

II. Resoluciones y sentencias

I. Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado

Por MANUEL AMORÓS GUARDIOLA
TIRSO CARRETERO GARCÍA y
EUGENIO FERNÁNDEZ CABALETRO

REGISTRO MERCANTIL

2. ES INSCRIBIBLE EN EL REGISTRO MERCANTIL LA ESCRITURA DE CONSTITUCIÓN DE SOCIEDAD DE RESPONSABILIDAD LIMITADA EN LA QUE UNO DE LOS SOCIOS, ARAGONÉS CASADO, APORTA INMUEBLES Y ESTABLECIMIENTOS PRIVATIVOS, SIN QUE EL OTRO CÓNYUGE RENUNCIE AL DERECHO EXPECTANTE DE VIUDEDAD, SI BIEN DEBERÁ HACERSE CONSTAR EN EL REGISTRO LA CIRCUNSTANCIA DE QUE QUEDA SALVAGUARDADO TAL DERECHO.

Resolución de 5 de agosto de 1977 (B. O. del E. de 14 de septiembre).

Antecedentes de hecho.—Por escritura autorizada en Borja, por su Notario don Sebastián Rivera Peral, el 31 de marzo de 1976, don Lorenzo Sancho Zaro, industrial, casado con doña Ana María Martínez Fustiñana, y don Juan Pablo y don José María Sancho Martínez, también casados, vecinos todos de Borja, constituyeron la sociedad mercantil «Sancho de Borja, S. L.»; en la escritura de constitución se hace constar que don Lorenzo Sancho Zaro es dueño en pleno dominio, con carácter privativo, de una finca consistente en una porción de edificio de 2.200 metros de superficie, incluido un patio cubierto, que consta de dos pisos y planta, situado en la plaza de San Fran-

cisco, número 7, de la citada localidad de Borja, y cuyo valor es de 1.820.000 pesetas; que asimismo es dueño, en pleno dominio, de la industria de fabricación de colas sita en la referida finca, con su maquinaria, mobiliario, demás instalaciones y aviamiento, erigida por él en estado de soltero, y cuyo valor es de 2.180.000 pesetas; que constituyen entre ellos la sociedad de responsabilidad limitada citada, de duración indefinida y cuyo principal objeto es la fabricación y venta de colas y gelatinas, con domicilio en el edificio referido, y que se regirá por los Estatutos incorporados a la escritura; el artículo 5.º de los mismos establece que el capital social es de 6.000.000 de pesetas, dividido en 60 participaciones iguales, acumulables e indivisibles de 100.000 pesetas cada una de ellas. Dicho capital está totalmente suscrito y desembolsado por los socios en la siguiente forma:

A) Don Lorenzo Sancho Zaro suscribe las 40 primeras participaciones sociales, por valor de 4.000.000 de pesetas, y para su pago aporta en pleno dominio los bienes ya descritos, que importan 4.000.000 de pesetas, con adjudicación de dichas participaciones.

B) Don Juan Pablo Sancho Martínez suscribe las siguientes 10 participaciones sociales, que se adjudican, y desembolsa para su pago 1.000.000 de pesetas.

C) Don José María Sancho Martínez suscribe las últimas 10 participaciones sociales, y desembolsa para su pago, en metálico, la cantidad de 1.000.000 de pesetas.

Presentada en el Registro Mercantil de Zaragoza primera copia de la anterior escritura, fue retirada por el presentante, conforme a lo previsto por el artículo 19 de la Ley Hipotecaria, y devuelta de nuevo, fue calificada con nota del tenor literar siguiente:

«Denegada la inscripción del documento que antecede, por los siguientes defectos:

Primero.—Que si bien consta del mismo el carácter privativo del inmueble que aporta don Lorenzo Sancho, sin embargo no resulta acreditado tal extremo con respecto a la explotación industrial que también aporta, por lo que sería preciso acreditar dicho extremo o, en caso negativo, el consentimiento de su esposa respecto a la aportación realizada (arts. 40 y 61 de la C. de D. C. de A.)

Segundo.—Aun acreditada dicha cualidad de privativo, consistiendo la aportación de don Lorenzo Sancho—equivalente a dos terceras partes del capital social—en el pleno dominio de una finca urbana en la que se fija el domicilio social y una industria instalada en dicho inmueble, y cuya Empresa constituye el objeto de la Compañía, dado su carácter de bienes sitios, al no renunciar la esposa del aportante al usufructo expectante de viudedad (artículo 76 de la C. de D. C. de A.), resultaría:

A) Que la subsistencia de la Compañía queda condicionada, con carácter resolutorio no explícito, al hecho futuro e incierto de la premoriencia del aportante respecto a su esposa, pues el usufructo de la Empresa y el domicilio social, por ministerio de la Ley, pasarían a su viuda, situación totalmente repudiable por las características de rapidez, ámbito de actuación y seguridad, características esenciales de la actividad mercantil.

B) Porque tal falta de renuncia puede suponer una causa de disolución subrepticia, ya que a pesar de no constar en la escritura que se califica ni aparecer mencionada en el artículo 30 de la L. S. R. I., y, sin embargo, podrían producirla en forma imprevista y sorpresiva, y quizá con carácter retroactivo al darse los supuestos contemplados en los números 2 y 3 del citado artículo 30.

C) Finalmente, de ser admitida la inscripción, las cautelas y garantías que, con rara unanimidad, exige la doctrina, la jurisprudencia y la legislación para las aportaciones no dinerarias quedarían inoperantes.

Los defectos observados se estiman insubsanables, por lo que no procede anotación de suspensión, si bien no fue solicitada.

Zaragoza, 10 de junio de 1978.»

Presentada de nuevo en el Registro la escritura calificada, acompañada de otra, otorgada ante el mismo Notario el día 1 de julio de 1976, por doña Ana María Martínez Fustiñana, esposa de don Lorenzo Sancho Zaro, en la que consiente a todos los efectos y renuncia expresamente al derecho expectante de viudedad foral sobre todos los bienes aportados por su esposo, en virtud de cuyos documentos, vigente el asiento de presentación, fue inscrita la constitución de la Sociedad «Sancho de Borja, S. L.».

El Notario autorizante de la escritura de constitución interpuso recurso de reforma y subsidiariamente, a efectos puramente doctrinales, gubernativo contra la nota de calificación denegatoria de la inscripción, y alegó que respecto al punto primero de la nota debe aclarar que el carácter privativo de la explotación industrial aportada puede probarse, existiendo una certificación de la Delegación Provincial del Ministerio de Industria de Zaragoza que acredita que la misma data de 1825, fue mecanizada en 1926 a nombre del aportante, quien contrajo matrimonio en 1928; que el punto 3.º no distingue entre domicilio social y domicilio de la explotación, conceptos enteramente distintos, ya que el domicilio social puede ser variado en cualquier momento por voluntad de los socios, y que ambos domicilios no tienen por qué coincidir, y su coincidencia en este caso es eventual; que tampoco se distingue entre la industria aportada a la Sociedad y el objeto social, siendo la primera una pequeña parcela del segundo y la única afectada por el posible advenimiento del usufructo; que si la aportación inmobiliaria equivale efectivamente a dos tercios del capital social, el derecho de usufructo equivaldría a un 10 por 100 de esa aportación; que en cuanto al apartado A) del punto segundo, debe oponerse que la aportación del señor Zaro es en pleno dominio, sin condicionamiento de ningún género; que de los artículos 51 y 76 de la Compilación de Derecho Civil Aragonés se deduce que el marido puede no sólo enajenar sus bienes propios, sino también los consorciales, sin necesidad de renuncia de la esposa al derecho de viudedad foral; que en el caso hipotético de que surgiera el usufructo viudal, la nuda propiedad se conservaría en el patrimonio de la Sociedad, siendo la viuda titular del usufructo, que es un derecho temporal, personalísimo, inalienable e incluso valuable, según es práctica corriente, pudiéndose calcular en un 10 por 100 del valor de los bienes afectos realmente a tal derecho; que las relaciones entre la Sociedad y los terceros permanecerían inalteradas a la aparición del usufructo; que se trata de un usufructo de Empresa, cuyo objeto es la Empresa en su unidad productora, haciendo suyos el usufructuario los beneficios obtenidos por la producción de mercancías, pero sin intervenir en la dirección de la Empresa, pues carece de gestión personal y directa; que se trata de lo que la doctrina considera como un usufructo no gerencial que cabría dentro del marco del artículo 475, 2.º, del Código civil como derecho a percibir únicamente los beneficios producidos por la Empresa en cada ejercicio; que los artículos 85 y 87 de la Compilación Aragonés marcan una indudable subordinación del usufructuario respecto al propietario; que la aparición del usufructuario afectaría únicamente a los beneficios y a una pequeña parte del patrimonio social, debiendo señalarse la diferencia entre capital social y patrimonio social; que la nota deniega la inscripción de un acto dispositivo que no está prohibido ni en la Compilación Aragonés ni en el Código civil; que en cuanto al apartado B) del punto 2.º debe aclararse que la aparición del usufructo sólo afectaría temporal y limitadamente al patrimonio y posibles beneficios sociales, no exis-

tiendo causa de disolución; que las causas de disolución deben ser interpretadas siempre restrictivamente según constante doctrina de la Dirección General; que no siendo automática ninguna de las causas de disolución alegadas, podrán en su día los socios adoptar las medidas adecuadas en orden a la subsistencia de la Sociedad; que en cuanto al apartado C) del punto 2.º de la nota, baste decir que se han cumplido todos los requisitos en orden a la constitución establecidos en la vigente Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada, y en especial los consignados en los artículos 8, 9 y 3, quedando, en consecuencia, los intereses de terceros perfectamente garantizados con el capital social, por lo que la calificación no debe llegar a contemplar las posibles fluctuaciones del patrimonio social, que insiste en que si el usufructo surgiera, sólo afectaría con carácter temporal y limitado al patrimonio; y que en el presente caso debe destacarse que se trata de una Sociedad pequeña y de tipo familiar, con carácter personalista, en la que existen pactos que limitan la libre transmisibilidad de las participaciones sociales tanto vivos como *mortis causa*.

El Registrador, de conformidad con su cotitular, mantuvo su calificación por los siguientes fundamentos: que este recurso, circunscrito exclusivamente a efectos doctrinales, plantea esquemáticamente dos cuestiones: la primera se refiere a determinar si la simple manifestación del carácter privativo de unos bienes, sin haber sido probada ni aseverada por parte del otro cónyuge, es suficiente en Aragón para desvirtuar la presunción del artículo 40 de la Compilación Aragonesa, haciendo innecesario el cumplimiento del artículo 51 de la misma, siendo la segunda cuestión a decidir la de si la aportación a una Compañía mercantil de un patrimonio no dinerario que supere dos terceras partes del patrimonio social, agravado con un derecho de usufructo expectante de viudedad aragonesa, puede determinar, al no renunciar el titular de la expectativa, una suspensión o cesación temporal de la actividad social que pueda ocasionar a terceros idéntico perjuicio que el cumplimiento de una condición resolutoria o explícita; que en cuanto a la primera cuestión debe declararse que la presunción del artículo 40 de la Compilación Aragonesa no puede ser enervada por la simple declaración del beneficiado por ello, debiéndose cumplir el consentimiento del otro cónyuge, que la presentación en su debido tiempo y forma de la certificación a que alude el fedatario en su escrito de interposición del recurso hubiera sido bastante para destruir la presunción del referido precepto legal y hacer innecesario el consentimiento del otro cónyuge; que respecto a la segunda cuestión planteada, resulta ocioso en el presente caso sentar criterios diferenciales entre capital social y patrimonio social, domicilio social y domicilio de explotación, ni tampoco entre industria aportada y objeto social; que en el momento de constituirse una Sociedad, el patrimonio y el capital social aparecen identificados, presentándose su diferenciación en el devenir de la actividad social, superando el uno al otro, según los casos; que la valoración del usufructo viudal que apunta el recurrente, señalando que sólo afectaría al 10 por 100 de la aportación realizada, se considera totalmente improcedente, y que a este respecto en el artículo 839 del Código civil se establece el carácter de voluntariedad y libertad de valoración que aparece también recogida en la Compilación; que la aportación realizada por don Lorenzo Sancho no es, en contra de su afirmación, en pleno dominio, pues tratándose de aragoneses sometidos al Derecho foral puede oponerse el derecho expectante de viudedad a terceros que hayan adquirido bienes sitos en Aragón en contrato celebrado dentro del territorio; que en caso de realizarse la expectativa del usufructo se produciría, de no contar con el consentimiento del cónyuge supérstite, una cesación temporal, pero *sine die*, de la actividad social, incompatible con la seguridad imprescindible al tráfico mercantil; que la Compilación permite la enajenación de bienes propios sin ir acompañada de la renuncia del titular de la expectativa, pero que la misma, como la de todo derecho sujeto a condición, dependerá

de que se cumpla o no el hecho futuro e incierto que les afecta; que no es aceptable la imposición que se pretende al cónyuge superviviente de un cambio en el estatuto jurídico de su derecho, obligándolo a convertir su usufructo viudal en un usufructo de acciones o participaciones de una Compañía mercantil; que de ser admitido el usufructo no gerencial, el usufructuario se vería desposeído de importantes facultades que le corresponden legalmente (art. 479 y 480 del Código civil), con lo que el usufructo viudal aragonés quedaría reducido a una simple pensión vitalicia y supeditada completamente a la voluntad de los nudo propietarios, solución completamente contraria al derecho histórico y actual aragonés, ya que los artículos 85 y 87 de la Compilación que alega el recurrente no supeditan el usufructuario al nudo propietario, sino que supeditan a ambas partes a la Junta de parientes, como órgano superior del Derecho familiar aragonés; que la aparición del usufructo afectaría a todos y cada uno de los bienes aportados, y no a la universalidad patrimonial de la Empresa, no pudiendo hablarse de que quedaría afectada una parte más o menos cuantiosa de su patrimonio, ya que el valor del usufructo estaría supeditado al común acuerdo de los interesados; que la seguridad del tráfico mercantil no puede quedar a merced de las medidas que, en buena voluntad, adopten los socios; que los acreedores, al surgir el usufructo, verían reducidas sus garantías a la nuda propiedad de un hipotético y aleatorio valor económico; que no se ha negado la inscripción de un acto dispositivo, sino la constitución de una Sociedad de responsabilidad limitada cuyas aportaciones no reunían determinados requisitos en orden a la realidad de lo aportado; que la suspensión temporal pero indefinida de las actividades sociales puede causar a los socios o a terceros los mismos o mayores perjuicios que la disolución definitiva; que la regulación jurídica de esa clase de Sociedades no distingue, a estos afectos, que la Sociedad sea pequeña o grande, familiar o no, pues el volumen de la Empresa puede variar con el tiempo; que el ámbito de actividad del tráfico mercantil sobrepasa el área local y regional, e incluso la nacional, por lo que ha de considerarse que aquellas instituciones de carácter puramente familiar y observación local y regional no deben irrumpir en el campo del Derecho mercantil, como ya no irrumpen en el tráfico inmobiliario, y en este sentido se pronuncia el legislador en la reforma del Código civil de 31 de mayo de 1974, el establecer que el derecho expectante de viudedad no podría oponerse al adquirente a título oneroso y de buena fe de los bienes que no radiquen en territorio donde se reconozca tal derecho, si el contrato se hubiera celebrado fuera de dicho territorio, sin haber hecho constar el régimen económico matrimonial del transmitente; que esta necesidad de protección del tráfico mercantil ha determinado que la doctrina extranjera mire con recelo y precaución la nulidad, rescisión y resolución de Sociedades, exigiendo una serie de garantías para su realización y limitando los posibles efectos respecto a terceros, y en tal sentido se pronunció la Comunidad Económica Europea mediante Decreto de la Primera Directiva de 9 de marzo de 1969 (artículos 7 y siguientes); que la doctrina española también es muy restrictiva en cuanto a la aceptación, en el campo de las Sociedades que limiten la responsabilidad de sus socios, de causas que directa o indirectamente resuelvan con carácter definitivo o temporal la actividad social.

Elevado el expediente a la Dirección General, ésta (1) acuerda confirmar el primer defecto de la nota del Registrador y revocar el segundo, en base a la siguiente doctrina.

Doctrina de la Dirección.—Este recurso, circunscrito exclusivamente a efectos doctrinales, plantea como primera cuestión la de si aparecía suficientemente acreditado el carácter privado de la explotación industrial que

(1) Vistos los artículos 16 del Código civil, 72 a 88 de la Compilación de Aragón de 8 de abril de 1967 y la Resolución de este Centro de 17 de noviembre de 1916.

se aporta a la Sociedad por uno de los socios, cuestión en la que, en el fondo, se deduce están de acuerdo tanto el Notario recurrente como el Registrador; dado que la certificación de la Delegación Provincial del Ministerio de Industria de Zaragoza que justifica aquel carácter y ha subsanado el defecto, al ser presentada con el escrito de interposición del recurso, lo ha sido fuera de plazo y no pudo tenerse en cuenta en el momento oportuno a efectos de la calificación.

El segundo defecto de la nota obliga a resolver la importante cuestión de si existe obstáculo que impida la inscripción en el Registro Mercantil de una escritura de constitución de Sociedad de responsabilidad limitada cuando se ha aportado por uno de los socios, que tiene la vecindad civil aragonesa, un inmueble y una explotación industrial de carácter privativo, sin que haya renunciado su cónyuge al derecho expectante de viudedad reconocido en el artículo 76 de la Compilación de Aragón.

Este usufructo expectante, que puede convertirse en usufructo viudal si no se producen las circunstancias legales requeridas, y que por su naturaleza eminentemente familiar aparece regulado en la Compilación dentro del libro primero, relativo a los derechos de la persona y de la familia, y por el que se confieren al nudo facultades soberanas con el fin de evitar que pueda interrumpirse la vida familiar al fallecimiento del otro cónyuge, se distingue por esta especial circunstancia del establecido en el Código civil, que al crear un valor patrimonial independiente es perfectamente conmutable (art. 880 del Código civil), mientras que el aragonés es inalienable, salvo caso de renuncia.

Dado, pues, que este derecho expectante de viudedad no se extingue ni se menoscaba por las posteriores enajenaciones que de los bienes sujetos al mismo se hagan, y que de hacerse afectivo puede originar que temporalmente quede la Sociedad sin poder servirse o utilizar los inmuebles que le fueron aportados en pleno dominio en el momento de su constitución—y más en nuestro caso, en que el inmueble y la explotación industrial constituyen el objeto social—, ya que, por la especial naturaleza de este usufructo viudal antes examinado, recae sobre los mismos bienes aportados, y sin que pueda imponerse al cónyuge superviviente—frente a la opinión del fedatario—convertirlo en un usufructo de acciones o de participaciones en la Sociedad, la cual sólo ostentaría durante este período un derecho de nuda propiedad sobre dichos bienes.

La importancia que para el tráfico jurídico y mercantil tiene la constitución de una Sociedad que limite la responsabilidad de sus socios, así como las graves repercusiones a que puede dar lugar un vicio o defecto en su constitución, principalmente si no coinciden en el momento inicial la cifra del capital social y el patrimonio aportado por los socios, por el perjuicio a terceros y acreedores constituye la gran preocupación del legislador, y de ahí que para evitar que esto suceda, la Ley de 17 de julio de 1953 exige, en el artículo 3, el total desembolso del capital suscrito, y los artículos 8 y 9, las garantías para que sean una realidad las aportaciones, sobre todo si no son dinerarias.

Logrado este equilibrio inicial, es indudable que a partir de este momento la marcha próspera o adversa de la Sociedad puede originar un aumento o pérdida del patrimonio, que incluso podría dar lugar a una reducción de capital para restablecer aquel equilibrio inicial; pero esta posibilidad siempre será distinta del supuesto contemplado en este expediente, en donde, a diferencia del supuesto normal, la disminución se produce necesariamente, y con independencia de la gestión social, con tal que, cumplida la *condictio juris* de la muerte del cónyuge del titular del derecho expectante de viudedad aragonés, se convierta esta titularidad en el usufructo de los bienes sobre que gravitaba, quedando privada la Sociedad de su disfrute sobre los mismos, por lo que en principio, es comprensible y aparece justificada la prevención adoptada por los funcionarios calificadores.

No obstante, es de advertir que la calificación debe limitarse exclusivamente al contenido de la escritura de constitución de la Sociedad, sin que las conjeturas sobre posibles acontecimientos posteriores puedan impedir el ingreso en el Registro Mercantil de una Sociedad que reúna al ser calificada los requisitos necesarios para su inscripción, ya que las incidencias ulteriores podrán tener reflejo en su día, en el caso de originar actos que hayan de provocar asiento registral, y concretándonos a este expediente podría suceder, entre otros, o que no se haga efectivo el usufructo viudal por no darse el supuesto legal, o que renuncie el titular del derecho expectante, o que, si se produce el evento, existan bienes suficientes en el patrimonio social, o incluso que si por no poder realizar el fin social, al no poder utilizar la Sociedad los bienes ahora usufructuados, por el cónyuge superviviente, se incurra en la causa de disolución número 2 del artículo 30 de la Ley.

A mayor abundamiento, y en contra de la tendencia legislativa actual reconocedora de una realidad social, el cónyuge aragonés vería obstaculizado un acto de disposición sobre bienes privativos, como es el de aportación a una Sociedad, claro es que, si lo realiza, siempre quedaría salvaguardado el derecho expectante del otro, por lo que—y más en este supuesto de Sociedad de responsabilidad limitada—deberá constar esta circunstancia en el Registro Mercantil para conocimiento de terceros y de aquellos interesados en adquirir participaciones sociales.

COMENTARIO.—Aunque la cuestión principal de este recurso se centra en el tratamiento notarial y registral del derecho expectante de viudedad aragonés, conviene tratar previa y brevemente otras dos cuestiones que no han sido objeto de controversia, a pesar de resultar implícitamente planteadas en él.

A) 1.ª *Ámbito de la calificación del Registrador Mercantil en materia de aportaciones sociales.* Es sabido que el Registrador Mercantil, en múltiples aspectos, no puede aspirar a una calificación del mismo nivel que el Registrador de la Propiedad, a pesar de la gran similitud de los artículos 18 de la Ley Hipotecaria y 5 del Reglamento del Registro Mercantil. En ningún texto legal se establece expresamente un tracto sucesivo de la aportación basado en el Registro de la Propiedad, tracto sucesivo difícil de exigir en tanto no se haga una excepción de la voluntariedad de la inscripción en éste para los aportantes de inmuebles a sociedades. El artículo 103 del vigente Reglamento del Registro Mercantil exige la descripción hipotecaria de los inmuebles aportados; posiblemente debió exigir la inscripción a favor del aportante en el Registro de la Propiedad, por múltiples razones, y especialmente para evitar la extraña y poco seria situación jurídica de una sociedad que, siguiendo la norma del artículo 383 del Reglamento hipotecario, se inscriba en el Registro Mercantil y sus aportaciones sean denegadas por el Registrador de la Propiedad por aparecer fincas aportadas inscritas a favor de persona distinta del aportante; pero lo cierto es que, a pesar de esta incongruencia y de que nada se dice en este precepto sobre qué ocurre cuando vuelve al Mercantil la escritura denegada en el de la Propiedad, después de desaparecidos del Reglamento del Registro Mercantil vigente el apartado 16 del artículo 120 del Reglamento de 1919 (aplicable a los demás tipos de sociedades conforme a los artículos 121 y 122 del mismo), es difícil mantener la exigencia de previa inscripción a favor del aportante en el Registro de la Propiedad.

El Registrador de Zaragoza, partiendo de la regionalidad expresa o presunta del marido aportante, se colocó automáticamente en posición de defensa del derecho expectante de viudedad acusando la falta de comparecencia de la esposa, a sabiendas de que acaso inexactitudes más graves en la titularidad y cargas de los inmuebles aportados no podían ser detectadas por él, aunque sí luego por el Registrador de la Propiedad. También podía

ser puesto en cuestión si, en las aportaciones de bienes no sometidos al Registro Inmobiliario, podía entrar a poner reparos a las manifestaciones de los contratantes respecto a la titularidad y carácter de los bienes que se aportaban, o si los artículos 448 y 464 del Código civil imponen una calificación más benigna en cuanto a la titularidad en las aportaciones de muebles.

Pero en este aspecto, en ningún momento se pone en duda el correcto proceder del Registrador ni cuando saca a relucir el derecho expectante ni cuando exige la prueba de privatividad de la industria de fabricación de colas. Tal conformidad acaso sea razonable, especialmente en cuanto a lo primero, por la conveniencia de acusar cuanto antes un defecto que, en todo caso, había de ser puesto de manifiesto por el Registrador de la Propiedad. Por ello pasamos, sin más, a la segunda cuestión.

2.ª *Particularidades del recurso a efectos puramente doctrinales.*—Cuando los interesados pasan por la calificación del Registrador y proceden a subsanar la falta conforme al criterio de éste, es conveniente que la Resolución no olvide en ningún momento que el fallo a dar y la doctrina que siente servirá para el futuro, pero no para el caso en el que el recurso ha sido planteado, al menos en términos generales. Acaso no hubiere sobrado, en éste como en todo caso de recurso a efectos meramente doctrinales, una expresa constancia de ello. El defecto que acusa el Registrador es la no comparecencia de la esposa para renunciar a su derecho expectante; la Dirección decide que eso no es defecto porque el derecho queda subsistente y el Registrador debe hacer constar en el asiento que queda salvaguardado. No era ocioso decir que esto ya no procedía porque la esposa había hecho expresa renuncia al derecho expectante de viudedad, y no era ocioso porque en el supuesto concreto del recurso quedaba más destacado que en otros que la doctrina sentada ya no era válida para el caso. Y ello porque en el recurso desde el principio hubo un malentendido, que luego origina ciertos despropósitos y que por fin motiva una doctrina no sólo inválida para el caso concreto (esto ocurre en muchos casos de recurso a efectos doctrinales), sino peligrosa para casos futuros.

B) Con ello entramos en la cuestión fundamental, comenzando con el análisis de la nota de calificación, origen del malentendido.

a) El defecto segundo de la nota, único del que vamos a ocuparnos (2), es el *no renunciar la esposa del aportante al usufructo expectante de viudedad*. El Registrador parece considerar imprescindible esta renuncia, porque estima que al aportarse inmuebles sobre los que subsista el derecho expectante se producen las graves consecuencias de los apartados A), B) y C) de la nota (3) que afectan a la estructura misma de la sociedad. La aportación a una sociedad se viene así a considerar una enajenación más incompatible que otras con la subsistencia o reserva del derecho expectante de viudedad. En la mayor parte de las enajenaciones hay renuncia al derecho expectante de viudedad por imposición del adquirente, que normalmente querrá adquirir la finca sin el «alea» de soportar en su caso un usufructo de duración indeterminada; pero no porque exista ninguna otra dificultad específica. En el caso de las hipotecas se recurre en ocasiones a una fórmula que permite conservar el derecho expectante e incluso el consiguiente derecho de viudedad, sin perjuicio de la hipoteca que se constituye e incluso de la plena titularidad del adjudicatario en caso de ejecución, fórmula con-

(2) No tratamos del defecto primero por cuanto fue subsanado antes del recurso y dejado de incluir en el recurso a efectos doctrinales interpuesto por el Notario. No obstante, también puede ser cuestionado si la calificación del Registrador mercantil, tratándose de bienes no inmuebles, puede alcanzar la justificación de la titularidad de las aportaciones mediante títulos escritos o fehacientes.

(3) La subsistencia de la Compañía se somete a una condición resolutoria, a una causa de disolución subrepticia y sorpresiva, y, además, quedarían inoperantes las cautelas sobre valoración de aportaciones no dinerarias.

sistente en la posposición de la viudedad a la hipoteca. Pero aunque en cierto sentido la aportación a una persona jurídica es enajenación menos definitiva que la venta, por ejemplo, el Registrador vio una cierta incompatibilidad entre tal tipo de enajenación y el mantenimiento del derecho expectante. Por ello el defecto que acusa es la falta de renuncia al mismo y no la falta simultánea de renuncia y de reserva. Normalmente cualquiera de estas cosas permite la inscripción de la enajenación; en el caso de aportación social parece que sólo la renuncia vale. Y este criterio se mantiene no sólo en la nota, sino en el acuerdo, que tampoco parece admitir el mantenimiento del derecho expectante, aunque se hubiese reservado expresamente en la escritura de constitución, si bien es verdad que en ningún momento este supuesto es expresamente contemplado y calificado. En todo caso los interesados vieron tan claro el criterio del Registrador que subsanaron el defecto mediante escritura de renuncia al derecho expectante de viudedad (4).

b) El Notario recurrente dedica todos sus esfuerzos en demostrar todo lo contrario. Ni el derecho expectante ni la viudedad misma significan ningún obstáculo para constituir la Sociedad. Esta es perfectamente posible y válida, aunque no haya renuncia al derecho expectante. Pero se desprecupa de lo que verdaderamente interesaba a los otorgantes y de la verdadera voluntad de los mismos sobre la persistencia o la extinción del derecho expectante sobre los inmuebles y establecimiento aportados. Y así guarda cauto silencio sobre por qué la escritura sembró la duda al no contener ni expresa renuncia (con comparecencia de la esposa) ni expresa reserva (5).

c) De esta manera quedaba iniciado un juego de despropósitos que termina por arrastrar al Centro Directivo, y éste, probablemente sin percatarse, cambia la doctrina reiterada sobre enajenaciones de inmuebles afectos al derecho expectante de viudedad, sin razón suficiente y sin que hubiese sido discutido en el recurso el punto fundamental sobre el que versaba el cambio doctrinal: si cuando las partes quieren que la enajenación no extinga ni menoscabe el derecho expectante, lo correcto es que la escritura contenga expresamente esta voluntad de reservarle. En efecto, la doctrina tradicional de la Dirección y la unánime práctica aragonesa exige que en la escritura de enajenación haya, o bien renuncia expresa del cónyuge a su derecho expectante de viudedad, o expresa reserva del mismo por el cónyuge enajenante. No es necesario aclarar que esta doctrina tiene su

(4) Es verdad que probablemente el Registrador centró el defecto en la falta de renuncia del cónyuge al derecho expectante porque al insistir (por tres veces) la escritura en que la aportación se hacía en pleno dominio parecía claro que la subsistencia de aquel derecho resultaba excluido. Pero también es cierto que por no establecer el Registrador una segunda línea defensiva, basada en la omisión de la expresa reserva del derecho expectante, se ha dictado una Resolución que puede hacer pensar que se ha cambiado la doctrina anterior sobre la constancia en la escritura de tal reserva.

(5) Lo que no intenta el Notario recurrente para justificar su total silencio sobre el derecho expectante es utilizar el punto segundo del número 2 del artículo 76 de la Compilación, alegando que en algunos casos hay enajenación extintiva del derecho expectante aun no habiendo expresa renuncia del mismo. Este segundo punto deja a salvo lo establecido sobre responsabilidad por deudas de gestión frente a tercero de buena fe. Conectándole con los artículos 42 y 66 cabría mantener que el marido, en la explotación regular de sus negocios o en el desempeño de su profesión, no sólo obliga frente a tercero de buena fe a los bienes comunes, sino que en tales casos puede hacer enajenaciones o al menos ocasionar enajenaciones forzosas que extingan o menoscaben el derecho expectante de viudedad. Acaso no quiso iniciar este dificultoso camino por entender que la salvedad excepcional de estos artículos juega sólo en los bienes comunes o por la distancia que existe entre la aportación a una sociedad y las ejecuciones forzosas para hacer efectivas deudas de gestión que son, en sentido estricto, las que la doctrina aragonesa estima extintivas del derecho expectante. Además, este intento de aplicación analógica obligaba antes a despejar las grandes dudas surgidas en torno a dicho punto segundo del artículo 76, 2, que tan accidentado tránsito ha tenido en los Anteproyectos provisional y definitivo de la Compilación. Ver sobre esta cuestión y sobre la otra excepción que incluía el Anteproyecto provisional (enajenaciones onerosas de bienes destinados a la especulación o no afectos al uso o provecho familiares) la exposición de FRANCISCO DE ASÍS SANCHO REBULLIDA en su trabajo «La viudedad en la Compilación de Derecho civil de Aragón», *Anuario de Derecho Civil*, tomo XX, fascículo IV de 1967, páginas 755 y ss., en especial 785 y ss. Este fascículo IV contiene además varios trabajos sobre la Compilación de Aragón (de MARTÍN BALLESTEROS, MANUEL BATALLA, PALÁ MEDIANO, JOSÉ LUIS LACRUZ), en varios de los cuales se trata del derecho de viudedad y de su situación de expectante.

base en la conveniencia de que el documento notarial no sea nunca fuente de dudas sin necesidad, cuando tan poco trabajo cuesta determinar en la escritura si el derecho expectante se reserva o se renuncia. También es innecesario decir que el criterio de que el silencio equivale a la reserva, porque ésta es lo que debe presumirse a falta de renuncia, no es del todo convincente porque el silencio acaso sea más fácil referirlo a la tácita alegación de que la finca no está afecta al derecho expectante.

d) *Ambito de la palabra enajenación en el artículo 76, 2, de la Compilación de Aragón.* Nunca conviene exagerar el *ubi lex non distinguit*; en ocasiones el legislador no ha distinguido para no incurrir en un casuismo que no le corresponde a él, sino al Juez, en su momento. Una donación, una venta especulativa, una hipoteca en garantía de préstamo para sustento, una suscripción inversora de acciones de una gran sociedad anónima y una aportación a una sociedad familiar como la de nuestro caso, pueden ser enajenaciones indiferenciables para una jurisprudencia conceptual; pero sin duda han de tener consideración muy diferente respecto al comportamiento del cónyuge del enajenante en relación con su derecho expectante de viudedad. Ya hemos mencionado la práctica de utilizar la posposición tratándose de hipotecas. En el supuesto de aportación de inmuebles a una modesta sociedad familiar, acaso la fórmula de no renunciar al derecho expectante, pero sí consentir la subrogación del mismo y del consiguiente usufructo, en su día y caso, en la participación social del cónyuge aportante, acaso fuese la fórmula más apropiada, como el Notario en su informe propone; pero no es tan defendible el que esto proceda sin consentimiento del titular del derecho expectante, y menos guardando un total silencio sobre éste en la escritura.

No podemos entrar en la calificación jurídica del acto de aportación de bienes a una persona jurídica (6). Desde muchos puntos de vista se ha diagnosticado que no se trata de una enajenación tan plena y definitiva como otras. Los benignos tipos del Impuesto de Transmisiones son prueba de que esto es así. Probablemente tampoco todas las personas jurídicas pueden estimarse iguales a estos efectos, y no cabe olvidar la resistencia a conceder la personalidad jurídica a las sociedades civiles y a las mercantiles personalistas, en muchas legislaciones e incluso en la española, ni las teorías que tienden a aproximar la persona jurídica a la mera copropiedad germánica. Los socios que ponen en común bienes, más que enajenarlos pretenden conservarlos en común, al menos de momento. Por esto parece excesivo e inconveniente que deba desaparecer el derecho expectante de viudedad. Si la aportación a sociedad ha de tener alguna particularidad respecto a la enajenación tipo (la venta), debe ser para propiciar la conservación del derecho expectante, más que para imponer como imperiosa la renuncia. Ahora bien, lo que indudablemente no podía hacerse era eludir el

(6) Son ya antiguas las polémicas sobre la naturaleza jurídica del acto de aportación a las sociedades y, en general, a toda persona jurídica de tipo asociacional. Desde la tesis de la transmisión o enajenación ordinaria, a las que niegan ésta por negar antes la persona jurídica, existen posturas intermedias en las que debe encontrarse la solución más práctica. En España también ya hace mucho que se discutió la cuestión en torno a las dos conferencias de ROCA SASTRE y MARTÍNEZ ALMEIDA. ALFONSO MARTÍNEZ ALMEIDA (conferencia en la Academia Matritense del Notariado el 14 de marzo de 1947. Publicada en los *Anales* de la misma, tomo V, pág. 219) estudia la naturaleza jurídica de la aportación social, partiendo de la naturaleza jurídica de la sociedad mercantil, su significación en la historia y en los derechos vigentes e impugna la tesis de ROCA SASTRE, quien considera la personalidad jurídica de las sociedades como un mero recurso técnico de unificación o una cobertura personificante de una mera comunidad de bienes (conferencia en el Colegio Notarial de Valencia, publicada en la *Revista General de Legislación y Jurisprudencia* en abril de 1946). Frente a esta tesis de ROCA, minimizadora de lo traslativo del acto de aportación, M. ALMEIDA cree que se trata de una enajenación onerosa cercana a la dación en pago y saca las consiguientes consecuencias de esta asimilación en las cuestiones de capacidad, saneamiento por evicción y retractos.

A pesar del tiempo transcurrido las discusiones sobre el tema no han progresado mucho, olvidándose de analizar cuáles normas de la enajenación son razonablemente aplicables a la aportación y cuáles no, a fuerza de discutir por el método de o blanco o negro, si hay o no enajenación, método estéril, pues es claro que, en cuanto reconozcamos que hay persona distinta de la física del aportante, enajenación tiene que haber. Lo importante es calibrar el «pero menos», que sin duda también es cierto.

problema en la escritura, porque lo único que no cabe hacer con los problemas jurídicos, como aporías que son, es aplicarles la táctica del avestruz.

La naturaleza jurídica del acto de aportación a una persona jurídica, acaso no totalmente igual en cada tipo de persona jurídica e incluso de cada clase de sociedad, latía en el fondo de la discusión entre Registrador y Notario respecto a si el derecho expectante de viudedad, por virtud de la aportación, había de mantenerse recayente sobre el bien aportado mismo o podía automáticamente trasladarse a la participación social. Tanto uno como otro acumulan argumentaciones muy variadas en las que no queremos detenernos y respecto a las cuales nos limitaremos a remitirnos a los correspondientes resultandos. Aparentemente se apartan un tanto de la cuestión básica en algunas ocasiones, como cuando tratan del usufructo gerencial o cuando se entretienen en valorar poco o mucho el expectante derecho de viudedad; pero hemos de reconocer que ante la sutil cuestión de los matices especiales de la enajenación consistente en la aportación a una sociedad de responsabilidad limitada de naturaleza claramente familiar y de objeto claramente limitado a la explotación industrial y al inmueble aportado por el cónyuge y padre, todos los argumentos eran lícitos y útiles para obtener una decisión razonable del Centro Directivo a favor del argumentante. De todas maneras, estimamos que el Registrador destacó poco que si la aportación de don Lorenzo Sancho valía cuatro millones después de renunciar la esposa al expectante derecho de viudedad, siempre valdría algo menos mientras estuviese afecta a tal derecho por muy aleatorio y claudicante que el mismo se estime.

e) La Dirección tampoco está muy segura respecto a lo que está ocurriendo cuando don Lorenzo aporta sus bienes privativos sin comparecer su mujer. Los considerandos cuarto al octavo (7) son claramente vacilantes. Leído el cuarto se tiene la impresión de que se iba a dar toda la razón al Registrador, por cuanto podía quedarse la sociedad a cero, al menos temporalmente, y totalmente en manos de persona no socio. Después de leído el quinto ya no cabe duda de que el Registrador tenía razón porque la legislación de sociedades no tolera vicio de constitución tan grueso, como el que no coincidan en el momento inicial patrimonio y capital social. Por si fuera poco, el sexto se cuida de diferenciar la aparición del usufructo viudal (si el cónyuge aportante premuere al titular del derecho expectante), de cualquier otro supuesto ordinario de pérdida patrimonial de la sociedad.

Pero al llegar al séptimo considerando vemos que todo lo dicho anteriormente queda en agua de borrajas, pues lo cierto es—según el mismo—que la sociedad reúne los requisitos necesarios para su inscripción en el momento de ser calificada, porque los problemas que pueda originar la aparición del usufructo de viudedad serán eventos posteriores en los que, de momento, no hay que pensar, ya que acaso el usufructo no llegue a nacer (premoriencia del cónyuge, renuncia de éste a su derecho) o haya bienes suficientes (?) o, en último caso, se esté en el supuesto del artículo 20, 2.º, de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada. Como vemos, la argumentación para concluir que no existe defecto no es muy densa, especialmente si tenemos en cuenta que es contradictoria con los considerandos anteriores, y parte de unos efectos casi nulos del derecho expectante de viudedad. Es cierto que éste, como fase suspensivamente condicional de otro a su vez vitalicio, será de valoración muy difícil y aleatoria, pero esta dificultad no puede ser pretexto para silenciarlo en la escritura, afirmando que la aportación se hace en pleno dominio y estimada en la valoración de éste. Hay muchos derechos de valoración puramente convencional y subjetiva (muchas servidumbres) que, no obstante, son objeto de negocios onerosos mediante precio obtenido de mutuo acuerdo, aun a sabiendas de que

(7) Los tres considerandos primeros se dedican a circunscribir el recurso al defecto segundo y a destacar la naturaleza familiar del derecho de viudedad foral de Aragón.

será muy difícil saber si objetivamente coincide con un valor real. Igual ocurre en todo contrato aleatorio y también con una aportación social gravada con un derecho expectante de viudedad. Guardando silencio sobre el derecho expectante, sin aclarar si se renunciaba o se reservaba, era imposible saber si había equilibrio inicial entre capital o patrimonio o no lo había. Por lo mismo, la transformación del derecho expectante en usufructo viudal no es una incidencia ulterior que sólo en su día ha de preocupar a los socios y al Registrador. Creo que no estábamos ante conjeturas y vanos temores del Registrador, sino ante una aportación con una gran limitación o carga que es notoria, pero que al silenciarla origina, cuando menos, graves dudas sobre sus consecuencias.

El considerando último es aún menos convincente. Contiene dos partes que debieron separarse. En la primera se contiene una argumentación *ad absurdum*, y a mayor abundamiento según se dice, contra la negativa del Registrador. Esta negativa—dice—viene a obstaculizar un acto de disposición de bienes privativos, en contra de la tendencia legislativa actual reconocedora de una realidad social. Queda poco claro qué tendencia es ésta, pero en todo caso, si se refiere a la tendencia de procurar la mayor autonomía posible de cada cónyuge en la administración y disposición de los bienes privativos, el argumento sólo valdría para intentar una disposición liberadora del derecho expectante por exclusión del principio consagrado en el artículo 76, 2, de la Compilación y es claro que a esto no pretende llegar el Centro Directivo como resulta de la segunda parte del considerando (8).

En esta segunda parte, dando por decidido que la inscripción debe practicarse, se admite que el derecho expectante queda intacto y salvaguardado, por lo que deberá constar esta circunstancia en el Registro Mercantil.

En este final del considerando último, precipitadamente y sin ninguna explicación, parece admitirse como inscribible la escritura en la que la subsistencia o reserva del derecho expectante se silencie, imponiendo, en cambio, la constancia de la reserva en el Registro, a pesar de tal silencio.

A pesar de que en ningún momento los resultandos nos aclaran si la escritura contenía alguna referencia al derecho expectante de viudedad, de todo el contexto del recurso debe deducirse que no había ninguna referencia a tal derecho (9). Por ello entendemos que implícitamente se cambia el criterio tradicional de la Dirección; pero en términos en que no deben considerarse muy seguros.

El final del último considerando es contrario a varias Resoluciones de la Dirección y a la práctica notarial y registral de Aragón (10).

C) Para comprobar que el considerando octavo rompe la línea constante de la doctrina del Centro Directivo basta repasar las siguientes Resoluciones, de las cuales sólo la primera aparece citada en el Vistos.

— Resolución de 17 de noviembre de 1916. Fallecido un aragonés casado, sus tres hijos, herederos testamentarios por partes iguales, hacen e inscriben el inventario y manifestación de sus bienes relictos privativos y de una

(8) Ya vimos en la nota 5 las dificultades para aplicar en este sentido al apartado final del artículo 76, 2, de la Compilación.

(9) Por otra parte, hemos tenido conocimiento de tal silencio al buscar datos suficientes para enmendar ciertos errores materiales de la Resolución en el *Boletín Oficial del Estado*.

(10) Aunque las Resoluciones que ahora vamos a reseñar parecen considerar insubsanable el defecto de no contener la escritura de enajenación ni expresa renuncia ni expresa reserva, la práctica aragonesa es más propicia a estimar subsanable el defecto. El tema ha sido especialmente discutido, tratándose de bienes comunes después de ser necesario el consentimiento de la mujer para la enajenación, pues algunos mantuvieron que tal consentimiento implicaba sin más la renuncia al derecho expectante. MANUEL BATALLA GONZÁLEZ afirma que sin la expresa renuncia o la expresa reserva la escritura contiene defecto subsanable y procede suspender la inscripción, y llega a afirmar que ésta es la doctrina sentada por las Resoluciones de 1925 y 1929. Esto es discutible en cuanto dichas resoluciones confirmaron notas de denegación. («La Compilación aragonesa y el Registro de la Propiedad» en esta Revista, núm. 471, marzo-abril 1969, pág. 301, especialmente págs. 319 y ss. y 324.)

mitad de los comunes, sin hacer mención de la otra mitad de éstos ni de la viudedad de su madre. Los herederos van vendiendo sus participaciones en los bienes hereditarios y los compradores en unión de uno de ellos que conservaba aún participaciones en dichos bienes nombraron un partidor facultándole para incluir en la participación los derechos de la viuda, si ésta aceptaba el nombramiento, cosa que hizo la tutela de la viuda incapacitada. Realizada la partición por el contador, en pago del haber de la viuda se le adjudican fincas determinadas, unas pensiones vitalicias garantizadas con hipoteca y cantidades en metálico. La partición fue denegada por implicar transmisión o enajenación del inalienable usufructo de viudedad (y por carece el partidor de facultades para hipotecar y falta de previa inscripción de la herencia en cuanto al usufructo viudal y la mitad indivisa de los gananciales). El Procurador de los interesados, incluso de la viuda, alegó que el artículo 838 del Código es aplicable también en Aragón, sin que el 108 de la Ley Hipotecaria lo impida, porque la prohibición de hipotecar no implica la de renunciar, redimir o sustituir y el derecho de viudedad es renunciable (prescindimos de las alegaciones contra los otros dos defectos). El Registrador estima justamente lo contrario y afirma que la renuncia admitida por las Observancias es la que puede hacerse al pactarse la hermandad, pero en ningún caso cuando se hallare viuda y que la partición de que también hablan las Observancias no puede ser la hecha con intervención de extraños. El Juez y el Presidente de la Audiencia revocaron la nota; pero la Dirección General revoca el auto y confirma la nota por estimar insuficiente la adhesión de la representación (tutelar) de la viuda al convenio de nombramiento de partidor; pero también por dar un ámbito excesivo a la prohibición de hipotecar los usufructos legales, a la que se dedica la mayor parte de los considerandos, y por estimar que no se trataba de un caso normal de partición entre viuda y herederos del premuerto. Pero lo que queríamos destacar es que la vulneración del usufructo viudal viene a ser defecto que impide la inscripción y no cabe inscribir dejándole a salvo de oficio en el asiento, sin haber expresa reserva del mismo en la escritura.

— Resolución de 26 de marzo de 1918. Se trataba de la permuta por un marido aragonés sin intervención de la mujer. El Registrador no admite la inscripción porque la finca aparecía inscrita a favor de ambos. El Notario pide la aplicación de los artículos 1.401, 1.407 y 1.1413 del Código (aplicables en Aragón, según la Resolución de 27 de mayo de 1890), sin que sea obstáculo el que la inscripción de la finca ganancial se hiciera a favor de ambos. El Registrador alega que en el caso de la Resolución de 1890 la finca estaba inscrita sólo a favor del marido; que en Aragón está en vigor el Fuero *Ne vir sine uxore* y la Observancia *De jure dotium*, según los cuales el marido no puede enajenar los bienes del matrimonio sin consentimiento de la mujer, y, por último, el principio de tracto. El Centro Directivo parte de dicha Observancia, pero sólo para deducir el carácter de ganancial de los sitios adquiridos a título oneroso durante el matrimonio, prescindiendo en lo demás totalmente del derecho aragonés y sin mencionar siquiera el derecho de viudedad foral, revoca el auto de la Audiencia y estima que la escritura se halla extendida con arreglo a las prescripciones y formalidades legales. Vemos, pues, que la Dirección hace aquí caso omiso del derecho expectante de viudedad, pero sólo por sumarse a la corriente doctrinal mantenida por aquellos días de que este derecho no se extendía a los gananciales.

— Resolución de 25 de septiembre de 1925. Se trataba de una venta con pacto de retro de un bien privativo hecha por el marido sin intervención de la mujer y sin que apareciese en la escritura expresa reserva del derecho expectante de viudedad. El Registrador deniega la inscripción porque en-

tiende que esta expresa reserva es la única forma de que la misma pueda mencionarse en la inscripción y producir efecto respecto a terceros adquirentes, pues aunque las Observancias (*De jure dotium* y *Ne vir sine uxor*) permitan al marido enajenar sus bienes sin consentimiento de la mujer, se deja a salvo el derecho de viudedad, y añade que por el principio de publicidad han dejado de tener eficacia las cargas ocultas y tácitas impuestas o no por la Ley. El Notario mantuvo que el usufructo viudal es un derecho real, pero no actúa como carga en la situación de expectante, que está asegurado *ministerio legis* y basado en la publicidad de los *Fueros* y *Observancias*, igual que ocurre, por ejemplo, con el retracto gentilicio. La Dirección, considerando que la rigidez del Fuero *Ne vir sine uxore*, que prohibía la enajenación de inmuebles por el marido sin asentimiento y voluntad de la mujer, fue atenuada por las Observancias que permitieron tales enajenaciones, quedando a salvo el derecho que pudiera corresponder a la misma, que ello obliga a buscar la solución que armonice ese *remanet ius uxorem saluum* con la publicidad hipotecaria y que la solución no puede ser otra que la interpretación correcta del precepto del Reglamento notarial que regula las advertencias especiales (art. 212 del Reglamento de 1917 más concreto que el actual 194, 2.º), lo que conduce a la constancia expresa. Consideró también que los derechos de la viuda aragonesa no pueden ser comparados con el de retracto gentilicio. En definitiva, confirma el auto apelado, que a su vez había confirmado la nota del Registrador, denegatoria de la inscripción.

— Resolución de 11 de julio de 1929. Una escritura de préstamo hipotecario en la que se hizo constar que no intervenía la mujer del hipotecante aragonés por tratarse de bienes comunes, fue denegada por el defecto insubsanable de no concurrir la misma ni reservársele expresamente el derecho expectante de viudedad. Se encontraba ya en vigor el Apéndice. El Notario recurrente defiende una interpretación de sus artículos 49 y 63 concorde con la jurisprudencia anterior al mismo que, por aplicación del artículo 1.413 del Código, concedía plenas facultades dispositivas al marido en los bienes comunes (11). Los Registradores de Jaca y de Huesca, contra los cuales se acumularon los recursos, interpretan dichos artículos en sentido contrario y deciden atenerse al Apéndice en tanto el Centro Directivo no insista en su doctrina anterior (Resolución de 1918 antes reseñada). La Dirección afirma que el Apéndice ha tenido en cuenta la corriente doctrinal, que, apoyada en las Observancias interpretadas por MOLINO, PORTOLÉS y otros, mantiene el derecho de viudedad en los bienes comunes enajenados por el marido sin renuncia o consentimiento de la mujer y, como término medio entre la antigua prohibición y la doctrina jurisprudencial de asimilación al régimen del Código, concluye que sin expreso consentimiento o renuncia quedará a salvo el derecho de viudedad, no obstante las enajenaciones y gravámenes que hiciese el marido. Lo que más nos interesa es que termina declarando que la escritura no se hallaba extendida con arreglo a las formalidades legales por no concurrir la viuda ni reservársele expresamente sus derechos.

D) Tal como la controversia estaba planteada al llegar el recurso al Centro Directivo, éste podía adoptar cualquier de las siguientes soluciones:

1.ª Dar plenamente la razón al Notario. No sólo respecto a la posibilidad de que la aportación se realice con subsistencia del derecho de viudedad, sino también expresando que no contiene ninguna falta la escritura en que se guarde silencio sobre este derecho, porque ello implica un tácito

(11) Interpreta ambos artículos diciendo que cuando el Apéndice define el usufructo de viudedad como derecho recíproco de usufructuar el uno los del otro (cónyuge) no incluye el usufructo de cada uno de ellos sobre los comunes y argumenta que éstos se ignoran si en definitiva serán comunes o no en tanto no exista liquidación de la sociedad.

mantenimiento o reserva del derecho expectante. Pero esta solución hubiese requerido:

— En cuanto a lo primero, eliminar los considerandos 3.º al 5.º, más bien orientados en favor de la tesis contraria del Registrador.

— Y en cuanto a lo segundo, recoger en el Vistos las Resoluciones reseñadas de 1925 y 1929 e incluir la argumentación precisa para justificar el cambio de doctrina (12).

2.ª Dar plenamente la razón al Registrador: En caso de aportación a sociedad, no cabe que el derecho expectante continúe gravando la finca (por razones derivadas de la estructura de la sociedad mercantil) y se impone obligatoriamente la renuncia del cónyuge. En este caso no era necesario entrar en consideraciones sobre el caso de reserva, pero sí terminar de rematar la tendencia iniciada en los considerandos 3.º al 5.º, suprimiendo los dos últimos.

3.ª Dar la razón al Notario en el sentido de que al aportar inmuebles o establecimientos a una sociedad es posible tanto renunciar el cónyuge al derecho expectante como reservarlo; pero a continuación afirmar que una de ambas cosas han de figurar expresamente en la escritura, por lo que no es correcto guardar silencio si se pretende reservar el derecho expectante, ya que entonces, conforme a las citadas resoluciones, la escritura no está extendida con arreglo a las formalidades legales.

Pues bien, la resolución es, en cierto modo, criticable por la falta de claridad sobre cuál de las soluciones se adopta en definitiva. Es cierto que al revocarse la nota, se rechaza la solución segunda, a pesar de los indicados considerandos 3.º a 5.º; pero ya es más difícil asegurar si se da la razón al Notario conforme a la solución 1.ª o sólo conforme a la 3.ª

Por todo lo dicho creemos que, aunque un tanto forzosamente, la Resolución de 5 de agosto de 1977 debe interpretarse deduciendo de ella todas las siguientes consecuencias:

1.ª Que la doctrina sentada para nada afecta al caso concreto, en el cual la inscripción se había practicado en base a la renuncia del derecho expectante de viudedad por doña Ana María. Esta aclaración acaso no sea aquí necesaria. También la consideró innecesaria el Centro Directivo en el fallo.

2.ª Que no se hace una expresa rectificación de la doctrina anterior sobre necesidad de hacer en la escritura de enajenación, en su caso, expresa reserva del derecho expectante de viudedad, a pesar de las expresiones que *obiter dicta* se contienen en el último considerando, porque en el recurso no fue objeto de controversia en ningún momento, como debe proceder el Notario en el supuesto de reserva, ya que la discusión estaba exclusivamente limitada a si en el caso de aportación a una sociedad limitada, el cónyuge del aportante debe necesariamente renunciar al derecho expectante de viudedad (tesis del Registrador) o esta renuncia no es imprescindible (tesis del Notario recurrente). Creemos subsistente, por tanto, la doctrina anterior sobre la necesidad de que, en su caso, haya en la escritura expresa reserva para que ésta pase al asiento registral. Y ello tanto en el Registro Mercantil como en el de la Propiedad (13).

3.ª Que la doctrina sentada sobre posibilidad de realizarse una aportación social con persistencia y mantenimiento del derecho expectante de viudedad, transformable en su día y caso en usufructo viudal, debe recibirse con cierto sentido restrictivo, porque creemos que se ha sentado

(12) Modestamente opinamos que tal justificación es difícil dada la unánime práctica notarial aragonesa. Tampoco encontramos razones que justifiquen la aplicación en este caso de la ley del embudo (lo ancho para el instrumento público, lo estrecho para el asiento registral).

(13) Ahora bien, creemos suficientemente rectificada por la práctica la doctrina anterior de la Dirección: el defecto no debe considerarse insubsanable.

para el caso de modesta sociedad de responsabilidad limitada de tipo familiar, y si bien no ofrece duda de que puede ser extendida a sociedades personalistas, sí la ofrece su ampliación a sociedades capitalistas auténticas, en las que el ingreso del inmueble aportado implica desde el mismo momento el ingreso definitivo en un patrimonio totalmente ajeno al socio y separado del suyo, sometido además a las particularidades de los patrimonios mercantiles. En este tipo de sociedades, la tesis del Registrador, que no olvidemos son aceptadas por muchos de los considerandos de la resolución, cobra primacía y valor indiscutible.

4.ª La resolución, principalmente a consecuencia de los esfuerzos del Notario para justificar su silencio sobre el derecho expectante, contiene una importante sugerencia para coordinar la aportación social con la supervivencia del derecho de viudedad. Esta institución, calificada por el Proyecto de Apéndice Foral como la más «mimada» en Aragón, es, como tal, caprichosa y a ella han de sacrificarse muchas cosas. Cuando el sacrificio que exige se estima ya excesivo, no hay otro remedio que sacrificar el derecho de viudedad mediante la drástica solución de su expresa renuncia. Por ello son buenas todas las fórmulas que la práctica aragonesa, amparada en el *standum est chartae*, pueda encontrar para coordinar ciertos tipos de enajenación, cuando ésta es en alguna forma incompleta, con el mantenimiento del derecho expectante. Ya mencionamos la de posposición para el caso de hipoteca, y solución parecida había de buscarse para la venta con pacto de retro. En cuanto a la aportación social en este recurso hay interesantes sugerencias para articular una pactada subrogación real del derecho expectante, que al operarse la aportación pasase del inmueble o establecimiento aportado a la participación social del cónyuge aportante o a la acción suscrita por el mismo. Innecesario aclarar que el artículo 24 de la Compilación elimina cualquier prevención que contra tal consentimiento de subrogación pudiera tenerse.

T. C. G.