

# REVISTA CRÍTICA DE DERECHO INMOBILIARIO

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

Año XXIX

Septiembre 1953

Núm. 304

## El problema de la notificación a los anotantes posteriores

SUMARIO.—1. Planteamiento de la cuestión y propósitos de este trabajo.—2. El parecer de los autores en este problema.—3. La tendencia unificadora de los procesos de ejecución.—4. La doctrina clásica de las cancelaciones.—5. La cancelación automática: a) en el R. D. de 20 de mayo de 1880; b) en la Ley de Enjuiciamiento civil, y c) en el Reglamento Hipotecario de 1915.—6. La doctrina legal de las cancelaciones desde el año 1915 al 1947.—7. La reforma hipotecaria del Reglamento de 1947.—8. Argumentaciones en pro de la exigibilidad de la notificación.—9. Conclusión.

### PLANTEAMIENTO DE LA CUESTIÓN Y PROPÓSITOS DE ESTE TRABAJO

En todo proceso de ejecución de inmuebles, los titulares de derechos registrales distintos al del acreedor ejecutante se clasifican, a efectos procesales e hipotecarios, en dos grupos: a) el de terceros poseedores, y b) el de derechos de garantía y derechos en cosa ajena.

A su vez, éstos últimos o del grupo b, contemplados con relación al acreedor ejecutante, se subclasifican en tres categorías: a) anteriores y preferentes; b) posteriores al asiento del ejecutante, pero anteriores a la nota marginal acreditativa de haberse expedido la certificación de cargas y por tanto notificadora de la existencia de la vía de apremio, y c) posteriores a esta nota marginal.

El problema doctrinal común a todos los titulares de derechos registrados distintos al del ejecutante fué el de la notificación del procedimiento. El problema quedó fácilmente despejado respecto a los asientos anteriores y preferentes; después respecto de los ter-

ceros poseedores y de los segundos o posteriores acreedores hipotecarios, y por último respecto de los anotantes posteriores, pero sólo en los casos en que el procedimiento seguido fuera el judicial sumario o el extrajudicial. Los titulares de asientos anteriores y preferentes quedan incólumes en sus derechos y no necesitan de la notificación; los terceros poseedores habían de ser notificados a tenor del artículo 126 de la Ley Hipotecaria, y luego más claramente en los casos de ser el ejecutante un titular de derecho personal, a virtud del artículo 143 del vigente Reglamento Hipotecario; los segundos acreedores hipotecarios tenían que ser notificados a tenor del 1.490 de la Ley de Enjuiciamiento civil; los anotantes posteriores, así como todos los titulares de cargas y gravámenes que pudieran sufrir demérito por la ejecución, también tenían el derecho a la notificación en los procedimientos judicial sumario y extrajudicial; pero el problema seguía en pie, respecto a los anotantes posteriores, cuando el procedimiento seguido es el ejecutivo ordinario, y ello porque la jurisprudencia, tanto del Supremo como de la Dirección, anterior a la reforma del 947, se pronunció en contra de extender la notificación prevenida en el artículo 1.490 de la Ley de Enjuiciamiento civil a los anotantes posteriores; y porque la actual legislación no contiene ningún precepto que de manera terminante exija tal notificación a los anotantes posteriores.

La cuestión concreta del presente trabajo es esta: en el procedimiento ejecutivo ordinario, los anotantes posteriores al crédito del ejecutante, ya lo sea éste por acción real o personal, pero anteriores a la nota marginal prevista en el artículo 143 del Reglamento Hipotecario, ¿han de ser notificados de manera individual o *nomina nūm* de la existencia de la vía de apremio? O en otros términos: si en el mandamiento ordenado la cancelación de todas las anotaciones relacionadas en la certificación de cargas no consta que sus respectivos titulares fueron notificados del procedimiento de ejecución, ¿procederá la cancelación?

Estas interrogantes interesan una solución indiscutible para la buena marcha del ejercicio profesional y para las funciones de Jueces y Registradores. Aparte de la importancia, la actualidad es evidente, dadas la doctrina jurisprudencial dicha y el silencio de la legislación vigente, tanto al referirse a los terceros poseedores como al desenvolvimiento de los tres procedimientos de ejecución, y, sobre todo, dada la gran trascendencia de la novedad de la nota mar-

ginal introducida por el artículo 143 del Reglamento Hipotecario, precisamente para la ejecución de bienes inmuebles por acción personal.

El silencio legislativo, en ese aspecto de inexistencia de precepto taxativo o terminante, lo mismo puede ser interpretado en el sentido de que las cosas siguen igual que estaban antes de 1947, o puede serlo en el sentido, dada la corriente unificadora de los procesos, y las indiscutibles remisiones al modelo del procedimiento judicial sumario, de que ese silencio es una laguna legislativa.

Cuando por primera vez se nos planteó esta cuestión, confesamos que por intuición o instinto profesional hubimos de inclinarnos por la exigibilidad de tales notificaciones, y firmemente pensábamos que de ese parecer serían todos los juristas. Después hemos comprobado que no hay unanimidad de pareceres, pues si bien Roca Sastre cree que debiera exigirse, sin embargo entiende que en Derecho positivo no es exigible, y Ramón de la Rica, tal vez más cauto, aun reconociendo la existencia de una laguna legislativa, sin embargo cree que en Derecho positivo son exigibles tales notificaciones.

La posición doctrinal de tan doctos publicistas; el hecho de que nuestra impresión personal se basó en lo que pudiéramos llamar instinto profesional u ojo clínico, pero no en el estudio y en la meditación, y por último la circunstancia de haber sido requerido a meditar sobre ello por un competente compañero, son las razones determinantes de este trabajo.

#### EL PARECER DE LOS AUTORES

Roca Sastre, en las argumentaciones que vamos a reproducir de su obra, parte del supuesto de una ejecución hipotecaria, es decir, por acción real; pero sin embargo se fundamenta en la regla segunda del artículo 175 del Reglamento Hipotecario, artículo este que, como se verá más adelante, ha sido escrito contemplando una ejecución a virtud de acción personal, o, ajustándonos más a la fraseología reglamentaria, en vista de una anotación de embargo.

He aquí lo que dice Roca Sastre en párrafos no consecutivos (1).

(1) «Instituciones de Derecho Hipotecario». Ed. 1948, tomo IV, págs. 790 y siguientes.

«Respecto de las cargas y gravámenes posteriores a la hipoteca ejecutante, rige en absoluto el sistema de purga o liberación y consecuente cancelación de sus respectivos asientos, en conformidad con la regla segunda del artículo 175 del Reglamento Hipotecario.

Para proceder a esta cancelación, no es necesario que se haya notificado la existencia del procedimiento a los titulares de tales cargas o gravámenes, salvo tratándose de hipotecas que consten en la certificación registral de cargas que debe de aportarse al procedimiento ejecutivo ordinario, ya que el artículo 1.490 de la Ley de Enjuiciamiento civil solamente exige que se haga saber el estado de la ejecución a los acreedores a favor de los cuales estén constituidas tales hipotecas, a fin de que puedan intervenir, si les conviniere, en el avalúo y subasta de los bienes hipotecados..

La innecesidad de tener que notificar la existencia del procedimiento ejecutivo ordinario, tratándose de los titulares de tales cargas y gravámenes, distintos de las hipotecas, ha sido reiterada por la jurisprudencia (Sentencia de 30 de mayo de 1903 y Resoluciones de 23 de noviembre de 1912, 12 de noviembre de 1934 y 16 de marzo de 1940), al admitir la procedencia de la cancelación de los asientos relativos a dichas cargas y gravámenes; entre las, cuáles hay que incluir las anotaciones preventivas, y especialmente las de embargo, las cuáles no son asimilables a éstos efectos a las hipotecas. (Resoluciones de 12 de noviembre de 1934 y 16 de marzo de 1940.)

Por consiguiente, precisa notificar a los titulares de hipotecas posteriores a la hipoteca ejecutante, que consten en el Registro con anterioridad a la referida nota marginal de incoación del procedimiento que prescribe el artículo 143 del Reglamento, mas no es necesario notificar a los titulares de otros gravámenes o anotaciones preventivas.

Según el artículo 1.490 de la Ley de Enjuiciamiento civil, los acreedores hipotecarios posteriores, a quienes se les debe notificar la existencia del procedimiento ejecutivo, tienen el derecho a intervenir en el avalúo de los bienes, así como en la subasta de los mismos.

La Resolución de 16 de marzo de 1940, reiterando repetida doctrina jurisprudencial, afirma este derecho, el cual creemos había igualmente de reconocerse a los titulares de las cargas y anotaciones posteriores, a pesar de que los mismos no han de ser notificados del procedimiento.»

Aparte de estos párrafos transcritos, Roca Sastre, por nota, dice que «sin embargo, la Resolución de 16 de marzo de 1940 reconoce que esta notificación algunas veces pudiera ser útil, sin hacer más costoso el procedimiento ejecutivo, ni retrasar la realización del derecho del acreedor».

Por su parte, Ramón de la Rica, refiriéndose a la regla segunda del artículo 175 del Reglamento Hipotecario, dice así (2) : «Con ello el Reglamento no hace sino recoger las enseñanzas de la práctica, impuestas por la lógica jurídica, y completar lo dispuesto en la Ley, en orden a la uniformidad de los procedimientos judiciales para enajenación de inmuebles. En efecto, el artículo 133 de la Ley dispone que lo dispuesto en el 131 sobre subsistencia de las hipotecas y demás gravámenes anteriores o preferentes al crédito del ejecutante, se aplique no sólo a los casos de ejecución de crédito hipotecario, sino también a aquellos otros en que se ejercite cualquier acción real o personal que produzca la venta de inmuebles. Y ahora el Reglamento en su artículo 175, extiende la misma regla de cancelación de inscripciones y anotaciones posteriores a la hipoteca del actor, que rige en el procedimiento judicial sumario, a tenor de la regla 17 del artículo 131, a todos los procedimientos de apremio en que se enajenen inmuebles o derechos reales embargados. Con estas disposiciones y con la del artículo 143, párrafo segundo del Reglamento, que preceptúa que se haga constar por nota marginal la expedición de certificación de cargas en los referidos procedimientos de apremio, que antes sólo se exigía en el procedimiento judicial sumario, se ha llegado al deseado criterio de uniformidad en estas materias.»

Más adelante agrega : «En cambio, ese artículo contiene una pequeña laguna, que marca todavía una diferencia, que no debiera existir, entre una y otra clase de procedimientos. En efecto, el mandamiento cancelatorio, según la regla segunda de dicho artículo 175, basta que exprese que el precio de la venta no fué suficiente para cubrir el crédito del ejecutante, o que el sobrante, si lo hubo, se consignó a disposición de los acreedores posteriores, pero no exige la circunstancia de haberse hecho a tales acreedores posteriores las notificaciones oportunas que en el procedimiento judicial sumario impone la regla 17 en relación con la quinta del citado art. 131 de la Ley.

(2) «Comentarios al Nuevo Reglamento Hipotecario», 1949, segunda parte ; ed. 1.ª, pág. 220 y ss.

Y esas notificaciones no son procedentes solamente en ese procedimiento sumario, sino también en el ordinario de apremio, a tenor del 1.490 de la Ley de Enjuiciamiento civil. Por ello entiendo y creo aconsejable que en los mandamientos cancelatorios que los Jueces dirijan a Registradores se haga constar también que fueron practicadas esas notificaciones, pues sin ese requisito la cancelación se efectuaría no ya sin consentimiento de los titulares de derechos posteriores, sino sin su conocimiento, lo que es contrario al espíritu de la Ley y del sistema.»

Estos son los pareceres de los más prestigiosos tratadistas hipotecarios, y ante la dualidad de sus criterios respecto a la legalidad vigente, ¿qué camino seguir?

#### LA TENDENCIA UNIFICADORA DE LOS PROCESOS DE EJECUCIÓN

De ello nos hemos ocupado en otro trabajo, al que nos remitimos (3). Sin embargo, ahora queremos hacer resaltar dos aspectos de él: 1.º que a virtud de esa tendencia unificadora son muchos los artículos de la vía de apremio en el juicio ejecutivo ordinario que están modificados, y 2.º que como consecuencia de ello, en lo esencial del procedimiento, no existen grandes diferencias entre el ejecutivo y los judicial sumario y extrajudicial.

Respecto de los artículos de la Ley de Enjuiciamiento civil que regulan el procedimiento ejecutivo, no existe una derogación nominativa. La Ley Hipotecaria del 909, en su disposición transitoria quinta, contenía una derogación genérica de todas aquellas leyes anteriores que se le opusieran, y además otra tácita de algunos artículos de la Ley de Enjuiciamiento civil en el párrafo final del artículo 131 de la Ley Hipotecaria. La vigente Ley Hipotecaria no contiene una disposición parecida a la de la Ley anterior, aunque sí reproduce en el párrafo segundo del artículo 133 el contenido derogatorio del último párrafo del 131 de la Ley anterior. De todos modos lo que ya quedó derogado así sigue, a menos que reciba el soplido bíblico del *exi fori*.

Pero en materia hipotecaria surge el problema del alcance de

(3) «El tercer poseedor de bienes anotados y la vía de apremio», REVISTA CRÍTICA DE DERECHO INMOBILIARIO, núm. 294, año 1952.

los artículos reglamentarios respecto a los artículos de otras leyes. A nuestro entender, si un artículo reglamentario desenvuelve un precepto de la Ley Hipotecaria, que a su vez modifica el de otra Ley, resultará que aquel artículo reglamentario servirá para aclarar el modificado. Ejemplo: si el artículo 1.518 de la Ley de Enjuiciamiento civil se considera modificado por el párrafo segundo del artículo 133 de la Ley Hipotecaria, y este artículo se halla desenvuelto o aclarado por el 231 del Reglamento Hipotecario, en lo relativo a la subrogación; se tendrá que ese artículo reglamentario desenvuelve el 1.518 de la Ley de Enjuiciamiento civil.

Es tanta la influencia modificadora ejercida por la legislación hipotecaria (Ley, Reglamento y Jurisprudencia) en la vía de apremio del procedimiento ejecutivo, que de los 52 artículos que integran esa norma, 22 se refieren a la ejecución de inmuebles (los 1.489 a 1.498, 1.502, y 1.510 a 1.520), y de ellos 18 están sensiblemente modificados por la legislación hipotecaria, algunos de ellos hasta el extremo que su literalidad está en contra de la legalidad vigente. Esto me ha hecho recordar a un pobre mendigo, cuyos pantalones tan repletos de remiendos se hallaban, que pensé que en ellos no quedaba nada de su primitiva pieza, y que bien merecía la caridad de unos nuevos para que definitivamente desterrara los que llevaba puestos.

Los artículos de la vía de apremio del procedimiento ejecutivo ordinario afectados por la legislación hipotecaria son: los 1.489 a 1.491, 1.493 a 1.497, 1.503 a 1.506, 1.511, 1.514, 1.516, y 1.518 a 1.520. Los artículos de la legislación hipotecaria que directamente afectan a los de Enjuiciamiento civil son, aparte del 20 de la Ley Hipotecaria, los 38 en su último párrafo, 40, 71, 98, 126, 131 en sus reglas 5, 8, 10, 13 y 17, y el 133 en su párrafo segundo, todos ellos de la Ley Hipotecaria, y los 143, 175 en su párrafo segundo y 233 del Reglamento Hipotecario.

#### LA DOCTRINA CLÁSICA DE LAS CANCELACIONES

Aunque es bien conocida esta doctrina de las cancelaciones, sin embargo conviene a nuestro propósito exponerla en síntesis para comentar la regla seguida del artículo 175 del Reglamento Hipotecario.

Desde la implantación del sistema registral hubo una doble corriente doctrinal y una doble posición funcional respecto a la cancelación de asientos registrales. De un lado estaban los Tribunales de Justicia, y de otro los Registradores de la Propiedad; éstos exigían con rigor heroico el cumplimiento del artículo 82 de la Ley Hipotecaria, y por tanto la necesidad del consentimiento del favorecido; por el contrario, los Tribunales entendían que en ocasiones tal consentimiento no era necesario.

El parecer de los Tribunales se fundamentaba en el artículo 72 del Reglamento Hipotecario de 1869, y en el número 4 del artículo 107 de la Ley Hipotecaria de aquella fecha; apoyó tal criterio la Ley de Quiebras de las Compañías de Ferrocarriles de 12 de noviembre de 1869. En el año 1876, el Tribunal Supremo, por Sentencia de 6 de diciembre, declaró *nulas de derecho* las inscripciones posteriores a la de hipoteca del ejecutante, y decretó que en consecuencia de ello la finca había de pasar libre de gravámenes al comprador.

Bajo esta atmósfera aparece el R. D. de 20 de mayo de 1880 creando las cancelaciones, que con el tiempo se han llamado automáticas, porque no requieren el consentimiento del favorecido.

La doctrina siguió distinguiendo entre las *causas* de cancelación y *formalidades* para la cancelación. Aquéllas giraron siempre sobre la inexistencia de la finca o del derecho inscrito o anotado, a más de la nulidad de los títulos y de las inscripciones, y en cuanto a la formalidad, se tomó como eje el consentimiento del favorecido, y a base de ese consentimiento se hizo la siguiente clasificación de cancelaciones: a) cancelaciones con el consentimiento; b) sin el consentimiento, y c) contra el consentimiento.

La cancelación sin el consentimiento o automática se basó en el prevalente valor de la legalidad sobre la voluntad; es decir, que en aquellos casos en que el derecho se extinguía por ministerio de la ley o como consecuencia del mismo contrato inicial de la anotación, la voluntad o consentimiento del favorecido carecía de trascendencia jurídica.

Planteada así la doctrina de las cancelaciones, se ha dicho y se dice con evidente razón, que las cancelaciones podrán efectuarse sin la voluntad y aun contra la voluntad, pero lo que no podrá hacerse nunca es cancelar con *desconocimiento* de los favorecidos. Y ello no sólo por la *aequitas*, sino por la misma esencia del sistema registral,

al que repugna todo lo clandestino y oculto. La notificación exigida por el artículo 1.490 de la Ley de Enjuiciamiento civil puede tener como fundamento la naturaleza real de los segundos acreedores hipotecarios; puede que sea el mismo *jus distrahendi* que la hipoteca implica; pero puede que sea el influjo del sistema registral.

Es de advertir que si bien la Ley Hipotecaria distingue entre cancelación de asientos ordenados por la autoridad judicial, y cancelación de otros asientos extrajudiciales, y que aunque el R. D. de 20 de mayo de 1880 sólo alude a los asientos extrajudiciales del artículo 82 de la Ley, lo cierto es que las disposiciones de este Decreto tienen carácter de generalidad y alcanzan por tanto a la cancelación de asientos judiciales.

#### LA CANCELACIÓN AUTOMÁTICA

a) *En el R. D. de 20 de mayo de 1880.*—Nos referimos al artículo 2.<sup>º</sup> de este R. D., que es el que contiene los casos de cancelación automática, y que han sido incorporados, sucesivamente primero al artículo 151 del Reglamento Hipotecario de 1915, y luego a la regla segunda del artículo 175 del vigente Reglamento.

Todos los casos de dicho artículo son supuestos de extinción del derecho inscrito; todos ellos se refieren exclusivamente a la inscripción de hipoteca; sólo la regla segunda alude a las anotaciones y a las demás cargas y gravámenes. Pero aunque sólo esta regla es la que alude a las anotaciones, lo hace partiendo también del supuesto de una ejecución hipotecaria, y lo fundamenta en el número 4 del artículo 107 de la Ley Hipotecaria.

Por tanto las cancelaciones automáticas de este artículo 2.<sup>º</sup> del R. D. tan repetido se refieren únicamente a ejecuciones hipotecarias; esto es, al ejercicio de acciones reales, pero nada dicen respecto de ejecuciones por acción personal, y por tanto de las anotaciones. ¿Por qué este silencio? Lo ignoramos; pero es posible que su razón se halle en aquella idea tan arraigada desde los comentarios de Gómez de la Serna y de la fraseología legal que centraban la función registral en dar seguridad al dominio y en fomentar el crédito territorial, y a consecuencia de cuyo sentir se miró a las anotaciones como a una ceniciente hipotecaria.

b) *En la Ley de Enjuiciamiento civil.*—Poco después de la publicidad del aludido R. D., aparecía la vigente Ley de Enjuiciamiento civil que no podía haberse sustraído a la candente discusión que produjo el R. D. Sobre todo, esa influencia se nota en los artículos 1.516 a 1.519; en donde se recogen los supuestos de segundos o posteriores acreedores hipotecarios; y de una ejecución hipotecaria. Nada dijeron tales artículos de las anotaciones y de las demás inscripciones que no fueran hipotecas. Por ello hubo de darse la R. O. de 10 de diciembre de 1883, aclaratoria del sentido y alcance del artículo 1.518, por la que se hacía saber que la cancelación que tal artículo preceptuaba no era sólo la de las segundas o posteriores hipotecas, sino también las de cargas y gravámenes, y de anotaciones en general.

Pero no obstante esta R. O., el artículo 1.518 continúa con la misma redacción que se le dió inicialmente. ¿Acaso para no romper la concordancia lógica que guarda con el artículo 1.490 de la misma Ley?

• Pero lo que interesa a los fines del presente trabajo es hacer notar que el supuesto del artículo 1.518 es el de una ejecución hipotecaria y no el de una ejecución por acción personal:

c) *En el Reglamento Hipotecario de 1915.*—El Reglamento Hipotecario de esta fecha reproduce en la regla segunda del artículo 151 el artículo 2º del R. D. de 20 de mayo de 1880 y el espíritu de los artículos 1.516 a 1.519 de la Ley de Enjuiciamiento civil, e incluso la retórica de que *para cancelar basta con presentar el mandamiento ordenando la cancelación, en el cual deberá expresarse que el importe de la venta, etc., etc.* A continuación de este espíritu recoge la doctrina de la R. O. de 10 de diciembre de 1883, para terminar ya con una remisión a la regla 17 del artículo 131 de la Ley Hipotecaria.

Obsérvese que en esta fecha la nota marginal acreditativa de la vía de apremio sólo la ordenaba el artículo 131 para el procedimiento sumario de ejecución hipotecaria, y que sin embargo alude a ella esta regla segunda del artículo 151 del Reglamento Hipotecario, como dando a entender que, por referirse ella también a una ejecución hipotecaria, tal nota debía extenderse en el procedimiento ordinario de una ejecución de hipoteca.

**LA DOCTRINA LEGAL DE LAS CANCELACIONES DESDE EL AÑO 1915 A 1947**

De la reseña históricolegal expuesta se infiere que la legalidad respecto a la cancelación de toda clase de asientos posteriores a un ejecutante hipotecario se halla en los artículos 1.490 de la Ley de Enjuiciamiento civil y en los 1.516 y siguientes de igual Ley y en la regla segunda del artículo 151 del Reglamento Hipotecario. Que el fundamento de tales cancelaciones automáticas está en el sistema de purga o liberación sentado en el número 4 del artículo 107 de la Ley Hipotecaria. Que esta legalidad está aclarada por la Jurisprudencia en el sentido de que la notificación exigida por el artículo 1.490 de la Ley de Enjuiciamiento civil para los segundos o posteriores acreedores hipotecarios no es exigible respecto de anotantes posteriores.

Pero toda esta legalidad parte del supuesto de una ejecución por acción real, esto es, de una ejecución hipotecaria, ya que el artículo 1.490 está desenvuelto por el 1.518.

**LA REFORMA HIPOTECARIA DEL REGLAMENTO DE 1947**

Aunque fué iniciada con la reforma hipotecaria de 1944, en realidad no se hizo sensible hasta la aparición del Reglamento y del texto refundido de la Ley.

Esencialmente radica en la regla segunda del artículo 175 del Reglamento Hipotecario, en donde se destruye toda la doctrina anterior, para sustituirla por la de equiparación del embargo a la hipoteca, y dar igualés reglas procesales a todas las ejecuciones sobre bienes inmuebles, ya lo sean por acción real o por acción personal.

Esta regla segunda del artículo 175 ya no alude el artículo 107, número 4, de la Ley Hipotecaria. Ahora, en vez de comenzar diciendo: «Cuando por consecuencia de la *prelación* consignada en el número 4 del artículo 107 de la Ley Hipotecaria en favor del *primer acreedor hipotecario* se enajene judicialmente la finca o derecho...», se dice: «Cuando en virtud de *procedimiento de apremio* contra bienes inmuebles se enajene judicialmente la finca o derecho, embargado...». Como se ve, la idea de ejecución hipotecaria ha sido reem-

plazada por la de ejecución a virtud de embargo, que lo mismo puede tener su origen en una acción real que en una personal. Con ello, de hecho y de derecho, han quedado equiparadas las acciones reales y personales encaminadas a la ejecución de inmuebles. Por la variación lexicográfica apuntada, la anotación de embargo se halla a igual altura y nivel que una inscripción de hipoteca a los efectos procesales de la enajenación de la finca o derecho ejecutado. De ahora en adelante no existe razón legislativa para dar a las ejecuciones por embargos anotados trato diferente que el que se da a las ejecuciones por derecho de hipoteca dentro de este procedimiento judicial ordinario.

El párrafo primero de la regla segunda de este artículo reglamentario 175, al que corresponde lo transscrito anteriormente, sigue diciendo que, como consecuencia de la enajenación del inmueble o derecho embargado, «se cancelarán las inscripciones y anotaciones de créditos o derechos no preferentes al del actor, a instancia del que resulte dueño de la finca o derecho, con sólo presentar mandamiento ordenando la cancelación, en el cual deberá expresarse que el importe de la venta no bastó a cubrir el crédito del ejecutante, o que el sobrante, si lo hubo, se consignó a disposición de los acreedores posteriores».

Lo copiado coincide en esencia con lo que preceptúa el artículo 1.518 de la Ley de Enjuiciamiento civil y párrafo primero de la regla segunda del artículo 151 del Reglamento Hipotecario de 1915. Es decir, que ahora, como antes, nada se dice respecto de la notificación a los posteriores anotantes ni a los posteriores titulares de derechos reales distintos del de hipoteca. Pero sin embargo, existe una diferencia capital y trascendente entre el actual 175 y sus precedentes, pues éstos, por virtud de lo dispuesto en el artículo 1.490 de la Ley de Enjuiciamiento civil y la jurisprudencia del mismo, requerían la notificación a los segundos o posteriores acreedores hipotecarios, y ahora, dados los términos de igualdad y de generalidad del 175 y del silencio respecto a las notificaciones, cabe preguntar: ¿Quiere esto decir que no se ha de notificar a ningún acreedor posterior, real o personal; o quiere decir que la notificación del 1.490 afecta a todos ellos? Podrá argumentarse en pro o en contra, pero lo que no podrá mantenerse con solidez y equidad es que unos sean notificados y los otros no.

<sup>1)</sup> El párrafo segundo de esta regla no introduce novedad, pues no

hace más que reproducir lo que dice el artículo 133 de la Ley Hipotecaria en su párrafo segundo.

Pero el párrafo tercero de esta regla segunda del artículo 175 sí que contiene ya una trascendente novedad. Por la referencia que hace al artículo 233 del Reglamento Hipotecario y por su indiscutible concordancia con el artículo 143 de igual Reglamento, su importancia es enorme. Es más, como consecuencia de esa referencia y concordancia, la regla segunda del 175 no puede ser interpretada con independencia de la regla 17 del artículo 131 de la Ley Hipotecaria, y ha de reputarse alcanzada por la referencia del último párrafo del artículo 38 de la Ley Hipotecaria:

Como resultado de toda esta concordancia de preceptos se tiene que el párrafo tercero, a que nos estamos refiriendo, establece una diferencia de trato entre los asientos no preferentes al del actor, pero anteriores a la nota marginal de haber expedido la certificación de cargas y entre los asientos posteriores a esta nota. La diferencia de trato estriba en que por consecuencia de lo que dispone el artículo 233 del Reglamento Hipotecario, los Jueces, en el mandamiento cancelatorio, han de señalar con pelos y señales los asientos anteriores a la nota, sin que proceda una cancelación con fórmula genérica, y en cambio, para los asientos posteriores, basta la cancelación genérica, aun tratándose de una inscripción de dominio. ¿Por qué esta diferencia de trato?

La razón se halla única y exclusivamente en el conocimiento del procedimiento. Los titulares de asientos posteriores conocen la existencia de la vía de apremio, porque la nota marginal, acreditativa del período de apremio hace, según el parecer de la doctrina y de la jurisprudencia, la función notificadora. En cambio, los titulares de asientos anteriores a la misma conocerán la existencia del asiento garantizador, es decir, de la anotación de embargo; pero lo que no conocen si no se les notifica es que el procedimiento ha seguido adelante y se ha entrado en la vía de apremio. El mismo artículo 143 del Reglamento, que es el introductor de esa nota marginal en los casos de ejecución a virtud de embargo, patentiza esta idea de la notificación, ya que taxativamente exige la citación para el tercer poseedor anterior a la nota.

Esa idea del conocimiento de la vía de apremio es aplicable también a las ejecuciones hipotecarias, pues los posteriores acreedores hipotecarios o anotantes lo que conocen es la existencia del asiento.

garantizadora o hipoteca, pero no pueden saber si no se les notifica la existencia del período ejecutivo. Esto patentiza la analogía entre hipoteca y anotación de embargo. Obsérvese cómo en lo genético y en los fines existe un gran parecido entre un embargo anotado y una hipoteca: crédito, garantía y publicidad registral; y si la obligación garantida no se cumple, ejecución de la garantía con detracción en el valor en venta. Los procesos judicial sumario y extrajudicial equivalen a la vía de apremio del ordinario ejecutivo, y, consiguientemente, la sección primera del final llamado juicio ejecutivo equivale a la declaración del derecho a ejecutar o fuerza ejecutiva del derecho anotado, declaración que la lleva implícita la hipoteca. En el ejecutivo ordinario, su primera fase tiende a la declaración del derecho y a la constitución de garantía, que es lo que acontece con la escritura de préstamo con garantía hipotecaria, en la que se declara el crédito y se acuerda la garantía hipotecaria.

Cuando se práctica u obtiene una inscripción o anotación posterior a una inscripción de hipoteca o a una anotación de embargo, el peligro para estos posteriores inscribientes o anotantes no está en la prelación de los asientos anteriores; pues esta subordinación queda aceptada de derecho por ministerio de la Ley; y, desde luego, les es conocida. El verdadero peligro está al penetrar en el período de ejecución el derecho de tales asientos preferentes o anteriores, porque en ese período de ejecución es cuando entra en crisis la garantía, que en fin de cuentas consiste, más que en la misma cosa (finca o derecho gravado), en el *valor* de la cosa, y este valor alcanzará su justo límite cuando los interesados en defenderlo ejerciten la defensa. Entre muchos casos, conocemos uno muy reciente en que la finca embargada por crédito personal se remató en siete mil pesetas, y a los pocos días se gestionaba la venta sobre la base de SETENTA MIL PESETAS. De haber habido anotantes posteriores, se hubieran quedado sin cobrar.

El comentario hecho al artículo 1.490 de la Ley de Enjuiciamiento civil por la Redacción de la Revista de Legislación y Jurisprudencia en la edición de 1882, tomo tercero, páginas 444 y siguiente, dice así: «La razón de este precepto la hemos indicado ya. Una finca responde a la primera hipoteca constituida sobre ella por el valor de ésta. Cuando después se constituye alguna otra se hace en el supuesto de que la finca puede muy bien garantizar ambas obligaciones, porque su *valor* es bastante para cubrir el crédito. Llega el

caso de que la primera hipoteca va a satisfacerse. Sería fácil que el acreedor en cuyo beneficio está constituida tratara de que la finca se vendiese a *cualquier precio con tal de que el producto de la venta cubra su crédito*. Esto podrá perjudicar al segundo o tercer acreedor hipotecario, impidiendo que quedara en la venta un remanente o sobrante para atender el pago de sus créditos. *De ahí, pues, que se le dé intervención en el avalúo y en la subasta, a fin de evitar en uno y otra que la finca sea despreciada en interés del primer acreedor hipotecario para facilitar la venta.*

Esta misma razón, tan lógica, tan humana, tan plena de equidad y de sana justicia distributiva, es la que exige la notificación del proceso de ejecución o vía de apremio a los anotantes posteriores. Y legalmente nos lleva a esta exigencia la interpretación de este tercer párrafo de la regla segunda del 175, en concordancia con los artículos de la Ley y Reglamento a que se refiere el artículo 233 aludido por este párrafo. Conviene recordar a este propósito que el preámbulo del Real decreto de 20 de mayo de 1880 advertía que la interpretación de los artículos de la Ley no pueden hacerse aisladamente, sino en su relación con los demás artículos con los que temga concordancia más o menos directa.

El párrafo tercero, a que nos estamos refiriendo, exige que el mandamiento cancelatorio determine las circunstancias prevenidas en el artículo 233 del Reglamento Hipotecario. Este artículo 233 está consagrado al desenvolvimiento del procedimiento judicial sumario, y concretamente al de la regla 17 del artículo 131 de la Ley Hipotecaria. Exige que las inscripciones y anotaciones anteriores a la nota marginal se canceleñ *nominatim*, esto es, con referencia expresa al número o letra, folio y tomo donde conste, sin que sea suficiente ordenar que se cancelen todas las posteriores a la hipoteca del actor; en nuestro caso, todas las posteriores a la anotación correspondiente. ¿Pero qué artículo es el que ha ordenado que en el procedimiento ejecutivo ordinario se ponga una nota marginal acreditativa de la certificación y de la vía de apremio? Es el artículo 143 del Reglamento Hipotecario; pero lo hace contemplando la existencia de un tercero poseedor y no a los anotantes posteriores. ¿Quiere esto decir que cuando no hay tercero poseedor ya no se pone la nota? Evidentemente, no, porque entonces no podría cumplirse lo que exige el artículo 233 del Reglamento ni consiguentemente el párrafo tercero de la regla segunda del 175.

He aquí cómo el artículo 143 del Reglamento Hipotecario, sin estar aludido por la regla segunda del 175, está sin embargo en íntima relación con él.

Y cuál es la finalidad perseguida por este artículo 143 reglamentario? El que el tercer poseedor incluido en la certificación, es decir, anterior a la nota, sea citado (dice el Reglamento, aunque más bien debiera decir notificado), para que, conociendo la existencia de la vía de apremio, se subrogue en los derechos del ejecutante, intervenga en la subasta o haga lo que su interés le aconseje; es decir, que defienda su derecho en la cosa. La adaptación a nuestro caso de ejecución, con posteriores anotantes, ha de ser, por consiguiente, la de que esos posteriores anotantes sean notificados del procedimiento para que hagan, según su voluntad, la defensa o no de su derecho, haciendo que la finca o derecho se venda por su justo valor.

De aquí el que el cumplimiento de ese requisito de la notificación quede sometido a la calificación registral y que como una circunstancia natural en el procedimiento se tenga que hacer constar también en el asiento cancelatorio. El artículo 193 del Reglamento Hipotecario dice que se exprese la causa o razón de la cancelación, que en nuestro caso, y a tenor del número segundo del artículo 206 del Reglamento y del mismo artículo 175, tan repetido, es no el simple hecho de la enajenación o adjudicación de la finca o derecho embargado, sino el que su valor en venta no ha sido suficiente para cubrir el crédito del ejecutante o que el sobrante se consignó. Y este valor no tendrá la verdadera categoría de valor *justo*, sino cuando los posteriores anotantes hayan hecho uso de la defensa del mismo o hayan renunciado a esa defensa del valor. Y esto es lo que rigurosamente exige la regla 17 del artículo 131 de la Ley Hipotecaria; exigencia que debemos, Jueces y Registradores, tener presente, ya que el 233 del Reglamento está destinado inmediata y directamente a ese artículo legal, e indirecta y mediataamente a la regla segunda del artículo 175 del Reglamento Hipotecario.

Y para no dejar incompleta nuestra impresión respecto de la concordancia de artículos legales con el 175 reglamentario, hemos de decir que el último párrafo del artículo 38 de la Ley Hipotecaria, por referirse a las ejecuciones a virtud de anotación de embargo y estar desenclavado por el 143 del Reglamento Hipotecario, que tan directa relación tiene con el 175, es también un artículo de la Ley en concordancia con el que comienzamos:

Pero no acaba con lo dicho la reforma de este artículo 175 y las argumentaciones en pro de la exigibilidad de las notificaciones, a terceros o posteriores anotantes.

El último párrafo se refiere a la cancelación de anotaciones ordenadas por Juez distinto del que despacha la ejecución. Antes, el Juez de la ejecución exhortaba al que ordenó la anotación interesándole la cancelación y haciéndole saber el resultado o precio de subasta. Ahora es el mismo Juez que despacha la ejecución el que ordena la cancelación de esas anotaciones ordenadas por otros Jueces, pero haciendo constar en el mandamiento que exhortó a aquéllos y les comunicó el resultado de la subasta. ¿Para qué ese exhorto? ¿Cuál es la finalidad de tal exhorto?

Pues no es más que el de hacer saber a los Jueces que decretaron las anotaciones que los favorecidos por ellas ningún derecho tienen ya en la finca o derecho embargado, y, por consiguiente, que no admitan de ellos ningún escrito pretendiendo la ejecución. Véase cómo esta medida es una notificación *a posteriori* y además contradictoria de la primera resolución judicial admitiendo y reconociendo un derecho, y una y otra cosa son posturas antijurídicas, por contrarias, a las más elementales reglas de la Justicia.

Esas anotaciones de embargo, ¿no implican una garantía de derecho a la vez que un derecho garantizado? Las anotaciones de embargo, ¿no llevan, como las hipotecas, un *jus distrahendi*? ¿No existe una regla de Derecho que dice que las resoluciones judiciales dictadas en un pleito no perjudican a quien no intervino en él?

Verdad es que los anotantes posteriores *no son parte* en el procedimiento, pero no es menos cierto que tienen un interés indiscutible y legal. Véase el criterio reglamentario expuesto claramente en el artículo 225, que no debe de quedar excluido de una tendencia unificadora.

#### ARGUMENTACIONES EN PRO DE LA EXIGIBILIDAD DE LA NOTIFICACIÓN

Son muchas las que nuestro pensamiento encontró, y de ellas recordamos las siguientes:

1.º La legislación hipotecaria vigente ha equiparado a los efectos de ejecución las hipotecas y los embargos; y donde hay una misma razón no cabe dar tratos diferentes.

2.<sup>a</sup> La regla segunda del artículo 175 del Reglamento Hipotecario, en su primer párrafo, sólo exige que el mandamiento cancelatorio consigne el resultado del precio. La medida se establece para toda ejecución, ya que no distingue entre acción real y personal. Con ello, queda corroborada la igualdad de trato, a que se alude en el número anterior.

3.<sup>a</sup> El silencio respecto a la notificación a posteriores inscribientes y anotantes no quiere decir que ella no sea exigible, sino todo lo contrario, ya que respecto a los segundos o posteriores acreedores hipotecarios es preceptiva en los casos de ejecución real hipotecaria, por ordenarlo el artículo 1.490 de la Ley de Enjuiciamiento civil, y para esos mismos segundos acreedores hipotecarios en los casos de ejecución por acción personal, y para todos los posteriores inscribientes o anotantes, tanto en las ejecuciones reales o personales, será también necesaria, a virtud del artículo 233 del Reglamento Hipotecario y de su precedente legal, o regla 17 del artículo 131 de la Ley Hipotecaria.

4.<sup>a</sup> El fundamento racional de la notificación a posteriores acreedores hipotecarios está en la necesidad de defender el valor de la finca o de revalorizarla, y ese interés también lo tienen los anotantes.

5.<sup>a</sup> Antes de 1947 la cancelación de anotaciones posteriores se hacía genéricamente, y ahora se ha de distinguir entre anotaciones anteriores y posteriores a la nota marginal, y aquéllas requieren no ya una cancelación genérica, sino individual o nominativa, lo que quiere decir que en relación a la legislación antecedente han subido de rango o consideración, y sólo quedan equiparadas a las de la antigua norma las anotaciones posteriores a la nota.

6.<sup>a</sup> Una cosa es la advertencia y publicidad del asiento garantizador y otra la ejecución de la garantía. La existencia de una hipoteca o de una anotación de embargo la conocen los inscribientes o anotantes posteriores por la publicidad registral, pero la ejecución de la finca, como consecuencia de aquella hipoteca o embargo, sólo puede ser conocida por la notificación individual o por la genérica de la nota marginal (éste sólo para los que acudieron al Registro después de extendida).

7.<sup>a</sup> Las notificaciones a posteriores anotantes se hace más inexcusable si se piensa que ella es una advertencia a los mismos para que busquen en su caso otra garantía y no estén confiados en que ningún perjuicio les puede venir.

8.<sup>a</sup> Si a los Jueces se les exhorta para que *sepan* que la garantía que ellos decretaron ya no existe, ¿por qué no hacerlo saber a las personas interesadas en ella para que tomen las medidas cautelares procedentes? Las leyes procesales, ¿no son en sí una garantía?

9.<sup>a</sup> El derecho de los anotantes posteriores está declarado en el artículo 71 de la Ley Hipotecaria, en que advierte que los actos dispositivos del dueño de la finca se entienden sin perjuicio del derecho del anotante. De aquí se ha de inferir que en el caso de un tercer poseedor, al que se ha de citar, según el artículo 126 de la Ley y 143 del Reglamento, como quiera que el derecho de éste es sin perjuicio de las anotaciones anteriores, se tendrá que citar también o notificar, mejor dicho, a esos anotantes anteriores al tercer poseedor en el caso de abandono para que no queden perjudicados en sus derechos, o quedarán subsistentes, en su caso.

10. El artículo 98 de la Ley Hipotecaria reconoce a los embargos anotados la categoría de gravamen de la finca o derecho y una finalidad de garantía, con lo que se tiene otra semejanza entre hipoteca y embargo anotado. No en balde los antiguos llamaron a los embargos hipotecas judiciales, y ya parece que vuelve a tomar fuerza en nuestros días esa idea de hipoteca judicial.

11. Algunos autores, y Roca Sastre entre ellos, son partidarios de que la novedad del último párrafo de la regla segunda del artículo 175 del Reglamento Hipotecario, relativa a cancelar las anotaciones ordenadas por Juez distinto del de la ejecución, debe ser aplicable también al proceso judicial sumario (tomo IV, página 823, edición 1948). ¿Por qué no seguir igual criterio de aplicar lo beneficioso del sumario al juicio ordinario?

12. La notificación a posteriores anotantes no viola ningún precepto ni perjudica a nadie, y, sin embargo, proporciona claridad y ventajas. Es el criterio del artículo 225 del Reglamento.

13. Consultado el pensamiento jurídico del Reglamento a uno de los vocales de la Comisión, no dudó en afirmar la exigibilidad de la notificación a los posteriores anotantes (anteriores, naturalmente, a la extensión de la citada nota marginal); y

14. Si efectivamente tienen valor aquellas máximas de que en la duda prevalece la equidad (*aequitas in dubito praevalet*) y de que en donde existe la misma razón debe darse la misma disposición jurídica (*ubi est eadem ratio ibi eadem dispositio juris esse debet*), no cabe duda ninguna de que los anotantes han de ser notificados en

las ejecuciones seguidas conforme a las normas del procedimiento ejecutivo ordinario.

#### C O N C L U S I Ó N

La notificación y la cancelación constituyen un maridaje indisoluble en el sistema registral español. No cabe divorcio bajo ningún pretexto. Prueba de esos maridajes la dan el artículo 1.490 y el 1.518 de la Ley de Enjuiciamiento civil, y las reglas 5.<sup>a</sup> y 17 del artículo 131 de la Ley Hipotecaria.

Pero no obstante, sería conveniente, en beneficio de todos, de los anotantes posteriores y de Abogados, Jueces y Registradores, que el tercer párrafo de la regla segunda del artículo 175 del Reglamento Hipotecario se redactara en un futuro próximo por la disposición equivalente a aquella Real orden de 10 de diciembre de 1883, en los siguientes términos: «El mandamiento cancelatorio determinará las circunstancias prevenidas en la regla 17 del artículo 131 de la Ley y 233 de este Reglamento.»

RAFAEL RAMOS FOLQUÉS  
Registrador de la Propiedad

PI

Interpretac

1.279 y

La recta interpre  
de las mayores difici

No habría esa difi  
pues aquél sería la i  
establecería el sistem  
tos, y el último, el f  
comprendidos en el a  
ducirían efecto algun  
más contratos, los no  
tos especiales, produ  
de los contratantes e

Pero el artículo 1.  
ley exige el otorga  
pecial para hacer efect  
los contratantes podrá  
forma desde que hubie  
quisitos necesarios par  
resados pueden compel

# Interpretación de los artículos 1.278, 1.279 y 1.280 del Código civil

*A don Fernando García Mauriño  
y Longoria, Notario de Vinaroz, y  
a don Ignacio de Prada y Gutiérrez,  
Notario de Benicarló, modelos de  
amigos y de compañeros.*

## PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

La recta interpretación de estos artículos es seguramente una de las mayores dificultades que presenta nuestro Derecho positivo.

No habría esa dificultad si sólo existieran el primero y el último, pues aquél sería la regla general, y éste la excepción. El primero establecería el sistema espiritualista para la mayoría de los contratos, y el último, el formalista para algunos de ellos. Los contratos comprendidos en el artículo 1.280 no existirían, ni, por tanto, producirían efecto alguno hasta el cumplimiento de la forma. Los demás contratos, los no incluidos en el artículo 1.280 u otros preceptos especiales, producirían plenos efectos desde el consentimiento de los contratantes en cualquier forma prestado.

Pero el artículo 1.279 complica el problema, diciendo que «si la ley exigiere el otorgamiento de escritura pública u otra forma especial para hacer efectivas las obligaciones propias de un contrato, los contratantes podrán compelirse recíprocamente a llenar aquella forma desde que hubiese intervenido el consentimiento y demás requisitos necesarios para su validez». Si en estos contratos los interesados pueden compelirse recíprocamente a llenar la forma desde el

momento en que ha concurrido el consentimiento, ese consentimiento ya produce un efecto, el de llenar la forma, en lo que va implícito el cumplimiento total del contrato, lo cual es dar existencia y efectos a esa clase de contratos de una forma indirecta.

Los expositores han sostenido dos criterios de interpretación. Uno, fundado en el sentido literal del artículo 1.279, y otro, que prescinde de los artículos 1.279 y 1.280 y se fija sólo en el 1.278.

Según el primero, los contratos formales —los del artículo 1.280— no existen hasta el cumplimiento de la forma. Sin ella el consentimiento de los interesados no produce más efecto que el de poderse compelir recíprocamente a llenar la forma, y desde el momento en que ésta se cumple se producen todos los demás efectos de estos contratos. Esta interpretación tiene el inconveniente de que se puede dar el caso, y se daría frecuentemente, de que hubiese que seguir dos pleitos para un mismo asunto. En el primero, los Tribunales condenarían sólo al cumplimiento de la forma, y en el segundo, a todos los restantes efectos del contrato.

Esta fué la primitiva interpretación del Tribunal Supremo y de algunos expositores antiguos. Pero el Tribunal Supremo pronto cambió de opinión, y los expositores posteriores se orientaron en un criterio más práctico. Efectivamente, si los preceptos de los artículos 1.279 y 1.280 sólo sirven para qué haya que seguir dos pleitos por un mismo contrato, para muy poco servirían y es lógico rechazar esa interpretación.

La segunda interpretación prescinde del sentido literal de los artículos 1.279 y 1.280, y se atiene sólo al artículo 1.278. Según esta interpretación los contratos producen plenos efectos desde el momento en que se presta el consentimiento sin necesidad de cumplirse el requisito de la forma especial impuesta por el artículo 1.280, y los artículos 1.279 y 1.280 sólo establecen una facultad a favor de los contratantes para poder compelirse recíprocamente a llenar la forma, sin que por ésta se produzcan otros efectos sustantivos que los ya producidos por el consentimiento.

Esta interpretación tiene el inconveniente de que prescinde del sentido literal de esos artículos y les hace decir algo muy distinto de lo que realmente dicen.

Por la importancia práctica de este problema haremos una exposición detallada de la opinión de los autores, que acabamos de resumir, así como de la jurisprudencia del Tribunal Supremo.

## LAS OPINIONES DE LOS AUTORES

MUCIUS SCAEVOLA, comentando el artículo 1.279 del Código civil, dice: «El contrato existe sin la concurrencia de la forma solemne; el contrato liga la voluntad, pero las obligaciones dimanantes del mismo no podrán hacerse efectivas si no las precede la solemnidad del título... Si las partes no ejecutan de mutua conformidad el contrato y alguna de ellas rehuye cumplirlo, entonces la acción útil para recabar dicha ejecución habrá de ser precedida de otra acción, encaminada a que el Tribunal compela al rebelde a la elevación a escritura pública y, caso de no acatarse el fallo, la otorgue el Juzgado en nombre de aquél. Tal fué, en nuestro sentir, el propósito del legislador, y tal es el alcance del artículo 1.279» (1).

Esta fué la doctrina del Tribunal Supremo en Sentencia de 17 de abril de 1897, que dice: «Desde el instante en que cualquiera de los contratantes invoca dichas prescripciones, es evidente que, según ellas, debe preceder el otorgamiento de la escritura pública a la prestación de las demás obligaciones derivadas del contrato.» Pero cambió de doctrina en las Sentencias de 3 de mayo de 1879, 4 de julio de 1899 y todas las sucesivas.

SÁNCHEZ ROMÁN se expresa en los siguientes términos: «No obstante lo preceptivo de las primeras palabras del artículo 1.280, *deberán constar*, este artículo ha de entenderse en relación con el 1.278 que unidos al 1.279 constituyen *el sistema de contratación* adoptado por el Código, y según el último de los cuales si la ley exigiese el otorgamiento de escritura pública u otra forma especial...: lo cual significa que, no obstante la necesidad de aquella forma de *documento público* para los contratos que enumera el artículo 1.280..., la *perfección* del contrato no depende del cumplimiento de esas formas exigidas como especiales por el artículo 1.280» (2).

MANRESA, comentando los artículos 1.278 y 1.279, dice: «Francia y resueltamente espiritualista es el sistema del Código, y reproduciendo en lo esencial el criterio que ya triunfara en el Ordenamiento de Alcalá, hace depender la eficacia obligatoria del con-

(1) «Comentarios al Código civil», tomo XX, pág. 804 y ss.

(2) «Derecho civil», tomo IV, pág. 1232.

trato del momento y requisito esencial en que efectivamente se basa, del consentimiento... El artículo 1.279 prevé el caso de que sea necesaria una forma especial para hacer efectivas las obligaciones, y faculta a las partes para que puedan exigir que se llene aquélla, no como requisito del contrato, sino como uno de tantos efectos que, para producirse, supone la existencia y eficacia del convenio anteriores a la forma e independientes de ella» (3).

VALVERDE (4) se limita a sintetizar las declaraciones de la jurisprudencia.

DE DIEGO opina de la siguiente forma: «Trata el Código de conciliar la teoría con la práctica, y así, si en el primero de los artículos trascritos —el 1.278— admite la eficacia del contrato cuando éste reúne los requisitos esenciales indicados, cualquiera que sea su forma, en el segundo tan sólo otorga a los contratantes derecho recíproco de compelérse a llenar la forma establecida por la ley, lo cual, como acabamos de decir, es un modo ingenioso de dar eficacia a los dos principios de la suficiencia del consentimiento y de la necesidad de la forma. Este modo de conciliar tiene algo de contradictorio, porque de un lado niega efecto obligatorio al contrato mismo, pero de otro lado le afirma, pues las partes pueden compelérse a llenar la forma requerida (lo cual es, en verdad, ya un efecto obligatorio), y no deja de tener inconvenientes prácticos, pues, en ocasiones, obligará a seguir dos pleitos: uno para que el contrato se haga constar en la forma legal y otro para exigir su cumplimiento» (5).

Para PUIG PEÑA el criterio espiritualista adoptado por el Tribunal Supremo, «si bien pudiera estar en discordancia con el espíritu del legislador cuando escribió los artículos 1.279 y 1.280; es, no obstante, más certero, pues está más acorde con el sistema tradicional del consentimiento» (6).

PÉREZ y ALGUER, después de rechazar los supuestos de que la validez o la eficacia de los contratos dependan de la forma, y después de extractar la jurisprudencia del Tribunal Supremo, añaden: «Todo esto no quiere decir, sin embargo, que la exigencia de la forma que literalmente representan los artículos 1.279 y 1.280

(3) «Comentarios al Código civil», tomo VIII, pág. 655 y ss.

(4) «Tratado de Derecho civil», tomo III, pág. 271.

(5) «Instituciones de Derecho civil español», tomo II, pág. 85.

(6) «Tratado de Derecho civil español», tomo IV, vol. II, pág. 38.

deje de ser en absoluto una exigencia legal, ni menos que tales preceptos carezcan de sentido; antes bien, si el artículo 1.280 es examinado en relación con otros preceptos legales, se comprende su exigencia, aunque no afecte al vínculo de las partes, ni, por consecuencia, a la obligación considerada estrictamente como relación entre las partes, afecta, sí, a otras consecuencias que el desarrollo de las obligaciones puede tener en el orden jurídico, ya a los efectos del Registro de la Propiedad (por ejemplo, art. 1.280, núm. 1.<sup>º</sup> del Código civil, y artículos 1.<sup>º</sup>, 2.<sup>º</sup> y 3.<sup>º</sup> de la Ley Hipotecaria), ya a efectos contra terceros (art. 1.280, núms. 2.<sup>º</sup>, 3.<sup>º</sup> y 5.<sup>º</sup> en relación con los artículos 1.218 y 1.219), ya para garantizar su constancia (cfr. art. 1.280 *in fine* en relación con el art. 1.248, y Sentencias de 18 de junio de 1902 y 6 de febrero de 1906), ya para su mayor autenticidad (Sentencia de 21 de diciembre de 1925), etc.» (7).

Para ROCA SASTRE «en los casos previstos en el artículo 1.280, las partes tienen la facultad *a posteriori*, o sea después de haber concluído el negocio, de exigir a la otra que se haga constar en escritura pública o privada; y esto, para los efectos que estimen procedentes, bien sea a efectos de inscripción (art. 3 de la Ley Hipotecaria), bien para tener la mejor prueba que implica un documento, sobre todo si es público (art. 1.218); bien para poder afectar a terceros (art. 1.526), ya, en general, para mejor seguridad, constancia y precisión, etc., etc.». «La ley no impone necesariamente la forma pública o privada escrita ni *ad solemnitatem* ni *ad probatum*, sino simplemente establece una lista de casos en que los contratantes estarán facultados para compelirse a llenar esa forma, si por las ventajas que ésta proporciona lo estiman conveniente» (8).

CASTÁN, después de decir que el sentido del Código tal vez sea como le interpreta MUCIUS SCAEVOLA, añade: «Mas este sistema que obligaría a seguir dos pleitos, uno para exigir la forma y otro para reclamar el cumplimiento del contrato, sería muy embarazoso en la práctica. Quizá por ello el Tribunal Supremo ha dado al Código una interpretación más amplia y espiritualista, anulando casi la exigencia de la forma.» Expone a continuación las que parecen ser conclusiones de la jurisprudencia, «aunque ésta no sea muy clara

(7) «Derecho de Obligaciones», de ENNECERUS-LEHMANN, II-1, página 150 y ss.

(8) «Estudios de Derecho Privado», tomo I, pág. 107 y ss. . . .

y uniforme sobre el particular ; y, en síntesis, concluye que «el artículo 1.280 no modifica el precepto del artículo 1.278, ni tiene otro alcance, conforme al 1.279, que el de que pueda cualquiera de las partes imponer a la otra su cumplimiento, pidiendo la elevación del contrato a escritura pública». Despues, en aquellos casos en que el Código exige la escritura pública por preceptos distintos del artículo 1.280, como sucede en la donación de inmuebles, censo enfitéutico, hipoteca, capitulaciones matrimoniales y sociedad en que se aportan los bienes inmuebles, siguiendo a MORELL Y TERRY, cree que hay una excepción de lo que dispone el artículo 1.279 ; aunque entiende que quizá es demasiado general la opinión anterior, pues, respecto al contrato de sociedad, el Tribunal Supremo ha declarado que produce efecto entre los contratantes, aun cuando se aporten bienes inmuebles y no se haya otorgado escritura pública (9).

Como puede observarse, la duda y la inseguridad es la única norma fija de nuestro Derecho civil en cuanto a la forma de los contratos, donde precisamente debería haber mayor fijeza y seguridad, para que todo el mundo pudiera calcular de antemano las consecuencias legales de sus actos. No es de extrañar que se hayan producido sobre esta materia tantísimos litigios.

#### JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO (10)

El Tribunal Supremo mantiene, por regla general, el principio espiritualista del Ordenamiento de Alcalá, pero, dentro de este sistema, hay Sentencias que sostienen ese principio de forma absoluta y otras con ciertas restricciones ; y, como las hay de carácter formalista respecto a algunos contratos, para su estudio las dividiremos en tres clases :

- 1.<sup>a</sup> Sentencias que mantienen el sistema espiritualista en forma absoluta.
- 2.<sup>a</sup> Sentencias de carácter formalista.
- 3.<sup>a</sup> Sentencias de sentido ecléctico

(9) «Derecho civil español», séptima edición, tomo III, pág. 354 y ss.

(10) Para el estudio de la jurisprudencia del Tribunal Supremo nos hemos servido preferentemente de la obra de RODRÍGUEZ NAVARRO : «Doctrina civil del Tribunal Supremo», tomo III, pág. 4.304 y ss.

## SENTENCIAS DEL SISTEMA ESPIRITUALISTA ABSOLUTO

Hay en este sentido abundantísima jurisprudencia, por lo que sólo extractaremos algunas de las más significativas:

Sentencia de 18-I-1904: Según la jurisprudencia del Tribunal Supremo, si bien la circunstancia de no haberse consignado en escritura pública los contratos sobre creación o extinción de derechos reales da acción a las partes para poder pedir, en su caso, el cumplimiento de aquel requisito, *no por eso desvirtúa en lo más mínimo el fundamento del contrato.*

Sentencia de 20-X-1908: Según reiteradamente tiene declarado el Tribunal Supremo, comprobada la existencia de un contrato, el que no se haya consignado en escritura pública no obsta para su validez, *no siendo aquella forma extrínseca sino un medio coercitivo concedido a los contratantes para compelirse recíprocamente a cumplir aquella solemnidad.*

Sentencia de 13-I-1904: Las prescripciones de los artículos 1.280 y 1.279 *no desvirtúan absolutamente en nada la del artículo 1.278.*

Sentencia de 1-VII-1901: Lo preceptuado en el artículo 1.279 *no desvirtúa en nada la fuerza obligatoria de los contratos que las partes celebren, cualquiera que sea la forma en que lo hagan, ni su plena eficacia cuando los cumplimentan aun antes de elevarlos a escritura pública aquellos para los que la Ley exige este requisito.*

Sentencia de 23-II-1926: *La exigencia del artículo 1.280 para que se hagan constar en documento público o privado determinados actos o contratos no tiene otro alcance,* según constante jurisprudencia del Tribunal Supremo, *que el de poderse compelir los contratantes a que se consignen por escrito en la forma que el mismo expresa.*

Sentencia de 12-VII-1904: Según tiene declarado con repetición el Tribunal Supremo, el artículo 1.280 del Código civil no tiene el alcance de impedir que un tercerista pruebe el dominio sobre bienes inmuebles por título privado, pues de conformidad con lo dispuesto en el artículo 1.278 *todos los contratos,* cuando reúnen las condiciones de validez a que se refiere el artículo 1.261, *producen completo efecto entre los contratantes,* sin perjuicio del derecho de éstos para solicitar y obtener que se eleven a escritura pública, a tenor del 1.279, no pudiendo servir la falta de este requisito a ninguno

de aquéllos, *y menos a un tercero*, para negar la existencia o realidad del contrato cuando ésta consta justificada por elementos de prueba admisibles en Derecho.

Sentencia de 17-X-1898: La exigencia de escritura pública para los contratos sobre bienes inmuebles *no implica la nulidad de esta clase de contratos*: cuando se consignan en documentos privados, *que son, consiguientemente, verdaderos títulos para poder prescribir con ellos.*

Sentencia de 11-III-1932: El artículo 1.279 consigna una facultad a favor de los contratantes, *y no una obligación*, y el alcance del artículo 1.280 no es otro, conforme al 1.279, que el de poderse compelir a elevar el contrato a escritura pública. Tiene idéntico contenido, entre otras, la de 3-VII-1943.

Sentencia de 11-X-1913: Con relación a los arrendamientos de más de seis años, dice que en toda clase de convenciones, *únicamente a los otorgantes les es dable, para enervar la mayor o menor eficacia de los contratos, excepcionar inobservancia de solemnidades*, y por ello los que no intervinieron en uno de arrendamiento formalizado por documento privado no pueden invocar lo establecido en los artículos 1.280, núm. 2.<sup>º</sup>, y 1.227.

Sentencia de 29-XI-1950: Con referencia al último párrafo del artículo 1.280, dice que dicho artículo *otorga una facultad, pero no impone una obligación*, lo que corrobora la tesis de que el párrafo alegado del artículo 1.280 *no contiene una condición esencial para la validez de los contratos*.

#### SENTENCIAS DE CARÁCTER FORMALISTA

Sólo excepcionalmente mantiene el Tribunal Supremo el principio formalista. Se limita a exigir escritura pública en la donación de inmuebles, en las capitulaciones matrimoniales, en el contrato de compromiso en árbitros o amigables componedores, en la hipoteca y en los censos y foros.

Sentencia de 21-VI-1932: A pesar del sistema espiritualista que nuestro Código civil acoge en su artículo 1.278 siguiendo la norma trazada por el Ordénamiento de Alcalá y la Novísima Recopilación, aquellos preceptos, que constituyen la regla general en la materia, tienen en el propio Código sus excepciones, *exigiendo, no como for-*

ma especial, sino para la validez de ciertos contratos, como requisito necesario, el que se haga constar en escritura pública, tal como sucede; entre otras, primordialmente, con la donación de cosa inmueble, conforme al artículo 633.

Sentencia de 10-VI-1912: Las capitulaciones matrimoniales revisten tal importancia que para que sean válidas es inexcusable, como excepción al principio general del artículo 1.278 del Código civil, el otorgamiento de escritura pública, única forma especial requerida por el artículo 1.321, en relación con el 1.280, en su número 3.<sup>º</sup>

Sentencia de 12-I-1943: La hipoteca, según el artículo 1875 del Código, es un derecho cuya inscripción tiene valor constitutivo, de tal modo que no queda constituida como tal y *erga omnes*, sino con la extensión que resulta registrada (11).

Sentencia de 18-X-1913: Si bien las Leyes de Partidas exigían el otorgamiento de escritura pública para la constitución del censo en fitéutico, cuyo requisito es igualmente obligatorio para las demás clases de censos; ni tales leyes ni ninguna otra posterior contiene disposición alguna acerca de la manera de probar el ya de tal forma constituido.

Sentencia de 18-II-1896: Según doctrina sentada por el Tribunal Supremo, en el caso de que la constitución de un censo no se verifique por escritura pública, es ineficaz y no produce efecto legal la prueba encaminada a demostrar por otros medios su existencia.

Sentencia de 9-XI-1897: Si bien la constitución de censos y foros debe constar por escritura pública, la subsistencia de tales derechos puede justificarse por otros medios de prueba.

Sentencia de 8-V-1920: Sobre la base de que fué un compromiso el convenio privado motivo del pleito y del recurso, y preceptuado por los artículos de la Ley Rituaria que se supone indebidamente aplicados, que aquél ha de formalizarse necesariamente en escritura pública, siendo nulo en cualquier otra forma que se contrajese.

#### SENTENCIAS DE SENTIDO ECLÉCTICO

Sentencia de 4-VII-1899: Los contratos son obligatorios, sea cualquiera la forma en que se hayan celebrado, si en ellos concurren las

(11) Citada por CASTÁN: «Derecho civil español», séptima edición, tomo II, pág. 691, nota segunda.

condiciones esenciales para su validez, siguiéndose de este principio qué *de la validez depende exclusivamente la eficacia de los contratos entre las partes contratantes y no de las formas extrínsecas requeridas por la Ley para otros distintos efectos.*

Sentencia de 16-IV-1942 : *La falta de los requisitos formales que el Código de Comercio establece para el contrato de sociedad impide el reconocimiento de la personalidad jurídica social frente a terceros, pero por concurrir en el caso presente los requisitos esenciales de esta clase de contratos, el concertado entre los litigantes debe surtir efectos como sociedad irregular o de hecho.*

Sentencia de 29-V-1943 : *El requisito formal referente al otorgamiento de escritura pública del contrato de sociedad con aportación de inmuebles afecta a las relaciones externas de la Sociedad en que entra en juego el concepto de tercero, pero no las relaciones internas, para las cuales el compromiso adquirido es válido y eficaz, cualquiera que sea la forma en que se hubiere contraído.*

Sentencia de 19-X-1901 : *Los contratos son obligatorios, y por lo mismo eficaces para las partes contratantes, que pueden exigirse recíprocamente su cumplimiento, cualquiera que sea la forma en que se hayan celebrado, pudiendo los contratantes compelese al otorgamiento de escritura pública u otra forma especial cuando tales formas sean precisas para que el contrato produzca la plenitud de efectos que, dado su objeto, esté llamado a producir.*

Sentencia de 6-II-1928 : Declarando como hecho probado la Sentencia recurrida que el documento privado de autos es expresivo de un contrato de mandato, *aun careciendo de las garantías externas para llevar a efecto transacciones en pleito, ello no impide que surta efecto jurídico entre las partes contratantes.*

Sentencia de 21-XII-1925 : La formalidad escrituraria para la transmisión de bienes raíces y Derechos reales impuestos sobre los mismos, qué requiere el número 1.<sup>º</sup> del artículo 1.280 del Código civil, en nada varía la naturaleza de esta clase de contratos, que, como relación contractual que es, reside en la voluntad y no en la forma, si bien necesitan revestirse de aquella solemnidad para hacer efectivas las obligaciones propias de los mismos.

Sentencia de 27-V-1915 : El convenio entre la viuda y los herederos encargando a tercera personas la liquidación de la sociedad conyugal y partición de la herencia, y diferiendo lo que resolvieran, no es un compromiso para sujetar a amigables componedores puntos

litigiosos, sino convención obligatoria conforme al artículo 1.255 del Código civil (12).

Sentencia de 28-X-1921 y la de 14-III-1933: Para la validez del pacto de sumisión de los contratantes al laudo de amigables componedores no es necesario otorgar escritura pública ni ajustarse a las solemnidades de la Ley Procesal, las que sólo son exigibles llegado el caso de someter concretamente a los amigables componedores la cuestión litigiosa (13).

#### INTERPRETACIÓN DEL ARTÍCULO 1.279 DEL CÓDIGO CIVIL

Del conjunto de la doctrina y jurisprudencia estudiadas se deduce esta consecuencia: Que, con excepción de algunos casos concretos, rige en nuestro Derecho el principio espiritualista del Ordenamiento de Alcalá, recogido en el artículo 1.278 del Código civil. En lo que, al parecer, hay acuerdo unánime es en que el artículo 1.280 no tiene aplicación alguna, puesto que esos casos exceptuados del principio espiritualista lo son por aplicación de preceptos distintos del artículo citado. Parece extraño que un precepto tan terminante como el del artículo 1.280 se consignase en nuestro Código para que no tenga aplicación práctica alguna, prueba de la gran dificultad de conciliar esos tres artículos del Código civil.

Y, sin embargo, el significado de esos artículos (1278, 1.279 y 1.280) es, a nuestro modesto entender, bastante claro si se estudian con detenimiento, y creemos que es el siguiente: Todos los contratos son *obligatorios*, cualquiera que sea la forma en que se hayan celebrado, siempre que en ellos concurren el consentimiento, el objeto y la causa (arts. 1.278 y 1.261), y *obligan* a los contratantes y sus herederos (art. 1.257), no sólo al cumplimiento de lo expresamente pactado, sino también a todas las consecuencias que, según su naturaleza, sean conformes a la buena fe, al uso y a la ley (artículo 1.258). Pero determinados contratos, los del artículo 1.280 principalmente, no producen los efectos propios, típicos o especiales de esas clases de contratos hasta que se cumple el requisito de la forma.

(12) Citada por MEDINA Y MARAÑÓN: en «Leyes civiles de España», página 462.

(13) Citadas por MEDINA Y MARAÑÓN, en lug. cit.

impuuesto por la ley ; y para que se produzcan esos efectos propios, típicos o especiales de determinados contratos, los contratantes pueden compelirse recíprocamente a llenar la forma desde que hubiere intervenido el consentimiento, el objeto y la causa (art. 1.279). Es decir, los efectos no típicos o generales de esos contratos se producen sin el requisito de la forma especial, pero los efectos típicos de los mismos no se producen hasta el cumplimiento de la forma legalmente imperativa.

El artículo 1.279 del Código tiene un defecto de redacción de parecido alcance que el artículo 18 de la Ley Hipotecaria anterior, que decía : «Los Registradores calificarán... la validez de las obligaciones de las escrituras públicas...» Se cayó en la cuenta de que lo importante para el Registro de la Propiedad no es la validez de las obligaciones o efectos personales de los actos o contratos inscribibles, sino la validez de los actos de disposición sobre bienes inmuebles, y en la reforma de 30 de diciembre de 1944 dicho artículo se redactó así : «Los Registradores calificarán... la validez de los actos dispositivos contenidos en las escrituras públicas...»

De igual forma, el artículo 1.279 del Código civil ha debido redactarse así : Si la ley exigiere el otorgamiento de escritura pública u otra forma especial para producir los efectos propios de un contrato, los contratantes podrán compelirse recíprocamente a llenar aquella forma desde que hubiere intervenido el consentimiento y demás requisitos necesarios para su validez. Se han cambiado las palabras «para hacer efectivas las obligaciones propias de un contrato» por las palabras «para producir los efectos propios de un contrato». El artículo 1.279 quiere decir que para que se produzcan los efectos propios o típicos de un contrato es necesario llenar la forma legalmente requerida. En las palabras que emplea hay una imprecisión de idéntico alcance que la del artículo 18 de la Ley Hipotecaria anterior.

El artículo 1.279, en su redacción actual, dice que para hacer efectivas las obligaciones propias de determinados contratos los interesados pueden compelirse a llenar la forma legal. Luego hay obligaciones o efectos derivados de esos contratos que no se pueden hacer efectivos hasta el cumplimiento de esa forma. Por tanto, para saber los efectos de un contrato de esa clase que no se pueden hacer efectivos sin el cumplimiento de la forma legal, habrá que distinguir entre efectos propios o típicos de esas clases de contratos y efectos generales de los mismos. Para que se produzcan los primeros se

requiere el cumplimiento de la forma. Determinados los efectos propios o típicos de un contrato de forma especial, hemos determinado los efectos que no se producen sin el cumplimiento de dicha forma. Todos los demás efectos de esos contratos se producirán sin cumplir ese requisito de la forma especial.

#### CAUSA DE LA IMPRECISIÓN DEL CÓDIGO CIVIL

La causa de la imprecisión del Código, y tal vez de la desorientación de la doctrina y de la jurisprudencia, está en un equivocado concepto del contrato.

CASTÁN encuentra que hay dos concepciones del mismo, una que identifica el contrato con la convención o acto jurídico bilateral, y otra que «se caracteriza por establecer una separación precisa entre convención y contrato, considerando a aquélla el género y a éste la especie». Según esta concepción, «convención es todo acuerdo sobre un objeto de interés jurídico», y «contrato es exclusivamente el acuerdo dirigido a constituir una obligación patrimonial» (14).

Según esta concepción, el contrato tiene por único objeto crear, modificar o extinguir obligaciones. Este es el concepto que tiene nuestro Código civil, y así se deduce, entre otros, del artículo 1.254, que dice que «el contrato existe desde que una o varias personas consienten en obligarse respecto de otra u otras a dar alguna cosa o a prestar algún servicio». Como observa CASTÁN, «indirectamente se desprende de este texto que el Código acepta la construcción estricta u obligacionista del contrato» (15). De acuerdo con él, SÁNCHEZ ROMÁN lo define como «convención jurídica manifestada en forma legal por virtud de la cual una persona se obliga a favor de otra o varias entre sí al cumplimiento de una prestación de dar, hacer o no hacer» (16). Por tanto, según el concepto legal de contrato, éste tiene por único objeto crear, modificar o extinguir obligaciones.

Pero es fácil observar que mediante un contrato, el de sociedad, se crea una nueva personalidad jurídica: mediante un contrato, por sí sólo o complementado con la tradición o con la inscripción en él

(14) «Derecho civil», 1926, tomo I, pág. 408.

(15) «Derecho civil», séptima edición, tomo III, pág. 300.

(16) Citado por CASTÁN en «Derecho civil», séptima edición, tomo III, página 298.

Registro, se crean, modifican y extinguen derechos reales ; mediante un contrato, el de compromiso en árbitros o amigables componedores, se sustituye la Autoridad judicial y el procedimiento ordinario por jueces particulares y trámites libremente pactados ; mediante un contrato, el de capitulaciones matrimoniales, se establece el régimen patrimonial de bienes durante el matrimonio, etc. El fin u objeto de estos contratos no es crear, modificar o extinguir obligaciones, sino el producir unos efectos jurídicos de carácter patrimonial, pero no exclusiva ni principalmente de carácter obligatorio. Por ello entendemos que contrato es un acuerdo de dos o más personas, expresado en forma legal, que tiene por objeto producir un cambio jurídico en la situación patrimonial respectiva, bien sea de carácter obligacional o de otra clase.

Además, es evidente que los contratos producen obligaciones entre los contratantes, pero afectan también gravemente a los intereses de otras personas, es decir, de terceros. A nuestro acreedor no le es indiferente que tengamos créditos contra tercero o que tengamos sólo deudas, que seamos propietarios de valiosas fincas o que no tengamos finca alguna. Sus probabilidades y facilidades de cobro serán mayores cuanto más cuantioso sea nuestro patrimonio. Al que intenta arrendarnos una finca no le es indiferente que la tengamos o no arrendada previamente. A quien desea comprarnos alguna cosa no le puede ser indiferente que nos pertenezca a nosotros, o a un extraño, o que sea de la sociedad legal de gananciales, o que pertenezca privativamente al marido o a la mujer, o que sea de los hijos venideros. A la ley le interesa quitar equívocos para evitar litigios y posibles fraudes. Por su importancia, determinadas situaciones jurídicas deben aparecer clarísimas. La ley exige en ellas una forma especial para evitar dudas respecto de cuál es la verdadera situación jurídica. En qué ocasiones la ley ha querido que determinadas situaciones jurídicas estén perfectamente claras nos lo dicen los artículos 1.280 y otros del Código civil : cuando se creen, transmitan, modifiquen o extingan derechos reales sobre bienes inmuebles : determinados arrendamientos para que perjudiquen a tercero ; ciertos contratos que afectan al régimen matrimonial de bienes ; los referentes a derechos hereditarios o de la sociedad conyugal ; determinados poderes y algunos otros casos más. No se trata de que los contratos de esas clases no sean válidos si no tienen la forma requerida por la ley, puesto que el artículo 1.278 nos dice que los

contratos serán *obligatorios* cualquiera que sea la forma en que se hayan celebrado. Se trata *exclusivamente* de que *determinadas situaciones jurídicas nuevas* no se producen hasta el cumplimiento de la forma imperativamente requerida por la ley. Y esas situaciones jurídicas nuevas que no se producen hasta el cumplimiento de la forma legal son *las propias, las típicas, las especiales* de esas clases de contratos. Esto es lo que dice el artículo 1.279, aunque son una imprecisión técnica debida a un equivocado concepto del contrato.

«Si la ley exigiere el otorgamiento de escritura pública u otra forma especial *para hacer efectivas las obligaciones propias de un contrato...*», dice. Está bien claro el pensamiento del Código: de los contratos nacen obligaciones y sólo obligaciones. Esas obligaciones se producen por la concurrencia del consentimiento; pero *no se pueden hacer efectivas*, cuando sean *las propias* de un determinado contrato, sin llenar aquella forma.

Ahora bien, como hemos visto, los contratos no sólo producen obligaciones, sino otros muchos efectos, y *esos efectos*, sean o no obligacionales, no se pueden hacer *efectivos* hasta el cumplimiento de la forma. Eso de que haya *efectos* que no se pueden hacer *efectivos* es cuando menos una imperfecta expresión gramatical, puesto que si no se pueden hacer *efectivos* no son aún *efectos*. Al menos, si *esos efectos* no se pueden hacer *efectivos* es como si no se hubiesen producido. Por ello llegamos a la misma conclusión sacada anteriormente de que determinados efectos no se producen hasta el cumplimiento de la forma legal. ¿Y qué efectos son estos que *no* se producen hasta el cumplimiento de la forma especial? Nos lo dice también el artículo 1.279: *los propios* de un determinado contrato. Es decir, los típicos o especiales de esa clase de contratos. El problema consistirá en determinar cuáles son los efectos propios, típicos o especiales de un determinado contrato, y cuáles son los efectos generales del mismo contrato. Los primeros no se producirán hasta el cumplimiento de la forma imperativamente requerida por la ley. Todos los demás se producirán por la concurrencia del consentimiento, objeto y causa, sin necesidad de forma alguna especial.

Creemos que no será difícil determinar en cada clase de contratos cuáles son los efectos propios, típicos o especiales de los mismos, y cuáles los efectos generales de esos mismos contratos.

Basta, para determinar los primeros, con examinar en cada

caso las palabras de la ley o precepto legal que establezca la forma especial.

#### ALGUNAS APLICACIONES PRÁCTICAS DEL ARTÍCULO 1.279

La hipoteca, según los artículos 1.875 del Código civil y 145 de la Ley Hipotecaria, requiere para su existencia escritura pública e inscripción en el Registro, hasta el punto de que en tanto no se cumplan esos dos requisitos no hay hipoteca. Pero, ¿es que a un contrato privado de hipoteca no le serían aplicables los artículos 1.278 y 1.279 del Código civil? Una cosa es que no existe derecho real de hipoteca sin escritura pública e inscripción en el Registro, y otra muy distinta el que un contrato privado de constitución de hipoteca no sea válido como contrato obligacional y que los intercados no estén recíprocamente obligados a llenar la forma hasta que el derecho real de hipoteca quede legalmente constituido. Entendemos que el contrato en que se pacta una hipoteca es válido cualquiera que sea la forma en que se celebre y produce obligaciones personales entre los contratantes desde que concurre el consentimiento, pero el efecto típico de ese contrato, la existencia del derecho real de hipoteca, no se produce hasta el cumplimiento de la forma imperativamente exigida por la ley. Por tanto, el contrato privado de constitución de hipoteca es un contrato válido, pero no es el contrato propio de la constitución de hipoteca y no sirve para el fin principal propuesto por los interesados.

El artículo 1.667 del Código civil exige escritura pública en el contrato de sociedad cuando se aportan bienes inmuebles. Pero entendemos que en el contrato de sociedad hay, en forma similar a la hipoteca, dos cosas bien distintas: el contrato obligacional y el nacimiento de una nueva personalidad jurídica. El contrato de sociedad en que se aportan bienes inmuebles es válido y produce obligaciones entre los contratantes cualquiera que sea la forma en que se celebre, pero el efecto típico del contrato de sociedad, el nacimiento de una nueva personalidad jurídica, no se produce hasta el cumplimiento de la forma imperativamente requerida por el Código civil.

Esta doctrina es aún más clara en el Derecho mercantil. El artículo 6 de la Ley de Sociedades Anónimas exige escritura pública

e inscripción en el Registro Mercantil para la constitución de las mismas. Y añade: Desde este momento la sociedad tendrá personalidad jurídica.» Es evidente que hasta el cumplimiento de esas formalidades no hay sociedad anónima. Pero los interesados quedarán obligados entre sí por los pactos convenidos y tendrán derecho a exigirse el cumplimiento de esas formalidades para que se produzca la personalidad jurídica de carácter anónimo desde que hayan concurrido los requisitos del artículo 1.279 del Código civil. En forma similar a la hipoteca, el contrato privado de constitución de Sociedad anónima es un contrato válido, pero no es el contrato propio de la constitución de una Sociedad anónima y no sirve para el fin principal propuesto por los interesados.

Esta misma doctrina es aplicable al mandato. El contrato de mandato es válido desde que se cumplen los requisitos del artículo 1.279 y los contratantes quedan mutuamente obligados a todo lo pactado; pero el apoderamiento no se produce, en los casos del número 5.º del artículo 1.280, hasta que se otorgue escritura pública.

Entendemos que esta misma doctrina es aplicable al censo y a la donación de inmuebles. Un contrato privado de constitución de censo es válido y obliga a los contratantes a todo lo pactado, pero no es el contrato propio de la constitución del censo, pues ese derecho real no nace hasta el otorgamiento de la escritura pública. De igual forma, un contrato privado de donación de inmuebles es válido y obliga a donante y donatario, pero no es el contrato propio de la donación de inmuebles, y el efecto típico, que es la transmisión del dominio de los bienes donados del donante al donatario, o donación propiamente dicha, no se produce hasta el otorgamiento de la escritura pública.

Y creemos que no hay duda de que esta misma doctrina es aplicable al número 1.º del artículo 1.280. Los actos y contratos que tengan por objeto la creación, transmisión, modificación o extinción de derechos reales sobre bienes inmuebles son válidos con la concurrencia del consentimiento, y obligan a los contratantes y sus herederos al cumplimiento de todo lo pactado sin necesidad de escritura pública, pero el efecto típico de esos contratos, que es la creación, transmisión, modificación y extinción de los derechos reales sobre bienes inmuebles no se produce hasta el otorgamiento de la escritura pública. Una compraventa de inmuebles, por ejemplo, hecha por contrato privado es válida, y el vendedor está obligado

a entregar la cosa y al saneamiento por evicción, y el comprador a recibirla y a pagar el precio y los gastos necesarios y útiles hechos en la misma; pero el efecto típico de la compraventa, que es la transmisión del dominio del inmueble del vendedor al comprador, no se produce en tanto no se otorgue la escritura pública. El artículo 609 del Código civil dice que la propiedad y demás derechos sobre los bienes se adquieren y transmiten por consecuencia de ciertos contratos mediante la tradición, y el artículo 1.280 nos dice la forma que deben tener esos contratos cuando se trate de crear, transmitir, modificar o extinguir derechos reales sobre bienes inmuebles. Por eso el contrato privado no es justo título para la prescripción del dominio y derechos reales sobre bienes inmuebles. La prescripción fundada en contrato privado de adquisición requerirá, por tanto, treinta años, mientras que a la fundada en escritura pública la bastarán diez o veinte según se trate de presentes o ausentes.

La mayor dificultad para interpretar el artículo 1.280 en relación con el 1.279 tal vez se encuentre en el último párrafo del primero, que dice: «También deberán constar por escrito, aunque sea privado, los demás contratos en que la cuantía de las prestaciones de uno o de los dos contratantes exceda de 1.500 pesetas.» El efecto propio o típico de estos contratos será el nacimiento de una obligación de entregar alguna cosa o de prestar algún servicio superior a 1.500 pesetas. Luego esa obligación no existirá hasta que se haga constar por escrito. Pero los contratantes están obligados a llenar la forma escrita desde que haya intervenido el consentimiento (artículo 1.279). El contenido obligacional de estos contratos sin llenar el requisito de la forma escrita se reduce a poderse compelir a su cumplimiento. Pero como del cumplimiento de la forma escrita se sigue necesariamente la obligación de entregar la cosa o prestar algún servicio superior a esa cantidad, los Tribunales pueden y deben condonar simultáneamente al cumplimiento de la forma escrita y de la prestación contratada. No son, por tanto, necesarios dos pleitos. Pero, si el deudor cayese en concurso o quiebra, esas deudas no podrían figurar en el pasivo, puesto que las deudas propiamente dichas no existen y el deudor carecería de capacidad para llenar la forma escrita una vez declarado en concurso o quiebra..

## JUICIO CRÍTICO SOBRE LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO Y LAS OPINIONES DE LOS AUTORES

En general, nuestro punto de vista coincide con aquellas Sentencias que hemos agrupado en el epígrafe de «Sentencias de sentido ecléctico». Así la Sentencia de 4-VII-1899 distingue entre eficacia para las partes contratantes y para otros distintos efectos. Más concreta la Sentencia de 16-IV-1942, dice que la falta de requisitos formales impide el reconocimiento de la personalidad jurídica de una sociedad, pero que entre las partes debe surtir efecto como sociedad irregular. La de 19-X-1901 distingue entre efectos para las partes contratantes y la plenitud de efectos que el contrato esté llamado a producir. La misma o parecida distinción se hace en las Sentencias de 6-II-1928 y 21-XII-1925. En todas estas Sentencias hay la distinción, más o menos claramente expresada, entre efectos generales de los contratos, que se producen sin necesidad de forma alguna especial, y efectos propios, típicos o especiales de determinados contratos, que no se producen hasta el cumplimiento del requisito de la forma. Estas Sentencias sientan, por tanto, la verdadera y acertada doctrina sobre esta materia.

En general, estimamos también acertadas las Sentencias que hemos agrupado en el epígrafe «Sentencias de carácter formalista», si bien no distinguen convenientemente los efectos propios, típicos o especiales de los contratos, de los efectos generales de los mismos.

Por lo contrario, las Sentencias que hemos calificado de espiritualistas sientan una doctrina, a nuestro modesto entender, francamente equivocada, y no porque no deba mantenerse en nuestro Derecho el sistema espiritualista, sino porque hacen caso omiso de los artículos 1.279 y 1.280 del Código. Así, la de 1-VII-1901, que dice que el artículo 1.279 no desvirtúa la *plena eficacia* de los contratos cualquiera que sea la forma en que las partes los celebren, se olvida de que el requisito de la forma es necesario, según el artículo 1.279, para hacer efectivas las obligaciones propias de ciertos contratos, luego esos contratos no tienen *plena eficacia* en tanto no se cumpla el requisito de la forma. La Sentencia de 11-III-1932 dice que en el artículo 1.279 se consigna una facultad y no una obligación. En el artículo 1.279 no se consigna ni una facultad ni una

obligación propiamente dicha, sino simplemente un requisito necesario para que se produzcan determinados efectos jurídicos. Esta misma Sentencia y otras muchas dicen que el alcance del artículo 1.280 no es otro que el poder, compelirse los contratantes a llenar la forma, conforme al artículo 1.279; pero este mismo artículo nos dice que su alcance es mayor, puesto que sirve para poder hacer efectivas las obligaciones propias de algunos contratos.

Para que la jurisprudencia que hemos calificado de espiritualista fuese acertada, el artículo 1.279 debería estar redactado en la siguiente forma: «Si la ley exigiere el otorgamiento de escritura pública u otra forma especial, los contratantes podrán compelirse...» Habría, por tanto, que suprimir esta frase: «para hacer efectivas las obligaciones propias de un contrato». Y el artículo 1.280 debería decir: «Deberán constar en documento público si lo exigiere alguno de los contratantes...» Habría, por consiguiente, que añadir la última frase.

Por su parte, la doctrina no ha sabido ver que entre las dos posiciones extremas (la que admite que los contratos sin la forma legal producen plenos efectos, y la que niega que produzcan efecto alguno salvo el de compelirse a llenar la forma) hay un término medio, que fué adoptado por el Código: Los contratos formales —los del artículo 1.280— antes de llenar el requisito de la forma legal producen algunos efectos, los generales de los contratos, pero no producen algunos otros, los propios o típicos de esas clases de contratos, con lo que desaparece toda contradicción entre los artículos 1.278, 1.279 y 1.280 del Código civil.

#### C O N C L U S I Ó N

Modernamente ha habido en la doctrina una reacción a favor del formalismo (17), fundándose en el argumento de que contribuye a dar seguridad a las relaciones jurídicas. Pero ese efecto se consigue a costa del principio de buena fe. El formalismo y el principio de buena fe están en razón inversa. El predominio en la legislación del principio de buena fe da inseguridad a las relaciones sociales. Pero el predominio del formalismo puede dar el triunfo al que obra de

(17) CASTÁN: «Derecho civil», séptima edición, tomo III, pág. 319.

mala fe sobre el que ha obrado fiado en la honradez ajena. En cada pueblo puede ser más conveniente uno u otro sistema según su psicología, preparación social y moral colectiva. En la moral del pueblo español sería intolerable para su inmensa mayoría que se pudieran faltar a los más sagrados compromisos (por ejemplo, el dinero prestado para evitar una ruina inminente, para pagar los gastos de la última enfermedad, entierro y funeral de uno de los padres o para una urgente operación quirúrgica) con la excusa de que la denda era superior a mil quinientas pesetas y no se había consignado por escrito. Tal conducta repugnaría a toda persona honrada y sería escandaloso que los Tribunales tuvieran que sancionarla. Por ello, en la contradicción que se suponía existente entre los artículos 1.278, 1.279 y 1.280 del Código civil, el Tribunal Supremo se decidió por el principio espiritualista, tradicional en nuestra Patria desde el Ordenamiento de Alcalá. Sólo alabanzas merece por ello. Pero con la interpretación dada por nosotros a esos artículos no existe contradicción alguna. Se mantendrían el principio espiritualista y el imperio de la buena fe con más rigor aún que hasta ahora, y, al mismo tiempo, se daría seguridad jurídica a todas aquellas relaciones sociales que por su importancia lo requieren. Y, sobre todo, qué eso es, a nuestro modesto entender, lo que dice el Código civil.

MARIANO HERMIDA LINARES  
Registrador de la Propiedad

# Esponsales en Marruecos

## I

### LO QUE DICE EL P. GARCÍA BARRIUSO

En el eruditísimo libro del P. Patrocinio García Barriuso, *Derecho matrimonial islámico* (Madrid 1952), O. F. M. Fiscal Eclesiástico del Vicariato Apostólico de Marruecos, al tratar de los esponsales en Marruecos, y no obstante la autoridad que en esta materia le reconocemos, nos vemos precisados a disentir en este punto de algunas de sus afirmaciones y conclusiones que no parecen, a nuestro juicio, ajustarse a la doctrina islámica sobre los esponsales en Marruecos, y hasta casi a la doctrina en general sobre esa materia.

Dice el R. P. García Barriuso como afirmaciones rotundas : «Propiamente no existen (los esponsales) en el Derecho ni en la práctica entre los marroquíes» (obra citada, pág. 149). «En el matrimonio marroquí no hay esponsales» (pág. 150). «No meros esponsales, los que por otra parte sabemos ya que en derecho marroquí no existen» (pág. 179).

Y como afirmaciones atenuadas, o menos rotundas, continúa diciendo : «En la práctica, semejante contrato esponsalicio no existe... aunque existe prohibición de gestionar matrimonio con otro pretendiente mientras permanezca en pie la petición de mano del primero» (pág. 151).

«En la institución matrimonial marroquí no hay esponsales pro-

piamente dichos, pero sí existe una situación preliminar que constituye un compromiso, del que se derivan eficaces consecuencias jurídicas» (pág. 153).

Pues bien: estas afirmaciones, que llamo con evidente eufemismo *atenuadas*, resultan en realidad contradictorias.

Pues de la primera resulta que no hay esponsales, pero que operan una prohibición.

Por la segunda vemos que no hay, pero... hay. Porque compromiso preliminar al matrimonio que prohíba pedir a mujer porque ya ha sido pedida, no puede ser otro que el esponsalicio.

## II

### LO QUE DICEN LAS LEGISLACIONES.—ESPONSALES CON VALOR NATURAL DE CONTRATO

En el matrimonio marroquí existen esponsales, porque todo matrimonio válido ha de ir necesariamente precedido de un contrato esponsalicio. En efecto, ¿cómo puede ser normalmente contraído un matrimonio sin que una de las partes —la masculina o la femenina, generalmente la primera— solicite ser unida en matrimonio a la otra, sin que ésta acepte la solicitud, sin que se hagan mutua promesa de casarse en un futuro más o menos próximo? Pues bien; estas tres condiciones constituyen los elementos esenciales de unos esponsales. Esta doctrina es clara, y por tanto no necesita que los juristas se esfuercen mucho en exponerla y demostrarla.

Pero si todo verdadero matrimonio contraído en Marruecos o en otra parte, necesita como condición previa ineludible un contrato esponsalicio, no todo contrato esponsalicio —o bien simple promesa unilateral—, es necesariamente seguido de un matrimonio.

Con frecuencia una de las partes viola la mutua promesa —o bien la promesa ofrecida y aceptada— con protesta y daño de la parte inocente y con la consiguiente perturbación del derecho. Y en esa cuestión es donde se ha concentrado la actividad de todas las legislaciones que en el mundo han sido, coincidiendo todas ellas en la necesidad: 1.º, de respetar los esponsales y las promesas matrimo-

niales ; 2.º, de reparar el daño producido por la violación de unos y otras ; 3.º, de establecer las condiciones que han de tener los esponsales para que seán protegidos.

Naturalmente las soluciones ofrecidas en estos casos por los legisladores no son siempre idénticas, y varían con arreglo a la idiosincrasia de cada pueblo y a la diversidad de los tiempos. En el mismo derecho canónico no se ha exigido siempre —como se exige hoy— que los esponsales fueran por escrito, so pena de nulidad. ¿Hemos de afirmar por ello que los esponsales canónicos no por escrito de la época antigua no son esencialmente los mismos que los esponsales canónicos por escrito de la época actual? Evidentemente que no. La consignación de esponsales por escrito tiende a facilitar la prueba de éstos, y redundar por tanto en bien de esos mismos esponsales que la ley trata de proteger.

Y es que de la diversidad de fórmulas consignadas en los Códigos para proteger los esponsales se ha querido deducir en conclusión falsa la diversidad de esponsales, qué son, según hemos dicho, sustancialmente idénticos en los matrimonios de todas las gentes. Porque la fórmula canónica del matrimonio difiera *toto coelo* de la fórmula musulmana, ¿vamos a deducir de ello que el matrimonio musulmán no es tan válido para los musulmanes como es para los católicos el matrimonio canónico? La razón sería la misma en el caso de los esponsales que en el caso del matrimonio.

### III

#### LO QUE DICEN LOS TEXTOS ÁRABES

##### I

Encabezamiento de la llamada cuestión *imlisiya*. Consulta dirigida a Alyilali Tasuli sobre la Tohfa II, p.). «Esa costumbre que sigue el país (Marruecos o parte determinada de Marruecos), a saber, que el varón envíe a persona que pida para él a una mujer en matrimonio, y que una vez aceptada la petición, se den mutua promesa de celebrar el contrato (matrimonial) la noche de la cohabitación...» (الدخول (إلدوول)

Petición de mano, aceptación y promesa mutua de contraer matrimonio en una fecha determinada : he aquí los elementos suficientes para constituir unos esponsales.

## II

### *La promesa y el contrato*

En el proyecto de celebración del matrimonio musulmán distinguen los alfaquíes dos fases : la promesa (*الوعد*) y el contrato matrimonial (*العقد*)

En esta ocasión los diversos actos que concurren en un matrimonio válido es corriente entre ellos calificar a unos como correspondientes a la fase preliminar de *promesa*, y otros como constitutivos de verdadero contrato matrimonial. Véanse unos cuantos textos del Tasuli en su comentario a la *tohfa* de Ibn Asim. Acabamos de ver uno en el comienzo de la famosa cuestión *imlisiya*. Veamos algunos más.

1.<sup>º</sup> «Si la costumbre mencionada es entre ellos' un *preliminar del contrato y señal de inclinación de una parte hacia la otra*, no cabe duda que tal costumbre no impone obligación (de matrimonio) ; pero si las cosas se ignoran hasta el punto de que preguntados los del país si intentan con tal costumbre celebrar un contrato matrimonial o más bien una promesa, difiriendo el contrato hasta la noche de la cohabitación, entonces constituye esto un lugar de duda sobre si tal costumbre implica un contrato matrimonial o una promesa.»

2.<sup>º</sup> «El haber dicho los consultantes en su exposición que «*convinieron en casarse*», implica que *contrataron* un matrimonio, no que se hicieran una mutua promesa (de casarse).

3.<sup>º</sup> «Estos hechos por sí mismos no significan un contrato matrimonial, porque pueden interpretarse como contrato matrimonial o como promesa.»

### *Deducciones*

Tenemos, según los textos anteriores en el proyecto de matrimonio, la fase preliminar (tautía), a la cual se da el nombre de *promesa*, como contrapuesta al contrato matrimonial (*áqd*). Y vemos

que esa promesa es mutua (texto núm. 2) y que se refiere al matrimonio y es su preparación. Estamos, pues, a la vista de unos verdaderos esponsales.

### III

#### *Doctrina de Averroes en la Bidaya*

1.<sup>o</sup> «La petición de matrimonio es de tradición del Profeta. Según la generalidad de los doctores, no es obligatoria. Es decir, nadie está obligado a pedir en matrimonio, porque nadie está obligado a casarse. Mas para Daud (el exteriorista) es obligatoria, porque los exterioristas creían obligatorio el matrimonio.»

2.<sup>o</sup> «Petición de mano ya pedida por otro es objeto de una prohibición, que consta como del Profeta. Discútese si esa prohibición implica o no anulación del matrimonio subsiguiente. Y en caso de que la implique, hasta qué punto la implica: —Hasta el punto de disolver el matrimonio del segundo que hizo la petición, dice Daud. —No se disuelva, afirma el Xafii. De Málík se derivan ambas sentencias (en dos lugares distintos); y aún una tercera: disuélvase antes de la consumación, mas no después de ella.»

3.<sup>o</sup> «Según Ibn Alqásim, la prohibición ha de entenderse en el caso de que ambos solicitantes sean honrados. Pero si el primero es de mala conducta y el segundo es honrado, la segunda petición es lícita.»

4.<sup>o</sup> «En cuánto al momento en que es operante la prohibición, es a partir de aquel en que ambos se inclinan el uno al otro. Así la mayoría de los alfaquíes.»

#### *Deducciones*

1.<sup>o</sup> Hay una petición de mano sin mutua inclinación y otra con mutua inclinación (*tarakun murakana*) —Erhoni— Glosas a Jalil, t. II, ilustra *tarakun* con la palabra *rida*, consentimiento; es decir, que ambas partes llegan a un acuerdo para casarse. Equivale, pues, a la *aceptación* (*qabul*) de la cuestión *imlisiya*.

2.<sup>o</sup> La mera petición de mano no engendra en la pedida ninguna obligación: puede ser rechazada. Ni en el solicitante ningún dere-

cho. Nadie puede decir: A ésa no la pide nadie, porque ya la he pedido yo.

3.<sup>º</sup> La petición de mano con mutua inclinación o aceptación, da al primer solicitante —si es persona honrada— la exclusiva de casarse con la mujer pedida.

4.<sup>º</sup> Hay una sanción para la mujer que se casa con un segundo solicitante, contra el derecho adquirido por el primero. Y es, según unos, no disolución, sino punición (adab). (Erhoni, B Yuzay). Disolución antes de la consumación; no disolución después de ella (maliqués), entre ellos el Notario informador del P. Barriuso.

5.<sup>º</sup> La petición de mano con mutua inclinación o aceptación es lo que constituye los esponsales marroquíes.

6.<sup>º</sup> De que los esponsales marroquíes no sean como los canónicos, o de que los canónicos no sean como los de otros países, no se deduce que no existan esponsales en Marruecos o en otro país cualquiera.

7.<sup>º</sup> Se han confundido los accidentes de los esponsales con la sustancias de los mismos, y las modalidades con la esencia.

8.<sup>º</sup> No hay matrimonio alguno válidamente contraído que no haya sido precedido de unos esponsales, porque no se contrae matrimonio sin que ambas partes se den palabra de contraerlo.

JUAN FRANCISCO MARINA ENCABO  
Registrador de la Propiedad

## ¿Es posible la prescripción en el proceso resolutorio por falta de pago de la renta convenida?

Ejercitada la acción resolutoria del contrato de arrendamiento (vivienda o local de negocio) por falta de pago, y alegada por el demandado la prescripción parcial de las rentas en que se sustenta la demanda, ¿es posible examinar y resolver sobre la excepción aducida? En el caso de consignación o pago por el demandado, ¿habrá de comprender todas las cantidades de la demanda o podrá limitarse al de las rentas no prescritas? ¿Será admisible toda clase de medios probatorios? ¿Qué ocurrirá en el supuesto de apelación? Estas y otras cuestiones surgen inevitables en el supuesto que brevemente nos proponemos anotar.

Dos opiniones fundamentales pueden sostenerse sobre este particular: A) Criterio permisivo. B) Criterio prohibitivo Sin pretensiones dogmáticas haremos unas breves consideraciones sobre una y otra.

*Criterio permisivo*: Sustancialmente, cabe fundamentarlo en las razones siguientes: Las rentas prescritas son rentas indebidas, luego no procede, por tanto, hacer pago o consignación de aquello que no es debido; el proceso resolutorio no impide el examen y resolución sobre la prescripción extintiva alegada por el demandado. El pago o consignación es un beneficio legal, concedido al inquilino o arrendatario demandado y ha de interpretarse en sentido favorable.

Negar la posibilidad de examinar la prescripción, sería tanto como conceder al arrendador la facultad de exigir cantidades fabulosas e imaginarias, correspondientes a mensualidades vencidas, de diez, quince, veinte o más años, en pugna con el precepto taxativo del número segundo, del artículo 1.966 del Código civil, con lo que resultaría obligado el demandado a hacer consignación o pago total; so pena de ser condenado irremisiblemente al desalojo de la vivienda o local arrendados.

Esta opinión, generalizada en algunos sectores profesionales, ha logrado prevalecer en resoluciones aisladas. En resumen, la tesis permisiva invoca a su favor el carácter protecciónista de la legislación especial de arrendamientos urbanos en interés del inquilino o arrendatario. Las consecuencias de este criterio pueden sintetizarse así:

a) Admitir la prescripción en el proceso resolutorio por falta de pago es, por lo menos, una ampliación de medios probatorios, en contra de los taxativamente determinados en el artículo 1.579 de la Ley de Enjuiciamiento civil.

b) Se crearían multitud de problemas procedimentales de insuperable solución.

c) Al examinar y resolver sobre la prescripción alegada, se prejuzgaría la cuestión, en perjuicio de alguna de las partes, con lo que se impediría el juicio declarativo ulterior sobre lo mismo, por tratarse de un hecho (la prescripción) ya conocido y resuelto en el proceso resolutorio (cosa juzgada material).

d) Se vulneraría de forma clara y manifiesta el apartado a) del artículo 161 de la Ley de Arrendamientos Urbanos, pues no se haría pago o consignación al arrendador de las cantidades en qué se sustenta la demanda, como exige el precepto, sino de la determinada por el Juez en su sentencia.

A nuestro modesto entender, la prescripción extintiva o liberatoria no es posible en proceso resolutorio del contrato de arrendamiento urbano (vivienda o local de negocio) por falta de pago de la renta convenida. Fundamos nuestra opinión en las siguientes razones:

Primera. En el origen y formación histórica, naturaleza y peculiares fines del proceso resolutorio por falta de pago y de la acción en el mismo ejercitada.

Segunda. El beneficio legal del pago o consignación concedido al demandado por la Ley de Arrendamientos Urbanos (art. 161) es ajeno a la pretensión ejercitada en el procedimiento.

Tercera. La obligación impuesta al demandado (inquilino o arrendatario) de hacer pago o consignación total, es consecuencia indefectible del contrato de arrendamiento incumplido por el arrendatario (art. 161 de la Ley de Arrendamientos Urbanos, en relación con el número primero de cada uno de los artículos 1.555 y 1.258 del Código civil).

Cuarta. El arrendador demandante, al ejercitar su pretensión se ajusta estrictamente al contrato de arrendamiento incumplido por el inquilino o arrendatario.

Desarrollaremos brevemente estos extremos. El proceso resolutorio por falta de pago encuentra sustancialmente su origen en la constitución *clementina saepe contingi* debida al Papa San Clemente V (1.306) y que era un juicio abreviado al que se llamó sumario indeterminado. De este proceso se encuentran algunos atisbos en nuestro Derecho histórico patrio, singularmente en Las Partidas (6.<sup>a</sup>, 1; 23 y 3.<sup>a</sup>, 22, 7).

Como dice el Profesor PRIETO CASTRO, «por sumariedad entendemos limitación de los medios de ataque y defensa y conseguientemente restricción del conocimiento del Juez, a fin de resolver con rapidez, aunque no sea definitivamente (es decir, sin efecto de cosa juzgada permanente, sino de posible revocación en un juicio ordinario posterior) y cuyo procedimiento se sigue en las cuestiones que lo permiten o en las que es necesario» y así ocurre con el resitorio de la relación arrendaticia por falta de pago de la renta, de carácter sumario, reiterado en constante jurisprudencia elemental y suficientemente conocida.

De aquí el reducido ámbito del proceso, que excluye las cuestiones complejas o laterales, y así don MANUEL DE LA PLAZA (II, página 358) cita la Sentencia de 3 de julio de 1941, que reiterando doctrina anteriormente establecida, declaró con sumo acierto, que «no versando el juicio sobre un arrendamiento sencillo y corriente no es posible el desahucio ni cuando «dadas las múltiples y complejas cuestiones de Derecho planteadas, no pueden ser resueltas en el procedimiento sumario de desahucio, sino en el marco más amplio del declarativo correspondiente» y agrega el mismo autor «naturalmente, el desahucio no procede cuando la litis versa sobre algo más que la

sencilla apreciación de la resolución del contrato y la restitución de la posesión, y MANRESA, en sus «Comentarios» (6.<sup>o</sup>, pág. 48), insiste asimismo, en la naturaleza sumaria del proceso resolutorio por falta de pago, que impide pueda concederse el término extraordinario de prueba, si bien pueden utilizarse cualesquiera de los medios probatorios permitidos para los juicios declarativos, «pero cuando la demanda se funda en la falta de pago del precio estipulado, para impugnar este *hecho* (la falta de pago) no puede admitirse otra prueba que la confesión judicial del demandante o el documento o recibo en que conste haberse verificado el pago».

Obsérvese que el carácter eminentemente posesorio del proceso por falta de pago resulta explícitamente reconocido por la doctrina y por el mismo Derecho positivo. Así, el Profesor PRIETO CASTRO, nos habla, certeramente, de «la función recuperatoria de la posesión y ejecutiva». Ya el mismo SCAEVOLA definía la acción de desahucio como «un remedio legal de carácter restitutorio y generador de un procedimiento sumario, concedido al arrendador contra el arrendatario o precarista para recuperar la posesión natural de la cosa arrendada o cedida en precario», en cuya definición resaltan los dos efectos típicos de la pretensión: el recuperatorio de la posesión y el resolutorio del contrato, y PRIETO CASTRO, en «Estudios y Comentarios» (1.<sup>o</sup>, pág. 406), advierte, con su proverbial agudeza, «la nota de sumariedad significa limitación del juicio y de la resolución a la cuestión estricta para la que cada procedimiento especial se ha creado, dejando el tratamiento completo del Derecho y de todas las cuestiones laterales o accesorias al juicio declarativo plenario».

Ello explica el limitado ámbito del proceso sumario, en el que no es posible injertar cuestiones especiales (Sentencias de 2 de diciembre de 1904, 2 de noviembre de 1908 y 20 de enero de 1911); o complejas (Sentencias de 17 de mayo de 1942 y 5 de julio de 1945), ni afectar a derechos que pueden ser ventilados en otros juicios, y, sobre todo, no evitan ni impiden la discusión en otros juicios, de coexistencias de cuestiones no ventiladas en ellos (Sentencia de 30 de noviembre de 1903).

En cuanto al pago o consignación, ciertamente es un beneficio legal concedido al demandado, pero este beneficio es extraño a la pretensión recuperatoria de la posesión ejercitada en el procedimiento sumario.

La Ley de Arrendamientos Urbanos, inspirada en móviles de in-

terés social, al conceder el beneficio al demandado por sí, o por cualquiera otra persona en su nombre, remediar una necesidad social, atenuando los efectos propios de la acción posesoria; pero es inflexible en la extensión del beneficio.

En el Derecho anterior al Código civil, e incluso hasta fecha relativamente reciente, no fué conocido el remedio legal con el sentido y alcance que hoy tiene en el Derecho vigente La Ley de Enjuiciamiento civil de 1855, que por vez primera estableció un procedimiento especial para el juicio de desahucio por falta de pago, remitía al juicio ordinario los casos y cuestiones de mayor dificultad. La Ley de 23 de junio de 1867 imponía al demandado el previo pago o consignación de las cantidades adeudadas para la interposición de toda clase de recursos, y la de 21 de junio de 1896 llegó a exigir el pago o consignación al arrendador, como condición previa para la interposición de cualquier incidente durante la sustanciación del juicio.

Este criterio rígida se mantiene en el Código civil, en el que el derecho de propiedad cobra matiz individualista, de origen romano; en pugna con toda situación beneficiosa para el inquilino. Son razones sociales y de orden público las que motivan el Real decreto de 21 de junio de 1920, que inicia la legislación dirigida a intervenciónista, que sustituye a la liberal e individualista del Derecho clásico, y así vino prorrogándose sucesivamente hasta el Decreto de Inquilinato de 29 de diciembre de 1931, en el que por vez primera aparece el beneficio del pago o consignación en favor del inquilino o arrendatario, y en su artículo 4.<sup>º</sup> establece que «el inquilino podrá evitar el desahucio consignando el descubierto en el Juzgado dentro del término del tercer día, contado desde el siguiente al de la citación», criterio protecciónista, ampliado después en el artículo 2.<sup>º</sup> del Decreto-ley de 30 de diciembre de 1944 «hasta el acto de la notificación de la Sentencia» y en el Decreto-ley de 30 de noviembre de 1945 «hasta el momento del lanzamiento» y así lo recoge el apartado e) del artículo 161 de la vigente Ley de Arrendamientos Urbanos.

Pues bien, el beneficio del pago o consignación no atribuye al demandado el derecho de limitarlo al importe de las rentas no prescritas, pues el apartado a) se refiere a «las cantidades en que se sustente la demanda» y ello es consecuencia, inflexible de lo preceptuado en el artículo 1.258 (en relación con el número 1.<sup>º</sup> del artículo 1.555) del Código civil, que al señalar los efectos típicos de los contratos consensuales, establece que «los contratos se perfeccio-

nan por el mero consentimiento y desde entonces obligan no sólo al cumplimiento de lo expresamente pactado sino también a todas las consecuencias que según su naturaleza sean conformes a la buena fe, al uso y a la ley.

De aquí se sigue que el pago o consignación total por el demandado, en el supuesto planteado, es consecuencia legal del incumplimiento del contrato de arrendamiento constituido con el demandante.

Obsérvese que el arrendador demandante ejercita la acción recuperatoria de la posesión cedida al inquilino o arrendatario y no la personal encaminada a reclamar las rentas vencidas y no satisfechas, y de consiguiente, en el proceso resolutorio por falta de pago no se trata de exigir del arrendatario el cumplimiento de la obligación fundamental de satisfacer el precio del arrendamiento en los términos convenidos (núm. 1.º, art. 155 del Código civil).

Recuérdese que en el proceso resolutorio por falta de pago el demandante aparece legitimado por la posesión real a título de dueño, de usufructuario o cualesquiera otro que le dé derecho a disfrutarla (artículo 1.564 de la Ley de Enjuiciamiento civil). De donde resulta la imposibilidad de injertar en el proceso el problema de la prescripción y así lo evidencia la circunstancia de que el arrendador puede tener derecho a los frutos de la cosa arrendada (rentas) y no ostenta derecho real sobre la misma (art. 1.094 del Código civil), y, por tanto, excluido del ejercicio de la acción resolutoria por falta de pago, o sea, puede venir legitimado activamente para reclamar los frutos o rentas, y, por el contrario, impedido para denunciar la resolución del contrato de arrendamiento.

En conclusión, en el supuesto planteado nos pronunciámos resueltamente por el *Criterio Prohibitivo*, es decir, que no es posible en el proceso resolutorio por falta de pago discutir ni resolver sobre la prescripción alegada, debiendo remitir su examen al juicio declarativo correspondiente.

En consecuencia, procede exigir del demandado (inquilino o arrendatario) el pago o consignación total como medio enervatorio de la pretensión y lo mismo ocurrirá para poder interponer recurso de apelación con arreglo a lo prevenido en el artículo 1.566 de la Ley de Enjuiciamiento civil.

Entonces pudiera preguntarse: ¿qué remedio cabe al demandado que hizo pago o consignación total para exigir del arrendador la res-

titución o devolución del importe de las anualidades de rentas que se estiman incúrsas en prescripción?

El demandado no queda inerme frente al adversario y tiene acción para exigir del arrendador, en el proceso correspondiente, la restitución o devolución del importe de las rentas cuya obligación se declare sometida a prescripción y, por tanto, legalmente extinguida, mediante la adecuada prueba del hecho que la origina, a menos que el arrendador demandado en el segundo procedimiento acredite la interrupción de la prescripción por alguno de los modos legalmente establecidos en el artículo 1.973 del Código civil.

Planteada la cuestión en el proceso declarativo correspondiente, pueden ocurrir dos supuestos: a) Que el arrendador, ahora demandado, acredite en forma idónea la interrupción de la prescripción por alguno de los modos legales. En este caso procede la absolución del demandado, actor en el proceso resolutorio por falta de pago. b) Que no, se acredite la interrupción idónea. En este caso procede la condena del arrendador a la restitución o devolución, o sea, condena al pago de cantidad líquida y determinada (art. 921 de la Ley de Enjuiciamiento civil) con el interés legal de la misma desde la fecha del emplazamiento, conforme a los artículos 1.100, 1.101 y 1.108 del Código civil, e imposición de costas (principio del vencimiento) si la pretensión se hubiere ejercitado en procedimiento de cognición.

Esta opinión, irrelevante por ser nuestra, la fundamentamos en las siguientes razones:

Primera. La obligación declarada judicialmente prescrita es una obligación extinguida, pues si bien la prescripción extintiva o liberatoria no aparece expresamente aludida en el artículo 1.156 del Código civil, es indudablemente un modo extintivo de toda clase de obligaciones, y como las acciones prescriben por el mero lapso de tiempo fijado por la ley (art. 1.961 del Código civil), salvo causa de interrupción y la de satisfacer el precio de los arriendos (rústicos y urbanos) prescribe por el transcurso de cinco años (núm. 2.º del artículo 1.966), resulta, en conclusión, que el arrendador viene obligado a devolver al arrendatario demandante el importe de las anualidades de renta, que el primero hizo suyas en el procedimiento resolutorio.

Segunda. El principio jurídico de que «nadie puede enriquecerse sin causa y a costa de otro, que, naturalmente, se empobrece», obliga a la restitución, sin que sea necesario para ello acudir a la con-

dictio indebite», ni a la doctrina del abuso del derecho, con sus atisbos en el artículo 1.902 del Código civil, ni a ninguna otra especie más o menos análoga, pues en el caso presente, a nuestro juicio, se trata, simplemente, de una «condictio sine causa».

Tercera. La obligación de devolver o restituir nace, para el arrendador demandado, del artículo 1.091, en relación con el 1.543 del Código civil, o sea del propio contrato de arrendamiento (vivienda o local de negocio) constituido con el demandado. Ya decía MANRESA («Comentarios», 6.<sup>o</sup>, 15), «téngase presente, por último, sobre este punto, que el pago de la renta no puede demandarse en el juicio de desahucio sino por separado en el declarativo correspondiente; son dos acciones distintas, que deben ventilarse y decidirse en juicio de diferente naturaleza». Pues bien, el artículo 1.091 del Código civil, al referirse a las fuentes de las obligaciones declara que «las nacidas de los contratos tienen fuerza de ley entre las partes contratantes y deben cumplirse a tenor de las mismas, y como la obligación de satisfacer determinadas rentas, declaradas prescritas en el juicio adecuado, es una obligación legalmente extinguida, resulta, en definitiva, que el arrendador que hizo suyo el importe en el proceso resolutorio, ha obtenido una retribución patrimonial sin causa y de ahí el fundamento jurídico de la obligación de restituir».

Con lo expuesto damos fin a estas breves líneas, en las que hemos intentado poner de relieve un importante aspecto del proceso resolutorio por falta de pago de la renta y por su interés doctrinal y trascendencia práctica, ha de merecer la atención reposada de los profesionales.

Sevilla, enero de 1953.

JUAN DE TORRES AGUILAR

Juez municipal núm. 3. de Sevilla.

and has been used for many years. The original population of the city was about 10,000, and it is now about 100,000. The city is situated on the coast of the Pacific Ocean, and is a port of entry. The climate is warm and humid, with a mean annual temperature of about 65° F. The city is surrounded by mountains, and the surrounding country is hilly and mountainous. The city is a center of commerce and industry, and is a important port of entry. The city is a center of commerce and industry, and is a important port of entry.

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

1. *Leucosia* (L.) *leucostoma* (L.) *leucostoma* (L.) *leucostoma* (L.)

REGISTRO MERCANTIL.—1º. VALIDEZ DE UNA CONVOCATORIA DE JUNTA ORDINARIA RECOGIDA EN ACTA NOTARIAL EN LA QUE NO APARECE LA FECHA DE SU PUBLICACIÓN, Y CONSTA, ADEMÁS, POR AFIRMACIONES DEL RECURRENTE, QUE FUÉ FIRMADA POR UN PRESIDENTE DEL CONSEJO DE ADMINISTRACIÓN QUE A LA SAZÓN ESTABA DESTITUIDO.

2º SI EL REQUERIMIENTO NOTARIAL PARA LA AMPLIACIÓN DEL ORDEN DEL DÍA, PRACTICADO CON FECHA 22 DE MAYO A UN CONSEJERO-DELEGADO, IGUALMENTE DESTITUIDO, TIENE EFICACIA POR SÍ, SIN NUEVO ANUNCIO Y PUBLICIDAD SUFICIENTE, PARA PODERSE INCORPORAR COMO TEMARIO DE LA JUNTA CELEBRADA CON FECHA 29 DEL MISMO MES.

3.<sup>o</sup> POSIBLE NULIDAD DE LA SESIÓN, POR NO REFLEJARSE EN EL ACTA EL CUMPLIMIENTO DE LO ORDENADO CON CARÁCTER COACTIVO EN EL ARTÍCULO 59 DE LA LEY DE SOCIEDADES ANÓNIMAS, SOBRE DEPÓSITO DE ACCIONES AL PORTADOR CON LA ANTELACIÓN QUE FIJA DICHO ARTÍCULO, MODIFICADO POR EL DECRETO-LEY DE 14 DE DICIEMBRE DE 1951. AUNQUE TAL DEFECTO NO SE APUNTE EN LA NOTA Y ACUERDO DEL REGISTRADOR.

4º SI SE PUEDE DISCUTIR EN JUNTA GENERAL EL DERECHO A ASISTENCIA Y VOTO CORRESPONDIENTE A LOS ADJUDICATARIOS DE ACCIONES CUYA EMISIÓN Y PUESTA EN CIRCULACIÓN CONSTA DEL REGISTRO,

AUNQUÉ NO SU DESMBOLSO Y SUSCRIPCIÓN, Y; EN CONSECUENCIA, SI LAS 700 ACCIONES EN PODER DE SUS TENEDORES DEBEN O NO SER COMPUTADAS A EFECTOS DE DETERMINAR EL «QUORUM» QUE LA LEY EXIGE PARA QUE LA JUNTA QUEDARA VÁLIDAMENTE CONSTITUIDA Y NO PUDIERA, POR TANTO, TOMAR ACUERDOS ; Y

- 5.<sup>º</sup> SI AUN NO CONSTANDO EN EL ORDEN DEL DÍA, PUDIERON LOS ACCIONISTAS REUNIDOS DESTITUIR AL CONSEJO DE ADMINISTRACIÓN Y NOMBRAR UNO NUEVO.

*Resolución de 26 de febrero de 1953. (B. O. de 24 de mayo.)*

El Presidente del Consejo de Administración de la Sociedad Mercantil «Fomento de la Prensa Tradicionalista, S. A.», convocó, con fecha 8 de mayo de 1952, sin que del documento presentado resulte la fecha de su publicación, a Junta general ordinaria, que debería celebrarse en primera convocatoria el día 29 de dicho mes, a las diecisésis horas, y en segunda, el día siguiente, a la misma hora, con el siguiente orden del día : 1.<sup>º</sup> Someter a la deliberación de la Junta, para su discusión y aprobación, la Memoria, balance y cuenta de pérdidas y ganancias correspondientes al ejercicio de 1951. 2.<sup>º</sup> Nombramiento de los señores accionistas censores de cuentas para el ejercicio de 1952, añadiendo «que los señores accionistas deberán depositar las acciones en la caja de la Sociedad con dos días de antelación, por lo menos, a la celebración de la Junta». Requerido el Notario, don Valentín Fausto Navarro, por el socio ahora recurrente, y personados en el domicilio de la Sociedad en el día y hora señalados en la convocatoria, para presenciar la celebración de la Junta, y hacer constar en acta su desarrollo y resultado, se encontraron cerrada la puerta, y ante ella ocho señores accionistas, logrando penetrar en la sala de Juntas, y donde a las diecisésis treinta, sin acudir ninguna otra persona, deciden constituirse en Junta general, designando como Presidente provisionalmente al mismo socio recurrente, y como Secretario, a don Francisco Baygual Brutau, y scrutadores a otros dos de los presentes. Constituida así la mesa, se comprueba que entre los ocho representan a 660 acciones, que según afirman son más de la mitad de las 1.300 acciones que tiene desembolsada la Sociedad, según el Registro Mercantil, y declarada abierta la sesión, adoptan, por unanimidad, los siguientes acuerdos : 1.<sup>º</sup> De-

jar en suspenso la aprobación de la Memoria, balance y cuenta de pérdidas y ganancias del ejercicio 1951, por carecer los señores accionistas presentes de los documentos y elementos de juicio necesarios, y no hallarse en el local personal de la Sociedad para facilitarlos. 2.º Nombrar accionistas censores de cuentas para el ejercicio 1952, a don Francisco Aizcorbe Oriol y a don Bartolomé Trías Comas. 3.º Incorporar al orden del día los puntos propuestos por don Francisco Aizcorbe Oriol, cuya inclusión fué solicitada de la Sociedad en acta notarial de 24 de mayo. 4.º Darse por enterada la Junta de las explicaciones dadas por el Presidente acerca de las causas por las cuales no se ha podido llevar a cabo el acuerdo tercero adoptado por unanimidad en la Junta general ordinaria, de 30 de mayo de 1951, y, en su virtud, ratificar dicho acuerdo para que lo cumplimente el nuevo Consejo, que habrá de elegirse. 5.º No reconocer derecho de voto a las acciones números 401 al 1.000, y 1.901 al 2.000, todas inclusive, por las siguientes razones: a) Por hallarse sujeta a revisión la validez de su adjudicación; y b) Por no constar acreditado su desembolso en el Registro Mercantil. 6.º Dejar sin efecto todos los nombramientos de administradores y consejeros anteriores a esta fecha, y nombrar un nuevo Consejo de Administración, bajo la presidencia del recurrente. 7.º Exigir responsabilidad al Presidente, Consejero-Delegado y Secretario gerente del anterior Consejo de Administración, por si hubo exceso de atribuciones y facultades; por su actuación en la adjudicación de las acciones creadas en escritura de ampliación de capital, de 22 de marzo de 1946, y por cualquiera otra que hubiere podido resultar dañosa para la Sociedad.

El acta de celebración de la Junta general ordinaria de la Sociedad «Fomento de la Prensa Tradicionalista, S. A.», fué presentada en el Registro Mercantil de Barcelona, con fecha 31 de mayo de 1952, y a continuación de dicho acta se puso la siguiente nota: «Denegada la inscripción del precedente documento por los siguientes motivos: 1.º Por cuanto los actos que en él mismo se refieren, posibles de causar inscripción en el Registro, no estaban incluidos en el anuncio de su convocatoria, incumpliéndose por esta causa lo dispuesto en los artículos 53 y 56 de la Ley de Sociedades anónimas. 2.º Por cuanto siendo el capital de esta Sociedad un millón de pesetas, representado por dos mil acciones al portador, de 500 pesetas nominales cada una, si bien del Registro no resulta la suscripción

y desembolso de 700 de ellas, números 401 al 1.000 y 1.901 al 2.000, pero reconocido expresamente en el documento presentado, que las mismas han sido adjudicadas y, por tanto, que se hallan en poder de determinados señores, el no constar en el Registro tal hecho, constituye tan sólo defecto subsanable que puede afectar la inscripción de acuerdos en el mismo, hasta acreditar en legal forma su suscripción y desembolso, pero no a la intervención de los poseedores de tales acciones en los actos sociales, como asistencia a Juntas, derecho de voto, percepción de dividendos, etc., así como a las correspondientes obligaciones que se deriven de los Estatutos sociales, por mientras, no recaiga resolución judicial sobre nulidad de la adjudicación o suscripción, no pudiendo, en consecuencia, la Junta general ordinaria convocada única y exclusivamente para la discusión de determinados asuntos, hacer declaraciones de derecho; y 3.º: Atendido el precedente motivo, segundo para esta Junta, tampoco se ha reunido el «quorum» que se exige por la Ley para la primera convocatoria. Siendo insubsanables estos defectos, no procede anotación de suspensión, aun en el caso de ser solicitada.»

Interpuesto recurso por don Francisco de Paula Aizcorbe Bausili, en nombre de la repetida Compañía, y actuando como Presidente de su Consejo de Administración nombrado en la Junta general ordinaria de 29 de mayo de 1952, la Dirección confirma la nota del Registrador, mediante la diáfana y brillante doctrina siguiente:

Que en el acta notarial presentada a inscripción no consta la fecha de inscripción de la convocatoria en el «Boletín Oficial» ni en el «Correo Catalán», datos de gran interés, ya que a partir de la última fecha ha de computarse el plazo que debe mediar entre la convocatoria y la celebración de la Junta, según el artículo 53 de la vigente Ley de Sociedades anónimas, que ha de estimarse de derecho necesario; que por otra parte dicha convocatoria no aparece firmada con el nombre y apellidos de quien la hizo, sino que simplemente lleva la antefirma de «El Presidente del Consejo de Administración», práctica al parecer admitida en los usos mercantiles, pero que puede dar lugar a suplantaciones, y en el caso objeto del recurso, por la propia aseveración del recurrente, consta que tal convocatoria fué autorizada en la forma dicha por don Joaquín Gomis, quien a la sazón no ostentaba aquel cargo de Presidente, que había ejercido con anterioridad, y así, aunque apareciese aún su nombre en el Registro Mercantil, es evidente que no estaba legitimado para hacer

tal convocatoria, facultad que la Ley atribuye a los efectivos administradores de la Sociedad, pues en este caso la inscripción no tiene virtualidad suficiente para oponerse y vencer a una realidad extrarregistral conocida por los socios, tratándose de relaciones internas entre los mismos, la Compañía y sus órganos representativos.

Que el segundo de los defectos antes apuntados fué sólo recogido en el acuerdo del Registrador, con base en las propias afirmaciones del recurrente, y que el requerimiento notarial para la ampliación del orden del día fué practicado con fecha 22 de mayo, o sea siete días antes de la celebración de la Junta, cuando no había posibilidad material del anuncio con la antelación debida para que llegasen a conocimiento de los restantes socios los nuevos temas a tratar, requisito que se considera ineludible, aunque no lo prevea la Ley, por la razón obvia de que de otro modo podría burlarse el espíritu de ésta y especialmente su citado artículo 53 sobre plazo y forma de convocatorias con sólo anunciar al público como tema cuestiones baladíes, dejando las fundamentales para la ampliación del orden del día; observándose, además, que dicho requerimiento fué practicado en la persona del señor Cabaní, Consejero-Delegado que el recurrente afirma hallarse igualmente destituido, todo lo cual constituye vicio de origen que por sí solo impediría reconocer validez a los nuevos extremos discutidos y acuerdos tomados.

A mayor abundamiento, que en la convocatoria aparece modificando el plazo de cinco días establecido por el referido artículo 59 en su nueva redacción, y sin pasar a decidir sobre si tal plazo es o no de derecho necesario, debe estimarse que si lo es, en cambio, el depósito previo en la forma indicada por los Estatutos o en la convocatoria como medio de legitimar la cualidad de socio y el derecho de asistencia a las Juntas, extremo que tampoco resulta cumplido del acta sometida a calificación.

Que basta la tenencia de las acciones al portador y su depósito previo en la forma prevista por los Estatutos o en la convocatoria para el ejercicio de un derecho tan fundamental como el de asistencia a Juntas y el de voto, según se desprende del artículo 59 de la Ley de Asociaciones Anónimas; y aunque el desembolso no conste en el Registro, razón única en que se apoyan los recurrentes, se deduce de sus propias manifestaciones y de la escritura de emisión que tal desembolso hubo de efectuarse con la consiguiente adjudicación en pago o para pago de créditos existentes contra la Sociedad.

y de no haberse realizado, en todo o en parte, constaría así de los mismos títulos y no habría lugar a un acuerdo sobre unos derechos total o parcialmente inexistentes; careciendo en los demás supuestos la Junta general de potestad para negar tales derechos a acciones de capital desembolsado con una u otra formalidad, porque tal extremo, como afirma la Sentencia del Tribunal Supremo, de 20. de octubre de 1918, no puede en Ley ni en derecho ser tema de sus deliberaciones sin traspasar los límites de su soberanía, ya que afecta y hiere a la esencia misma de la acción mercantil el privarle del más sustancial y primordial de sus derechos, como es el de votar en sus Asambleas.

En efecto, que si es obligatorio hacer constar en el Registro la particularidad de la suscripción y desembolso, a fin de dar certidumbre a estas relaciones de responsabilidad en beneficio y garantía de terceros interesados, la omisión de tal requisito —que sólo constituiría defecto subsanable para la calificación de un «quórum», que se lograse con tales acciones y la consiguiente inscripción de los acuerdos que se tomaran —no puede ser imputada a los tenedores de las acciones ni poseer trascendencia y virtualidad para privar a éstos de la esfera de sus relaciones internas del ejercicio de derechos fundamentales que la Ley les reconoce, pues de otro modo quedarían éstos a merced de los administradores, a quienes el artículo 112 del Reglamento del Registro Mercantil impone tal obligación, y aun procediendo éstos con diligencia, tendrían que quedar en suspensión esos derechos durante el tiempo necesario para el otorgamiento de la escritura o formalización del acta notarial, liquidación del impuesto y presentación en el Registro, y no pudiendo, por tanto, privarse del derecho de asistencia y voto a las 700 acciones emitidas y adjudicadas —sin perjuicio, como se ha dicho, de la obligada justificación del desembolso previamente a la inscripción de los acuerdos—, resulta evidente que no se ha obtenido en este caso el «quórum» preciso que exige el artículo 51 de la citada Ley.

Que aunque la Junta ordinaria, y como consecuencia de censurar la gestión social, pudiera tomar el acuerdo de destituir al Consejo de Administración sin que tal extremo se hubiera insertado en el orden del día, una recta interpretación del artículo 50 parece indicar que ello había de ser consecuencia del examen de las cuentas y balance del ejercicio anterior, cuya desaprobación puede motivar tal acuerdo; pero precisamente en dicha Junta se reconoce que no

pudieron examinarse las cuentas, balance y Memoria «por carecer los señores accionistas presentes de los libros y elementos de juicio necesarios», ni se acordó tampoco sobre la distribución de beneficios, quedando así incumplida la finalidad de la Junta ordinaria, que portan singulares medios vino a transformarse en una simple reunión de presuntos socios, sin convocatoria, publicidad, «quórum ni orden del día».

Tal que en temario reduce las cuestiones planteadas en el recurso la Dirección, según los cinco apartados que figuran como encabezamiento. Y en su resolución, señala normas, fija posiciones, que por hoy son las más auténtica interpretación de la sistemática vigente sobre Sociedades anónimas.

Como se sabe, se discutió en la doctrina si podría sustituirse el sistema público de convocatoria a las Juntas, por el de comunicación directa a cada accionista, basándose en que el conocimiento por éstos es la finalidad del legislador y tal intención se satisface por ese último procedimiento. La tesis contraria sostiene que en las deliberaciones tienen interés los terceros que se encuentran afectados por la marcha social, de la cual deseen tener conocimiento (GIRÓN TENA: «Derecho de Sociedades anónimas»). A lo que hay que agregar que la convocatoria directa sólo podría funcionar prácticamente en las Sociedades de muy reducido número de socios y cuyo capital estuviese representado íntegramente por acciones nominativas (GARRIGUES y URÍA: «Comentario a la Ley de Sociedades anónimas»).

Al expresar la Dirección «que a partir de la última fecha de la inserción de la convocatoria ha de computarse el plazo que debe mediar entre aquélla y la celebración de la Junta, según el artículo 53 de la Ley de Sociedades anónimas, que ha de estimarse de derecho necesario», creemos resuelto el problema a favor del sistema público de convocatoria, sin que quiera derogación por vía estatutaria, como, por ejemplo, la posibilidad de fijar en los Estatutos la fecha de celebración de la Junta (art. 50). Como consecuencia estimamos que el conocimiento de hecho, obtenido por la comunicación personal de los accionistas, con omisión de pública convocatoria, debe dar por resultado la nulidad del acuerdo (en contra, GIRÓN TENA, obra citada, pág. 288).

Por demás interesante el siguiente Considerando —2º de los que inmediatamente anteceden—, la ampliación del orden del día

que en caso pueda efectuarse, debe sujetarse a los mismos plazos y formalidades que la convocatoria, pues de otro modo podría burlarse el espíritu de la Ley y especialmente el artículo 53. Como dice RODRIGO URÍA —ob. c.—, la expresión de la Ley: «todos los asuntos que han de tratarse», tiende a evitar cualquier sorpresa, ya que el accionista necesita conocer anticipadamente los asuntos sobre los cuales ha de manifestar su voluntad emitiendo el voto; por ello, las fórmulas «asuntos varios» o «asuntos de régimen interno», no deben estimarse suficientes.

Esto, no obstante, dice el citado comentarista, de acuerdo con GARRIGUES («Tratado», II, pág. 992), que acaso el principio no deba llevarse a sus últimas consecuencias, pues por razones de verdadera urgencia en casos excepcionales es aconsejable admitir que las Juntas puedan acordar sobre algún asunto que no figure en el orden del día. No hace falta decir, sin embargo —añade con cautela—, que en último extremo serán los Tribunales de Justicia los llamados a decidir como cuestión de hecho si existieron o no razones imperiosas que justifiquen la intervención de la Junta en asunto que no figure en el orden del día.

Pero para el Registrador, según nosotros, no puede haber opción: su posición debe ser la de no admisión de acuerdos que no figuren previamente en el orden del día o su ampliación en forma. Ahora bien, respecto de las incidencias que surjan derivadas de los asuntos del orden del día, en completa y clara conexión, sí que es indudable su licitud o aprobación de tales incidencias.

Muy flexible el Considerando cuarto, conceptúa de derecho necesario el depósito previo de las acciones en la forma indicada por los Estatutos o en la convocatoria como medio de legitimar la cualidad de socio y el derecho de asistencia a las Juntas. No obstante lo expresado, entendemos con RODRIGO URÍA que «los Estatutos no podrán modificar el régimen de requisitos exigidos en el artículo 59, aumentando, por ejemplo, el plazo de antelación de cinco a diez días, o exigiendo, además de ese plazo, otras condiciones como requisito indispensable para poder asistir a las Juntas» (ob. c., página 558). Es decir, que podrá modificarse, estatutariamente o en la convocatoria, el plazo de depósito o de inscripción, según sean al portador o nominativas, reduciendo los cinco días que señala el artículo 59, pero no aumentándolos. De esta forma se podrá evitar el

tráfico sobre acciones con el mero fin de participar en las Juntas, haciendo que éstas se influyan por intereses, ajenos a los de la Empresa. (ver GIRÓN/TENA, pág. 292). El resto de los Considerandos recoge y desenvuelve en forma clara y precisa el apartado segundo de la nota del Registrador y el alcance de la Resolución de 23 de mayo de 1952, que pudiera parecer contraria a la doctrina en ellos expuesta.

GINÉS CÁNOVAS

Enviado por el Registrador de la Propiedad de Madrid, 20 de junio, 1957.

La autoridad competente ha establecido que el apartado segundo de la nota del Registrador de la Propiedad de Madrid, de 23 de mayo de 1952, no contradice la doctrina en los apartados I y II de la Resolución de 23 de mayo de 1952, que establece que el tráfico sobre acciones con el mero fin de participar en las Juntas, haciendo que éstas se influyan por intereses, ajenos a los de la Empresa, es contrario a la legislación.

## ESTUDIOS DE DERECHO HIPOTECARIO Y DERECHO CIVIL

POR

D. JERÓNIMO GONZALEZ Y MARTÍNEZ

Prólogo del Excelentísimo Señor Don José Castán Tobeñas,  
Presidente del Tribunal Supremo

Precio de la obra: 175 pesetas.

Publicados los tres tomos.

Envíos contra reembolso, con aumento de dos pesetas.

Los pedidos a la Administración de

REVISTA CRÍTICA DE DERECHO INMOBILIARIO

ALCALÁ, 16. 5.<sup>o</sup>, n.<sup>o</sup> 11 - MADRID

# Jurisprudencia del Tribunal Supremo

SENTENCIA DE 18 DE ABRIL DE 1953.—*Inaplicación del artículo 36 de la L. A. U. a los locales de negocio.*

No puede prosperar el motivo en el que se alega la falta de aplicación del artículo 36 de la Ley de Arrendamientos Urbanos por no haber sido demandada la persona jurídica a quien la demanda hizo aportación, según viene a reconocer ella misma en cierto modo de sus derechos en el local objeto del arrendamiento, y de la que ella forma parte, porque el aludido precepto que exige sea demandado el cessionario juntamente con el cedente se refiere exclusivamente al subarriendo o cesión de vivienda, según sus propios términos, pero no al del local de negocio, y no es posible aplicarlo al caso de autos por analogía, no obstante lo revéndido en el artículo 13 de dicha Ley, porque precisamente se trata de dos especies o figuras de arrendamiento: el de vivienda y el de local de negocio, que merecen del legislador un tratamiento distinto, y así lo ha reconocido ésta Sala en reiterada jurisprudencia.

SENTENCIA DE 24 DE ABRIL DE 1953.—*Artículo 131 de la L. A. U.*

La cuestión única que el recurso plantea consiste en decidir si, propuesta al arrendatario el pago de cualquiera de los incrementos o diferencias sobre la renta que autoriza el capítulo IX de la Ley de Arrendamientos Urbanos, y no admitida tal obligación, pueden prosperar las acciones que el artículo 131 de la propia Ley confiere al arrendador cuando en la demanda se pide una cantidad inferior a la pretendida, siquiera la que es objeto del juicio resulta legalmente procedente.

El principio fundamental de los artículos 129 y 131 no es otro que el de evitar percepciones excesivas por parte de los arrendadores y negativas infundadas por la de los arrendatarios, a cuyo fin previene el primero que para que aquéllos tengan derecho al percibo de los incrementos referidos deberán notificar a los inquilinos o arrendatarios las cantidades que a su juicio deben abonar y la causa de ello; confiriéndolo al 131 a los propietarios, si los inquilinos no admiten la obligación de pago, el derecho de optar entre reclamar las diferencias o resolver el contrato, siempre que la elevación propuesta resultare legítima, de lo cual se infiere que no es da-

ble al arrendador proponer una elevación excesiva, y, ante la oposición al pago del arrendatario, ejercitar cualquiera de las acciones que otorga el artículo 131, rectificando la propuesta a base de pedir una cantidad inferior a la pretendida, al amparo del 129; porque si eso fuera lícito se habría arbitrado un medio para resolver los contratos o sancionar con una forzosa imposición de costas al arrendatario que no se negó nunca al abono de la cantidad que en la demanda se le reclama, razón por la cual el artículo 131 estatuye que se desestimará la demanda tanto por no proceder aumento alguno como cuando éste procediere en cantidad inferior a la pretendida.

~~SENTENCIA DE 18 DE MAYO DE 1953.—Causa 10 del artículo 149 de la L. A. U.~~

El recurrente alega la infracción del artículo 149, causa 10, y del 78 en relación con el 90 de la L. A. U., sosteniendo que la Ley exige que el dueño del local reclamado se halla de presente establecido en actividad de comercio en local que ocupe como arrendatario con un año de antelación al requerimiento para desalojarla, manifestando que el dueño en este caso no ocupaba cuando formuló la demanda el local destinado a almacén, pues había sido lanzado del mismo; añadiendo que los almacenes no son viviendas y que el guardar mercancías en un local determinado no implica ejercer actividad de comercio, citando al propio tiempo el artículo 11.281 del Código civil, referente a la interpretación de los contratos; y el 359 de la Ley de Enjuiciamiento civil; pero las aludidas argumentaciones son completamente sofísticas, pues mal podría en casos como el presente exigirse la posesión, por parte del propietario, demandante del local arrendado, puesto que precisamente el hecho de haber sido lanzado judicialmente de éste es lo que puede dar lugar a la necesidad de ocupar el que reclama, y aun cuando es cierto que, conforme al artículo 10 de la Ley, los almacenes tienen consideración legal de vivienda, ello no quiere decir que cuando el propietario que ejerce la profesión de comercio se vea privado de un almacén indispensable para el ejercicio de su comercio no pueda reclamar otro local de circunstancias parecidas en su propia finca, pues el almacén en este caso se relaciona intimamente con la existencia de su industria o negocio, y, por otra parte, también el propietario puede reclamar la vivienda, por necesitarla para sí, y análogamente, si el local destinado a almacén es necesario para el ejercicio del comercio o industria a que el propietario está dedicado, hay que considerar a éste como establecido en actividad de comercio para ejercitar la acción dinamada de la propia necesidad.

#### PROCESAL

~~SENTENCIA DE 25 DE MARZO DE 1953.—Beneficio de pobreza.~~

Los únicos recursos de que dispone la actora son una pensión de 300 pesetas mensuales, que recibe de la Compañía de Tranvías de Barcelona, reducidas, descontados los impuestos, a 290,50 pesetas, y el 2 por 100, de

un capital aproximado de 20.000 pesetas en libreta de la Caja de Ahorros de Barcelona, interés que asciende a unas 400 pesetas anuales, no debiendo computarse como fuente de ingresos o modo de vivir las 80 acciones de la Sociedad «Hoteles y Deportes de Super Molina», S. A., por ser éstas improductivas, como reconoce la sentencia recurrida, resultando así una suma total de ingresos anuales de unas 3.886 pesetas; lo que da una renta diaria que no alcanza a 11 pesetas, evidentemente inferior al doble jornal de un bracero, y lo serían los recursos de la actora aunque dichas acciones no fueran improductivas y se computaran por su interés normal.

La sentencia recurrida se funda en denegar la pobreza en la posesión de las citadas 80 acciones, no obstante considerarlas improductivas, asimilando éste caso al de quien tuviera ricas alhajas, obras de arte u otros bienes no explotado pudiendo serlo, y bien se ve que una comparación entre términos o casos tan dispares o heterogéneos no pueden constituir fundamento legal, como tampoco puede aceptarse la apreciación del Tribunal a que al decir que la actora «pudo permitirse el lujo de invertir tan antieconómicamente su capital», pues es notorio que una inversión, aunque los resultados por circunstancias imprevistas la califiquen de desacertada, no es un lujo, ni siquiera una inversión antieconómica, sino un hecho que no ha respondido en la realidad a las previsiones o cálculos del inversor, como puede suceder y sucede a los inversores más prudentes y cuidadosos.

#### SENTENCIA DE 21 DE ABRIL DE 1953.—Desahucio por falta de pago.

La actora, al promover el juicio de desahucio contra los demandados, fundamenta su acción en la falta de pago por parte de éstos de la renta estipulada de la Fábrica de Harinas; uno de los demandados, el señor S., no se persona en el proceso, y la otra demandada, doña R. de L., se opone a la demanda alegando no existe obligación de pago por los arrendatarios en tanto no se dé cumplimiento al artículo 1.554 del Código civil, y señala entre las primeras obligaciones de arrendador la entrega de la cosa arrendada, y como aun los arrendatarios no han sido puestos en posesión de dicha fábrica en la forma estipulada, procede la absolución.

La índole especial y sumaria de los juicios de desahucio, y más cuando se contraen a la falta de pago de la renta, en que la prueba a practicar, conforme el párrafo segundo del artículo 1.579 de la Ley de Enjuiciamiento civil, queda reducida a la de confesión judicial, o el documento o recibo en que conste haberse verificado dicho pago no permiten discutir excepciones, propuestas improcedentemente a todas luces, por lo que, justificada plenamente la existencia del contrato de arrendamiento que consta en la escritura pública de 20 de junio de 1950, reconocida por los contendientes, e igualmente la falta de pago de la merced arrendaticia del Tribunal a que aplicó con rectitud los artículos 1.545 y 1.549 del Código civil sin quebrantar en lo más mínimo los artículos 1.543, 1.555 y 1.554 del Código civil, pues el primero de los tres citados últimamente se contrae a la definición del contrato de arrendamiento sin mediar violación de doctrina legal, ya que las sentencias citadas en el recurso no hacen referencia a casos distin-

tos al presente, donde se ventilaban cuestiones generalmente en juicio ordinario.

**SENTENCIA DE 29 DE ABRIL DE 1953.—Prueba de presunciones.**

Dentro del principio general de la soberanía del Tribunal de Instancia para apreciar las pruebas, nuestra legislación y constante jurisprudencia, entre otras Sentencias en las de 12 de noviembre de 1904, 9 de enero de 1947, 13 de febrero de 1951 y 10 de junio de 1952, admiten su impugnación cuando se ha incidido en error evidente en la apreciación y construcción por el Tribunal de la prueba de presunciones al no guardar entre sí el hecho demostrado y el que trata de deducir el enlace preciso y directo según las reglas del criterio humano que exige el artículo 1.253 del Código civil.

**LA REDACCIÓN**

## Jurisprudencia sobre el Impuesto de Derechos reales

*Resolución del Tribunal Económico-Administrativo Central de 13 de noviembre de 1951*

LA DEUDA DEL CAUSANTE GARANTIZADA CON HIPOTECA ES DEDUCIBLE EN LA HERENCIA DEL MISMO Y CAUSA LA CORRESPONDIENTE LIQUIDACIÓN POR EL CONCEPTO ADJUDICACIÓN PARA PAGO, AUNQUE LA DEUDA NO ESTÉ VENCIDA EN EL MOMENTO DEL FALLECIMIENTO DE AQUÉL.

*Antecedentes:* Al practicar la liquidación de cierta herencia existía una finca hipotecada por el causante en garantía de una deuda por él contraída en escritura pública, debidamente inscrita en el Registro de la Propiedad. La deuda garantizada no estaba vencida al ocurrir el fallecimiento, y la Oficina liquidadora, al practicar la liquidación, prescindió de la deuda hipotecaria y consideró que todo el caudal se transmitía a los herederos como herencia. Es decir, que no dedujo la deuda hipotecaria.

El interesado entabló recurso ante el Tribunal Provincial, fundándolo en que el capital de la deuda era deducible porque según el artículo 1.429 de la Ley de Enjuiciamiento civil las escrituras públicas llevan siempre aparejada ejecución como cualidad inherente a ellas y si bien es verdad que para poder entablar la acción ejecutiva es necesario el vencimiento del plazo, no lo es menos que este requisito no lo exige el citado artículo sino el 1.435 de la misma Ley.

El recurso fué desestimado por entender el Tribunal Provincial que la deuda hipotecaria no era ejecutiva al no estar vencido el plazo de la misma en el momento del fallecimiento del causante y en su consecuencia, el caso no encajaba en el apartado 1) del artículo 101 del Reglamento, sin que quepa tampoco incluirla en el apartado 3) del mismo precepto, porque éste se refiere a deudas no comprendidas en los párrafos anteriores y las hipotecarias lo están o pueden estarlo en el apartado 1).

El Tribunal Central revoca el acuerdo del inferior y dice que conforme dispone el artículo 100, apartado 2) del Reglamento en las transmisiones a título lucrativo, la no deducción como cargas de las hipotecas y las fianzas no será obstáculo a que las deudas que garanticen en la parte pendiente de pago puedan ser deducidas si concurren las circunstancias del artículo siguiente, el cual, en su apartado 1) dice que lo serán siempre que se acredite su existencia por documento de indudable legitimidad y que lleve aparejada ejecución a la fecha del fallecimiento del causante a tenor del artículo 1.429 de la Ley de Enjuiciamiento civil; y como, según el número 1.º de este precepto las escrituras públicas, si son primeras copias o si son segundas y han sido expedidas por mandato judicial, están adornadas de tal cualidad, está claro que la deuda en cuestión tiene el carácter de deducible, sin que a ello sea obstáculo el que la deuda no esté vencida en la fecha de la defunción, pues una cosa es el carácter ejecutivo del título por su propia naturaleza de escritura pública, y otra el que la acción ejecutiva no pueda ser iniciada hasta que llegue el momento del vencimiento de la obligación.

A ello añade la Resolución que lo que el artículo 101 busca es el salvaguardar los derechos del Fisco, como lo están con el precepto aludido así interpretado, y que la interpretación expuesta es la aplicada constante y unánimemente por todas las Oficinas liquidadoras del Impuesto; y en su consecuencia anula la liquidación y ordena girar las que correspondan por herencia y por el concepto de adjudicación para pago.

*Comentarios:* Es tan clara y procedente la solución dada como extraño el criterio de la Oficina liquidadora, en contra de la práctica de las Oficinas liquidadoras sin excepción.

El apartado 1) del artículo 101 exige ciertamente que el título en que la deducción de una deuda se funde, tenga la condición llevar

aparejada ejecución, pero no hay qué olvidar que el 1.429 de la Ley de Enjuiciamiento civil que aquél invoca dice categóricamente que tienen aparejada ejecución las escrituras públicas si son primeras copias o si son segundas, que estén dadas en virtud de mandamiento judicial, y no condiciona la posible deducción a que la ejecución pueda despacharse desde luego, puesto que una cosa es la naturaleza del título en sí y otra el momento en que la acción, nacida y viva, pueda ejercitarse, lo cual, según dispone con toda lógica el artículo 1.435 de la repetida Ley procesal no tiene lugar hasta que «haya vencido el plazo de la obligación».

Aparte de estas consideraciones de orden puramente jurídico, median otras de carácter jurídico-social, que refuerzan el punto de vista del Central.

Supuesto que la deducción o rebaja de la deuda proceda, puede ser más favorable al contribuyente la no deducción que la deducción. Ello es claro: la deducción, como es sabido, no supone que por las cantidades deducidas deje de tributar el heredero adquirente, puesto que nacerá ineludiblemente el concepto de adjudicación en pago o para pago al tipo de adjudicación de inmuebles o de muebles, según que se adjudiquen unos u otros, y siendo esto así, fácilmente se ve que siempre que el tipo de liquidación aplicable por herencia sea menor que el de adjudicación, al heredero le será más beneficioso que la deducción no se realice.

Pero, aparte de esta consideración, que no dejaba de ser tenida en cuenta por los mentores del contribuyente, sobre todo cuando antes de las últimas elevaciones de las tarifas, si se trataba de herencias a favor de descendientes, era generalmente más beneficioso el tipo de herencia que el de adjudicación, lo cierto es, como dice la Resolución comentada, que la finalidad del apartado 1) del artículo 101 —que es la de que la deuda esté suficientemente justificada— queda perfectamente cumplida con la escritura pública, y eso supuesto, es intrascendente que la deuda esté o no vencida, puesto que su pago indefectiblemente grava a los herederos y no se puede decir que el capital que ella representa lo adquieran a título de herencia.

*Resolución del Tribunal Económico-Administrativo Central de 13 de noviembre de 1951*

Reafirma la doctrina de Resoluciones anteriores, como las de 8 de febrero de 1949 y el 27 del mismo mes de 1951, en el sentido de que la notificación tácita a que se refiere el artículo 106, párrafo 3), no tiene aplicación más que cuando la comprobación se efectúa por alguno de los medios señalados en el párrafo último del artículo 85, o sea, por aquéllos contra los que no cabe reclamación. En los demás casos ha de notificarse en forma reglamentaria la comprobación practicada, y si en el plazo de quince días no se interpone reclamación se gira la liquidación correspondiente sobre el valor comprobado, y en otro caso sobre el declarado.

*Resolución del Tribunal Económico-Administrativo Central de 27 de noviembre de 1953*

Se discutió el problema de si a una escritura de préstamo hipotecario otorgada con anterioridad a la vigencia del actual Reglamento había de aplicársele, al ser subastados los bienes, las normas comprobatorias de ese Reglamento o las del de 1941.

Sabido es que el artículo 61 de ambos Reglamentos se diferencia en que el de 1941 establece que en las transmisiones de inmuebles hipotecados mediante subasta, se tomará el precio que en ella resulte, salvo que la Dirección General autorice al liquidador para que compruebe por los medios reglamentarios, mientras que en el vigente de 1947 se faculta al liquidador para que sin más, compruebe, incluso por el valor dado a los bienes para el caso de subasta a los efectos del procedimiento sumario de la Ley Hipotecaria.

En el caso que nos ocupa se trataba de un préstamo hipotecario otorgado en 1946, en el que los bienes habían sido valorados, a los efectos de la subasta, en 1.400.000 pesetas y ello, no obstante, en la subasta produjeron sólo 800.000 pesetas.

La Oficina liquidadora tomó aquella valoración utilizando al efecto ese medio comprobatorio, y el contribuyente entendió que el aplicable era el Reglamento de 1941 y no el vigente, porque la escritura de hipoteca era anterior a éste y el del 41 mandaba atenerse al precio obtenido en la subasta, salvo autorización de la Dirección para comprobar.

Desestimada la reclamación por el Tribunal Provincial, el Central dice que la cuestión «ha de resolverse teniendo en cuenta que las disposiciones transitorias señaladas con el número uno, tanto en la Ley como en el Reglamento de 1947, establecen que sus preceptos en cuanto modifiquen los anteriores, y salvo que las transitorias de la Ley ordenen otra cosa, se aplicarán los actos y contratos causados o celebrados a partir de 1.º de enero de 1947, sin que exista precepto alguno en las transitorias de la Ley que se oponga a la aplicación del nuevo Reglamento al supuesto que se resuelve, por lo cual es evidente que causado el acto traslativo del dominio —o sea la adjudicación judicial— en el mes de abril de 1950, es procedente la aplicación del Reglamento de 1947 y, por ende, la comprobación de valores y la liquidación está bien practicada».

*Resolución del Tribunal Económico-Administrativo Central de 4 de diciembre de 1953*

EN NUESTRA LEGISLACIÓN NO ESTÁ PROHIBIDA LA ACUMULACIÓN DE LAS ACCIONES DE UNA SOCIEDAD ANÓNIMA EN UNA SOLA MANO; Y, POR LO TANTO, EL ACTO EN VIRTUD DEL CUAL SE PRODUZCA ESA CONCENTRACIÓN NO DA LUGAR A LIQUIDACIÓN POR DISOLUCIÓN DE SOCIEDAD.

*Antecedentes*: En 1938 se constituyó y liquidó por Derechos reales una Sociedad anónima. El capital se fijó en 25.000 pesetas, dividido en 25 acciones de 1.000 pesetas, consistiendo las aportaciones de los tres socios en una casa y 5.000 pesetas en metálico.

La Oficina liquidadora comprobó en valor de la casa en 215.580 pesetas y sobre esa base giró la liquidación, prescindiendo del metálico.

En 1943 y en virtud de expediente de investigación, fué presentando un documento privado en el que uno de los socios resultó ser adquirente de las mencionadas 25 acciones, representativas del total capital social, y en su vista, la Oficina liquidadora dictaminó en dicho expediente, diciendo que «estas acciones han dejado de serlo para convertirse en participaciones de propiedad, y como tal se liquida la extinción de Sociedad sobre el capital social...»

Se giró, pues, en su consecuencia, una liquidación por concepto

de compraventa sobre la base del valor de 215.580 pesetas que fué según va dicho el comprobado de la casa aportada a la Sociedad, al ser ésta constituida.

El adquirente de las 25 acciones recuirió, tachando de improcedente la liquidación «por no disolverse la Sociedad por el hecho de estar todas las acciones en poder de una sola persona», y porque aunque el contrato de Sociedad exija por lo menos dos personas a tenor de los artículos 1.665 del Código civil y 116 del de Comercio, no son necesarias esas circunstancias en las Sociedades anónimas para su continuación por ser de capitales y no de personas; y aun mediando causa de disolución, la personalidad de la Compañía continúa durante el período de liquidación, y se necesita adjudicación expresa de los bienes para adquirir la propiedad de los mismos, y, además, y admitida en hipótesis la posibilidad de la disolución, procedería solamente practicar la liquidación provisional por disolución sin que ello pueda implicar de ninguna manera la conversión de las acciones en títulos de dominio sobre el inmueble que forma el activo social.

El Tribunal Provincial acordó anular, sin ser sustituida por otra, la liquidación por compraventa impugnada, en un razonado acuerdo que no detallamos ahora, ya que lo faremos al hacernos cargo más adelante de la Resolución del Central.

La Dirección General de lo Contencioso, en uso de sus facultades reglamentarias, entabló recurso ante el Central.

Sus razonamientos son del tenor siguiente: empieza por sentar que si el documento privado se considera como justificativo de una simple transmisión de acciones, no está sujeto al impuesto, según, el artículo 48 del Reglamento, y la entrega de dinero sería un acto exento de los previstos en el número 6.º, artículo 6.º del mismo Reglamento, y por el contrario, si se considera disuelta la Sociedad desde el momento en que la propiedad de las acciones, está en una sola mano, dicho documento no puede calificarse como de simple transmisión de acciones, que ya no existirían, sino de transmisión de una parte del patrimonio del vendedor; por todo lo que el problema está en determinar si la concentración de acciones en una mano da lugar a la disolución de la Sociedad.

La Dirección se inclina por la afirmativa y sus razonamientos no los detallamos porque se deducen claramente de los del Tribunal

Central al desestimarlos en la Resolución que reseñamos, con lo que se evitan repeticiones.

Dice, pues, el Central que dentro del Derecho positivo español —concretamente en el Código de Comercio— las Compañías anónimas solamente se disuelven por las cuatro causas que su artículo 221 señala, ninguna de las cuales es la aludida, concentración de acciones, por lo cual hay que sostener la improcedencia del aumento de las causas dichas, y si bien para la constitución de las Compañías, de acuerdo con el artículo 116 del mismo texto legal, se requiere imprescindiblemente la pluralidad de socios, es lo cierto que esa circunstancia no tiene el mismo carácter esencial para la subsistencia posterior de las Sociedades:

Se refiere después a la Resolución de la Dirección General de los Registros, de 11 de abril de 1945, citada por el Tribunal inferior, por la que se revocó una nota del Registrador denegatoria de una inscripción de modificación de Estatutos de Sociedad anónima, en la que el otorgante era el único poseedor de las acciones, fundado en que ello implicaba la disolución, y dice que esa Resolución, sin desconocer los inconvenientes de la coexistencia de los patrimonios individual y social, estima que debe reputarse improcedente aumentar oficiosamente las causas de disolución de las Compañías; y, en el reducido ámbito de una calificación registral, declarar extinguido «ipso facto» la Sociedad..., dados los daños que pudieran oca-sionarse, los complejos y graves problemas que podrían surgir, la falta de gestión previa promovida por acreedores u otros interesados para oponerse a la subsistencia de la Empresa, la confusión que se provocaría en las Sociedades de tipo familiar, donde por sucesión «mortis-causa» no es difícil la acumulación de acciones en una sola mano y la posibilidad de restablecer el equilibrio social transitorio o excepcionalmente alterado en el caso de que parte de las acciones volviesen a la circulación, toda vez que el repetido Código no señala plazo alguno para la adquisición de acciones por otra u otras personas, ni condiciona o prohíbe su enajenación judicial o extrajudicial.

A continuación discurre el Tribunal con apoyo en una consideración de Derecho positivo actual novísimo, y dice que actualmente, en el capítulo IX, artículos 150 al 171 de la Ley de 17 de julio de 1951, referente a las Sociedades anónimas, no se comprende tampoco como causa de disolución y liquidación de las mismas el que todas las acciones sean de propiedad de un solo accionista; y que

en el apartado VIII de la Exposición de Motivos del texto legal se expresa que, rindiendo tributo a realidades que no pueden desconocerse, la Ley no considera causa de disolución la reunión de todas las acciones en una sola mano, debido sin duda, a que la omisión de esa causa de disolución que, a primera vista, viene impuesta por la naturaleza de la Sociedad, como resultado del acuerdo de voluntades, no es otra cosa sino un homenaje a la sinceridad de que todo legislador debe hacer gala cuando advierte un divorcio entre la realidad y lo legislado; y la realidad es que, aun en el supuesto de reunión de acciones en una sola mano —que con harta facilidad pudo eludirse mediante la interposición de verdaderos festaferros— no debe producirse la inmediata disolución de la sociedad, por lo menos mientras subsista la posibilidad de que la normalidad se produzca, restableciéndose la pluralidad de socios.

Añade a continuación el Tribunal que la precedente doctrina de la Ley de Sociedades anónimas no tiene el carácter de innovación legislativa, sino de reconocimiento de un estado de derecho anterior a la misma; y como corolario de todo determina que el contenido del documento en cuestión ha de estimarse como una simple transmisión por contrato de acciones de una Sociedad, cuya transmisión, al estar realizada en documento privado y no en escritura pública no está sujeta al impuesto, conforme al artículo 48 del Reglamento del Impuesto.

Diremos por vía de comentario que esta cuestión es sumamente interesante y de puro Derecho civil, siquiera ello tenga fundamental trascendencia en orden a las consecuencias fiscales. Claro es que la calificación del acto es siempre trascendente a los efectos del impuesto, pero en éste caso lo es de una manera especial.

En el terreno de la doctrina está siendo muy debatido el asunto, y en el del Derecho positivo no hay más antecedente que el citado, el cual, si no resuelve de lleno la cuestión, sí induce claramente a pensar que el legislador es partidario de que la concentración de acciones en una sola mano no debe dar lugar a la disolución de la Sociedad.

En el terreno jurisprudencial no conocemos más Sentencia que la de 13 de junio de 1891, la cual no es de exacta aplicación al caso porque regula uno anterior a la vigencia del actual Código mercantil.

## VARIA

EL PUEBLO ESPAÑOL Y SU DESTINO, por don Antonio Almagro.—*Ensayo y guiones para una enseñanza popular.*—Madrid, 1952 (Delegación Nacional del Frente de Juventudes).

Hace años que don Rafael Altamira, catedrático de la Universidad de Madrid, en el discurso preliminar a la Historia Universal de Oncken, se preguntaba: ¿Existe un plan, consciente o inconsciente, propio o impuesto por un poder ajeno y superior, en la historia humana? ¿Hay para ella una meta, dentro de lo humano y terrestre, hacia la cual se dirige y que interiormente explica los movimientos de los pueblos? ¿O nos movemos por azar, impulsados tan sólo en cada instante, empíricamente, por el anhelo elemental de satisfacer las necesidades básicas de nuestra naturaleza física y los apetitos irreductibles de nuestro espíritu en sus condiciones y pasiones fundamentales?

La contestación a estas preguntas es, nada menos, que la razón de ser de la Filosofía de la Historia, porque la Historia comprende muchos hechos sucesivos y simultáneos, eslabonados y dispersos, de todas y cada una de las manifestaciones de la vida, en el más amplio sentido de la palabra vida, fuertemente influídos por circunstancias de lugar y tiempo. Indagar su nacimiento, desenvolvimiento y finalidad (los hechos no mueren: se olvidan o se desconocen, pero ahí están, aun cuando permanezcan ocultos y nunca salgan a la luz del día), bien globalmente o bien particularizando en determinada esfera, equivale a descubrir el misterio de la historia, a retratar el

espíritu de lo material y a elevarse hasta penetrar los designios del Sumo Poder : de Dios.

La labor asusta, por lo ardua y por lo imposible. Pero, sin embargo, de la reiteración de los hechos en un limitado campo, de su encadenamiento lógico, de su terquedad en prevalecer con igual fisonomía, a pesar del tiempo puede llegarse a ciertas conclusiones que reúnan garantías de certeza y de verdad, dentro de la relatividad de nuestro mundo. Conclusiones tal vez distintas según los intérpretes, pero que a su vez se afirman por la coincidencia en alguna o algunas, de los mejores, los más dotados, los más sabios e incluso de los más (siempre dentro del grupo selecto; nunca el más en sentido de masas). Entonces la conclusión adquiere visos de veracidad y puede y debe aceptarse : lleva la garantía jurídica de los hechos probados.

No debe tampoco desdenarse el elemento "subjéctivo", el "sujeto" intérprete, y esperar que todos los iniciados o preparados puedan levantar el velo. No : el medio ambiente, la educación, la sangre y el sol, la luz y el aire, crean una sensibilidad apropiada para entender lo más similar; lo que nos es más afín, por mucho saber y valer que tenga quien nace, estudia y se forma en otro clima y bajo otra luna. Por eso me parece indiscutible que cuando se trata del pueblo español, del destino del pueblo español, tiene que ser un español el intérprete más adecuado.

Almagro es español y además médico, pensador y filósofo. Conoce el cuerpo, emplea el alma, y posee el espíritu preciso para percibir mediante el estudio ese algo inmaterial que es el destino, su destino, el destino nuestro, de la colectividad española, engarzando hechos y opiniones múltiples, acordes, autorizadas, sobre estos mismos hechos, que narra. No oculta la interpretación de extraños : por el contrario, la refuta y, a mi modo de ver, brillantemente, con prueba rotunda, que en el peor caso destaca con igual relieve que la interpretación extranjera y demuestra que al mismo nivel existe la opinión contraria, tan verosímil como la otra.

Y esto no es sólo algo : es un mucho. El convencido, asiente ; el adversario de buena fe, compara y deduce y tal vez cambia de opinión ; el ignorante, aprende ; el indiferente, se interesa ; el terco, tenazmente buscará nuevos hechos o nuevos argumentos, pero sin desear los contrarios que le han sido ofrecidos ; el sabio presuntuoso o el necio de mala fe, quedarán petrificados en una quietud de muerte,

precursora del olvido o del embate de elementos destructores. El orgullo y la mala fe son incompatibles con la pura filosofía.

Previo un autógrafo de Fray Justo Pérez de Urbel, laudatorio («la historia en tus manos es lo que debe ser, semilla y antorcha»), se esbozan las constantes históricas del pueblo español, esquemáticamente en la Introducción, pero con detalle en la exposición del modo de ser español, en la oposición entre España y Europa y en el concepto de la hispanidad (en las Edades Antigua, Media y Moderna), desarrolladas en una lección preliminar y en otras seis posteriores, todas con notas o citas complementarias.

El modo de ser español consiste en un tenaz y delicado sentimiento de la dignidad de cada hombre y de su superioridad sobre la naturaleza entera... ; la pasión de la eternidad y la instintiva dignidad de la personalidad española es la esencia de la manera de ser hispánica. Esta manera de ser es la constante de nuestro pueblo.

España se diferencia esencialmente de Europa. El pueblo ibero absorbe y domina finalmente a la bárbara minoría racista (la riada invasora germánica y asiática), mientras más allá de los Pirineos las reiteradas y cada vez más numerosas invasiones acaban por imponer plenamente el germanismo a sus poblaciones, exterminando o reduciendo a servidumbre a los primitivos pobladores romanizados. Más tarde, la invasión musulmana obliga a los españoles a dar frente al Sur, volviendo la espalda al resto de Europa durante cerca de ocho siglos, precisamente para protegerla y salvarla.

Por último, entre las formas de vida y de cultura, los modos tradicionales de ser de Oriente y Occidente, se dibuja un tercer mundo cultural, otra manera original de enfrentarse a la existencia : la amplia y delimitadora concepción de la Hispanidad.

En apoyo de estas tesis, desfilan las máximas autoridades del pensar, los mejores historiadores y los filósofos más profundos, antiguos y modernos. Las citas son constantes y las notas histórico-críticas cuelgan, arracimadas, de las páginas. Unase a lo expuesto la afirmación isidoriana de la decadencia de España si abandona la fe católica, perenne e inmutable, y nuestro concepto de la dignidad humana, nuestro individualismo, nuestra subordinación de lo material a lo espiritual, nuestra idea de la libertad y de la soledad (porque todo lo grande que España acometió y llevó a remate feliz, España lo hizo sola, según Manuel Penella de Silva), engarzado todo con nuestra conciencia católica, intransigente acaso, pero que nos es

peculiar y tendremos una ligera perspectiva del profundo análisis realizado por Almagro. Item más. El librito, según se lee en la contraportada, no se vende. De ser cierto, convendría una mejor y mayor difusión, si no en un sentido de negocio material, sí en el más elevado de negocio espiritual, pues el bien hay que repartirlo cuando el mal está al alcance de todos.

En suma, una magnífica lección de historia por quien no es historiador profesional, sino tan sólo un español.

PEDRO CABELLO

Registrador de la Propiedad