

DIRECCION GENERAL DE JUSTICIA

Jurisprudencia de la Subdirección de los Registros y del Notariado

- I. ANOTACIÓN DE EMBARGO EN JUICIO EJECUTIVO. NO PUEDE ADMITIRSE CUANDO LO EMBARGADO SE HALLA INSCRITO EN FAVOR DE TERCERO, EN TANTO NO CONSTE HABER SIDO REQUERIDOS DE PAGO LOS TITULARES SEGÚN EL REGISTRO. HEREDEROS DEL DEUDOR. DEBEN SER CONSIDERADOS COMO TERCEROS LOS HIJOS DE AQUÉL CUANDO ADQUIEREN LA FINCA POR ADJUDICACIÓN AL FALLECIMIENTO DE SU MADRE, POR DISOLUCIÓN DE LA SOCIEDAD CONYUGAL Y RENUNCIA Y DONACIÓN DE SU PADRE.—II. FACULTADES DE LA ADMINISTRADORA JUDICIAL. NO CABE TENER EN CUENTA, PARA DECIDIR EN RECURSO, SI EL DOCUMENTO QUE LAS ACREDITA ES O NO SUFICIENTE PARA CIERTOS EFECTOS, POR NO HABER SIDO PRESENTADO A LA CALIFICACIÓN DEL REGISTRADOR Y SÍ CON EL ESCRITO EN QUE AQUÉL SE INTERPUSO.

Resolución de 12 de Noviembre de 1935. (Gaceta de 30 de Noviembre.)

En juicio ejecutivo seguido en el Juzgado número 2 de Vigo, a instancia de la recurrente doña Francisca Fontán, en concepto de administradora judicial de la herencia relicta de D. Manuel Lago Lodeiro, contra D. Antonio Bastos Vilariño, sobre pago de 6.000 pesetas de principal, más las cantidades correspondientes a intereses, gas-

tos y costas, se embargó, como de la propiedad del ejecutado, para responder de las referidas responsabilidades y por hallarse especialmente hipotecada, una casa.

Expedido en virtud de exhorto, por el Juzgado de Pontevedra, el mandamiento acordando la anotación preventiva de embargo, el Registrador de la Propiedad de dicha capital puso nota de no admisión, «tanto porque el inmueble embargado figura inscrito a nombre de tercero, el que, aunque fuera un mero tercer poseedor, no puede ser perjudicado sin que antes se cumplan los requisitos procesales señalados en las leyes, que no resulta se hayan observado, cuanto porque si se ejercita una acción hipotecaria, el procedimiento seguido no es el adecuado, ni menos el simple administrador judicial de una herencia tiene facultades para ejercitar, sin los herederos del causante, los actos que llevan como consecuencia una cancelación que excede de las facultades del mero administrador, si no concurren otros requisitos. Y siendo insubsanables tales defectos, tampoco se extiende anotación por suspensión».

El Presidente de la Audiencia revocó la nota recurrida en cuanto al primer extremo—inscripción a nombre de tercero—, confirmando la en cuanto al segundo—no acreditar la administradora judicial sus facultades—. La Dirección general acuerda, por el contrario, declarar la existencia del primer defecto, y en cuanto al segundo, aplaza la calificación, todo ello con los siguientes considerandos:

Considerando que, si bien pudiera estimarse provisional, y acaso inútil, la anotación preventiva de embargo acordada en juicio ejecutivo en que se persiguen bienes hipotecados, admitido en este recurso que el embargo se decretó contra D. Antonio Bastos y que la finca embargada aparece inscrita a nombre de doña Josefa y doña Isabel Bastos Otero, cualquiera que sea el momento procesal para la práctica del requerimiento, el debido respeto al primer inciso de la regla primera del artículo 103 del Reglamento hipotecario obliga a la no admisión de la anotación referida, en tanto no conste haber sido requeridas de pago las titulares según el Registro.

Considerando que, aun admitido que sea deudora en su origen la sociedad de gananciales de D. Antonio Bastos y doña Josefa Otero, a la que también se hallaba atribuida en aquel momento la finca embargada, adjudicada ésta a dichas hijas al fallecimiento de su madre, por disolución de la sociedad legal y renuncia y donación

de su padre, la diversidad de títulos adquisitivos les priva del puro carácter de sucesoras que pudiera determinar su exclusión de las garantías de su titularidad registral.

Considerando que en los recursos gubernativos contra la calificación de los Registradores sólo cabe tener en cuenta los documentos presentados en tiempo y forma, es decir, que hayan sido calificados por aquellos funcionarios, sin perjuicio de que los interesados vuelvan a presentar en el Registro los títulos cuya inscripción no se admitió en unión de los documentos aportados durante la tramitación, en cuyo caso se encuentra el testimonio judicial, referido a las facultades concedidas a la administradora, presentado con el escrito interponiendo el recurso.

* * *

No vemos muy clara la afirmación que se hace en el curso del debate de ser potestativo requerir al tercer poseedor cuando se embarga una finca inscrita en favor de persona distinta del deudor, porque si bien es cierto que el artículo 126 de la ley Hipotecaria dice que «Cuando en juicio ejecutivo seguido conforme a las disposiciones de la de Enjuiciamiento civil, se persiguieren bienes hipotecados, y éstos hubieren pasado a poder de un tercer poseedor, podrá el acreedor reclamar de éste el pago...», no lo es menos que el 1.442 de la última ley citada dispone que, despachada la ejecución, se entregará el mandamiento a un alguacil del Juzgado, el cual requerirá de pago al deudor por ante el Actuario.

Es del Tribunal Supremo, en su Sentencia de 24 de Diciembre de 1904, la doctrina de que, no habiendo precepto legal que obste a que un ejecutado transfiera a tercero la propiedad de la finca embargada, ni razón para impedirlo, salvadas las responsabilidades que sobre ella pesan, cuando esto acontece, impone la realidad de los hechos y situación jurídica creada por tal enajenación, el requerimiento al tercer poseedor de la finca embargada para el pago. Y con mayor razón en el caso presente, en que la finca cesó en la propiedad del deudor antes de incoarse el juicio ejecutivo.

Por su parte, el Centro directivo, en Resolución de 31 de Octubre de 1914, ratifica el contenido de la citada Sentencia y de las Resoluciones de 23 de Febrero y 15 de Marzo de 1907 y 13 de Enero

de 1912, al afirmar que, cuando el ejecutado transfiere a tercero la propiedad de la finca embargada, impone la realidad de los hechos y la situación jurídica creada por tal enajenación, el requerimiento al tercer poseedor de aquélla para el pago del crédito..., a tenor de lo prescrito en los artículos 126 y 127 de la ley Hipotecaria, sólo para el efecto de poder continuar el procedimiento de apremio.

Y si esto es así para cuando el ya ejecutado transfiere, mayor razón habrá para los bienes hipotecados que pasaren a poder de un tercer poseedor antes de entablarse el procedimiento ejecutivo, que es el caso que nos ocupa.

Ahora la Dirección, en virtud de lo dispuesto en la regla primera del artículo 103 del Reglamento hipotecario—inscripción en favor de persona distinta—, estima inadmisibile la anotación en tanto no sean requeridos los titulares.

* * *

Pero el problema principal está en decidir si, inscrita la finca embargada en favor de los hijos del deudor, cabe atribuir a éstos la condición de terceros, como pretende la ejecutante y recurrente.

En general, para el Tribunal Supremo los herederos de los otorgantes no son terceros, según las Sentencias de 7 de Mayo de 1901 y 24 de Enero de 1907. Y se explica que sea así, dada la consideración de que el heredero es el continuador de la personalidad del fallecido, adquiere sus derechos y obligaciones y ha de respetar los actos de los causantes. Sin embargo, es preciso hermanar la idea de tercero con la forma y título por los que se adquieren los bienes. Por ello creemos que la viuda, por ejemplo, no es tercero en cuanto a lo que se le adjudique por su cuota viudal, y le perjudican, por tanto, las acciones que puedan entablarse sobre los bienes en tal concepto adquiridos; pero sí con relación a los que reciba en pago de aportaciones y por sus gananciales, ya que su título de adquisición, en lo que se refiere a estos últimos, no es en realidad el de heredera.

En el caso de que tratamos, la finca hipotecada sobre la que se pretende trabar embargo tiene la consideración de ganancial, y al fallecer la esposa fué a la comunidad formada por su viudo y sus hijas, en cuya comunidad cesó porque aquél renunció a su cuota

vidual e hizo donación a sus hijas de la parte ganancial, y, en consecuencia, pasó a la propiedad de ellas, las que adquieren, no por título de herencia, sino por liquidación de la sociedad conyugal y renuncia y donación de su padre, razón por la que—dice la Dirección—«la diversidad de títulos adquisitivos las priva del puro carácter de sucesoras, que pudiera determinar su exclusión de las garantías de su titularidad registral».

HIPOTECA. PACTOS O CONDICIONES CUYA INSCRIPCIÓN SE DEBE DENEGAR : 1.º QUE EL ACREEDOR PUEDA EXIGIR EL PAGO DE LA TOTALIDAD DE LA DEUDA, CONSIDERÁNDOLA VENCIDA Y DANDO POR RESCINDIDO EL CONTRATO : a), SI EL ACREEDOR NO CONSIGNA EN LOS ARRENDAMIENTOS QUE HAGA QUE SE TENDRÁN POR RESCINDIDOS A CONTAR DESDE EL MOMENTO Y POR EL SOLO HECHO DE QUE SE ENTABLEN RECLAMACIONES JUDICIALES A CONSECUENCIA DE LA ESCRITURA DE HIPOTECA ; b), SI ENAJENA DICHAS FINCAS. 2.º EL QUE ESTABLECE QUE LA DEUDORA RENUNCIA EL DERECHO A SOLICITAR DEL BANCO ACREEDOR LA CANCELACIÓN PARCIAL DE UNA CUALQUIERA DE LAS HIPOTECAS CONSTITUÍDAS, SALVO EL CASO DE VENTA DE ALGUNA DE LAS FINCAS HIPOTECADAS POR PRECIO NO INFERIOR A LA RESPONSABILIDAD TOTAL DE LA FINCA O FINCAS, PRECIO QUE DEBERÁ APLICARSE AL PAGO DE LA DEUDA. **PACTOS O CONDICIONES CUYA INSCRIPCIÓN PROCEDE :** 1.º SE TRANSFIERE AL ACREEDOR EL DERECHO DE ENAJENAR ; CONSIENTE QUE ASÍ SE HAGA CONSTAR EN EL REGISTRO, EN PERJUICIO DE TERCERO. 2.º A VOLUNTAD DEL ACREEDOR SE ENTENDERÁN ADJUDICADAS A ÉSTE LAS FINCAS, SIRVIENDO LA CARTA DE PAGO DE TÍTULO SUFICIENTE PARA ACREDITAR EL DOMINIO Y SOLICITAR LA INSCRIPCIÓN.

(Resolución de 25 de Noviembre de 1935. (Gaceta de 13 de Diciembre.)

El Registrador de la Propiedad de Alcalá la Real inscribió una escritura de hipoteca otorgada ante el Notario de Jaén D. Lázaro Junquera, por la representación de D.^a Aurora Martínez Oria en favor del Banco de España, en garantía de operaciones de descuento, denegándola en cuanto a los efectos reales, sin perjuicio de los

obligatorios respecto de las cláusulas de la escritura : octava, que son las dos de las letras a) y b) del número 1.º del párrafo primero del encabezado ; décima, que es la del número 2.º de dicho párrafo ; décimoquinta y décimosexta, que son la primera y segunda, respectivamente, del segundo apartado. La denegación la fundaba : la de la décima, por infringir el artículo 124 de la ley Hipotecaria y el principio de la especialidad ; la de la décimoquinta, por infringir el espíritu y tendencias de la misma Ley, y la décimosexta, por infringir el artículo 131 de dicho cuerpo legal, el 201 de su Reglamento y el artículo 1.505 de la ley de Enjuiciamiento civil.

Interpuso recurso el Notario ; desistió el Registrador en su informe de la denegación en cuanto a la cláusula décimoquinta ; revocó el Presidente de la Audiencia la nota calificadora por lo que respecta a dicha cláusula y a la décimosexta, confirmando en lo que hace referencia a las otras, y la Dirección general de Justicia ratifica el auto apelado, con las siguientes razones :

Los defectos que deben ser objeto de examen en la alzada, son los relativos a los efectos hipotecarios de los pactos mencionados en la nota calificadora que se consignan en las estipulaciones octava y décima de la escritura de hipoteca, sin que sea pertinente analizar los otros defectos incluidos en dicha nota, en vista de la conformidad del Registrador con la revocación de los mismos, acordada en auto presidencial.

La legislación y la jurisprudencia modernas son cada vez más opuestas a la admisión con efectos hipotecarios, ni siquiera revestidas del carácter de condiciones, de las prohibiciones contractuales del poder dispositivo del dueño de los inmuebles, dejando a salvo los efectos civiles derivados del incumplimiento de lo pactado, y la Dirección general de los Registros y del Notariado, interpretando y desenvolviendo lógicamente los preceptos de la ley Hipotecaria, en relación con el espíritu y tendencias de la misma, puestos de manifiesto en su Exposición de motivos, ha restringido, singularmente en estos últimos tiempos, como se observa con la lectura de las Resoluciones, el alcance real de las estipulaciones de la indicada clase que se consignaron en las escrituras de préstamos, llegando hasta a negar eficacia hipotecaria a los pactos que constaban en los asientos sobre prohibiciones al deudor en su facultad de disponer, sin per-

juicio de los efectos civiles entre los contratantes, teniendo en cuenta para sustentar esta doctrina que tales limitaciones, directa o indirectamente establecidas, disminuyen o extinguen la posibilidad de que el dueño de los bienes constituya ulteriores hipotecas, amplían excesivamente las atribuciones del acreedor, pretenden crear situaciones jurídicas que rebasan la medida racional y legalmente determinada, desvirtúan las garantías que las leyes adjetivas establecen a favor de los interesados y, en definitiva, son contrarias al fomento del crédito territorial, base fundamental de nuestro sistema hipotecario.

La decisión apelada se ajusta exactamente a las normas que anteceden, toda vez que la facultad concedida al acreedor de exigir el pago total de la deuda, estimándola vencida y dando inmediatamente por rescindido el contrato, si el deudor enajenare la finca hipotecada o si no consignare en los contratos de arrendamiento de la misma que se tendrán por rescindidos desde el momento y por el solo hecho de que se entablaren reclamaciones judiciales o extrajudiciales a consecuencia del contrato de préstamo, contraviene el principio de libertad de contratación que inspira la legislación civil y lo que se deduce de lo dispuesto en el número 4.º del artículo 107 de la ley Hipotecaria; porque aunque no se convenga expresamente la prohibición de gravar, es notorio que con dicho pacto se pretende limitar hipotecariamente el derecho del dueño a disponer de sus bienes y constituye una sanción para el caso de que el deudor ejercite sus facultades dispositivas.

Según los artículos 124 de la ley Hipotecaria y su concordante 1.860 del Código civil, que armonizan con el principio de especialidad, en el caso de que se hipotequen varias fincas para la seguridad de un crédito, creando de hecho tantas hipotecas como inmuebles, se puede exigir por el interesado la cancelación parcial cuando se pague la cantidad con que esté gravado alguno de los mismos; y en el caso de que la parte de crédito abonada se pudiere aplicar a la liberación de una o de otra de las fincas, por no ser inferior a la responsabilidad especial de cada una, el deudor elegirá la que haya de quedar libre de la carga hipotecaria.

El derecho a la cancelación parcial de la hipoteca, concedido por los dos citados artículos al deudor o a otro interesado, cuando se satisfaga parte de la deuda, subordinado en su ejercicio al esencial

requisito de que la obligación se halle vencida, está enlazado estrechamente con el desarrollo del crédito territorial, con la facultad dispositiva del deudor, a quien la trascendencia real del pacto contrario a tal derecho puede impedir o limitar la celebración de contratos de préstamos garantizados por las fincas gravadas cuya liberación autorizan las leyes, con el derecho de los acreedores posteriores y con el legítimo interés del adquirente de las fincas, quien puede obtener la cancelación parcial, con arreglo al artículo 124 de la ley Hipotecaria, a las sentencias del Tribunal Supremo de 9 de Noviembre de 1881 y 31 de Mayo de 1909 y a las Resoluciones de 28 de Octubre de 1886 y 12 de Julio de 1899, y, por tanto, el pacto por el cual el deudor renuncia al derecho a la cancelación parcial de la hipoteca así que, por el transcurso del plazo convenido o por otra causa, venza la obligación garantizada y siempre que la cantidad que se entregue cubra el importe de la responsabilidad del inmueble que se trate de liberar, debe reputarse ineficaz hipotecariamente porque va contra el interés público y porque puede redundar en perjuicio de tercero.

* * *

Partiendo de la afirmación de que las condiciones son un medio de prever las contingencias que pueden presentarse al examinar los efectos de un negocio jurídico, tiene por ello su estudio y calificación capital importancia cuando de esta materia de hipotecas se trata. A través de las condiciones se puede influir de manera decisiva en el proceder de una persona, imponiéndola incluso como deber el ejecutar o dejar de hacer ciertos actos. Claro es que la condición no existe, no es realmente verdadera, cuando las partes contratantes hacen depender la eficacia jurídica del contrato de un hecho, de una circunstancia que se ha tenido en cuenta, sobre la que ha recaído acuerdo al señalar los requisitos del mismo tal como aparece marcado en la Ley, o como las partes, sin oponerse a aquélla, lo han regulado. Pero es que algunas de esas condiciones, si bien admitidas por una de las partes, con falta muchas veces de independencia en el obrar que, circunstancias adversas, le imponen, no pueden ser admitidas como obligatorias sin atentar al verdadero concepto de la hipoteca, que no es otro que el de servir lo afectado con ella de garantía con su valor, no en sí mismo, a la seguridad del cumplimiento de obligaciones.

Así, si bien es cierto que el deudor hipotecante no puede, con arreglo a la doctrina del artículo 103 de la ley Hipotecaria, que repite el 1.876 de la de Enjuiciamiento civil, hacer de la cosa hipotecada lo que tenga por conveniente, sino que tiene que atemperar sus actos de disposición al cumplimiento del deber de procurar que el valor de lo hipotecado no desmerezca hasta el extremo de no responder a la garantía, también lo es que al acreedor no le es permitido, por el mero hecho de tener un derecho provisional cuya frustración o menoscabo por parte del deudor obliga a éste a resarcir, por poseer una especie de condominio sobre el valor de la finca o derecho gravado, imponer al deudor limitaciones en la cosa hipotecada que impidan abusivamente la libertad de hacer uso de ella, de obtener el mayor rendimiento posible, sin más limitación que la de que siempre se halle en condiciones de responder del crédito hipotecario, limitación que no impide, que no puede impedir, por ejemplo, el que la cosa pueda ser vendida, porque pasa íntegra, sin disminuir la garantía, al comprador.

* * *

El estudio del primero de los pactos que se enuncian en el epígrafe plantea, a nuestro juicio, la cuestión de si puede o no en la actualidad prohibirse por el acreedor al deudor que realice contratos de arriendo sobre las fincas hipotecadas. La equiparación que de dicho pacto se ha hecho para estos efectos al de compraventa en algunas Resoluciones, como la de 30 de Junio de 1913, en la que se afirma que cierto compromiso de no vender ni arrendar el deudor, sólo mencionado, y en el que no se hace cuestión de validez o nulidad de tales prohibiciones, debe entenderse sin trascendencia respecto a terceros..., no puede hoy sostenerse con fundamento. Entre uno y otro se marcan en el momento grandes diferencias.

El pacto de no enajenar, que admitieron las Partidas, lo rechazó el Código civil al derogar la doctrina de aquéllas por oponerse al principio de libertad de contratación que informa nuestra legislación civil. Pero es que, además de su derogación, está su inutilidad, apuntada más arriba, por carecer de objetividad y ser, por ende, profundamente inmoral. Perjudica, o puede perjudicar al deudor privándole del crédito, de poder hacer una transacción beneficiosa,

y en nada favorece al acreedor, que sólo sufre con la venta el mínimo perjuicio de tener que hacer un requerimiento más.

Pero el de no arrendar en general, y sobre todo el celebrar este contrato en forma que por su duración o por el adelanto de rentas se convierta en derecho real, si se atiende al aumento de legislación en esta materia, sustituyendo la escasa atención que el Código civil la prestaba por la muy abundante que desde el año 1931 ha pretendido regularla, a la discrepancia radical entre una y otra, es algo tan importante para el crédito territorial, que bien merece la pena reflexionar sobre ello y planear los medios de evitar los estragos que pueda producir.

El contrato de arrendamiento—seguiremos llamándolo así en el interin no se cierre el interrogante que se formula sobre si es tal o es una institución (1)—, tal como aparece regulado en la Ley de 15 de Marzo de 1935—final no muy afortunado, en cuanto a ella y a los dos Reglamentos que la acompañan, de cerca de treinta disposiciones dictadas desde el Decreto-ley de 29 de Abril de 1931—, con apartamiento de la consideración de derecho real que pensando en el interés social lógicamente se le debió haber atribuido, con falta de regulación de las rentas, que se someten a otro arbitrio distinto de la libre contratación, con un plazo de duración que se lleva hasta lo infinito en virtud de un juego de prórrogas y de una limitación injustificada de las causas de extinción y de los casos de desahucio, creemos produce una amortización de la propiedad, una falta de estímulo, una protección al mal llevador que son perjudiciales.

Aplicado todo al caso de finca hipotecada, el arrendamiento en estas condiciones es desfavorable para todos, a nadie beneficia. Pue-

(1) Campuzano ha publicado, en el número de agosto de 1935, de la *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, un notable trabajo, que siguiendo a Georges Renard en su obra *La théorie de l'institution; Essai d'ontologie juridique*, titula así: «El arrendamiento de fincas rústicas, ¿es contrato o institución?», al que pertenece el siguiente párrafo: «Enfocados con este objetivo, los arrendamientos de fincas rústicas deberán ser considerados como simples contratos, si se entiende que, mediante ellos, no se produce más efecto que el de enlazar la voluntad de los contratantes con mutuos derechos y obligaciones; pero si el ámbito de esa voluntad se reduce y se da a la relación de derecho la flexibilidad necesaria para que se adapte a las eventualidades del porvenir, en vez de contrato habrá que considerarlo como una institución.»

de ser, seguramente es, motivo de tal depreciación de la finca, que en caso de querer realizarse el crédito, o no se encontrarán postores, o las posturas serán insuficientes para satisfacer al acreedor. Con lo cual ni el deudor tiene crédito que hacer valer económicamente con otras afecciones, ni el acreedor cuenta con la seguridad de la garantía de su capital, lo que le retraerá de nuevas operaciones.

* * *

Se podrá seguir discutiendo si el arrendamiento inscribible es o no un derecho real. La práctica se fué encargando de allanar los obstáculos que se oponían a convertir en una especie de derecho real los arrendamientos de que se tomaba razón en los asientos antiguos. Implícitamente lo estableció la Exposición de motivos, aunque afirmando que tales contratos no son generadores de un derecho real, sin duda teniendo en cuenta que éste no nace de la Ley, ni la Ley puede imponerlo, sino que brota de la naturaleza misma de las cosas. Lo cierto es que el límite que antes tenía de obligación personal se ha ido borrando poco a poco, y que el espíritu que determinó dicho establecimiento se ha ido infiltrando en varios artículos del Código civil—1.363 y 1.548—y de la ley de Enjuiciamiento civil—1.022—, hasta el extremo de reputarse hoy generalmente como un verdadero derecho real.

Ahora que la aplicación extensiva de tal conclusión, que llegó a conceptuar al arrendamiento inscribible como un gravamen, no pasó hasta el presente de ser doctrina aislada de alguna Resolución, como la de 12 de Abril de 1909, en la que se declara que no se halla bien extendida una escritura de arrendamiento inscribible, otorgada por un padre en representación de sus hijos menores, sin la competente autorización judicial. Se fundamenta tal doctrina en que es de pertinente aplicación al caso el artículo 164 del Código civil, que en términos generales y categóricos prohíbe al padre gravar los bienes inmuebles de los hijos, en que le corresponde el usufructo o la administración, sino por causas de utilidad o necesidad y previa autorización judicial.

En lo sucesivo, y por virtud de las modificaciones legislativas de que hemos hecho mérito, habrá que pensar que el arrendamiento inscribible es una carga impuesta sobre la finca, que limita la facultad de disponer, que la desvaloriza por completo; que el que

arrienda, grava, no que realiza un acto de mera administración ; que el citado artículo 164 ya no debe tener la aplicación restrictiva que en ocasiones le atribuía la misma Dirección, y que su texto debe extenderse y comprender no sólo la venta, enajenación o constitución de servidumbre, de una hipoteca o de otro análogo gravamen, sino también al hecho de arrendar. Justifica esta afirmación el hecho de aparecer hollados los principios generales de derecho y los artículos del Código que garantizaban que el contrato no quedase, como ahora ocurre, a merced de uno de los contratantes ; que no se dejase su cumplimiento al arbitrio sólo del arrendatario ; que éste jamás podría convertirse en propietario contra la voluntad del dueño.

* * *

Si la tendencia económica moderna va tras la necesidad de afectar ciertas riquezas, especialmente la territorial, a fines individuales o colectivos definidos, de donde se deduce el interés de garantizar y proteger socialmente esta afectación ; si se mira a que la propiedad individual deje de ser un derecho del individuo para convertirse en una función social, a que las afectaciones de riqueza a las colectividades, acción que jurídicamente debe ser protegida, sean cada día más numerosas, lo que no significa que se socialice, que llegue a ser colectiva en el sentido de las doctrinas colectivistas ; lo mismo con esta concepción de la propiedad que con otra cualquiera puede afirmarse hoy que el individuo está obligado socialmente a realizar un trabajo que consista en aumentar la riqueza general en bien de todos, haciendo valer el capital que posee. Y para realizar esta labor, para cumplir su misión, está necesitado de toda clase de protecciones que le ayuden a colocar su riqueza en condiciones de que dé el mayor rendimiento posible y librarla de toda clase de trabas que le disminuyan de valor, la amortigüen o la hagan inútil.

No es posible en esta sección ampliar estas consideraciones, pero creemos serán suficientes, para que aparezca clara la conclusión que de ellas queremos obtener, que acaso sea llegado el momento de que la jurisprudencia, atenta a uno de sus fines de llenar las lagunas de la Ley, permita al acreedor imponer el pacto o condición de no arrendar, concediéndole todos sus efectos.

Con ello se ratificaría la doctrina, un poco olvidada, de la Resolución de 29 de Noviembre de 1907, que estima perfectamente

válido e inscribible el pacto prohibitivo del arrendamiento; se aclararía el contenido de la de 9 de Enero de 1914, que declara, en términos generales, ser opuestos a las leyes los pactos prohibitorios de contratos inscribibles, establecidos en una escritura de préstamo hipotecario, excluyendo, en atención a la doctrina anterior, al que nos ocupa, y se evitaría la anómala desintegración del contrato que la contuviera al calificarlo, siendo de suyo indivisible, de válido y nulo a un tiempo.

Creemos que, por encima de las razones que se exponen aquí por vez primera, el pacto permisivo del arrendamiento inscribible es, además, perfectamente nulo, por oponerse a las leyes Hipotecaria y de Enjuiciamiento civil, las que, en sus respectivos artículos 131 y 1.530, reconocen al acreedor, al regular los procedimientos judicial sumario y ejecutivo para hacer efectiva la hipoteca, el derecho a solicitar y obtener la administración de las fincas hipotecadas, derecho que no podría tener efectividad si se autorizara contra el deseo del acreedor la inscripción de arrendamientos.

Declara el Tribunal Supremo, en Sentencia de 9 de Noviembre de 1881, que, hipotecadas en forma legal varias fincas, quedaban constituidas tantas hipotecas cuantas las fincas sean, razón por la cual el acreedor no puede repetir contra cada una de ellas, en perjuicio de tercero, sino por el capital e intereses a que se halle afectada, y de esta doctrina deduce la Dirección general de los Registros, como consecuencia lógica, la de que, una vez distribuida la hipoteca, llegado el caso de que el deudor pague la parte de crédito asignada a una de las fincas, tiene derecho a que, en cuanto a ella, quede cancelada la hipoteca. (Resolución de 28 de Octubre de 1886.) Y ese derecho podrá ser exigido por el deudor o por cualquier adquirente de la finca hipotecada. (Sentencia 31 Mayo 1909.) Por lo tanto, el pacto que a esto se oponga, aun consignado como ahora ocurre en la escritura, no debe ser inscrito, por ir abiertamente contra lo establecido en el artículo 124 de la ley Hipotecaria, y su concordante el 1.860 del Código civil, que desarrollan el principio de especialidad.

HIPOTECA. ES PERFECTAMENTE INSCRIBIBLE LA CONSTITUÍDA POR EL CONDUEÑO SOBRE SU PORCIÓN INDIVISA DE FINCA INSCRITA, AUN-

QUE EN LA MISMA ESCRITURA DE CONSTITUCIÓN SE HAGA CONSTAR, POR LA DEUDORA, QUE EL INMUEBLE SE HALLA DIVIDIDO EN VIRTUD DE DOCUMENTO PRIVADO, Y CADA PARTÍCIPE EN EL DISFRUTE EXCLUSIVO DE LA PARTE ADJUDICADA, PORQUE EN EL ÍTERIN LA DIVISIÓN NO CONSTE EN EL REGISTRO, REVOCANDO CON ELLO LA INSCRIPCIÓN ANTERIOR, DEBE RESPETARSE LA SITUACIÓN REGISTRAL DEL INMUEBLE Y PERMITIRSE EL EJERCICIO DE SU DERECHO AL AMPARO DE LA MISMA.

Resolución de 4 de Diciembre de 1935. (Gaceta de 14 de Diciembre.)

El Notario de Sevilla D. Eduardo Fedriani y Fernández autorizó escritura por la que doña Carmen López Romero constituyó, a favor del Banco de España, hipoteca sobre varias fincas, entre las que se halla: «Trescientas doce mil ochocientas dos millonésimas *pro indiviso* de un cortijo denominado «De Chichina», en los términos de Sanlúcar la Mayor y Escacena del Campo, de 1.031 hectáreas, formando dos grupos de tierras, consignándose los linderos generales del primero y las descripciones particulares de las parcelas sitas en cada término; siendo las situadas en el de Sanlúcar la Mayor las siguientes: a), El cuarto de Las Palmosas; b), El cuarto de Los Pajaritos y de Las Lermas, en que también está incluida la haza de La Raya; c), El cuarto de Bacialforjas; d), El cuarto de La Laguna o Guijo, y e), El cuarto de Las Isletas altas y bajas y Garcrijuste.

Señalaron a dicha finca responsabilidad especial, y la deudora hizo constar que la finca había sido objeto de división material entre sus copropietarios por documento privado, hallándose cada uno en el disfrute de lo que se les adjudicó, y correspondiendo a aquélla las suertes de tierra denominadas cuarto de Los Abades con el de la Alameda; cuarto de Bacialforjas, cuarto de La Laguna o Guijo y cuarto de Los Pajaritos, sin el de Las Lermas ni el haza de La Raya; perteneciéndole también las distintas islas formadas por los arroyos que discurren por el inmueble de que se trata, excepción hecha de la situada frente a la fachada principal de la Casa del Cortijo, limitada por los arroyos Barbecina y Tramojoso, y las comprendidas en las suertes de tierra que se asignan a los otros copartícipes; las restantes suertes de tierra, las mencionadas islas,

el caserío y el molino, corresponden por entero a los demás propietarios.

Aceptada por el Banco en otra escritura dicha hipoteca, el Registrador de la Propiedad de Sanlúcar la Mayor puso en la última, nota que dice así :

«Denegada la inscripción... respecto a la totalidad del cuarto llamado de Las Palmosas, del cuarto de Las Lermas, del haza de La Raya y de la isla situada frente a la fachada principal de la casa Cortijo, porque, según consta en la misma escritura, no pertenece ya a la hipotecante participación indivisa alguna de las indicadas componentes de la finca total, y, por tanto, y a pesar del contenido de la inscripción del Registro, falta, como defecto insubsanable respecto de tales terrenos, el segundo de los requisitos, que como esenciales del contrato de hipoteca señala el párrafo segundo del artículo 1.857 del Código civil. Suspendida la inscripción sin tomar anotación preventiva, por no haberse solicitado, respecto de la participación indivisa que tiene inscrita la señora hipotecante tanto respecto del cuarto llamado de Los Pajaritos, porque ni en la escritura ni en el Registro se le describe con independencia del de Las Lermas, ni del haza de La Raya, como del cuarto llamado de las Isletas, porque del texto de la escritura se infiere como probable que no todo corresponde a doña María del Carmen López, y en tal supuesto, tampoco se describe lo que le pertenece, y en todo caso hay oscuridad en cuanto a este extremo. E inscrito este documento en cuanto a trescientas doce mil ochocientas dos millo-nésimas partes indivisas de cada uno de los cuartos denominados de Bacialforjas y de La Laguna o Guijo.»

En el recurso interpuesto por el Notario, terminó el Registrador su informe haciendo constar que todo lo en él contenido atañe a la calificación denegatoria de la inscripción, ya que la mera suspensión no había sido objeto del recurso. El Presidente de la Audiencia revocó la nota del Registrador, y la Dirección general de Justicia confirma el auto apelado con los siguientes fundamentos :

Si la facultad notarial de entablar el recurso gubernativo en defensa del crédito profesional sólo puede ejercitarse para obtener la declaración de hallarse extendido el documento autorizado con arreglo a las formalidades y prescripciones legales, con la consecuencia, en su caso, de ser inscribible por dicho concepto, desde el mo-

mento que sin distinción alguna se ajusta a esta norma la súplica del recurrente, es inadmisibile la posición del Registrador al entender «que la mera suspensión no ha sido objeto de recurso», porque, aun no combatida especialmente esta parte de la nota, la súplica no autoriza tal supuesto, mucho más teniendo en cuenta que la suspensión se deriva de las premisas en que la denegación se funda.

Reconocido como indudable el derecho del condómino para hipotecar su porción indivisa inscrita, no es posible admitir la hipoteca de parte fija y determinada del inmueble, y comoquiera que la inscripción es condición indispensable para la modificación de la situación real inmobiliaria, es necesario llegar a la consecuencia de que, en tanto no se realice la división formal, con revocación de aquella inscripción, acto verdaderamente declarativo de la propiedad en favor de cada partícipe, debe respetarse la situación registral del inmueble y el ejercicio de derechos al amparo de la misma.

Estos supuestos no aparecen contradichos en la escritura de constitución de hipoteca calificada, pues la declaración complementaria que en ella se hace tiene por base que, en tanto la división «no se inscriba en el Registro de la Propiedad mediante el título correspondiente, *cuantas operaciones se practiquen y derechos se constituyan se refieren a la expresada participación pro indivisa*, salvedad que, aparte impedir *a priori* toda apreciación contraria a esta voluntad, tan claramente manifestada, no autoriza, ni en el campo extrahipotecario, a entender privada a la señora López Romero de su propiedad, porque no aparece desvirtuado el sentido del número segundo del artículo 1.857 del Código civil, al atribuir la cosa hipotecada al patrimonio de la hipotecante, en cuanto entraña su posible enajenación.

Esto sentado, no carece de sentido la discutida manifestación, relacionada con la concurrencia del acreedor en la división, ya que la indivisibilidad de la hipoteca en la comunidad queda subordinada o limitada, en cuanto a sus efectos, a la porción que corresponda al obligado al disolverse aquélla.

* * *

La división de la propiedad mediante desintegración en copropiedad por cuotas en que la cosa permanece indivisa (partes «pro indiviso»), puede convertirse, cuando razones materiales o prácti-

cas no se opongan, en otros derechos de igual naturaleza, descomponiéndose la cosa y constituyendo sobre cada una de las partes un derecho de propiedad exclusivo (partes «pro diviso»). Pero en el interin, viene a decir la Dirección, esta última descomposición no se haga constar en el Registro, declarando la nueva forma que recibe por la división el derecho de cada partícipe, cancelando con ello la inscripción en que se contiene la primera, le es permitido al titular de ésta ejercitar los derechos que le asisten en su copropiedad por cuota, y, por tanto, hipotecar su parte «pro indiviso». Son las fincas derechos divisibles, porque pueden descomponerse, por regla general, en varias otras de igual naturaleza, como lo son asimismo los créditos cuando puede dividirse en partes la prestación sobre que recaen.

* * *

Si el condominio no es cosa distinta de la propiedad, sino una forma especial de manifestarse el dominio, habrá que reconocer en el copropietario las facultades de disponer que asigna al derecho de propiedad el artículo 348 del Código civil. Este principio informa el precepto del artículo 399 del mismo Cuerpo legal, que permite al comunero enajenar su parte en la cosa, teniendo siempre en cuenta, por lo que a la extensión del dominio se refiere, que se limite a la proporción que posea en la totalidad, a la parte abstracta e indeterminada, sólo efectiva y cierta al cesar la indivisión. Por lo cual, el mismo último citado artículo establece que los efectos de tales actos permitidos al copropietario quedan circunscritos a la porción que a aquél se adjudique el día en que cese la comunidad por la división de los bienes o derechos.

Respecto al derecho de hipoteca, es asimismo su otorgamiento una lógica derivación del derecho de enajenar, como ya decía el derecho romano. La jurisprudencia del Tribunal Supremo lo ha reconocido así, afirmando en su Sentencia de 11 de Diciembre de 1903 que el condueño puede hipotecar la porción que le pertenece, y que la ley Hipotecaria no ha alterado las reglas de la legislación civil, limitándose sólo a agregar a ellas las derivadas de los preceptos de publicidad y especialidad de las hipotecas sobre que asentó el crédito territorial.