

REVISTA CRITICA DE DERECHO INMOBILIARIO

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

Año XII

Julio de 1936

Núm. 139

Estudio de la naturaleza jurídica del patrimonio dotal

IV.—La teoría institucional del patrimonio dotal.

La fundación de la institución y el derecho estatutario.—Son siempre manifestaciones de comunión las que se encuentran si se estudia el nacimiento de la institución que resulta, para Hauriou, de una «comunión fundativa».

Según este autor, la institución se funda en dos etapas: la fundación y la adhesión del grupo al hecho de esta fundación. En el curso de esta operación se constituyen los Estatutos de la institución; durante su vida, la institución crea normas jurídicas que son todavía de derecho estatutario, y en la formación del cual es interesante precisar el papel de la voluntad.

La fundación resulta esencialmente de «la manifestación de voluntad común con intención de fundar»; de «la redacción de los Estatutos»; de «la organización «le hecho de la institución corporativa».

La «manifestación de voluntad común» implica, por de pronto, según los fundadores de la institución, «la unidad en el objeto de los consentimientos». Esta unidad tiende a la idea de la obra, que es la razón de ser de la fundación y que también será la razón de ser de la institución cuando esté organizada. Es esta idea ya existente la que produce la «comunión fundativa» y más tarde servirá de fundamento a las manifestaciones de comunión de los miembros del grupo. La unidad en el objeto de los consentimientos distingue claramente la fundación del contrato.

En los dos casos hay, sin duda, acuerdo de voluntades, pero en el contrato el objeto no es el mismo para todos: el vendedor quiere el precio y el comprador la cosa, y esto no es un ideal común que ellos persiguen: por el contrario, sus intereses son opuestos, ya que falta la idea directriz única. El contrato, dice Renard, no es más que el *tête-à-tête* del acreedor y del deudor, del vendedor y del comprador (1). Por el contrario, en la operación de fundación la existencia de una idea directriz que penetra en las conciencias individuales de los fundadores asegura la unidad del objeto perseguida por todos. La operación es lo que los alemanes llaman un *Vereinbarung*, que es un haz de voluntades convergentes hacia un mismo fin.

Delos ha contrastado la existencia de una oposición entre la fundación y el contrato, entre lo institucional y lo contractual (2). Para él, la estructura del acto jurídico es la misma en los dos casos. Es preciso siempre hacer intervenir dos elementos: la idea y la voluntad. En el contrato, como en la institución, hay «integración de una idea». Esta idea es la causa del contrato. Esta causa es diferente de los motivos, que presentan un carácter esencialmente subjetivo; es la teoría del derecho civil. Si se quiere evitar la confusión entre la causa y los motivos, es preciso reconocer a esta causa un carácter objetivo. Es necesario, sin duda, que la *representación subjetiva* de la causa exista, sin lo que no habría contratantes: es la causa, en tanto, que, pensada por el contratante, la que *suscita* en él el aviso de los motivos personales que le decidirán a querer contratar. El *pensamiento subjetivo de la causa* avisa el deseo de contratar.

Pero la causa es otra cosa muy distinta que sus representaciones subjetivas. Tiene su realidad propia, su existencia objetiva, distinta de la representación subjetiva que se hacen los contratantes. Es, en su realidad objetiva, como ella es causa del contrato y se le incorpora; y es a este título como transforma el contrato en sí mismo en una realidad jurídica y social, dotada de una existencia propia, extraindividual, objetiva por relación a los dos contratantes (3). Comprendida así la causa, es «el cambio en su reali-

(1) Renard: ob. cit., pág. 258.

(2) Delos: ob. cit., pág. 124.

(3) Delos: ob. cit., pág. 138.

dad objetiva de la contraprestación recíproca de dos valores reales» (1). Considerado así el contrato, implica, pues, un elemento objetivo, y este objeto es el mismo para los dos contratantes cuyas voluntades convergen hacia el equilibrio de las prestaciones, que constituye «la justicia del contrato». Es preciso, pues, abandonar definitivamente la concepción del contrato, que nos lo presenta como un equilibrio entre dos voluntades y nada más. El contrato no marca el *tête-à-tête* puro y simple de los dos contratantes, porque entre ellos se interpone un *objeto* complejo también: el sistema constituido por los valores objetivos que se mantienen en equilibrio y que se igualan el uno por relación al otro.

Cualesquiera que sean el interés de este análisis y las repercusiones que naturalmente ha de tener en la teoría de la causa, cualquiera que sea la importancia del problema que levanta por la puesta en juego de todo el principio de la autonomía de la voluntad y del voluntarismo jurídico, la concepción de Delos no está conforme con la línea general de la teoría de la institución. Esta tiene la ventaja de mostrar que todo no se reduce a lo contractual, planteando claramente la distinción del contrato y la fundación. Por otra parte, y es una nueva diferencia entre la fundación y el contrato, la formación del haz de consentimientos paralelos es, en parte, la obra de un poder. Esta intervención del poder es, para Hauriou, el segundo elemento de la manifestación de voluntad común, que es el punto de partida de la fundación.

El Poder manifiesta su intervención con evidencia en la formación del Estado, cuya constitución está elaborada por el Poder constituyente; aparece también en la fundación de una Asociación, de un Sindicato, de una Sociedad, donde las asambleas constitutivas estatuyen muchas veces, por mayoría, e imponen, pues, su autoridad a la minoría. Es este Poder el que unifica los consentimientos, porque la minoría, bajo su influencia, acepta la decisión de la mayoría por el solo hecho de quedar siempre en la institución.

Los fundadores y el Poder, que espontáneamente se desprende de este modo, quieren redactar los Estatutos de la institución, que serán las normas jurídicas llamadas a regirla, y que son, por tanto, de naturaleza estatutaria y no contractual, por las razones que

(1) Delos: ob. cit., pág. 138.

hemos indicado anteriormente. Este derecho estatutario va a manifestarse todavía más claramente en la segunda etapa de la formación de la institución, la que va a reunir, en torno de la fundación, el grupo de los adherentes.

La institución queda fundada después que sus Estatutos han sido elaborados. Pero ella está llamada a agrupar alguien más que sus fundadores. La «comunidad fundativa» no provoca, por sí sola, la idea directriz. Los fundadores han planteado en el medio social una idea viva, que, una vez planteada, se desenvuelve por sí misma.

Es esta idea la que va a formar y seducir (penetrando en otras conciencias individuales) a los que quieren formar, en torno del primer núcleo constituido por los fundadores, el grupo, en el seno del cual se producirán las manifestaciones de comunidad de que hemos hablado. El tercer elemento de la institución se añade a los dos primeros que la fundación establece: la idea y el Poder (el Poder, ya manifestado de hecho y en adelante organizado por los Estatutos).

Este último desenvolvimiento de la institución se realizará, al decir de Hauriou, por el proceso de «la adhesión a un hecho»: al hecho jurídico de la fundación. La adhesión es un acto jurídico de la misma estructura que el de la fundación; hay un nuevo haz de voluntades que convergen hacia un fin único: la idea directriz, en adelante integrada en la organización estatutaria que los fundadores han establecido. Estamos, pues, siempre lejos del contrato, puesto que hay identidad de objeto para los diversos adherentes, y aquí la diferencia se acusa en el sentido de que hay, incluso, más posibilidad para los adherentes de discutir sobre la mejor organización posible a realizar en servicio de la idea, puesto que esta organización ha sido hecha por los Estatutos y ha de ser aceptada por ellos.

Para asegurar la unidad de la operación constitutiva de la institución es preciso envolverla en un procedimiento. Se trata de un acto jurídico complejo, de una «operación de procedimiento» que se descompone en una serie de hechos jurídicos colocados sucesivamente y recibiendo sucesivamente adhesiones.

Como su formación, la vida de las instituciones provoca operaciones jurídicas, que sacan este carácter de su conformidad con las reglas fundamentales de los Estatutos.

Pero hay más: las instituciones, cuando funcionan, son origen de derecho. «El error de León Duguit, cuando ha edificado su sistema de derecho objetivo, ha sido situarlo sobre la regla de derecho. El verdadero elemento objetivo del sistema jurídico es la institución. Son las instituciones las que forman las reglas de derecho, no las reglas de derecho las que hacen las instituciones» (1).

Las instituciones no solamente crean las reglas de derecho estatutario que las organizan, sino que dan también nacimiento, en el curso de su vida, a reglas jurídicas «por el momento al margen de la anotación oficial»; tienen «un derecho disciplinario y estatutario» que reglamenta la vida interior del grupo y que Hauriou llama derecho institucional. Gurvitch lo llama derecho social. Este derecho no es otra cosa que el desenvolvimiento y la puesta a punto cotidiana de los principios directores dados por los Estatutos de la institución. Es todavía derecho estatutario.

La vida de las instituciones gravita así enteramente sobre el plan del derecho, y también por un proceso jurídico las instituciones deben morir, bien sean disueltas por un Poder exterior a ellas, sea que prevean por sí mismas su disolución en sus Estatutos, o la decidan por sus órganos competentes.

Tales son las grandes líneas de la institución, aunque esto no quiere decir que la estructura que acabamos de analizar sea necesariamente la última etapa de su desenvolvimiento. Las instituciones-grupos llegan con frecuencia a la personalidad jurídica. Nos queda decir cómo.

La formación de la personalidad jurídica en la institución.—La teoría de la realidad de la persona moral es un prolongamiento natural de la teoría de la institución.

Esta parte del principio de la realidad de los seres sociales, o si se prefiere de las instituciones. Algunos niegan esta realidad y rehusan admitir la existencia de un ser social distinto de los seres individuales que son los miembros del grupo. Es esta realidad la que Delos se esfuerza por establecer, mostrando que la *relación* que une los miembros del grupo es bien real. Sin duda, los seres sociales constituidos por las relaciones no son sustancias, puesto que la relación es esencialmente accidental; es decir, constituye

(1) Hauriou: *La théorie de l'institution et de la fondation*, págs. 127 y 128.

el accidente que la filosofía opone a la sustancia. Pero basta saber que relación implica algo más que la adición de los individuos sustanciales que ella pone en relación, para reconocerle una individualidad, una verdadera realidad.

«También—escribe Delos—los grupos sociales engendrados por el desenvolvimiento de las relaciones sociales tienen una realidad propia, son distintos del conjunto de los miembros que los componen... No son seres sustanciales, como el individuo humano, sino cuerpos cuyos miembros están unidos por mutuas relaciones. Seres especiales, seguramente, *constituidos por el conjunto de relaciones establecidas entre los sujetos sustanciales y los objetos que los unen*, seres irreductibles, por consecuencia, a las realidades físicas que nuestros sentidos aprehenden; pero todos los elementos que integran el cuerpo social: sujetos sustanciales, ideas comunes, relaciones mutuas, son realidades, y así el cuerpo social forma una realidad objetiva y una persona moral. Decir que está dotado no de una unidad física, sino de una unidad moral, no disminuye en nada su objetividad, su realidad, su unidad; es solamente precisar su naturaleza intrínseca: es producto de relaciones que crean entre los miembros un lazo moral y no físico.»

La institución es un ser real de esta naturaleza, y es por esto por lo que podrá constituir una persona moral real. Ella llegará franqueando uno a uno «los grados de la existencia institucional», de los que habla Renard. Para este autor, «al crecimiento progresivo del ser y de la vida, que es el abecé de la filosofía biológica, corresponde simétricamente, en filosofía jurídica, un crecimiento progresivo de la existencia institucional».

Se puede, en cierta medida, marcar o fijar las etapas principales de este «crecimiento progresivo». La institución es, en principio, una simple individualidad objetiva; después pasa a ser una persona moral por el doble fenómeno de la incorporación e interiorización. Por último, la persona moral, valedera únicamente para la vida interior de la institución, pasa a ser una personalidad jurídica cuando es capaz de comportarse como tal respecto a otra y en sus relaciones exteriores.

Para llegar a ser una persona jurídica tiene que franquear dos etapas: debe llegar primeramente a ser una persona moral; después, una persona jurídica. La personalidad jurídica es entendi-

da en el sentido de la aptitud para adquirir bienes y llegar a ser sujeto de relaciones con otro de la misma naturaleza que las que existen entre las personas físicas. La personalidad moral es diferente; se sitúa en el orden interno de la institución y hace al grupo capaz de ser sujeto de su «derecho institucional» propio. Llegada a este estado, puede adquirir también la personalidad jurídica, que hará de ella un sujeto de derecho. La individualidad objetiva deviene una persona moral cuando se produce en ella un doble fenómeno de incorporación y de interiorización. «Las instituciones corporativas sufren el fenómeno de la incorporación, que las conduce al de la personificación. Estos dos fenómenos están bajo la dependencia de un movimiento de interiorización. *Este triple movimiento de interiorización, de incorporación y de personificación es de una importancia capital para la teoría de la personalidad.*»

Primeramente se produce «la incorporación». A la comunión existente ya se añade la organización que actúa en su nombre y mantiene un poder diferenciado. Así, «el Estado es incorporado cuando ha llegado al estado de gobierno representativo; entonces un primer trabajo de interiorización se cumple en el sentido de que los órganos de gobierno, con sus poderes de voluntad, actúan para el bien común, en el marco de la idea directriz del Estado. Pero no hemos pasado todavía el estado de individualidad objetiva; la personalidad moral se realiza cuando la idea de la institución penetra en las conciencias subjetivas de los miembros del grupo para formar una voluntad común. Los miembros del grupo en adelante intervienen para mezclarse en las decisiones de los órganos representativos, por el juego de las elecciones, del referéndum, etc.»

Por ejemplo: «El Estado se personifica cuando ha llegado al estado de la libertad política con participación de los ciudadanos en el Gobierno: entonces un segundo trabajo de interiorización se cumple en el sentido de que, en el marco de la idea directriz, se producen en adelante manifestaciones de comunión de los miembros del grupo que se inmiscuyen en las decisiones de los órganos de gobierno representativo, elecciones, deliberaciones de asambleas, referéndums, etc.»

En el estadio de la incorporación penetra la idea en la organi-

zación del Poder, y en adelante esta penetración se hace más profunda y va hasta las conciencias individuales de los miembros del grupo. Pasa del plano de su realidad objetiva al de los sentimientos subjetivos. Así, el grupo toma conciencia de su individualidad, de su fin, de su idea; va a mostrarse activo para defenderla, y su actividad no puede ser más que el fruto de su voluntad, de la voluntad y de la inteligencia del ser moral que está en adelante formado y digno de ser considerado como una persona. Lo que es preciso afirmar es que no hay en esta conciencia y esta voluntad la famosa conciencia colectiva de que hablaba Durkheim y que la escuela de Hauriou algunas veces ha repudiado. Son siempre los individuos los que obran, pero sus acciones pueden ser imputadas al ser social de que son miembros en razón de su finalidad social, de la idea única que les compenetra y une.

Llegada a este punto de desenvolvimiento, la institución está «naturalmente dotada de la personalidad moral». Ha afirmado su autonomía, su calidad de ser real diferente, sin duda, de la persona humana, pero digna como ésta de ser reconocida como una persona por el derecho positivo. Se puede decir, concluye Delos, que un grupo está dotado de personalidad moral cuando es en sí mismo de tal naturaleza que las actividades sociales necesarias para la obtención de sus fines deben ser decididas y ejecutadas por los miembros conscientes de la finalidad de la sociedad: la vida societaria es entonces, en sentido propio, el ejercicio natural de una actividad consciente y responsable (1).

Mas este perfeccionamiento interior de la institución que crea una *persona moral* tiene por resultado darle las cualidades necesarias de sujeto de derecho, es decir, de producir una *persona jurídica* que puede tener en la vida jurídica relaciones con los otros sujetos de derecho. En efecto: en adelante la institución ha obtenido «un triple beneficio: el de poder expresarse, el de poder obligarse y el de ser responsable».

Esta vida exterior, esta oponibilidad a los terceros, es la personalidad jurídica. Existen dos sujetos de derecho: el hombre y la institución—afirma Renard—; pero ésta no es el plagio de aquél.

El gran esfuerzo de síntesis realizado por la teoría de la insti-

(1) Delos: ob. cit., pág. 121.

tución explica, sin duda, el éxito considerable alcanzado hace tiempo en el campo del Derecho público. Su utilización ha sido intentada en los dominios más diversos.

En el del Derecho internacional, la noción de la institución ha sido utilizada por Delos para mostrar el grado de interdependencia de los Estados y desprender los principios generales que deben regular sus relaciones.

En Derecho público interno aporta un apoyo importantísimo a la teoría general del Estado y se ve abundantemente utilizada para el estudio y la explicación del régimen democrático mayoritario. El Derecho administrativo también ha sacado de la utilización del concepto de institución más precisión y más síntesis.

En fin, sobre un terreno más amplio se revela utilizable en la teoría general del acto jurídico y hemos visto cómo pone en juego el principio fundamental de la autonomía de la voluntad, y de un modo más extenso el conjunto de concepciones que pueden agruparse bajo el título general de voluntarismo jurídico.

Bonnecase discute la utilidad de esta noción en términos más apasionados que pertinentes, en los cuales infama a los partidarios de la institución con el epíteto de románticos, y cuyo tono resulta extraño en la pluma de un jurista tan experimentado y serio como el eminente profesor de Burdeos (1). La teoría de la institución no ha pretendido jamás que no haya ninguna diferencia entre las diversas organizaciones que responden a la noción de institución: no ha creído descubrir cosas absolutamente desconocidas antes de ella; solamente ha dado sobre ellas precisiones que faltaban y abierto perspectivas hasta el momento apenas entrevistas.

Hay, pues, interés, no obstante lo que piense Bonnecase y también Cuhe, que excluye la institución del derecho privado (2), en introducir en éste la teoría de la institución. El análisis de la familia nos ayudará a precisar el soporte del patrimonio dotal, en busca del cual nos hemos consagrado.

JOSÉ MARÍA FONCILLAS,

Notario.

(1) Bonnecase: «La science du Droit civil». *Revue Générale du Droit de la Législation et de la Jurisprudence*, 1931, págs. 175 y 176.

(2) Cuhe: «La législation du travail et les transformations du Droit», 4.º cuaderno de *La Nouvelle Journée*, págs. 166 y siguientes.

La casa comercial

I

CONSTRUCCIÓN TEÓRICA

La casa comercial, o sea : el conjunto organizado de bienes, derechos, expectativas y actividades que una persona dedicada a la explotación de un negocio o rama mercantil presenta en nuestros tiempos, a los juristas más afortunados en las lides conceptuales, tales dificultades de construcción, que apenas si se atreven a elevar con decidida preferencia ni una definición, ni un concepto, ni un grupo de teorías para servir de base a la legislación futura.

Se ha recorrido el campo teórico del Derecho privado, desde la persona jurídica a la indemnización de perjuicios, sin grandes éxitos. En la tesis «L'Azienda Commerciale», con que principió y terminó la vida doctoral de nuestro malogrado amigo D. Faustino Giménez Arnau (1), se discuten las teorías siguientes :

a) La hacienda como persona moral con vida completamente independiente de la de su titular, a cuya muerte sobrevive, con domicilio propio y patrimonio especial. La transmisión de la hacienda sólo produce el efecto de cambiar el gerente o principal (Endemann, que, sin embargo, no se atrevió a llevar esta doctrina a sus últimas consecuencias).

b) La teoría de la persona comercial, obtenida mediante el desdoblamiento de la personalidad del comerciante (civil y comercial), que puede transmitir por una especie de título universal su patrimonio mercantil, o mejor, su persona comercial (*Völdern-doff*).

(1) Publicó la traducción española la revista de cultura y vida universitaria *Universidad*. Zaragoza, 1930.

c) Las teorías del patrimonio jurídicamente especializado:

1.^a El complejo de bienes que integran la hacienda está formado por la voluntad de los titulares y por la finalidad perseguida (*Zweckoermögen*, de Bekker, que ha sido estudiado en esta Revista por el señor Foncillas, con aplicación a la dote en los pasados números). 2.^a El patrimonio de afectación defendido por Saleilles: «Todo conjunto de bienes constituido por la conexión de una misma aplicación, forma en el patrimonio que lo ha recibido, bajo esta condición de empleo, como un patrimonio diferente que pertenece menos a aquel que lo posee, que al fin mismo al cual va destinado.» 3.^a La variante de Valéry, que distingue la «*maison de commerce*» (casa comercial formada por las personas) y el «*fonds de commerce*» (elementos reales). Ambas forman la hacienda que, por otra parte, está investida de facultades propias, absorbe en cierto modo al propietario, que frente a los acreedores es un gerente, y posee un verdadero estado civil: nombre, domicilio y nacionalidad, llegando a admitir la posibilidad de una quiebra especial de la casa de comercio. 4.^a La de Cosack, para quien la hacienda es un negocio íntegro, un todo indiviso en el patrimonio general del comerciante, individualizada por la actuación del mismo, y que constituye un bien especial (*Sondergut*) (1).

d) La hacienda como *universitas juris* (complejo de derechos o conjunto de relaciones: herencia, peculio, dote) o *universitas facti* (agregaciones de cosas corporales: rebaño, librería, etc., según las clásicas distinciones).

e) El tipo autónomo de Ferrara, que forma una categoría propia, y que, en la actual sistemática, debe agregarse al de las instituciones de organizaciones, resultando de la asociación de varios elementos en su función económica merced a la actividad de las personas que la manejan. Pero sin individualidad jurídica, como mera suma de los negocios y elementos singulares de que se compone.

f) En fin, la teoría del mismo Giménez Arnau, organicista y teleológica, que resume en los siguientes términos: «Un conjun-

(1) En la edición 7.^a del *Tratado de Derecho mercantil* que tengo a la vista, Cosack prosigue: «Pero no en la medida en que se habla de un patrimonio separado del comerciante, como el marítimo del naviero respecto del terrestre, o el de la Compañía mercantil respecto del particular del socio.»

to de bienes originariamente dispuestos por el propietario de la hacienda, el cual, merced a la actividad de las personas que le ayudan (dependencia) y a la unidad de fin, logra formar, con su progresivo desenvolvimiento, un todo orgánico con autonomía económica, y susceptible, como tal, de especial valoración patrimonial». Nótese que en esta fórmula quedan puestos de relieve los elementos, el titular, la organización, la unidad teleológica, la autonomía económica y la valoración de la casa comercial.

Con referencia a los Derechos suizo, alemán, austríaco, francés, italiano, inglés y español, ha publicado el año último, el doctor Martín Schapira, otra tesis sobre la empresa y sus elementos (1), en la que trata de fijar características principales de aquella, colocando las construcciones fundadas en el derecho de personalidad frente a las teorías del derecho patrimonial, sin atender a los intereses protegidos ni a los motivos determinantes de la práctica mercantil, ni a la valorabilidad de los derechos creados, ni a la peculiaridad de los deberes en cuestión, ni a la disponibilidad de los derechos protegidos. Dentro de los derechos personales distingue el derecho de la personalidad *en general* y los derechos especiales de la personalidad. Para dar una cabal idea de esta distinción, que apenas ha sido discutida en España, recordaremos que, según Gierke, los derechos de la personalidad confieren a su titular el señorío sobre una parte integrante de la propia esfera personal. Con este nombre se designan los derechos en la propia persona que, por referirse a un objeto especial, se diferencian de todos los otros. Por algunos son denominados derechos individuales (a pesar de que esta frase más bien enfoca al individuo como sujeto que como objeto). Pertenecen a los derechos absolutos y contienen disposiciones imperativas contra cualquiera que ilícitamente invada el campo por ellos acotado. Estos derechos de naturaleza privada o civil se diferencian del *derecho de la personalidad*, en que se apoyan y a que se refieren los derechos subjetivos, tan fundamental en el derecho público como en el privado y sobre el cual giran los derechos reales y de crédito. De aquí que, según frase de Ihering, una lesión de la propiedad lleve consigo un ataque a la personalidad. Aunque altamente personales, por nacer, vivir y des-

(1) «Das Unternehmen und seine Kennzeichen», 1935. *Fehr'sche Buchh.* St. Gallen.

aparecer con la persona, son a veces transmisibles, total o parcialmente, en lo que toca a ciertas utilizaciones o sustancialmente o unidos con otros derechos reales o personales (usufructo de fincas, explotación de industria). Pasan en tal forma de una esfera personal a otra, sin perder sus características, y pueden sobrevivir al titular o extinguirse en vida del mismo (propiedad intelectual e industrial).

Los derechos de la personalidad pueden dividirse, según el mismo autor, en varios grupos: 1.º Cuerpo y vida.—Cualquier hombre puede rechazar los ataques a su vida, cuerpo o salud. El Estado le defiende con enérgicas disposiciones penales y administrativas. Las lesiones de este derecho provocan acciones para reclamar daños y perjuicios. 2.º Libertad.—También es indiscutible el derecho a la libertad de la propia persona y tienen el carácter de anti-jurídicos los actos que la contradigan. 3.º Honor.—De matizado contenido este derecho, sancionado por las costumbres con más energía que por la ley se refiere al honor en general, al de ciudadano, de clase y hasta al adquirido por el propio esfuerzo. 4.º Estado peculiar (*status*).—Derivado del derecho general de la personalidad, abarca la protección de la condición noble, de la vocación profesional, de la confesión religiosa, etc. 5.º Actuación libre.—El empleo de las fuerzas corporales y espirituales no sólo está garantizado por el derecho general de la personalidad, sino que cuando engendra situaciones y organiza actividades, sobre todo de orden económico, pueden ser objeto de especial protección jurídica. El desarrollo de relaciones comerciales, la excelencia de una clientela, la vocación demostrada y fama adquirida en la explotación de un negocio y la confianza con que el público honra al empresario, consolidan las bases de la empresa y la elevan en la escala de los valores económicos. 6.º Nombre y marcas.—Signos que exteriorizan la personalidad, y cuya tutela jurídica es de rancio abolengo. 7.º Por último, los productos del espíritu (derechos de autor, inventor, etc.) (1).

Teoría del derecho de personalidad (general). Con los expuestos antecedentes podemos entrar en el examen de las teorías que Schapira analiza. La doctrina alemana y austríaca niega la existen-

(1) Gierke: *Deutsches Privatrecht*, I, págs. 702 y siguientes. Leipzig-Duncker & Humblot, 1895.

cia de un derecho de personalidad, confuso e indefinido, a cuyo amparo pudieran ser ejercitadas reclamaciones carentes de verdadero valor económico. Acaso no sea tan necesario ese derecho general después de la protección que los artículos 823 y 826 del Código civil alemán (que luego examinaremos) otorgan; pero sobre él no cabe construir la empresa comercial o la persecución de la competencia desleal. Más amplio margen concede el artículo 28, párrafo 1.º, del Código civil suizo, a cuyo tenor «el que sufre un ataque ilícito en sus intereses personales (en el texto alemán: *in seinen persönlichen Verhältnissen* = en sus relaciones personales), puede pedir al Juez que lo haga cesar». Sólo que a renglón seguido preceptúa que «la acción por daños y perjuicios o para exigir el pago de una suma metálica a título de reparación moral (como satisfacción, en el texto alemán: *abs Genugtnung*) no puede ser ejercitada más que en los casos prescritos por la ley». De todos modos el artículo 28 ha sido utilizado por la doctrina y la jurisprudencia suizas con cierto éxito en la creación de normas e innegable seguridad jurídica en las decisiones.

Teoría de los derechos particulares de la personalidad.—Pero ya que el derecho de la personalidad en general sea poco apto para proteger la casa o empresa comercial, ¿no podremos considerar como objetos tutelables la hacienda, la existencia o la actividad de una persona? La protección del *haber* (*das Haben*) de una persona, si no se quiere decir, con Regelsberger y Gierke, que cualquier derecho puede ser proyectado en el plano de la personalidad, no se apoya preferente ni exclusivamente en este último concepto. La actividad del hombre, después de engendrar los productos o adquirir los bienes, aparece como contrapuesta a los mismos y protegida con independencia de ellos; mientras que los bienes obtenidos o formados pasan a recibir la tutela y defensa del régimen patrimonial. Aunque el derecho de la personalidad sea la fuente de los patrimoniales, tiene una esencia completamente distinta del llamado derecho de cosas.

Tampoco la existencia (*das Sein*), el ser corporal y espiritual del hombre forma el contenido concreto de la empresa. Los derechos encaminados a la defensa de estas sustancias son puramente personales e intransmisibles; se hallan adheridos a la personalidad.

La misma actividad (*das Tun*) es impotente para engendrar o formar la empresa comercial. En primer lugar, es dudoso que pueda concederse la protección del derecho privado a la libertad de actuación. El concebir esta protección como derecho subjetivo absoluto nos sumiría en un mar sin orillas. Los resultados de la actividad (especificación, hallazgo, invención) son los protegidos, y las acciones correspondientes pertenecen al derecho patrimonial.

Del mismo modo rechaza Schapira las opiniones que se traducen por frases como las siguientes: «La empresa es un complejo de actividades», «es una actividad duradera y enfocada en un fin concreto», que nos llevarían a construcciones inutilizables económica y jurídicamente, puesto que la transmisión de un bien así conformado es inconcebible. Por otra parte no toda actuación voluntaria quedaría protegida, sino la que respondiera a una planificación, esfuerzo o trabajo de importancia. No es transmisible el hacer, sino el derecho de actuar, que por su naturaleza obligatoria apenas cabe en la clasificación de las cosas. Cuando Kohler afirma que la empresa no es más que la personalidad en una actuación congruente, ¿a qué personalidad se refiere? ¿Al titular aunque sea persona jurídica? ¿Al conductor o encargado? ¿Y si el alma de la empresa subsiste a pesar del traspaso, no admitimos dos personalidades, la del transferente y la del adquirente como fundamentales? La contestación que se apoye en una posible sustitución del primero por el segundo introduce entre los elementos de la hacienda comercial uno completamente extraño (la posibilidad de sustituir al organizador).

Como nuestra idea es presentar ante los ojos del lector las más recientes orientaciones teóricas, dejamos a un lado la crítica de las Sentencias dictadas por el Tribunal Supremo alemán (*Reichsgericht*) y el Tribunal de la Confederación suiza (*Bundesgericht*), que oscilan entre la protección del derecho de personalidad y la apreciación de una personalidad económica, para recoger la opinión tajante del autor sobre este último particular: «La doctrina de la personalidad económica debe ser rechazada por su falta de lógica». Viene a ser un recurso para fecundar la doctrina de la competencia desleal.

Dentro de este apartado (derecho de la personalidad en particular) examina Schapira brevemente la doctrina de Oppikofer (la

empresa consiste en una organización de bienes económicos y actividades de trabajo), la idea organizatoria de R. Isay. (El objeto del derecho en la empresa no es un conjunto de valores patrimoniales, sino la idea que los organiza) y en fin, los llamados por Eckhardt *Organisationswerte* (se denomina empresa en sentido real un bien jurídico objetivado por los valores de organización).

En el segundo capítulo estudia Schapira la empresa como unidad económica de cosas, derechos y valores inmateriales. Sus partes integrantes, la posibilidad de partes esenciales (clientela, proveedores, etc.) y la necesidad de la unión de los valores materiales con los inmateriales. Continúa en el tercer capítulo con una enumeración de las empresas más corrientes (comerciales, agrarias, profesionales, etc.); dedica el cuarto a la comparación de la empresa con el negocio comercial; enlaza íntimamente en el quinto la empresa con su patrimonio, y pasa en los siguientes a discutir la naturaleza jurídica del derecho sobre la empresa (*¿Universitas rerum?* *¿Conjunto de cosas?* *¿Derecho sobre bienes inmateriales?* *¿Propiedad industrial?*). De innegable interés para nosotros es el análisis del derecho en la empresa como derecho subjetivo absoluto y la posibilidad de aplicar a la materia la acción negatoria del artículo 1.004 del Código civil alemán (1) y del artículo 29 del Código civil suizo (2) y la acción para exigir daños y perjuicios con arreglo al artículo 823, párrafo 1.º (3) de aquél y al 48 del Código de obligaciones suizo (4) sobre la competencia desleal.

(1) El propietario, perturbado en la posesión, puede reclamar el apartamiento del daño. Si son de temer nuevos daños, puede accionar para que se deje de hacer.

(2) Aquel cuyo nombre sea discutido puede pedir al Juez el reconocimiento de su derecho. El que sea lesionado por la usurpación de su nombre, puede accionar para hacerla cesar, sin perjuicio de los daños y perjuicios, caso de culpa, y de una indemnización a título de reparación moral, si está justificada por la naturaleza del daño sufrido.

(3) Quien con malicia o negligencia cause injustamente un daño a otro en su vida, cuerpo, salud, libertad, propiedad o en cualquier otro derecho, está obligado a indemnizar los perjuicios consiguientes. La misma responsabilidad incumbe a quien infrinja una ley que proteja a otra persona. Si la ley puede ser violada sin culpa, sólo deberá indemnizar cuando existiere.

(4) El que con falsos informes o maquinaciones desleales fuere perjudicado en su clientela comercial o amenazado en su posesión, puede exigir el cese de tal comportamiento, y en caso de culpa reclamar la indemnización del daño.

II

FINES PERSEGUIDOS

Si apartando la vista de las desesperadas construcciones conceptuales con que se trata de aprisionar la variedad de los fenómenos económicojurídicos que el desenvolvimiento de una empresa comercial presenta, nos detenemos un momento sobre los fines que el ordenamiento jurídico persigue en las fragmentarias regulaciones vigentes, fácil nos es acreditar que, en algunas ocasiones, las mismas tendencias que nos mueven a unir un *substratum* social con la actuación polarizada de la voluntad en el concepto de la persona jurídica, parecen llevar a la admisión de la casa comercial personificada. Este camino, menos difícil de recorrer en España, donde se ha concedido el privilegio de la personalidad a toda clase de entidades mercantiles, que en los países germanos, donde las sociedades regulares colectivas no son personas jurídicas, puede decirse que no conduce a resultados prácticos, porque el nombre, la pericia, el honor y la actividad del comerciante particular gozan de protecciones más enérgicas que las correspondientes a iguales o análogos elementos de la persona social.

A través de la argumentación esgrimida por los especialistas o de los términos empleados por las leyes, apuntan valores e intereses que justifican en parte las medidas propuestas o fijadas: ya se alude a la unidad que la idea motriz imprime al trabajo desarrollado en la casa de comercio, especie de alma teleológica que anima a los abigarrados elementos que la constituyen; ya al orden y armonía de los mismos dentro de una organización que, como las biológicas, permanece constante a través de los cambios materiales, se regenera, completa y perpetúa como si tuviese vida; ya a la necesidad de mantener acoplados e íntegros los medios con que la empresa económica alcanza su máxima prosperidad; ya a la autonomía que el patrimonio así formado presenta frente a los otros bienes y derechos que forman la fortuna particular del comerciante; ya a la protección que merecen los acreedores, que han contratado con la casa comercial, cuya suerte siguen, más bien que con su titular o principal; ya a la conveniencia de multiplicar el

tráfico sobre establecimientos mercantiles, con la defensa de los terceros adquirentes; ya a la indiscutible utilidad que surge de la valoración de los valores amortizados en la empresa, que una vez lanzados a la circulación multiplican los capitales, favorecen el crédito, pueden ser objeto de usufructo, cesión, pignoración y embargo; ya, en fin, al robustecimiento de los derechos de la personalidad como base de la buena fe mercantil, dignificación del *status* del comerciante y flagelo de la competencia desleal.

Combinando el conjunto de disposiciones fragmentarias que en cada país existen sobre la hacienda, empresa o casa mercantil con las finalidades e intereses apuntados, las respectivas jurisprudencias llegan a conformar unos cuantos tipos nacionales, que pueden ser agrupados en atención a sus notas características.

El estatuto legal del *fonds de commerce* francés, atiende muy poco a los problemas especulativos o de construcción y se preocupa de la enajenación de la casa comercial, del privilegio del vendedor sobre la cosa vendida y de la pignoración y ejecución judicial. La importancia y rapidez de las transacciones se ha multiplicado durante los últimos años en términos extraordinarios, y el Estado ha tenido que acudir a la defensa de los intereses comprometidos con leyes de excepción.

En Bélgica la ley sobre el crédito profesional en favor de la pequeña burguesía ha desenvuelto la prenda convencional en provecho de ciertos acreedores cualificados: Bancos o Establecimientos autorizados para realizar las operaciones con la garantía de la inscripción en el *bureau des hyppothèques*. Esta ley de 25 de Octubre de 1909 es incompleta, presenta dificultades de orden práctico y no ha dado satisfacción al comercio (1).

Alemania, que desde muy antiguo manejaba la Handelsfirma (raggione, ditta, raison o razón social), a la que el Código mercantil dedica los artículos 17-47, ha elevado la dirección, primero, con los estudios de Bekker, Cosack y Kohley, y recientemente con los de Isay, Jacobi, Oppikofer, Gierke (Julius), Guisan, Vipperdey y Nusbaum.

La ley inglesa, preocupada con la competencia desleal que, so-

(1) Todavía no ha llegado a mi poder la ley de Propiedad comercial, promulgada en Abril de 1929.

bre todo, puede emerger de la disolución de una comunidad (*Partnership*) o de la cesión de clientela (*Goodwill*), trata de poner obstáculos a la mala fe mercantil y llega, por vía indirecta, a proteger la explotación sin reconocer la existencia de una verdadera *universitas*. La jurisprudencia distingue en los casos de expropiación el local *goodwill*, expectativa unida a la situación o ubicación del establecimiento, y el personal *goodwill*, actividad personal que da valor al fondo o empresa; para proceder, en su consecuencia, a la distribución de la indemnización concedida.

El adquirente de una casa comercial puede anunciarse como sucesor, aunque el enajenante se halle autorizado para explotar un negocio semejante (no el antiguo, ni bajo un nombre que hiciese suponer la continuación del mismo), siempre que ni personalmente ni por circulares intentase retener la clientela. En los Estados Unidos la pignoración de haciendas comerciales no es frecuente.

Para que la operación pueda ser opuesta a tercera persona ha de ser inscrita en un Registro especial. Poco a poco la jurisprudencia va fijando la relación entre los elementos materiales y los valores espirituales de la empresa (1).

En Italia, los últimos estudios sobre la *azienda commerciale, impresa, aviamento y accorsatura*, de Ascarelli, Casanova, Mariani, Castelli-Avolio y Cernelutti, no se limitan a desenvolver la prohibición de la competencia desleal, sino que entran en las profundidades del tema con mayor decisión que los tratadistas de Derecho mercantil que los españoles conocemos por las traducciones (2).

Respecto a España, desde que la Confederación Gremial, en la Asamblea de Valencia de 1915, aprobó las conclusiones que fueron elevadas al Gobierno en 1.º de Julio del mismo año, el problema se planteó con preferencia, o mejor casi exclusivamente, sobre las relaciones de la que pudiéramos llamar propiedad mercantil con el dominio de las fincas urbanas. Fué inútil que al redactar el que esto escribe, el Real decreto de 15 de Julio de 1924, que refrendó el marqués de Magaz, se ampliara el campo de la discusión sobre

(1) Las modificaciones del sector jurídico, *Landlord and Tenant*, en 1929, se refieren a las relaciones entre propietarios e inquilinos.

(2) Bolaffio: *Derecho mercantil* (Reus, Madrid, núm. CLXXXII de la Biblioteca Jurídica), págs. 47 y 185.—Vivante: *Tratado de Derecho mercantil* (Idem, id., CLXIV), tomo III, 1936, pág. 1.

un cuestionario que abarcaba las principales cuestiones que el tema de la casa comercial sugiere, las clases mercantiles, por boca del señor Ayats (cuyo *voto particular* se ha publicado en REVISTA CRÍTICA-II-196), insistieron en la importancia absorbente que para ellas tenía el contrato de arrendamiento de locales destinados al comercio, y con la misma orientación, el infatigable don José Ayats, presentó la proposición de ley que fué leída en la sesión celebrada por el Congreso de los Diputados en 28 de Junio de 1934.

Sin perjuicio de volver sobre estos particulares, agregaré que la última proposición de ley que ha llegado a mis manos después de publicado el Decreto sobre Arriendos urbanos, de 21 de Enero del año corriente (1936), aunque enfoca el patrimonio o acervo mercantil con ángulo abierto, concluye por señalar tres *primordiales cuestiones*, que responden a un restringido criterio: la seguridad o estabilidad en los locales, la libertad de traspaso y la indemnización adecuada en los casos de expropiación.

III

EL ESTATUTO LEGAL DEL «FONDS DE COMMERCE»

Como es nuestro ánimo presentar los más interesantes desenvolvimientos del tema en los últimos años, y la legislación francesa ha provocado unos fenómenos económicos de que apenas tenemos idea, procuraré, ante todo, dar una breve y precisa de las fundamentales disposiciones dictadas en la vecina República, que han orientado y estimulado la contratación sobre casas comerciales.

La ley francesa no define el fondo comercial; la jurisprudencia, en algunas ocasiones, ha encomendado al Juez la tarea de fijar el elemento esencial e indispensable que lo caracteriza, mientras en otras confiere tal privilegio a los factores inmateriales, y Thaller, como si se inspirase en las decisiones inglesas, que otorgan a la *goodwill of business* (la buena voluntad del parroquiano, que traducimos casi a la letra), la caracterización, llega a decir que el fondo comercial contiene, como elemento preponderante (y casi úni-

co), la clientela (1). La misma tesis sostiene Buisson (2), añadiendo a la clientela (conjunto de personas que recurren a un comerciante por razón de sus cualidades o negocios afamados), *l'achalandage* (palabra, como nuestro *chalcón*, de etimología incierta: ¿*calere*?, ¿*chelandon*?), o sea la parroquia que encuentra el almacén al paso o lo tiene cerca de casa, y por último, el nombre, verdadero signo de unión de los otros elementos.

Por no repetir conceptos ni controversias me limitaré a indicar que las ideas fundamentales de la doctrina francesa sobre la naturaleza jurídica de la casa comercial (*universum jus, universum corpus, patrimoine spécial*, etc.), se encuentran en los exégetas Proudhon, Troplong y Laurent, así como en las monografías siguientes: Catalán: *Condition juridique des fonds de commerce*, 1889. Gombaux: *Notion juridique du fonds de commerce*, 1901. Valéry: *Maison de commerce et fonds de commerce*, 1902 (en *Anuaire de Droit Commercial*). Bouteaud et Chalsol: *Traité général des fonds de commerce*, 1905. Monchet: *De la nature juridique du fonds de commerce*, 1911. Cendrier: *Le fonds de commerce*, 4.^a, 1926. R. Gary: *Les notions d'universalité de fait et d'universalité de droit*, 1932; y Papp: *La nature juridique du fonds de commerce*, 1935.

Ley, jurisprudencia y doctrina reputan hallarse en presencia de una entidad jurídica, especie de universalidad independiente de la naturaleza de sus elementos, que posee las características de un mueble corporal.

* * *

La venta, usufructo y pignoración de la casa comercial provocaron las primeras oscilaciones de la jurisprudencia, que en parte se trató de salvar por la Ley de 1.º de Marzo de 1898, a cuyo tenor «toda pignoración de un fondo comercial deberá, bajo pena de nulidad frente a terceros, ser inscrita en el registro público de la Secretaría del Tribunal en cuya circunscripción fuese aquél explotado». El texto pareció desde el primer momento defectuoso: ni las formalidades, ni los elementos pignoraables, ni la extensión de

(1) *Traité élémentaire de Droit commercial*. 8.ª edición (París, Rousseau, 1931, pág. 67).

(2) *Le statut légal du fonds de commerce* (París, Pichon-Auzias, 1934), página 8.

la prenda, ni el procedimiento ejecutivo se fijaban. De ahí los proyectos y proposiciones de ley que se presentaron hasta que fué promulgada la de 17 de Marzo de 1909.

Dividida en tres secciones (venta, pignoración y disposiciones comunes a la venta y a la pignoración), regula en 38 artículos los problemas de más trascendencia práctica.

Venta.—El privilegio del vendedor se hace depender, en el artículo 1.º, del registro, en debida forma, de la escritura o documento de venta. Comprende los elementos enumerados, y en su defecto el emblema, el nombre, el derecho al arrendamiento, la clientela y el *achalandage*. Hay que establecer precios distintos para los elementos incorporeales, el material y las mercancías, para que el privilegio pueda hacerse efectivo distintamente. Los pagos parciales (no al contado) se imputan sobre el precio de las mercancías, y luego el del material. Puede ser objeto de reclamación si se aplica el precio de reventa a elementos no incluídos. Realizada dentro de la quincena, la inscripción tiene preferencia. Artículo 2.º: La venta, cesión, adjudicación o aportación del fondo, ha de ser también publicada en un diario de anuncios dentro de la quincena, por primera vez, y cierto tiempo después se hará una segunda inserción. Dentro de los diez días siguientes a ésta, los acreedores del anterior propietario pueden oponerse al pago del precio. El adquirente que pagare sin tales formalidades, no queda liberado (art. 3.º). Durante veinte días los documentos estarán a disposición de los acreedores, y cualquiera de éstos, caso de insuficiencia del precio para pagar a los reclamantes, puede mejorarlo en una sexta parte (art. 5.º). El adquirente está obligado a consignar la porción exigible del precio dentro de la quincena, a petición de parte (art. 6.º).

Caso de aportación del fondo a una Sociedad (art. 7.º), se procede en forma análoga, y si los coasociados del deudor no formulan demanda de anulación, la Sociedad queda obligada solidariamente con el deudor enajenante al pago del pasivo.

Pignoración.—Se autoriza, sin llegar a conceder al acreedor el derecho de apropiarse la cosa dada en garantía (art. 8.º). Comprende: el emblema, nombre, arriendo, clientela, *achalandage*, mobiliario, material, utillaje, patentes, licencias, marcas, modelos, dibujos, y, en general, los derechos de propiedad industrial, litera-

ría o artística, respectivos (art. 9.º). A falta de designación se aplica el precepto de la venta. Si hay sucursales gravadas, se indica la situación de sus establecimientos. El privilegio pignoraticio nace con la inscripción de la escritura o documento en el registro del fondo y de las sucursales (art. 10), dentro de los quince días (art. 11), bajo pena de nulidad. La prelación se determina por la fecha de inscripción y los acreedores inscritos en el mismo día concurren con igual rango (art. 12).

Disposiciones comunes.—Sección 1.ª. Los artículos 13-23 regulan la realización de la prenda y la *purge* de los créditos inscritos. En el caso de desplazamiento del fondo, si el propietario no lo ha hecho saber con quince días de anticipación, los acreedores pueden hacer efectivos sus derechos. Cuando se haga el cambio de plaza sin el consentimiento del vendedor y de los acreedores pignoraticios, éstos pueden exigir sus créditos si hay depreciación del fondo.

El propietario de la finca donde se halle el establecimiento comercial que quiera rescindir el arrendamiento, debe notificarlo a los acreedores inscritos con anterioridad. La rescisión convencional no es definitiva hasta que transcurra un mes desde la notificación.

El acreedor ejecutante, y también el deudor, pueden pedir la venta judicial del fondo con el material y las mercancías. El artículo 15 desenvuelve las facultades del Tribunal en orden a la venta, nombramiento de administrador, precios y condiciones, publicidad extraordinaria y pago al ejecutante. Aun en virtud de documento privado pueden el vendedor y el acreedor inscritos instar la venta del fondo, ocho días después de la intimación de pago infructuosa.

Los requerimientos al propietario y acreedores preferentes, la redacción de los edictos, su fijación e inserción son regulados en el artículo 17.

El acreedor no inscrito necesita, para obtener el mandamiento de venta, que el Tribunal de comercio haya pronunciado sentencia condenatoria.

Si el adjudicatario no cumple su compromiso, se procede a una nueva venta a su cuenta y riesgo (*a sa folle enchère*) y responderá de la diferencia de precios sin poder reclamar el excedente.

La venta, en principio, ha de realizarse *in globo* y únicamente

pueden tramitarse las ejecuciones parciales después de ser notificadas a los acreedores inscritos, que tienen un plazo de diez días para oponerse.

Rige el apotegma *surenchère sur surenchère ne vaut* (no se admite puja sobre puja) cuando se aplican las formalidades de la ley.

El vendedor y el acreedor pignoraticio conservan su prelación, si bien el adquirente puede liberar el fondo ofreciendo y consignando su precio (excepto el del material y las mercancías) o el valor estimativo. Si los acreedores no encuentran satisfactorias las ofertas, pueden pedir la subasta del fondo comprometiéndose a pagar una décima parte más de la suma. El adjudicatario queda obligado a admitir, por el precio que fijen los peritos, el material y las mercancías.

Sección 2.ª (artículos 24-35). Formalidades de la inscripción y obligaciones del Registrador.—Están inspiradas en las disposiciones que regulan la inscripción de privilegios e hipotecas (art. 2.148 y siguientes del Código civil), haciendo de Conservador el escribano o secretario (*Greffier*) del Tribunal de Comercio. Se deposita uno de los originales de la venta o pignoración y se transcribe la minuta (*bordereau*), que contiene los nombres, fecha y naturaleza del título, precios establecidos y cargas del crédito, intereses y exigibilidad; descripción del *fonds* y sucursales, elementos que los integran y el domicilio elegido. Cuando al *fonds* vayan unidas patentes, marcas, etc., ha de tomarse razón en el Registro de la Propiedad Industrial.

Al margen de la inscripción se harán constar las *anterioridades*, subrogaciones y cancelaciones.

Si el privilegio resulta de un título a la orden, se entiende transmitido con el endoso (del acta? o del pagaré?).

La inscripción (que es renovable) sólo dura cinco años y garantiza dos de intereses. Se cancela por consentimiento autenticado de las partes o en virtud de providencia con fuerza de cosa juzgada, siendo competente, en vía principal, el Tribunal de Comercio del lugar en que se haya hecho el asiento.

La publicidad se halla desenvuelta en la forma corriente: cualquiera puede pedir un *estado de las inscripciones* o certificación negativa. El Oficial público encargado de la venta del *fond* puede reclamar copia de los documentos.

Los encargados del Registro no pueden denegar ni rehusar las inscripciones o certificaciones que se les pidan, y responden de las omisiones y errores.

Los honorarios de inscripción de ventas y prendas se fijan en cinco céntimos por 100 francos, y en la mitad los de los alzamientos o cancelaciones consentidas (1).

Tales son las líneas principales de la ley fundamental francesa que, podemos decir, se halla todavía vigente, puesto que la ley de 31 de Julio de 1913 se limitó a tres modificaciones de orden secundario: 1.^a El acreedor del propietario precedente del fondo comercial que se oponga al pago del precio (art. 3.^o) debe elegir domicilio en la circunscripción del Tribunal para recibir las notificaciones. 2.^a El arrendador de la finca no podrá formular oposición por los alquileres corrientes o no vencidos (a veces pedía todos los que restaban hasta el final del arrendamiento). 3.^a Para evitar oposiciones abusivas al pago del precio, el vendedor puede obtener, en ciertos casos, autorización para cobrarlo y consignarlo, del Tribunal civil.

JERÓNIMO GONZÁLEZ.

(1) Los artículos 36-38 derogan la modificación del art. 2.075 del Código civil, introducido por la Ley de 1898, y fijan los particulares de la vigencia de ésta en Francia, Argelia y colonias.

PROBLEMAS CONSTITUCIONALES

Por D. Adolfo García González

Tomo I: LA PROPIEDAD Y EL IMPUESTO. — Reforma tributaria y de la propiedad del suelo (agraria, minera, de aguas y urbana) Definitiva orientación del Derecho Hipotecario. Volumen de 320 páginas. Madrid, 1936. 6 pesetas al público y 5 a los suscriptores de esta Revista.

Los pedidos, al autor: Churruca, 14, 1.^o B, centro izquierda
Teléfono 20200

La reciprocidad y el “exequatur”

A) Según el artículo 951 de la ley de Enjuiciamiento civil, aplícanse a la ejecutabilidad de sentencias extranjeras, en primer lugar, los Tratados; en segundo lugar, se atiende al principio de la reciprocidad (artículos 952, 953); y si no hay Tratados ni el principio de la reciprocidad resuelve el problema, ofrécese el artículo 954 como único aplicable. Es de interés práctico y ofrece ciertas dificultades interpretativas poner de relieve los casos en los que la reciprocidad entra en juego y los en que es aplicable el artículo 954.

B) I. La finalidad de los artículos 952 y 953 (este último disciplina un caso especial de reciprocidad) es la de proporcionar a las sentencias españolas su ejecución en el extranjero bajo las más fáciles condiciones. Sus medios son el castigo de los países poco «amables» con España para que se «mejoren», y la retribución a los países «buenos» para que no se separen del camino de la «virtud». Por lo tanto, no son ejecutables en España sentencias de países que a su vez no ejecutan sentencias españolas (artículo 953, expresivo del principio de la reciprocidad negativa); en cambio, sí lo son sentencias dimanantes de países que tratan las sentencias extranjeras como las suyas.

II. 1) Ahora bien: si en un país no existe legislación respecto al *exequatur* de sentencias extranjeras o si esta legislación a su vez adopta el principio de la reciprocidad, ni se da una jurisprudencia aplicable ni, en fin, hay una teoría dominante doctrinal, de modo que *el Juez es incapaz de hacer un juicio de probabilidades respecto a la ejecución de sentencias españolas en el país en cuestión, ha de aplicarse el artículo 954 de la ley de Enjuiciamiento ci-*

vil. Este caso no ofrece duda. Pero no es el único ni el más importante.

2) *Tampoco es manejable el principio de la reciprocidad en cuantos casos la regulación extranjera, desde un punto de vista legislativo, sea semejante a la española.* Esta tesis necesita una explicación y una justificación.

a) Pensamos en casos en los que la legislación extranjera, sin ser idéntica a la española (hipótesis que no ofrece problemas, por coincidir el artículo 954 con la aplicación del principio de reciprocidad de la demanda referente al *exequatur*, a la demanda referente al *ad*), difiere de ella, por el contrario, en varios puntos, diferencia que no arraiga en principio de amistad ni hostilidad frente al extranjero, sino en concepciones tecnicojurídicas distintas. Por lo tanto, estas diferencias no serán fundamentales, sino más bien de importancia secundaria. Huelga decir que el concepto de la «diferencia secundaria» ha de entenderse desde el punto de vista legislativo, en forma tal, que en un caso concreto la diferencia secundaria puede ser de importancia decisiva.

b) La justificación de nuestra tesis puede hacerse de modo deductivo y de modo inductivo.

aa) El argumento deductivo ha de desprenderse de la antes indicada finalidad del principio de reciprocidad. La reciprocidad tiene por fin castigar y cambiar a los «malos» y retribuir y hacer perseverar a los «buenos». En los casos en los que la diferencia en la legislación extranjera no sea debida a una actitud de hostilidad ni de amistad, el principio de reciprocidad, en vez de representar un arma prudente de la política legislativa, se convertirá en un sometimiento servil a cualquier legislación extranjera, sin razón alguna.

bb) El argumento inductivo es el de la insuficiencia de otra interpretación. En primer lugar, son en España inaplicables los *preceptos extranjeros de índole orgánica*. Así, por ejemplo, inscribense en Inglaterra las sentencias extranjeras a petición del interesado ante un Tribunal inglés especial bajo ciertas condiciones (Ley del 13-IV-1933, reproducida en Clunet, 1934, ps. 502 ss.).

Este precepto no puede obligar a España a crear un registro idéntico para sentencias inglesas. Otro ejemplo: en Alemania es competente para el *exequatur* el Juez municipal o el Juez de primera instancia, según las disposiciones ordinarias de competencia

(artículo 722 ley Rituaria alemana). El demandante puede pasar de la demanda referente al *exequatur*, a la demanda referente al fondo del litigio. Dichos preceptos, ¿obligan a España a sustraer las sentencias alemanas de la competencia del Tribunal Supremo y establecer fueros especiales? Evidentemente que no. Salta a la vista que la reciprocidad no puede referirse a artículos «orgánicos». Otro ejemplo es el siguiente: en Alemania reconocen ciertas sentencias extranjeras (por ejemplo, las sentencias de divorcio) sin *exequatur*, aun cuando, en general, dicho problema se rige por disposiciones semejantes a las españolas. En cambio, en España pídese el *exequatur* en todos casos, sin distinción entre la cuestión del reconocimiento y la de la ejecución. Ahora bien: aplicando el principio de la reciprocidad rigurosamente a las mencionadas sentencias, habrían de escapar a la competencia del Tribunal Supremo y caer bajo la jurisdicción de los encargados del Registro civil, que ni siquiera han de ser letrados y que, aun siendo capaces de aplicar el artículo 954, no lo serán de manejar el principio de la reciprocidad. Por otro lado, sometiendo las sentencias extranjeras exentas del *exequatur* al Tribunal Supremo, se infringiría el principio de la reciprocidad, ya por el solo hecho de someterlas. El principio de la reciprocidad no se refiere tampoco a los *presupuestos materiales del «exequatur»* en los ordenamientos jurídicos extranjeros semejantes a los españoles. Así, por ejemplo, la ya mencionada ley inglesa exige para la inscripción que la sentencia extranjera sea firme; que sea susceptible de la ejecución forzosa en su país de origen; que los Tribunales que la han dictado sean competentes, según los preceptos ingleses dictados a este efecto (bastante complicados); que no se haya logrado de manera fraudulenta; que no infrinja el orden público inglés; que no sea dictada en rebeldía, a no ser que se haya puesto la demanda en conocimiento del demandado en tiempo en que podía organizar la defensa, no importando los artículos procesales del país del que la sentencia emana, etc., etc. ¿Quién cree que la ley española quiere obligar al Juez a comprobar esta multitud de disposiciones extranjeras y a aplicarlas sin que medie ningún motivo razonable? Esta dificultad no desaparece con atribuir a las partes la carga de alegación y de prueba, puesto que es una experiencia triste (véase la sentencia del Tribunal Supremo de 3 de Mayo de 1920 en J. C. 189, 98) de

que al final el Tribunal se encuentra con declaraciones contradictorias de abogados extranjeros teniendo que resolver cuestiones difíciles del derecho extranjero.

En resumidas cuentas: el principio de reciprocidad no se refiere al articulado jurídico extranjero, sino solamente a sus ideas legislativas fundamentales (1).

WERNER GOLDSCHMIDT.

(1) Es necesario poner de relieve los principios de derecho que se encuentran dentro del derecho positivo al lado de los preceptos jurídicos concretos y hacer resaltar su diversa función. Además del principio de reciprocidad, habrán de mencionarse, por ejemplo, las disposiciones de orden público internacional, los artículos programáticos de la Constitución y los principios generales de derecho del artículo 6.º del Código civil español.

Banco Español de Crédito

Capital autorizado	Ptas.	100.000.000
Capital desembolsado	—	51.355.500
RESERVAS	—	70.592.954,34
Cuentas corrientes al 30 de junio de 1935.....	—	1.308.323,771,67

Domicilio social: MADRID, calles de Alcalá, 14, y Sevilla, 3 y 5.

400 SUCURSALES EN ESPAÑA Y MARRUECOS ESPAÑOL

Sucursales Urbanas. En MADRID: Glorieta de Bilbao, 6; Glorieta de Atocha, 8; Conde de Romanones, 6, y Velázquez, 29.

Idem en BARCELONA: Avenida E. Maristany y calle Antonio Ullé, número 11 (BORNE); calle Sans, número 10, y calle España Industrial, número 1 (SANS)

CORRESPONSALES EN LAS PRINCIPALES CIUDADES DEL MUNDO
EJECUCIÓN DE TODA CLASE DE OPERACIONES DE BANCA Y BOLSA

TIPOS DE INTERES

Cuentas corrientes:

A la vista 1 $\frac{1}{4}$ % anual.

Libretas ordinarias de ahorro:

Tengan o no condiciones limitativas.... 2 $\frac{1}{2}$ % anual.

Imposiciones a plazo fijo:

A tres meses..... 2 $\frac{1}{2}$ % anual.

A seis meses..... 3 % —

A doce meses..... 3 $\frac{1}{2}$ % —

Regirán para las cuentas corrientes a plazo y de ahorro los tipos máximos señalados en esta norma.

DEPARTAMENTOS DE CAJAS FUERTES DE ALQUILER

Dirección telegráfica: BANESTO.—Apartado de Correos núm. 297.

La mayoría y la habilitación de edad en el derecho catalán

En 1.º de Enero de 1935 comenzó a regir la ley de Mayoría y habilitación de edad, promulgada por la Generalidad de Cataluña en 8 de Enero de 1934. Teniendo en cuenta su trascendencia y el espíritu progresivo que la informa, creo conveniente divulgarla, ordenando su contenido—a fin de que la exposición aparezca más clara—, añadiéndole los epígrafes correspondientes y haciendo un brevísimos comentario a la misma.

I. MAYORÍA DE EDAD

A. ¿Quiénes son mayores de edad?

Son mayores de edad: Primero. Los que han cumplido veintún años. Segundo. Las que habiendo cumplido dieciocho contraen matrimonio.

Para el cómputo de los años, el día del nacimiento se considera completo.

B. Capacidad de los mayores de edad.

El mayor de edad tiene capacidad jurídica plena, salvo las excepciones expresamente establecidas por las leyes.

II. HABILITACIÓN DE EDAD

A. ¿Quién puede ser habilitado de edad?

Pueden ser habilitados de edad los que hayan cumplido dieciocho años.

B. ¿Quién puede conceder la habilitación de edad?

Pueden conceder la habilitación: Primero. El padre o la madre que ejerza la autoridad paterna. Segundo. El Consejo de tutela.

Para que tenga eficacia la concesión de habilitación de edad por el Consejo de tutela a favor del menor que esté sujeto al mismo, tiene que ser aprobada por el Magistrado de tutela. Este podrá denegarla si no la estima conveniente para el menor.

Para la habilitación de edad es preciso que el menor la consienta.

C. Forma de concederla.

La habilitación de edad se tiene que otorgar en escritura pública, testamento o por comparecencia ante el Juez municipal. Tiene que ser anotada en el Registro civil y, mientras no lo sea, no producirá efectos contra tercero respecto a actos celebrados con quien, habiendo sido representante legal del menor, continuase atribuyéndose aún dicha representación después de otorgada la habilitación de edad.

El menor de dieciocho años que contraiga matrimonio, quedará de derecho habilitado de edad con las restricciones que se expresan después. Al cumplir los dieciocho años, a pesar de que el matrimonio estuviese disuelto, será considerado mayor de edad.

La habilitación de edad, una vez concedida, no puede revocarse.

D. Capacidad del habilitado de edad.

a) Principio general.

La habilitación de edad aparta al menor de la autoridad paterna o tutelar y le capacita para regir su persona y su patrimonio como si fuese mayor, sin otras restricciones que las que se expresan a continuación.

b) Restricciones.

1. Del soltero.

El habilitado de edad necesita autorización concreta del padre o de la madre, si procede, y, a falta de uno y otra, del curador:

Primero. Para enajenar derechos y bienes que constituyan su capital, o para gravarlos o extinguirlos.

Serán considerados capital del menor los bienes inmuebles, derechos reales, valores mobiliarios, participaciones en negocios, objetos artísticos, créditos y, en general, todo lo que no sea producto de rentas, frutos o salarios.

Segundo. Para aceptar herencias sin beneficio de inventario, para repudiarlas y para renunciar legados o donaciones.

Tercero. Para otorgar arrendamientos de los comprendidos en el número 5.º, del artículo 2.º de la ley Hipotecaria, o sea, arrendamientos inscribibles en el Registro de la Propiedad.

Cuarto. Para entregar o tomar dinero en préstamo.

Quinto. Para afianzar, en cualquier forma que sea.

Sexto. Para confesar y para transigir en juicio sobre actos comprendidos en los extremos anteriores.

2. Del casado menor de dieciocho años.

Los menores de dieciocho años, que estén casados, además de las restricciones explicadas, no podrán comparecer en juicio ni transigir cuestiones o someterlas a arbitraje o a amigable composición, ni deferirlas a juicio de tercero, sin la asistencia del padre, madre o curador, según proceda.

III. DERECHO TRANSITORIO

Mientras una nueva ley no regule el organismo tutelar, las funciones asignadas por la presente al Consejo de Tutela, Magistrado de Tutela y Curador, serán ejercidas, respectivamente, por el Consejo de familia, el Presidente de la Audiencia Territorial y el tutor o defensor judicial, si procede.

IV. BREVE COMENTARIO CRÍTICO

Son notas muy progresivas de esta ley :

1. Señalar la edad de veintiún años para la mayoría de edad, de acuerdo con las necesidades de nuestros tiempos, con lo establecido en los países europeos y americanos que siguen al Código napoleónico en este punto, y de acuerdo también con la mayoría de edad mercantil en España.

2. La equiparación del emancipado por concesión y el habilitado de edad, ya que no se distinguían sino por su nombre y por la persona que concedía esta situación jurídica.

3. Prescindir del anticuado criterio de distinción entre bienes inmuebles y bienes muebles—para exigir más o menos requisitos a los habilitados que tienen que contratar sobre ellos—, sustituyéndolo por el de la distinción entre el capital y los productos del capital del menor.

4. Considerar completo el día del nacimiento para el cómputo de los años, resolviendo así, de una vez, las dudas sobre esta cuestión y evitando peligros y dificultades en la práctica.

R. NEGRE BALET,

Notario.

Capacidad dispositiva del Consejo de Administración de un Banco

La Dirección general de los Registros resuelve la cuestión referente a si es inscribible una escritura por la que el apoderado del Consejo de Administración de un Banco (1) vende unas fincas, que adquirió por adjudicación en procedimiento ejecutivo seguido contra un su deudor hipotecario, en sentido afirmativo. Nosotros pretendemos llegar a la misma conclusión, que nos parece acertadísima, aunque siguiendo distinto camino, porque creemos que el problema que se debate en la Resolución de 19 de Marzo último (2) ha sido desplazado del terreno que le es propio, ya que la discusión seguida y los argumentos en ella empleados lo sitúan en el del Código civil, aplicando los preceptos que éste dedica al mandato, lo que no es, a nuestro modesto entender, procedente.

Cierto que ni el Código civil ni el de Comercio dan normas para distinguir una sociedad civil de otra mercantil, y que el artículo 116 del segundo define la Sociedad exactamente lo mismo que el 1.665 del primero: pero no cabe dudar que en la mente del legislador estuvo el pensamiento de que una y otra se distinguieran por su objeto.

El Derecho civil no dedica atención a las particularidades del tráfico mercantil, acaso porque su gran desarrollo es reciente. En cambio, puede decirse que todas las normas de Derecho privado que, por unas u otras circunstancias, se adaptan a las necesidades o exigencias del comercio, formarán un derecho aparte e independiente: el mercantil.

El concepto de Sociedad Anónima, y, por tanto, también la naturaleza de las operaciones bancarias, está específicamente determinado y reglado en el Derecho mercantil. Por ello, a este mismo derecho habrá que acudir, o sea a su fuente más importante, que es el Código de Comercio, cuando se trate de buscar normas de aplicación a cosas o asuntos mercantiles.

Se ocupa dicho Código, en el título III de la Comisión mer-

(1) El Hispano Americano.

(2) Véase en la sección correspondiente.

cantil, con una primera sección para los «comisionistas», y una segunda para «otras formas del mandato mercantil». En los artículos 281 y siguientes se regula la materia de apoderados o mandatarios. «Hay—dice Garrigues—en el Derecho mercantil español un mandato o comisión.» Luego no tenemos por qué acudir al Derecho civil cuando del poder mercantil se trate, porque si existe una ley especial destinada a regular la relación jurídica mercantil, su preferencia sobre la que con carácter general establezca normas en forma amplia, no aplicables por razón de la materia o por otras circunstancias, es evidente.

No se trata, pues, de un contrato que por primera vez recoge y admite el Código civil, extraño al Código de Comercio, sino de algo expresa y concretamente regulado por éste. De ahí que tenga plena aplicación el artículo 50 del mismo, que claramente señala que primero es, cuando de actos mercantiles se trata, el Código de Comercio y las leyes especiales, y que, una vez agotadas las normas específicamente mercantiles, será hora de dar entrada al Derecho común en todo lo que se refiere a los requisitos, interpretación y extinción de los contratos de tal clase y a la capacidad de los contratantes, materias en las que el Derecho civil tiene el carácter de legislación supletoria en lo que no se halle expresamente establecido en el mercantil.

Así lo ha resuelto el Tribunal Supremo en Sentencia de 26 de Octubre de 1934, al plantearsele nuevamente la cuestión referente al rango en que debe colocarse el Derecho civil respecto del mercantil.

* * *

Mas tampoco la cuestión debatida tiene nada que ver con el mandato mercantil propiamente dicho. Lo que se trata de resolver es cuál sea el verdadero carácter del Consejo de Administración de las Compañías Anónimas, en el sentido de determinar si es sólo un órgano administrativo o si es algo más que un mero administrador; si se halla también investido de facultades dispositivas y cuáles sean éstas. Y, asimismo, si se ha de seguir el principio consignado en el artículo 1.156 del Código de Napoleón, de investigar en las convenciones cuál ha sido la intención común de las partes contratantes, más bien que fijarse en el sentido literal de los términos.

No es muy explícito nuestro Derecho en materia de funciones directivas de la Sociedad Anónima, de la posición jurídica del elemento director con respecto a aquélla. Sin embargo, del texto del artículo 122, párrafo 3.º del Código de Comercio—«encargan su manejo a mandatarios o administradores que representan a la Compañía bajo una denominación»—, deducen algunos comentaristas que puede llegarse a una solución análoga a la del Derecho alemán, según el cual a la Dirección compete, por razón de la ley, la gestión de los negocios sociales, sin que exista una excepción para los negocios extraordinarios. O sea que el único límite que pueden tener las facultades de representación será el que provenga de la Ley y de los Estatutos o Reglamentos por que se rijan.

El jurisconsulto italiano Castiello cree, como Ihering, que «la Asociación puede contratar y proceder judicialmente por medio de su Jefe o Administrador, cualquiera que sea su número y su especial función... Y a esta consecuencia conduce la más ordinaria aplicación de las reglas del derecho común. En verdad, si en el estatuto social, de manera explícita o implícita, se atribuye a una persona el poder de dirigir y gobernar, no sólo la acción de los socios, sino también de administrar, disponer dentro de ciertos límites y representar a todos los socios, la eficacia del mandato, sea expreso o tácito, no podrá ser desconocida, sólo porque se trate de asociación o porque es dado en términos generales.»

Gay de Montellá, entre otros, afirma que los Administradores tienen las obligaciones que competen a todo buen padre de familia—aquí buen comerciante—en el régimen y administración de los bienes que tienen bajo su guarda. Correlativa con dicha obligación debe hallarse, a nuestro juicio, la facultad de ejecutar todos los actos conducentes a lograr la buena marcha de la Empresa. Entre éstos deberá ocupar un lugar preferente, porque es de esencia, además, en toda actividad económica, el cobro de créditos, forma y tiempo de su pago y los bienes que han de admitirse, cuando el caso llegue, en garantía de la solvabilidad de los firmantes de los efectos descontables. Y es de esencia, también, que dichos bienes no queden en el patrimonio social—masa social—, porque ello, además de ser ajeno a la misión de un Banco, que ya tiene con el capital social—fondo social—la cifra necesaria de garantía de los acreedores, puede hasta llegar a perjudicar los intereses de la So-

ciedad el conservarlos en su poder, retirando del negocio el metálico en que se valoren y afectándolo a fines que no pueden ser protegidos.

* * *

Nadie pone en duda que el Consejo de Administración, como consecuencia de lo dicho, tiene plena facultad para concertar préstamos con garantía hipotecaria; para quedarse, si el deudor consiente, con los bienes hipotecados en pago de la deuda, o para ejecutarlos, en su caso. Y si se le adjudican al Banco por falta de postor—caso actual—, ha de poder enajenarlos el Consejo sin necesidad del consentimiento o autorización de la Asamblea o Junta general de accionistas, porque, aparte lo dicho, es consecuencia obligada de la operación inicial—el préstamo—la del reintegro del metálico en que aquél consistió. Y esto no puede realizarse hasta que los bienes se vendan, lo que constituye la última etapa a realizar para que quede cumplida y terminada una gestión que se inició y prosiguió en virtud de hallarse el organismo directivo con plenas facultades de ejecución.

Será preciso tener en cuenta que, si es obligatorio para el que voluntariamente se encarga de la agencia de negocios de otro, sin mandato de éste, continuar la gestión hasta el término del asunto y sus incidentes, con mayor motivo será de aplicación este principio cuando se trate de mandatarios obligados a ejecutar determinadas operaciones, las que no pueden considerarse ultimadas en el interin el metálico que en ellas se invirtió no vuelva al fondo social, con los beneficios que el negocio haya podido producir.

Además, la Asamblea o Junta general de accionistas, como órgano supremo de la voluntad colectiva, conocedora de las actividades del órgano ejecutivo, y, por tanto, de la forma de llevar los negocios sociales, pudo fijar en el primer momento de la constitución de la Sociedad, que es el de la redacción de los Estatutos, o en otra cualquiera ocasión, los límites de los poderes del órgano director. Y al no hacerlo antes ni después, sancionado como está por Sentencia de 30 de Octubre de 1918 que en la mayoría de los accionistas reside la potestad para modificar los Estatutos en lo que no sea esencial o fundamental—y esto no lo es—, parece que fusiona la voluntad social aprobatoria del funcionamiento del Consejo de Administración. Con ello resulta aplicada una de las le-

yes fundamentales del mandato: la confianza del mandante en el mandatario.

Pero en este caso hay más: el artículo 51 de los Estatutos por que se rige el Banco Hispano Americano declara al Consejo de Administración investido «de amplios poderes para la *administración y gestión* de los negocios de la Sociedad». Notemos que se han empleado en la redacción de dicha cláusula dos conceptos distintos, cual lo demuestra el empleo de la conjunción copulativa «y». Por lo cual resulta de toda evidencia que se ha querido superponer al concepto *administración*, más limitado, más restringido, otro de sentido y alcance diferente, más amplio y más elevado. Y este sentido y aquel concepto no pueden, en buena lógica, ser más que uno: el de disposición.

Y para terminar este apartado: en dichos Estatutos, como en los de la mayoría de los Bancos, la capacidad de la Sociedad se desplaza hacia el Consejo de Administración; la Junta general sólo tiene reservados los actos especificados en el artículo 168 del Código de Comercio. Y entre éstos—aumento o reducción de capital y modificación o disolución de la Sociedad—no está ciertamente el de enajenar bienes inmuebles. Luego es evidente que, al no hárselo reservado la Junta general—redactora de los Estatutos y dueña de modificarlos a su antojo—, es que lo traspasó y adjudicó al Consejo de Administración. Carecería, en otro caso, de sentido que el Consejo pudiera, con una simple firma, disponer de millones y no tuviera facultad para enajenar unas fincas rústicas.

* * *

No son los expuestos, con ser interesantes, los únicos puntos de vista desde los que cabe estudiar este problema. Se puede examinar el carácter del mandato mercantil, si es o no obligatorio para los Administradores de un Banco el que los Estatutos les confieren.

El mandato regulado por el Código civil, en sus artículos 1.709 y siguientes, es de otorgamiento voluntario. En las Sociedades Anónimas, como la plena personalidad la ostenta la Junta general de accionistas, y ésta, por imperio de la ley, ha de estar representada, a su vez, por unos administradores, el mandato a éstos no puede dejar de conferirse, por lo que resulta obligatorio.

Si el mandato se confiere voluntariamente, las facultades del

mandatario han de resultar claramente especificadas en el poder que se le haya dado. Por eso el Código civil, en su artículo 1.713, dice que «el mandato, concebido en términos generales, no comprende más que los actos de administración», no los de disposición, por tanto. Mas cuando el mandato es obligatorio, la regla no es tan absoluta, y puede interpretarse en el sentido de estimar al mandatario investido de todas aquellas facultades necesarias para que pueda llevar a cumplido término el negocio que se le ha confiado. Se trata, pues, no de un mandato facultativo, sino imperativo, de los que Gutiérrez—citado por Manresa—decía que contenían, no sólo la esencia del mandato, sino también los términos de la ejecución.

Pero vamos a admitir, aun prescindiendo de las diferencias entre el mandato de concesión voluntaria y el impuesto como indeclinable consecuencia de una representación legal, entre el mandato civil, el mercantil y el especialísimo de los gestores de las Sociedades Anónimas, que las facultades del mandatario han de resultar *expresamente* del mandato. Será forzoso reconocer que dicha *expresión* cabe hacerla lo mismo incluyendo facultades, determinándolas, especificándolas, que siguiendo el sistema de la exclusión. O sea, que si en un poder se confieren facultades para enajenar, gravar, hipotecar, constituir servidumbres y demás cargas de naturaleza real sobre todos los bienes inmuebles del poderdante, tan expresamente se entienden conferidas estas facultades como si el poder se otorgara para ejecutar cuantos actos de administración y dominio pueda realizar por sí el mandante sobre sus bienes, con excepción del de cancelar hipotecas, que se ha reservado.

También es aplicable al caso actual la cuestión que la mayoría de los tratadistas resuelve en sentido afirmativo, de si cabe en la ejecución del mandato verificar actos conexos con los en aquél contenidos, aunque no estén claramente especificados. Así, creemos indudable que el Consejo de Administración puede, como todo mero administrador, vender los frutos de las fincas. Y hasta tiene la obligación de hacerlo para evitar que una depreciación en el mercado cause daño al mandante.

LUIS R. LUESO,

Registrador de la Propiedad.

Jurisprudencia de la Dirección general de los Registros y del Notariado

COMPRAVENTA. CAPACIDAD. LA TIENE EL CONSEJO DE ADMINISTRACIÓN DE UN BANCO PARA ENAJENAR LAS FINCAS INGRESADAS EN EL PATRIMONIO SOCIAL COMO RESULTADO DE OPERACIONES MERCANTILES, NO SÓLO POR EL ESPECIAL CARÁCTER DEL MANDATO MERCANTIL, SINO POR LAS FACULTADES DE GESTIÓN ATRIBUÍDAS A DICHO CONSEJO.

Resolución de 19 de Marzo de 1936. (Gaceta de 3 de Abril) (1).

El Registrador de la Propiedad de León suspendió la inscripción de escritura otorgada ante el Notario de Madrid, D. Jaime M. Santa Olalla, por la que D. José Filgueira Dole, como apoderado del Consejo de Administración del Banco Hispano Americano, vendió unas fincas que dicha entidad había adquirido por adjudicación en procedimiento ejecutivo seguido contra un deudor con garantía hipotecaria, por un defecto de confusión del nombre de uno de los compradores, y por no resultar de la escritura «la capacidad del D. José Filgueira Dole para vender, toda vez que tampoco resulta del documento la capacidad de quien le delega tal facultad.»

En el recurso interpuesto por el Notario, el Presidente de la Audiencia confirmó la nota del Registrador en cuanto a la falta

(1) Véase, a modo de comentario, el artículo «Facultad dispositiva del Consejo de Administración de un Banco».

de capacidad, y la Dirección general revoca el auto apelado, con los siguientes fundamentos :

En este recurso es necesario decidir únicamente en cuanto a la capacidad de D. José Filgueira Dole para otorgar la escritura de 15 de Febrero de 1934, como vendedor, en representación del Banco Hispano Americano, de 12 fincas rústicas, objeto de la transmisión, puesto que el segundo defecto de la nota del Registrador no ha sido objeto de apelación.

Ya se admita como esencia de la representación que los efectos del contrato realizado por el representante recaen en la persona del representado, quien aparecerá como verdadero contratante, que utilizó un medio instrumental para manifestar su voluntad, se mire con exclusividad al representante que contrata, o se estime, en fin, que el negocio jurídico es el resultado de la cooperación de ambos, siempre es forzoso admitir como requisito fundamental la concesión de facultades suficientes al representante.

En atención a los artículos 2.º y 50 del Código de Comercio, y de conformidad con el 1.713 del Código civil, se distingue el mandato concebido en términos generales, propio para los actos de administración, de aquel otro expreso necesario para los actos de riguroso dominio, criterio legal que ha inspirado la interpretación restrictiva de la jurisprudencia, según recuerda con acierto el titular del Registro de León.

No obstante lo expuesto, la representación de las Compañías mercantiles reviste características especiales, por tratarse de una persona jurídica ; que la Junta general en la Sociedad Anónima es el órgano supremo de reflexión y voluntad social, mientras la acción se vincula en el Consejo de Administración, que representa a la Sociedad con poderes legales y estatutarios, todo lo que debe tenerse en cuenta al interpretar el artículo 51 de los Estatutos por que se rige el Banco Hispano Americano, que declaran al Consejo de Administración investido «de los amplios poderes para la administración y gestión de los negocios de la Sociedad» y para realizar los actos no reservados de modo expreso a la Junta general.

Las atribuciones conferidas por los Estatutos de 23 de Diciembre de 1930 han de examinarse, no sólo en su aspecto permisivo, sino también en el prohibitivo ; que la venta de fincas ingresadas en el patrimonio social a consecuencia de la adjudicación hecha al

Banco en el procedimiento ejecutivo seguido para cobro de su crédito por un préstamo realizado con garantía hipotecaria, puede admitirse, toda vez que la posesión y disfrute de fincas rústicas no es operación que por su índole corresponda al Banco Hispano Americano; que el Consejo de Administración, en principio, parece hallarse facultado sólo para los actos de administración, si bien sus atribuciones difieren de las del Administrador común y pueden comprender también aquellos actos que, de manera clara, procuren la adaptación al objeto social, siempre que, como sucede en este caso, dada la imprecisión de los Estatutos, las operaciones, en relación con el expresado objeto y capital social, no tengan trascendencia patrimonial suficiente para estimarlas facultad propia de la Junta general.

COMRAVENTA. SU PERFECCIÓN Y CONSUMACIÓN. SE DECLARA QUE UNA ESCRITURA DE VENTA DE UNA IGLESIA Y TERRENO UNIDO, AUTORIZADA EL AÑO 1934, DESPUÉS DE LA LEY DE 2 DE JUNIO DE 1933, INCAUTADORA DE LOS BIENES DESTINADOS AL CULTO CATÓLICO, ES INSCRIBIBLE, PORQUE FORMALIZA CONTRATO VÁLIDAMENTE CELEBRADO MEDIANTE SUBASTA PREVIA, AL MISMO TIEMPO QUE SE PONE EN EJECUCIÓN SENTENCIA CONDENANDO AL OTORGAMIENTO, HECHO EL PRIMERO ANTERIOR A LA LEY EXPRESADA.

Resolución de 28 de Marzo de 1936. (Gaceta de 17 de Abril.)

Dueña la Iglesia católica de una iglesia vieja y terreno unido, y autorizada la Mitra Compostelana, por el Gobierno para venderla, en Decreto de 16 de Diciembre de 1932, se celebró, en 26 de Marzo de 1933, subasta notarial, siendo adjudicado el remate al mejor postor, D. Manuel Porto Verdura, en precio de 34.100 pesetas. Entablada demanda por dicha Mitra contra el comprador, el Juzgado de La Estrada dictó sentencia en 21 de Junio de 1934, declarando perfeccionado el contrato celebrado por dicha subasta y condenando al vendedor al otorgamiento de la escritura, lo que tuvo lugar en 7 de Julio del mismo año, ante el Notario de La Estrada, D. Francisco Alonso Rey.

El Registrador de la Propiedad de La Estrada puso en la escritura anterior la siguiente nota:

«Denegada la inscripción de la venta de la iglesia de esta villa, que solemniza la adjunta escritura, por aparecer autorizada con posterioridad al 2 de Junio de 1933, fecha de la ley de Confesiones y Congregaciones religiosas, que atribuye la propiedad de los edificios destinados al culto católico al Estado, y siendo, al parecer, insubsanable dicha falta, no se extiende anotación preventiva».

En el recurso interpuesto por el comprador, el Presidente de la Audiencia confirmó la nota del Registrador, y la Dirección general revoca el auto apelado, con los siguientes considerandos:

El problema a resolver es si puede estimarse inscribible la escritura de compraventa de 7 de Julio de 1934, por la que D. Eulalio Iriberri, en representación del Arzobispado de Santiago, vendió la iglesia vieja o parroquial de la villa de La Estrada y sus terrenos anejos, pues aun autorizada con posterioridad a la Ley de 2 de Junio de 1933, se declaró que su otorgamiento era para ejecutar amistosamente lo convenido en la subasta de la misma finca, celebrada en 26 de Marzo de 1933, en la que se adjudicó el remate al comprador actual, D. Manuel Porto Verdura, y cumplir lo ordenado en la sentencia dictada por el Juzgado de primera instancia de dicha villa.

Es necesario distinguir los momentos capitales de la vida del contrato, perfección y consumación, y en este caso respecto del contrato de compraventa, título traslativo del dominio por excelencia, podrá fijarse su nacimiento en el momento de la subasta o con posterioridad, según se atiende con preferencia y según procede al carácter consensual del contrato y a la declaración de los artículos 1.258 al 1.450 del Código civil de que los contratos se perfeccionan por el mero consentimiento, o se procure armonizar estos textos legales con lo establecido en los artículos 1.280 y concordantes del mismo Código.

Al derecho inmobiliario interesa lograr la más exacta determinación de los momentos que cooperan a modificar una situación real, y nuestro Código civil para la transferencia del dominio, tanto en el artículo 609, al enumerar los modos de adquirir la propiedad, como en el 1.095, sanciona la tradición y preceptúa que para adquirir el derecho real es preciso que se haya verificado la entrega de la cosa, y que la cosa vendida se estimará entregada cuando se ponga en poder y posesión del comprador, o en los casos de *tra-*

dictio ficta, con el otorgamiento de la escritura, todo lo que deberá observarse a fin de delimitar debidamente los derechos personales y reales.

Los sistemas hipotecarios germánicos niegan el valor constitutivo de la inscripción en las adquisiciones de propiedad mediante subasta, y aunque nuestra legislación no autorice una afirmación análoga, sea la subasta medio para buscar un comprador, invitación a proponer un precio, su celebración evidencia acuerdo recíproco sobre la cosa y el precio en forma auténtica, que unido a la insuficiencia de disposiciones transitorias de la Ley de 2 de Junio de 1933, a la declaración consignada en el artículo 3.º del Código civil de que las Leyes no tendrán efecto retroactivo si no dispusieran lo contrario, al principio de que las Leyes miran al futuro y al valor que ha de reconocerse a la sentencia de 21 de Junio de 1934, que condenó a otorgar la escritura, recibo de la cosa y pago del precio, hacen posible estimar que la escritura objeto del recurso formalizó un contrato válidamente celebrado, mediante subasta voluntaria extrajudicial, con anterioridad a la expresada ley de Confesiones y Congregaciones, que debe surtir todos sus efectos.

La Ley de 2 de Junio de 1933, llamada «de Confesiones y Congregaciones religiosas» con gran impropiedad, toda vez que lo que el artículo 26 de la Constitución mandó hacer fué la de «las demás Ordenes religiosas», y que en la promulgada apenas se ocupa de las demás Asociaciones confesionales, siguió la norma general de no dar efecto retroactivo a sus disposiciones, aunque para ser enteramente justa en este aspecto debió haber limitado sus prohibiciones a la futura organización económica de las Ordenes religiosas, sin intervenir para nada en la actual y en la anterior, nacidas ambas bajo el signo de la libre voluntad de particulares y entidades, puestos unos y otras al amparo de unas Leyes permisivas.

* * *

La Iglesia tiene inscrita la posesión de la finca de que se trata, con análogos efectos, en su favor, que si de dominio se tratara; debe ser amparada en la posesión y ésta perjudicar a tercero.

El Estado no ha sido nunca dueño del inmueble, ni ha deducido

la acción pertinente a evidenciar su propiedad sobre él, para lo que le hubiera sido suficiente dar cumplimiento al Decreto de 27 de Julio de 1933 (Gaceta del 28), en el que se ordena que se dé cuenta a los Registradores de la Propiedad de los expedientes de clasificación de los bienes, «a fin de que se hagan las correspondientes anotaciones». Por el contrario, reconoció que pertenecía a la Iglesia al facultar a la Mitra, por Decreto y acuerdo aclaratorio del Ministerio de Justicia, cuando éste requisito se hizo necesario en cumplimiento del Decreto de 20 de Agosto de 1931, para enajenarla. No puede, por tanto, ir contra sus propios actos, ni extender la acción de la ley más allá de los límites en cuanto al tiempo que le marca su propia naturaleza.

No es procedente que por el solo hecho de que una ley atribuya a la «propiedad pública nacional» los templos y anexos, pero que no ordena se cancelen las inscripciones que de dichos bienes puedan hallarse extendidas en favor de la Iglesia o de tercero; que no se ha cuidado, como en otras leyes recientes se hizo, de gestionar la inscripción en favor del Estado; que no ha dado efecto retroactivo a sus mandatos, sea suficiente, sin más justificaciones, para impedir que se inscriba un contrato de venta nacido y perfeccionado con anterioridad a su fecha, para el que se obtuvo autorización, anulando o impidiendo que produzca sus naturales efectos, sin las necesarias formalidades exigidas por la Ley, una inscripción de posesión que, mientras no se deje sin vigor de la manera oportuna y precisa, mantiene toda su virtualidad y eficacia legal.

* * *

Los actos ejecutados conforme a la Ley, al amparo de ella, son válidos y legítimos; tienen toda la fuerza que les da el Derecho. La ley que se halle vigente al ejecutarlos, garantiza, porque esa es su única y exclusiva misión, o, por lo menos, la más principal, el cumplido efecto de los derechos y obligaciones que hayan podido producirse bajo su imperio, y tiene también la misión de exigir a todos, incluso coactivamente, la sumisión y el respeto a lo pactado y acordado. En el caso de ser derogada, no muere, prolonga su actuación más allá de su existencia legal, extiende su fuerza reguladora y amparadora de las consecuencias jurídicas nacidas a su som-

bra, aun después del término de su existencia, aun con posterioridad a la promulgación de la nueva ley, la que respeta, al no disponer ella misma lo contrario, el estado legal anterior, por lo menos en lo que hace referencia a las consecuencias jurídicas.

Por ello, no nos parece que sea una regla muy adecuada de interpretación la que suponga que la ley nueva, por el mero hecho de su promulgación, vaya a desconocer, ni menos a destruir, todo valor jurídico dimanante de actos anteriores a ella. Si tal fuere su intención, lo declararía así. Si quisiere someterlos a su imperio, es lo natural que lo declare, bien empleando la fórmula, fácil y cómoda, de una regla general, que aunque discutida e impugnada en el terreno de la teoría sería prácticamente obligatoria, o bien descendiendo a casos particulares y llamándolos a su conocimiento y examen, uno a uno para juzgarlos en definitiva con la declaración procedente.

En el caso de la ley que nos ocupa, sin duda se tuvo en cuenta, para no declarar su retroactividad, el carácter prohibitivo, persecutorio y expropiatorio que la misma iba a alcanzar, un minimum del respeto que debe siempre guardarse a los derechos adquiridos, un deseo de obrar respetando al que confiado en la ley, obrando según sus mandatos y ateniéndose a sus preceptos, ni comete falta alguna, ni puede ni debe alcanzarle temor por las alteraciones que la norma jurídica pueda tener al andar de los tiempos y al mudar de las instituciones.

* * *

En el contrato que comentamos se reúnen todos los requisitos necesarios para que pueda afirmarse que de él han nacido derechos adquiridos, que es la condición indispensable para que no le alcance la retroactividad de la ley. Ha llegado a existir plenamente. No le falta para su perfección ningún elemento esencial ni accidental. Otra cosa sería si estuviese supeditado a hechos futuros o inciertos. Depende de la voluntad de los contratantes el llevarlo a término, porque es un contrato perfecto, tanto que pueden las partes compelirse, con seguridad en el éxito de la acción a ejercitar, a elevarlo a escritura pública. El que no se haya hecho así no excluye que el derecho exista, como existe en los contratos sometidos a un plazo o condición.

No se trata del derecho que pueda nacer de una posibilidad abstracta, como sería la que atribuyese a todos los vecinos el derecho a adquirir, por compra, la iglesia en cuestión, lo que sería una expectativa que la nueva ley no tiene por qué respetar ni acatar, si de un modo de adquirir como hecho que la mayoría, por no decir la totalidad de los autores, están conformes en estimar que se rige por la ley de la época en que se perfeccionó.

REGISTRO MERCANTIL. DISOLUCIÓN DE SOCIEDAD. NO ES INSCRIBIBLE LA QUE SE SOLICITA EN VIRTUD DE ACTA NOTARIAL, PORQUE ÉSTA NO PRECISA, POR REGLA GENERAL, LA AFIRMACIÓN DE CAPACIDAD DE LOS OTORGANTES, INTERVENCIÓN DE TESTIGOS, FE DE CONOCIMIENTO Y UNIDAD DE ACTO, NI TIENE LA NOTA QUE CARACTERIZA LAS ESCRITURAS O SEA LA DECLARACIÓN DE VOLUNTAD DE LOS OTORGANTES.

Resolución de 4 de Abril de 1936. (Gaceta de 18 de Abril.)

El Notario de Barcelona, D. José Lamberto Espinosa, a requerimiento de D. Pío M. Vergés Furnells, autorizó acta del resultado de la Junta general extraordinaria de accionistas de la Compañía Hispalense de Valorizaciones de Marismas (Chispalense), en la que se acordó declarar disuelta dicha Sociedad, nombramiento de Liquidadores, facultades de éstos y cese del Consejo de Administración. Dicha acta, en unión de documentos redactados en francés, relativos a apoderamientos para representación de accionistas, y de un extracto privado de un balance, se presentó a inscripción en el Registro mercantil de Sevilla, mereciendo del Registrador calificación negativa de inscripción por no tener dicho documento el carácter de escritura pública y tomando anotación.

Se opuso el Registrador a la reforma que de dicha calificación había solicitado el D. Pío Vergés, y remitido el expediente a la Dirección ésta confirma el acuerdo recurrido y, por tanto, la nota del Registrador, con los fundamentos que siguen :

El contenido de las actas está perfectamente definido en el vigente Reglamento notarial, según el cual se consignarán en ellas hechos o circunstancias que presencien o consten a los Notarios, sin que sea

preciso afirmar la capacidad de los otorgantes, ni hacer constar la intervención de testigos, ni fe de conocimiento, mientras que en las escrituras constituye su nota característica una declaración de voluntad de los otorgantes o la consignación de los pactos y convenios entre las partes que intervengan con los requisitos antes mencionados.

Si la disolución de una Sociedad constituye efectivamente un hecho, no se puede llegar a él sin un acuerdo de voluntades por parte de las personas hábiles para realizarlo, a no ser que la misma Ley excluya este requisito, como sucede cuando ha expirado el plazo de duración social o en la declaración de la quiebra, en los cuales casos la escritura es sustituida por la declaración de voluntad inicial, que continúa produciendo todos sus efectos, incluso el de la disolución, durante el plazo preconstituido de la vida de la Sociedad, o por un Decreto judicial, respectivamente, y si no debemos hacer más distinciones que las que señala la Ley, es concluyente que el término *escritura* usado por el artículo 143 del Reglamento del Registro mercantil está tomado en su verdadera y precisa acepción, máxime si se tiene en cuenta que los requisitos del artículo 168 del Código de Comercio sólo pueden hacerse constar en esta clase de documentos, sin que pueda objetarse que la resolución de este Centro de 22 de Enero de 1927 dispensa de la escritura, pues además de que en ella no se planteó tal problema, ya que fué precisamente una escritura el documento presentado a calificación, el acuerdo recayó, en consonancia con el artículo 26 de los Estatutos de la Sociedad, sobre la imposibilidad material de la concurrencia del número de acciones necesarias para proceder a su disolución, razón por la cual los órganos sociales reconocían que la Compañía estaba en trance de muerte y podían decretarla, resultando un hecho evidente que para formular este Decreto era absolutamente necesario un acuerdo de voluntades.

La disolución de la Sociedad debe ser acordada por la Junta general de accionistas, y que en el acta que se acompaña no se acredita si los señores presentes desempeñan legalmente los cargos que ostentan, ni aun siquiera si son accionistas, pues todos obran por representación, y dos de ellos por delegación del señor Vergés, que es el directamente nombrado por todos los tenedores de las acciones concurrentes, pudiendo suponerse que este señor ha delegado su representación para evitar el caso singular de que a una Junta general

extraordinaria asistiera una sola persona; que sólo por la manifestación de los asistentes se comprueba que se han reunido los dos tercios del número de acciones necesarias para provocar el acuerdo, y que los documentos de autorización no han sido traducidos ni reúnen condiciones de autenticidad al no haber sido legalizadas las firmas de los representados por nuestras autoridades diplomáticas o consulares residentes en las poblaciones donde aquéllos tienen su domicilio, supuestos todos que deben acreditarse en un instrumento público formulado con todas las garantías posibles, esto es, bajo fe de Notario, pudiendo suceder, en la hipótesis contraria, que se cancele una inscripción de Sociedad en virtud de una reunión de personas que ni directa ni indirectamente pertenecen a la misma.

Al escrito entablando el recurso no se ha acompañado el documento calificado por el Registrador, circunstancia que arguye una infracción formal del artículo 75 del Reglamento del Registro mercantil, la cual no debe ser considerada como de fondo, pues si así no fuera, el Registrador, antes de defender su nota, la hubiera hecho constar al presentante del documento o elevado el Recurso ante este Centro para la resolución de esta cuestión previa, y que, por lo tanto, tal defecto consentido por el Registrador no debe influir en la resolución que recaiga.

PERMUTA. ESCRITURA OTORGADA POR EL JUEZ A NOMBRE DEL DEMANDADO EN REBELDÍA. NO ES INSCRIBIBLE, EN EL ÍTERIN NO TRANSCURRAN LOS TÉRMINOS SEÑALADOS PARA PODER OIR AL LITIGANTE, DECLARADO EN TAL SITUACIÓN.

Resolución de 31 de Marzo de 1936. (Gaceta de 21 de Abril.)

Incumplido por una de las partes un contrato privado de permuta de fincas urbanas, el otro contratante le demandó para la ejecución de lo pactado. Incontestada la demanda y seguido el Juicio en rebeldía, recayó sentencia, dictada por el Juez de primera instancia de Sevilla D. Joaquín Pérez Romero, condenando al demandado a elevar a escritura pública la permuta de fincas en la forma pactada, y por ser mayores las cargas que pesan sobre las fincas de éste, la diferencia de valoración que habrá de entregar D. Luis Ramírez es

la de 53.067 pesetas, disponiéndose la notificación por edictos en el *Boletín Oficial*, a menos que dentro de segundo día, por ser conocido el domicilio del rebelde, se solicitara la notificación personal; que notificada la sentencia al actor y demandado, no concurrió el señor Ramírez dentro del término que se le concedió a otorgar la escritura, haciéndolo en su nombre y por su rebeldía el Juez expresado, elevándose a escritura pública el contrato privado, dando en permuta a D. Ignacio Bosch las casas de D. Luis Ramírez, y estipulando que tan pronto como éste entregase al señor Bosch la cantidad que le resultaba deber le transmitiría su finca.

El Registrador de la Propiedad del Mediodía, de Sevilla, no admitió la inscripción de dicha escritura por el defecto de «que tratándose de un juicio en rebeldía no han transcurrido los términos señalados en la ley de Enjuiciamiento civil para oír al litigante condenado por la sentencia y no pareciendo subsanable dicha falta no se extiende tampoco anotación preventiva».

El escrito interponiendo el recurso, si bien encabezado y firmado por el expresado D. Ignacio Bosch, fué presentado en la Audiencia por un Procurador, D. José María Escudero, y entregado al Registrador, éste en su informe impugna la personalidad del Procurador, además de sostener su nota calificadora.

El Presidente de la Audiencia revoca la nota recurrida, si bien reconoce que no está suficientemente acreditada la representación. La Dirección general confirma la calificación, con los siguientes fundamentos:

Firmado el escrito entablando el recurso por D. Ignacio Bosch, adquirente de las fincas que se tratan de inscribir, el hecho de la presentación material del mismo en la Secretaría de Gobierno de la Audiencia—aun siéndolo por el Procurador que le representó en el pleito del que la escritura dimana—no constituye ni puede constituir representación para interponerlo, ya que, en último caso, todo quedaría reducido a un problema de autenticación de firma sometido a la apreciación de los funcionarios llamados a la admisión.

No tratándose de un documento judicial, porque el Juez sólo interviene en la escritura en nombre y por rebeldía de uno de los otorgantes, es inútil aludir al problema de calificación suscitado, y comoquiera que la nota se limita a la denegación de la inscripción solicitada por no haber transcurrido al tiempo de su extensión, los tér-

minos señalados para oír al litigante condenado en rebeldía, a este punto fundamental debe circunscribirse la decisión que se adopte.

La anotación preventiva de la sentencia dictada en rebeldía del demandado no puede confundirse, por su naturaleza, formalidades y desenvolvimiento, con una inscripción de dominio sujeta a condición, y menos con la que se toma por defecto subsanable, debiendo ser estimada como un asiento provisional que garantiza el fallo, y sólo alcanza la plenitud de sus efectos mediante la conversión en inscripción definitiva, una vez acreditado con documentos auténticos el transcurso de los términos señalados por la ley procesal, sin que el litigante rebelde haya pretendido audiencia contra la sentencia firme.

Aunque procediera la anotación preventiva, precisa y directamente solicitada, comoquiera que lo que se solicitó fué la inscripción, es indudable que la nota está extendida conforme a los preceptos legales aplicables.

Son casos distintos el del demandado rebelde, emplazado en su persona, y los de los que lo han sido por cédula o por edictos. Los tres tienen que acreditar determinadas circunstancias para que les sea admitida su intervención posterior al fallo, lo que hace posible que a pesar de pedirlo no sean oídos. Y en los tres casos señala la ley de Enjuiciamiento civil los plazos máximos de cuatro, ocho y doce meses, respectivamente, de la publicación del fallo para solicitar audiencia.

La falta de cumplimiento de este requisito, o la no justificación de que el rebelde no ha sido oído, es la razón que el Registrador alega para oponerse a la inscripción de la escritura de que se trata, invocando el artículo 787 de dicha Ley, que dispone que las sentencias en rebeldía podrán ser ejecutadas salvo el derecho del condenado a promover contra ellas el recurso de rescisión y audiencia, y que el comprador no podrá disponer libremente de las cosas hasta transcurridos dichos plazos, aunque, en todo caso, pueda solicitar anotación preventiva de su derecho.

El Registrador no considera subsanable el defecto expresado, ni procedente, por tanto, la anotación preventiva. El Presidente de la Audiencia no sólo no estima que exista el defecto, sino que entiende que, de existir, sería de la clase de los subsanables. El Centro Direc-

tivo confirma la calificación del Registrador. En efecto: si la anotación se extendiese habría necesidad de hacer constar en ella la existencia de una condición suspensiva o de una limitación de la facultad de disponer el comprador hasta tanto que transcurran los plazos expresados. Y esto no resulta, al parecer, solicitado en la escritura, ni aparece pedido en forma, sin que el Registrador pueda hacerlo de oficio. Lo que se insta es un asiento definitivo de imposible extensión, en lugar de, o haber solicitado en su tiempo anotación preventiva de la sentencia dictada en rebeldía, lo que es a todas luces procedente, o haber hecho constar en la escritura la existencia de los defectos que impiden la práctica del asiento definitivo de dominio que se interesa, solicitando el comprador que en el interin aquéllos se subsanan se tome dicha anotación, a cuya petición no creemos puede oponerse reparo alguno.

Añadamos, para terminar, la lamentable confusión en que se incurre, por parte del recurrente, al tratar de apreciar la extensión, alcance y límites de la función calificadora, pretendiendo limitarla tan sólo a lo que resulte de los títulos y a lo que en relación con éstos aparece de los libros del Registro, sin tener en cuenta que, además de no tratarse, como se cree y sostiene, de un documento judicial, puede ser la escritura defectuosa o encerrar un acto nulo, anulable o afectado de condición que deba resultar con relieve en la inscripción, con objeto de impedir la creación de situaciones que, por su imperfección u oscuridad, contraríen o nieguen el principio de legalidad, originando perjuicios al tercero que contrata sobre la base de lo que aparece en el Registro.

LUIS R. LUESO,

Registrador de la Propiedad.

JULIAN ABEJON ROSSELL

ABOGADO

Gestor administrativo colegiado

Agente para préstamos del Banco Hipotecario de España

Gestiones en los Ministerios. Expedientes de Clases pasivas. Cobro de intereses.

Fianzas. Cumplimiento de exhortos. Representación de Corporaciones

Jurisprudencia del Tribunal Supremo

CIVIL Y MERCANTIL

23. *Desahucio. Efectos de la consignación de la renta.*—*La consignación regulada por la Ley de 27 de Julio de 1933 no es preciso que vaya precedida del ofrecimiento de pago por el deudor.* (Sentencia de 11 de Noviembre de 1935.)

El dueño de una finca rústica interpuso demanda de desahucio contra los arrendatarios de la misma por falta de pago de parte del arriendo, pues aunque éste, en un principio, era de 5.000 pesetas anuales, más tarde fué elevado al doble, demanda a la que se opusieron los demandados porque la renta, según ellos, era de 5.000 pesetas solamente; el Juzgado no dió lugar al desahucio, pero la Audiencia de Granada revocó la del inferior, dando lugar al desahucio por falta de pago; interpuesto recurso, el Supremo *admite el recurso y casa y anula la sentencia recurrida.*

Considerando que el fallo recurrido no adolece del defecto de incongruencia de que le tachan las recurrentes en el primer motivo de casación, abandonado en el acto de la vista, no sólo porque la sentencia que decide en esta clase de juicios sumarios la procedencia o improcedencia del desahucio deja resueltos todos los demás extremos objeto del debate, sino porque al no adherirse las recurrentes, que vieron desestimadas las excepciones que hoy propugnan, a la apelación interpuesta por las actoras, no pudo la Sala sentenciadora incidir en la infracción del artículo 359 de la ley rítuaria civil al no hacer pronunciamiento especial sobre aquéllas.

Considerando que afirmándose en la sentencia recurrida que las demandadas consignaron ante el Juzgado la suma de 400 pesetas, resto del precio del arrendamiento de la finca propiedad de los actores, y rechazar no obstante los efectos de pago que de la misma se derivan, fundándose en que cuando se hizo no estaba en vigor la Ley de 27 de Julio de 1933, y en que no reunía los requisitos que exigen los artículos 1.176 y siguientes del Código civil, incide en la violación, por interpretación errónea, de los artículos primero al cuarto de aquella Ley, y por aplicación indebida de los citados preceptos del Código civil, ya que, conforme al primer artículo de la citada ley reguladora de los arrendamientos rústicos, que tenía, según su artículo cuarto, fuerza retroactiva, el arrendatario podía evitar el desahucio consignado el descubierto en el Juzgado dentro del término de cinco días, contados desde el siguiente a la citación, sin que imponga el requisito de que a la consignación proceda el ofrecimiento de pago por el deudor, extremo que solamente tiene en cuenta la ley de mérito para decidir quién ha de pagar las costas procesales; no siendo necesario tampoco, como equivocadamente supone el Tribunal de instancia, que los arrendatarios consignaran ante el Juzgado dentro de los cinco días a partir de la promulgación de dicha ley el importe de la renta adecuada, toda vez que lo prescrito en el último inciso del artículo cuarto de la expresada Ley responde a la hipótesis contraria a la del caso de autos, de que la consignación no se hubiera verificado previamente, y en su consecuencia vulnerándose en la sentencia recurrida los preceptos que al principio se citan del Código civil y los artículos primero al cuarto de la repetida Ley de 27 de Julio 1933, procede estimar el motivo cuarto del recurso que acusa la infracción de las mencionadas disposiciones legales, y sin necesidad de hacer especial estudio de los demás motivos del mismo, declarar haber lugar al recurso interpuesto por la representación de doña F. y de doña M. M.

* * *

Véase la sentencia de 13 de Octubre de 1933 acerca de los efectos de la consignación de la renta (REVISTA CRÍTICA, tomo IX, página 938); la de 1 de Diciembre del mismo año, sobre eficacia de la consignación en juicio de revisión (en la misma Revista, tomo X,

página 54); la de 26 de Noviembre de 1934, «Sobre desahucio y retroactividad» (tomo XI, pág. 144), con una breve nota bibliográfica, y la sentencia de 24 de Junio de 1935, que también se ocupa de la retroactividad de la ley (REVISTA CRÍTICA, tomo XII, página 144); recordamos al lector, que en la «Gaceta» del 4 de Junio (rectificada el 5) se publica la ley sobre Desahucios de fincas rústicas.

24. *Testigos en los testamentos.—Incapacidad para serlo, de los dependientes del Notario autorizante.—El testamento es nulo aunque el testigo, cuya capacidad se impugna, no sea dependiente del Notario que obra por sustitución, sino de la Notaría vacante.* (Sentencia de 18 de Noviembre de 1935.)

Autorizado un testamento por un Notario, en Notaría que servía por sustitución, fué testigo del instrumento un dependiente de la Notaría, aunque no del Notario, e impugnada la validez del testamento, el Supremo, una vez más, mantiene su criterio opuesto a la intervención, como testigo de cualquiera que tenga la más mínima relación de dependencia con el Notario y dice: que la incapacidad para ser testigos en los testamentos, determinada en el número octavo del artículo 681 del Código civil, respecto de los «amanuenses» del Notario que los autorice, por inspirada en móviles, bien de dignidad para la función, bien de pureza en su ejercicio por el funcionario, bien en la absoluta libertad del testificante, o en la solemnidad del acto y necesario conocimiento por el fedatario de la cualidad a que alude, no permite interpretaciones tolerantes que desnaturalizarían su finalidad, ni autoriza a que tal caso de imposibilidad jurídica se diluya por el concepto de capaz en que tengan al testigo cuantos intervengan en el otorgamiento; pues si en verdad es «amanuense» calificado por alguna de las circunstancias que a tenor de la jurisprudencia de este Tribunal, la definen, su carácter persiste, siendo siempre conocido por el Notario aunque no lo crean los demás, y su efecto, la falta de idoneidad es evidente, sin que pueda admitirse, para contrariarla, la eficacia del principio *error communis facit just*, porque éste supone una coincidencia, imposible en el caso, por su esencia e índole.

Considerando que la doctrina sustentada en las sentencias de 21 de Noviembre de 1899 y 20 de Abril de 1909, de que se hace eco el recurso, no implica diversa norma interpretativa ante la misma razón, pues en los singulares casos que decidieron, era dable la reputación por todos de capaz al testigo creyéndolo mayor de edad y vecino aún sin realmente serlo mientras que esto no podía acaecer, tratándose de circunstancia personal directamente relacionada con el autorizante a cuyo prestigio debe afectar, siendo por esto diferente la causa y en consecuencia la norma seguida.

Considerando que la interpretación del número octavo del citado artículo 681 no admite, después de la copiosa jurisprudencia, siempre acorde respecto al mismo, otro criterio que el de ocasionar la nulidad del testamento testificado por «amanuense del Notario que lo autorice», pues el 687 del propio cuerpo legal así lo establece refiriéndose a las finalidades del propio capítulo, y del mismo es integrante el 694, que requiere, para la validez del abierto, testigos idóneos, circunstancia ésta inexistente ante aquella cualidad, y por lo expuesto no incidió el Tribunal *a quo*, al declarar nulo el testamento de que se trata en el error que le atribuye el primer motivo del recurso.

Considerando que tampoco ocurre la indebida aplicación de los propios preceptos que en el segundo motivo se consigna, porque la cualidad de «amanuense» en D. E. J., no fué referida por la Sala sentenciadora a que lo fuese de los Notarios o Notaría de Belmonte, siquiera ésta lo aceptara como valioso dato para formar su juicio, sino que claramente la refirió a serlo también del Notario de Campo de Criptana que autorizó el testamento, en cuyo protocolo advirtió otros muchos documentos por la propia mano escritos: está, pues, clara la recta aplicación legal, y como por otra parte, el dicho carácter de «amanuense» afirmado por el juzgador de instancia, no se impugna, oponiéndose actos o documentos auténticos que pudieran acreditar su error de hecho, queda aquella afirmación subsistente y sin posible desconocimiento en sus efectos anulatorios.

Considerando por cuanto alude a las infracciones de legislación notarial acusadas en el terreno de los motivos del recurso, que además de no poder serlo del Reglamento invocado de 7 de Noviembre de 1921, porque la fecha del testamento es anterior, tampoco es dable admitirlas, ya que hacen supuesto de haberse atribuido a

don E. G. la cualidad de Notario de Belmonte, cuando no es así, pues se le estima como Notario propio de Campo de Criptana, habilitado a la sazón del documento para actuar en Belmonte, y como fué el autorizante a su persona y cargo en uno u otro título se refiere la inhabilidad del testigo su «amanuense», el del Notario, no el de la Notaría, que a aquél y no a ésta atañe el precepto.

* * *

El artículo 681 del Código civil se ha enriquecido con una nueva sentencia que cierra aún más el círculo de las posibilidades de la intervención de testigos que tengan el más leve vínculo con el Notario; en el caso de autos el testigo no era dependiente del Notario porque éste era titular de otra Notaría y sólo «per accidens» actuaba en Belmonte; como es natural utilizó para el desempeño de su cometido (por cierto el testamento del Registrador de la Propiedad) las únicas personas de que los funcionarios de la fe pública pueden valerse con alguna garantía en los lugares en que no residen, o sea los dependientes de la Notaría, aun en los casos de sustitución en sitios de varias Notarías demarcadas, hasta ahora se estimaba como lícito y corriente el utilizar los dependientes del Notario sustituido; en vista de la anterior sentencia se ha de poner excesivo cuidado en esta materia absteniéndose de utilizar como testigo a ningún dependiente de un compañero.

Véase la sentencia de 10 de Julio de 1935 sobre nulidad de testamento, por intervención, como testigo, de un «amanuense» del Notario (REVISTA CRÍTICA, tomo XII, pág. 300), a la nota que sigue a la sentencia, debemos agregar que debe consultarse el recurso de casación del pleito Leyun, interpuesto por D. Angel Ossorio (publicado en Madrid, sin fecha), que motivó la casación de la sentencia.

25. *Donación de bienes muebles.*—Para la validez y eficacia de la donación de muebles es preciso que conste por escrito tanto la donación como la aceptación. (Sentencia de 21 de Noviembre de 1935.)

En unas operaciones particionales un hermano quedó adeudan-

do a otro determinada suma, pero el acreedor le dirigió carta, en la cual le decía que renunciaba gustoso a tal deuda. Más tarde, el acreedor, arrepentido, le demanda al pago de la cantidad en cuestión, a lo que como es natural se opone el hermano ex deudor; el Juzgado y la Audiencia sancionan su conducta y no dan lugar a la injusta demanda, pero el Supremo no lo entiende así y *admite el recurso y casa y anula la sentencia de la Audiencia de Madrid*.

Considerando que es doctrina constante rigurosamente mantenida por el Tribunal Supremo, entre otras sentencias, en las de 6 de Junio de 1908, 27 de Junio de 1914 y 22 de Enero de 1930, al interpretar los ya claros y explícitos términos del artículo 632 del Código civil, que aun acreditada la existencia y validez de una donación por escrito, de cosa mueble, es ineludible para su eficacia y efectividad, que el donatario la acepte también por escrito, extremo que debe ser concreta y especialmente probado sin que pueda ser sustituido por actos del donatario que impliquen su aceptación, la cual, por exigencias formales de la Ley ha de manifestarse, precisamente, por escrito, careciendo, en absoluto, de eficacia y valor si, por cualquier otro medio o forma se intentara demostrar su cumplimiento, siendo extensiva la doctrina que se consigna a la condonación expresa de una deuda por imperio de lo prescrito en el último inciso del párrafo segundo del artículo 1.187 del mencionado Cuerpo legal que ordena se ajusten las condonaciones expresas a las formas de la donación.

Considerando que en virtud de lo precedentemente expuesto al rechazar el Tribunal, *a quo*, la demanda deducida por don R. G., contra su hermano don F., a quien le reclamaba el pago de ciento catorce mil novecientas veintidós pesetas treinta y seis céntimos que le era en deber según escritura pública de partición de bienes extendida en 28 de Junio de 1919, fundándose en que el actor había condonado la expresada deuda por carta que suscribió y remitió a su hermano en Diciembre del mismo año, y que si bien no constaba la aceptación por escrito, se deducía ésta por haber transcurrido trece años sin que el actor ejercitase contra el don F. acción de ninguna clase y el haber obrado, durante el mismo lapso, la epístola, instrumento de la donación en poder del donatario, incide en la infracción de los artículos del Código civil y doctrina legal que se citan en el anterior considerando y se comprenden en

los tres motivos de casación que integran el recurso que se examina sin que pueda prosperar el criterio de la Sala sentenciadora por la invocación que hace de los artículos 1.188 y 1.189 del Código civil y de las sentencias de este Tribunal Supremo de 1 de Octubre de 1891 y 20 de Marzo de 1915, ya que no son de aplicación aquellos preceptos, porque el documento justificativo de la deuda que se debate en la escritura pública de 28 de Junio de 1919 y no la carta suscripta por el actor, reveladora, únicamente, de sus propósitos de condonar, ni tampoco lo son las sentencias citadas, por referirse, la primera, a hechos acaecidos en el régimen jurídico anterior al de nuestro vigente Código civil y establecer en la segunda no ser necesario que la aceptación se hiciese aparte de la donación cuando donante y donatario, *en un solo acto y libremente prestaron su consentimiento*, supuesto distinto al de la presente litis, en el que la donación se manifiesta por un acto unilateral del donante.

* * *

La doctrina de la anterior sentencia es técnicamente irreprochable, pero en su aspecto ético es más que discutible. Quien recibe una carta de un hermano, perdonando una deuda, no hace otra cosa que agradecer la liberalidad, pero no le ocurre acudir al despacho de un Notario para aceptar, por medio de carta, que el propio Fedatario depositará en Correos, con acuse de recibo, la generosidad que viene a favorecerle. Si no estuvieran hoy en crisis todos los conceptos y sometidas a revisión todas las clasificaciones, diríamos que estamos enfrente de una especie de obligación meramente civil, totalmente conforme con el Derecho positivo (1), pero en evidente discordancia con la equidad y el derecho natural.

Para un estudio de la donación véase «Xirau», estudio sobre la formación del concepto de donación en el derecho privado. Revista General de Legislación y Jurisprudencia, tomo 143, pág. 297. Consúltense la sentencia de 21 de Junio de 1932 sobre donación de inmuebles. (REVISTA CRÍTICA, tomo IX, pág. 464).

(1) El concepto es del Profesor De Diego, «Curso elemental de Derecho civil español, común y foral». Madrid, 1926, tomo V, pág. 202; la característica de la obligación civil, para el citado Profesor, es la posibilidad de que pueda ser claudida por una excepción perpetua que destruya para siempre la demanda.

26. *Préstamo con garantía de acciones de una Sociedad.*—La transferencia de propiedad, sin salvedad ninguna, comunicada a la Sociedad, obliga al adquirente al pago de los dividendos pasivos conforme a los Estatutos de la Sociedad y Código de Comercio. (Sentencia de 22 de Noviembre de 1935.)

Una Sociedad Anónima de Bilbao interpuso recurso contra el Banco U., exponiendo como antecedentes que en sus Estatutos estaba ordenado que todos los transferentes de las acciones respondían del pago de los dividendos pasivos que se girasen, y como el Banco había adquirido, con mediación de Agente de Bolsa, un paquete de acciones que luego había cedido, también con intervención, a otra persona, estaba obligado al pago de los dividendos girados. Respondió el demandado que nunca había sido dueño de las acciones, pues lo que hizo fué firmar una póliza de préstamo con garantía de los valores que se transfirieron al Banco en calidad de garantía prendaria, pero sin transmisión de propiedad; el Juzgado y la Audiencia condenaron al Banco, como se pedía en la demanda, y el Supremo no admite el recurso.

Considerando que es cuestión fundamental para resolver el presente recurso la de determinar si el Banco U. al aceptar la transferencia de cuatrocientas veinte acciones de la Sociedad Anónima que le hizo don E. O. e inscribir dicha transferencia en el Registro de accionistas de dicha Sociedad, se constituyó en la obligación de abonar los dividendos pasivos que en forma legal se acordaran conforme a lo establecido en el artículo 164 del Código de Comercio y el octavo de los Estatutos o pacto social de esa entidad jurídica, o si por el contrario el haber sido coetáneamente dichas acciones afectadas a un contrato de préstamo mercantil celebrado entre el Banco mencionado y el señor O. mediante póliza intervenida por Agente de Bolsa, impedía que dicho Banco pudiera ser considerado por la S. A. como tal socio y relevado de la obligación de pagar los aludidos dividendos pasivos.

Considerando que para la indicada determinación importa mucho destacar, de acuerdo con lo afirmado en la sentencia recurrida primero, que la transferencia y la afección de las acciones en concepto de prenda al préstamo mercantil se tramitaran como dos negocios independientes; el primero, se ultimó por medio de actas

extendidas en 11 de Junio de 1920 al dorso de los extractos de inscripción de las acciones, en las que se hizo por el señor O. con intervención del Agente de Bolsa las transferencias de las mismas sin modalidad ni salvedad alguna respecto al efecto traslativo del dominio que tales actos implicaban, y el segundo, o sea la afectación de dichas acciones en concepto de prenda al préstamo mercantil se hizo por medio de una póliza fechada en 5 de Junio de 1920, es decir, seis días antes que las transferencias, intervenidas por el mismo Agente de Bolsa y autorizada con las firmas del prestatario, el Gerente del Banco U. y el Cajero y Contador del mismo, y segundo, que a la Sociedad Anónima a que pertenecían las acciones no se dió conocimiento en forma alguna del mencionado préstamo en que se entregaron en concepto de prenda de las acciones, y sí tan sólo de las transferencias hechas sin limitación alguna en cuanto al dominio de las acciones que fueron inscritas en tal forma en el libro de accionistas correspondiente.

Considerando que sentado lo anterior aparece claro e indiscutible que la Sala sentenciadora ha resuelto en la sentencia recurrida con evidente acierto la cuestión litigiosa, pues llevadas a la Sociedad Anónima las actas de transferencia, en las que no constaba limitación alguna en cuanto al dominio, extendidas al dorso, de los extractos de inscripción de las acciones que poseía el señor O., inscritas las acciones a nombre del Banco U., cancelados los extractos del señor O., y no habiéndosele hecho saber la afección de las acciones al préstamo mercantil, desde ese momento la mencionada Sociedad, sólo podía estimar como accionista a su poseedor legítimo, Banco U., al que tenía que reconocer todos los derechos que como a tal accionista le correspondían y correlativamente reputarlo obligado a todo lo que los Estatutos de la Sociedad y el Código de Comercio prevenían para los socios o accionistas, obligaciones y derechos que el propio Banco aceptó y ejercitó, pagando varios dividendos pasivos por un lado y transfiriendo después al señor O. las acciones que de él recibió por el mismo título.

Considerando que como obligada consecuencia de lo expuesto no pueden estimarse las infracciones legales que se citan en el único motivo del recurso apoyado exclusivamente en el número primero del artículo 1.692 de la ley de Enjuiciamiento civil por interpretación y aplicación errónea de los preceptos que se citan, pues

el artículo 164 del Código de Comercio fué rectamente interpretado si el B. U. era tenedor legítimo de las acciones cual le reputó y declara la sentencia recurrida; los 1.216, 1.218, 1.257, 1.865 y 1.869 del Código civil no han sido infringidos; los dos primeros porque no se ha negado a la póliza en que se hizo constar el contrato de préstamo con garantía prendaria de las acciones en condición de documento público, ni negado que hiciera prueba contra terceros, limitándose a estimar que dicho contrato no le impedía reputar obligado a pagar los dividendos pasivos a un tenedor de acciones que no se cuidó de hacer saber a la Sociedad Auxiliar Marítima en tiempo oportuno y en la forma procedente la existencia de ese contrato, por la misma razón no se violan los artículos 1.865, 1.869 y 1.257 del Código civil, ni tampoco el 321 del Código de Comercio, ni mucho menos el 323 del propio cuerpo legal, respecto al cual no se precisa en el recurso en qué sentido ha sido infringido.

Considerando que con relación a la pretendida infracción del artículo 321, eje y fundamento del recurso, conviene añadir en demostración de no haber sido infringido, que las partes contratantes del préstamo son las que no lo han observado debidamente, y por ello no ha producido el efecto que dicho artículo concede a los préstamos con garantía de efectos transferibles, pues no hicieron la transferencia de las acciones en la misma póliza en que se formalizó el préstamo con garantía prendaria como previene el artículo mencionado cuando de inscripciones o efectos transferibles se trata, frustrando con ello el principal efecto que en dicho artículo se persigue, que hoy lamenta el Banco demandado, cual es el de que al pedirse la inscripción de la transferencia con la presentación del título en que se hizo constar, llegara a conocimiento de la Auxiliar Marítima al mismo tiempo que la transferencia de las acciones la afección que sobre las mismas pesaba, y que la transferencia se hacía con la limitación de no llevar consigo la transferencia de la propiedad, reserva respecto a la cual tampoco observaron las partes contratantes del préstamo lo prevenido en dicho artículo 321, pues no la hicieron constar en el cuerpo de la póliza, que es lo intervenido por el Agente y autorizado por dichos contratantes, apareciendo en el caso de autos al dorso de la póliza en nota auto-

rizada única y exclusivamente por el prestatario, careciendo por ello en realidad, de eficacia jurídica.

Considerando que tampoco ha sido infringida la doctrina legal de la sentencia de 6 de Febrero de 1931, pues en dicha sentencia se resolvió exclusivamente una cuestión surgida entre prestamista y prestatario respecto al dominio de una prenda desvalorizada, sin referirse, ni de cerca ni de lejos, a la obligación del cesionario de pagar los dividendos pasivos que es la materia de esta litis resuelta en la sentencia recurrida.

* * *

Los problemas que se plantean con motivo de la constitución de un derecho real de garantía sobre títulos de participación social, véase en Garrigues, «Curso de Derecho mercantil» (en publicación), página 508. (Madrid, 1935.)

27. *Derecho foral catalán.—Le lesión «ultra dimidium».—Para que proceda la rescisión basta la existencia de la lesión en más de la mitad del valor, sin que sea necesario justificar que hubo engaño, dolo o urgente necesidad de vender. (Sentencia de 25 de Noviembre de 1935.)*

La vendedora de unas fincas interpuso demanda contra el comprador por haberse realizado la venta por menos de la mitad de su justo precio, acordando la rescisión el Juzgado y la Audiencia de Barcelona. Interpuesto recurso de casación no lo admite el Supremo.

Considerando que el problema capital y casi único del presente recurso que inspira sus cinco motivos, es el de declarar y resolver si para la existencia de la lesión *ultra dimidium*, vigente en Cataluña como causa de rescisión del contrato de compraventa, es requisito necesario y conjunto con la realidad de tal lesión, la existencia del engaño, dolo, coacción moral o urgente y perentoria necesidad de vender como sostiene el primero y principal motivo del recurso o si basta la prueba de la lesión en más de la mitad del justo precio de la cosa vendida, para que, sin otra circunstancia la rescisión pueda producirse como la sentencia recurrida la declara.

Considerando que aceptado por ambos litigantes que aquella lesión contractual está regulada por las leyes segunda, cuarta y octava del título cuarenta y cuatro del Libro cuarto del Código de Justiniano *de rescindenda venditione*, de donde pasó al Derecho Canónico que la recoge en las decretales de Gregorio IX, capítulos III y IV del título de *Emptione et Venditione*, preceptos que integran el Derecho Foral Catalán, vigente y aplicable al tema objeto de esta casación a estas disposiciones—que como infringidas se alegan además en el primer motivo—hay únicamente que acudir para resolver aquel problema.

Considerando que ni de la letra ni del espíritu de las leyes citadas del Código de Justiniano, ya aisladamente examinadas, ya en relación con otras afines del mismo cuerpo legal, puede deducirse que la lesión *ultra dimidium* requiera, como causa de rescisión de la compraventa, el complemento de otra circunstancia o elementos subjetivos para su existencia y eficacia, porque en cuanto a la letra de su propia redacción se comprueba que la ley segunda del título catorce, que es la principal porque es la que define aquella lesión y fija sus efectos jurídicos con las frases «si tú o tu padre hubierais vendido por menor precio una cosa de precio mayor, es humano o que restituyendo tú—vendedor—el precio a los compradores, recobrar el fundo vendido o que si el comprador lo prefiere reciba lo que le falta al justo precio, entendiéndose que el precio es menor si no se hubiere pagado ni la mitad del verdadero precio», no añade ni alude para el ejercicio de las acciones que otorga a otra circunstancia más que al menor precio en la venta, tal como con toda claridad lo deja definido sin emplear las palabras «engaño, dolo, coacción o necesidad»; y este mismo concepto se ratifica y confirma al final de la ley octava, que si bien principia refiriéndose al caso especial y distinto del pleito de «si con tu voluntad vendió tu hijo un fundo tuyo», caso en el que «se debe probar el dolo por la astucia y asechanzas del comprador o se debe demostrar miedo de muerte o tormento corporal para que no se tenga por válida la venta, porque esto sólo indica que el fundo fué vendido por precio *poco menor*, es ineficaz para que se rescinda la venta», termina con la salvedad, acaso innecesaria, pero muy prudente de «a no ser que se haya dado menos de la mitad del justo precio, que había sido al tiempo de la venta—lesión *ultra dimidium*—, debiéndose

—en este caso—reservar al comprador la elección ya concedida», «que no puede ser otra que la que se le otorga en la ley segunda, de devolver el fundo o pagar la que le falte al justo precio, colocando así esta ley octava a aquella lesión como una excepción y un aparte del caso que trata y que no necesita para darse más motivo que el del precio menor de la mitad del justo de la venta, pues cuando la astucia y el engaño pueden precisarse es cuando «el fundo fué vendido por precio *poco menor*», esto es, sin lesión *ultra dimidium*; y respecto a la ley cuarta que se refiere únicamente a la mala fe—no alegada en el pleito ni en el recurso—como motivo de rescisión, se limita a establecer la regla de no bastar para su prueba afirmar «que el fundo comprado por elevado precio haya sido vendido por otro menor», caso también diferente del litigioso, que si del análisis literal de las citadas leyes se pasa al estudio del espíritu que las inspiró, resulta igualmente claro, que dada la sabiduría y experiencia del legislador romano, no pudo pensar en crear una causa específica de rescisión contractual, añadiéndole, para su eficacia, otros motivos de nulidad o rescisión que cual el dolo, la violencia y el engaño son de general aplicación para todas las convenciones en todos los tiempos y Códigos y que producen aquellos efectos por sí solos, como en el propio Código de Justiniano se declara en las leyes primera, quinta, décima, undécima y duodécima del mismo título catorce, que especialmente determinaron la naturaleza y efectos de la fuerza del dolo y de la necesidad de vender en el contrato de compraventa: que si del Código de Justiniano se pasa al título diez y siete de las decretales de Gregorio IX con sólo tener en cuenta lo que en el propio recurso se consigna referente a lo que ellos declaran «que no pueden rescindirse por lesión los contratos salvo cuando aquélla excediera en más de la mitad del justo precio al tiempo de la venta», repitiendo la ley segunda de aquel Código anteriormente examinada, ello es suficiente para terminar resolviendo que la lesión *ultra dimidium* vigente en Cataluña, por sí sola y sin necesidad de ninguna otra causa de rescisión constituya una especial de la compraventa, y al estimarlo así la sentencia del Juzgado, confirmada por la Audiencia, que aceptó los Considerandos de aquélla, no comete ninguna de las infracciones que en el primer motivo de casación se alegan, debiendo por ello ser desestimado.

Considerando que en los números tercero y séptimo del artículo 1.692 de la ley de Enjuiciamiento civil se funda el segundo motivo, alegando en él el error de derecho y el de hecho: el primero, por aceptar la sentencia recurrida el dictamen dado por la mayoría de los peritos, en el que éstos prescinden de incluir las mejoras cuya existencia reconoce, infringiendo con ello aquella sentencia, según el recurrente, los artículos 359 y 632 de la ley de Enjuiciamiento civil en relación con el 1.243 del Código civil, infracciones que no existen ya porque el artículo 359 establece una incongruencia consistente en conceder en el fallo más de lo que se pide, y en el pleito se solicitó—entre otros cuatro pedimentos denegados—la rescisión de la escritura de 18 de Septiembre de 1925 por lesión *ultra dimidium*, que es precisamente lo que el fallo otorga, ya porque el artículo 632 de la ley procesal no puede servir de fundamento en casación, al no permitir discutir acerca de extremos que reserva la ley a la personal actuación del juzgador cuando se trata de la prueba pericial, puesto que no existen determinadas las reglas de la sana crítica a las que aquél debe ajustarse en la apreciación de las mismas, faltando por ello el elemento principal para formar y contraponer un criterio que demuestra el error evidente en que incurriera el Tribunal inferior, ya porque el criterio para precisar la lesión en más de la mitad del precio de la venta es el valor que la cosa enajenada tuviera al enajenarse, según sentencias de esta Sala de 30 de Junio de 1906 y 3 de Abril de 1911, resolviendo rescisiones en Cataluña por lesión, ya porque en último extremo si los peritos hubieren incluido en su informe el valor de las mejoras realizadas en las fincas con posterioridad al año 1925, fecha de la escritura de venta, la tasación de su valor hubiera sido mayor y con ello también la lesión causada, cuya verdadera cuantía se refleja justamente, no sumando el importe de mejoras posterior a la venta, sin que el artículo 1.243 del Código civil, que se limita a declarar que el valor de la prueba pericial y su forma de practicarse serán objeto de la ley de Enjuiciamiento civil contenga más que una referencia y confirmación del artículo 632 de la ley Procesal ya examinado: que en cuanto al error de hecho, los cuatro documentos en que se basa una certificación del Catastro sobre la renta y líquido imponible de las fincas una manifestación sacada de los libros de la Sociedad Anónima Regás, constituida úni-

camente por demandante y demandado sobre el alquiler del inmueble donde la Sociedad se hallaba instalada, y dos cartas, una de la actora y otra de un sacerdote, ni son documentos auténticos tal como esta Sala los viene concretando ni acreditan error evidente del fallo ni dejó la sentencia recurrida de tenerlos presentes, si bien afirmando que sobre todos ellos estaba, a su juicio, la prueba pericial, invocando además, para tal criterio, tres sentencias de esta Sala.

Considerando que en el tercer motivo se insiste en nuevo error de hecho, porque la sentencia aprecia la escritura de 18 de Septiembre de 1925, desconectada de otros contratos que los mismos litigantes celebraron, señalando concretamente como base de aquel error dos documentos privados de liquidación de cuentas, uno de 19 de Septiembre de 1925, día siguiente al del otorgamiento de aquella escritura y en el que el demandado confiesa un saldo a favor de la demandante de doscientas veinticinco mil pesetas, y otro de 15 de Febrero de 1927, en el que también se reconoce deudor de la actora, documentos aislados del juicio que por sí mismos no demuestran error en el fallo recurrido, porque si bien pueden tener relación con otras cuestiones que en la demanda también se plantearon y fueron desestimados en el fallo, tales como la venta de acciones de la Sociedad Anónima por la demandante al demandado, y la de treinta y nueve acciones del Banco de España, de la primera, enajenadas por el segundo, a que aquellas liquidaciones principalmente se refieren, ninguna conexión guardan éstas ni pueden, esencialmente, influir en la rescisión de la escritura de venta por lesión, materia única de este recurso, razón que obliga a desestimar el tercer motivo de casación.

Considerando que en el cuarto, y fundado en el número primero del artículo 1.692 se repite la aplicación indebida de los textos de las decretales de Gregorio IX y Código de Justiniano, «mencionados en el primer motivo», y aunque esta forma de alegar infracciones legales no está muy en armonía con el artículo 1.720 de la ley Procesal, que ordena citar con precisión y claridad la ley o doctrina legal que se crea infringida, lo que no se cumple, citándola en globo, ni refiriéndose vagamente a las anteriormente alegadas en otros motivos del propio recurso, examinado aquel motivo se funda en que estableciendo la escritura de venta que «el

precio es de cuarenta y cinco mil pesetas por la primera de las mencionadas fincas, y la de quince mil por la segunda o sea, en junto, sesenta mil pesetas», y aceptando la sentencia la valoración pericial de ciento veinticinco mil, valor en venta de la totalidad de la finca, no se sabe a cuál de las dos fincas vendidas cabe aplicar las cinco mil pesetas que exceden del doble en el valor pericial, y no existiendo este antecedente de hecho es imposible apreciar la lesión *ultra dimidium*, razonamiento que está en pugna con la doctrina sentada en las sentencias de esta Sala de 26 de Noviembre de 1892 y 25 de Mayo de 1893 sobre rescisión por lesión, que declara la primera «que cuando en un solo acto y en una misma escritura se venden varias fincas como un solo cuerpo y se estipula el precio total de las mismas, la voluntad de las partes fué celebrar una sola compraventa y no tantas como fincas se han enajenado, cuyo total precio es el que hay que tener en cuenta comparándolo con el justo total valor que se las asigna en juicio para determinar si se produjo o no en el contrato la lesión que se denuncia», y según la segunda resolución «cuando en un solo acto y en una misma escritura se venden varias fincas a una persona, estipulándose su total precio, siquiera se individualice el de cada una..., demuéstrase, tanto por la unidad del acto como por la circunstancia de recaer esencialmente el consentimiento y el precio, no sobre cada finca, particularmente, sino sobre la totalidad de ellas, que la voluntad de los contratantes fué celebrar una sola compraventa y no tantas como fincas se han enajenado, cuyo total importe es el que hay que tener en cuenta comparándolo con el justo precio que se las asigna en juicio para determinar si se produjo o no lesión», y como en el presente caso existió un solo acto, una misma escritura y un precio total, aunque también individual, de las fincas, el fundamento racional de este motivo desaparece y con él las infracciones alegadas en el mismo.

Considerando que en el último motivo se mezcla la vulneración de principios de derecho con nuevo quebranto de las leyes citadas en el primero, y el error de derecho al amparo de los números primero, tercero y séptimo del artículo 1.692, fundándose en el hecho de que como la demandante en 7 de Julio de 1925 otorgó una escritura de inventario de bienes al fallecimiento de su causante, en la que se tasaron las fincas en diez y ocho mil trescientas setenta pe-

setas, ello constituye no sólo un acto propio contra el cual no puede ir la actora y un enriquecimiento «torticero» al venderlas por más precio, sino una interpretación errónea y aplicación indebida de las leyes romanas y canónicas analizadas en el primer motivo, más un error de Derecho por infracción de los artículos 1.232 y 1.218 del Código civil, motivo que no puede admitirse porque en cuanto a los actos propios son aquéllos que como expresión del consentimiento se realizan con el fin de crear, modificar o extinguir algún derecho, siendo indispensable que entre los actos ejecutados y los posteriores susceptibles de contrariarlos medie relación consciente de causa a efecto, y ninguna de estas circunstancias se da en la escritura de inventario en consonancia con la declarada rescindida, porque respecto al enriquecimiento «torticero» tiene dispuesto esta Sala que es necesario combinarlo con el axioma legal y moral de que «quien usa de su derecho no daña ni perjudica a otro», por lo que no es aplicable más que en el caso de que se irrogue un perjuicio efectivo por medios reprobados, que es lo que significa la frase «torticeramente», debiéndose probar no sólo el daño, sino el empleo de tales medios: porque las leyes citadas en el primer motivo ninguna aplicación tienen con lo que es objeto concreto del presente, y porque el artículo 1.232 del Código civil, según el cual «la confesión hace prueba contra su autor» no se ha infringido ya, porque en el interrogatorio de posiciones sobre las que declaró la actora no hay afirmación alguna de ésta sobre el valor de las fincas ni sobre el inventario de 7 de Julio de 1925, ya porque ~~cuando~~ cuando la hubiera, la forma probatoria de la confesión no es superior a la de los restantes medios de prueba que la ley establece, y ha preferido la Audiencia dentro de su soberanía en la elección, sin que tampoco haya desconocido el Tribunal *a quo*, el valor que a los documentos públicos que se citan en este motivo, certificación de la escritura inventario del Registro de la Propiedad y del Catastro concede el artículo 1.218 del propio cuerpo legal respecto al hecho que los motivó y su fecha.

* * *

Sobre rescisión de la venta por lesión «ultra dimidium», véase Borrell: «Dret civil vigent a Catalunya, tomo III, pág. 315 (Barcelona, 1923); Castán: «Derecho civil español foral», Madrid,

1922, pág. 247; *Almeda*: «*Dictámenes*», *Barcelona*, 1920 (*no procede la rescisión si no puede justipreciarse la cosa vendida*, página 115; *lesión «ultra dimidium»*, pág. 161).

28. *Beneficio de pobreza. No pueden, por regla general, disfrutar de él las Sociedades.* (Sentencia de 26 de Noviembre de 1935.)

Ante la Audiencia de Barcelona el comisario y depositario de la quiebra de la Sociedad Y. interpusieron demanda de pobreza para litigar contra determinada persona y una entidad bancaria; la Sala denegó el beneficio solicitado e interpuesto recurso por la sindicatura; no lo admite el Supremo.

Considerando que sería motivo bastante para la desestimación de este recurso el haberse interpuesto contra la sentencia de 30 de Septiembre de 1933 de la Sala segunda de lo civil de la Audiencia Territorial de Barcelona, que declaró no haber lugar a otorgar el beneficio de pobreza solicitado por la representación legal de la entidad «Y., S. A.», en estado de quiebra, porque la que debió ser recurrida fué la de primero de Noviembre siguiente, que resolvió el recurso de súplica interpuesto por dicha representación contra aquella sentencia, según así lo establecen los artículos 402 y 404 de la ley de Enjuiciamiento civil, lo cual, si bien en el momento procesal oportuno integraba un motivo de inadmisión conforme al artículo 1.729, número tercero de la citada Ley, lo es también, de modo inexcusable, de desestimación, porque esta Sala tiene reiteradamente sentada la doctrina de que las causas de inadmisión de un recurso lo son a la vez de desestimación del mismo en cuanto al fondo.

Considerando que a mayor abundamiento la sentencia, al denegar el beneficio de pobreza solicitado por el comisario y el depositario de la quiebra de «Y., S. A.», se inspiró en la jurisprudencia constantemente mantenida de que el beneficio de pobreza, que es individual y personalísimo y para litigar derechos propios, no pueden obtenerlo, por lo general, las Sociedades legalmente constituidas sin que estén en condiciones de utilizarlo todos los partícipes, y hubo de tener en cuenta también que declarada en situación

de quiebra voluntaria «Y., S. A.», y accionando en su nombre y en el de los acreedores el comisario y el depositario de la quiebra, era indispensable acreditar la pobreza de todos y cada uno de los interesados o acreedores, puesto que en su interés, tanto como en el del quebrado ejercitan aquéllos tal derecho, según se estableció, entre otras, en la sentencias de 21 de enero de 1899, 5 de Mayo de 1906 y 13 de Marzo de 1912.

Considerando que también haría imposible el conceder a Y., S. A.» el beneficio de pobreza solicitado, el que amparándose para obtenerlo en el número quinto del artículo 15 de la ley rituaría no llevó a los autos la plena justificación de que en la fecha de la demanda—12 de Enero de 1932—tuviera embargados todos sus bienes y rentas, y al contrario, con posterioridad, le fueron embargadas 446 acciones de la Sociedad Unión Textil de Madrid que, como de su pertenencia tenía depositadas en la Cooperativa de Tejedores de Y. trescientas sesenta en el Banco de B. y trescientas sesenta en el Banco U. y además en el referido juicio universal de quiebra prevenido a instancia de la entidad recurrente, en el balance y relación de activo y pasivo presentados figuran cinco millones ochocientos treinta y tres mil trescientas ochenta y cinco pesetas cincuenta céntimos de activo y cuatro millones ochocientos veinte mil doscientas treinta y dos pesetas trece céntimos de pasivo, o sea una diferencia en más de un millón trece mil ciento cincuenta y tres pesetas treinta y nueve céntimos.

Considerando que apoyado el recurso en un motivo único, en los números primero y séptimo del artículo 1.692 de la ley de Enjuiciamiento en relación con los 35, número segundo, 38 y 1.302 del Código civil, 116, párrafo segundo, 153, 881 y 882 del de Comercio y 15, número quinto y 20 de la mencionada ley adjetiva, del resultado de los actos, y a virtud de lo razonado en los considerandos precedentes se desprende con notoria evidencia que en el fallo impugnado no se han infringido los preceptos legales citados, ni por interpretación errónea o aplicación indebida ni por error de hecho o de derecho en la apreciación de las pruebas, y por tanto es forzoso concluir que se impone la desestimación del recurso.

El artículo 94 de la Constitución española de 1931, dice que «la República asegurará a los litigantes económicamente necesitados la gratuidad de la justicia». Este precepto, que tiene un indudable fundamento de justicia, es en la mayoría de los casos, antes y después de la Constitución, un medio por el cual aquellas personas que tienen la suficiente habilidad para esconder su solvencia, pueden dirigirse contra quien no puede escudarse en este beneficio y utilizando esa ventaja legal como un trabuco o a modo de chantage logran incalificables triunfos. Bien está que las personas necesitadas tengan justicia gratuita, pero esto no debe ser y constituir el abuso que a diario comprueban los mismos Tribunales. Como es natural, encontramos acertadísima la orientación de la sentencia anterior, pues lo único que les faltaba a los ciudadanos españoles es que las Compañías disfrutasen de un beneficio semejante.

Véase: Franceschini, «El beneficio de pobreza», traducción de Xirau, Madrid, 1927. Aragonés Andrade, «Procedimiento y Derecho civil», Castellón 1935, pág. 21. Sabido es que el Real decreto de 3 de Febrero de 1925 declarado subsistente por Decreto de 31 de Mayo de 1931 introdujo el beneficio de media pobreza.

ENRIQUE TAULET,

Notario de Valencia.

Jurisprudencia administrativa del impuesto de derechos reales

LI

No se halla sujeta al impuesto la certificación de cantidad consignada en presupuestos del Estado para pago de clases complementarias y material de una escuela, pues no tiene concepto de subvención, por no constituir auxilio en favor de una Empresa o particular para el desarrollo de una obra, o servicio, o industria, que es lo que caracteriza a la subvención, sino del pago de una atención del propio Estado. (Acuerdo del Central de 15 de Octubre de 1935.) 66 de 1935.

LII

El escalonamiento de pago de suministros o contratos superiores a 250.000 pesetas está sometido a la condición de que el contratista presente anualmente el documento para girar la liquidación de cada año, y si no lo hace, se liquidará totalmente, con deducción de lo pagado, perdiendo el derecho de nuevo aplazamiento.

Según el párrafo 3.º del artículo 51 del Reglamento de 1927, vigente cuando se celebró el contrato de que se trata, idéntico al actual e inspirado en el Real decreto-ley de 9 de Marzo de 1926, modificativo del Reglamento de 1911, en los contratos de suministro concertados por más de un año o período indeterminado, si

su cuantía excede de 250.000 pesetas, se girará una liquidación por el valor total presupuestado para el primer año, y si no es conocido, por el que declare el interesado para este período, estando aquél obligado, dentro de los treinta días siguientes al vencimiento del año, a presentar de nuevo el documento, con certificación en que se haga constar la cantidad y valor de los bienes suministrados u obras ejecutadas en ese año, y con vista de la misma se girará la liquidación del año siguiente; y no siendo conocida, la que se haya suministrado en el año anterior, acrecida o disminuía en la cantidad que en la base de la liquidación anterior se hubiese suministrado de menos o de más, y así, sucesivamente, hasta la terminación del contrato, momento en el que se procedería como indica el párrafo segundo de dicho artículo, el cual previene que si el interesado deja de satisfacer o de realizar alguna de las presentaciones anuales, se girará una liquidación por el importe total del contrato, con deducción de lo pagado, como comprendido en el párrafo segundo del artículo; y si no es conocida la cuantía total, la fijará el Liquidador en la forma que indica la parte primera del mismo párrafo cuarto; estos preceptos concedieron a los contribuyentes una ventaja positiva, inspirada en facilitarles el pago de los contratos de larga duración; pero estaba subordinada al cumplimiento de los deberes que les imponía tal precepto, estableciendo la pérdida de los beneficios si los interesados dejan de realizar las presentaciones anuales de los documentos a que estaban obligados.

El contrato de que se trata es el de ejecución de obras de gran importancia para un organismo público (construcción de un hospital) por los precios unitarios señalados, fijándose como tiempo de duración el de veintidós meses desde la escritura de contrata, y el importe era de 15 millones, superior, por lo tanto, a 250.000 pesetas, habiéndose aplicado los beneficios del párrafo tercero del artículo 51 del Reglamento y habiéndole exigido en 1932 el impuesto declarado para la primera anualidad; pero como el contratista tenía la obligación de presentar al liquidador en los treinta días siguientes al vencimiento de la primera anualidad el documento necesario para la liquidación de la segunda anualidad, lo que no se ha realizado sino mucho después, tal omisión obligaba a girar una liquidación al contratista, con deducción de lo pagado,

aplicando a la misma la ley de 11 de Marzo de 1932 y su tarifa, según la disposición transitoria de esa ley, que exige se liquiden por ella los actos y contratos anteriores que se presenten a liquidación fuera de los plazos reglamentarios, siempre que, en virtud de sus disposiciones, hayan de liquidarse contratos en cuantía superior a las de la legislación precedente; y, por lo tanto, como en la liquidación impugnada, si bien se aplicó la tarifa de 1932, no se hizo sobre la base debida, y se impusieron al contribuyente responsabilidades no aplicables, es improcedente esa liquidación, no pudiendo, sin embargo, admitirse la alegación del recurrente de que sea obligación de la Administración invitar al contribuyente a la presentación de la liquidación correspondiente, pues el artículo 51 del Reglamento impone tal obligación al interesado y establece la sanción si no la cumple, no refiriéndose el párrafo cuarto del mencionado artículo más que al caso de que no conste en el contrato la cuantía del mismo. Este criterio se siguió en las resoluciones de 12 de Enero de 1932 y 26 de Abril de 1933, números 276, 2 de 1931 y 56, 2 de 1933. (Acuerdo del Tribunal Central de 2 de Abril de 1935.) 18 de 1935.

LIII

Rescisión de compraventa. El contrato por virtud del cual una persona adquiere parte de una finca vendida a otra con la condición de que si devolvía parte del precio readquiriría la finca, es un contrato nuevo, y, por tanto, ha de pagar como nueva compraventa.

Se vendió una finca con la condición de que si al comprador le conviniese rescindir el contrato de compraventa podría hacerlo con las siguientes condiciones: a) Si la rescisión se realiza en Junio de 1931, el comprador perderá totalmente el importe de la primera anualidad o plazo de venta satisfecha en 1930. b) Si tiene lugar aquélla después de abonar las anualidades de 1930 y 1931, el comprador haría suyas dos sextas partes de la superficie total de la finca, quedando el resto de propiedad del vendedor, más 250 hectáreas como indemnización o penalidad de la rescisión, indicándose en las pro-

pias condiciones la forma de proceder a la rescisión si tiene lugar después de abonadas tres o más anualidades.

El contrato de compraventa aludido quedó, por lo tanto, perfeccionado y consumado desde que se otorgó la compraventa, habiendo conformidad entre comprador y vendedor, tanto en la cosa como en el precio, y en esta forma se autorizó la escritura y por ella se entregó la finca, que quedó en poder del comprador desde la fecha de la misma escritura, disfrutándola íntegramente desde entonces hasta que en 1933 convinieron ambos en dejar sin efecto el contrato en parte, habiendo estado inscrita la primera escritura en el Registro de la Propiedad sin que en él se hiciera constar que la validez y eficacia de la venta quedaba sujeta a condición alguna.

El acto realizado, por lo tanto, por los otorgantes mediante escritura de 7 de Junio de 1933, impropriamente llamada de rescisión, consistió en modificar voluntariamente el contrato de 1930, dejándole en parte sin efecto y en convenir entre ambos que una parte de la finca quedase en poder del comprador y otra en el del vendedor, atendiendo a su mutua conveniencia, mediante nuevas condiciones, y formando cada parte un predio diferente, por virtud de cuyo contrato transigieron las diferencias que entre ambos existían: los contratos sólo son rescindibles en los casos determinados en el Código civil, caso que no se da en las estipulaciones expuestas; en virtud del nuevo pacto, el precio de la escritura de 1930 se alteró, pues habiendo quedado en poder del comprador la porción de la finca que se señala, ha pagado éste mucho más de lo que correspondería, dada la extensión de esa parte, conforme al precio señalado en 1930; se trata, por lo tanto, de nuevo contrato, y a tenor del párrafo 5.º del artículo 58 del Reglamento del impuesto de 16 de Julio de 1932, se ha de considerar como acto sujeto a tributación, ya que por mutuo acuerdo de las partes, libremente pactado, se dejó sin efecto la anterior.

La tesis del vendedor de la finca, de que la venta quedó sujeta a condición resolutoria, porque si el comprador no pagaba la totalidad del precio, aquélla quedaba rescindida en la porción de finca correspondiente al precio no satisfecho, es inadmisibile, dado el concepto de la condición, señalado en el artículo 1.113 del Código civil, puesto que, al contrario de lo que dicho artículo dice, la validez y eficacia de la venta no quedó sometida a condición alguna,

y, lejos de ello, el contrato está perfeccionado, como lo reconoce el recurrente, lo cual excluye el supuesto de una promesa de venta, y también estaba consumado por haberse entregado la cosa al comprador, haberse posesionado éste de la misma y disfrutado de ella, ya que, por otra parte, si se quisiera entender que la falta de pago de parte del precio constituía una condición que dejaba sin efecto la venta, habría que oponer que a tenor del artículo 1.115 del Código civil, si el cumplimiento de una de las condiciones depende de la voluntad de una de las partes, es decir, del obligado a cumplirlas, la condición será nula, habiendo el Tribunal Supremo interpretado el citado artículo en sentido de que es inadmisibles la estipulación de deberes dependientes de la aquiescencia del obligado a cumplirlo, y como en la compraventa el obligado a pagar el precio es el comprador, no debe considerarse que el dejar voluntariamente de satisfacer el comprador una parte del precio puede estimarse como condición de la que dependa la validez del contrato.

Por todo ello, la estipulación de la escritura de 1930 aludida sólo puede estimarse como una cláusula del contrato, según la que el comprador podría dejar sin efecto la compraventa cuando le conviniera, cláusula aceptada por el vendedor, y, por lo tanto, al hacer uso de ese derecho el comprador, ha de aplicarse el mencionado artículo 58 del Reglamento del impuesto. (Acuerdo del Tribunal Central de 17 de Marzo de 1936.) 74 de 1935.

LIV

Comprobación. Hecha ésta conforme a los datos del Catastro, no apelados, no es admisible recurso alguno. No es procedente declarar la nulidad, aunque la comprobación en ese caso no haya sido notificada al interesado, ya que contra ella no cabe recurso alguno, y aunque no haya sido aprobada por el Abogado del Estado, si éste la aprobó formando parte del Tribunal Provincial Económico-administrativo en otro expediente. Tratándose de un incidente especial no cabe examinar el concepto liquidable respecto a la procedencia de los bienes.

En el testamento de una señora se instituyó herederas a tres hijas y en él se decía que en virtud de la autorización de la ley, hacía

institución, en nombre de una hija incapacitada, a favor de las otras dos, y una parte de una dehesa dejada en testamento para dicha incapacitada sería para otra hija o para los hijos de ésta.

En instancia presentada en la Abogacía del Estado se solicitaba sólo la liquidación de la parte de la finca legada de un modo especial a la incapacitada, sin descender la petición a los demás bienes de ésta, por estar dentro del plazo para pedir la provisional o definitiva, ya que se había obtenido por los interesados prórroga para pagar el impuesto de estos últimos bienes (número 84-1935), siendo el momento de practicar la comprobación de los bienes aquel en que se presenten los documentos necesarios para tal comprobación. No es momento ahora el de discutir si la transmisión a favor de la hermana, de la parte de dehesa propia de la incapacitada procede de ésta o de su madre, porque el expediente de comprobación, si se impugna, tiene por objeto la determinación del valor de los bienes, y por ello sólo cabe examinar ahora la cuestión referente a la comprobación, ya que hasta que la oficina liquidadora califique el acto no puede discutirse si el concepto es el procedente.

Habiendo utilizado la oficina liquidadora la certificación del Catastro presentada por el interesado, no es admisible recurso contra el resultado obtenido aceptado por la Administración, según el párrafo 7.º del artículo 85 del Reglamento del impuesto, por no haberse justificado que se hubiere interpuesto reclamación contra la **renta** líquida fijada por la Administración: no procede declarar la **nulidad** del expediente de comprobación, por no haber sido notificado al interesado y por no haber sido aprobado por el Abogado del Estado jefe, en cuanto a lo primero, por no tener la notificación en este caso, según el párrafo indicado del Reglamento, más objeto que el enterar del resultado de la comprobación al contribuyente y sin que contra ese resultado pueda admitirse recurso alguno, habiéndose aquél mostrado perfectamente enterado de la comprobación y del valor señalado por la Administración y habiendo interpuesto recurso en el plazo legal y en cuanto a la falta de aprobación por el Abogado del Estado, porque esa omisión quedó subsanada al desestimar el Tribunal provincial otro recurso referente a la comprobación, formando parte el Abogado del Estado del mencionado Tribunal. (Acuerdo del Tribunal Central de 17 de Diciembre de 1935.) 82 de 1935.

LV

Herencia. La sustitución ejemplar hecha por una madre en nombre de una hija incapacitada, produce una transmisión de bienes que se entiende realizada, no como derivada de la madre, de la cual proceden éstos, sino de la hija incapacitada en cuyo nombre testó aquélla, y, por lo tanto, no es aplicable ni el artículo 32 del Reglamento del impuesto ni la excepción que establece el 241 para el caudal relicto referente a las sucesiones entre ascendientes y descendientes, siendo esa llamada sustitución ejemplar, más que verdadera sustitución, un modo especial de testar en nombre ajeno.

A consecuencia de la misma herencia a que se refiere el caso anterior, se formuló también reclamación en cuanto al caudal relicto de la parte de dehesa legada a la incapacitada, y a ello exclusivamente se contrae este caso. Fué voluntad de la testadora la institución de la incapacitada como heredera de la mitad de la dehesa, y haciendo uso de la autorización del Código civil, testó aquélla en nombre de la incapacitada, disponiendo que la mitad de la aludida finca fuese para una hermana de ésta.

El artículo 766 dispone que el ascendiente podrá nombrar sustituto al descendiente mayor de catorce años declarado incapacitado por enajenación mental; y si bien esta sustitución, llamada ejemplar, se halla regulada por el Código en el mismo capítulo y con idénticas condiciones que las demás sustituciones (artículos 777 al 780), es decir, en forma de sustitución y no como modo de testar en nombre de otro, previniéndose, por el contrario, al hablar de los modos de testar en el artículo 670, que el testamento es un acto personalísimo y no puede dejarse su formación, en todo o en parte, al arbitrio de tercero ni hacerse por comisario o mandatario, sin que haya excepción alguna a este principio general, puede entenderse, como lo hizo el Tribunal Supremo en Sentencia de 6 de Febrero de 1907, que la sustitución ejemplar es un testamento hecho por el ascendiente en nombre del descendiente incapaz, no siendo, en este caso, personalísima la facultad de testar.

Si bien, conforme al artículo 32 del Reglamento del impuesto,

cuando el testador dispone de sus bienes, sustituyéndose unos herederos a otros se pagará el impuesto en cada sustitución, según el parentesco entre el sustituto y el causante, sin que el texto legal establezca distinción alguna entre sustituciones simples o las ejemplares, no obstante, si se tiene en cuenta que, con arreglo a la interpretación indicada, la ejemplar no es simple sustitución, sino un modo de testar en que el ascendiente sustituye al descendiente incapaz al fallecer ésta, por el testamento de su madre, sino que, al muerte de este último y, por lo tanto, no es aplicable el artículo 32 en este caso a la parte de la dehesa heredada por la hermana de la incapaz al fallecer ésta, por el testamento de su madre, sino que, al contrario, la heredera actual adquiere dicha parte de finca por herencia de su hermana, dado el testamento que por incapacidad de ésta dictó su madre.

En consecuencia, tratándose de una transmisión entre hermanos, no es de aplicación al caso la excepción del impuesto sobre el caudal relicto establecido en el artículo 241 del Reglamento para las herencias entre ascendientes y descendientes, y asimismo es inaplicable la alegación de que hace veintitrés años falleció la madre, toda vez que no se trata de la sucesión de ésta, sino de la de la incapacitada, fallecida hace menos de un año.

La herencia del caudal relicto en este caso sólo puede ser parcial, aun contra lo prevenido en el artículo 121 del Reglamento del impuesto, ya que no se acompañó relación total de los bienes, como sería necesario, conforme al artículo 115 del mismo Reglamento, y por el contrario, la instancia sólo pide la liquidación de la parte de finca aludida. (Acuerdo del Tribunal Central de 17 de Diciembre de 1935.) 84 de 1935.

LVI

Herencia. Aun cuando en una instancia dirigida a la Abogacía del Estado se solicite la liquidación definitiva del impuesto correspondiente a la sustitución ejemplar de una dehesa en nombre de una hija incapacitada a favor de una hermana de ésta, conforme al testamento de la madre de ambas que realizó dicha sustitución, la liquidación que se realice, comoquiera que se con-

trae exclusivamente a la transmisión aludida, es sólo una liquidación parcial y no definitiva por no haber recaído aún acto administrativo en cuanto al resto de la sustitución: La sustitución aludida se liquida por el parentesco entre ambas hermanas y no por el de la madre a la hija que resulta definitivamente heredera.

En cuanto a lo primero, porque es liquidación, se funda exclusivamente en la petición de la liquidación parcial hecha por los interesados; en cuanto a lo segundo, se funda en la misma doctrina sentada en el caso precedente de esta Revista. (Acuerdo del Tribunal Central de 24 de Septiembre de 1935.) 83 de 1935.

LVII

Herencia. La declaración de exención de un documento por el cual se exige únicamente la cantidad de 1,25 pesetas como honorarios no puede ser objeto de reclamación económicoadministrativa, dado el concepto del artículo 41 del Reglamento de Procedimiento. (Acuerdo del Tribunal Central de 23 de Julio de 1935.) 85 de 1935.

GABRIEL MAÑUECO,

Abogado del Estado.

REVISTA CRÍTICA
DE
DERECHO INMOBILIARIO

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

Año XII

Agosto de 1936

Núm. 140

Estudio de la naturaleza jurídica del patrimonio dotal

IV.—La teoría institucional del patrimonio dotal.

La naturaleza institucional de la familia. — «La familia es una institución—la primera de ellas—, y el matrimonio es el acto de fundación.» Así se expresa Renard (1). Comprobemos estas dos afirmaciones.

Los elementos de la institución familiar.—Las instituciones, hemos dicho con Hauriou, representan en el derecho, como en la Historia, la categoría de la duración, de la continuidad y de lo real.

Este elemento de duración y continuidad es el que toca Renard en su examen de la familia, que es «el tipo logrado de una *continuidad* que no es solamente sentimental, espiritual y mística, sino jurídica y patrimonial; testigo la herencia y la sucesión en las deudas, testigos las ficciones consoladoras de la continuación de la persona del difunto o macabros apotegmas como *le mort saisif le vif*: la familia lo son los antepasados y las generaciones venideras» (2).

Esta continuidad familiar juega un papel importante en la idea de la familia y constituye para ella, como para toda institución, el

(1) Renard: ob. cit., pág. 124.

(2) Renard: ob. cit., págs. 134 y 135.