

# REVISTA CRÍTICA DE DERECHO INMOBILIARIO

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

Año XII

Junio de 1936

Núm. 138

## Estudio de la naturaleza jurídica del patrimonio dotal

### IV.—La teoría institucional del patrimonio dotal (1).

*La teoría de la institución.*—La noción de institución fué puesta de relieve hace tiempo por Ihering, que señaló las relaciones estrechas que unen entre sí varias reglas de derecho, creando así las instituciones jurídicas: «las diversas relaciones jurídicas de la vida,

(1) Hauriou: «De la personnalité juridique comme élément de la réalité sociale». (*Revue Générale du Droit de la Législation et de la Jurisprudence*, 1898, págs. 127 y sigs.)

«L'institution et le droit statutaire». (*Recueil de l'Académie de Législation de Toulouse*, 1906, pág. 136.)

«Le point de vue de l'ordre et de l'équilibre». (*Recueil de l'Académie de Législation de Toulouse*, 1909, págs. 50 y sigs.)

«La liberté politique et la personnalité morale et l'Etat». (*Revue Trimestrielle de Droit Civil*, 1923, pág. 331.)

«La teoría del riesgo imprevisible y los contratos influidos por instituciones sociales». (*Revista de Derecho Privado*, 1926, número del mes de Febrero.)

*Précis de droit administratif*, núm. 8.º, 12.ª ed. Recueil Sirey.

*Précis de droit constitutionnel*, 2.ª ed. Recueil Sirey.

*Principes de droit public*, 2.ª ed. Recueil Sirey.

«La théorie de l'institution et de la fondation». (*Cahiers de la Nouvelle Journée*, 23.º cuaderno, 1933, págs. 89 y sigs.)

Renard: *La théorie de l'institution. Essai d'ontologie juridique*. T. I., París, Sirey, 1930.

Delos: «La théorie de l'institution. La solution réaliste du problème de

que, como tales, pueden ser objeto de un examen separado, se reúnen en torno de algunas grandes unidades sistemáticas: *las instituciones jurídicas*; que, para emplear un lenguaje figurado, representan el armazón o esqueleto del derecho, al cual se une su sustancia entera, compuesta de reglas de derecho» (1). «El agrupamiento de las relaciones de derecho en instituciones conduce a formar verdaderos organismos sociales.» «Estas instituciones—prosigue Ihering—nacen, mueren, obran, entran en conflicto las unas con las otras; tienen sus misiones y sus fines; para realizarlos tienen sus recursos y cualidades particulares. Yo las llamaría voluntarias, para conservar en el espíritu del lector la idea de su existencia y de su vida; seres jurídicos, si esta expresión no pareciere demasiado rebuscada; diré preferentemente que son cuerpos jurídicos, por oposición a la simple sustancia o materia.»

Pero Ihering se limitó aquí a hacer una simple constatación técnica, sin alcance general, a la cual el autor no da la importancia que la escuela del Decano Hauriou debía asignar, al mismo tiempo que precisaba la noción de la institución.

Actualmente, algunos discípulos de Hauriou, como Delos, han llegado a proponer toda una teoría general del derecho, una concepción institucional del derecho, con la que Ihering no había soñado.

La multitud de estudios provocados en torno de la cuestión desde que Hauriou llamó la atención de los juristas sobre ella ha tenido por resultado provocar quizá un poco de confusión sobre una noción que se presenta bajo los más diversos aspectos. Geny

la personnalité morale et le droit à fondement objectif». (*Archives de Philosophie du Droit et de Sociologie Juridique*, cuaderno 1931, págs. 97 y sigs.)

Geny: «La notion de droit en France. Son état présent. Son avenir». (*Archives de Philosophie du Droit et de Sociologie Juridique*, cuaderno 1931, páginas 97 y sigs.)

Gurvitch: «Les idées maitresses de Maurice Hauriou». (*Archives de Philosophie du Droit et de Sociologie*, cuaderno 1931, págs. 155 y sigs.)

Morin: «Vers la revision de la technique juridique. Le concept d'institution». (*Archives de Philosophie du Droit et de Sociologie Juridique*, cuaderno 1931, págs. 73 y sigs.)

(1) Ihering: *De l'esprit du droit romain dans les diverses phases de son développement*. Traducción francesa de Meulenaere. 1880, tomo I, págs. 36 y 37; tomo III, pág. 51.

protesta contra el método de Hauriou y de Georges Renard, que, con pretexto de recoger los mil matices de la realidad, han multiplicado los análisis, evitando la síntesis. Y en términos mucho menos simpáticos para la escuela de Hauriou, Bonnecase (1) ha multiplicado los sarcamos contra «los profetas de la institución», reprochándoles la incertidumbre de sus conclusiones.

Aun a riesgo de parecer presuntuosos a los ojos de estos maestros de la ciencia jurídica, no creemos sea imposible desgajar las grandes líneas generales de la teoría de la institución, ateniéndose a sus elementos principales, sin perdernos en la multitud de matices que Renard (2) ha acumulado, y que tienen el interés de abrir numerosas perspectivas; pero también peligran de hacer perder un poco de vista las líneas esenciales de una indispensable síntesis.

Para Renard la institución es «un organismo que tiene fines de vida y medios de acción superiores en potencia y duración a los de los individuos que la componen» (3).

Hauriou escribía en 1906: «Yo defino la institución como una organización social, establecida en relación con el orden general de cosas, en la que la permanencia está asegurada por un equilibrio de fuerzas o por una separación de poderes, y que constituye por sí misma un estado de derecho» (4). Más recientemente, el Decano de Toulouse definía la institución de la forma siguiente: «Una institución es una idea de obra que se realiza y permanece jurídicamente en un medio social; para la realización de esta idea se organiza un poder que le procura los órganos; por otra parte, entre los miembros del grupo social interesados en la realización de la idea se producen manifestaciones de comunión dirigidas por los órganos de poder y regulados por los procedimientos» (5). Esta úl-

(1) Bonnecase: «La science du droit civil. Consideration sur son état présent». (*Revue Générale du Droit de la Législation et de la Jurisprudence*, 1931, págs. 161 y sigs.)

(2) Georges Renard: *La théorie de l'institution. Essai d'ontologie juridique*, 1930.

(3) Renard: ob. cit., pág. 168.

(4) Hauriou: «L'institution et le droit statutaire». (*Recueil de l'Académie de Législation de Toulouse*, 1906, 135.)

(5) Hauriou: «La théorie de l'institution et de la fondation». (*Cahiers de la Nouvelle Journée*, núm. 23, 1933, pág. 96.)

tima fórmula tiene la ventaja de regular más claramente los elementos constitutivos de la institución, que Hauriou, por otra parte, también ha distinguido. Estos elementos son tres: la idea directriz, el poder o, más generalmente, la organización, y, por último, un grupo de intereses en la realización de la idea, en el seno del cual se producen las manifestaciones de comunión. Así, el Estado, considerado como institución, está organizado en torno de una directriz, que es para Hauriou el protectorado de la vida civil; al servicio de esta idea se organiza un poder, que es la autoridad estatal; el grupo de intereses no es otro que la nación, en la cual se manifiesta esta *mentalidad* común que forma precisamente la nacionalidad.

Las instituciones son de dos tipos: los unos, las instituciones-personas, son susceptibles de personificarse; son verdaderos cuerpos sociales, como el Estado; los otros, las instituciones-cosas, no engendran una corporación que les sea propia; deben pedir prestado a otro cuerpo social, en el que viven, su poder de sanción. La norma de derecho es una institución de este tipo que debe utilizar el poder de sanción del Estado. Dejaremos de lado estas instituciones-cosas, sobre las que Hauriou no ha insistido, y que, por otra parte, no son útiles para nuestro estudio. Son las instituciones-personas las que deben retener por un momento nuestra atención.

*Los elementos de la institución.*—El elemento esencial de la institución, al que están subordinados todos los demás, y a la salvaguardia del cual toda la organización institucional está destinada, es el de «la idea de obra a realizar» (1). Esta idea, que es evidentemente la verdadera razón de ser de la institución, porque no se concebiría que existiera sin objeto, debe ser, según Hauriou, claramente distinguida del fin y de la función.

La idea es más que el fin. Se distingue, por de pronto, porque es interior a la empresa, en tanto que el fin podría serle exterior. Difiere, sobre todo, de éste en que es más compleja y completa. Constituye «un programa de acción», en tanto que el fin no es más que el resultado perseguido. La idea directriz implica, a la vez, el fin y los medios a emplear para conseguirlo. Así, el fin del Estado es

(1) Hauriou: «La théorie de l'institution et de la fondation», ob. cit., páginas 98 y sigs.

la *protección* de la vida civil; la idea directriz de la empresa estatal es el *protectorado* de esta vida civil, y esta palabra, *protectorado*, implica en sí misma cierta organización.

Igualmente, la idea directriz es distinta de la función. Implica, en efecto, no solamente «la parte ya realizada o, al menos, ya determinada de la empresa», sino además «una parte indeterminada y virtual que va al lado de la función» (1). En el Estado no hay solamente la administración corriente, sino también el gobierno político, que trabaja en lo indeterminado. La administración corresponde a la función del Estado; la política corresponde a la idea. En resumen: la idea puede ser considerada como el *objeto* de la institución. Para Hauriou, en efecto, las ideas presentan un carácter objetivo que las hace eternas y las hace adoptar por numerosas personas. Desde el momento en que las ideas pasan de un espíritu a otro deben tener, desde el comienzo, una naturaleza objetiva. Las ideas no se crean, se encuentran, y cuando penetran en los espíritus pasan a ser conceptos subjetivos, que, por otra parte, conservan, bajo las diferencias particulares que le llegan del espíritu, a través del cual son percibidas, la unidad fundamental, que deben a la idea objetiva, de la que son, en el fondo, la traducción. Es en los espíritus de los interesados donde penetra la idea directriz de la institución, y en servicio de la cual se organiza un poder.

El segundo elemento de toda institución corporativa es *un poder de gobierno organizado*. Renard habla de «la autoridad institucional», y declara: «La autoridad es intrínseca a la institución. Yo no digo que sea el atributo la dotación...; es su condición de existencia, es su manera de ser, es su comportamiento» (2). «La autoridad es el criterio de la institución» (3). En fin: «La autoridad es el relieve de la institución: un relieve que crece a medida que la institución se refuerza. Existe en toda institución un embrión de autoridad, y este embrión se va desenvolviendo y diferenciando a medida de los progresos del organismo» (4).

(1) Gurvitch: *Les idées maitresses de Maurice Hauriou*, pág. 177.

(2) Renard: *La théorie de l'institution. Essai d'ontologie juridique*, 1930, pág. 314.

(3) Renard: ob. cit., pág. 322.

(4) Renard: ob. cit., págs. 325 y 326.

Gurvitch ha reprochado a Hauriou y Renard el haber insistido demasiado sobre este elemento del poder. Esta insistencia es, a sus ojos, una consecuencia desgraciada de las influencias tomistas experimentadas por los teorizantes de la institución (1).

Gurvitch hubiere preferido ver a Hauriou atenerse al elemento igualitario, que asegura de forma más completa la subordinación de los órganos a la idea directriz de la institución.

No es esto decir que esta subordinación no haya sido afirmada por Hauriou. El verdadero poder debe, en efecto, para él descansar en dos principios: la separación de los poderes que asegura «la supremacía de competencias sobre el poder de dominación, hacia el cual, sin esta precaución, estarían sometidos los órganos», y realiza así «el poder de derecho susceptible de crear el derecho»; y el principio del régimen representativo que permite decir que el poder obra verdaderamente en nombre del cuerpo. «Un cuerpo no es nada sin sus órganos, y no ve u obra más que por ellos mismos, y es preciso que éstos vean para él y no para ellos mismos. Este difícil problema está resuelto en principio por el principio representativo que reposa enteramente sobre la idea de la obra a realizar. Toda la técnica de la organización representativa consistirá en asegurar en los hechos la realidad de esta visión común de una forma continua, si es posible, o, por lo menos, de una manera periódica.»

Cualquiera que sea el procedimiento, sistema electivo o sumisión voluntaria del titular del poder, es preciso asegurar «la subordinación de la voluntad dirigente a la idea de la obra a realizar». Esta supremacía de la idea que domina toda la organización institucional es también la razón de ser de «las manifestaciones de comunión» que se producen en el seno del grupo de los interesados en su realización, y que constituyen el tercer elemento de la institución.

Esta «*manifestación de comunión*» de los miembros del grupo, y también de los órganos de gobierno, sea en la idea de la obra a realizar, sea en la de los medios a emplear», acaba de estrechar toda la organización institucional en torno de la idea directriz. Renard llama a la situación de los intereses así unidos «la intimidad

(1) Gurvitch: ob. cit., págs. 180 y sigs.

institucional». «Esta palabra—dice—significa que la institución es más que un «medio»: es un «hogar»; «cuanto más se aprieta la intimidad, más ardiente es el hogar.» Son las instituciones más íntimas las que forman «hogar», y son las menos íntimas las que **constituyen un «medio»**; y de unas a las otras la serie de matices es ilimitada. «Toda intimidad imprime un sello aracterístico en la personalidad... En la intimidad institucional es la característica del todo sobre las partes; y ésta, con la intrusión que se sigue del poder institucional sobre la actividad personal exterior de los miembros de la institución—es legítima en la medida en que sea razonable, es decir, en relación con las exigencias de la finalidad de la institución—, el Bien común. El Bien común no implica desaparición del bien propio de cada uno; es, por el contrario, la condición necesaria a su satisfacción, desde un cierto punto de vista, o, para emplear una expresión que yo uso con mucho gusto, siguiendo una cierta «línea» (1).

Esta intimidad, esta comunión, que hace sufrir a los miembros del grupo la característica de la idea directriz, no se analiza en el nacimiento de una conciencia colectiva, como la de que hablaba Durkheim. Son siempre las conciencias individuales «las que se mueven al contacto de una idea común y que, por un fenómeno de interpsicología, tienen el sentimiento de su emoción común, según la expresión de Hauriou». Es, pues, siempre la idea directriz de la empresa a realizar el fundamento de esta comunión de pensamientos en el sentido de la «finalidad institucional»; es «la idea que se refracta en conceptos similares entre millares de conciencias individuales que se unen en ella» y «entraña el conjunto de voluntades bajo la dirección de un jefe».

En la medida en que se desenvuelva este fenómeno de la penetración de la idea en los espíritus de los miembros del grupo, la institución llegará al estado de la personificación, o, por el contrario, será incapaz de llegar a este grado supremo. Más adelante precisaremos este importantísimo punto de la teoría de la institución. Pero es cierto que un determinado grado de «comunión» o de «intimidad institucional» es indispensable para asegurar, al mismo tiempo que la subordinación del poder a la idea, un cierto

(1) Renard : ob. cit., pág. 292.

control del grupo sobre este poder en el caso en que se apartara de la finalidad institucional. El grupo, como el poder, está al servicio de la idea; se controlan uno al otro para asegurar mejor la realización de la empresa, y así se establece entre ellos un sistema de equilibrio, sobre el que Hauriou ha insistido, y gracias al cual la institución acaba de organizarse en torno del centro de actividad de estos órganos; la idea directriz manifiesta así siempre su ascendiente.

Gracias a los equilibrios establecidos a su servicio, la idea se precisa y se revela como un compromiso entre las necesidades de la colectividad, agrupada en la institución, y los derechos e intereses de los individuos para los cuales, en el fondo, la institución se establece. Estos no peligran de ser absorbidos por el todo en el sistema organizado por Hauriou, cuyo individualismo ha sido siempre afirmado. La institución plantea mucho menos el conflicto entre el individuo y la sociedad que la solución armónica de la oposición entre los intereses generales y los de cada uno. «En su estructura—declara Morin—el imperio de cada institución sobre sus miembros no es total, sino que tiene por medida la idea directriz, el objeto especializado de la institución, que traza así los límites de los poderes de la autoridad institucional.»

Esta conciliación de los derechos individuales y de su necesaria limitación se afirma todavía si consideramos la institución en su vida propiamente dicha, en su formación y en las normas de su funcionamiento.

JOSÉ MARÍA FONCILLAS,

Notario.

## PROBLEMAS CONSTITUCIONALES

Por D. Adolfo García González

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

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

# La Ordenanza hipotecaria alemana

(Según la redacción vigente desde 1.º de Abril de 1936.)

Aunque el nuevo texto del Ordenamiento hipotecario (*Grundbuchordnung*) no presenta las novedades que el lector pudiera esperar del atrevimiento de los modernos juristas alemanes, tiene para los españoles, que apenas conocíamos la primitiva Ley de 24 de Marzo de 1897, tan grande interés, que vamos a exponer sus líneas generales y las variantes de mayor importancia.

La estructura, si prescindimos del capítulo V, en donde se recogen algunos de los procedimientos hipotecarios puestos en vigor después de la guerra, por leyes especiales, es la misma en los dos textos :

## SECCIÓN 1.ª—*Disposiciones generales.*

Comprende doce artículos, dedicados a la competencia de los Registradores, descripción y segregación de fincas, hojas del Registro, inscripciones dobles, predios exentos de inscripción, folios que comprenden varias fincas de un propietario, agrupación, agregaciones, gravamen de un trozo de finca, inscripción del derecho de superficie, mención de derechos subjetivamente reales (servidumbres, etc.), conservación de documentos, referencias a las actas judiciales, abstención o exclusión del Registrador y manifestaciones y certificados.

Cada vez con más decisión, se encomienda la llevanza de la Oficina a los *Amtsgerichten* (parecidos a nuestros Jueces de primera instancia), poniendo de relieve sus funciones registrales (*Grund-*

*buchamter* = Juez territorial) y competencia respecto de los inmuebles situados en la circunscripción.

La corriente germánica separa el derecho notarial del registral, en términos que podrán sorprender a los discípulos del gran Costa que tomen al pie de la letra su proyecto de unir protocolo y registro. En realidad, ambas ramas del poder legitimador se diferencian por los principios en que se apoyan, por la técnica de las respectivas funciones y por las finalidades perseguidas. En el derecho notarial se busca la autenticidad o legitimación de relaciones jurídicas entre personas concretas y determinadas, mientras en los registros jurídicos se atiende a los terceros interesados en la situación inscrita. El protocolo vive en el posible recogimiento de una oficina que ama el secreto; los sistemas registrales se desenvuelven sobre medios de publicidad: el edicto, la notificación, la manifestación, el certificado..., con las puertas y los libros abiertos a quien se halle interesado en conocer personas, cosas y acciones. Al negocio *inter partes* se opone el derecho *erga omnes*. Por ello figura el Notario como testigo de mayor excepción y consejero técnico de las entidades, familias e individuos, y el Registrador, como Magistrado que decide solemnemente sobre la trascendencia de las solicitudes y peticiones que, apoyadas en documentos o declaraciones, se formulan reglamentariamente. La competencia del uno es más bien una prohibición de actuar fuera de cierto distrito, que, por otra parte, puede recorrer con toda libertad, para dar fe de hechos, actos y contratos relativos a cosas situadas en cualquier parte y a personas de cualquier nacionalidad, en tanto que la competencia de los Registradores se halla determinada por preceptos rigurosos que responden a la distribución y organización del Registro para los fines de publicidad, legitimación y fácil conocimiento de las relaciones jurídicas.

En los párrafos añadidos al artículo 1.º de la G. B. O. se fija, en primer término, la competencia por la situación de la finca, y en segundo lugar, cuando se halla situada en dos partidos, con referencia a la ley de Jurisdicción voluntaria, cuyas disposiciones son aplicables a los actos registrales, en cuanto no haya otras reglas especialmente promulgadas.

SECCIÓN 2.<sup>a</sup>—*Inscripciones.*

Los artículos 13 al 55 inclusive desenvuelven las materias más interesantes del sistema: la petición (*Antrag*) formulada por el titular lesionado o por el favorecido, así como por el que tenga un título ejecutivo contra aquél, y también por el Notario autorizado para ello; la no admisión de solicitudes *con reserva* (por ejemplo, que la hipoteca se inscriba después de entregado el préstamo); las peticiones de inscripciones subordinadas (es decir, si la una no puede extenderse sin la otra); el orden de inscripción, cuando son independientes las presentaciones; trato de las que tropiecen con obstáculos (algo como lo que nosotros llamamos defectos subsanables o insubsanables) y anotaciones o contradicciones consiguientes; consentimiento de inscripción por el lesionado; necesidad del acuerdo de transferencia para transmitir una finca (*Auflassung*) o para constituir, alterar o transmitir un derecho de superficie; necesidad del consentimiento de las personas interesadas en una finca para disponer de los derechos subjetivamente reales; posibilidad de rectificar los asientos cuando se demuestre su inexactitud; cancelación de los derechos limitados de carácter temporal (usufructo, cargas de duración fija, etc.) o sujetos a condición; cancelación de anotaciones y contradicciones; transmisión o gravamen de las garantías hipotecarias con cédula (por cesión del tenedor y exhibición de la cédula); necesidad del consentimiento del dueño o titular de la finca o derecho para cancelar los gravámenes hipotecarios (a fin de garantizar la hipoteca del propietario); contenido del consentimiento de inscripción o de la petición del asiento (que se describa la finca como está en el Registro y se utilice la moneda alemana); autenticidad de los documentos en que se exprese el consentimiento o las declaraciones necesarias o la retirada de peticiones, así como de los poderes y de su revocación; certificaciones del Registro mercantil para legitimar los actos otorgados por Sociedades, y del registro de matrimonios para probar el régimen económico conyugal; referencias a los archivos del Juzgado; prueba de la sucesión por el certificado de heredero, y de las sociedades familiares continuadas o de las facultades de los ejecutores testamentarios.

rios por otros testimonios ; inscripción de particiones ; transferencia hereditaria de gravámenes hipotecarios ; mandamientos de inscripción formulados por oficinas competentes ; necesidad de la previa inscripción y de la legítima posesión de la cédula, en los casos respectivos ; excepción de los casos de transferencia o cancelación otorgada por los herederos, ejecutores testamentarios o por los que contra ellos tengan título que lleve aparejada ejecución ; supuestos en que es o no necesaria la exhibición de la cédula hipotecaria en cualquiera de sus formas (hipoteca propiamente dicha, deuda o renta territorial, con *carta* nominativa, a la orden o al portador) ; requisitos de la inscripción (día en que se hizo y firma) ; rango o prelación del asiento ; cancelación expresa y cancelación por falta de traslado a nueva hoja ; inscripción a favor de varios por cuotas matemáticas o fijando las bases de la mancomunidad ; gravámenes sobre varios inmuebles ; servidumbres y cargas reales inscritas como derechos especiales (pensiones, rentas, legítimas, reservas) ; hipotecas en garantía de títulos al portador (con indicación del total y del número, cuantía y designación del título) ; inscripción a favor del fiduciario y del fideicomisario ; mención del ejecutor testamentario cuando el heredero inscribe ; rectificación de oficio cuando se hayan violado las leyes aplicables o cuando sea evidente la ilicitud del asiento ; exclusión de las cargas de derecho público, excepto cuando la ley ordena o permite su inscripción, y notificación a los interesados de las inscripciones que les favorezcan o perjudiquen.

Si prescindimos de las ligeras variantes motivadas por la manera de autenticar los documentos, y de otros cambios de redacción impuestos por la práctica, no encontraremos en la serie más alteraciones que la supresión del artículo 31 antiguo, sobre costas de la transferencia de propiedad (*Auflassung*), llevada a cabo por poder, y la adición del artículo 54, relativo a la no inscripción de cargas públicas *como tales* (sí como hipotecas a favor de la Administración). El último artículo de la sección extiende la obligación de dar conocimiento de la inscripción, impuesta al Registrador en el texto primitivo, para que se haga saber a los titulares de garantías hipotecarias, cargas reales y otros derechos, en el caso de transferencia de la propiedad de la finca. También se ha de comu-

nicar a la persona que constituya un patrimonio familiar la inscripción del mismo.

### SECCIÓN 3.<sup>a</sup>—*Cédulas hipotecarias.*

Regula en los artículos 56-70 su expedición y contenido (nombre, importe, fincas, extracto de la inscripción...), enlace con los documentos del crédito; el caso de hipoteca solidaria (con sólo una cédula o varias, si las fincas están en distintos registros, pero ordenando su unión); entrega al propietario o al acreedor, según el momento en que se pida; expedición a los Notarios y Jueces de cédulas parciales, con referencia a la primitiva cédula y consignación en ésta de la segregación de capital; mención de las ulteriores inscripciones en la cédula expedida; cogravamen de otros inmuebles y expedición de nueva cédula; distribución de la hipoteca solidaria, con inutilización de la antigua cédula y creación de otras; transformación de la hipoteca en deuda territorial, o cambio del crédito asegurado, con mención en la antigua cédula y separación del documento demostrativo de las relaciones obligatorias, si no se solicita la expedición de un título nuevo; cédula referente a varias hipotecas de igual rango o inmediatamente seguidas cuando pertenecen al mismo titular; requisitos para renovar la cédula mediante exhibición o declaración de caducidad (mención en el nuevo título de su carácter, traslado de las observaciones que constasen en el anterior y nota en el Registro); inutilización de las cédulas por haberse cancelado o transformado la hipoteca, y, en fin, aplicación de estas normas a las deudas y rentas territoriales con cédula (*Grundschuldbrief und Rentenschuldbrief*).

Esta sección ha sido muy poco retocada. La cédula o carta (*Brief*) hipotecaria se distingue esencialmente de los títulos emitidos por nuestro Banco Hipotecario. Se halla directamente unida con la inscripción: algo así como las obligaciones al portador que han entrado en el régimen inmobiliario español al amparo de la Real orden de 26 de Febrero de 1867, y más tarde han encontrado su apoyo, con las endosables, en la modificación de los artículos 82 y 153 de la primitiva ley Hipotecaria por la de 21 de Diciembre de 1869. Pero para que nuestros lectores no confundan la cédula con el tí-

tulo endosable o al portador, debemos advertir que las hipotecas en garantía de estos últimos, en el régimen alemán, no son ordinarias, sino de *máximum*.

La cédula hipotecaria, según el artículo 57, que ha sido de los más alterados, ha de contener el número del folio registral y un extracto del mismo. El extracto debe reseñar en renglones separados:

a) El contenido de los asientos relativos a la hipoteca, y cuando para completarlos se haya hecho referencia a un documento, el contenido de éste.

b) La designación de las fincas con arreglo al Registro.

c) Indicación del propietario.

d) Breve mención de las inscripciones que tienen igual o preferente rango y del interés cuando es superior al 5 por 100.

El extracto debe ser completado cuando se altere el contenido del Registro.

#### SECCIÓN 4.<sup>a</sup>—*Recurso de queja (Beschwerde)*.

Tampoco encontramos grandes novedades en los artículos 71-81, que trazan las principales líneas del procedimiento contra las *decisiones* del Registrador, no contra las inscripciones practicadas (71), y así quedan vigentes los antiguos preceptos que el señor Falkenstein ha desenvuelto en esta REVISTA CRÍTICA (año 1932, páginas 686 y siguientes).

Las variantes que merecen especial consideración son las del artículo 76, que no sólo permite al Tribunal Territorial ordenar al Registrador que tome anotación preventiva (o de contradicción) antes de resolver un recurso, sino que también faculta al Tribunal para decretar que se suspenda la ejecución de la resolución impugnada. El último párrafo del mismo artículo, que es totalmente nuevo, concede al recurso solamente efectos suspensivos cuando va dirigido contra una resolución que tiene carácter disciplinario (pena pecuniaria o multa).

#### SECCIÓN 5.<sup>a</sup>—*Procedimiento registral para casos especiales*.

Es completamente nueva y reúne en tres apartados: rectificación forzosa (82 y 83), cancelación de inscripciones sin objeto (84-89)

y esclarecimiento o aclaración de las relaciones de preferencia (90-115), lo más importante o aprovechable de las leyes promulgadas en los calamitosos tiempos que siguieron a la Gran Guerra, y de las disposiciones con que se ha tratado de corregir la confusión introducida en los Registros de la Propiedad.

A tenor del artículo 82, si existe base suficiente para reputar que el Registro se halla equivocado por haberse realizado transferencias jurídicas fuera de los libros, puede el Registrador, cuando lo encuentre razonable, imponer al propietario, o al ejecutor testamentario encargado de la administración de una finca, el deber de solicitar la rectificación y de aportar los documentos al efecto necesarios. Asimismo, el Juez de una herencia (artículo 83) que haya expedido una certificación de heredero o anunciado la apertura de una sucesión, debe avisar al Registrador competente cuando sepa que un inmueble forma parte de la masa hereditaria, participándole las circunstancias del caso y el nombre de los herederos.

Respecto de las cancelaciones de inscripciones sin objeto, el artículo 84 faculta al Registrador para cancelarlas con sujeción a las siguientes normas. Una inscripción carece de objeto: *a*), cuando el derecho a que se refiere no exista, ni es posible que nazca; *b*), cuando por circunstancias de hecho no pueda ser ejercitado en lo sucesivo (es decir, que en el anterior apartado se enfila una inexistencia jurídica y en éste un impedimento de hecho: un río que ha cambiado de cauce, una calle que ha sido abierta).

Para los efectos de este artículo se reputan derechos las anotaciones, contradicciones, limitaciones de enajenar, menciones de expropiación y otras análogas.

El mismo Registrador puede incoar el procedimiento cancelatorio cuando circunstancias ostensibles (por ejemplo, el haberse transcrito el folio antiguo, las enajenaciones parciales, las nuevas cargas inscritas o la indicación hecha por un copartícipe) den suficiente ocasión y base a la creencia de que la inscripción carece de objeto. Vistos estos particulares, el Registrador decide, según su prudente arbitrio, si debe incoar y seguir el procedimiento, y contra su resolución no cabe recurso (artículo 85). En el supuesto de que el procedimiento se hubiera promovido a instancia de parte, la de-

cisión del Registrador rechazando o suspendiendo la tramitación ha de ser motivada (artículo 86).

Se cancelará la inscripción : *a*), cuando de los hechos o relaciones jurídicas, acreditados con arreglo a las exigencias de la misma Ordenanza hipotecaria, resulte que la inscripción no tiene objeto ; *b*), cuando el aviso de cancelación haya sido comunicado a los interesados y no hayan formalizado la impugnación en el plazo establecido ; *c*), cuando por decreto que tenga fuerza de cosa juzgada se haya acreditado que la inscripción carece de objeto (artículo 87).

El Registrador se halla autorizado para pedir las cédulas o documentos necesarios para la transmisión del derecho, al respectivo tenedor. Por lo demás, se aplica la ley de Jurisdicción voluntaria a los avisos de cancelación y a las resoluciones declarativas que pronuncia el Registrador, con ciertas variantes (artículo 88).

Contra las resoluciones definitivas se concede un recurso que ha de ser ejecutado dentro de las dos semanas siguientes a la notificación. El Registrador y el Juez pueden, en casos especiales, conceder un plazo más largo. En la resolución notificada debe advertirse si se concede recurso, ante qué Tribunal, en qué forma y dentro de cuál plazo (artículo 89).

Para fijar con claridad las preferencias de rango se faculta al Registrador para corregir las confusiones o faltas de claridad, previstas por la ley de Limpieza o depuración de los libros, promulgada el 18 de Julio de 1930, tanto de oficio como a instancia de parte (artículo 90), y con tal finalidad, al extender en una hoja embrollada cualquier asiento, el Registrador debe cerciorarse de si las relaciones de preferencia resultan carentes de precisión o confusas, de suerte que las circunstancias impongan el esclarecimiento. La resolución que adopte, según su prudente arbitrio, es inapelable. El Decreto en cuya virtud se inicie el procedimiento debe ser notificado a cuantos tengan interés, y la iniciación misma se hace constar en el libro de inscripciones. Si la resolución fuese negativa deberá ser notificada al que hubiese solicitado la apertura de procedimiento (artículo 91).

Se reputan interesados en el procedimiento : *a*), el que al tiempo de extender la mención de apertura se halle inscrito como propietario, y si el inmueble está gravado con garantía hipotecaria de

naturaleza solidaria, los titulares de los otros bienes cohipotecados ; b), las personas que en el mismo instante tengan un derecho sobre la finca o un derecho inscrito sobre otro que la grave, o asegurado por la inscripción cualquier interés favorecido por el Registro (anotación, fideicomiso, usufructo...); c), las personas que invoquen en el procedimiento un derecho inscrito y que lo prueben a requerimiento del Registrador o de un interesado. No se consideran tales los que no sufran lesión por la aclaración de la preferencia que se intente conseguir (artículo 92).

Si el propietario o titular inscrito no es el verdadero derechohabiente (por haber cedido, ex. gr., fuera del Registro) debe comunicarlo al Registrador tan pronto como reciba la comunicación y darle cuenta de lo que sepa sobre la persona del titular en cuestión. Al tiempo de notificar al propietario o persona inscrita la resolución que abre el expediente, debe comunicársele esta obligación de suministrar noticias (artículo 93).

El Registrador puede inquirir, *de oficio*, si la propiedad o cualquier derecho inscrito pertenece al titular o a otra persona y reclamar las pruebas pertinentes. Decide, según su entender, si han de aportarse los documentos exigidos por el artículo 35 (certificados de heredero, testamento, etc...). El titular a quien se busque actúa desde que se le reconozca como copartícipe (es decir, conjuntamente con el titular inscrito, si éste no ha declarado su falta de interés). Si hay dudas sobre cuál de varias personas es titular, todas son consideradas como titulares (artículo 94).

Cuando en el curso del procedimiento cambia la persona del titular (por ejemplo, en virtud de enajenación o herencia), el nuevo asume el papel de parte interesada desde el momento en que el Registrador lo sepa (el procedimiento no se anula). Lo mismo tendrá lugar cuando durante la tramitación se ha constituido un derecho que grave la finca y sea de los afectados por el procedimiento (por ejemplo, si se ha constituido una subhipoteca y se trata de aclarar el rango del derecho principal) (artículo 95).

Si la persona o la residencia de un titular o de su representante son desconocidos, el Registrador puede nombrar un curador de los interesados para el expediente de depuración (puesto que no se admite la notificación por edictos). En tal supuesto, el Registrador asume las funciones de Juez de tutelas (artículo 96).

Si el interesado no reside en Alemania y no ha designado un representante que resida allí, puede el Registrador ordenarle que nombre un apoderado que resida en Alemania para recibir las notificaciones y actuar en el procedimiento.

Si el Registrador así lo ha ordenado, las comunicaciones que se hagan después del emplazamiento y mientras el interesado designe representante se realizarán incluyendo el escrito bajo sobre certificado que se enviará a las señas de aquél por el correo. La notificación se tendrá por hecha con la entrega en Correos, aun cuando el sobre sea devuelto por no haber sido hallado el destinatario (artículo 97).

No se permiten las notificaciones en forma pública (artículo 98).

El Registrador puede imponer al tenedor de la cédula hipotecaria o de los documentos necesarios para su cesión el deber de exhibirlos (artículo 99).

Para poner en limpio las relaciones de preferencia o rango hipotecario, el Registrador emplazará a los interesados, advirtiéndoles que aunque no comparezcan se procederá al esclarecimiento (o sea a poner en claro la prelación o a desenredar la confusión que existiera) (artículo 100).

El plazo al efecto concedido será, por lo menos, de quince días. Este precepto no se aplicará en los casos de suspensión o continuación del expediente. Los citados para la primera diligencia no necesitan ser citados para las posteriores que hubieren sido anunciadas (en otro caso, se necesitará citarlos de nuevo, aunque no hubieran comparecido) (artículo 101).

En la audiencia concedida al Registrador se intentará la conciliación (o acuerdo real = *Einigung*) de los interesados (o de sus representantes si no se hubiera ordenado la comparecencia en persona) sobre un ordenamiento claro de la prelación. Si los interesados llegan a un acuerdo, el Registrador puede autenticarlo con arreglo a las disposiciones de la Ordenanza hipotecaria y a la ley de Jurisdicción voluntaria. El titular que no hubiese comparecido puede otorgar su aprobación al acuerdo en documento público o legitimado. Caso de acuerdo (por unanimidad de todos los interesados o con la aprobación de los que no hubieran comparecido), debe modificarse el registro con arreglo a lo acordado (artículo 102).

Si los interesados no llegasen a un acuerdo, el Registrador les

propondrá otro orden de prelación (con la propuesta formulará un nuevo proyecto de inscripción). Puede, a tal objeto, proponer una alteración de las relaciones de preferencia en cuanto sea necesario para dejar aclarado el orden de los respectivos rangos o puestos (artículo 103).

La enmienda ha de ser propuesta a los interesados, advirtiéndoles que dentro del mes siguiente a la notificación pueden formular ante el Registrador la correspondiente contradicción (*Widerspruch*). En casos excepcionales puede concederse un plazo más largo. La contradicción puede ser formulada por escrito o por declaración que ha de suscribir el Secretario o encargado del Juzgado; en este caso se entenderá que la contradicción está hecha dentro de plazo cuando la declaración sea formalizada dentro del concedido (artículo 104).

El Registrador concederá al interesado que, sin culpa, se viera en la imposibilidad de utilizar el plazo, la reposición de los trámites al anterior estado, cuando dentro del plazo de dos semanas, contadas desde que desapareció el obstáculo, propusiera la contradicción y acreditara los hechos en que la solicitud de reposición se funde. La resolución que sobre la reposición se haya decretado es inapelable. Contra la resolución que deniegue la reposición solicitada, por ser ilegítima, o que la rechazase, por no estar fundada, se concede el recurso de queja con arreglo a las prescripciones de la ley sobre Actos de jurisdicción voluntaria. La reposición no podrá ser solicitada después de inscrito el nuevo ordenamiento de preferencia o cuando hubiese transcurrido un año desde que terminó el plazo no aprovechado (artículo 105).

En el caso de que se halle en tramitación una contienda judicial que tenga por objeto la finca, se suspenderá, a petición de parte, el procedimiento hasta que aquélla se decida. El Registrador puede, *de oficio*, suspender el procedimiento y señalar a los interesados o a alguno de ellos un plazo para obtener el fallo judicial, cuando la fijación de un orden preciso depende de la resolución de un litigio sobre las relaciones jurídicas de preferencia (artículo 106).

Decidida la contienda judicial, el Registrador continuará el expediente en cuanto sea necesario para fijar con claridad la prelación (artículo 107).

El Registrador, transcurrido el plazo de contradicción, decreta-

rá el nuevo ordenamiento de prelación, si no hubiera motivo para proponer una enmienda. Al mismo tiempo decidirá sobre las contradicciones no probadas, motivando su decisión. Si resuelve sobre una contradicción, comunicará su decisión a todos los interesados (artículo 108).

El Registrador puede suspender en cualquier tiempo el procedimiento si no espera ningún resultado práctico de su continuación. La resolución suspensiva es inapelable (artículo 109).

Si el Registrador, al fijar el nuevo rango, decidiera sobre una contradicción, se concederá recurso de queja contra su resolución, de conformidad con los preceptos de la ley de Jurisdicción voluntaria. No se concede nuevo recurso contra la decisión del de queja (artículo 110).

Fijado el nuevo rango con decisión que tenga fuerza de cosa juzgada, el Registrador completará el folio hipotecario con arreglo a lo decidido (artículo 111). El nuevo ordenamiento, una vez inscrito, quedará en lugar del antiguo (como si éste no hubiera existido) (artículo 112).

Inscrito el nuevo rango o suspendido el procedimiento, se cancelará la anotación tomada por incoarse el expediente (artículo 113).

Las costas de primera instancia serán distribuídas por el Registrador según su prudente arbitrio (artículo 114).

Si se hubiera tramitado al mismo tiempo, y sido resuelta, con el procedimiento, una contienda judicial pendiente (por ejemplo, si el acuerdo de los interesados dejara sin objeto la *litis*), cada parte soportará las costas extrajudiciales que le hayan correspondido. Las costas judiciales serán descontadas (artículo 115).

Me he permitido exponer con tanto detalle estos expedientes, no sólo por su novedad y prácticos resultados, sino para poner de relieve las funciones judiciales del Registrador y encaminar la doctrina española por esta vía.

\* \* \*

La sexta y última sección del Ordenamiento hipotecario comprendía antes las disposiciones finales y ahora las que llama transitorias y finales, en los artículos 116-124 (o sea nueve artículos en lugar de los veinticinco que tenía, 82-102), cuyo contenido es el si-

guiente: vigencia de la ley en los distritos, según la fecha de instalación del Registro; reservas a favor de las legislaciones regionales e inscripción de los derechos especiales de las regiones; valor de los libros que en la actualidad se llevan, como si fuesen hipotecarios en el sentido de esta ley; referencias del libro en que se halle la inscripción principal a los otros (todos los asientos juntos forman el folio hipotecario de la finca); modo de completar las descripciones de los predios, y, en fin, facultades del Ministro de Justicia para ordenar el procedimiento que ha de seguirse en la inscripción de fincas que no están en el Registro y para restaurar libros o reproducir documentos, así como para regular el modo de inspeccionar los protocolos o actas de la oficina y de expedir las copias.

JERÓNIMO GONZÁLEZ.

## Banco Español de Crédito

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

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

### 400 SUCURSALES EN ESPAÑA Y MARRUECOS ESPAÑOL

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

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

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

### TIPOS DE INTERES

#### Cuentas corrientes:

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

#### Libretas ordinarias de ahorro:

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

#### Imposiciones a plazo fijo:

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

A seis meses..... 3 % —

A doce meses..... 3  $\frac{1}{2}$  % —

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

### DEPARTAMENTOS DE CAJAS FUERTES DE ALQUILER

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

# Crédito hipotecario y economía triguera

## HIPOTECAS DE CRÉDITO SIMPLE

Estas hipotecas, que también son de máximo, nos ofrecen en su actuación dos partes distintas de su contenido ; una parte es la hipoteca como derecho de garantía, que se reviste de la autenticidad que exige la ley Hipotecaria para, con la publicidad del Registro, tomar el puesto de preferencia desde la fecha de la inscripción, en cuanto a la cantidad máxima que responde ; y otra parte es la obligación que se asegura, que podrá ser de cualquier clase, con tal que sea lícita ; podrá ser pura o condicional, pero que será futura en el sentido de que no existirá en el momento de la constitución de la hipoteca ; es decir, que nacerá o podrá nacer después. Dos partes distintas : una, el elemento garantía o sea la hipoteca, que existe realmente desde la inscripción y que desde entonces perjudicará a los terceros que adquieran derechos sobre las fincas hipotecadas ; y otra, el elemento obligación o crédito que nacerá o podrá nacer después, cuyo nacimiento o existencia, cuyo importe o vencimiento no podrán probarse con la escritura de la constitución de hipoteca, como sucede en la hipoteca corriente, sino que se determinarán o probarán mediante manifestaciones posteriores de los interesados, ajenas al Registro y sujetas a formas más o menos sencillas que permite el Derecho civil y el Derecho mercantil ; formas que conviene lleven aparejada ejecución ; es decir, que en estas hipotecas de crédito simple se halla distanciado e independiente el título de constitución de la hipoteca del título ejecutivo que probará la obligación ; el título constitutivo será siempre público, y el ejecutivo podrá ser un documento privado, una pagaré, una letra de cambio y que tendrán eficacia bastante para producir la acción hipotecaria.

Estas hipotecas de crédito simple se distinguen de las hipotecas en garantía de cuentas corrientes de crédito en que en ellas no es preciso señalar por cuánto tiempo queda abierto el crédito, puede quedar por tiempo indefinido, y en que tampoco precisa fijar la forma de acreditar el importe líquido de la deuda, toda vez que cada hipoteca de crédito simple va asegurando individual y separadamente toda entrega, toda partida, todo préstamo que recibe el deudor, surgiendo el débito en el momento de la entrega, no siendo así precisa la liquidación, siendo bastante el documento del que surja la obligación, y en cambio, en las hipotecas en garantía de cuentas corrientes de crédito, el valor individual de cada partida que reciba el deudor se va eliminando para reflejarlo después de la liquidación al vencimiento de cada plazo, y hasta este momento del saldo no surge el débito; por esto en las hipotecas en garantía de cuentas corrientes de crédito es necesaria la liquidación periódica de la cuenta corriente y es preciso conocer de antemano la forma de esta liquidación.

Estas hipotecas de crédito simple se han ido introduciendo estos últimos años en el tráfico comercial, abriéndoles cauce la Dirección de los Registros y del Notariado, al amparo de los amplios términos del artículo 1.861 del Código civil, que establece que la hipoteca puede asegurar toda clase de obligaciones, y del artículo 142 de la ley Hipotecaria que dice que la hipoteca constituida para seguridad de una obligación futura o sujeta a condiciones suspensivas inscritas surtirá efecto contra tercero desde su inscripción, si la obligación llega a contraerse o la condición a cumplirse.

Así, pues, un labrador puede constituir una hipoteca de crédito simple a favor de un Banco o de otro prestamista para asegurar préstamos hasta cierta cantidad que se consignen en letras de cambio, que, de no ser pagadas a su vencimiento, con el simple protesto de las mismas, harán surgir la acción hipotecaria.

Un labrador pues, podrá constituir una hipoteca de crédito simple a favor de un Banco o de otro prestamista para garantizar préstamos que le haga dentro de la cantidad máxima fijada, que consten en pagarés, en escrituras públicas y en documentos privados que sean ejecutivos para el caso de que alguno de los préstamos no sea pagado en su vencimiento. O sea, que con estas hipotecas de crédito simple podrá tener un labrador, dueño de fincas inscritas,

abierto un crédito por mucho tiempo, y con una sola de estas hipotecas podrá garantizar repetidos préstamos que le haga su acreedor, dentro del máximo fijado, mediante documentos de la sencillez que quieran con tal que sean suficientes para hacer efectivo en juicio ejecutivo aquel préstamo que no sea pagado al vencer, y este acreedor tendrá asegurada su preferencia hipotecaria hasta la ejecución del préstamo, aun sin haber pedido la nota marginal a que se refiere el artículo 143 de la ley Hipotecaria, constativa de haberse contraído la obligación futura, porque estas hipotecas de crédito son, desde su inscripción, no meras expectativas de derecho o una garantía en potencia, sino una garantía real actual como lo es la hipoteca ordinaria, menos para probar la existencia y cuantía de la deuda asegurada. Es decir, que esta hipoteca de crédito simple, probada que sea la deuda asegurada con un documento cualquiera, podrá originar un procedimiento ejecutivo aun antes de poner a la inscripción dicha nota marginal, ya que esta nota no tendrá más efectos que acreditar en el Registro la existencia de la deuda para convertir, si se quiere, la hipoteca de crédito simple en hipoteca ordinaria al objeto de poder negociar o ceder el crédito que exprese aquella nota marginal, según la doctrina de la Dirección de los Registros y del Notariado.

Estas hipotecas de crédito simple resultarán muy prácticas en la realidad, porque, ofreciendo al acreedor una garantía sólida de formas solemnes, permiten luego formas sencillas y económicas en el desenvolvimiento de las obligaciones o de los préstamos que aseguran estas hipotecas, es decir, que permiten prestar, hasta en documentos privados, con garantía hipotecaria y por tanto con un interés más bajo que el que suelen devengar los préstamos con garantía personal.

#### HIPOTECAS EN GARANTÍA DE TÍTULOS TRANSMISIBLES POR ENDOSO Y AL PORTADOR

Esta hipoteca es todavía más progresiva que las hipotecas de crédito que acabamos de exponer. Esta hipoteca en garantía de títulos endosables y al portador se parece realmente a la hipoteca de propietario, o sea la hipoteca que deviene a favor del mismo dueño

de las fincas hipotecadas, y se parece porque las hipotecas en garantía de títulos endosables y al portador se inscriben a favor de los tenedores de las obligaciones, y cuando estas obligaciones están en poder del dueño de las fincas hipotecadas, la hipoteca que las garantiza viene a estar a favor de este dueño. Algunos tratadistas españoles aferrados al derecho viejo, no se atreven a creer que estas hipotecas de títulos endosables y al portador se parezcan a la hipoteca de propietario, fundados en que, en nuestro Derecho no caben en una misma persona la calidad de deudor y de acreedor al mismo tiempo, y lo dicen con el pensamiento puesto en aquellas hipotecas ordinarias que van siempre unidas a la obligación que aseguran y que mueren cuando ésta se extingue, y no se fijan en que estas hipotecas de títulos endosables y al portador pueden existir con independencia de las obligaciones que aseguran, como sucederá, mientras el emisor no circule los títulos o cuando, una vez circulados, los reintegre a su poder, y así podrá en ciertos casos el propietario de las fincas hipotecadas ser preferido en el rango hipotecario con respecto a obligaciones que tenga en su poder.

¿Cómo actúan estas hipotecas en garantía de títulos endosables y al portador? Un propietario que tenga fincas inscritas podrá emitir, con determinadas formalidades, títulos representativos de obligaciones endosables o al portador, asegurándolas con el valor de sus fincas, o sea con garantía hipotecaria, y luego podrá negociar estas obligaciones sin que sea precisa escritura de cesión. Así, el propietario puede llevar en el bolsillo el valor de sus fincas y convertirlo en dinero cuando le sea preciso.

Supongamos un labrador que tiene un número de fincas que valen 20.000 pesetas y que quiere tener disponible una emisión de obligaciones por valor de 10.000 pesetas, dividiendo la emisión en 20 obligaciones de 500 pesetas cada una, asegurándolas con hipoteca sobre las fincas que valen las 20.000 pesetas. Esta emisión representará un crédito total de 10.000 pesetas, que se divide en fracciones de 500 pesetas, y la hipoteca asegura el valor de todas ellas como crédito único y los veinte títulos gozarán de igual preferencia para su cobro. Dicho labrador se proveerá de estos títulos, que serán talonarios, con doble matriz, que estarán en parte impresos y se ajustarán a un modelo; modelo que nosotros, Notarios y Registradores, debemos conseguir de la Dirección de los Registros y

del Notariado, que sea circulado como único en toda España a fin de que haya más garantía de autenticidad, y este modelo debe hacer referencia a las circunstancias siguientes: para hacer constar el Registro o Registros donde estén inscritas las fincas hipotecadas; para indicar el número de la emisión y también el de la serie, por si el labrador hace emisiones por series; para expresar el importe total de la emisión; para expresar el número de obligaciones en que se divida la emisión, el importe de cada una y el número del talón; para indicar el nombre, apellidos y vecindad del emisor; para hacer constar que se pagará al tenedor de la obligación el importe de ésta y los intereses correspondientes, pagaderos, por ejemplo, por semestres; para indicar cómo vence la obligación y modo de hacer el pago; para expresar el número de fincas hipotecadas y el valor total de las mismas; para expresar la fecha de la emisión.

Con estos títulos se va el labrador a una Notaría a otorgar la escritura de hipoteca, en la que, además de las circunstancias de toda hipoteca, se harán constar las circunstancias de los títulos que se emiten. La ley Hipotecaria dice que se haga constar también en la escritura la autorización obtenida para emitirlos en caso de ser ésta necesaria; pero para que el labrador pueda hacer dicha emisión no hará falta autorización especial alguna, según veremos luego.

Una vez inscrita en el Registro de la Propiedad la escritura de hipoteca, se indicará en los títulos emitidos que la inscripción está hecha, expresando también la fecha de la escritura y el Notario autorizante.

La ley Hipotecaria preceptúa que la emisión se anote también en el Registro mercantil, cuando proceda, con arreglo al número 10 del artículo 21 del Código de comercio; pero este artículo dice que se anotarán en la hoja de inscripción de cada comerciante o sociedad las emisiones que hagan las sociedades y los particulares. ¿Y quiénes son estos particulares? Son los particulares que sean comerciantes según claramente expresa el número 8.º del artículo 98 del Reglamento del Registro mercantil. Y como el labrador a que hacemos referencia no es comerciante y por tanto tampoco tendrá en el Registro mercantil hoja de inscripción, no tendrá obligación de anotar en este Registro su emisión, aunque sea de obligaciones al portador, y sólo estará obligado a llevar al Registro

mercantil una de las matrices de los títulos emitidos, donde se archivará para confrontar con ella los títulos y la otra matriz que quedará en poder del emisor, según previene el artículo 207 del Reglamento hipotecario.

Ya tenemos al labrador con sus obligaciones hipotecarias en condiciones de ser lanzadas a la circulación; ya tiene capital circulante. ¿Qué puede hacer con ellas? Puede transmitir las o ponerlas en garantía de préstamo. Supongamos que este labrador necesita, en un momento dado, 2.000 pesetas. Puede ceder cuatro o cinco títulos, por endoso, si son pagarés, y por la simple entrega, si son al portador para obtener 2.000 pesetas. Pero al labrador le será más práctico entregar sus obligaciones hipotecarias a un Banco o a un Sindicato para que sobre estos valores le haga anticipos. Este anticipo se le podrá hacer, generalmente, en dos formas: en forma corriente de préstamo a vencimiento fijo, entregándole toda la suma en el momento del contrato, o bien en forma de promesa de préstamo o subvención, mediante cuenta corriente, con facultad de retirar dinero cuando quiera, hasta el límite estipulado, y de hacer reembolsos parciales, anotando cada entrega o reembolso en un cuaderno o al dorso de la misma póliza.

Esta apertura de crédito en cuenta corriente con garantía de valores no está expresamente regulada en el Código de comercio, aunque está admitida en las prácticas bancarias y se menciona en los Reglamentos de los Bancos, y deben aplicársele los preceptos contenidos en los artículos 320 y siguientes del Código de comercio que regulan los préstamos con garantía de valores, porque mientras la apertura de crédito no se utiliza, es sólo una promesa de préstamo, y tan pronto como se utilice, la promesa se convierte en contrato de préstamo con garantía de valores, regulado por dichos artículos.

Tal operación de cuenta corriente de crédito con garantía de valores es, a mi entender, la más útil y práctica para dicho labrador. Coge sus obligaciones hipotecarias, se va a un Banco o a un Sindicato de su confianza a que le abra este crédito en cuenta corriente contra empeño de dichas obligaciones hipotecarias, estipulando en una póliza, que será por duplicado, la cantidad máxima de que pueda disponer, pactando los intereses y la comisión que suelen percibir por esta cuenta corriente.

El Banco podrá apreciar, con su general y especial criterio, el valor de las fincas hipotecadas, viendo la escritura de hipoteca y por los demás medios que crea oportunos, y aceptando el Banco o el Sindicato, tendrá aquí el labrador abierto un crédito por muchos años y sin necesidad de hacer más escrituras, sin perjuicio de que la cuenta corriente se salde, en cuanto al capital y a los intereses, por trimestres, semestres o por años, según se convenga. Esta cuenta corriente es más conveniente todavía que las otras hipotecas de crédito de que antes hemos hablado, porque la cuenta corriente con garantía de valores le permite al labrador acreditado cerrarla en un Banco y obtenerla en otro que le ofrezca mejores condiciones y confianza, pasando a éste las obligaciones hipotecarias sin necesidad de nueva escritura de hipoteca, como tendría que hacerse en las otras hipotecas de crédito, ya que con estas otras si un Banco le cierra el crédito al labrador tendrán que otorgar la cancelación de la hipoteca y constituir luego otra a favor del Banco que nuevamente le abra crédito.

Estas obligaciones hipotecarias emitidas por el labrador podrán negociarse y cotizarse, incluso en Bolsa, si bien en este caso se precisa la previa autorización de la Junta Sindical del Colegio de Agentes, según el artículo 71 del Código de comercio. El tenedor de estas obligaciones podrá realizarlas, y si ha vencido el plazo para el pago, podrá dirigirse contra las fincas hipotecadas para, con su valor, hacer efectivas las obligaciones. Pero si hubiese además otras obligaciones de la misma emisión, correspondientes a otros tenedores que no instaron la ejecución, se verificará la subasta, la venta o la adjudicación dejando subsistente la hipoteca para seguridad de las obligaciones que falten, sin que con el precio pueda pagarse el importe de esas obligaciones hasta que sus tenedores lo pidan.

Estas hipotecas de crédito y especialmente estas obligaciones hipotecarias, pueden servir de eficaz medio para evitar que el dinero de los Bancos huya de la agricultura, y mucho más, si conseguimos del Estado que declare exentas de los impuestos estas hipotecas de crédito constituídas por los labradores como tales y las emisiones de obligaciones hipotecarias que hagan los mismos; pues así como se declaran exentas de los impuestos las hipotecas a favor de los Bancos y Sindicatos Agrícolas, exención que recae en

beneficio de los labradores, pues ellos habrían, al fin, de ser los que pagarían tales impuestos, con tanta o más razón deben declararse exentas las hipotecas de crédito y las emisiones de obligaciones que hagan los labradores. Quizá no resultase difícil el conseguirlo hoy, porque los Gobiernos muestran gran interés en ayudar a los labradores a salir de esta crisis que les apremia.

Con estas hipotecas de crédito los agricultores, dueños de fincas inscritas, deben abonarse al crédito para hacer uso de él cuando les sea preciso, pues así como se igualan los labradores con el Médico, con el Farmacéutico, con el Veterinario, lo mismo pueden igualarse con un Banco o con un Sindicato para el crédito, constituyendo a su favor una hipoteca de crédito o entregándole obligaciones hipotecarias en garantía, con la diferencia de que la iguala del Médico, del Farmacéutico y del Veterinario le cuesta lo mismo, haga o no uso de los servicios de dichos técnicos, y en cambio, la iguala con el Banco no le costará nada, o casi nada, si no hace el labrador uso del crédito. Y así como estamos acostumbrados a ver las hipotecas ordinarias como cargas de las fincas hipotecadas con respecto al dueño de tales fincas y realmente lo son, no deben conceptuarse así las hipotecas de crédito; es decir, que estas hipotecas de crédito no serán para el dueño de las fincas hipotecadas una carga, sino un derecho, una facultad más del dominio, un derecho al crédito, y el dueño de estas fincas podrá decir cuando tenga constituida una hipoteca de crédito a favor de un Banco determinado, podrá decir, no que tiene una obligación en el Banco tal, sino que dirá que tiene crédito en tal Banco.

Así, pues, las tierras inscritas, no sólo producirán al labrador trigo, sino que servirán de eficaz medio para venderle por mayor precio; es decir, que las tierras inscritas serán para el labrador productoras de trigo y productoras de mayor precio del trigo, toda vez que con este crédito hipotecario los labradores podrán recurrir fácilmente al préstamo antes que vender su cosecha por precios bajos y les permitirá esperar a los mejores precios del mercado, privilegio que hasta ahora estuvo reservado a los labradores pudientes; y este crédito contribuirá enormemente a nivelar los precios del trigo, ya que de esta forma los compradores de trigo no podrán comprar barato a los labradores que necesitan dinero en otoño, y comprar caro en la primavera a los que pudieron esperar al alza, y

podrá llegar el tiempo en que igual valga el trigo en los meses de verano y otoño como en los meses de invierno y primavera.

No cabe pensar en que esta facilidad de crédito sea peligrosa, de que el labrador abuse del préstamo, porque sería desconocer la psicología del labriego, que concede gran valor al dinero, puesto que para él cada peseta resulta de la solidificación del sudor de sus fatigas, y posee el hábito de la exacta distribución del dinero que cada año rinden sus productos agrícolas y está además acostumbrado a soportar las privaciones que le ocasionan los malos años; de modo que si el labrador va al préstamo es seguro que tan pronto como venda el trigo verificará el reembolso en su cuenta corriente de créditos.

Conviene exponer la evolución de estas hipotecas en garantía de títulos transmisibles por endoso y al portador y de la facultad de emitir las obligaciones hipotecarias, ya que se ha dudado de si los particulares pueden emitir estas obligaciones.

Estas hipotecas de títulos endosables y al portador y la facultad de emitir las obligaciones hipotecarias constituyen uno de los últimos peldaños obtenidos por nuestro sistema hipotecario, y que no se alcanzó en firme hasta que en 20 de Noviembre de 1930 el Tribunal Supremo le ha puesto en amplia base.

En nuestra ley Hipotecaria de 1861 sus autores no se atrevieron a admitir esta hipoteca, aunque reconocían en la exposición de motivos que sería conveniente para el desarrollo del crédito inmobiliario.

El legislador, en la ley Hipotecaria de 3 de Diciembre de 1869, deseoso de dar intensa vida al crédito territorial, acogió las hipotecas en garantía de títulos endosables y al portador, tratando de ellas sólo de un modo indirecto, regulando sólo la forma de transmisión y del modo de canjearlas; y se ocupó entonces de estas hipotecas porque en 19 de Octubre del mismo año 1869 se había dictado otra ley que declaraba que los Bancos territoriales agrícolas, las Sociedades de crédito, las Sociedades de préstamos hipotecarios, las Sociedades concesionarias de obras públicas y las Sociedades industriales podían emitir obligaciones al portador.

Otra ley de 1872 crea el Banco Hipotecario de España, facultándole para emitir cédulas u obligaciones sobre el importe de los préstamos hipotecarios, y a la vez disponía esta ley que sus preceptos

generales serían aplicables a cualesquiera otros establecimientos de crédito territorial que se formaren. Mas por Decreto de 1875 se declaró que el Banco Hipotecario de España sería el único en su clase que podría emitir tales cédulas u obligaciones. Luego en 1885 el Código de comercio en su artículo 201 ratifica este privilegio diciendo que las Compañías o Bancos de crédito territorial no podrán emitir *obligaciones* ni cédulas al portador mientras subsista el privilegio a favor del Banco Hipotecario de España.

La ley de Sindicatos Agrícolas de 1906 faculta a estas Entidades y a Sociedades análogas para emitir cédulas y obligaciones inmobiliarias sin limitación alguna, que supone una derogación implícita del artículo 201 del Código de comercio.

Se puede observar, que tanto la ley de Octubre de 1869, la del 72 que crea el Banco Hipotecario, como el Decreto de 1875 que establece el privilegio del Banco, como el Código de comercio, como la ley de Sindicatos Agrícolas de 1906, al establecer la facultad de emitir cédulas u obligaciones hipotecarias al portador hacen referencia tan sólo a Sociedades y Corporaciones y no a personas naturales o particulares, y que dichas disposiciones y otras leyes dicen *cédulas u obligaciones* sin determinar la diferencia que puede haber entre estas dos palabras, y hasta existe alguna ley, como es la ley de Hipoteca Naval de 1893, que emplea intencionadamente como sinónimas estas palabras: *cédula y obligación*.

Y esto contribuyó a creer que los particulares no tenían facultad para emitir obligaciones hipotecarias al portador, y tanto se creía así que en 1911 se celebró en Madrid un Congreso internacional de agricultura en el que se aceptó la propuesta relativa a la conveniencia de obtener de los Poderes públicos la reforma de la ley Hipotecaria en el sentido de facultar a los propietarios labradores para emitir cédulas u obligaciones hipotecarias a fin de que tuviesen capital circulante y pudiesen así obtener más fácilmente crédito de los Bancos. No hubiera sido precisa la reforma de la ley Hipotecaria ya que, lo mismo la ley Hipotecaria del 69 como la vigente de 1909, se limitan a regular la hipoteca en garantía de títulos endosables y al portador sin especificar sobre quiénes están facultados para emitir dichas obligaciones.

Y luego, en 1922, un agricultor de Tortosa se fué a la Notaría a constituir una hipoteca sobre doce fincas, en garantía de ciento seis

obligaciones al portador para imprimir mayor movilidad a su crédito agrícola. El Notario le autorizó la escritura, y el Registrador le inscribió la hipoteca, lanzando a la circulación sus obligaciones, y en 1925 parte de éstas estaban en poder del Banco de España y del Banco de Tortosa, cuando un tercer acreedor del emisor promovió juicio ejecutivo contra éste, trabando embargo sobre algunas de las fincas hipotecadas y sobre los mismos títulos que estaban en poder del Banco de España y del Banco de Tortosa, ordenando a éstos la retención de los títulos a disposición del Juzgado; pero estos Bancos solicitaron del Juzgado se alzara el embargo de los valores, alegando que éstos no estaban en poder del deudor ejecutado, ya que, siendo al portador, la propiedad de los mismos había sido transferida a los Bancos por la simple entrega; y, a la vez, los Bancos, para hacer efectivos estos títulos entablaron el procedimiento judicial sumario, accediendo el Juzgado a las dos peticiones de los Bancos. En vista de esto, aquel tercer acreedor se vió obligado a acudir al juicio declarativo, pidiendo se declarase la nulidad de la emisión de dichas obligaciones al portador, aduciendo que la mencionada ley del 72, que creó el Banco Hipotecario y el Código de comercio, en su artículo 201, no permite a las personas naturales emitir obligaciones al portador; mas el demandante perdió el pleito en las dos instancias y en el Tribunal Supremo, estableciendo este Tribunal una doctrina clara y trascendente al declarar: Que es preciso distinguir la emisión de cédulas hipotecarias de la emisión de obligaciones al portador; que las cédulas hipotecarias se emiten con la garantía genérica del importe de los préstamos del Banco Hipotecario, y que la emisión de títulos u obligaciones al portador se hace, no con la garantía de préstamos, sino con la garantía específica de bienes inmuebles determinados; es decir, que las cédulas hipotecarias las emite el Banco Hipotecario con la garantía de otra garantía, como si dijéramos con la garantía de subhipotecas tácitas generales sobre las hipotecas inscritas a nombre del Banco Hipotecario, y, en cambio, las obligaciones al portador se emiten con la garantía de hipoteca especial que grava directamente sobre bienes inmuebles determinados. Y dice el Tribunal Supremo que tanto aquella ley de Octubre de 1869, como la del 72, que instituye el Banco Hipotecario; como el Decreto del 75 que establece el privilegio del Banco, como

el Código de comercio, se refieren única y exclusivamente a esa modalidad especial de cédulas hipotecarias, y que dicho privilegio del Banco Hipotecario y la prohibición contenida en el artículo 201 del Código de comercio hacen referencia tan sólo a dichas cédulas y a las Compañías o Bancos de crédito territorial; pero no a los particulares, pudiendo éstos emitir sin autorización especial obligaciones al portador aseguradas con hipoteca especial.

Como se ve, el Tribunal Supremo, con esta sentencia de 20 de Noviembre de 1930, ha desvanecido las dudas que existían, liberando a los propietarios particulares de las ligaduras del privilegio del Banco Hipotecario. Y esto debemos divulgarlo extensamente. Yo me permito hacer un llamamiento a mis queridos compañeros, Notarios y Registradores, para advertirles que nos hallamos en el deber profesional y patriótico de aleccionar a los labradores en este extremo y de decirles además que en todas estas hipotecas expuestas tendrán el crédito más fácil, más sencillo, más práctico y más sólido y que habrá de ser el crédito de más aliciente para el capital. Es más: creo que en estos momentos de aguda crisis del labrador debemos darles toda clase de facilidades, incluso rebajarles los honorarios hasta la mitad en las escrituras y en las inscripciones relativas a estas hipotecas de crédito.

Y también me permito dirigirme a los prestamistas de toda clase, rogándoles concedan más crédito a la agricultura, que es la entraña del bienestar nacional, y que se den cuenta de estas modalidades de crédito hipotecario expuestas, especialmente de esta última, o sea de las obligaciones hipotecarias al portador, por su fácil transmisión, y, por tanto, de fácil circulación, y que presten mayor atención a la demanda crediticia de los labradores.

Si lo hacen así las entidades de crédito actuales no será preciso que se cree ninguna otra institución especial para el crédito de los labradores. Ayudemos, pues, todos a que se levanten de esta crisis los agricultores, que bien lo merecen, pues son millones de recios habitantes pacientes que tienen arraigo en sus tierras y que las aman tanto que por ello serán la principal fuerza enraizada que contendrá la avalancha que intente derribar los cimientos de la actual organización social.

# Sentido histórico del derecho de propiedad inmobiliaria <sup>(1)</sup>

SEÑORES ACADÉMICOS :

El tema de mi conferencia necesita una previa aclaración. Tiene fundamentalmente dos elementos : «sentido histórico», esto es, concepto del sentido histórico, que equivale a la percepción del devenir de la vida de los hombres sobre la tierra, como una forma de la historia universal ; y organización jurídica de la propiedad inmobiliaria. Aquí se concatenan dos ideas fundamentales : la idea del derecho de propiedad, muy interesante ; pero no lo es menos, para el estudio que se intenta en esta disertación, la del sentido histórico. Este elemento del tema es, por ahora, el más importante.

## EL RÍO DEL PERRO

El pensamiento cardinal de la conferencia nació de una evocación surgida sobre el prólogo puesto por Hunger y Lamer a una sistematización de fotograbados de material arqueológico del antiguo Oriente. Estamos en Beyruth, ciudad de origen fenicio que floreció en la época siria, situada en la costa asiática del Mediterráneo. Por su parte Norte corre el río del perro—Nahr el Kelb—y en la desembocadura hay un pequeño cabo, consistente en un macizo de rocas que se adentra en el mar. Los habitantes del viejo

(1) Texto taquigráfico de la conferencia pronunciada en la Academia Nacional de Jurisprudencia y Legislación por el Registrador de la Propiedad don Aurelio Rodríguez Molina el 16 de Mayo de 1936.

país hubieron de vencer el doble obstáculo de las rocas y el río para el tránsito, ya que la cordillera del Líbano acerca, allí, sus contrafuertes al Mediterráneo y hace muy estrecho el paso entre éste y la montaña. A esta necesidad obedecieron, sin duda, los caminos que surcan el cabo y el puente que cruza el río. Chocaron en dicho punto civilizaciones tan poderosas en los tiempos antiguos como la babilónicoasiria y la que floreció a las orillas del Nilo, y los hombres, exponentes de esas culturas, dejaron recuerdos de su paso en inscripciones que todavía se conservan. La cronología ha acertado a darles fechas que constituyen valores muy estimables para la historia del mundo.

Admira el lapso de tiempo encerrado entre las inscripciones. Unas son egipcias y recuerdan las expediciones de Ramsés II contra los hetitas en el siglo XIII (a. de J. C.); otras, asirias, de Salmanassar II en sus guerras contra los fenicios, siglo IX anterior a nuestra era; romanas, de la época de Marco Aurelio, siglo II; árabes, de principios del siglo XVI, en tiempos del Sultán Selim, y una francesa, de los oficiales de la expedición militar que envió Napoleón III a Siria, el año 1860, para contener la matanza de cristianos.

Desde la cima del cabo se ven los caminos paralelos que le surcan: el egipcioasirio es el más alto; destrozada, pero claramente visible hoy, la carretera grecorromana; más baja, la moderna, y al fondo, el brillo de los carriles del camino de hierro. El espectáculo es insuperable. Desbordada la fantasía, convierte en contemporáneos a Ramsés, a Salmanassar, a los modernos traficantes... Treinta y dos siglos de existencia.

#### ¿EL SENTIDO HISTÓRICO COMO FORMA NUEVA DE LA HISTORIA?

Para el hombre que sienta la emoción de la Historia, la contemplación de los viejos caminos del río del perro le ofrece sobre un espacio reducido, donde se confunden las huellas de civilizaciones que han exigido milenios para desenvolverse y sustituirse, un símbolo nuevo, acaso una concepción original que rompe y pulveriza las formas corrientes suministradas por los historiadores. Nada significan la pulcra división de edades, la distinción espengleriana

de la cultura mágica, fáustica o apolínea, ante la superposición de las rutas en Beyruth. Es un accidente geográfico, es la proximidad al mar de la riscosa vertiente occidental del Líbano, lo que imprime el mismo sentido, el sentido histórico, al desfile de las civilizaciones por el estrecho pasadizo. De igual manera se conducen allí los hombres de las edades antigua, media o contemporánea; los de la cultura apolínea o mahometana y los wikingos de Goethe.

El alma atenta advierte «algo» que determina la dirección, que da rumbo forzoso al desenvolvimiento de ese trozo de la Historia. Y si en las inmediaciones del río del perro dicho «algo» se materializa y acoge a un orden físico, integrado por la abrupta barrera que separa la Celesiria, del mar, no obsta a que en otros casos el principio de la dirección se haga espiritual e intangible. La Historia se muestra en todos, el de Beyruth y los que voy a exponer, en su fundamental dimensión: la profundidad. Profundidad del espacio que coincide con la idea del tiempo.

Al hombre le va siendo fácil, más cada día, saber cómo han vivido las generaciones de otros milenios. Le parece complicado y difícil, y expuesto a muchos errores, anticipar el contenido de la vida de las venideras. Pero entre ambos momentos se dibuja una solución intermedia: el hombre actual llega a saber cuáles hubieran sido las acertadas predicciones de los que vivieron en otras etapas, sobre el futuro de sus instituciones técnicas. Y si hay un signo que implica la forma en los Estados futuros, que el devenir de los años va convirtiendo en pretéritos, debe pensarse, con algún fundamento, que dicho signo constituye el sentido histórico de la técnica de que se trate.

#### FORMACIÓN DEL CONCEPTO DEL SENTIDO HISTÓRICO SIN IMPOSICIONES DE ORDEN FÍSICO O GEOGRÁFICO

##### a).—*Troya.*

Troya materializa la profundidad de la Historia.

No lejos de Beyruth, desplazándonos geográficamente, en el Norte del Asia Menor, está la colina de Hissarlik, donde un arqueólogo alemán, Schlieman, halló, excavándolas, nueve ciudades

superpuestas, y en la segunda de ellas, empezando a contar por abajo, creyó reconocer la Troya de Homero. Durante mucho tiempo se había intentado, inútilmente, fijar el sitio de las luchas de los poemas. Dörpfeld, continuador de los trabajos de Schlieman, señaló la sexta, contando desde abajo, como teatro de la guerra cantada por el poeta griego. Ha de advertirse que de las nueve ciudades desaparecieron por el fuego dos, la segunda y la sexta. Las más antiguas son prehistóricas; la novena, es la ciudad romana.

b).—*La casa del rico Vettios.*

La casa particular, la casa construída para vivienda, no obstante ser uno de los elementos peor conservados por la fragilidad de sus materiales. Se han hecho algunas afortunadas reconstrucciones en Assur de la civilización mesopotámica; Tell el Amarna, de la egipcia, y Priene, de la época helenística. Se ha excavado y reconstruído totalmente la del rico Vettios en Pompeya, con su pórtico, patio central, peristilos, etc. Es notable la analogía que ofrece con las de Assur, Tell el Amarna y Priene y, sobre todo, con las de los labradores acomodados de nuestra época en Toledo y Andalucía, dejando a salvo lo que a la ornamentación artística **se refiere**. Viendo hoy cómo la casa de Vettios formaba parte de un grupo de edificaciones del mismo género, se hace un cargo de la existencia entonces de problemas jurídicos determinados por la propiedad y contigüidad de los inmuebles—servidumbres—, análogos a los de ahora.

c).—*La columna dórica.*

Prescindiendo de su posible parentesco arquitectónico con la columna protodórica que emplearon los egipcios, porque suele ser constantemente negado, es lo cierto que en las columnas griegas han vivido las papiriformes, campaniformes, fasciculadas, etc., de los templos de Luxor y Karnac. Lo mismo ocurre con las columnas dóricas, jónicas y corintias. Columnas de orden dórico han sostenido los pesados arquiteabes del Partenón, de Atenas, y del tem-

plo de Zeus, en Agrigento. Perduraron a través de los siglos medios y subsisten en las construcciones más modernas, en las cuales es frecuente admirar los elegantes capiteles de escocia y plinto, la graciosa voluta doble del orden jónico y el capitel corintio, guardado con hojas de acanto.

d).—*La ojiva.*

La ojiva, o arco apuntado, aparece, para nosotros, en las ventanas de los panteones sepulcrales de Assur, de dos a tres milenios antes de J. C. Se la ve en los bajorrelieves de las mastabas y pirámides y en los escudos de los lanceros de los faraones. Continúa en las construcciones del románico y da nombre, más adelante, a un estilo injustamente bautizado con el nombre de bárbaro o gótico por los discípulos de Miguel Angel, y es, sin embargo, un estilo de gran espiritualidad, lograda precisamente por la aplicación de la ojiva a las bóvedas y, sobre todo, a los ventanales y cristalerías de los templos góticos. Llega a nuestros días como elemento que la arquitectura no puede desdeñar, y termina por resolver un problema de balística, suscitado al hacer aplicación de los cañones con ánima rayada a las armas de fuego.

e).—*La estatua sedente de la colección Torlonia, de Roma.*

Es de una dama distinguida. Data de la época helenística y constituye una imitación de original griego de la mitad del siglo v, antes de J. C. Se trata de una escultura de gran belleza: una dama vestida con túnica fina, hasta transparentar en la piedra las gráciles formas que cubre, que cae a lo largo del cuerpo, formando los amplios pliegues que caracterizan la moda de mediados del siglo v. El vestido que lleva sobre la túnica tiene mangas hasta la mitad de los brazos, se abre ligeramente en el escote para que surja el cuello, y llega hasta cerca de las rodillas, formando pliegues elegantes. Es magnífica la línea quebrada de su cuerpo desde el extremo de los pies, desnudos, hasta la cabeza, cuyo rostro deja fluir una dulce expresión de serenidad y recogimiento; y la línea on-

dulada de la cabellera, partida en dos bandas, para terminar en moño, de forma graciosa, detrás de la nuca, del cual ha dejado escapar el artista un lindo mechón que llega hasta el vestido.

En estas esculturas del apogeo ático se inspiraron las famosas Agripinas del Museo del Capitolio, en Roma. Y en la misma dirección llegaríamos a encontrar la Cibeles, de nuestro Pascual de Mena, que ornamenta y da nombre a una glorieta de Madrid. La escultura que habitualmente contemplamos en la calle de Alcalá tiene la bella serenidad de la dama griega. Persiste en la Cibeles la línea de concepción de la estatuaria, de la cual también formarían parte, en tiempos más remotos, algunas de los faraones, principalmente una de las varias de Ramsés II y la afeminada de Tut Ank Amón, del Museo de El Cairo; y en otros menos antiguos, la Nióbida herida, hallada en los jardines de Salustio, en Roma.

Pascual de Mena se dejó llevar «en su inspiración» por el signo de belleza armónica y proporcionada que alienta en la estatua sedente de la época helenística, no obstante la desviación que significa respecto de la interpretación del mito de la Cibeles, diosa frigia, montañesa y selvática, que personifica la fuerza espontánea de la vegetación universal, de la vegetación de la selva principalmente. Se hubiera simbolizado mejor el mito dotándole de expresión hosca y adusta que con los dos leones de gesto plácido que acompañan a la diosa.

f)—*La leona moribunda, de Nínive.*

Por la tiranía del tiempo, que pasa velozmente, omito otros muchos casos y ejemplos que me han servido para reflexionar sobre la esencia del sentido histórico. Citaré solamente la leona moribunda de Nínive, asaeteada con flechas, donde se logra una gran belleza plástica al expresar la angustia de la bestia ignorante de su fin próximo; y la de asunto análogo de un artista español, gloria de los tiempos actuales.

### SÍNTESIS DE LOS CASOS EXPUESTOS. EL SENTIDO HISTÓRICO DISTINTO DEL TACTO FISIOGNÓMICO

El hombre moderno; al que inquietan los tremendos interrogantes del porvenir, puesto delante de la ojiva, de la columna griega, de una estatua sedente de diosa o mujer, lo mismo que ante instituciones de tipo social o jurídico, si bien al principio sólo advierte, como elemento formal que primero llega a nosotros, el contorno, lo externo de la cosa o de la institución, al ahondar en el fenómeno, ve, a través de la columna actual, las realizaciones de los templos egipcios y griegos, como ve en los ventanales de los templos góticos la ojiva de los enterramientos de Assur.

Spengler llamó «tacto fisiognómico» a la facultad que nos permite penetrar en el sentido de todo acontecer, que descubre en lo particular su significación profunda. El tacto fisiognómico no es el sentido histórico; es solamente la facultad de penetrar en el sentido histórico, la facultad de percibirlo. No hay sentido histórico en el mero devenir de las cosas, sino en cuanto a él se asocia una idea de necesidad que explica por qué han venido a ser como son. En Beyruth la necesidad tuvo carácter físico; pero no hay accidente geográfico que obligue a dotar de basa las columnas añadidas al teatro de la Opera, de Madrid, conservando en lo demás las líneas de las que soportaron el Partenón.

Aunque una posición escéptica de alto tono científico pueda ofrecer dudas, que resolverá cada uno dentro de sus opiniones y creencias, sobre la naturaleza de la necesidad que marca la dirección continua de las formas, ha de reconocerse que la necesidad existe y actúa como un postulado de orden o de ley que rige el devenir de la técnica. Aquí está, a mi juicio, el sentido histórico. El tacto fisiognómico nos hace posible estudiarlo y conocerlo.

### EL DERECHO DE PROPIEDAD SOBRE EL SUELO Y SU SENTIDO HISTÓRICO

El derecho de propiedad de la tierra es una de las formas de la cultura actual que ha tenido su devenir propio, su desenvolvimiento. Para investigar el sentido histórico que constituya su sig-

no han de buscarse las formas manifestadas de la propiedad inmueble, desde las civilizaciones que florecieron treinta siglos antes de J. C. hasta el momento presente; y si al compararlas encontramos alguno o algunos rasgos sostenidos durante los milenios, algo perpetuado en su organización, tendremos derecho a pensar que el hallazgo constituye el sentido histórico de la propiedad del suelo visto como una necesidad, de igual manera que hemos encontrado el de la columna dórica en la unión de la bóveda o del arquitrabe al fuste por medio de una escocia y un plinto. Así, la historia de la propiedad se nos debe ofrecer en la sucesión de sus formas, bajo el límite fundamental y absoluto que tiene el paso de las civilizaciones por la colina estrecha de Beyruth.

#### EL DERECHO ES UNA PARTE DE LA TÉCNICA

El derecho—y, por lo tanto, el derecho de propiedad—es una parte de la técnica humana. Esta afirmación no empobrece el concepto ni el origen del derecho. Deja a salvo los problemas que se refieren a su concepto y origen, sumamente interesantes. Afirmado el derecho como una parte de la técnica humana, podemos suscribir a continuación el concepto agustiniano de la ley natural, referido a la razón y a la voluntad de Dios mandando conservar el orden natural y prohibiendo perturbarle. De igual modo, cuando hablábamos del principio de necesidad como determinante del devenir en la proyección histórica, dejábamos a salvo, dentro de un terreno intencionadamente escéptico, cuanto se refiere a su naturaleza, causa, origen y a si existe antes que el otro, verdadero principio, que es el que le impulsa.

#### CONCEPTO DE LA TÉCNICA

Ya Kant representa en la *Crítica de la razón práctica* la tendencia a fundir lo especulativo y lo práctico, la teoría y la técnica. Pero es Spengler el que supera esta dirección, haciendo de la técnica algo enormemente universal, que se equipara a la táctica de la vida entera.

No hay técnica en la vida vegetal porque la técnica corresponde a la libre movilidad en el espacio. En los vegetales no hay verdadera vida, sino sólo escenario de procesos de la energía o de la naturaleza circundante.

Es también otro error formar el concepto de la técnica partiendo de la herramienta, porque existen innumerables técnicas sin herramienta. La técnica del león que acecha la presa; la técnica diplomática, que constituye una de las formas de la técnica jurídica.

La técnica surge desde que la vida se concreciona en cuerpos que tienen movimiento en el espacio.

#### LA TÉCNICA EN LA VIDA ANIMAL

«Sólo hay técnica—dice Spengler—en la vida de los animales que se mueven mediante impulso propio.»

En el gran estadio de seres que comienza con los organismos monocelulares y termina en los últimos eslabones de la cadena zoológica hay dos grandes sistemas o tácticas de vida. El primero comprende los animales de organización más simple hasta las palompepas y los ungulados. El segundo, el resto de la fauna terrestre, incluyendo al hombre. La vida de los primeros está atendida al mundo vegetal, inmóvil, que constituye su alimento. Las plantas no huyen ni pueden defenderse. La técnica de los animales de este primer grupo se acomoda a la necesidad de guardarse de los ataques de otros. Lucha para no convertirse en historia de los demás.

El segundo grupo está integrado por los animales de rapiña. Su técnica es agresiva y cruel; es técnica de ataque. Trata de convertir la historia de los demás en su propia historia.

#### ORIGEN TÉCNICO DE LAS IDEAS DE DOMINIO Y PROPIEDAD

El hombre, según la teoría de Spengler, es el más noble de los animales de rapiña. Tiene de común con ellos la posición de los ojos en el mismo plano, al frente de la cabeza, dirigidos hacia adelante. De este modo su mirada se puede proponer una finalidad, una meta, y le proporciona un mundo, no sólo de color y de luz, sino

de lejanas perspectivas, de objetos situados en el espacio, sobre los cuales la mirada ya constituye un señorío. En esta manera de mirar de los animales rapaces más nobles—dice Spengler—reside la idea del dominio.

Los herbívoros no tienen el alma fuerte de los animales de rapiña. La sustituyen por el gran número, por el rebaño, por el común sentir y obrar. El animal de rapiña, enemigo de todos, no tolera en su distrito a sus propios iguales. Y aquí están, para el filósofo a que me refiero, las raíces del concepto regio de la propiedad. «La propiedad es el recinto en que se ejerce un poder ilimitado... No es el derecho a un mero *haber*, sino a un soberano *disponer*.»

#### LA TÉCNICA HUMANA

Ha de tenerse presente que, aun formando parte la técnica humana de la gran técnica de los animales de rapiña, existen notables diferencias entre una y otra.

Spencer decía hace bastantes años en *La justicia* que si la sociedad humana es una evolución de la sociedad subhumana, la justicia de los hombres lo es, asimismo, de la justicia de los seres inferiores. Llamó especies gregarias a los animales que vivían en sociedad o grey, y hallaba la posibilidad del fenómeno gregario en el acatamiento por los individuos de dos leyes que resumen la organización jurídica fundamental de las sociedades de tipo inferior, en su doble aspecto sustantivo y adjetivo.

Formulaba la primera diciendo que todo individuo que vive en grey ha de recibir los beneficios de la asociación en razón directa de los servicios que presta si es un adulto, y en razón inversa si es un menor. Y la segunda: todo individuo que cuida de su conservación y de la de su prole no ha de ofender gravemente a los demás. Si lo hace, la grey les sanciona. Citaba varios ejemplos demostrativos de la eficacia de las leyes: el castor ocioso expulsado de la colonia, para evitar que se aproveche de un trabajo al cual se sustrae; el elefante agresivo que vive aislado de la manada; la pareja de buhos que destroza el nido de otra, y a la cual se aplica la ley del Talión.

Sin embargo, la técnica humana no es totalmente coincidente

con la de los animales que viven en grey. Ni se puede admitir como grado evolutivo de ésta, ya que la de las especies gregarias tampoco ha evolucionado. Ni siquiera coincide en absoluto con la del grupo de animales de rapiña. La técnica animal es invariable y subordinada al mandato de la especie. El animal técnico está sometido al inexorable cumplimiento de las leyes que la especie le dicta, las cuales, a su vez, son también invariables. Los mismos prismas exagonales labran las abejas de hoy que las que libaban en los jardines de los faraones. La técnica animal no ha variado. La humana, en cambio, es variable, inventiva, creadora. Estas son sus características fundamentales.

#### ORIGEN DE LA TÉCNICA HUMANA

El problema del origen de la técnica humana le formula Spengler por medio de una pregunta :

¿ Desde cuándo se ha hecho inventiva o creadora la técnica del animal de rapiña ?

Que equivale a esta otra :

¿ Cómo el hombre ha venido a ser hombre ?

La técnica del animal de rapiña ha dejado de ser invariable para convertirse en creadora, en transformadora de sus propios medios, con la aparición del hombre. El ser humano ha conseguido variar la índole de la técnica por la forma de uno de sus miembros : la mano. El hombre se ha hecho hombre por la mano, arma sin igual entre las defensas y órganos de los demás animales. La mano crea la herramienta. No se puede decir que la técnica humana tenga su origen en la herramienta, porque una y otra aparecen en las más antiguas estratificaciones siempre juntas. Con los restos humanos de las civilizaciones viejas se encuentran constantemente las armas.

La importancia de la mano explica el progreso de la técnica ; pero la mano requiere el arma para que sea dueña de su eficacia. Opina Spengler que es absurdo separar en el tiempo la mano y la herramienta, como lo es igualmente considerar la mano producto de una evolución milenaria durante la cual hubiera constituido una carga inútil, más a propósito para poner en peligro la especie que para llevarla a dominar el mundo.

Este ha sido el efecto de la mano. Asentar el dominio del más noble de los animales de rapiña sobre la Naturaleza, convirtiendo a ésta en objeto, en medio, en su historia, en una palabra. El hombre llama historia universal a su propia historia, donde resume toda la sucesión de la vida.

La mano con la herramienta se hace instrumento de apropiación. La mirada del animal rapaz, dotada de perspectiva, como dije, significa señorío sobre la Naturaleza. La mano armada convirtió en práctico el señorío de los ojos. No he de tardar en referirme a instituciones jurídicas de pueblos antiguos que construyeron con la raíz mano la nomenclatura de los modos adquisitivos de la propiedad.

#### TÉCNICA INDIVIDUAL Y TÉCNICA DE EMPRESA

La técnica humana se hace creadora porque el hombre asocia su actividad pensante, que acaso encuentre el medio de su desarrollo en el ejercicio de la mano, a los esfuerzos de ésta. El hombre fabrica y escoge su herramienta.

A la técnica que implica actos singulares de hombres aislados sigue el acto colectivo, que supone la técnica de empresa; el acto realizado entre varios conforme a un plan. Para ello debió de ser necesaria la preexistencia o la aparición simultánea del idioma. Surge entonces la vida social con formas técnicas cada vez más complicadas, y con ellas, la vida jurídica y el derecho de propiedad.

**JULIAN ABEJON ROSSELL**

**ABOGADO**

**Gestor administrativo colegiado**

**Agente para préstamos del Banco Hipotecario de España**

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

**Fianzas. Cumplimiento de exhortos. Representación de Corporaciones**

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

REGISTRO MERCANTIL. NO ES PROCEDENTE LA INSCRIPCIÓN EN ÉL DE LOS BIENES PARAFERNALES DE LA ESPOSA DEL COMERCIANTE CUANDO SE DICEN YA ENAJENADOS, SIN JUSTIFICAR ESTE EXTREMO NI EL DE HABER SIDO ENTREGADOS POR LA MUJER AL MARIDO PARA SU ADMINISTRACIÓN.

*Resolución de 2 de Marzo de 1936. (Gaceta de 12 de Marzo) (1).*

Doña Teresa Villanueva, como hermana de la fallecida D.<sup>a</sup> Andrea, adhiriéndose a la petición el viudo de ésta y los hijos del matrimonio, presentó escrito en el Registro Mercantil de Valladolid solicitando se inscribiese en la hoja correspondiente al dicho viudo, comerciante, los bienes que su mujer había heredado de sus padres, constante matrimonio, consistentes en monedas de oro, efectivo en cuenta corriente, valores, créditos, muebles e inmuebles, bienes que no fueron entregados al marido para su administración, aunque de hecho la tuviera éste, acompañándose la escritura de operaciones particionales y manifestándose que dichos bienes habían sido enajenados y aplicado su importe a las necesidades de la sociedad conyugal y especialmente a los negocios mercantiles de aquél.

El Registrador puso la nota que sigue: «No admitida la ins-

(1) Esta Resolución, primera de las dictadas por la Dirección general de los Registros y del Notariado después de su reposición, se ha publicado en la *Gaceta* antes de las tres últimamente extractadas y firmadas por el Director general de Justicia.

cripción de la precedente instancia y operaciones particionales que se acompañan por no tener las declaraciones contenidas en aquella eficacia jurídica bastante para inscribir en el Registro Mercantil más que unos parafernales, hoy inexistentes, que se dicen entregados al marido por su fallecida mujer y enajenados para atenciones mercantiles, su inversión en el negocio comercial, sin que dichos extremos se justifiquen con escrituras públicas acreditativas de la aportación, requeridas a efectos análogos por los números primero y segundo del artículo 909 del Código de Comercio, de las que tienen que resultar las circunstancias que para tales inscripciones exige el artículo 102 del Reglamento de dicho Registro, cuyo defecto no consiente anotación preventiva que no se ha solicitado.»

En el recurso interpuesto la Dirección confirma el acuerdo recurrido, y, por tanto, la nota del Registrador, con los siguientes fundamentos :

En la instancia solicitando la inscripción de los bienes parafernales de la finada esposa del recurrente se hace constar que «todos han sido enajenados», sin que se acompañe demostración alguna de tal hecho, con lo cual se patentiza que se pretende la inscripción de unos bienes que actualmente no figuran en el patrimonio de la mujer.

Lo prevenido en el párrafo segundo del artículo 27 del Código de Comercio conduce a la misma conclusión de la improcedencia de inscribir en el Registro Mercantil los títulos relativos a los bienes inmuebles parafernales, toda vez que dichos bienes gozan en ciertos casos de preferencia sobre los demás créditos cuando se inscriben en el Registro de la Propiedad a favor de la mujer, constando por afirmación de los interesados que han pasado, por haber sido vendidos, a poder de terceras personas.

Tampoco se acredita la aseveración del recurrente de que todos los bienes parafernales fueron entregados por la mujer al marido para su administración, por lo cual no es posible consignar este extremo en la inscripción, expresamente exigido en el artículo 102 del Reglamento del Registro Mercantil, en relación con el 1.384 del Código civil.

nta con lo que dispone el 21 del Código de Comercio, dice que se inscribirán en la hoja abierta a cada comerciante «las capitulaciones matrimoniales, las escrituras dotalas y los títulos o documentos públicos que acrediten la propiedad de los parafernales de las mujeres de los comerciantes». Y el 28 de dicho Código afirma que pueden, además de la mujer, solicitar la inscripción sus padres, hermanos o tíos carnales.

En este caso se solicita la inscripción de bienes parafernales después de fallecida la mujer, bienes que no consta hayan sido entregados al marido para su administración, que se dicen enajenados, sin que se justifique este extremo ni el de haber recibido aquél el precio de la venta.

Acertadísima la Dirección al confirmar la nota denegatoria del Registrador.

\* \* \*

La finalidad de estas inscripciones es lograr que la mujer pueda concurrir con sus créditos dotalas y ostentar su preferencia a otros acreedores. Es una medida muy plausible, porque lleva, además, a garantizar, con relación a terceros, el exacto conocimiento de la eficacia, que en la actuación del comerciante, en su crédito y solvencia pueda tener el volumen de las aportaciones de los cónyuges.

Ahora que, tratándose de bienes inscribibles en el Registro de la Propiedad, y para garantizar los cuales y para publicarlos se ha creado y vive dicha institución, no vemos la necesidad del «se inscribirán» del Reglamento, de duplicar los asientos registrales. Nos parece fuera de toda discusión que si la esposa del comerciante tiene inscritos sus bienes en el Registro de la Propiedad no tiene por qué inscribirlos también en el Registro Mercantil. Ningún perjuicio le puede alcanzar en orden a la prelación por esta no inscripción.

Es más: tratándose en este caso de operaciones particionales, creemos acertada la opinión del Sr. Garrigues, que el Registrador trae a su informe, según la que no son, en general, actos inscribibles, sin que obste lo establecido en los artículos al principio citados, pues éstos, y también el 27 de dicho Código, parecen referirse más bien a los parafernales que «sea procedente inscribir» en frase del Reglamento.

*Puede caber duda solamente, en cuanto a los efectos de la inscripción en el Registro Mercantil, según la fecha en que ésta se haga, en relación con el nacimiento de los créditos que puedan ser concurrentes con los de la esposa. Así, Alvarez del Manzano y Bonilla entienden que aun cuando se inscriban con posterioridad a dicho último suceso, no puede haber perjuicio para la mujer. Creemos que esta opinión no puede prevalecer contra la doctrina del Tribunal Supremo, que en sentencia de 13 de Junio de 1908, dice que si son anteriores los créditos a la inscripción no tendrán los bienes de la mujer del comerciante no inscritos en el Registro Mercantil prelación sobre aquéllos.*

HONORARIOS. LA CIRCUNSTANCIA DE HABERSE PRACTICADO DE OFICIO EN EL REGISTRO DE LA PROPIEDAD DETERMINADOS ASIENTOS NO SUPONE LA GRATUIDAD DE ÉSTOS. COMPETE A LOS TRIBUNALES DE JUSTICIA, Y NO A LA DIRECCIÓN GENERAL, DETERMINAR CUÁL SEA LA PERSONA OBLIGADA AL PAGO DE LOS HONORARIOS QUE EN EL REGISTRO DE LA PROPIEDAD SE DEVENGUEN.

*Resolución de 16 de Marzo de 1936. (Gaceta de 23 de Marzo.)*

En el Registro de la Propiedad de Alcalá de Guadaira presentó D. Luis de Ibarra y Osborne una instancia por la que solicitaba se cancelasen la nota marginal y la inscripción de dominio a favor del Estado, mandada llevar a efecto por aplicación a la expresada persona de la Ley de 24 de Agosto de 1932, con relación a una finca que perteneció al solicitante, y que le había sido incautada por suponersele participante en el complot de los días 9, 10 y 11 de dicho mes y año, fundando su petición en que, por Ordenes del Ministerio de Agricultura, fechas 27 de Febrero y 9 de Abril de 1934, se había dispuesto la exclusión del citado Sr. Ibarra del libro-registro de los encartados en dicho complot.

Días después de la referida presentación tuvo lugar en el mismo Registro la de un traslado de las Ordenes citadas, por la que se disponían las mencionadas cancelaciones. Practicadas éstas, y como el interesado se negase a abonar los honorarios correspondientes, se siguió, por el Registrador, el procedimiento regulado por el artículo 482 del Reglamento hipotecario para hacerlos efecti-

vos. Don Luis de Ibarra, después de consignar el importe de aquéllos, elevó a la Dirección general, por conducto del Juez Delegado, un escrito con la súplica de que se declarase la ilegalidad, por excesivos e improcedentes, de los honorarios que el Registrador reclamaba.

El Presidente de la Audiencia informó en dicha instancia que las disposiciones legales vigentes y la índole y naturaleza del mecanismo registral abonaban la opinión del Registrador; pero que todo ello perdía su fuerza ante situaciones de orden excepcional, como la incautación, por el Estado, de fincas.

El Centro directivo, con vista de los artículos 334 y 346 de la ley Hipotecaria, del Arancel vigente, y de las Resoluciones de 10 de Agosto de 1868, 27 de Julio de 1877 y 22 de Noviembre de 1879, acuerda declarar:

1.º Que han sido legalmente devengados los indicados honorarios.

2.º Que la determinación de la persona obligada al pago de los mismos es de la competencia de los Tribunales de Justicia.

Fundamenta su acuerdo con los siguientes considerandos:

Para la resolución de este expediente deben examinarse dos cuestiones principales en él planteadas, a saber: si han sido legalmente devengados los honorarios para cuya exacción el Registrador ha ejercido la vía de apremio y si es el interesado reclamante la persona obligada al pago.

En cuanto al primer problema, la inscripción cancelada por el Registrador y esta misma cancelación son operaciones típicamente incluídas en el vigente Arancel, y aunque hayan sido practicadas de oficio—es decir, no a instancia de parte—, a virtud y como consecuencia de la Ley de 24 de Agosto de 1932, ni esta Ley ni ninguna otra prescribe hayan de hacerse gratuitamente y sin devengo de honorarios, sin que se impugne la regulación de los mismos.

En cuanto al segundo problema, la Dirección general tiene declarado en reiterada jurisprudencia no ser de su competencia, sino de la de los Tribunales, la determinación de la persona obligada al pago de los honorarios, por lo que ante ellos debe el reclamante, si lo cree procedente, hacer uso de las alegaciones que aduce en su instancia.

*Parécenos que la Resolución que precede encierra un gran interés en cuanto sirve para fundamentar la primera de las declaraciones en ella contenidas. Es un hecho cierto, que no necesita más que exponerse, que el Poder ejecutivo, en uso unas veces de su facultad reglamentaria, como órgano colaborante otras de la Administración; de espaldas en ocasiones a lo legislado, desconociéndolo o no acatándolo; sin consultar en cada caso al organismo adecuado en la función de que se trate; en un afán innovador, casi siempre opuesto a la realidad, viene disponiendo, sin duda con excesiva frecuencia, que se practiquen «de oficio» determinadas operaciones registrales.*

*Los Registradores de la Propiedad estuvieron siempre en la inteligencia de que esas operaciones mandadas extender «de oficio» motivan un natural y legítimo devengo de honorarios. Ahora, que por un elevado y riguroso concepto de la austeridad profesional, se abstuvieron de exigir el pago.*

*La Resolución que nos ocupa, en un laudable deseo de reivindicación, aprovecha con gran oportunidad y acierto la ocasión que se le ofrece de que se supongan practicadas de oficio—suposición, por otra parte, sin fundamento alguno—las cancelaciones de ciertos asientos, en este caso pedidas por el interesado para fijar en forma clara y precisa el alcance, en orden al derecho de devengo y percepción de honorarios, de la referida locución. Así, declara de un modo categórico y terminante que toda operación de Registro, ya sea de las llamadas «de oficio», ya de las no incluidas en dicha denominación, o sea de las a instancia de parte, debe ser retribuida. Sólo hace una salvedad: que exista un precepto con rango de ley que disponga lo contrario.*

\* \* \*

*Por la segunda de las declaraciones contenidas en dicha Resolución, el Centro directivo se inhibe del conocimiento de la cuestión de competencia para determinar cuál sea la persona obligada al pago de los honorarios que devengan los Registradores de la Propiedad. La atribuye exclusivamente a los Tribunales de Justicia. Y trae a cuento, para reiterarse en su contenido, anterior jurisprudencia emanada del mismo Centro, en la que, en efecto, mantiene su criterio abstencionista en la cuestión.*

*Sin embargo, acaso pudiéramos hallar en la jurisprudencia alguna Resolución que rompiera la uniformidad referida. Y acaso, también, los nuevos términos en que la cuestión puede plantearse, la aportación de otros elementos, de posteriores disposiciones legales, un raciocinio distinto, nos permitieran llegar a una solución opuesta a la expresada. Todo ello en el vehemente deseo, que no es en nosotros una novedad, de intentar reivindicar para la Dirección general una más de las facultades de que quisiéramos verla investida en orden al conocimiento y resolución de todos los problemas referentes a un Cuerpo cuya dirección le está plenamente atribuida.*

*En efecto, creemos poder observar en la Resolución de 14 de Diciembre de 1923 una desviación del anterior sentir inhibitorio, ya que dice «que el criterio jurídico en que se ha inspirado el Reglamento vigente para regular los expedientes de impugnación de honorarios ha sido el de atribuir a la Administración el conocimiento de los mismos cuando se trata de proteger el interés de la Ley al llevar a efecto la aplicación de aquélla a los casos que se presenten; pero estimando, al mismo tiempo, que debe cesar su competencia y debe de inhibirse, por tanto, del conocimiento del asunto cuando la misma Ley se ha aplicado ya, causando estado la cuestión ante el derecho, pues desde este momento surge, por decirlo así, una relación de condición civil entre el impugnante y el funcionario en cuanto a la reclamación, que reviste el carácter de una contención que ha de ser resuelta por los Tribunales de Justicia.» Lo que quiere decir, a nuestro juicio, que en tanto no se hagan efectivos los honorarios, compete exclusivamente a la Dirección el conocimiento y resolución de todo cuanto con aquéllos se relacione, y que la intervención de los Tribunales comienza precisamente cuando la percepción ha tenido ya lugar, caso de cobro de lo indebido.*

*Además hemos de notar que las Resoluciones que ahora cita la Dirección tienen como fundamento la Real orden de 29 de Enero de 1864, que desarrollaba el defectuoso precepto del artículo 336 de la ley antigua, indicativo del procedimiento de la vía de apremio, y el artículo 304 del Reglamento hipotecario de 23 de Octubre de 1870—482 del actual—, que es el que dicta normas para la regulación de dichos honorarios.*

*Ambos preceptos se ocupan de la «regulación» de honorarios por excesivos; pero de la legalidad actual forma parte interesante*

*una regla—la 15.<sup>a</sup> del Arancel—puesta bajo el amparo de una Ley, según la cual incumbe el conocimiento de los expedientes de «impugnación» de honorarios en todo caso a la Dirección. Notemos que el concepto de «impugnación» que emplea dicha regla es indudablemente más amplio que el de «regulación», y nos parece, en buena lógica, que debe hacerse extensivo a cualesquiera de las causas que se aleguen como oposición al pago de honorarios, ya sean ellas formales, reales, o, simplemente, personales. Siempre, claro está, con la limitación—no poder acudir gubernativamente una vez cobrados los honorarios—que señala el artículo 486 del Reglamento hipotecario.*

*Ahora bien: esta atribución jurisdiccional, ¿es incompatible y debe ceder ante el principio único de competencia de los artículos 2 y 267 de la ley Orgánica del Poder judicial y 51 de la de Enjuiciamiento civil, que reservan para la jurisdicción ordinaria en los negocios civiles la aplicación de las leyes? ¿Ha de entenderse, por el contrario, que al redactar dicha regla arancelaria se excluyó, intencionadamente, toda idea de contienda entre partes, dejando reducido el asunto a uno de tantos de los Registros de la Propiedad encomendados por mandato del artículo 265 de la ley Hipotecaria a la Dirección?*

*Añadamos a la contestación afirmativa que no dudamos puede darse a la última pregunta que entre las funciones que corresponden al Centro directivo está, como ya dijimos en otro lugar (1), si de recursos gubernativos se trata, la de interpretar toda clase de leyes, y que según el artículo 4.º de la citada ley Orgánica no podrán los Jueces ni los Tribunales mezclarse en asuntos peculiares de la Administración del Estado.*

**HIPOTECA. NO PUEDE SER OBJETO DE INSCRIPCIÓN LA CONSTITUÍDA SOBRE FINCA PROPIA DE UNO DE LOS YA DEUDORES HIPOTECARIOS EN FORMA SUBSIDIARIA PARA RESPONDER EN EL CASO DE QUE LA FINCA HIPOTECADA POR EL OTRO DEUDOR NO CUBRIESE LA RESPONSABILIDAD CONTRAÍDA, PORQUE IMPIDEN AL PRESUNTO ADQUIRENTE DE LA FINCA GRAVADA CON UNA PRIMERA HIPOTECA CON CUOTA**

(1) Véase el artículo «Comentando la anterior Resolución», pág. 217 del tomo XI—1934—de esta Revista.

FIJADA, Y CON OTRA DE GARANTÍA DE CUOTA INDETERMINADA, CONOCER CON SEGURIDAD LA RESPONSABILIDAD EFECTIVA, EN OPOSICIÓN A LA FINALIDAD DE FAVORECER EL CRÉDITO TERRITORIAL, ADEMÁS DE QUE, O SE TRATA DE UN SEGURO CONTRA LA CONTINGENCIA DEL MENOR VALOR DE LA FINCA YA HIPOTECADA, SUPUESTO INADMISIBLE, O DE UNA FIANZA DE OTRA DE CARÁCTER REAL, FIGURA JURÍDICA NO EXISTENTE EN NUESTRO DERECHO.

*Resolución de 12 de Marzo de 1936. (Gaceta de 26 de Marzo:)*

Los cónyuges doña Margarita Soler y D. Jaime Gelabert constituyeron hipoteca, cada uno sobre finca de su propiedad, en garantía de la devolución de un préstamo de 95.000 pesetas, intereses del 6 por 100 anual y de 8.000 pesetas para costas y gastos que recibieron por mitad, respondiendo cada finca de la mitad de dichas cantidades, con vencimiento de 1.º de Noviembre de 1934.

Por escritura otorgada en 4 de Julio de dicho año, ante el Notario de Palma D. José Socías y Gradoli—hoy fallecido—, la deudora, doña Margarita Soler «se constituye fiadora y solidariamente responsable de la parte de capital, intereses y costas, que no alcance a cubrir, en su caso, la hipoteca que tiene constituida D. Jaime Gelabert, sobre la finca en segundo término deslindada, que es de 47.500 pesetas de capital, sus intereses y 4.000 pesetas para costas, la cual fianza constituye doña Margarita Soler mediante hipoteca, extensiva al derecho de agua que radica en dicho lote, por la suma de otras 47.500 pesetas del capital prestado, sus intereses y 4.000 pesetas para costas, sobre la misma finca de su propiedad, en primer lugar deslindada e hipotecada, que ya quedó gravada con la suma de otras 47.500 pesetas del capital prestado, sus intereses y 4.000 pesetas para costas».

El Registrador de la Propiedad de Inca denegó la inscripción por los siguientes defectos: 1.º Falta de capacidad en la otorgante y constituyente de la hipoteca, doña Margarita Soler y Pascual, porque constando del Registro que la finca hipotecada fué adquirida por la misma en estado de casada, «sin que se exprese la procedencia del dinero de la compradora», aparece del Registro pertenecer la finca a la sociedad conyugal, cuyo representante legal es el marido. 2.º Trátarse de una hipoteca subsidiaria, no admitida en nuestra técnica por cuanto se manifiesta que se constituye para garantizar

solidariamente un crédito asegurado con hipoteca sobre otra finca por el marido de la otorgante, «con la falta de capital, interés y costas que no alcanzan a cubrir en su caso» la hipoteca constituida por don Jaime Gelabert. 3.º Porque, aun admitiendo la validez de tal hipoteca subsidiaria, existiría indeterminación de responsabilidad de la finca, ya que ésta no podría fijarse hasta que no se concretase el descubierto que quedare en la ejecución de la finca primeramente hipotecada, lo que sobre oponerse a las prescripciones de los artículos 119 y 120 de la ley Hipotecaria, es atentatorio al libre desenvolvimiento del crédito territorial. 4.º Ser confusa la redacción de la cláusula en que se constituye la hipoteca al extender ésta «al derecho de agua» que radica en dicho lote, por no saberse cuál sea éste, ya que el último que se menciona en la escritura no es el que se hipoteca, derecho de agua que por otra parte no aparece inscrito ni mencionado en las inscripciones de propiedad de la finca. 5.º Porque, aun supuesta la inexistencia de los anteriores defectos, siempre subsistirá el de no determinarse el plazo de la nueva hipoteca que se constituye en las condiciones de la misma, ni aun por vaga referencia a la primeramente constituida. 6.º Falta de aceptación de la hipoteca por D. Adolfo Dameto, ya que éste sólo lo presta «a los reconocimientos que preceden». Y considerando insubsanables los defectos primero, segundo y quinto, no procede tomar anotación preventiva aunque se solicitare.

En el recurso interpuesto por D. Alfonso Dameto y Roten, el Presidente de la Audiencia revocó la nota del Registrador, y la Dirección general, confirmando en parte el auto apelado, reconoce la existencia de los defectos segundo y tercero, y del cuarto, en cuanto no ha sido recurrido, con las siguientes razones:

Admitido como régimen económico del matrimonio balear el de la separación de bienes y, en su consecuencia, la más amplia libertad de cada cónyuge para adquirirlos, la circunstancia de omitir en la escritura de compra de la finca y en la inscripción la procedencia del dinero, no puede ser motivo, por sí sólo, para atribuir la a la sociedad de gananciales—desconocida en territorio tan acostumbrado a las tradiciones romanas—, toda vez que no aparece modificado aquel sistema en el caso actual por la voluntad de los esposos, que, además, al comparecer en la escritura expresan su conformidad para la constitución de la hipoteca.

En cuanto a los defectos segundo y tercero, la hipoteca, garantía real del cumplimiento de la obligación, al determinarse en la finca o derecho hipotecado y en su responsabilidad, si son varias, se trunca el principio de la indivisibilidad para someterse al de especialidad, viniendo a ser la hipoteca sobre varias fincas, respecto de derechos inscritos con posterioridad, mancomunada y no solidaria entre ellas, sin admitirse, como en otros países, estipulación opuesta, con el fin de favorecer el crédito territorial, dejando un margen libre en su valor.

Al constituirse doña Margarita Soler fiadora y solidariamente responsable de la parte que no alcance a cubrir la hipoteca de don Jaime Gelabert, constituyendo fianza hipotecaria sobre la finca que ya hipotecó con éste, es indudable que tanto la hipoteca principal como la subsidiaria tienen por finalidad el aseguramiento de un solo crédito—si bien con subordinación a un orden de ejecución—que impediría al tercer adquirente de la finca dada ahora en garantía saber con seguridad las responsabilidades que por tal concepto se pueden hacer efectivas sobre ella, quedando subordinado el derecho al ejercicio de facultades extrañas o al resultado de sucesos que deterioren o destruyan la de su marido.

En este juego de personas, derechos y condiciones es necesario que el Registro muestre siempre a los terceros, con precisión y exactitud, la naturaleza y circunstancias de las relaciones inscritas, sin desnaturalizar el carácter de la hipoteca, y en tal sentido, al no poder constituirse ésta como no sea para asegurar algún crédito actual, eventual o futuro, ha de admitirse que en el caso presente las dos fincas vienen en definitiva a garantizar una misma obligación principal, con una doble y agotadora distribución de responsabilidad, o ha de sostenerse que la hipoteca discutida es un seguro contra la contingencia del menor valor de la primera, suposición inadmisibles en tal concepto, o que es una fianza de otra de carácter real, figura jurídica que no cabe dentro del articulado de nuestro Código civil.

Respecto a los defectos quinto y sexto—puesto que el cuarto no fué recurrido—, que aunque la no determinación de plazo al estar consignado en la nota en forma alternativa carece de finalidad, debe desestimarse, puesto que es suficiente la referencia que se hace a la hipoteca primitiva, en que se fijó fecha de vencimiento, que al lle-

gar el incumplimiento la arrastraría en la ejecución; existiendo igualmente la aceptación, aun siendo impropia la fórmula empleada, porque ella no obsta a la probada y coincidente intención de los otorgantes.

*De otros extremos de menor trascendencia, además del contenido en el epígrafe—al que no hemos querido dar demasiada extensión—, se ocupa el Centro directivo en la Resolución extractada. El Registrador, compelido por mandato legal a consignar en la nota calificadora todos los defectos que observare, hizo constar el primero referente a la falta de capacidad de la mujer casada, sin duda ante la extrañeza que le causó ver que en una región como la isla de Mallorca, en la que según el Derecho foral, el régimen económico del matrimonio no es el de gananciales, aparece una inscripción de finca comprada por mujer casada con la frase «sin que se exprese la procedencia del dinero de la compradora», lo que podría originar la duda acerca de si el matrimonio en cuestión se hubiera sujetado, mediante pacto que no le está prohibido, al régimen de gananciales, hecho que llevaría anejo la atribución de la finca a la sociedad así constituida, con las consecuencias, en cuanto al derecho de disposición, que dicho supuesto lleva consigo.*

*La Dirección no estima la existencia de este defecto, toda vez que no aparece modificado el sistema de separación de bienes y que los esposos manifiestan su conformidad para la constitución de la hipoteca de que se trata.*

*El defecto cuarto de la nota no ha sido recurrido, y en cuanto a los quinto y sexto—no determinarse el plazo de la nueva hipoteca subsidiaria y falta de aceptación de ésta por el marido—, son también objeto de desestimación, porque en lo primero basta la referencia a la primera hipoteca, en la que se fija fecha de vencimiento, y en cuanto a lo segundo, porque aun cuando con la impropiedad de la fórmula que se emplea, existe la aceptación por la coincidente intención de los otorgantes.*

\* \* \*

*Y quedan como cuestiones importantes y dignas de estudio las que plantean los extremos segundo y tercero de la nota, que la Dirección confirma plenamente.*

*Dos fincas, una de cada cónyuge, se hallan hipotecadas, a res-*

*ponder cada una de la mitad de un mismo préstamo; la mujer constituye sobre su finca una nueva hipoteca, no para responder del mismo o de otro préstamo, lo que no ofrecería dificultad alguna, sino para asegurar el menor valor que pudiera llegar a tener en su día la garantía hipotecaria que el marido ha establecido sobre la finca de su propiedad para responder de dicho préstamo. El Registrador y la Dirección de consuno rechazan la posibilidad de que esta segunda hipoteca puede ser inscrita.*

*La primera dificultad que a ello se opone es la proveniente de la falla de observancia de los principios hipotecarios que informan nuestra legislación. Si se tratare de la constitución de alguno de los otros derechos reales que se admiten en nuestro Derecho, nada habría que oponer, en cuanto a la falta de determinación de la responsabilidad de dichos derechos reales, porque ni la ley Hipotecaria ni el Código civil lo exigen; pero tratándose de una hipoteca, es de esencia que se marque la cantidad de que por capital y demás accesorios haya de responder la finca, lo que no ocurre en el caso presente, en el que, por no tratarse del afianzamiento de un préstamo, sino de las resultas de la garantía hipotecaria prestada por otra finca, si un tercero tratare de comprar, por entender que la hipoteca no ha absorbido todo el valor, o de otorgar un nuevo préstamo con hipoteca, al suponer que la ya inscrita no afecta, como es lo general, más que a una parte de dicho valor, se encontraría que no hay medio hábil de concretar la responsabilidad de la finca y su parte libre hasta después de conocer el resultado que arrojen las operaciones posteriores a la ejecución, con la inseguridad que ello envuelve y el daño que supone para el crédito territorial.*

*Por eso dice la Dirección que no está bien determinada la responsabilidad de cada finca, cuando se señale una cantidad, manifestando que sólo se fija para lograr la inscripción, extendiendo, además, la obligación a todos los gastos y desembolsos que implique el cumplimiento de lo convenido, aunque sean superiores a la cantidad que se expresó. (Resolución de 5 de Abril de 1907.) Y también que el principio de especialidad que informa la legislación hipotecaria, opuesto a la anterior generalidad de las hipotecas, «es aplicable, no sólo en cuanto hace referencia a las fincas gravadas, sino también en lo que atañe al crédito garantizado». (Resolución de 24 de Enero de 1916.)*

En Alemania, donde, según Nussbaum (1), la hipoteca puede gravar sobre varias fincas, en garantía del mismo crédito, respondiendo cada una de ellas de éste en todo su alcance, pero sin que el acreedor pueda reclamar más de una vez la cantidad adeudada, hipoteca a la que antes daban el nombre de «correales» y hoy denominan «solidaria», no se permite, en cambio, inscribir varias hipotecas independientes para aseguramiento del mismo crédito. Su Código civil sólo reconoce para estos casos la forma de hipoteca solidaria, que se aplica con frecuencia en las regiones donde la propiedad está muy dividida.

Por su parte, el derecho suizo preceptúa que la garantía no podrá establecerse sino para seguridad de un crédito determinado, cuya suma será indicada en moneda suiza. Admite, sin embargo, el derecho de hipotecar, en garantía de deudas futuras, y aun eventuales y hasta toda clase de obligaciones; pero siempre confirmando el principio de especialidad, puesto que el Código exige la determinación de un valor, un total, más allá del que sólo encuentra el acreedor una garantía de carácter personal.

\* \* \*

La Dirección de los Registros ha entendido en un caso análogo al actual, con resolución cuya doctrina sirve de precedente a la que ahora nos ocupa.

Se constituyó una hipoteca, en garantía de capital, intereses y costas—total, 25.000 pesetas—, de un modo puro, desde el momento, y por la responsabilidad dicha, sobre una heredad, y de un modo condicional y suspensivo, por la cantidad que no alcanzare a cubrir en su día el importe de la finca anterior hasta el límite máximo de la total responsabilidad, o sea subsidiariamente, sobre una casa.

Es indudable, a nuestro juicio, que se trata de una sola hipoteca sobre dos fincas, y, por tanto, se hace necesario cumplir lo dispuesto sobre fijación e individualización de la responsabilidad en el artículo 119 de la ley Hipotecaria y no hacer precisamente lo contrario: duplicar, doblar la responsabilidad.

Por eso estima la Dirección «que, sin desnaturalizar el carácter

(1) Tratado de Derecho Hipotecario Alemán, pág. 131.

*de la hipoteca, no puede constituirse, como no sea para asegurar algún crédito actual, eventual o futuro, y ha de admitirse que en el caso presente las dos fincas garantizan una misma obligación principal, lo que produce, como necesaria consecuencia, la distribución de la responsabilidad, o ha de sostenerse que la segunda es sólo un seguro contra la contingencia del menor valor de la primera, suposición inadmisibles, dadas las limitaciones de tiempo y riesgo propias del contrato de seguro, o una fianza de otra de carácter real, figura jurídica que no cabe dentro del articulado del Código civil». (Resolución de 24 de Enero de 1916.)*

*Gayoso Arias, figura preeminente en el grupo de los impugnadores del precepto del artículo 119 que entienden es opuesto a la libertad del dueño para poder contratar libremente sobre sus bienes, sin más cortapisas que las señaladas en las leyes, que produce disminución en la garantía del acreedor, ante la posibilidad de que por pérdida de una finca queden burlados los derechos de aquél, además de otros efectos contrarios al crédito hipotecario y al interés social, muestra su disconformidad con la doctrina de dicha Resolución, y entiende, por el contrario, que es válido hipotecar dos fincas sin distribución de responsabilidad, asegurando la segunda la parte de crédito que no alcance a cubrir la primera. Y cree que es válido por serlo en todo caso la hipoteca, aunque no se haga la distribución, y no obstante lo mandado en el artículo 189 del Reglamento hipotecario, «porque ni ahí se ve inmoderada exigencia del acreedor, sino una precaución muy natural a que no alcanza la razón de la ley, y porque la segunda hipoteca no existe a la vez que la primera, como exige el artículo 119, sino sólo de una manera condicional, y de un modo completo y eficaz no existirá más que en adelante, acaso, si se realiza el supuesto para que se creó» (1).*

LUIS R. LUESO,

Registrador de la Propiedad,

*Errata.*—En la línea 16 de la página 369 del número anterior se lee «persona distinta a la que incoa el expediente», y debe leerse «persona distinta, la que incoa el expediente».

(1) *Nociones de Legislación Hipotecaria*, tomo I, pág. 77.

# Jurisprudencia del Tribunal Supremo

CIVIL Y MERCANTIL

20. *Derecho foral aragonés. Naturaleza y finalidad de los heredamientos y en especial de los preventivos. Las causas de desheredación en el Fuero de Aragón, ¿han de ser expresamente invocadas por el testador? Alcance de la observancia que prohíbe en Aragón la interpretación extensiva y el principio standum est chartae. No es aplicable el Apéndice foral a una sucesión hereditaria abierta con anterioridad a su vigencia.* (Sentencia de 28 de Octubre de 1935.)

Don R. B. y D.<sup>a</sup> D., aragoneses, otorgaron en Barcelona, en 1881, escritura de capitulaciones matrimoniales, en cuya cláusula séptima decían : «Queda convenido entre los futuros cónyuges, con el solo objeto de evitar un intestado, que en el caso de fallecer alguno de ellos sin testamento, si hubiera hijos de este matrimonio, el sobreviviente de aquéllos podrá instituir heredero del cónyuge premuerto al hijo o hija que mejor le pareciere, señalando a los demás por legítima lo que tenga por conveniente ; y en el caso de que no hubiera nombrado heredero, quedará como heredero universal el hijo primogénito, y en defecto de varones, la hija de mayor edad, salvo la legítima de los demás ; este heredamiento preventivo quedará sin efecto si no hubiera hijos, ni tampoco si se otorgase testamento por cualquiera de los contrayentes de sus respectivos bienes.»

En 1895 falleció el marido con testamento, en el que nombró herederos a sus hijos por partes iguales, y la esposa fué recluída en un manicomio, siendo su tutor el hijo mayor, R. J., que hubo de ser privado de la tutela, nombrándose en su lugar a su hermano J. L. ; en 1924 falleció la demente sin testamento, y en el mismo año fué declarado en concurso el hijo primogénito ; deducida demanda por el administrador de concurso, pidiendo la declaración de heredero único a favor del primogénito, el Juez y la Sala decre-

taron que habiendo fallecido intestada D.<sup>a</sup> D. recae su herencia, por virtud de las capitulaciones, en su hijo mayor, sin perjuicio de la legítima de los demás.

Interpuesto recurso por un hermano del concursado, lo rechaza el Supremo :

Considerando que el vigoroso espíritu de familia que caracteriza a las llamadas legislaciones forales señala en ellas como finalidades muy destacadas : a) La conservación de la fuerza social de las familias mediante la continuidad e indivisión de sus patrimonios. b) El reconocimiento de la personalidad individual, y como secuela, la mayor libertad posible para los cónyuges y los individuos que forman parte de la familia ; y c) La consagración y exaltación de la autoridad de los padres.

Considerando que la combinación de los anteriores objetivos, que pudieran parecer contradictorios, ha creado instituciones tan interesantes como los heredamientos preventivos de Cataluña, frecuentemente enlazados con la facultad de elegir heredero concedida al cónyuge sobreviviente, que recogen y armonizan todos aquellos principios y aspiraciones, pues si merced al heredamiento en general se persigue salvar la integridad del patrimonio, manteniendo la tradición ibérica de la propiedad familiar, con la modalidad preventiva del heredamiento y la cláusula de confianza se logra conciliar esos intereses con las exigencias de la disciplina doméstica y del racional acatamiento a la disposición testamentaria, al dar a los padres un medio de hacerse respetar y obedecer de sus hijos, al propio tiempo que una posibilidad de hacer la elección de heredero con plena conciencia de las condiciones y méritos de cada uno de ellos, o aun de frustrar, mediante la disposición testamentaria, los efectos del heredamiento estipulado si las circunstancias imponen o aconsejan dar a los bienes distribución distinta a la prevista en el convenio capitular.

Considerando que esta diversidad de fines que el heredamiento preventivo persigue da al mismo una naturaleza jurídica un tanto compleja, ya que si participa de las características de las disposiciones intervivos, y es, como ellas, irrevocable, en el sentido de que para la eventualidad de que aquél depende, o sea para el caso de fallecer abintestato el donador, no puede ser anulado ni sustituido por otro llamamiento a favor de distinta persona, participa tam-

bién, y en mayor medida, de los rasgos de las disposiciones *mortis causa*, en cuanto no cercena la facultad de disposición y está subordinado a la condición de morir el heredante sin testamento posterior válido; y como, por otra parte, al amparo de la libertad de pacto, son susceptibles los heredamientos de diversos matices y modalidades, tanto por razón de las condiciones o sustituciones que se impongan al llamamiento de los hijos como por razón del nexo que pueda establecerse, como el heredamiento se haga conjuntamente por los dos consortes, entre la dación de la herencia paterna y la de la herencia materna, es indudable que la interpretación del heredamiento preventivo exige siempre un fino análisis, no sólo de los elementos literales de la declaración de voluntad, sino también de los factores intencionales, para inferir de todos ellos—en relación con lo que en cada caso puedan enseñar los usos generales o locales—hasta qué punto hayan querido los otorgantes dar especial relieve a la finalidad de asegurar la sucesión a favor de unos mismos herederos, o, por el contrario, hayan atendido preponderantemente los donadores a asegurar el juego independiente de la disposición de cada uno a la finalidad neta de evitar el intestado.

Considerando que el motivo primero del recurso supone infringido por el fallo, el Fuero de Aragón, segundo *De exheredatione filiorum*, por declarar heredero de su madre a D. R. J. de B., a pesar de haber dilapidado el patrimonio de aquélla, siendo su tutor ejemplar; pero ha de tenerse en cuenta—y ello basta para desautorizar este motivo de casación—que no cabe admitir que las causas de desheredación que establece dicho Fuero operen por ministerio de la ley, sin necesidad de ser expresamente invocadas por el testador, cual en el derecho común se exige, pues si bien las palabras primeras del Fuero, al hablar de los casos en que el hijo pierde el derecho hereditario (*ius hereditarium amittit*) pudieran inducir a confusión, el inciso que le sigue, al decir que «ni el padre ni la madre pueden privar de la herencia a sus hijos en otros casos que los señalados en el Fuero» (*aliter vero non potest privare iure hereditatis natis suos*), da a entender claramente que la desheredación es un derecho que corresponde a los testadores, aparte de que, cualquiera que fuera la interpretación que se diese al texto foral, habría que mantener la apreciación de hecho que formula la Sala de ins-

tancia—y que el recurrente no se cuida de impugnar—de que no se ha demostrado que el hijo primogénito del causante de la sucesión haya incurrido en ninguna de las causas que el Fuero segundo (*De exheredatione filiorum*), señala como motivos de la desheredación.

Considerando que no tiene mayor virtualidad el motivo segundo, que alega la infracción de la Observancia primera *De equo vulnerato* y de la doctrina sentada en las sentencias de este Tribunal Supremo de 11 de Marzo de 1898 y 17 de Mayo de 1918, por suponer que el fallo recurrido, al aplicar el heredamiento a sucesión de doña D., a pesar de constar que su difunto esposo había fallecido con testamento, da al heredamiento en cuestión una interpretación extensiva que prohíben las citadas disposiciones, pues aparte de que la Observancia invocada no establece ninguna regla que directamente se refiera a la interpretación de los negocios jurídicos y pudiera hacer revisable en casación la que el juzgador de instancia formuló en su fallo, es obvio que, pese a los términos absolutos de la Observancia, no cabe pensar que por ella quedase proscrita en Aragón, de una manera incondicionada, la interpretación extensiva de las leyes, que la práctica y la doctrina han venido aplicando siempre por imperiosas exigencias de la técnica jurídica y por entenderse que el precepto foral lo único que quiso condenar fué el abuso de esa forma de interpretación que pudiera llegar a desfigurar o alterar el pensamiento y propósitos del legislador.

Considerando que el motivo tercero, aun estando protegido por la invocación del número séptimo del artículo 1.692 de la ley Rituarial no consigue demostrar los errores de hecho y de derecho que atribuye al Tribunal sentenciador, resultante el primero de las capitulaciones matrimoniales indicadas y del testamento de don R. M. B., y nacido el segundo de la infracción del principio *standum est chartae*, contenido en las Observancias cuarta, *De testamentis*; veinticuatro, *De probationibus faciendis cum chartae*, y dieciséis, *De fide instrumentorum*, y de los artículos 675, 1.281, 1.283, 1.285 y 1.287 del Código civil, así como de la doctrina sentada por este Supremo Tribunal en Sentencia de 5 de Mayo de 1897, pues aquel clásico y elegante apotegma, piedra angular de la legislación civil aragonesa, aun en el supuesto que contenga, no sólo una consagración del principio de la libertad de pacto, sino también un criterio

hermenéutico, en modo alguno impone una sumisión ciega a la letra del documento, con postergación de los demás factores que pueden y deben tomarse en consideración para fijar el verdadero contenido de las declaraciones de voluntad, como así lo vienen reconociendo los más autorizados fueristas cuando sostienen que no se debe estar a la letra (*litteras*), sino a la carta (*chartae*), esto es, al contenido de todo el documento; y esto sentado, aparece firme e indestructible a la interpretación que el juzgador de instancia dió a la cláusula de autos, apoyándose, no sólo en aquellos elementos que podían ponerse en juego para penetrar la intención de los contrayentes (en especial la finalidad, expresamente consignada por éstos, de evitar la apertura del abintestato, y que quedaría frustrada si prevaleciese la interpretación que el recurrente preconiza), sino principalmente en la combinada y armónica significación de las palabras empleadas por los otorgantes, que en modo alguno demuestran de modo palmario la tesis de que quedase establecido un heredamiento preventivo conjunto, sólo eficaz en el caso de que muriesen sin testamento ambos cónyuges, toda vez que la estipulación discutida, en su parte primera, dice que la disposición se establece para «el caso de fallecer alguno de ellos sin haber otorgado testamento», refiriéndose, por consiguiente, a uno cualquiera de los contrayentes, y en la parte segunda, que es, en todo caso, la más confusa y la que sirve de sustentáculo a la argumentación de la parte recurrente, expresa que el heredamiento preventivo no tendrá efecto alguno «si se otorgase testamento u otra disposición por cualquiera de los contrayentes *de sus respectivos bienes*», con cuyas últimas palabras quieren sin duda indicar los otorgantes (pues de otro modo sobrarían aquéllas) que la caducidad del heredamiento se refería únicamente a los bienes del cónyuge que testara, no a los de ambos esposos.

Considerando que en último término tiene proclamado reiteradamente esta Sala que, tanto cuando se impugnan los elementos de hecho que sirven de base a la interpretación de la Sala sentenciadora, como cuando se combaten sus criterios jurídicos, siempre será preciso que se demuestre el error notorio padecido por aquélla, ya que no vale oponer a la apreciación de la Sala el criterio particular de una de las partes, ni procede la casación si la interpretación dada en instancia es racional, aunque quepa alguna duda

acerca de su absoluta exactitud; y en el presente caso el recurrente pretende impugnar las apreciaciones que, en uso de su soberanía, formula el Tribunal *a quo*, con criterios meramente subjetivos, como el derivado de la irracionalidad que, a su juicio, tiene la institución de heredero a favor de personas que todavía no han nacido, con lo que, evidentemente, disloca y desnaturaliza la función interpretativa, que no está, en modo alguno, facultada para juzgar las instituciones jurídicas y restringir su aplicación, y sí sólo para desentrañar cómo las ha concebido y modelado el ordenamiento jurídico del pueblo que las creara (a través de las leyes o de las costumbres) y cómo han querido desenvolverlas y aplicarlas, en cada caso, los particulares que, a su sombra, hayan celebrado un negocio jurídico concreto.

Considerando que, si bien es verdad que los fueros aragoneses *De testamentis nobilium* y *De testamentis civium* no señalan parte alguna de libre disposición de la que el padre pueda disponer a favor de extraños, lo cual hizo patrocinar a ciertos fueristas la máxima *In regno tota hereditas est legitima*, no es menos cierto que la doctrina, comúnmente aceptada en los tiempos modernos, y la jurisprudencia de este Tribunal Supremo, supliendo el silencio de los textos forales, han venido admitiendo, de un lado, que por aplicación del derecho supletorio o común era obligado considerar como de libre disposición la quinta parte de la herencia, en el derecho anterior al Código civil (Sentencia de 8 de Octubre de 1877), y el tercio de ella, después de publicado dicho Cuerpo legal (Sentencia de 7 de Mayo de 1903), y de otro lado que, aunque los bienes de los padres constituyan en Aragón la legítima de los hijos, no corresponde a los meramente legitimarios el carácter de herederos, ya que dicho carácter sólo puede ser ostentado por el hijo a quien los padres hayan instituido como tal en su testamento (Sentencias de 30 de Noviembre de 1900 y 30 de Junio de 1905), y como en el heredamiento de autos los padres instituyeron preventivamente heredero universal al hijo primogénito, dejando a salvo la legítima de los demás hijos, pero sin determinar concretamente la cuantía o porción que hubiere de corresponder a éstos, ni confiar tampoco su regulación a las tradiciones del pueblo y de la respectiva familia, conforme a la fórmula usual de las capitulaciones altoaragonesas, que impone al heredero la obligación de entregar a sus herma-

nos la dote o legítima «al haber y poder de la casa», es indudable que, al entender el juzgador de instancia que la legítima correspondiente a los legitimarios demandados sólo alcanzaba a la tercera parte del patrimonio materno, no incidió en la infracción que el motivo cuarto del recurso le imputaba, de los citados Fueros primero, *De testamentis nobilium*, y único, *De testamentis civium*, y Sentencias de 13 de Febrero de 1891 y 7 de Mayo de 1903, puesto que si los hijos no herederos sólo tienen derecho, según fuero, al *quantur placuerit* del padre, su posición jurídica viene a quedar equiparada a la de los legatarios, y, por ende, es lógico que, en defecto de determinación cuantitativa de sus legítimas por el padre, se les atribuyera el tercio de libre disposición.

Considerando que la disposición transitoria única del Apéndice foral aragonés, aprobado por Real decreto de 7 de Diciembre de 1925, para entrar a regir el 2 de Enero de 1926, concordada con la regla transitoria duodécima del Código civil, no permite aplicar los preceptos de dicho Cuaderno foral tratándose de una sucesión hereditaria abierta con anterioridad a su vigencia, lo que priva de toda eficacia al motivo quinto del recurso, que aduce infracción de los artículos 30 y 31 de aquel texto legal, aparte de que, en ningún caso, sus normas sobre distribución de la herencia y sobre legítima de los hijos y descendientes (las cuales, fieles al derecho tradicional, sólo establecen una porción legitimaria global, sin cuota individual rigurosa para cada uno de los descendientes) rozaría lo más mínimo con la doctrina aceptada en el fallo que se recurre.

Considerando que no puede ser tachada de incongruente la sentencia que hace los pronunciamientos relativos a las personas que han figurado como partes en el juicio y a las peticiones formuladas por cada uno de los litigantes, y, por consiguiente, es forzoso desestimar también el sexto y último motivo del recurso, que alega la infracción del artículo 359 de la ley de Enjuiciamiento civil, por la doble causa de haber declarado el fallo que los derechos del heredero en situación de concursado, don R. J., habían pasado a don E. C., y haber absuelto al demandante de la indemnización de perjuicios sólo pedida por uno de los demandados, pues es obvio, en cuanto al primer aspecto, que aquella cesión de derechos tenía estado en el pleito desde el momento que durante el curso del mismo compareció en los autos don E. C. en su calidad de cesionario de

los derechos que correspondían a don R. J. en la herencia de su madre, sin que los demás herederos le hayan negado ese carácter, y en cuanto al segundo aspecto de esa pretendida incongruencia, que el pronunciamiento absolutorio puso término a la cuestión relativa a los daños y perjuicios que mutuamente se habían reclamado la parte demandante y la demandada, importando poco, para los efectos de la congruencia, que cuando la última formuló su respectiva petición no estuviese todavía personado en los autos el ahora recurrente.

*El caso de la Sentencia es uno de los que con gran frecuencia se producen cuando personas sometidas a determinada legislación foral se trasladan a lugares de derecho diferente; los aragoneses que otorgaron en Barcelona sus capitulaciones, no podían conocer el alcance de algunas incrustaciones del derecho catalán y las gravísimas consecuencias de instituciones para ellos desconocidas, y de esta suerte la designación del heredero único en capitulaciones, que es una de las figuras de más relieve en aquel derecho, queda desnaturalizada y convertida en un vulgar heredamiento preventivo de solución jeroglífica. Para el estudio y conocimiento de esta materia, remitimos al lector a la ordenada bibliografía que publica Isábal en su obra «Exposición y comentario del cuerpo legal denominado Fueros y Observancias del reino de Aragón». Zaragoza, 1926, página 625.*

*Sobre heredamiento preventivo, véase la Resolución de 10 de Abril de 1934, publicada por mí en Revista General de Legislación, tomo CLXVI, pág. 554.*

21. *Divorcio y separación. Acuerdo privado de separación y vida independiente. A pesar del régimen de libertad convenido, quedan en pie los derechos que la ley concede a cada cónyuge para hacerlo valer ante los Tribunales. (Sentencia de 16 de Octubre de 1935.)*

Doña P. dedujo demanda de divorcio contra su esposo por abandono y malos tratos y adulterio, pidiendo la culpabilidad del mismo, a lo que el marido se opuso por existir un documento firmado

por ambos, en el que convenían separarse, comprometiéndose mutuamente a no molestarse. La Audiencia decretó el divorcio, e interpuesto por el marido recurso de revisión por injusticia notoria, no lo admite la Sala :

Considerando que el fundamento del presente recurso estriba en que, a juicio del recurrente, la Sala sentenciadora ha prescindido de las estipulaciones pactadas libremente por los cónyuges litigantes que aparecen en el documento privado obrante al folio 41 de los autos, estimando que incurrió en injusticia notoria al apartarse de lo convenido en el mismo ; pero comoquiera que ese convenio, que en su segunda cláusula establece la separación y vida independiente y bajo distinto techo, de los esposos, comprometiéndose recíprocamente a no molestarse, cualquiera que sea el género de vida que cada cual adopte en lo sucesivo, concepto que se reitera en la octava al decir que desde el momento en que se suscriba este documento tendrán ambos cónyuges libertad completa de acción, así respecto a su persona como a sus bienes, pudiendo en su virtud obrar con independencia, sin restricciones de clase alguna, esta manera de convenir la norma de conducta a seguir el matrimonio, mientras legalmente subsista, no puede enervar los derechos que la ley concede a cada cónyuge para hacerlos valer ante los Tribunales cuando se considere en el caso de utilizarlos ; y al plantearse este pleito y estimar el Tribunal *a quo*, sin desconocer el documento de que queda hecho mérito, que la actora ha justificado cumplidamente la concurrencia de las causas cuarta, séptima y octava que alegó para solicitar el divorcio, no cabe apreciar que por ello cometió injusticia notoria, que según tiene declarado con reiteración esta Sala, alcanza otro ámbito completamente distinto al que puede originar una diferencia de criterio en orden a la estimación e interpretación de las cláusulas contractuales de que se trata, armonizándolas con el resultado de las pruebas del pleito para declarar si hubo o no motivo para acordar el divorcio al amparo de los preceptos de la ley ; pues sean cuales fueren los términos de amplitud de libertad que los cónyuges pactaran para regir su vida, mientras el matrimonio subsista, si realizara cualquiera de ellos actos de los que el artículo tercero de la ley de Divorcio establece como causas para concederlo, no cabe duda de que aquella separación pactada no es óbice para que se pueda pedir y obtener el divorcio con todas las

consecuencias que la ley determina concretamente en cada caso, y a las que hay que atender por encima de los acuerdos que en contrario se pudiera llegar entre marido y mujer, si éstos se hallaran en pugna con las prescripciones legales aplicables.

Considerando que aunque, en lo que se refiere a la causa cuarta del artículo 3.º de la ley del Divorcio, pudiera apreciarse que el régimen económico, libremente convenido entre los cónyuges, excusara la estimación de aquella causa, sin que tampoco la opinión contraria pueda merecer la calificación de injusticia notoria, es lo cierto que los elementos probatorios obrantes en el pleito acreditan, como se deja dicho, que se ha demostrado la existencia de las causas séptima y octava, alegadas por la demandante, y, en su consecuencia, el Tribunal *a quo*, lejos de incurrir en injusticia al apreciarlas, obró acertadamente, por lo que el recurso no puede prevalecer.

*No está de más esta aclaración que el Supremo hace en orden a la posibilidad de la contratación entre cónyuges; precisamente una de las derivaciones de la ley de Divorcio es la frecuencia con que se zanján cuestiones por medio de convenios de dudosa eficacia, y aun se pacta, en la mayoría de los casos, una renuncia a alimentos futuros, a cambio de una indemnización, que se percibe en metálico.*

*Véase sobre la disolución de la sociedad de gananciales el dictamen de F. Clemente de Diego en Revista de Derecho Privado, tomo XI, pág. 343.*

22. *Partición de bienes. Para reclamar bienes hereditarios no es preciso atenerse a la rígida voluntad del testador, porque los herederos pueden, de común acuerdo, prescindir de las disposiciones testamentarias. (Sentencia de 7 de Noviembre de 1935.)*

Terminadas y protocolizadas las operaciones particionales por fallecimiento de dos cónyuges, se tuvo en cuenta, para hacerlas, el contenido de los testamentos que ambos otorgaron en el mismo año, prescindiendo de un testamento posterior otorgado por el marido; impugnada esta partición, rechaza el Supremo el recurso.

Considerando que precisa tener en cuenta para la resolución de los diversos motivos que integran el recurso que se examina, los hechos básicos que el Tribunal, *a quo*, dentro de sus soberanas facultades para apreciar la prueba, establece como ciertos y demostrados, y que no han sido en este trámite impugnados en la forma que señala el número séptimo del artículo 1.692 de la ley rituarial civil, precepto que ni se invoca siquiera a tal efecto en el recurso, siendo aquellos hechos los siguientes: que los cónyuges don M. C. y doña C. S., fallecieron, respectivamente, en los años 1915 y 1919, otorgando cada uno de ellos testamento en el año 1903, y con sujeción a éste se efectuaron las operaciones particionales del caudal relicto en el año 1929; aprobándose mediante el oportuno auto judicial y protocolizándose en el mismo año de 1929; que los herederos de dichos cónyuges tienen inscrito a su nombre y proindiviso en el Registro de la Propiedad los bienes de la herencia de sus causantes; que uno de éstos, don M. C., otorgó otro testamento en el año 1915, por el que revocó y anuló cualquier disposición anterior de su voluntad, y que este último testamento *era conocido de los herederos cuando se practicaron* las operaciones particionales.

Considerando que es doctrina constante de este Tribunal Supremo que para reclamar bienes hereditarios no es suficiente atenerse a la rígida y absoluta voluntad del testador, pues si bien los herederos deben sujetarse a lo ordenado en el testamento, fuente y origen de sus derechos, pueden, sin embargo, de común acuerdo prescindir de sus disposiciones y crear una situación jurídica de plena y absoluta eficacia, en defecto de personas interesadas que puedan válidamente atacarla.

Considerando que al aplicar la procedente doctrina a los hechos anteriormente consignados, surge, lógicamente, la necesidad de desestimar los motivos primero, tercero y cuarto del recurso, ya que la Sala sentenciadora no infringió, como pretende el recurrente los artículos 667, 670, 737, 738 y 739 del Código civil, que se citan en el primero de aquéllos, pues la voluntad del testador, si bien obliga a los herederos, no les impide formalizar y suscribir, con plena trascendencia jurídica, los convenios que estimen a los efectos de la partición y adjudicación de los bienes hereditarios; no infringiendo tampoco, por aplicación indebida, el principio de derecho de que a nadie le es permitido ir contra sus propios actos, que se invoca en el

tercero de los referidos motivos, ya que el convenio particional, consentido y autorizado por los recurrentes, no obstante conocer la existencia del testamento del año 1915, extremo en que se apoya el fundamento esencial del fallo que se discute, les impide obtener, sin contradecir sus propios actos, el reconocimiento de un estado de derecho que anule y desvirtúe el que ellos, libre y conscientemente crearon; ni por último viola la Sala sentenciadora el artículo 4.º del Código civil, que como infringido se cita en el cuarto de los motivos, toda vez que no se ha demostrado ni intentado probar, por los recurrentes, la existencia del error, dolo o violencia que viciase el consentimiento que prestaran las referidas operaciones particionales.

Considerando que procede también desestimar los motivos segundo y quinto del recurso; el primero, que se apoya en la supuesta infracción por aplicación indebida del artículo 1.252 del Código civil, porque el razonamiento que sobre dicho artículo desarrolla el Tribunal *a quo*, no constituye base ni premisa obligada de la que se desprende el fallo recurrido; y el último, en el que se acusa al Tribunal de instancia de haber infringido por falta de aplicación los artículos 1.056 y 1.057 del Código civil, toda vez que el contador partidario nombrado por don F. C. en su testamento del año 1915, ni ha ejercitado las acciones que pudieran corresponderle, ni existe declaración alguna del Tribunal de instancia que permita afirmar que dicho contador, en el supuesto que viviera, hubiese aceptado la comisión que se le confirió en el testamento de mérito.

*De la anterior Sentencia se deduce: 1.º, que la existencia de un testamento posterior no es obstáculo para que los herederos hagan la partición con arreglo a otro anterior o como tengan por conveniente, aunque suponemos que si el Certificado del Registro de Actos de última voluntad sirve para algo, debe la copia del nuevo testamento ser tenida a la vista por el Registrador, y 2.º, que si los herederos quieren verse libres de la presencia de un Comisario molesto, tienen ya dos caminos: el antiguo, o sea el de esperar a que pase el plazo de vigencia de su mandato, y el nuevo, consistente en hacer caso omiso del testamento posterior. Las anteriores consecuencias se prestan a profundas reflexiones.*

# Jurisprudencia administrativa del impuesto de derechos reales

## XLV

*Renta líquida. Concepto de ésta, a los efectos del impuesto, en relación con las fincas rústicas amillaradas: para fijar la base del mismo no se deduce el impuesto de la contribución territorial.*

En el número de la REVISTA CRÍTICA de Marzo de 1936 se publicó un acuerdo del Tribunal Central en que se invocaba la Orden del Ministerio de Hacienda en que se dispuso que, para fijar la base del impuesto de derechos reales, no se podía deducir del líquido imponible de las fincas rústicas amillaradas el importe de la contribución territorial. Hemos obtenido esta Orden, dictada en 8 de Febrero de 1935, previo informe de la Dirección de lo Contencioso, y la trasladamos a continuación por ser importantes sus fundamentos, muy interesante su doctrina y de carácter general.

La renta líquida de los predios catastrados es la que figura simplemente como renta en las certificaciones expedidas por el Catastro, sin que haya lugar, a los efectos de la comprobación de valores del impuesto de derechos reales, a deducir de esa renta la cuota de la contribución rústica, ya que el artículo 87 (párrafos primero y tercero) del Reglamento establece que en las fincas amillaradas la comprobación de valores se hará capitalizando su líquido imponible al 5 por 100; y en las urbanas comprendidas en el Registro fiscal se hará aquélla capitalizando el líquido imponible en las mismas condiciones, sin que en ningún caso se detraiga

la contribución territorial del líquido imponible; que en cuanto a las fincas rústicas, si bien la terminología no coincide, pues en el Reglamento de Derechos reales se habla de «renta líquida» (artículo 87, número 3) y en el de 23 de Octubre de 1913 (artículos 4.º y 24), referente a las fincas rústicas catastradas, se habla de «renta de la tierra» pura y simplemente; comoquiera que uno de los sumandos que integran «el producto líquido de la tierra» es el resultado de adicionar a aquélla los beneficios correspondientes al cultivador y los intereses de los capitales invertidos por éste, disponiéndose que a la renta, como sumando del tipo evaluatorio, no se le hará deducción alguna en concepto de impuestos directos; la renta líquida a que se refiere el artículo 87 del Reglamento del impuesto no es otra que la «renta de la tierra» a que se alude en el Reglamento catastral de 1913, pues de admitirse que en aquélla se deduzca la contribución territorial por rústica se seguiría la consecuencia de que el legislador admite, al valorar los predios rústicos catastrados, la baja de la contribución, en contra de lo prevenido para los predios rústicos amillarados y para las fincas urbanas, donde es indiscutible se capitaliza pura y simplemente sin deducción alguna, y tal contradicción legal es inverosímil, máxime cuando en la comprobación de fincas rústicas ni siquiera se detrae, para la liquidación del impuesto, la parte del líquido atribuible a los beneficios de la explotación, elemento bien ajeno al capital territorial y al suelo. Esta interpretación se ratifica con la consideración de lo que se hace en la ley de Reforma agraria de 15 de Septiembre de 1932, en la que el Estado expropia las fincas rústicas pagando la capitalización del líquido imponible sin deducir impuesto alguno, por lo que si aquél como expropiante aumenta la cuantía de sus obligaciones al no deducir dicho impuesto, es lógico que al percibir el impuesto de derechos reales tampoco deduzca el territorial, ya que, por otra parte, cuando quiere se deduzca en la tarifa 3.ª, disposición 10 de la contribución de utilidades o en el artículo 244 del Reglamento del impuesto de derechos reales lo dice expresamente; el Tribunal Supremo ha resuelto repetidamente que lo pagado por timbre de negociación no es deducible para fijar la contribución mobiliaria, y lo mismo ocurre en el impuesto de derechos reales en la ejecución de obras en que no se deduce lo pagado por contribución industrial. En el Reglamento del impuesto de derechos reales no

existe precepto que permita deducir la contribución territorial para fijar la base liquidable. (Orden del Ministerio de Hacienda de 8 de Febrero de 1935.)

## XLVI

*Sociedades. Para fijar la base de liquidación de una Sociedad extranjera en España, se atiende, al instalarse, a su declaración, y en los años sucesivos, a si hay aumentos en el capital operante aquí, para fijar el cual deberá hallarse la proporción que resulte de calcular que el capital sujeto a tributación se halla, respecto al capital de la Compañía, en la misma relación que las operaciones en España con las totales de la Compañía.*

CASO. Una Sociedad extranjera, dedicada a negocios de fletamento y a otros distintos, presentó declaración del capital con que operaba en España y se liquidó el impuesto; posteriormente, los balances para demostrar que no había aumento. Pero la Abogacía del Estado estimó que lo había, y líquido. Para fijar la base averiguó la proporción entre el importe de libras esterlinas de los fletes devengados fuera de España y los de España (territorio sujeto), deduciendo que correspondía a España una cantidad en libras que, al 40,40 por 100, representaban otra en pesetas, y hallando la diferencia entre ésta y la que declaró la Sociedad como aumentos de 1921 y 1922 (que era el aumento total y el capital de España), giró sobre esa diferencia el impuesto por ser ésa el aumento. El Tribunal Central revoca ese criterio.

El artículo 21 del Reglamento del impuesto establece que las Sociedades extranjeras que operen en España tributarán en cuanto al impuesto de derechos reales por el capital que destinen en el territorio sujeto a sus operaciones, a cuyo efecto antes de inscribirse en el Registro mercantil presentarán certificación en que se consigne tal importe, y anualmente presentarán copia de los balances para girar las liquidaciones complementarias que procediere, por los aumentos si los hubiese, debiendo calcularse que el capital sujeto a tributación se halla respecto al capital social total de la Compañía en la misma proporción que las operaciones en España se hallen con las globales de la entidad de que se trate.

Por lo tanto, es taxativo el procedimiento que señala el Regla-

mento del impuesto de derechos reales para averiguar si en los años sucesivos a la instalación de una Sociedad extranjera en España hay aumento de capital por el que se deba tributar y además peculiar del impuesto, y absolutamente independiente de las declaraciones de los interesados, las cuales sólo se tienen en cuenta al efectuarse la instalación de la Sociedad en España, y diferente asimismo del que señalan las disposiciones de la contribución de utilidades, que, por otra parte, abarca lapsos mayores de un año.

Si bien las operaciones de fletes, base que sirvió a la oficina liquidadora para establecer la proporción entre el capital social y el de las operaciones en España, constituyen las principales operaciones de la Compañía, no son las únicas ni la totalidad, y por ello, para determinar el capital operante de la Compañía, en España, en 1931, es preciso hallar la proporción aludida en ese plazo y deducir ese tanto por ciento del capital total desembolsado; si ese capital resultante—expresado en libras—es mayor que el capital—también en libras—con que se opera en España (territorio sujeto), al finalizar el año 1930 podrá apreciarse aumento del capital sujeto al impuesto y girarse éste sobre la diferencia, después de convertido en pesetas al cambio medio de 1931, haciendo, respecto de 1930, igual cálculo que respecto del de 1931. La base fijada por el liquidador es inaceptable porque parte del supuesto erróneo de que la cantidad destinada a operar en España es la que señala, y ésta se halla constituida por los aumentos durante 1921 y 1922 del capital social total. (Acuerdo del Tribunal Central de 22 de Octubre de 1935.) 97 de 1935.

## XLVII

*No hay incompatibilidad entre el fraccionamiento y el aplazamiento de pago del impuesto.*

El artículo 18 de la ley del Impuesto de derechos reales, párrafo 4.º, dispone que el liquidador podrá autorizar el pago por anualidades, iguales al 5 por 100 de la base, de las liquidaciones que se giren por herencia cuando en la porción de cada interesado no exista metálico ni bienes de fácil realización, siempre que los interesados lo soliciten antes de expirar el plazo reglamentario de pago y que

se garantice éste en la forma que el Reglamento dice. La cuestión discutida es si puede concederse el fraccionamiento para una liquidación de nuda propiedad que ya obtuvo en su día aplazamiento de pago hasta la consolidación del dominio. No existe precepto del Reglamento del impuesto que haga expresamente incompatible el aplazamiento de pago otorgable a las adquisiciones de nuda propiedad con el fraccionamiento que se concede en todas las adquisiciones hereditarias en que no exista metálico o bienes realizables, pues estos dos beneficios obedecen a causas distintas, siendo la del aplazamiento la imposibilidad de pagar en que se encuentra quien adquiere un capital no fácilmente enajenable y que no produce renta, y siendo la causa del fraccionamiento la imposibilidad de pagar un impuesto superior al 5 por 100 del capital adquirido en que puede hallarse quien adquiere un capital que le produce renta y que no es fácilmente realizable. Esta misma doctrina se estableció en Acuerdos del Tribunal Central de 10 de Mayo y 5 de Julio de 1932. El aplazamiento de pago referente a la nuda propiedad termina al consolidarse ésta con el usufructo (artículo 18 de la ley y 136 del Reglamento), y por ello entonces vuelve a correr el plazo para pagar (artículo 131 del Reglamento). Dentro de ese plazo de quince días ha de pedirse el fraccionamiento del pago. Consolidada la nuda propiedad con el usufructo por la muerte de la usufructuaria, la petición de fraccionamiento ha de hacerse en los quince días siguientes, y si no se hace, se halla fuera de plazo y debe negarse. (Acuerdo del Tribunal Central de 29 de Octubre de 1935.) 99 de 1935.

### XLVIII

*Procedimiento. Las cuestiones referentes a adiciones de fincas no incluidas en el inventario, y a la valoración del pasivo de una Sociedad de que el causante formaba parte, de las que nada dice la resolución de la Administración, no obstante haberse promovido ante ella por los interesados, son cuestiones incidentales que han de ser decididas al mismo tiempo que la principal, consignándose las razones y fundamentos del fallo, según el artículo 80 del Reglamento de 29 de Julio de 1924; y si no se ha hecho así, sino que el Tribunal Provincial se limita a comprobar algunos errores materiales, pero no razona las demás cuestiones el*

*expediente de comprobación es nulo y debe reponerse al momento oportuno para ser subsanado. (Acuerdo del Tribunal Central de 25 de Febrero de 1936.) 13 de 1935.*

## XLIX

*Contrato de obras con suministro de materiales. Para que la distribución del precio de una contrata entre los materiales empleados y la ejecución de obra, o sea entre el suministro o transmisión de ambas y la ejecución de obras prevalezca sobre la presunción legal de que lo primero absorbe los dos tercios del precio y la segunda un tercio, es indispensable que tal distribución conste en el contrato mismo o en documento que forme parte integrante de él a todos los efectos, requisitos que no concurren si en la escritura no se especifica la cantidad que corresponde a cada uno de ambos conceptos, sin que pueda entenderse suple tal omisión una certificación del Ingeniero en que después de firmada la escritura se hace, aproximadamente, la distribución, pues tal certificación no forma parte de la escritura, ni está expedida con referencia a los pliegos de condiciones o estipulaciones de aquélla.*

Esta doctrina, fijada repetidamente en 30 de Marzo y 27 de Julio de 1926, 13 de Mayo de 1930 y sentencia del Supremo de 17 de Febrero de 1932 y 28 de Marzo de 1923 es reiterada por el Tribunal Central con vista de los artículos 2.º, número cuarto, de la ley del Impuesto y 18 y 25 del Reglamento. (Acuerdo del Central de 25 de Octubre de 1932.) 86 de 1932.

## L

*Contrato de obras con suministro de materiales. Derecho foral. Concierto económico. No procede exigir a una Sociedad domiciliada en las Provincias Vascongadas, contratista de una obra emplazada en territorio sujeto al impuesto, el correspondiente al de contrato de obras con suministro de materiales, por gozar aquélla de exención, dado su domicilio.*

La oficina liquidadora liquidó el contrato como sujeto al im-

puesto, en concepto de contrato de obras con suministro de materiales. La Sociedad, domiciliada en las Vascongadas, impugnó la liquidación, alegando los artículos 29 y 30 del Concierto económico con las Vascongadas, reproducidos en el artículo 2.º del Reglamento vigente del impuesto de Derechos reales, según los que, para la exacción del impuesto, no hay que atender al lugar en que se halla la obra—se trataba de un pantano en territorio no aforado—, sino al régimen foral o común del adquirente. El Tribunal Provincial rechazó este criterio, fundado en que el pantano es un bien inmueble, según el artículo 334 del Código civil; que el contratista, una vez construída la obra, la transmite a la otra parte contratante, y esa traslación de inmueble se halla sujeta al impuesto, según la regla primera del artículo 2.º del Reglamento del Impuesto; que aunque se aceptase el criterio más jurídico *de que el objeto* del contrato de obras es del trabajo o prestación del arrendador, lo cual tiene carácter de mueble, según el artículo 336 del Código civil, hay que precisar quién sea el adquirente y quién sea el transmitente; sólo que el arrendador de los servicios es la Sociedad contratista, la cual los transmite al Estado, que es el arrendatario, mediante la contraprestación del precio; y estas calificaciones jurídicas de transmitente y adquirente no pueden ser desvirtuadas por el artículo 59 del Reglamento al decir que en estos contratos el impuesto lo paga el transmitente y no el adquirente; que si por estar domiciliado el contratista en las Vascongadas no hubiese de pagar el impuesto, equivaldría a admitir que la ley se había propuesto extinguir a los contratistas del territorio del derecho común, otorgando a los primeros una prima de consideración.

*El Tribunal Central no admite esta doctrina, sino la contraria.*

No hay duda que en el arrendamiento de obra con suministro de materiales el objeto de la transmisión es aquello a que se obliga el arrendador, o sea la prestación del servicio a realizar, el cual tiene carácter de bien mueble, según el artículo 336 del Código civil; los materiales suministrados son también muebles, por lo que, para aplicar los artículos 29 y 30 del Reglamento del Concierto económico de 26 de Diciembre de 1926 y 2.º del del Impuesto de 16 de Julio de 1932, no hay que atender al lugar en que se hallen los bienes, sino al régimen foral o común del adquirente; ya

que, según aquéllos, se exceptúan del impuesto los actos y contratos referentes a muebles si el transmitente, en las herencias, o el adquirente, en los contratos, tienen derecho al régimen foral, según el artículo 15 del Código civil, regla que el artículo 2.º del Impuesto extiende a todas las provincias vascongadas. Según el artículo 1.546 del Código civil en los contratos de ejecución de obras el arrendador es el que se compromete a ejecutar la obra, y adquirente es el arrendatario; es decir, el que tiene el derecho a la obra que se compromete a pagar; y en los de suministro el adquirente es el que hace suyos los materiales suministrados, y por ello en el contrato de ejecución de obras con suministro de materiales el adquirente es el Estado; y como éstos se hallan sujetos al impuesto de Derechos reales, según el artículo 2.º, número cuarto de la ley, deberá pagarse tal impuesto; pero comoquiera que, según el artículo 59 del Reglamento, en tales contratos lo abona, no el adquirente, sino el contratista; y como éste, en el caso actual, se halla exento, en razón a su domicilio, conforme al Concierto económico citado y al artículo 2.º del Reglamento del Impuesto, según lo indicado, ya que si bien hay que atender al régimen del adquirente (que aquí es el Estado), por excepción, se impone en contratos mixtos el pago al contratista que goza de régimen foral, es visto que no se puede exigir el impuesto, pues al Estado no se le puede cobrar y al contratista tampoco, pues se gravaría a una persona exenta, según el concepto y según el artículo 2.º del Reglamento del Impuesto, uno de cuyos principios fundamentales es la aplicación del Estatuto personal del contribuyente cuando se trata de muebles. Este criterio lo ha mantenido ya el Tribunal Central en sus acuerdos de 29 de 1933, 142 de 1934 de 18 de Abril de 1933 y 13 de Noviembre de 1934. Asimismo establece este criterio el Decreto de 22 de Septiembre de 1934 referente al traspaso del impuesto de Derechos reales a Cataluña, que dispone en su artículo 8.º se aplique para la transmisión de bienes muebles el Estatuto personal, a tenor del artículo 4.º del Estatuto de Cataluña, «entendiéndose por adquirente la persona legalmente obligada a satisfacer el impuesto (Acuerdo del Tribunal Central de 11 de Diciembre de 1934) 139 de 1934.

GABRIEL MAÑUECO,

Abogado del Estado.