destino a instalaciones de servicios beneficiosos para el Municipio, y que

igualmente quedan exceptuadas las cesiones que autoricen las leyes especiales.

En cuanto a la adquisición o enajenación de bienes a título oneroso, ya hemos dicho que las que se hagan en precio total no superior a 25.000 pesetas en los Municipios mayores de 100.000 residentes, y no superiores a 15.000 pesetas en los demás, son de la competencia de la Comisión Permanente, y las que excedan de dichas cantidades, según el número de residentes, corresponden al Ayuntamiento pleno.

Para la adquisición, enajenación y gravamen de bienes por los Ayuntamientos, ¿es necesaria actualmente la autorización o aprobación del Gobierno?

Vamos a contestar a esta pregunta distinguiendo entre las adquisiciones y las enajenaciones, y en aquéllas, entre las adquisiciones a título gratuito y las adquisiciones a título oneroso.

Según los artículos 746, 748 y 994 del Código civil, los Ayuntamientos y Municipios pueden adquirir por testamento con sujeción a lo dispuesto en el art. 38; pero la institución hecha a favor de un establecimiento público bajo condición o imponiéndole un gravamen sólo será válida si el Gobierno la aprueba, y los establecimientos públicos oficiales no podrán aceptar ni repudiar herencias sin la aprobación del Gobierno. Comentando estos artículos, dice el Sr. Sánchez Román, en sus *Estudios de Derecho civil*, que los dos son aplicables a lo que propiamente puede calificarse de *establecimientos públicos oficiales*, cualquiera que sea la base genérica: corporativa o social de persona colectiva y jurídica que tengan, entendiéndose por tales todos aquellos que, cumpliendo fines públicos, mediante funciones oficiales, se hallen regidos bajo la jurisdicción o acción superior inmediata o mediata del Gobierno, representado por el respectivo Ministerio, a cuyo ramo corresponda según las leyes o reglamentos, y aunque existan otras entidades o corporaciones oficiales a las cuales vengán directa y anteriormente sometidos; o, lo que es lo mismo, cuando estén bajo la competencia jerárquicamente graduada de la Administración municipal, provincial o central, o exclusivamente lo sean en esta última. La denominación de *establecimientos públicos oficiales* que hace el art. 994, en relación con el 746, comprende no sólo los que merezcan este nombre por sus fines de beneficencia, enseñanza, etc., sino las entidades mismas, públicas y oficiales, tales como las Diputaciones provinciales y las provincias, los Ayuntamientos y Municipios y otras

semejantes. Generalmente, la aprobación del Gobierno, que es el requisito especial exigido en este caso, será resultado del expediente que se instruya mediante instancia, en comunicación oficial al mismo, con el informe y antecedentes necesarios, elevada al Ministerio correspondiente por el jefe del establecimiento público oficial de que se trate; pero la aceptación de la herencia la prestará éste después de estar expresa y oficialmente autorizado para ello por el Gobierno, o recayendo la aprobación de éste en la realizada por aquél provisionalmente y a reserva de la misma, sin la cual nunca será legalmente eficaz, siendo indiferente que en este sentido se entienda que preceda o subsiga dicha aprobación, puesto que sin ella no hay tal aceptación. El Código no regula ni impone la forma en que ésta ha de prestarse, si pura y simplemente o a beneficio de inventario; pero los términos del art. 994, en cuanto a los requisitos de la aprobación del Gobierno, la hacen forzosamente expresa, excluyendo la tácita, y la naturaleza de la entidad instituida impone, por elemental prudencia en la Administración, y así se ofrece en la práctica, el que se haga bajo la cláusula de beneficio de inventario.

En cuanto a las demás adquisiciones a título gratuito, no parece necesaria la autorización o aprobación del Gobierno para que puedan aceptarse por el Ayuntamiento pleno, salvo que se trate de donaciones o legados hechos a favor del Ayuntamiento o Municipio bajo condición o imponiéndole un gravamen, en cuyo caso pudiera considerarse aplicable, por analogía, lo dispuesto en el art. 748 del Código civil.

Respecto a las adquisiciones a título oneroso, ya hemos visto que son de la competencia de la Comisión Permanente o del Ayuntamiento pleno, según los casos, y no es necesaria para ellas la autorización o aprobación del Gobierno.

Para las enajenaciones de bienes, ya sean a título oneroso o a título gratuito, es siempre necesaria la autorización del Gobierno, con la única excepción establecida en la Real Orden de 11 de septiembre de 1930, y aunque se trate de acuerdos no sujetos a "referéndum".

Según el art. 94 de la ley Municipal, el "referéndum" es obligatorio para enajenar bienes de aprovechamiento común o cuyo importe exceda del 20 por 100 del presupuesto ordinario de ingresos y para otorgar concesiones o aprovechamientos por vía de arrendamiento u otra forma legal por más de treinta años.

El Decreto de 25 de marzo de 1938 dispone que en los acuerdos municipales para los que la legislación anterior exigía el trámite de "referéndum", se sustituya dicho requisito por las formalidades que en él se establecen, formándose el correspondiente expediente, que el Ayuntamiento remitirá al Gobernador civil de la provincia, el cual lo elevará, con su informe, al Ministerio de la Gobernación, quien resolverá en el plazo de un mes, a partir de la entrada del expediente en el Registro general del Departamento, y si en este plazo no se dictara resolución, se entenderá aprobado el acuerdo por el silencio administrativo.

El mismo Decreto de 25 de marzo de 1938, en su art. 5.º, declara vigentes las disposiciones del Real Decreto de 2 de abril de 1930, referentes a empréstitos y enajenación de bienes de las Corporaciones locales, entendiéndose también vigentes las disposiciones ministeriales que lo complementan y aclaran, o sean las Reales Ordenes de 18 de junio y 11 de septiembre de dicho año 1930.

Dice el Real Decreto de 2 de abril de 1930, declarado vigente por el de 25 de marzo de 1938, que las Diputaciones provinciales, los Ayuntamientos y todo organismo oficial con personalidad propia, no podrán enajenar sus bienes patrimoniales sin obtener la previa conformidad del Ministerio de Hacienda, aparte del cumplimiento de los demás requisitos que señalan las disposiciones vigentes, y que a tal efecto se la someterán los proyectos completos que se formulen para dichos fines. Si en el término de un mes no expresara el Ministerio su oposición, se entenderá concedida la autorización demandada.

La Real Orden de 18 de junio de 1930, dictada para la ejecución y cumplimiento del indicado Real Decreto de 2 de abril de dicho año, dispone que los acuerdos de las Diputaciones y de los Ayuntamientos de régimen común, relativos a la enajenación de bienes y derechos patrimoniales de los mismos o de los Establecimientos que de ellos dependan, como inmuebles, derechos reales, títulos, valores y objetos de reconocido mérito, no podrán ser ejecutivos sin la aprobación del Ministerio de la Gobernación, a cuyo efecto, por las Diputaciones o Ayuntamientos interesados se solicitará aquélla, por conducto del Gobernador civil de la provincia respectiva, expresando los motivos de la enajenación, el objeto y fines que persiguen, con los justificantes que estimen necesarios, el que, con su informe, elevará la solicitud al Ministerio de la Gobernación para que resuelva, oyendo previamente al

de Hacienda, a los fines del artículo 1.º del Real Decreto de 2 de abril de 1930, a cuyo efecto le serán remitidas las solicitudes documentadas. En caso de existir discrepancia de criterio en la enajenación proyectada, será sometido el asunto por el Ministerio de la Gobernación a la resolución del Consejo de Ministros.

La Real Orden de 11 de septiembre de 1930, aclaratoria y complementaria del Real Decreto antes citado, dispone, con carácter general: 1.º Que queda, desde luego, autorizada, sin necesidad de recabarla en cada caso, con arreglo a las disposiciones del artículo 1.º del Real Decreto de 2 de abril de 1930, la anajenación por los Ayuntamientos de las parcelas de terreno que resulten verdaderamente sobrantes en la ejecución de obras municipales, o que, siéndolo de vías públicas, lo sean por planos de alineación, bien totales o parciales, siempre que fuesen de las que, con arreglo al art. 46 del Reglamento de 9 de julio de 1924, puede acordar por sí la Comisión Municipal Permanente; y 2.º Que esto no obstante, para la enajenación por los Ayuntamientos de análogas parcelas de terreno resultantes de dichas obras, que reúnan la cualidad de edificables, atribuída pericialmente, o cuya tasación exceda de las sumas máximas que para cada clase de Municipios determinó el núm. 1.º del art. 164 del Estatuto municipal, precisa, por el contrario, la previa conformidad del Ministerio, según determinan los preceptos del repetido artículo 1.º del Real Decreto de 2 de abril de 1930, que le son, por tanto, aplicables.

Las parcelas de terreno cuya enajenación podía acordar por sí la Comisión Municipal Permanente, con arreglo al art. 46 del Reglamento de 9 de julio de 1924, eran aquellas en que la cuantía de lo enajenado no rebasara los límites fijados en el núm. 1.º del art. 164 del Estatuto municipal de 8 de marzo de 1924, y los terrenos o pequeñas parcelas a que se refiere la Ley de 17 de junio de 1864 e Instrucción de 20 de marzo de 1865. Y los contratos comprendidos en el núm. 1.º del art. 164 de dicho Estatuto municipal eran: los que no excedían de 15.000 pesetas en su total importe, o de 1.500 pesetas las entregas que debían hacerse anualmente, siempre que no fuesen más de diez, en los Municipios mayores de 100.000 habitantes; de 10.000 pesetas en los mayores de 25.000 y menores de 100.000; de 5.000 pesetas en los mayores de 10.000 y menores de 25.000, y de 2.500 pesetas en los restantes, siendo aplicables a esta escala la misma proporción de anualidades indicada en primer término. Dicha escala se

haya sustituida hoy por la que establece el núm. 4.º del art. 125 de la ley Municipal vigente, o sea aquellos contratos cuyo total importe de presente o a plazos no exceda de 20.000 pesetas en los Municipios mayores de 100.000 residentes, de 10.000 pesetas en los mayores de 30.000 residentes, de 5.000 pesetas en los mayores de 5.000 residentes, y de 2.500 pesetas en los restantes.

La Ley de 13 de julio de 1940 establece un régimen municipal transitorio para las localidades adoptadas por el Caudillo, y en su artículo 4.º dispone que corresponde a la exclusiva competencia del Ayuntamiento la enajenación de bienes y derechos municipales; y en el art. 11, que serán funciones del Consejo Provincial de Protectorado Municipal, en relación con los Municipios adoptados, informar los expedientes de enajenación de bienes patrimoniales y de transacción sobre bienes de la misma índole, sin perjuicio de las autorizaciones que se requieran de los Ministerios de Hacienda o Gobernación, conforme a la Ley.

Y la Circular de 4 de agosto de 1939, sobre acuerdos sujetos a "referéndum" y a otras autorizaciones, dice: "Por Decreto de 25 de marzo de 1938 se establecieron las formalidades a que quedaban sujetos los acuerdos municipales para los que la legislación vigente exige el trámite de "referéndum". Dichas formalidades tienen como terminación definitiva la resolución del Ministerio de la Gobernación. Pero ocurre, en ocasiones, que los acuerdos municipales de que se trata, además del requisito del "referéndum", están sujetos a otras autorizaciones distintas. En todos estos casos de sujeción del acuerdo a dos aprobaciones o autorizaciones distintas debe entenderse que la que se conceda por el Ministerio de la Gobernación, en sustitución del trámite de "referéndum", no dispensa a la Corporación de recabar, de quien sea pertinente, la otra conformidad exigida. Por ello, se encarece a los Alcaldes y a los funcionarios de Administración local competentes que, antes de dar ejecución a los acuerdos municipales sujetos a "referéndum" y a otra autorización, cuiden de examinar si se han cumplido todos los requisitos que para la perfecta validez del acto administrativo exige la vigente legislación."

Resulta, pues, de una manera clara y terminante que los acuerdos municipales referentes a la enajenación de bienes y derechos del Municipio necesitan, para su validez, la autorización o aprobación del Ministerio de la Gobernación, oyendo previamente al de Hacienda o la

resolución del Consejo de Ministros, en el caso de discrepancia entre ambos Ministerios, por los trámites señalados en la Real Orden de 18 de junio de 1930, sin perjuicio de obtener, además, el "referéndum" en los casos en que sea necesario, por los trámites fijados en el Decreto de 25 de marzo de 1938, y que terminan también, como ya hemos dicho, con la resolución del Ministerio de la Gobernación.

Sólo se exceptúan de la necesidad de la autorización o aprobación ministerial y pueden ejercitarse sin ella, conforme a lo dispuesto en la Real Orden de 11 de septiembre de 1930, los acuerdos referentes a la enajenación de parcelas de terreno que resulten verdaderamente sobrantes en la ejecución de obras municipales, o que, siéndolo de vías públicas, lo sean por planos de alineación, totales o parciales, siempre que dichas parcelas no reúnan la cualidad de edificables, atribuida pericialmente, ni su tasación exceda de 20.000 pesetas en los Municipios mayores de 100.000 residentes, de 10.000 pesetas en los mayores de 30.000 residentes, de 5.000 pesetas en los mayores de 5.000 residentes, y de 2.500 pesetas en los restantes. Cuando dichas parcelas sean edificables o exceda su tasación de las cantidades indicadas, según el número de residentes del Municipio, es también necesaria la autorización ministerial para llevar a efecto los acuerdos referentes a su enajenación.

En cuanto al requisito de la subasta para la enajenación o gravamen de bienes municipales, ésta no se consideraba necesaria antes de la vigencia de la ley Municipal de 31 de octubre de 1935, y así opinaba el Registrador de la Propiedad D. Joaquín Domínguez Barrós, en un artículo publicado en el núm. 141 de la *Revista de Derecho Privado*, correspondiente al día 15 de junio de 1925, comentando el Estatuto municipal de 8 de marzo de 1924 y los Reglamentos dictados para su ejecución, en lo referente a la adquisición, venta y gravamen de bienes inmuebles y derechos reales. Actualmente, y según lo dispuesto en el art. 150 de la ley Municipal vigente, los bienes patrimoniales no podrán ser enajenados ni arrendados por más de cinco años sino mediante subasta. También se exigirá este requisito para su arrendamiento por más de dos años cuando el importe de aquél exceda de las cantidades que se señalan en el párrafo 4.º del art. 125 de dicha Ley, indicadas anteriormente.

Ya hemos visto cuáles son las formalidades y requisitos legales necesarios, según la legislación vigente, para la adquisición, enajena-

ción y gravamen de bienes por los Ayuntamientos, como representantes legales de los Municipios. Y ahora sólo nos resta recordar: que son nulos los actos ejecutados contra lo dispuesto en la Ley; que la inscripción en el Registro de la Propiedad no convalida los actos o contratos nulos; que los Registradores pueden y deben calificar, bajo su responsabilidad, la validez de las obligaciones consignadas en las escrituras públicas a los efectos del art. 65 de la ley Hipotecaria; y que, según el art. 145 del Reglamento del Notariado, cuando, por consecuencia de resoluciones o expedientes de la Administración central, provincial o municipal, deba otorgarse escritura pública, el Notario requerido para autorizarla tendrá derecho a examinar, sin entrar en el fondo de ella, si la resolución se ha dictado y el expediente se ha tramitado con arreglo a las leyes, reglamentos u ordenanzas que rijan en la materia; y que el Notario no sólo debe excusar su ministerio, sino negar la autorización notarial cuando en los contratos de adquisición y transmisión de bienes del Estado, la Provincia o el Municipio, las resoluciones o expedientes, bases del contrato, no se hayan dictado o tramitado con arreglo a las leyes, reglamentos u ordenanzas.

V. RIBELLES ORTIZ.

Notario de Valencia.

La intervención estatal en las Sociedades Mercantiles y su repercusión en la práctica notarial

No es nueva la intervención del Estado en las Sociedades Mercantiles. Decía el profesor Garrigues, en el año 1933 (1), que lo que mejor caracteriza la última evolución que en la Sociedad Anónima estamos presenciando hoy, es la penetración del influjo del Estado no sólo en las empresas concesionarias de obras públicas, sino en todas las Sociedades por acciones, y no ya para proteger los derechos privados de los accionistas, como punto de transacción entre el liberalismo y el intervencionismo, sino para incorporar las Sociedades por acciones al organismo total de la economía pública. Como se ve por el certero comentario anterior, aquella primera postura de los comentaristas, pretendiendo velar por los intereses de los accionistas contra las maniobras ilegales de los Consejos de Administración poco escrupulosos, han dado paso a una nueva posición del Estado frente a las Sociedades por acciones, en beneficio del propio Estado.

Aquella intervención se había traducido, hasta ahora, en la limitación de entrada de personas y capitales extranjeros y en la declaración de incompatibilidad para formar parte de los Consejos de Administración (2). En la Legislación española se encuentran diferentes disposiciones que merman la libertad omnimoda a que hasta entonces

(1) *Nuevos hechos, nuevo Derecho de Sociedades anónimas*. Madrid.

(2) El Real Decreto de 14 de junio de 1921 dispone que las concesiones de minas no se otorgarán más que a españoles o a Sociedades constituidas y domiciliadas en España, siendo en este caso indispensable que el Presidente del Consejo de Administración y los cargos que indica sean desempeñados por españoles.

El Real Decreto de 12 de octubre de 1923 declara las incompatibilidades de determinados cargos políticos para ser vocal de los Consejos de Administración, circunstancia que habría de hacerse constar en la escritura de constitución, quedando aclarada tal disposición en la Orden de 29 de octubre de 1923 y en otra de 2 de febrero de 1924. Una Orden del Ministerio de Trabajo de 27 de junio prohibió a las Sociedades de responsabilidad limitada dedicarse a la explotación del seguro.

habían tenido las Sociedades para desenvolver sus actividades en la forma que tenían por conveniente, si bien hay que reconocer que la eficacia de aquellas disposiciones fué sólo relativa, porque en cuanto a extranjeros, los tratados y convenios echaban por tierra tales limitaciones, y en cuanto a la intervención de los políticos de altura en las Sociedades, fué mal que nunca pudo desterrarse. Sabido es que las Sociedades extranjeras no pueden adquirir fincas rústicas en España (Decreto de 28 de julio de 1931, reformado muy imperfectamente por el de 16 de febrero de 1932). La Ley de 24 de noviembre de 1939, de protección y fomento de la industria nacional, ordena en el artículo 5.º que el capital de las industrias será de españoles en sus tres cuartas partes, como mínimo. Para los interesantes problemas que se suscitan con motivo de lo legislado sobre moneda, tratándose de extranjeros, remitimos al lector a la obra de Ubierna, *Régimen legal español de la moneda extranjera* (pág. 68 y siguientes) (1).

En este artículo nos proponemos únicamente examinar la Ley de 19 de septiembre, la Orden de 23 de octubre y la Ley de 10 de noviembre, todas del pasado año 1942.

La Ley de 19 de septiembre consta de cinco artículos. En el artículo 1.º se obliga a las Sociedades Anónimas, a las Comanditarias y a las Limitadas domiciliadas en España, que estén sujetas a la tarifa tercera de Utilidades y que obtengan en el ejercicio económico beneficios líquidos superiores al 4 por 100 del capital social, a partir del actual ejercicio, a deducir de los expresados beneficios el 10 por 100, como mínimo, hasta conseguir una reserva que alcance la quinta parte del capital desembolsado, y la tercera, tratándose de Sociedades Bancarias o de Seguros. Si, hecha la reserva, los beneficios no llegasen al 4 por 100, se hará la consiguiente reducción para que el mínimo de 4 por 100 quede en todo caso de libre disposición de la empresa.

El artículo extractado es claro y no ofrece lugar a dudas: el 4 por 100 queda respetado en todo caso, y en cuanto al exceso líquido, se estará a lo que la disposición que exponemos indica; los motivos de la reforma aparecen explícitos en la exposición de la Ley, obligándose

(1) Girón Tena, en su magnífico libro sobre *Las Sociedades de economía mixta*, (Madrid, 1942), dice en la introducción: "Observando la realidad, se ve que las directrices ideológicas de los nuevos Estados se van proyectando paulatinamente en el campo propio del Derecho privado." Lo cierto es que en estas Sociedades el intervencionismo del Estado se convierte en una verdadera participación en la gestión y dirección: el Estado es un socio más, pero sus opiniones no pueden ser discutidas, sino acatadas.

a las empresas a constituir un fondo de reserva forzoso en beneficio de las mismas y del interés público. Parece que constituida una reserva de la quinta parte del capital desembolsado, no tratándose de Sociedades Bancarias y de Seguros, y de la tercera parte en estos casos, la obligación de reserva desaparece y las empresas pueden libremente dar a los beneficios la aplicación que autónomamente determinen. El párrafo segundo del artículo extractado ordena que la reserva legal de que se trata sólo podrá destinarse a cubrir en su caso el saldo deudor de pérdidas y ganancias y habrá de contabilizarse en el pasivo del balance bajo rúbrica especial.

El art. 2.º dice que las Sociedades podrán acelerar la constitución del fondo de reserva legal transfiriendo de otras cuentas de reserva libres las sumas que tengan por conveniente, pero sin que, al hacerlo así, queden relevadas de la obligación de efectuar las detracciones anuales a que se refiere el artículo anterior. Suponemos igualmente que, cubierta la reserva legal, podrán, como indicábamos antes, dar a los beneficios el destino que mejor estimen.

AMPLIACIONES DE CAPITAL

El art. 3.º prohíbe el aumento de capital de las Sociedades Anónimas de capital superior a cinco millones de pesetas, sin previa autorización del Ministerio de Hacienda. Este precepto no será de aplicación a las ampliaciones que se hagan en su totalidad con cargo a *fondos de reserva o beneficios*.

La disposición no es nueva; recuérdese la Ley de la Jefatura del Estado de 24 de noviembre de 1938, que requería aprobación administrativa, otorgada por el Ministerio de Hacienda, para los acuerdos de las Juntas generales o Consejos de Administración, que actúen en la zona Nacional, de las Sociedades Anónimas españolas, relativos a ampliaciones o reducciones de capital social, emisión y amortización de obligaciones, bonos o cédulas, puestas en circulación de títulos, etcétera, quedando exceptuadas del régimen establecido las Sociedades españolas que tuvieran la totalidad de sus negocios en el extranjero, disponiendo el art. 2.º de aquella disposición que lo ordenado en el artículo precedente tendría efectos retroactivos para los acuerdos de Juntas de Accionistas y Consejos de Administración que, tomados con

anterioridad, no se hubieran consumado. disposición derogada por la Ley de 25 de agosto de 1939. La Orden de 19 de enero de 1940 dice que, en virtud de la Ley de 25 de agosto de 1939, quedarán sujetos a la aprobación del Gobierno las designaciones ya hechas o que en lo sucesivo se hicieran de Consejeros de Administración, Directores, Gerentes o de quienes con otra denominación desempeñarán funciones análogas en las Sociedades Anónimas que se encontraran en alguna de las condiciones siguientes: 1.^a Tener un capital no inferior a cinco millones de pesetas. 2.^a Ser concesionario de obras públicas. 3.^a Dedicarse a la producción de elementos de la defensa nacional, y 4.^a Sociedades de Crédito, regulando la forma de cumplimentar aquella disposición.

El art. 3.º, que antes hemos extractado, tampoco ofrece grandes dificultades en su cumplimiento, si bien faltan las normas de aplicación, de modo análogo a las dadas para la ejecución de la Ley de 24 de noviembre de 1938 y contenidas en la Orden de 26 de enero de 1939, donde con toda claridad se especifica el procedimiento para solicitar la autorización, si bien en el artículo siguiente (4.º de la Ley que examinamos) queda autorizado el Ministro de Hacienda para dictar las disposiciones necesarias para la ejecución de la Ley.

El art. 4.º, además de autorizar al Ministro de Hacienda para lo que antes se indica, o sea para dictar las disposiciones necesarias para la ejecución de la Ley, le faculta para ordenar que hasta una mitad de la reserva legal se constituya precisamente en Títulos de la Deuda del Estado o del Tesoro, que serán depositados en un Banco oficial o inscrito en el Comité Central de la Banca Española, sin que puedan servir de base para ninguna operación de préstamo o crédito, salvo en casos especiales y previa autorización del Ministerio de Hacienda. Queda igualmente autorizado el Ministro de Hacienda para levantar la prohibición del art. 3.º, o sea la ampliación de capital en las Sociedades de capital superior a cinco millones de pesetas, cuando las circunstancias lo aconsejen. La disposición del art. 4.º, facultativa para el Ministerio, supone que ínterin el Ministro no lo ordene, no tendrá lugar la constitución de la reserva en Títulos de la Deuda o del Tesoro.

El acto de impedir que los valores del Estado del fondo de reserva puedan ser objeto de préstamo o crédito, no hace más que corroborar el criterio de afianzamiento de las posibilidades de las empresas, que quedaría desvanecido si tales reservas, consistentes en los re-

feridos valores, quedaran a merced de la ejecución de un acreedor los demás valores no consistentes en Deudas del Estado o del Tesoro, parece que quedan fuera de dicha prohibición.

Por último, dispone el art. 5.º de la Ley que examinamos que ella no es de aplicación al Banco de España.

ORDEN DE 23 DE OCTUBRE DE 1942

El Ministerio de Hacienda, en uso de la facultad que le atribuye el art. 4.º de la Ley anterior, dispone: 1.º Todos los acuerdos sociales de modificación de capital, de puesta en circulación de acciones y de absorción, fusión o transformación, adoptada o que se adopte, por Sociedades Anónimas de capital superior a cinco millones de pesetas, desde la publicación de la Ley de 19 de septiembre último, deberán ponerse inmediatamente en conocimiento de este Ministerio, mediante la presentación de certificaciones de las actas correspondientes.

Como el párrafo copiado claramente indica, ya no se trata de prohibición de ampliar el capital social; la intervención del Ministerio alcanza a toda modificación, incluso reducción, puesta en circulación de acciones, absorción, fusión o transformación, tanto por acuerdos adoptados a partir de la Ley de 19 de septiembre, como por acuerdos posteriores; por consiguiente, si la Sociedad tiene tomado un acuerdo de reducción de capital, de puesta en circulación de acciones, aunque ésta obedezca a aumentos anteriores a aquella fecha, de absorción de otras empresas, fusión con otras Sociedades o transformación (verbi-gracia, cambio de una Sociedad Anónima en Colectiva o Limitada), será puesto en conocimiento del Ministerio de Hacienda.

Es decir, que tales actos, al no estar prohibidos, pueden realizarse, pero bajo la base de ponerlo en conocimiento del Ministerio. Ya veremos más adelante cómo ha sido modificado el criterio de esta Orden de 23 de octubre de 1942.

El párrafo segundo del artículo 1.º que examinamos, obliga a los representantes de Sociedades Anónimas de capital superior a cinco millones de pesetas, constituidas con posterioridad al 19 de septiembre, a comunicarlo al Ministerio presentando copia (no dice si simple o auténtica) de la escritura fundacional. La prescripción es terminante; se comunicará inmediatamente (sin señalar plazo), sin que el Estado espere a obtener la noticia por los conductos hasta ahora corrientes (Registro

de Sociedades Anónimas, Registros Mercantiles, Delegaciones de Hacienda) (1).

El art. 2.º de la Orden que examinamos dispone que las Sociedades Anónimas de capital superior a cinco millones, que tengan en su cartera acciones de otras empresas por importe que represente más de la quinta parte del capital social de estas últimas, deberán comunicarlo también al Ministerio, indicando el número de las que posean, valor nominal de las mismas y cantidades por las que figuran contabilizadas en sus libros, acompañando su Memoria, Balance y cuenta de Pérdidas y Ganancias correspondiente al último ejercicio.

La disposición de este primer párrafo del art. 2.º tiene su fundamento en el hecho, por demás corriente, de las fluctuaciones de valor, no siempre justificadas, de los valores en cartera de otras empresas filiales o secundarias que influyen sensiblemente en la cuenta de Beneficios, por cuanto, las más de las veces, esos valores se adquirirían a la par o con prima, y a lo largo del ejercicio sufrían una depreciación considerable.

El párrafo segundo de este artículo obliga a comunicar la tenencia de tales valores cuando el importe rebase el límite antes fijado, y agrega el párrafo tercero que los beneficios que experimente la cartera, de títulos-acciones de las empresas mencionadas en los dos párrafos precedentes, deberá ser puesto también en conocimiento del Ministerio, con indicación de las circunstancias a que obedezcan tales variaciones.

Por último, el art. 3.º de la Orden citada dispone que, en relación a lo establecido en la Orden que extractamos, el Ministro de Hacienda podrá exigir la presentación de documentos y ordenar las comprobaciones contables que estime precisas.

LEY DE 10 DE NOVIEMBRE DE 1942

La Ley en cuyo examen entramos es de la mayor importancia, como luego se verá, porque no sólo corrobora lo que establecen las disposiciones antes examinadas, sino que amplía las restricciones en forma aún más severa.

(1) La Orden del Ministerio de Justicia de 26 de junio de 1941 hace extensiva a los Notarios la obligación de enviar las relaciones mensuales de Sociedades constituidas, establecida para los Registros mercantiles en la Orden, también del Ministerio de Justicia, de 20 de mayo del mismo año; de tales relaciones, con arreglo a la segunda disposición citada, están excluidas las Sociedades anónimas.

El artículo 1.º dispone: "Las Sociedades Anónimas cuyo capital exceda de cinco millones de pesetas deberán solicitar la autorización a que se refiere el art. 3.º de la Ley de 19 de septiembre último, no sólo en el caso de emisión de nuevas acciones, sino también en el de puesta en circulación de acciones que tuvieran en cartera: también deberán solicitar la autorización indicada las Sociedades Anónimas de capital inferior al expresado, cuando el aumento que proyecten haga rebasar aquella cifra."

El artículo anterior, en relación con el art. 3.º de la Ley de 19 de septiembre de 1942, amplía la prohibición no sólo al caso de aumento de capital, sino además en el supuesto de puesta en circulación de acciones que la Sociedad tuviera en cartera. Por consiguiente, las ampliaciones ya efectuadas que no hubieran cristalizado en un desembolso, sin reserva de acciones, mediante la conservación de acciones para ser lanzadas en momento oportuno, tiene como límite la necesidad de la autorización del Ministerio de Hacienda. Era muy corriente la constitución de Sociedades con capital crecido y desembolso de momento de una pequeña parte, reservando en cartera la mayoría de las acciones para lanzarlas al mercado en el momento propicio; la índole de algunas empresas no permitía otra cosa, y a veces tampoco era necesario de momento un gran volumen de capital para la iniciación de las operaciones de compra de patentes, por ejemplo, de llevar a efecto negociaciones para explotación de negocios, etc.; esta posibilidad se desvanece en virtud de la disposición que examinamos, que requiere la previa autorización. Por otra parte, empresas poderosas habían hecho recientemente grandes imposiciones de capital, con reserva igualmente de acciones en cartera, que ahora no podrán lanzar al mercado sin el permiso correspondiente. La exposición de motivos de la Ley que estudiamos es lo suficientemente explícita para necesitar mayores aclaraciones.

"Artículo 2.º Igual autorización necesitarán para constituirse todas las Sociedades Anónimas y demás de responsabilidad limitada, cualquiera que sea la cuantía de su capital, que concedan para la suscripción de éste derechos de preferencia a otras entidades, a los socios o accionistas de éstas, o que se constituyan a base de la *absorción de otras empresas o incorporación de negocios que vinieran explotándose con anterioridad*." De este artículo, como es visto, quedan excluidas las Sociedades Colectivas, y parece también que las Comanditarias, concretándose la prohibición a las Anónimas y a las Limitadas, que en defini-

tiva no son más que Sociedades de capital y no de personas (1); la prohibición de la preferencia está justificada, porque si no, el procedimiento para la inobservancia de la prohibición antes estudiado consistiría sencillamente en crear nuevas empresas con reserva de los derechos de suscripción a favor de los mismos accionistas de las Sociedades que en lo futuro no pueden ampliar su capital si no es con las formalidades de la Ley. La absorción de empresas o negocios se impide, sin duda, para evitar la valoración de los mismos en términos que influyan en la economía nacional, por cuanto éstos figuraran generalmente en los balances con un capital reducido, reflejo de tiempos anteriores y que por las circunstancias actuales podrían ser valorados con cifras no convenientes.

El último párrafo de este art. 2.º envuelve en su letra una prohibición de la mayor importancia, que tal vez no está en el espíritu de la disposición: entendida como antes queda reproducida, parece que, en lo sucesivo, no es posible crear una Anónima o una Limitada para explotar cualquier clase de industria o negocio, siquiera sea modesto, por medio de un comerciante colectivo; claro que la prohibición no puede ir más allá de lo que la misma dice, y como es consiguiente, si se prohíbe constituir una Sociedad para explotar un negocio, parece que no hay inconveniente en que se constituya una Sociedad con un objeto determinado, la cual, en el transcurso de su vida, puede comprar los bienes y negocios que tenga por conveniente. De momento y respetando fielmente lo que el artículo indica, el colapso en constitución de Sociedades es absoluto, porque para constituir una Compañía de un capital de mil o dos mil pesetas para la explotación de pequeños negocios no es posible seguir los trámites de la solicitud de la previa autorización. Estimamos, como decíamos antes, que el espíritu de la disposición no debe ser el que arroja su tenor literal y parece que para la constitución de estas pequeñas empresas no es necesaria la autorización, si bien, como antes indicábamos, en tanto la Ley no se reforme, la prohibición debe ser respetada.

"Artículo 3.º Las Sociedades que se constituyan o domicilien en la zona del Protectorado en Marruecos, *cualquiera que sea su forma y la cuantía de su capital*, tendrán que solicitar autorización del Ministerio de Hacienda para emplear, en negocios que se desarrollen en territo-

(1) Sobre las Sociedades de responsabilidad limitada, véase Navarro Azpeitia: "La configuración de la Sociedad limitada a través de la práctica notarial" *Revista de Derecho Privado* 1942, p.º 24. Munsuri: "El interés público y las Sociedades de responsabilidad limitada", *Revista de Legislación y Jurisprudencia*, t. 161, pág. 439.

rio español, todo o parte de su capital." Este art. 3.º amplía la prohibición a las Sociedades Colectivas y a las Comanditarias, lo mismo que a toda clase de Sociedades civiles; por consiguiente, el régimen de libertad en cuanto a estas últimas que existe en el territorio español, no rige con referencia a la zona del Protectorado español en Marruecos; como es de suponer, esta prohibición no llega a las demás posesiones extrañas a aquel Protectorado.

"Artículo 4.º Las Sociedades Anónimas y las demás que limiten la responsabilidad de sus socios por las obligaciones sociales, que posean acciones o participaciones de otras empresas por importe que represente más de la quinta parte del capital social de estas últimas, deberán poner en conocimiento del Ministerio de Hacienda el número de las que posean correspondientes a cada empresa, valor nominal de las mismas y cantidades por las que figuren contabilizadas en sus libros.

"Igual comunicación deberán producir las que en lo sucesivo lleguen a poseer acciones o participaciones de otras entidades por importe que rebase el límite anteriormente establecido.

"Las variaciones que experimenten las acciones o participaciones a que este artículo se refiere deberán ser puestas también en conocimiento del Ministerio de Hacienda, con indicación de las circunstancias a que obedezcan dichas variaciones."

Este artículo no hace más que reproducir y ampliar lo dispuesto en la Orden de 23 de octubre de 1942, en el art. 2.º, antes copiado.

"Artículo 5.º La supervaloración atribuida a partir de 30 de septiembre de 1942 a los elementos constitutivos del activo de las empresas, aunque procedan de otras distintas, podrán no computarse "a ningún efecto" en la liquidación de las contribuciones que graven sus beneficios cuando, atendidas las circunstancias que en cada caso concurren, el mayor valor no tenga influencia en la obtención de dichos beneficios, si tal supervaloración no hubiera luchado en contra de empresas sometidas a los mismos gravámenes. Del mismo modo se procederá respecto a los aumentos de capital no comprendidos en el caso anterior y posteriores a la indicada fecha que, dadas las características de su inversión, resulten innecesarios para la explotación normal del negocio.

"Igualmente podrá no computarse la diferencia en más que en su caso exista entre el importe en que figuren valoradas las acciones o participaciones que una Sociedad posea y por medio de las cuales ejerza el control de la entidad a que tales títulos o participaciones correspon-

dan, y el valor desembolsado de ésta, más la parte proporcional de las reservas que tenga constituídas la entidad emisora; quedando autorizado el Ministro de Hacienda para liquidar las contribuciones sobre beneficios considerando como unidad económica a la entidad que ejerza el control y a las que estén sometidas a la misma, mediante la consolidación o integración de sus respectivos balances y cuentas de resultados, o a integrar en la base impositiva de aquéllas la expresada diferencia, en la parte proporcional que corresponda, en caso de absorción o incorporación total o parcial del activo de la empresa o empresas controladas."

El artículo que acabamos de copiar contiene una disposición de la mayor importancia; en la lucha entablada entre el contribuyente, de una parte, y la Hacienda, de otra, aquél ha buscado los medios más a su alcance para reducir las cuotas contributivas; es claro que a mayor capital, el porcentaje de beneficios se reduce, y como las empresas españolas, en su inmensa mayoría, eran de capital reducido, los beneficios en esta época anormal de postguerra, no de guerra, son considerables, las inflaciones del mismo son desconocidas para el legislador, y ello se hace con efectos retroactivos, alcanzando a los aumentos de capital verificados con posterioridad a 30 de septiembre de 1942 que se consideran innecesarios para la explotación normal del negocio; naturalmente que las ampliaciones justificadas (por mejora de instalaciones, adquisición de maquinaria, etc.) subsistirán intangibles y con todos sus efectos; pero las de pura conveniencia no surtirán los efectos que con ellas se buscaba.

Lo cierto es que no hay la debida paridad entre los precios de coste, de producción y de venta, con el capital de las empresas; que se ha buscado el medio de solucionar este problema y que por entidades económicas se han dado soluciones; pero la realidad es que el legislador no ha querido autorizar esas supervaloraciones, que, por otra parte, si bien de momento pudieran suponer un perjuicio para el Tesoro, a la larga serían para el mismo una preciosa fuente de ingresos. Piénsese en todo lo que recaudaría la Hacienda por impuestos de Derechos reales y Timbre si se autoriza la revalorización de las diversas partidas del Activo, siendo curioso el acuerdo del Tribunal Económico-Administrativo central de fecha 16 de mayo de 1936 (1), en el que declara que la dife-

(1) Puede consultarse en la Revista *La Jurisprudencia Económico Administrativa*, tomo V, pág. 467.

rencia de valor en más de las acciones de una Sociedad disuelta, aportadas a otra, no da lugar a exacción ni por la tarifa 3.^a ni por la 2.^a de Utilidades. De establecer otro criterio,—dice el Alto Tribunal—, habría de plantearse el problema de analizar en toda constitución de Sociedad la procedencia y valor de los bienes a ella aportados. Como es lógico, el fallo se dictó en época en que no existía la ley de Beneficios extraordinarios.

Los dos últimos artículos de la Ley que examinamos, el 6.º y el 7.º, no contienen más que la debida autorización del Ministro de Hacienda.

Las consecuencias que en el orden notarial resultan de las disposiciones legales citadas pueden resumirse así: queda prohibido sin autorización, y, por consiguiente, el Notario deberá abstenerse de

a) Autorizar escrituras de aumento de capital de las Sociedades anónimas de más de cinco millones de pesetas.

b) Autorizar escrituras de puesta en circulación de acciones de Sociedades anónimas de capital mayor al indicado.

c) Autorizar escrituras de constitución de Sociedades anónimas y de responsabilidad limitada, cualquiera que sea la cuantía de su capital, que conceda para la suscripción de éste derechos de preferencia a otras entidades, a los socios o accionistas de éstas, o que se constituyan a base de la absorción de otras empresas o incorporación de negocios que vinieran explotándose con anterioridad.

d) Autorizar escrituras en las que de cualquier modo Sociedades constituídas o domiciliadas en Marruecos aporten capital para negocios que se desarrollen en territorio español.

e) Autorizar escrituras de aumento de capital en Sociedades anónimas de menos de cinco millones de pesetas, si el aumento rebasa esta cifra, sin previa autorización.

Está permitido:

a) Autorizar escrituras de aumento de capital de Sociedades anónimas de más de cinco millones de pesetas si la ampliación se hace totalmente con cargo a fondos de reserva o beneficios.

b) Autorizar escrituras de modificación de capital (no aumento), absorción, fusión o transformación de las Sociedades anónimas de más de cinco millones de pesetas, si bien con la obligación de ponerlo en conocimiento del Ministerio de Hacienda.

c) Cuanto no queda especificado en las anteriores notas prohibitivas.

Con lo expuesto, y sin pretensiones de ninguna clase, hemos intentado poner al alcance de los lectores de la REVISTA las repercusiones que las últimas reformas han de tener en la práctica notarial y, por consiguiente, en la práctica del Registro Mercantil. Es de esperar que la Superioridad amplíe tales disposiciones, desarrolle el contenido de la Ley de 10 de noviembre, en virtud de lo dispuesto en el artículo 7.º de la misma, aclarando el contenido del artículo 2.º; si ello ocurre, volveremos a tratar de esta materia, de indudable interés para los profesionales del Derecho.

ENRIQUE TAULET

Notario de Valencia.

Jurisprudencia de la Dirección general de los Registros y del Notariado

¿ESTÁ FACULTADA UNA VIUDA QUE RENUNCIÓ GRATUITAMENTE SUS DERECHOS A LOS GANANCIALES Y A LA HERENCIA DE SU MARIDO EN BENEFICIO DE LOS HIJOS COMUNES, CON LA LIMITACIÓN—QUE SE CONSIGNÓ EN LAS INSCRIPCIONES RESPECTIVAS—“DE QUE NINGUNO DE ÉSTOS PODRÁ VENDER, PERMUTAR NI GRAVAR LAS FINCAS QUE SE LE ADJUDIQUEN MIENTRAS VIVA SU MADRE”; ESTÁ FACULTADA—REPETIMOS—DICHA VIUDA PARA PRESTAR CONSENTIMIENTO EFICAZ, CON EL FIN DE QUE UNA DE LAS HIJAS HIPOTEQUE FINCAS QUE SE LE ADJUDICARON EN LA ESCRITURA PARTICIONAL DEL CAUDAL RELICTO, O SI, ADEMÁS, ES NECESARIA LA RECTIFICACIÓN DE DICHAS INSCRIPCIONES, PREVIA LA CONFORMIDAD DE LOS RESTANTES HIJOS, Y, EN SU DEFECTO, UNA EJECUTORIA EN QUE SE DECLARE LA NULIDAD DE LOS ASIENTOS PRATICADOS EN EL REGISTRO DE LA PROPIEDAD?

Resolución de 25 de febrero de 1943. “B. O.” de 2 de marzo.

D. A. P. P. falleció bajo testamento en el que—por una de sus cláusulas—instituyó por heredera usufructuaria de todos sus bienes, derechos y acciones presentes y futuros a su mujer, J. D. A., y por herederos propietarios de los mismos a sus seis hijos, que adquirirían el pleno dominio a la muerte de la usufructuaria. Para el caso de que alguno de dichos hijos o sus descendientes se opusiere al exacto cumplimiento de lo dispuesto, legaba el pleno dominio del tercio de libre disposición—deduciendo determinado legado a un hijo—a su referida esposa, a la que instituía, además, heredera de la cuota legal; y mejoraba en el tercio al efecto a los hijos que estuviesen conformes con que su esposa usufructuasè todos los bienes.

Protocolizadas las operaciones particionales—que los herederos habían practicado privadamente—y previa renuncia por la viuda, J. D. A., a todo lo que por gananciales, legado y usufructo pudiera corresponderle en su disuelta sociedad conyugal en beneficio de sus hijos, se formaron las respectivas hijuelas y se adjudicaron todos los bienes del testador en pleno dominio a aquéllos, así como los que habrían correspondido a la viuda en la disuelta sociedad conyugal, si bien con la condición—aceptada por los herederos—con que la repetida viuda había hecho la renuncia “de que ninguno de dichos *herederos* podrá vender, permutar ni gravar las fincas adjudicadas hasta que concurra el fallecimiento de su madre”.

Por escritura pública, de la cual dió fe el 25 de septiembre de 1935 el Notario de Albuquerque, D. Rafael Valverde Grimaldi, otorgada para garantizar la devolución de un préstamo de cinco mil pesetas, hecho por D. L. L. M. a D. A. G. V., esposo de D.^a C. P. D., se constituyó por éstos, a favor de aquél, hipoteca sobre varias fincas, de las cuales una pertenecía al marido y las restantes a la mujer, que las había adquirido por herencia de su padre en los referidos términos. En dicha escritura, y por estimarlo el Notario autorizante requisito indispensable para la formalización del contrato, comparecía D.^a J. D. A., quien accedió a la celebración del mismo, y en el acto del otorgamiento consintió que la hipoteca se constituyese por su hija D.^a C. P.

Presentada primera copia de la escritura en el Registro de Albuquerque, fué inscrita solamente en cuanto a la finca del Sr. G., sin practicar operación alguna en cuanto a las demás; y presentado de nuevo el título, se extendió la siguiente nota: “Denegada la inscripción de este documento en cuanto a las tres fincas de la propiedad de D.^a C. P. D., de que ahora se ha solicitado, porque, constando expresamente del Registro que la hipotecante no puede venderlas, permutarlas ni gravarlas hasta que ocurra el fallecimiento de su madre, D.^a J. D. A., carece la interesada de la libre disposición de los bienes hipotecados, requisito indispensable para la constitución del mencionado Derecho real, conforme a los artículos 1.857 y 1858 del Código civil y 139 de la ley Hipotecaria, sin que pueda entenderse salvada la limitación por haber concurrido al otorgamiento de la escritura y prestado su consentimiento la persona cuyo fallecimiento se considera como fecha del cumplimiento de la condición, porque no es la única y exclusivamente favorecida y protegida por la prohibición; y al no mencionarse las personas a quie-

nes favorece, se estima indispensable o la declaración de nulidad del asiento en cuanto a la misma, obtenida en forma legal, o su previa rectificación, con intervención de todos los que otorgaron el contrato particional en que se estableció”.

“Interpuesto recurso por el Notario autorizante, la DIRECCIÓN, revocando el auto presidencial que ratificó la nota del Registrador, ha declarado que la escritura se halla extendida con arreglo a las formalidades legales, afirmando, en contestación a las palabras de la rúbrica, que la transcrita condición o limitación, libremente aceptada por todos los interesados, es una prohibición temporal de enajenar los inmuebles adquiridos por cada hijo, de menor alcance en su contenido, y muchas veces en su duración, que las donaciones que los ascendientes suelen hacer a favor de descendientes, reservándose los donantes el usufructo y la facultad de disponer del pleno dominio, y que las reservas, sustituciones y reversiones reguladas en los artículos 639, 640 y 641 del Código civil, limitación que puede estar perfectamente justificada por los superiores intereses de la familia en forma en que son apreciados por la madre, para evitar los riesgos de transmisiones y gravámenes prematuros y para proteger a los hijos contra sus propias enajenaciones, sin que tan clara, precisa y explicable manifestación de voluntad sea opuesta a la moral ni a las leyes.

Que conferido a cada hijo el dominio sobre los bienes que le fueron adjudicados, mediante las correspondientes operaciones divisorias, es inadmisibles, doctrinal y legalmente, que los demás hijos deban ratificar, como se expone en el informe del Registrador, el pacto constitutivo de la hipoteca impuesta por la aludida hija sobre sus privativas fincas, a cuyo otorgamiento prestó la madre su consentimiento, toda vez que las facultades de disposición se hallan plenamente concentradas en la hipotecante, que, lo mismo que sus hermanos, aceptó reconocida la liberalidad de la madre, y en ésta, que cedió sus derechos hereditarios y gananciales, con la referida limitación y sin contraprestación alguna; y, en su consecuencia, no es exigible la ingerencia de otras personas en el contrato, porque la repetida prohibición, racionalmente interpretada, no lleva implícito otro requisito que el de la autorización materna.

Que en el supuesto de admitir que la mencionada condición o limitación impuesta por la madre renunciante sea más bien una estipulación que engendra tan sólo obligaciones recíprocas entre los herederos, no cabe negar el poder dispositivo con que actúa la hipotecante D.^a C. P. D.,

porque la persona meramente obligada a no enajenar está facultada para realizar actos dispositivos con fuerza real, quedando sujeta a las responsabilidades que por el incumplimiento de sus compromisos puedan exigirle los demás interesados.

Y que si con una interpretación rigurosa se quisiera decidir que el incumplimiento de la condición discutida ha de llevar consigo la posibilidad de que la madre renunciante vuelva a entrar en el goce de los derechos que le correspondían en virtud del testamento de su marido y de la liquidación de la sociedad conyugal, basta la particularidad de que la misma señora ha prestado su consentimiento y no puede ir contra los actos propios, para reputar firme, por ese lado, la operación de crédito y la garantía hipotecaria formalizadas ante el Notario recurrente.

Con justicia reconoce el Centro Directivo que las cuestiones objeto del recurso fueron debatidas por el Registrador y Notario "con amplia doctrina y notable erudición".

Manifestó el primero, fundamentalmente, que el pacto restrictivo de la facultad de disponer fué establecido por mutuo consentimiento de los interesados, y que solamente con la conformidad de todos, o por su nulidad declarada judicialmente, podría dejar de surtir sus naturales efectos; citando en su apoyo las resoluciones de 11 de agosto de 1916, 14 de abril de 1921 y 23 de marzo de 1926, todas las cuales, si bien brillantemente comentadas por uno y otro funcionario, sean acaso inservibles, como reconoció el Notario, para resolver el problema planteado.

Muy debatido éste en la doctrina (recordamos, entre otros, los notables trabajos de nuestros ilustres compañeros, señores Lezón y Ríos Mosquera, en las Revistas de Derecho Privado y en ésta), ninguna definición—en términos generales—más exacta del mismo que la dada por el más insigne de los hipotecaristas españoles, D. Jerónimo González, cuando dice en sus "Principios Hipotecarios" que "las prohibiciones de disponer parecen restricciones impuestas por mandato jurídico en orden al ejercicio de un derecho subjetivo, que limitan las facultades de su titular, sin atribución de otro derecho subjetivo a persona determinada".

Y concretándose a las prohibiciones voluntarias de disponer, señala el querido y admirado maestro que la técnica no puede ser más clara y sencilla. "Frente a tercero—dice rotundamente—el pacto nada signifi-

ca. En el campo de los Derechos reales, el papel de la voluntad es menos importante de lo que piensan los profanos."

Ningún ordenamiento jurídico confiere efectos reales al pacto estipulado por el vendedor de una perla que prohibiera al comprador y sucesores cederla a determinada persona. ¿Por qué hemos de aprovechar la indefinida potencialidad de lo escriturado (o de la inscripción) para entorpecer y ligar el comercio y el crédito hipotecario?

El artículo 1.255 de nuestro Código no se opone a tales soluciones: la obligación contractual puede ser válida y las responsabilidades por su incumplimiento, exigibles.

Pero entre el deber y el ser hay un abismo. Yo puedo comprometerme a no escribir en otro periódico que REVISTA CRÍTICA, o a no explicar en otra Academia que la de Jurisprudencia, y puedo faltar a mis compromisos, sin temor a que la fuerza pública rompa los moldes de la imprenta competidora, o cierre las puertas del nuevo edificio. La obligación *vive*, mientras tanto, *su vida*.

Los Derechos reales son, en cierto modo, moneda acuñada, cuyo peso no debe dejarse al arbitrio de los contratantes."

Es la misma doctrina que sienta la resolución extractada al expresar en el cuarto de sus Considerandos que "no cabe negar el poder dispositivo con que actúa la hipotecante D.^a C. P. D., porque la persona meramente obligada a no enajenar está facultada para realizar actos dispositivos con fuerza real, quedando sujeta a las responsabilidades que por el incumplimiento de sus compromisos puedan exigirle los demás interesados".

REGISTRO MERCANTIL. NO ES VÁLIDA LA ESCRITURA DE CONSTITUCIÓN DE SOCIEDAD MERCANTIL, DE RESPONSABILIDAD LIMITADA, OTORGADA POR DOS ESPOSOS POR SU PROPIO DERECHO Y, ADEMÁS, EL PADRE COMO REPRESENTANTE LEGAL DE TRES HIJOS MENORES DE EDAD, POR LA CLARA TRANSGRESIÓN QUE IMPLICA DE LOS LÍMITES IMPUESTOS A LA DOCTRINA DE LA AUTOCONTRATACIÓN.

Resolución de 9 de marzo de 1943. "B. O." de 2 de abril.

Por escritura autorizada por el Notario de Bilbao, D. Celestino María del Arenal, el 14 de enero de 1942, los cónyuges D. J. M. C. y D.^a J. S. O., ambos por su propio derecho, y D. J. M. C., además, con-

cediendo a su esposa la correspondiente licencia marital y como representante legal de tres hijos de trece, ocho y cuatro años de edad, constituyeron una sociedad mercantil de responsabilidad limitada, que había de girar bajo la razón social "Productos técnicos José Maldonado, S. L.", cuyos Estatutos en la parte esencial omitimos en este lugar, toda vez que—como las disposiciones transitorias de la escritura adicional a la reseñada, otorgada en Bilbao ante el mismo Notario el 6 de agosto de igual año—han sido recogidos en insuperable síntesis en el quinto de los Considerandos que hemos de transcribir.

Presentadas primeras copias de ambas escrituras en el Registro Mercantil de Bilbao, se puso en la primera de las mismas la siguiente nota: "Se deniega la inscripción del documento que precede y su adicional número 2.727 del mismo protocolo, porque, conforme a la doctrina de la sentencia de 6 de marzo de 1909, no pueden el padre o la madre que los representan legalmente contratar con sus hijos menores de edad, y porque, aun considerando el acto de creación de la persona jurídica como acto jurídico conjunto, no pueden los menores, según aquella doctrina, ver anonadada su personalidad, primero en las declaraciones unilaterales de la escritura, y después en la propia vida social, que si tiende al fin común de la obtención de lucro, produce una porción de incidencias en la Sociedad Colectiva y de responsabilidad limitada, como el examen y aprobación de cuentas, determinación del beneficio, buen o mal uso de la facultad de administrar y otras, a que se refieren los artículos 132 y 133 del Código de Comercio, que suscitan problemas de contraposición de intereses en que juegan derechos y obligaciones de los socios, que no pueden resolverse ni aun con el expediente del defensor judicial, que tiene carácter circunstancial y que además no encaja en el espíritu del artículo quinto del expresado Código."

El Notario autorizante instó del Registrador mercantil reforma de la nota calificadora, o que, en otro caso, se entendiere interpuesto el recurso gubernativo contra la calificación; y la Dirección acordó declarar que las repetidas escrituras no se hallan extendidas con arreglo a las prescripciones y formalidades legales.

Considerando que, constituídos los dos grandes grupos de Sociedades por las de personas y las de capitales, tanto si se estima la Sociedad de responsabilidad limitada como variante de la Sociedad por acciones, con organización más simplificada y flexible, criterio que domina en las Legislaciones germánicas, como si se adscribe a las Sociedades de tipo

personalista, según se regula en las Leyes de los países latinos, y se acentúa en el artículo 108 de nuestro Reglamento del Registro Mercantil, siempre será necesaria, para enjuiciar con acierto el problema de la validez o ineficacia de las escrituras objeto de este recurso, tener presente el papel que los promotores o fundadores de la Compañía mercantil juegan en el contrato y examinar si se cumplieron al autorizarlo sus requisitos esenciales.

Considerando que en la escritura de 14 de febrero de 1942, autorizada por el Notario Sr. Arenal, los cónyuges D. J. M. C. y D.^a J. S. O., por su propio derecho, y D. J., además como representante legal de sus tres hijos menores de edad, acordaron, previa la oportuna licencia marital, constituir una Sociedad Mercantil de responsabilidad limitada, en la cual resalta que la exigencia primordial impuesta por el artículo 116 del Código de Comercio, a cuyo tenor, por el contrato de compañía, "dos o más personas se obligan a poner en fondo común bienes, industrias o alguna de estas cosas para obtener un lucro", se observó de tal modo que de las varias personas que en el contrato intervienen sólo una posee voluntad plena y perfecta capaz de producir efectos jurídicos, y ésta, además, con menoscabo de la autonomía o independencia precisas para que exista contrato, asumió la representación legal como padre de los tres menores, completando como marido la capacidad de D.^a J., y, por lo tanto, durante el período preparatorio y en el acto mismo de la constitución social hubo de resolver cuestiones que afectaban fundamentalmente al patrimonio de sus representados y al suyo propio, en forma contradictoria y que provocaban el supuesto de intereses incompatibles, porque si en la formación de toda Compañía hay estímulos y finalidades comunes, también influye el natural deseo individual de obtener los beneficios máximos con el menor riesgo.

Considerando que, en principio y por íntimas que sean las relaciones jurídicas, personales y patrimoniales propias del derecho de familia, aparece innegable la posibilidad de constituir entre padres e hijos una Sociedad mercantil para la consecución y logro de fines que trasciendan de los puramente individuales para conservar y mejorar el patrimonio, o para obtener otras mejoras y beneficios, siempre que las personas que constituyan la Sociedad gocen de plena capacidad para obligarse y sin que sea obstáculo la notable diferencia que existe entre la "affectio societatis" y los más enérgicos lazos familiares.

Considerando que tampoco debe negarse al padre la facultad de in-

vertir los capitales de los hijos en la misma Sociedad anónima en que él tenga participación, o en otros casos de asociación mercantil en que, lejos de existir intereses contradictorios entre uno y otros, suplan la vigilancia y la gestión paternas el desconocimiento, inexperiencia y falta de capacidad de sus hijos: pero siempre que los respectivos derechos marchen "pari passu" y coloquen a los interesados en el mismo plano económico.

Considerando que del estudio de los Estatutos, se desprende que D. J. M. se reservó vitaliciamente y de manera exclusiva la administración y dirección técnica, comercial y administrativa de la Compañía y el uso de la firma social, con las mas amplias facultades de un factor mercantil respecto a inmuebles, muebles o derechos reales, cargo de gerencia, para el cual se había de entender nombrado por condición expresa del contrato social, con las prerrogativas señaladas por el artículo 132 del Código de Comercio, y, en su virtud, podrá disponer el traslado del domicilio social y la apertura y cierre de sucursales, disfrutar un sueldo de 60.000 pesetas anuales, percibir el 5 por 100 de las facturas y, una vez disuelta, liquidar la sociedad, cuya duración indefinida y mínima pactada por veinte años se redujo a la fecha en que cumplan la mayor edad, o sean emancipados los socios menores, según la escritura adicional otorgada el 6 de agosto de 1942, comprometiéndose también los demás socios, mientras permanezcan en la sociedad, a no dedicar sus actividades ni destinar capital alguno a negocios análogos que impliquen competencia, con todo lo cual se pone de relieve: primero, una evidente contradicción, no sólo entre los intereses del padre y de los hijos, sino también entre el espíritu de lucro que predominan las instituciones mercantiles y el carácter esencialmente ético, tutelar y protector de las relaciones paternofiliales, y segundo, la clara transgresión de los límites impuestos por la doctrina de este Centro directivo a la figura de la autocontratación, precisamente en el supuesto más peligroso, o sea cuando el representante intente perfeccionar un contrato con las personas cuya representación legal asuma y surja el natural conflicto entre sus propios intereses y los correspondientes a los demás socios que han de formar a su dictado la persona jurídica, no sólo en el instante de la constitución, sino durante la vida de la sociedad.

Considerando que no gozan de mucho favor entre los juristas las sociedades mercantiles de tipo personalista constituídas entre los cónyuges, en primer lugar, porque la mujer, sometida a la potestad marital,

no puede desenvolver libremente su actividad social frente a la opinión y el veto de su marido; en segundo término, porque tampoco queda respetada la independencia de patrimonios y el régimen económico establecido por los esposos o por la Ley; en tercer lugar, porque la admisión incondicional de estas compañías favorecería las donaciones entre cónyuges, y, en último término, porque, aunque los artículos 1.334, 1.335 y 1.677 del Código civil son directa y únicamente aplicables a la sociedad universal, exteriorizan, con el 1.458 del mismo Cuerpo legal, el estrecho criterio que en estos particulares informa nuestra legislación.

Ratifica las resoluciones de 29 de diciembre de 1922, 30 de mayo de 1930 y 23 de enero de 1943.

G. CÁNOVAS COUTIÑO.

Registrador de la Propiedad

Jurisprudencia del Tribunal Supremo

A) DERECHO CIVIL

SENTENCIA DE 17 DE ABRIL DE 1943.—*Nulidad y rescisión de una partición de herencia.*

Conviene sentar, como primer jalón de esta sentencia, que las acciones de nulidad y rescisión, aun presididas por la nota común de ser medios que tienden a la ineficacia del negocio jurídico, son inconfundibles especialmente por ofrecer un contenido de sustantividad propia con caracteres bien manifestos, entre los que, sin pretensión agotadora, cabe señalar: a), su distinto origen, en cuanto la nulidad absoluta o relativa parte de la carencia o vicio sustancial, respectivamente, de los requisitos esenciales del acto o contrato, y la rescisión presupone que la relación jurídica ha sido válidamente constituida, si bien concurren en ella determinadas circunstancias—en general, un agravio jurídicoeconómico—que obstan a su eficacia, según revelan los artículos 1.290 y 1.300, en relación, por lo que a particiones se refiere, con el 1.073 y con el 1.081 del Código civil; b), su distinta naturaleza, puesto que la nulidad es acción principal, y la rescisión es subsidiaria, sólo utilizable, a falta de todo otro recurso legal, para obtener la reparación del perjuicio (art. 1.294 y concordantes del mismo texto legal); y c), los distintos efectos que producen; ya que la nulidad invalida siempre el acto o contrato, mientras que la rescisión es a veces compatible con la subsistencia total o parcial del nexo creado, y sus consecuencias, o no afectan a todos los interesados, o se traducen en una indemnización que compensa la lesión inferida, según proclama el art. 1.077, entre otros, del Código civil. Procede declarar, en primer término, que la nulidad pretendida no puede prosperar

por ser muy reiterada la jurisprudencia, interpretando y aplicando el artículo 1.057 del Código civil, en el sentido de que la partición por comisario reciba de la Ley que la autoriza su fuerza de obligar, cual si fuera hecha por el propio testador, sin que sea preciso el consentimiento de los interesados, los cuales forzosamente habrán de pasar por ella, mientras no sea anulada o rescindida por otra causa apropiada, sin más salvedad que la prevista en el párrafo final del citado artículo y la referente a la intervención del viudo o viuda en la liquidación de la sociedad conyugal, si el causante estuviera casado. En segundo lugar, el examen global de la sanción que el Código civil dedica a la rescisión de las particiones, abstracción hecha del art. 1.081, permite apreciar que el legislador, al prever supuesto de partición no afectada de vicio sustancial y si solo de mera lesión inferida al *heredero voluntario*, procura mantener la partición efectuada en tanto la cantidad del perjuicio no rebase la cuarta parte, atendido el valor de las cosas al ser adjudicadas, y aun ante este evento, y con el designio de evitar en lo posible las perturbaciones que una mera partición ocasionaría a los herederos y terceros que con ellos hubieran contratado de buena fe, excluye de la rescisión el caso de que el perjuicio surja no de lo ya distribuido en lotes e hijuelas, sino de lo que quedó fuera de la partición por no haberse incluido en ella algunos bienes de la herencia, mandando en tales casos, sea cual fuere la cantidad del agravio, se respete lo hecho, y en vez de rescindir la partición, se haga otra adicional o complementaria con los bienes omitidos, según así resulta de los términos en que están concebidos los arts. 1.074 y 1.079 del Código civil, interpretados, entre otras, por sentencias de 28 de mayo de 1931 y 28 de febrero de 1930. Aplicada esta doctrina al caso en litigio, es preciso concluir que ni procede anular ni aun siquiera rescindir la partición efectuada, porque toda la extralimitación que en ella existe se reduce a la lesión causada a los *herederos voluntarios* por omisión de ciertos bienes en las operaciones divisorias y en la liquidación de la sociedad conyugal, y esta deficiencia puede y debe subsanarse con una partición adicional en la que figura lo omitido.

B) LEY HIPOTECARIA

SENTENCIA DE 22 DE MARZO DE 1943.—*Efecto de una anotación preventiva sobre una compraventa celebrada con anterioridad a la inscripción de ésta.*

La Sala sentenciadora aprecia que para que la acción reivindicatoria ejercitada fuese procedente, sería necesario demostrar que los inmuebles transmitidos en 5 de mayo de 1932 se encontraban en el patrimonio del transmitente con toda la plenitud del derecho transmitido y su libre capacidad para hacerlo; y sentado esto, entiende el Tribunal a quo que lo que se ha acreditado es precisamente lo contrario por las notas suspensivas puestas al pie de los respectivos títulos, por las que consta la existencia sobre cada una de las fincas de una anotación preventiva de prohibición de enajenar; pero es patente que una prohibición de enajenar que lleva fecha 18 de julio de 1932 no puede acreditar que en 5 de mayo del mismo año estuviera el vendedor privado del derecho de transmitir los bienes que entonces vendió a los actores en uso de sus facultades dominicales, que no estaban limitadas por anotación ni declaración alguna, y, por otra parte, comoquiera que el vendedor, en la expresada fecha de 5 de mayo, tenía inscrito en el Registro su derecho de propietario, adquirido sin reserva alguna por escritura pública, hay que reconocerle, en observancia del art. 41 de la Ley Hipotecaria, todos los derechos consignados en el libro segundo del Código civil a favor del propietario y del poseedor de buena fe, sin excluir el de libre disposición de los bienes a su nombre a virtud de contrato celebrado por escritura pública. Para contradecir por acción procesal el libre dominio que al vendedor correspondía sobre las fincas que vendió a los actores, había que demandar previamente o a la vez, con arreglo al art. 24 de la misma Ley, la nulidad o cancelación de la inscripción en que dicho dominio constaba, lo que no se ha pedido ni se ha declarado por nadie en este pleito ni en el anterior, de lo que se desprende que ha sido infringido dicho artículo 24, así como el 41 de la Ley Hipotecaria, y que es de estimar el motivo primero del recurso. La sentencia recurrida, al fundarse en la preferencia de los títulos inscritos sobre los no inscritos, confunde la eficacia registral de las inscripciones mientras subsistan, a los efectos de

la publicidad hipotecaria, con la cuestión de índole civil de si esas inscripciones están hechas con arreglo a derecho y si procede o no su cancelación, cuestión que incumbe a los Tribunales resolver con facultades que al Registrador no competen, ni pudiendo decidirse sobre la legalidad y validez de una inscripción basándose en el hecho de la existencia de la inscripción misma, lo que sería hacer de la cuestión su-
puesta.

C) DERECHO PROCESAL

SENTENCIA DE 27 DE MARZO DE 1943.—*Quebrantamiento de forma.*

Para interpretar debidamente el número 5.º del art. 1.693 de la Ley de Enjuiciamiento civil, que autoriza el recurso de casación por denegación de cualquiera diligencia de prueba admisible según las leyes, y cuya falta haya podido producir indefensión, es indispensable no prescindir de los arts. 567 y 867 del mismo Cuerpo legal, que establecen los recursos utilizables contra los proveídos denegatorios de la práctica de alguna prueba en primera y segunda instancia; y del examen conjunto de estos tres preceptos se deduce que el primero tiene como supuesto de hecho indispensable para su aplicación el recibimiento a prueba del juicio en su segunda instancia. En el caso presente, por no haber mediado este recibimiento a prueba, se omite la designación del medio probatorio denegado al recurrente, de los que se utilizan en los juicios, que son los que tienen el carácter de prueba en el sentido y a los efectos de la casación; y como esta designación es de rigor para acogerse con éxito al expresado número 5.º del artículo 1.693, único motivo en que se apoya el recurso, y como, además, en casación sólo puede resolverse en vista de las alegaciones del recurrente que resulten fundadas en algunos de los motivos taxativamente mencionados en la Ley, los cuales no son aplicables por razones de equidad ni de ningún otro orden, es evidente que el recurso tiene que ser desestimado.

SENTENCIA DE 7 DE ABRIL DE 1943.—*Artículos 1.692 y 1.693, número 6.º.*

La cuestión que el recurso plantea se reduce, en síntesis, a precisar si al conocer de la litis el Juzgado de Primera instancia de Mérida, y,

por vía de apelación, la Audiencia Territorial de Cáceres, avocaron a sí jurisdicción que, por razón de la función que respectivamente ejercen, no les estaba atribuida; punto en el cual es diametralmente opuesta la posición en que una y otra parte se colocan; pues, al paso que la *recurrente* sostiene, con el apoyo de los arts. 1.562 y 1.563 en relación con los 1.589 y 1.590 de la Ley procesal y disposición transitoria tercera de la de 28 de junio de 1940, que en el asunto, por razón de la materia sobre que versaba, conjugada con la cuantía de lo litigado, debieron entender en primera instancia el Juzgado municipal, y en segunda el de Primera instancia, sostiene el recurrido, por el contrario, la resolución impugnada, o sea el que entendieron en el proceso los organismos que precisamente debían hacerlo, sin que, por tanto, se haya producido desviación alguna en punto de tanto interés, ni haya habido exceso en el ejercicio de las respectivas facultades jurisdiccionales; mas debiendo hacerse notar, porque así lo imponen los términos concretos del caso suscitado, de una parte, que la conclusión a que en ese punto se llegue no trasciende sólo a la jurisdicción de los organismos de instancia, sino que tiene su reflejo en el de casación, puesto que, según sea uno u otro el parecer que se sustente, del recurso había de conocer esta Sala o la de lo Social dentro del ámbito que a cada uno reservan las disposiciones vigentes; y de otra, que para combatir la posición que en ese extremo adoptó el Tribunal *a quo*, ampara el recurrente su pretensión en el motivo 6.º, art. 1.693 de la Ley procesal civil. Por la falta de precisión con que en nuestra Ley de Enjuiciamiento se barajan los términos jurisdicción y competencia, que en cierto modo trasciende al tenor de los motivos que con el número 6.º se articulan en sus arts. 1.692 y 1.693, la doctrina establecida en torno a éstos ha venido sustentando, tal vez favorecida por la expresión literal, que el primero de ellos sólo es de aplicación cuando se denuncia carencia de jurisdicción, por razón de la materia, para conocer del litigio, reservándose la aplicación del segundo no sólo para los eventos de incompetencia territorial, sino para los casos en que, por razón de la cuantía de lo litigado o de la posición que en el orden jerárquico se ocupa, o en función conjunta de estos dos factores, no se tiene jurisdicción para actuar dentro del campo reservado a la jurisdicción ordinaria; más bien se advierte hay entre uno y otro motivo una distinción más acusada que lógicamente obliga a someter cuantas afecten a la jurisdicción propiamente dicha al régimen del artículo 1.692;

porque lo mismo se carece de ella por razón de la materia, que cuando no se tiene por obra de la cuantía o del grado jurisdiccional, el ejercicio de facultades de que orgánicamente se carece, implica infracción patente de las normas legales o leyes que señalan la esfera en que necesariamente ha de desenvolverse cada organismo, que al actuar viciosamente da origen a la nulidad radical e insubsanable de los actos que con exceso de poder realiza; de tal suerte que, como dice el art. 54 de la Ley procesal, sólo cabe prorrogar la jurisdicción del Juez o Tribunal que por razón de la materia, de la cantidad y de la jerarquía puede conocer del asunto que ante él se proponga; al paso que en los supuestos de competencia territorial, por inspirarse en este punto nuestro sistema en el principio dispositivo la expresa o tácita sumisión, basta atribuir competencia al Juez o Tribunal que, conforme a los principios rectores de la denominada territorial, no la tuviera originariamente; y esta nota disyuntiva, que no sólo en este lugar, sino en otros muchos de la Ley, se subraya, muestra que si, en último caso, la separación de la regla de competencia no consentida por las partes constituye un defecto de forma sólo reclamable a instancia de parte legítima, en aquél, por el contrario, se produce abiertamente la infracción de la norma de derecho reguladora del poder jurisdiccional, que está por encima de la voluntad de los litigantes; y por ello es razonable que el precepto bien claro del art. 54, que agrupa rectamente supuestos idénticos por su contenido, por su fin y por sus efectos, tenga reflejo concordante en el tema de casación y en la naturaleza del recurso a interponer cuando es uno solo el motivo inspirador y cuando, por otra parte, parece exorbitante estimar vicio de forma, que en cuanto tal habría que reputar doctrinalmente subsanable por el aquietamiento de la expresa voluntad de las partes, el que sin ella y con ella no admite subsanación y determina un vicio *in radice* de todas las actuaciones. Esta tesis, acomodada al espíritu de los preceptos que se interpretan, adquiere un singular valor cuando se la aplica a supuestos idénticos o de traza semejante al que ahora se resuelve; porque así como la estimación del recurso por quebrantamiento de forma permite a la Sala de Casación civil restablecer con plena autoridad la situación viciada en autos, si prosperase la tesis del recurso, la solución no podría ser otra que estimar, por aplicación de la Ley de Arrendamientos rústicos, no sólo que en la solución del litigio habían intervenido unos Tribunales que, por razón del grado, no podían hacerlo.

en las respectivas instancias, sino que, por virtud de este error inicial, se había desviado la recta trayectoria del recurso, que en tal caso sería no el de casación, sino el de revisión, de que debe conocer la Sala de lo Social cuya actuación se rige por normas propias; y el problema rebasaría con mucho los contornos conceptuales de una cuestión de forma, que lo asimilaría, sin violencia alguna en la exégesis, a una cuestión de competencia por razón de la materia, ni más ni menos trascendente que la que puede eventualmente plantearse entre un Tribunal de fuero común y cualesquiera otros de los especiales, esté o no articulado en el conjunto de instituciones que integran la jurisdicción ordinaria. Por lo expuesto, es patente la improcedencia de estimar el recurso de casación que denuncia sin tener esa condición un quebrantamiento de forma, y se ampara, partiendo de este supuesto inexacto, en el número 6.º del art. 1.693 de la Ley procesal.

SENTENCIA DE 10 DE ABRIL DE 1943.—*Intervención de Letrado y Procurador en los juicios de desahucio.*

Según la tesis mantenida en el motivo único del recurso, sustanciándose los desahucios, mencionados en el núm. 1.º del artículo 1.563 de la Ley de Enjuiciamiento civil, por los trámites de juicio verbal, y siendo superflua en aquellos desahucios la intervención de Letrado y de Procurador, por lo que sus honorarios y derechos no deben ser incluídos en las costas causadas en el juicio. La indicada tesis no puede prevalecer por las siguientes razones: Primera: Ordenado en el artículo 1.589 de la Ley procesal que la demanda de desahucio, en los casos a que dicho precepto alude, deberá formularse conforme a lo prevenido para el juicio ordinario, y requerida en la demanda inicial de los de tal clase la intervención de Letrado y Procurador, esta doble exigencia aparece como de ineludible cumplimiento en el juicio origen del actual incidente. Segunda: Con arreglo al principio general establecido en la misma Ley —arts. 3.º y 10—, los litigantes deberán comparecer en juicio por medio de Procurador y ser dirigidos por Letrado, sin que quepa admitir otros casos de excepción a esta regla que los taxativamente previstos en el texto legal; y señalados en los artículos 4.º y 10 los actos y procedimientos en los cuales no se precisa asistencia de letrado ni intervención de procurador, si bien es cierto que entre

ellos se mencionan los juicios de que conocen en primera instancia los jueces municipales, lo es de la misma manera que los indicados preceptos no citan los juicios denominados genéricamente verbales, que al no hallarse incluidos de manera expresa entre los casos de excepción, exigen, indudablemente, aquellas intervención y asistencia cuando se sustancian ante Juez que no sea el municipal. En consecuencia, no pueden estimarse superfluas, a los efectos del artículo 424 de la repetida ley de Enjuiciamiento civil, las intervenciones profesionales cuya remuneración es objeto de la presente controversia.

Tribunal especial de contratación en zona roja

A. La sentencia de 15 de abril de 1943, coincidiendo en la cuestión principal con las sentencias del 31 de marzo, 20 y 27 de abril, establece la siguiente doctrina:

“No es, por ello, dable asentir a la tesis sustentada por el demandante de que los mencionados contratos se hallan incursos en el referido artículo 1.º por el hecho de haber sido otorgados por la colectivización de la fábrica del actor, llevada a efecto en armonía con disposiciones emanadas del régimen marxista y sin tener la representación legal de D. Daniel Espuny, puesto que tal hecho únicamente podría servir de base al ejercicio de una acción ordinaria de nulidad, basada en el precepto establecido en el artículo 1.259 del vigente Código civil, pero no de fundamento para estimar que en los contratos debatidos concurrieron los requisitos exigidos por el mencionado artículo 1.º de la Ley de 5 de noviembre de 1940; y en el otro supuesto de que la explotación colectiva obrera de que se trata hubiese llegado a constituir bajo la denominación de “La Nueva Aurora” una entidad con personalidad distinta e independiente de la de D. Daniel Espuny, y que sin atribuirse la representación de éste concertara ilegalmente en nombre propio y por su cuenta la venta de las materias y productos que usurpó al incautarse de la fábrica del demandante, tampoco se podrían estimar estos actos de despojo y de disposición contractual ilícita de lo despojado sino como de violación del derecho de propiedad del actor, que por tener su amparo en el Derecho común, entre otros preceptos en el ar-

título 348 del Código civil, y por consideraciones de orden superior restrictivas de la amplitud que la parte actora atribuye a la ley especial, no estimó conveniente el legislador abarcar en ésta con determinadas soluciones extraordinarias para los problemas que se derivan de los casos de colectivización o de incautación de las industrias."

B. La sentencia de 31 de marzo de 1943 trata de un caso interesante en que se discutía la igualdad de una pretensión conforme a la ley de desbloqueo con otra, en virtud de la ley del 5 de noviembre de 1940, a los efectos de la litispendencia:

"No conviene desconocer, porque ello conduce a decidir la manera adecuada, la excepción dilatoria propuesta en el pleito:

1.º Que la revisión de los pagos hechos en dinero bajo el dominio marxista con el fin de extinguir, amortizar o redimir el principal de cualquiera de los conceptos que enumera en los apartados que contiene el artículo 38 de la ley de 7 de diciembre de 1939, entre los que comprende el b), deudas dinerarias con o sin garantía, no derivadas de préstamos, procedentes de título anterior al 19 de julio de 1936 y con vencimiento superior a los cinco años de la fecha del título, está regulada en el artículo 5.º de la misma ley.

2.º Que el acuerdo de revisión no produce otros efectos que los que se señalan en el artículo 41 de la citada ley; entre ellos, los de regular el pago reducido a la cifra resultante de aplicar a su importe el porcentaje de la escala del artículo 12, correspondiente al período en que se realizare, renacer el derecho del acreedor en una cantidad igual a la diferencia entre el valor nominal revisado y el valor subsistente del pago, y el de producirse el renacimiento del derecho del acreedor, con todas las características propias de aquél, salvo lo que en el propio precepto se dispone.

3.º Que a tenor de lo establecido en el apartado f) del artículo 58 de la misma ley, la competencia para la aplicación de sus preceptos a las revisiones de pagos que procedan conforme a su capital en los casos de discordia entre los interesados, radica en la jurisdicción ordinaria, con la única variante procesal que supone la sustitución de los trámites del juicio de mayor cuantía en el caso de que fuese pertinente por los propios de los incidentes, pero sin que a los Juzgados especiales que de estos asuntos entiendan les esté atribuida la facultad de resolver acerca de la nulidad de los contratos de pagos recusables.

4.º Que la acumulación de acciones a que faculta el artículo 153

de la ley de Enjuiciamiento civil no puede tener lugar, según lo preceptuado en el artículo 154 de esta ley procesal en sus números 2.º y 3.º, cuando el Juez que debe conocer de la acción principal sea incompetente por razón de la materia y cuando, con arreglo a la ley, deban ventilarse y decidirse las acciones en juicios de diferente naturaleza.

La excepción dilatoria de litispendencia en otro Juzgado o Tribunal, admitida en el número 5.º del artículo 533 de la ley de Enjuiciamiento civil, con el fin de evitar la posibilidad de que sobre un mismo asunto puedan recaer resoluciones contradictorias existe, según tiene declarado el Tribunal Supremo en constante y reiterada jurisprudencia, siempre que esté pendiente pleito sobre lo mismo que sea objeto de petición del nuevo juicio y la resolución que pueda recaer haya de producir la excepción de cosa juzgada y requiera, de conformidad con lo expresamente dispuesto en dicho precepto para que pueda ser estimada, que el Juzgado o Tribunal en que penda el anterior pleito sea el competente para conocer de la acción ante él ejercitada, porque cuando esto no ocurre no pueden darse los supuestos obstativos al ejercicio de la misma acción en el instado con posterioridad.

La Compañía de Seguros Generales Minerva, S. A., interpuso con fecha 20 de julio de 1940, ante el Juez especial de revisión de pagos establecido por la ley de 7 de diciembre de 1939, demanda contra los hermanos S., con la petición de que se declarara haber lugar a la revisión de pago de 10.000 pesetas efectuado por el uno de los S. con fecha 11 de febrero de 1939, reduciendo el valor del mismo a la cifra que resultare de aplicar a su importe el porcentaje de la escala del artículo 11, apartado a) de dicha ley, pago que fué efectuado al Comité marxista que usurpaba la legítima representación de Minerva, S. A., y también que se declarase, en consecuencia, nulo y sin valor alguno el documento que en la misma fecha 11 de febrero de 1939 suscribieron con el Comité rojo, pretendiendo dejar sin efectos los legítimos de 2 de marzo y 29 de mayo de 1936, con la imposición de las costas y pago de los intereses vencidos con anterioridad a aquella fecha; y la misma Compañía Minerva, S. A., con fecha 8 de mayo de 1941, formuló ante esta jurisdicción la demanda inicial del presente juicio contra los referidos hermanos S., con la pretensión de que se declare nulo y sin valor jurídico alguno el indicado documento que con fecha 11 de febrero de 1939 suscribió el mencionado hermano con el Comité rojo que usurpaba la representación legítima de Minerva, S. A.; documento con el

que los demandados pretenden dejar sin efecto los legítimos de 2 de marzo y 29 de mayo de 1936, únicos que deben ser declarados válidos y subsistentes en su integridad, aplicando a la cantidad entregada por aquel demandado al Comité rojo de la Compañía las tablas de porcentaje de la ley de desbloqueo, a fin de valorar la cuantía real de la misma.

El examen de las peticiones formuladas en cada juicio evidencia que, pese a su aparente identidad, ofrecen las mismas una discrepancia fundamental al situar las distintas acciones que en una y otra demanda se ejercitan, dentro de la esfera jurisdiccional a que correspondan y al determinar el Tribunal competente para conocer de ellas, puesto que en la primera de las demandas está ejercitada como principal la acción de revisión de pagos ante el Juez competente para conocer de ella, y en la segunda la de anulabilidad del contrato de 11 de febrero de 1939, al amparo de la ley de 5 de noviembre de 1940 ante esta jurisdicción especial, habiéndose deducido también en aquella primera demanda esta misma acción de nulidad como consecuencia de lo que principalmente se pretende en la misma, pero que es ajena a la competencia del Juzgado de revisión de pagos.

Al no ser compatibles para su ejercicio en un mismo procedimiento las expresadas acciones que se han pretendido acumular en el incidente iniciado al amparo de la ley de 7 de diciembre de 1939, y no pudiendo por ello admitirse su acumulación a tenor de lo preceptuado en los artículos 153 y 154 de la ley rituarial, la improcedencia de ésta ha de determinar necesariamente la abstención del Juzgado de conocer de las indebidamente comprendidas en la demanda que no sean de su competencia, en inexcusable y estricta observancia de los citados preceptos y de lo establecido en el 56 de la misma ley procesal, sin que, por consiguiente, se puedan producir aquellos supuestos que son causa y razón determinantes de la litispendencia, y en este sentido ha de entenderse lo preceptuado en el número 5.º del artículo 537 de la citada ley, que se refiere expresamente a otro Juzgado o Tribunal competente; por todo lo cual, sentado como queda que la acción de anulabilidad de contrato ejercitada por la parte demandante con anterioridad del presente juicio lo fué ante Juzgado que no tiene competencia para conocer de la misma, es manifiesto que no procede estimar la mencionada excepción propuesta en el escrito de contestación a la demanda inicial del que es objeto de esta sentencia."

LA REDACCIÓN

Jurisprudencia sobre el impuesto de Derechos reales

Resolución del Tribunal Económico-Administrativo Central de 4 de junio de 1940.

LA DEVOLUCIÓN DE LO PAGADO POR IMPUESTO DE DERECHOS REALES CAUSADA POR LA RESCISIÓN DE UN CONTRATO REQUIERE QUE SEA FIRME LA RESOLUCIÓN JUDICIAL O ADMINISTRATIVA QUE ACUERDE LA RESCISIÓN, Y LA DICTADA POR UN TRIBUNAL PROVINCIAL CONTENCIOSOADMINISTRATIVO Y APELADA POR EL FISCAL NO LO ES; SIN QUE LA ADMINISTRACIÓN TENGA POR SÍ FACULTAD PARA DETERMINAR SI DICHA RESOLUCIÓN ES O NO FIRME EN PARTE

Antecedentes.—Un Ayuntamiento concedió en escritura pública a un contratista la construcción de ciertos edificios municipales, girándose las oportunas liquidaciones por los conceptos de contrato de obras, suministro y fianzas.

El Ministerio de la Gobernación, por R. O. de 5 de marzo de 1930, suspendió las obras, y el Ayuntamiento, después de notificar al contratista la suspensión, le notificó también en 5 de noviembre siguiente que en sesión de 29 de agosto anterior había acordado desistir definitivamente de la construcción y exigir la responsabilidad procedente cuando al ejecutar ese acuerdo precisase ir a la rescisión del contrato por los perjuicios ocasionados al contratista.

En noviembre de 1931 acudió el contratista al Ayuntamiento exponiendo los perjuicios que se le habían ocasionado e interesando y pidiendo que la Corporación resolviese sobre la continuación de las obras o sobre la rescisión.

La petición fué reiterada en junio de 1932, solicitando además que se decidiera sobre la situación legal a partir de la suspensión, y que como ésta era indefinida, el Ayuntamiento debía devolverle la fianza, pagar las obras ejecutadas e indemnizar los daños y perjuicios.

El Ayuntamiento, en sesión de enero de 1933, acordó la devolución de la fianza, e interpuesto recurso de reposición, fué denegado, por la razón de que acordada la devolución, sobre esto no había cuestión, y en cuanto a las demás peticiones, se aclaraba el acuerdo recurrido en el sentido de que éste nada había decidido sobre ellas y que quedaban pendientes de estudio y resolución.

El contratista interpuso recurso contencioso-administrativo pidiendo que el Tribunal declarase que el Ayuntamiento estaba obligado a abonar las obras ejecutadas y a indemnizar los daños y perjuicios causados con la suspensión de aquéllas y con la rescisión unilateral del contrato.

La sentencia no acogió más que la primera petición y fué recurrida por el Fiscal, y, pendiente la apelación, el contratista instó de la Delegación de Hacienda, previa exposición de los anteriores hechos, que le fuese devuelto lo satisfecho de más por Derechos reales, puesto que la cuantía del contrato fué en un principio de 919.596 pesetas y había quedado reducida a 43.377,54, según certificación que así lo acreditaba, por desistimiento unilateral y voluntario del Ayuntamiento, sin que la rescisión del acto administrativo hubiese producido efectos lucrativos al peticionario, y tratándose, además, de resoluciones firmes como era la R. O. de Gobernación de 1930 y el acuerdo del mismo año dictado por el Ayuntamiento sobre suspensión definitiva de las obras. Todo lo cual hacía que el caso se hallase comprendido en el artículo 58 del Reglamento del Impuesto.

El Delegado de Hacienda desestimó la instancia, por la razón de no ser firme la sentencia del Tribunal Provincial a que antes se ha aludido, y el contratista recurrió al Tribunal Provincial Económico-Administrativo, alegando que la sentencia del Tribunal Provincial Contencioso-Administrativo no podía ser obstáculo a la devolución pretendida, porque aquélla versaba exclusivamente sobre la obligación del Ayuntamiento de abonar las obras hechas y sobre la petición de indemnización de perjuicios, y, por lo tanto, la apelación del Fiscal sólo a esos dos extremos podía referirse.

El Tribunal Provincial Económico-Administrativo y también el Central denegaron la devolución pretendida y confirmaron el acuerdo del Delegado de Hacienda, y para ello se apoyan en que la devolución de lo pagado por el impuesto de Derechos reales fundada en la nulidad o rescisión de un contrato no es procedente sino en el caso de que la resolución judicial o administrativa que declare la nulidad o rescisión

sea firme, circunstancia que en el discutido no se da—dice el Tribunal Central—, porque la sentencia contenciosoadministrativa fué apelada por el Fiscal y está pendiente de recurso. Y aunque en éste no se hubiese impugnado el particular referente a la suspensión de las obras objeto del contrato, no por ello puede conceptuarse esta última cuestión ajena al pleito y desligada del mismo de tal manera que no pueda ser afectada por la sentencia definitiva, dada su íntima conexión con las demás cuestiones sometidas a revisión en la vía contenciosoadministrativa. Por otra parte, sigue diciendo el Tribunal, no le incumbe a la Administración activa decidir sobre qué parte de los acuerdos recurridos ante la jurisdicción contenciosoadministrativa es firme y cuál no, toda vez que semejante decisión constituiría una manifiesta invasión de atribuciones en la esfera ajena.

Comentarios.—Reconocemos que en el caso concreto discutido, y dada la forma difusa y complicada en que se planteó a través de tan varias incidencias y escritos, es dudoso determinar si efectivamente está en tela de juicio la definitiva suspensión de las obras y el desistimiento definitivo por el Ayuntamiento de realizarlas, y en su consecuencia, desde ese punto de vista, puede parecer atinada la tesis del Tribunal denegando la devolución pedida por el Ayuntamiento; pero también nos parece que el razonamiento de dicha tesis no puede generalizarse en términos absolutos, ya que cuando los acuerdos impugnados tengan distintos extremos y alguno de ellos haya quedado firme y consentido ostensiblemente, el recurso que se entabla contra los demás no debe impedir a la Administración, bajo pretexto de no invadir atribuciones de otra jurisdicción, el apreciar aquella firmeza y ejecutoriedad y deducir de la misma las consecuencias de orden fiscal que sean procedentes.

Resolución del Tribunal Económico-Administrativo Central de 18 de junio de 1940.

LOS DENUNCIANTES CARECEN DE PERSONALIDAD PARA IMPUGNAR LOS ACUERDOS SOBRE IMPOSICIÓN DE MULTAS POR INVESTIGACIÓN, PORQUE NO LESIONAN NINGÚN DERECHO QUE PARTICULARMENTE ESTÉ ATRIBUÍDO A AQUÉLLOS.

La doctrina sentada en esta resolución está insistentemente sancionada por la jurisprudencia. Ello no obstante, daremos algunos ante-

cedentes del caso por la particularidad que ofrecen, no en cuanto al fallo mismo, sino en cuanto a las apreciaciones que la Abogacía del Estado hizo al razonar el porqué no era procedente la imposición de multa, a pesar de haber acordado el aumento en la base liquidable como consecuencia de la denuncia.

El caso se originó en un procedimiento judicial sumario de la ley Hipotecaria, en el que fué adjudicada una casa en 119.500 pesetas, pero quedando subsistente, según es preceptivo en este procedimiento especial, un gravamen hipotecario anterior al que motivó la ejecución. importante 150.000 pesetas.

La liquidación por Derechos reales se hizo sin tener en cuenta este segundo gravamen, es decir, sin adicionar el importe de la hipoteca que quedaba subsistente al valor en que fué adjudicada la casa, debido, al parecer, a que la carga no fué conocida por la Oficina liquidadora.

El caso fué objeto de denuncia ante la Abogacía del Estado, y ésta tramitó el expediente de denuncia, y después de estimar que la base liquidable debía ser aumentada en las 150 000 pesetas dichas, conforme a lo preceptuado en el párrafo último del art. 100 del Reglamento, estimó también que la falta de liquidación de esa partida no era imputable al adjudicatario de la casa, puesto que dejó cumplida su obligación fiscal con presentar el testimonio del auto de adjudicación y no estaba obligado a desentrañarlo para dilucidar si en él se omitió o no el extremo referido. En definitiva, la Abogacía del Estado declaró que era procedente girar liquidación complementaria con el interés de demora, pero sin multa, y que, por consiguiente, ninguna participación le correspondía en ella al denunciante.

Este interpuso reclamación, y tanto el Tribunal Provincial Económico-Administrativo como el Central la desestimaron, insistiendo en el conocido y reiterado criterio de que los denunciantes tienen personalidad para discutir la participación de las multas impuestas, pero no para discutir la procedencia de las mismas.

Aunque la doctrina expuesta es, como hemos dicho, tan conocida que no necesita nuevos apoyos jurisprudenciales, traemos a colación el caso y sus antecedentes porque nos parece muy atinado el criterio sentido por la Abogacía del Estado al estimar que la liquidación complementaria debía ser girada sin multa, supuesto que la omisión padecida no podía ser imputable al adjudicatario del inmueble y, en su consecuencia, no debía ser sancionado fiscalmente.

Sentencia del Tribunal Supremo de 11 de junio de 1942.

LA EXENCIÓN DEL IMPUESTO DE DERECHOS REALES QUE EL CONTRATO CON LA COMPAÑÍA TELEFÓNICA NACIONAL DE ESPAÑA CONCEDE A ÉSTA, NO SE REFIERE MÁS QUE A LOS ACTOS Y CONTRATOS EN QUE ELLA SEA LA OBLIGADA AL PAGO, Y NO A LOS TERCEROS QUE CON ELLA CONTRATEN.

La Compañía Telefónica contrató con otra sociedad la construcción de un edificio para la instalación de estaciones radiotelefónicas, y varias casas de viviendas en terrenos de aquélla, obligándose la concesionaria a suministrar todo el personal y material necesario.

Presentado el documento a liquidación, la Oficina liquidadora giró una liquidación por suministros y otra por contrato de obras a cargo de la constructora, y ésta recurrió contra ellas, fundada en que tanto las Bases del Decreto-ley de 25 de agosto de 1924, como el Reglamento de 21 de noviembre de 1929, creando el monopolio, declaraban exentos cuantos actos y contratos realizase la Compañía, directa o indirectamente relacionados con el contrato celebrado entre ella y el Estado, aunque no fuese la obligada al pago, con tal que tengan por objeto servir la explotación telefónica.

El Tribunal Provincial y el Central desestimaron la reclamación, y el Tribunal Supremo insiste en el mismo criterio.

La Sala llega a esa conclusión por las consideraciones siguientes: porque las mencionadas disposiciones—Base 4.^a y art. 51 del Reglamento—, al establecer la exención, tienen solamente presentes para esos efectos al Estado y a la Compañía Telefónica, y porque la participación que el Estado tiene en los ingresos de aquélla se considera como impuesto, y en compensación de esas participaciones la exime de toda otra aportación tributaria, y, por lo mismo, nadie que no sea la Compañía misma puede invocar tal beneficio, puesto que carece de causa para ello, sobre todo a título de interpretación extensiva, inadmisibles cuando de exenciones se trata; lo cual significa que, afectando la exención exclusivamente a la citada entidad, no puede ser aplicable a los que con ella contraten, cuando sobre ellos recaé directamente la obligación de tributar.

Por último, acoge la Sala un argumento de exención que se apo-

yaba en la Real orden de 27 de septiembre de 1924, la cual interpreta extensivamente la exención y dice que esa Real orden, al señalar el alcance de la exención declarada en el Contrato de 25 de agosto de 1924 y sus Bases, se arroga una facultad interpretativa que excede las facultades reglamentarias de la Administración, cuya "función ya no es administrativa, sino propia y privativa de nuestros Tribunales, únicos que en su día y caso son los llamados a ejercitarla; esto aparte—añade—de que dicha Real orden confirma el criterio de no exención expuesto, cuando dice que de la exención sólo quedarán excluidas aquellas contribuciones, impuestos, tasas y arbitrios a que expresamente se la declara sujeta".

Sentencia del Tribunal Supremo de 28 de octubre de 1942.

LA CESIÓN GRATUITA HECHA A UN AYUNTAMIENTO POR EL CONTRATISTA DE OBRAS MUNICIPALES. COMPENSATIVA DE DETERMINADOS DERECHOS DIMANANTES DE LA MISMA CONTRATA. ¿CONSTITUYE UNA DONACIÓN CUANDO NO SE ACREDITA LA RECIPROCIDAD DE PRESTACIONES DE PARTE DEL AYUNTAMIENTO CESIONARIO?

Antecedentes.—Mediante documento autorizado por el Secretario del Ayuntamiento de V. de A., los contratistas de las obras de alcantarillado de esa población cedieron al Municipio, "en compensación de las facilidades de todo género dentro de lo legal," dadas por la Corporación, el valor de las conexiones y acometidas a las casas que estaban obligados a pagar los propietarios de las mismas, declarando el Alcalde, en nombre del Ayuntamiento, que aceptaba y agradecía "esta donación, que se hará constar en acta como satisfacción a los señores donantes".

La Oficina liquidadora comprobó el valor de los derechos cedidos y sobre él liquidó a cargo del Ayuntamiento, por el concepto "donaciones".

Tal liquidación se impugnó alegando que no se trataba de una donación y sí de una adjudicación en pago de deuda, pues en el mismo documento se hacía constar que la cesión era por "compensación" de servicios, y se acompañó a la reclamación una carta en la que se decía que esos servicios consistían en la renuncia a cobrar daños por igual valor.

El Tribunal Económico-Administrativo Provincial, y también el

Central, desestimaron el recurso, insistiendo en calificar el acto como donación, y dijeron que la antedicha carta, dada su condición de documento privado, carecía de eficacia.

El Tribunal Supremo, en su sentencia, confirmó el anterior criterio y sentó, en primer lugar, la consideración de que si bien el acto, conforme al art. 41 del Reglamento, ha de ser calificado con arreglo a su naturaleza jurídica, independientemente de la denominación dada por los contratantes, ello requiere en el caso la prueba de que no existió donación y de que la convención encierra otro contrato; y esto supuesto, dice, nada se opone a que una Empresa dedicada a la obtención de lucro realice liberalidades, como demuestra la realidad y como se acusa incluso en la misma legislación tributaria cuando en la de utilidades de la riqueza mobiliaria se dan preceptos calificando ciertas partidas como revestidas de tal matiz, al efecto de admitirlas como baja en la masa tributaria.

En cuanto al alegado concepto de adjudicación para pago, sería menester que se hubiera acreditado la existencia de la correspondiente contrapartida, y lo cierto es que el Ayuntamiento no ha probado que al liquidar la contrata apareciesen diferencias a su favor nacidas de incumplimiento, por parte del contratista, de sus obligaciones contractuales, y que la finalidad del acto discutido fuese precisamente la de compensarlas una vez evaluadas en dinero.

Respecto a la carta alegada, además de adolecer de falta de autenticidad en su fecha, resulta inadecuada para acreditar relaciones que no se reflejan de ninguna manera en las sesiones de la Corporación, donde necesariamente debieron tener constancia una derechos económicamente valorables a favor del Ayuntamiento, correlativos de las obligaciones contraídas por los contratistas, cuyo cumplimiento se supone cancelado con la cesión hecha por estos últimos.

Por fin, el Tribunal hace referencia al argumento también esgrimido y consistente en que el acto encerraba una transmisión de concesión administrativa liquidable por el núm. 18 de la Tarifa, y lo desecha por la consideración de que el supuesto jurídico en ese número regulado es el de transmisión de unos bienes o derechos que el cesionario habrá de entregar en su día al primitivo concesionario, y no, como en el caso ocurre, en que sólo interviene el contratista originario y el concesionario municipal.

Comentarios.—Conformes en un todo con la doctrina e interpre-

tación desarrolladas en la precedente sentencia, creemos que sobre los argumentos empleados por la Sala para rechazar el referente a la posible aplicación del número 18 de la Tarifa y liquidar el acto como cesión de concesión administrativa a que se refiere el último alegato precedente, se puede añadir que el número 19 de la misma Tarifa dice en su segundo párrafo que "cuando los actos o transmisiones a que se refieren los números 18 y 19 se verifiquen por título hereditario o donación, tributarán por la escala establecida para las herencias", y que, además de ese argumento de orden legal, hay otro de orden más doctrinal con el que queda pulverizada la alegación de que el acto discutido encierra una transmisión genérica de concesión administrativa. Efectivamente, no hay que confundir en las concesiones administrativas, dentro del verdadero tecnicismo jurídico del impuesto—como tenemos dicho y razonado más ampliamente en otro lugar—, la concesión administrativa en sí misma, con las obras que un contratista realice para implantarla, o, lo que es lo mismo, que una cosa es el sujeto concesionario o dueño de la concesión, y otra el contratista ejecutor de las obras, cuyas dos personalidades pueden reunirse en un solo sujeto, pero pueden también recaer en sujetos distintos. Aquí, los reclamantes son los contratistas ejecutores de las obras, y no son los dueños de la concesión a que las obras se destinan, y por lo tanto no les puede ser aplicable el sentido del art. 37 del Reglamento, traducido en el núm. 18 de la Tarifa, cuando habla de los actos de traspaso, cesión o enajenación de las concesiones, o de las obras en ejecución o ya realizadas; porque si bien es verdad que transmitieron obras realizadas, lo hicieron no como dueños de la concesión administrativa, sino como meros contratistas. Aquí, el dueño del alcantarillado era el Ayuntamiento, y los reclamantes los simples contratistas ejecutores de las obras necesarias para su funcionamiento.

JOSÉ M.^a RODRÍGUEZ-VILLAMIL.

Abogado del Estado y del I. C. de Madrid.

V A R I A

FRANCISCO CANDIL CALVO: *La cláusula "rebus sic stantibus"* (Discurso leído en la solemne apertura del curso académico de 1942 a 1943 en la Universidad de Sevilla.) (Sevilla, 1942, páginas 59.)

1. El agudo estudio del ilustre mercantilista de Sevilla llega, después de haber fijado su tema, expuesto su historia y examinándolo bajo el prisma del Derecho positivo, a las siguientes conclusiones:

1.^a) Es necesario convertir en jurídica la regla moral que lleva implícita la cláusula *rebus sic stantibus*.

2.^a) El mejor camino, por no decir el único, para realizar este trabajo es el de la normación legislativa.

En lo que respecta a la solución concreta, el autor sólo estima admisible una forma: la revisión. Para el desarrollo de ésta convendría tener en cuenta los siguientes argumentos:

1.º) Serían consideradas circunstancias extraordinarias, a los efectos de hacer entrar en juego la cláusula *rebus sic stantibus*, todas aquellas que produzcan un desequilibrio económico en el valor de una prestación superior al treinta por ciento en contratos civiles, y al cincuenta en los mercantiles.

2.º) El desequilibrio económico superior al indicado produciría, como único efecto, el de disminuir su volumen hasta el límite indicado, siempre que no se trate de contratos aleatorios.

3.º) Serán aplicables estas reglas a toda prestación de orden material, incluso al dinero.

4.º) No se dará revisión en los contratos consumados, ni en aquellos en que se encuentre en mora el solicitante, ni respecto a prestaciones realizadas, sea cual fuere la significación de las mismas.

5.º) Los contratos que cuenten con normas especiales de revisión, continuarán sometidos a ellas.

6.º) Las doctrinas de resolución y rescisión contenidas en los artículos 1.124 y 1.291 del Código civil y otros concordantes, continuarán en vigor.

2. a) La inserción de la cláusula *rebus sic stantibus* en todo contrato, como elemento integrante de su contenido, suele justificarse o mediante la vara mágica de la voluntad "presunta" de las partes, o por medio de la nebulosa que se llama "equidad". Creemos que hay un modo, no esencialmente diferente, pero tal vez más correcto, de explicar la mencionada cláusula. Es una de las adquisiciones de la lucha contra el normativismo aceptar una estructura bipartita del derecho consistente ésta en la realidad ordenada. La realidad sin orden es un caos, la norma sin eficacia práctica un mero proyecto; ambas son conceptos límites del derecho positivo. Ahora bien, la voluntad de las partes, que plasma en el contrato, sienta tan poco meras normas etéreas como el legislador. Las partes ordenan más bien la realidad que les es sometida hacia una dirección determinada. Esta realidad constituye la "base del negocio" (Oertmann), expresión que no debe entenderse como una representación psicológica de las partes que condiciona su voluntad, sino como referente a la misma realidad como parte integrante del negocio. El negocio puede convertirse en otro esencialmente diferente, tanto por un cambio de las voluntades o, dicho con más corrección, de las declaraciones de voluntad: he aquí la novación, como por un desenvolvimiento de la realidad de importancia tal que afecta la identidad del negocio. La pérdida de la cosa debida, la compensación y la confusión de los derechos de acreedor y deudor no forman sino casos especiales de esta hipótesis, que, con generalidad, se condensa en la mal llamada "cláusula" *rebus sic stantibus*. Se trata, por ende, de un problema de identidad del negocio, cuya solución ofrece idénticas dificultades que los problemas de identidad referentes al Estado o a la cosa especificada. ¿Cuándo cambia un nuevo régimen la estructura de un Estado en tal forma que interrumpe la continuidad jurídica? Como es sabido, el Estado soviético afirmaba tal cambio para no tener que responder de las deudas de la Rusia zarista. ¿Cuándo transforma el trabajo un objeto de tal suerte que puede hablarse de una obra de nueva especie a los efectos del artículo 383 del Código civil? ¿Cuándo cambia la realidad incluida en un negocio de tal manera que debe aceptarse el final

del negocio? He aquí la cláusula *rebus sic stantibus*. Derivándola de esta guisa de la esencia misma del Derecho, no cabe ya discutir su admisibilidad, sino solamente los supuestos detallados de su aplicación.

b) En lo que se refiere a la reglamentación práctica de nuestra institución aceptamos por completo las prudentes y bien ponderadas proposiciones del señor Candil, cuyo trabajo constituye una valiosa aportación a uno de los problemas cruciales del Derecho.

MANUEL DE LA PLAZA: *Derecho Procesal Civil Español*, volumen II (Editorial "Revista de Derecho Privado", Madrid, 1943; páginas 859).

Poco tiempo después del primer volumen (sobre éste, véase REVISTA CRÍTICA, 1942, páginas 437 y siguientes) háse publicado el segundo y último tomo de la importante obra de Plaza, conteniendo la "Parte Especial".

La disposición de la materia es la siguiente: La introducción da una clasificación de los diferentes tipos de procesos. Luego se desenvuelve el rico contenido del estudio en cinco libros: el proceso preventivo o cautelar; el proceso de cognición; el proceso de ejecución; la llamada jurisdicción voluntaria, y los remedios y recursos en la legislación española.

El primer libro, acerca del proceso cautelar, fija en su primer capítulo las notas características del proceso preventivo o cautelar, pasando revista a continuación a los procesos cautelares en el Derecho español. Tales procesos cautelares son, en lo esencial, los interdictos todos, el depósito de personas, el juicio de alimentos provisionales, el proceso cautelar en caso de ausencia, el embargo preventivo y el aseguramiento de bienes litigiosos. El autor echa asimismo una ojeada sobre otras medidas cautelares en las leyes españolas (Código civil, ley Hipotecaria, Código de Comercio, etc.).

El proceso de cognición es caracterizado brevemente en el primer título. El segundo título recoge los procesos de cognición por razón de la cuantía: juicio de mayor cuantía, juicio de menor cuantía y juicio verbal. El título tercero es dedicado a los incidentes. El título cuarto agrupa los procesos de cognición por razón de la materia (*retracto*, arrendamiento, propiedad industrial, familia y estado civil, derecho

laboral, usura, contratación en zona roja, abintestato, testamentaria, etcétera). El quinto título analiza el proceso arbitral.

El tercer libro, sobre el proceso de ejecución, empieza, a semejanza de los demás, con una introducción. El segundo título investiga los procesos singulares de ejecución, tratando del juicio ejecutivo, de la ejecución propiamente dicha y de procedimientos ejecutivos especiales, por ejemplo, los de la ley Hipotecaria, ley de Hipoteca Naval, ejecución en relación con las Sociedades de crédito territorial, etc. El tercer título abarca los procesos de ejecución liquidatorios de una universalidad de bienes (concurso, quiebra, suspensión de pagos, etc.).

El cuarto libro aborda la jurisdicción voluntaria, distinguiendo, según la ley, actos de jurisdicción voluntaria en materia civil y en materia mercantil.

El último libro recoge en su primer capítulo la reposición, la súplica, la apelación, la queja y el llamado recurso de suplicación en las leyes laborales. El segundo capítulo indaga la casación y la revisión.

El tomo concluye con un índice alfabético de las principales materias, referente a los dos volúmenes de la obra.

El manual del insigne magistrado ofrece, en forma diáfana, el multifacético mundo del derecho procesal español. Gracias a las excelentes cualidades expositivas del autor, el lector puede orientarse con suma rapidez e informarse de todos los problemas procesales con exactitud y profundidad.

ERNST MEZGER: *Le Nouveau Régime des Sociétés Anonymes en Allemagne (Loi du 30 janvier 1937, Décrets des 29 septembre 1937 et 21 décembre 1938) comparé avec le Droit et les Projets de Réforme Français, avec un appendice sur la conception allemande de la nationalité et des conflits de lois en matière de sociétés* (Paris, Rousseau, 1939; páginas 449).

Aunque con notable (y lamentable) retraso, debido a las circunstancias actuales, no queremos dejar de llamar la atención de nuestros lectores sobre esta extensa y profunda obra acerca de una de las cuestiones más actuales del derecho mercantil.

La introducción describe la historia del espíritu de la Ley alemana de 1937. El primer capítulo trata de los caracteres esenciales de las sociedades anónimas: la sociedad anónima (s. a.) es una sociedad; la s. a. es

una persona jurídica; la s. a. es una sociedad capitalista; la s. a. es una sociedad cuyos miembros tienen un derecho a que se incorpore esta su calidad a un título negociable, denominado "acción"; la s. a. es una sociedad muy organizada y controlada y sometida a una publicidad muy extendida; la s. a. es una sociedad entre iguales; la s. a. es una sociedad comercial; la s. a. es una sociedad "anónima"; la s. a. es una gran sociedad de medios y de grandes capitalistas; la s. a. es una sociedad protegida particularmente por la ley. El segundo capítulo contempla el capital social. El tercer capítulo está dedicado a la organización de la s. a. El cuarto capítulo analiza el control al que la s. a. está sometida. Después de una conclusión sigue un apéndice consagrado a la concepción alemana de la nacionalidad de personas jurídicas y del conflicto de leyes en materia de sociedades. Una noticia bibliográfica de ocho páginas cierra el magnífico tratado.

El estudio del Sr. Mezger es, desde luego, imprescindible como fuente de información y contiene una de las más acertadas y concienzudas exposiciones del derecho contemporáneo de las sociedades anónimas.

FRANCISCO JAVIER CONDE: *Introducción al Derecho Político Actual* (Ediciones Escorial. Madrid, 1942; páginas 260).

El libro, muy interesante, del Sr. Conde consta, prescindiendo de un prólogo, de una parte crítica y otra constructiva. La parte crítica expone las doctrinas del Estado liberal (Gerber, Laband, Jellinek), la utopía del Estado de derecho liberal (Kelsen, Krabbe), el derecho político del marxismo y del leninismo, el pluralismo político (Russell, Laski, Cole), la ofensiva decisionista contra el Estado liberal (Schmitt, Heller), la teoría de la institución (Renard) y el derecho político del Estado totalitario. La segunda parte, la constructiva, contiene notas para un sistema de derecho político actual. Conde cree que el concepto de lo político puede asentarse en la idea del destino; y opina que el derecho político actual no puede ser teoría concreta del Estado, sino "teoría de la organización política", siendo la noción de "organización política" no un concepto genérico, sino un concepto estructural. Cada capítulo contiene al final una rica bibliografía.

El estudio de Conde es sugestivo y bien escrito; y sirve, por ende, al fin propuesto: introducir al derecho político actual.

AMADEO DE FUENMAYOR CHAMPIN: *La revocación de la propiedad* (Consejo Superior de Investigaciones Científicas, Instituto Francisco de Vitoria, Madrid, 1941, pág. 205).

La revocación de la propiedad produce una perturbación económica bastante considerable, ya que su mera posibilidad legal siembra la inseguridad en los ánimos de todos los interesados en la cosa de cuya propiedad se trata. También plantea la revocación interesantes problemas jurídicos. En primer lugar, la misma definición de la propiedad revocable da lugar a dudas. Para el autor, revocación significa recuperación del dominio por un cambio de voluntad del primitivo titular, tratándose de una verdadera "contraenajenación". Por tanto, han de excluirse de la esfera de la revocación la condición suspensiva, la inexistencia, la nulidad, la anulabilidad, la resolución y la reversión. En segundo lugar, la revocación puede ser real u obligatoria. En la primera se restablece el derecho de propiedad en el revocante, en la segunda sólo se le atribuye por la norma un derecho de crédito dirigido a la readquisición de la cosa. En tercer lugar, hemos de distinguir las fechas desde las cuales la revocación produce sus efectos: si se retrotraen al momento de la enajenación, se habla de retroactividad; si obran desde la fecha de la revocación, hablamos de irretroactividad; y si comienzan en un momento intermedio, de retroactividad intermedia. Teniendo en cuenta las perturbaciones económicas mencionadas al principio, el autor establece como regla interpretativa de que en la duda se estará por la no revocación y por la irretroactividad.

La primera parte de la monografía trata de la revocación de la propiedad en el Derecho romano. El primer capítulo de esta parte aborda la cuestión general, el segundo pasa revista a las principales hipótesis de revocación real. Estas son la venta con "lex commissoria", la venta con la "in diem addictio" y la "donatio mortis causa". La segunda parte es dedicada a la revocación de la propiedad en el Derecho moderno, y se subdivide, en analogía a la primera, en una sección general y otra especial. La primera sección investiga en primer término la posibilidad de la revocación del dominio, eliminando las objeciones que contra ella algunos autores deducen del concepto de la perpetuidad del dominio. En efecto, hay algunos casos de propiedad no perpetua como el derecho de autor, la concesión del dominio público a

los particulares y la superficie. En segundo término trátase del concepto de la revocación de la propiedad; en tercero, de sus clases, y en cuarto, de sus efectos. La sección especial se ocupa de las diferentes hipótesis de la revocación en el Derecho español: retracto y pacto de retrovendo, la facultad resolutoria tácita, la rescisión y la revocación, la revocación de la mejora con entrega de bienes, la revocación de donaciones comunes y la revocación de donaciones matrimoniales.

El libro que tenemos a la vista es, sin duda alguna, una de las mejores monografías de la ciencia jurídica española. El estudio revela en todos puntos el dominio absoluto de la materia, un espíritu agudo y concienzudo y una comprensión inteligente y original de los problemas indagados.

LA REDACCIÓN