

REVISTA CRÍTICA
DE
DERECHO INMOBILIARIO

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

Año XI

Septiembre de 1935

Núm. 129

Novedades del Reglamento Notarial

LAS ACTAS DE NOTORIEDAD

SUMARIO: I. Novedades y reformas: tendencia y exaltación del Notariado.—II. Las actas de notoriedad: su concepto.—III. Su materia y objeto.—IV. Sus requisitos.—V. Los testigos.—VI. La declaración de notoriedad y la protocolización.—VII. Responsabilidad del Notario.—VIII. Reclamaciones y reservas de derechos.—IX. Paralelo y diferenciación entre las actas de notoriedad y las informaciones para perpetua memoria.—X. Valor y eficacia de aquéllas.—XI. Final.

I

Varias e importantes han sido las novedades y reformas, de carácter orgánico unas y otras relativas a la función, que en el de 7 de Noviembre de 1921 ha introducido el reciente Reglamento del Notariado, aprobado también con carácter provisional por Decreto del Ministerio de Justicia de 8 de Agosto del año en curso.

En todo él campea el noble propósito y el entusiasta afán, en lo posible logrado, del perfeccionamiento de la función, del prestigio del Cuerpo a cuyo cargo se halla confiada, del enaltecimiento y del beneficio o mejora de los funcionarios que lo integran.

Tan acusado se manifiesta tal elevado anhelo, que en el preámbulo del Decreto de promulgación se estampa que la reforma no ha podido ser más honda, porque está vigente una ley del Notariado, de 28 de Mayo de 1862, que impide, hasta que sea derogada, algunas modificaciones más en armonía con la situación actual.

Aquella arcaica concepción, excesivamente estrecha y limitada, que de la instrucción notarial tenían los autores de la citada ley, expresada en su primer artículo, según el cual «el Notario es el funcionario público autorizado para dar fe, conforme a las leyes, de los contratos y demás actos extrajudiciales», ha venido a ser substituída, por vía de complementación reglamentaria, por otra de horizontes más despejados y de mejor depuración técnica, más en consonancia con lo que, en las complejidades de nuestros días, es, representa y significa la figura y la intervención del Notario en la organización estatal de las civilizaciones políticas más progresivas.

El Notario no es ya, ni puede ser, el burócrata de escasos, casi rudimentarios conocimientos jurídicos, cuya misión se concreta a la puesta en marcha de una facultad certificante; el ínfimo leguleyo que actúa tan sólo para llevar a los folios de su protocolo y custodiar en su archivo las manifestaciones de quienes quieren solemnizar actos o contratos con la autenticidad, fehaciencia y eficacia que a los instrumentos públicos quieran reconocer las leyes. No es su papel mezquino y endeble. El Notario es mucho más: es el técnico y profesional del Derecho en estado de paz; el conocedor de las normas jurídicas que, con su sabiduría, rectitud y experiencia, enseña a los particulares el modo de garantizar sus derechos; el guía protector de sus intereses, que les muestra la forma de resolver sus diferencias y cuestiones sin estrépito judicial, que prevé y evita sus posibles litigios; el mentor de las familias; el consejero de los ciudadanos; el custodio de sus secretos; el verdadero y fundamental eje alrededor del cual ha de girar la vida entera de la sociedad en el normal desenvolvimiento de sus relaciones de todo orden, aunque principalmente del civil, conforme a los principios jurídicos, normas de Derecho y postulados de justicia que las regulan. Son los Notarios el mejor baluarte de la paz jurídica de los pueblos; tiene su ministerio mucho de sacerdocio y de magisterio. Con elocuente razón se ha dicho de ellos que son «magistrados de

la paz jurídica» (Azpeitia) y «legionarios de la verdad» (Gonzalo de las Casas).

Atentos a estas y otras múltiples consideraciones, que escapan del objeto y límites del presente trabajo, los autores del nuevo Reglamento han llevado a su artículo 1.º la expresión de que los Notarios son, a la vez que funcionarios públicos, profesionales del Derecho; y en el artículo 2.º se asigna a la institución notarial la finalidad de exteriorizar la representación de los derechos privados en la normalidad o sin contienda, dando autenticidad y fuerza probatoria a los instrumentos públicos autorizados por los Notarios con arreglo a lo que prescriben las leyes vigentes en España.

II

Entre las reformas y novedades patrocinadas en este moderno Reglamento, yérguese, con destacado relieve, cuanto se comprende en su Título IV (artículos 143 a 305), consagrado a tratar *Del instrumento público*, en el que, como expresa el preámbulo del Decreto aprobatorio, se regulan las escrituras «separando las diferentes partes que la doctrina acostumbra a distinguir en las mismas, y las actas se tratan detenida y extensamente al clasificarlas, sometiendo a distinta regulación las de presencia, referencia, notoriedad, protocolización y depósito». Y dentro de este Título ocupan el primer plano, como novedad digna de la mayor y más delicada atención, las prescripciones concernientes a las *actas de notoriedad*, de cuya glosa pretende ser esta composición modesto esbozo de ensayo.

* * *

Lo primero que acerca de ellas importa determinar, es su concepto legal; no por estéril prurito definidor, sino por necesidad de delimitar el ámbito de su objeto o discernir lo que debe ser materia de las mismas. Y, en verdad, no se halla exenta de dificultades y peligros, a este respecto, la tarea que se ofrece a la escrutadora mirada de la investigación; porque sin antecedentes en nuestra legislación notarial, el Reglamento omite establecer aquel concepto.

En el Reglamento, en efecto, se fija en términos generales el

contenido posible de las actas notariales (1), estableciendo (artículo 143) que la órbita propia de las mismas afecta exclusivamente a hechos jurídicos que, por su índole peculiar, no pueden calificarse de actos o contratos, aparte otros casos en que la legislación notarial establece el acta como manifestación formal adecuada, distinguiéndolas así de las escrituras públicas, cuyo contenido propio, según el mismo artículo 143, son las declaraciones de voluntad, los actos jurídicos que impliquen prestación de consentimiento y los contratos de todas clases; concepto aquel de las actas más precisado todavía en el artículo 197, preceptivo de que los Notarios, a instancia de parte, extenderán y autorizarán actas en que se consignen los hechos y circunstancias que presencien o les consten y que, por su naturaleza, no sean materia de contrato.

Es más sensible el silencio que del concepto de las actas de notoriedad guarda el Reglamento, porque por su objeto y eficacia ha definido las de presencia, como las que «acreditan la realidad o verdad del hecho que motiva su autorización», y porque de los preceptos del texto reglamentario no es difícil extraer el concepto de las de referencia (2), protocolización (3) y depósito (4).

* * *

A dos quedan reducidos los artículos que el Reglamento dedica a las actas de notoriedad: el 209 y el 210, con los cuales se integra el apartado c) de la Sección 3.ª del Capítulo II del Título IV.

En el primero de ellos se consignan los requisitos que deben

(1) Lo cual constituye un positivo avance, toda vez que la ley del Notariado, de 1862, para nada se ocupa de las actas y los Reglamentos anteriores al vigente, aun cuando las mencionaban, para nada se cuidaron de definir las.

(2) Con arreglo al artículo 208 podrá decirse que son actas de referencia las que se extienden y autorizan para hacer constar hechos o manifestaciones que al Notario declaran los que en ellas intervienen.

(3) Conforme a lo que sobre ellas previenen los artículos 211 a 215, podrán definirse como las que tienen por objeto incorporar al protocolo un documento o expediente no extendido o instruido bajo la fe notarial.

(4) Las actas de depósito, a tenor de lo estatuido en los artículos 216 a 220, son las que acreditan la entrega al Notario de objetos, valores, metálico o documentos para su custodia temporal y devolución.

observarse en la redacción de tales actas. En el segundo, se hace referencia a la fecha y número de su incorporación al protocolo, ya que no requieren unidad de acto ni de contexto.

Dicen, en efecto, literalmente los citados preceptos :

«Artículo 209. En las actas de notoriedad se observarán los requisitos preceptuados para las de referencia, y, además, los siguientes :

1.º El hecho que el requirente somete a notoriedad.

2.º Las declaraciones de los testigos juradas o prestadas por su honor.

3.º La expresión de si se han publicado anuncios en los periódicos oficiales o Prensa de gran circulación y el contenido de los edictos.

4.º Referencia a las notificaciones o requerimientos efectuados a determinadas personas y su contestación si la dieren.

5.º Relación de los documentos presentados como comprobantes de la notoriedad del hecho y su calificación legal.

6.º Expresión de que, a juicio del Notario autorizante, el hecho por notoriedad resulta suficientemente comprobado.

7.º Indicación de las reclamaciones presentadas por cualquier interesado y reserva de los derechos correspondientes al mismo ante los Tribunales de Justicia.

Artículo 210. Las actas de notoriedad no requieren unidad de acto ni de contexto y se incorporarán al protocolo en la fecha y bajo el número que corresponda en el momento de su terminación.»

* * *

Si conocemos, pues, el significado «del género» *actas*, nos bastará determinar el sentido «de la especie» *notoriedad* para poder construir, por la conjunción de ambos elementos, el concepto más aproximado posible «del todo», *actas de notoriedad*.

Gramaticalmente hablando, el adjetivo *notorio* se aplica a lo «público y sabido de todos»; significando el sustantivo *notoriedad* «pública noticia de las cosas, o conocimiento claro que todos tienen de ellas»; y equivaliendo la locución adverbial *notoriamente* a «manifestamente, con notoria publicidad».

Pero ¿el objeto de las actas de que se trata se reduce a cons-

tatar hechos que antes de extenderlas y autorizarlas ya eran públicos y sabidos de todos, o comprende aquellos otros cuya notoriedad quiere alcanzarse mediante su autenticación y protocolización notarial?

La respuesta procedente parece ser la afirmativa a los dos extremos, si se tiene en cuenta lo expresado en los números 1.º y 5.º del precopiado artículo 209; pues, en efecto, en aquel número 1.º se dice que en estos instrumentos se expresará el hecho que «el requirente somete a notoriedad», es decir, que pretende darle notoriedad mediante la que tal quiere dispensar el precepto reglamentario, en tanto que en este número 2.º se previene que el acta habrá de contener la relación de los documentos presentados «como comprobantes de la notoriedad del hecho», o sea que justifiquen que el hecho que se lleva al acta es ya notorio.

Por todo ello, y en consideración, además, a que esta clase de actas precisan siempre de la instancia de parte, o sea que no pueden extenderse y autorizarse de oficio, como lo demuestran los literales términos del repetido número 1.º del artículo 209, podrá decirse que son actas de notoriedad las que, a virtud de oportuno requerimiento, extienden y autorizan los Notarios para hacer constar, en forma fehaciente, hechos de pública y manifiesta noticia o para que la alcancen mediante su constatación en el acta y consiguiente protocolización de la misma.

Claro que si la notoriedad implica, como así es, en efecto, general y público conocimiento, mal se comprende pueda adquirirla un hecho por haberse llevado la expresión o relación del mismo al protocolo del Notario, que carece de la publicidad que dispensan la generalidad de los Registros oficiales (1), que es secreto por ministerio de los artículos 274 y concordantes y del que tan sólo pueden obtener copias los requirentes, las personas a cuyo favor resulte del acta algún derecho y quienes acrediten, a juicio del Notario, tener interés legítimo en el documento (artículos 224 y 240), amén de sus herederos y representantes voluntarios o legales. Pero el hecho indiscutible es que la conjugación de esos números 1.º y 5.º del artículo 209, dada su clara y terminante redacción, autorizan y abonan el acierto de la opinión antes sustentada.

(1) Como los de la Propiedad inmueble, Intelectual, Industrial, Mercantil, de Aguas, del Estado civil de las personas, etc.

III

Mas en manera alguna puede establecerse la tesis de que los hechos objeto del acta de notoriedad son todos cuantos la realidad pueda ofrecer ; pues, por un lado, han de ser hechos que no conozca directamente *de visu* el Notario autorizante, porque para éstos son las actas de presencia ; de otra parte, ha de tratarse de un hecho independiente de la voluntad del sujeto que promueve su constatación, como Azpeitia, Azpitarte, Fernández Casado, Novoa Seoane y la generalidad de los especialistas sostienen. Por último, ha de ser un hecho lícito y capaz de engendrar efectos jurídicos ; lo primero, porque la licitud de la actuación notarial es siempre exigida, como ya lo previene la modificación 1.^a del artículo 197 (en su obligada concordancia con los 208 y 209), y lo segundo, porque sólo los hechos jurídicos, como indica el artículo 143, pueden ser materia de las actas notariales.

Que no pasó inadvertido este último requisito a la competencia y perspicacia del autor del Reglamento, lo revela manifestamente la exigencia del final del número 5.º del artículo 209, consistente en que el acta de notoriedad ha de expresar la calificación legal del hecho ; exigencia, por cierto, creadora de dificultades insolubles en muchos casos, por no decir en la mayoría o en casi todos, pues difícil, si no imposible, ha de ser para el Notario calificar legalmente multitud de hechos ; porque, precisamente por ser hechos y no actos, quedan desorbitados de toda nomenclatura legal.

* * *

Existe todavía una observación que hacer. ¿ Pueden ser objeto y materia de las actas de notoriedad todos los hechos jurídicos, lícitos, sin excepción ? El Reglamento no la consigna y, por ende, como la institución es de pura creación reglamentaria, no es posible establecerla en sana hermenéutica, ya que para admitirla precisaría *inventar* distinciones que en el estatuto no se hallan, en palmaria contradicción del elemental principio *ubi lex non distinguit nec non distinguere debemus*.

Ante límites tan extensos, puede sustentarse que no existe obs-

táculo reglamentario para poder llevar a las actas de notoriedad, incluso aquellos hechos, como la posesión de bienes inmuebles o de derechos reales sobre los mismos, cuya justificación, a efectos de su inscripción en el Registro de la Propiedad, anteriores disposiciones reservaron para procedimientos distintos y ante otras autoridades. Además, ninguna ley, que sepamos, contiene precepto que prohíba expresamente que ante el Notario se acrediten tales hechos. Tendrán estas actas mayor o menor eficacia, surtirán unos u otros efectos; pero su autorización y protocolización en sí, esto es, en su esencia, son de una compatibilidad legal, o sea de una constitucionalidad irreprochable; por lo cual, la actuación notarial, en cuanto a las mismas se refiere, ni excede del ámbito de sus atribuciones peculiares, ni mucho menos invade extrañas jurisdicciones.

Viene a ser así, en tan reglamentario sentido entendida, la materia de las actas de notoriedad, la misma que la de las *informaciones para perpetua memoria*, de que se ocupa, como acto de jurisdicción voluntaria, el título X de la Primera parte del Libro tercero (artículos 2.002 a 2.010) de la ley de Enjuiciamiento civil, aumentada todavía en lo que a las mentadas informaciones posesorias se refiere, puesto que, según el artículo 2.010 de aquella ley procesal, fueron excluidas del rito señalado para las expresadas informaciones *ad perpetuam rei memoriam* las de posesión referidas.

IV

En lo tocante a requisitos de las actas de notoriedad, nada especial ha de decirse acerca: a) del Notario competente para autorizarlas, puesto que rigen los principios relativos a la territorialidad de la jurisdicción (artículos 116 y siguientes) y a la libre elección de Notario (artículo 3.º); b) de la capacidad del requirente, que ni hace falta afirmarla ni precisa de otra condición que la de tener interés legítimo (artículo 197, 1.ª); c) de la fe de conocimiento, que no es exigible, salvo el caso de que la identidad de las personas fuese indispensable en consideración a su contenido (artículo 197, 3.ª); d) de la unidad de acto y de contexto, que no la requieren, pudiendo ser extendidas en el momento del acto o des-

pués (artículos 197, 4.ª, y 210); e) de su redacción, que habrá de ser hecha por el Notario de la manera más apropiada a las declaraciones de los que en ellas intervengan, usando las mismas palabras, en cuanto fuese posible, una vez advertidos por el propio fedatario del valor jurídico de las mismas en los casos en que fuese necesario (art. 208); f) ni de sus firmas, puesto que habrán de suscribirlas los interesados y signarse y rubricarse por el Notario, salvo que alguno de aquéllos no pudiere, no supiere o no quisiere firmar, en cuyo caso se hará constar así (artículo 198). En todo ello han de observarse las normas generales que el Reglamento ha juzgado procedente establecer.

Y tampoco merece la menor detención el examen de los demás requisitos no analizados de los números 3.º, 4.º y 5.º del artículo 209 (expresión de los anuncios publicados, referencia a las notificaciones o requerimientos efectuados y relación de los documentos presentados), porque la sencillez de su contenido y su transparente redacción hace inútil, vano y hasta pueril todo intento de comentario.

V

En cambio, los requisitos 2.º y 6.º por dicho artículo 209 ordenados como de observancia ineludible en las actas de notoriedad descubren tales dificultades, tan intrincados problemas, y sugieren observaciones y dudas de tal interés, que conviene siquiera apuntar someramente las viables soluciones de los que se cree pueden alcanzar mayor envergadura.

El primero de estos dos requisitos exige: a) declaraciones de testigos, y b) que sean juradas o prestadas por su honor.

Entendemos que la capacidad de los testigos será la señalada para los testigos instrumentales en los artículos 181 y 182, y que, por tanto, gozarán de ella los españoles o extranjeros domiciliados en España (que comprendan y hablen suficientemente el idioma español), mayores de edad, emancipados o legalmente habilitados, que no sean: 1.º, locos o dementes, ciegos, sordos y mudos; 2.º, parientes del autorizante o de los interesados dentro del cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad; 3.º, escribientes o amanuenses, dependientes o criados del Notario que presten sus

servicios mediante un salario o retribución y vivan en su compañía; 4.º, condenados por delitos de falsificación de documentos públicos o privados o por falso testimonio, y 5.º, de los que estén sufriendo pena de interdicción civil.

Del parangón entre estas disposiciones (que desarrollan congruentemente los artículos 21 y 22 de la ley del Notariado) y las contenidas en los artículos 1.425 a 1.427 del Código civil, y en los artículos 648 y 660 de la ley de Enjuiciamiento de igual denominación, resulta que estas últimas permiten la testificación al mayor de catorce años, fundándose en que la persona, al cumplir esa edad, tiene sus facultades mentales suficientemente desarrolladas para poder dar relación exacta de cuanto presencia u oye, y, en cambio, recusan o tachan, por fundamentales y evidentes razones de imparcialidad, al testigo dependiente o criado del que lo presenta, al que tiene con éste sociedad o alguna otra relación de interés o dependencia, al que tiene interés directo o indirecto en el asunto en que declara o en otro semejante y al amigo íntimo o enemigo manifiesto de cualquiera de los interesados.

La verdad es que, si donde existe igual razón, debe haber la misma disposición de derecho, ni tiene explicación suficiente el excluir para los testigos de las actas de notoriedad a los mayores de catorce años no emancipados o habilitados, ni el prescindir de esas otras enunciadas circunstancias que pueden llevar y que probablemente llevarán al ánimo del testigo en quien concurren sentimientos de parcialidad, apasionamientos que resten veracidad a su deposición.

Teniendo en cuenta que la especial capacidad para la testificación se halla regulada por la ley Civil, y no habiendo, como no hay, precepto legal prohibitivo, creemos deben admitirse como testigos a quienes tengan catorce o más años de edad, si no se quiere segar en flor la vida de muchas actas de notoriedad, al hacerse imposible la constatación de hechos que sólo personas de aquella edad pueden atestiguar, y deben ser interrogados los testigos todos que en las actas de notoriedad depongan, no sólo por sus circunstancias personales y por los apuntados extremos de la legislación notarial, sino, además, por todos estos otros de la legislación civil sustantiva y de enjuiciar que anotados quedan, haciéndose constar las contestaciones que dieren, si en tales actas han de atesorar-

se, con el más exquisito esmero y acucioso celo, las singularidades y elementos de juicio suficientes para que el Notario pueda arraigar en sólida base la convicción formada, que en la propia acta tiene la obligación de exteriorizar, según luego ha de exponerse.

* * *

Evidente es que, no limitándose en el Reglamento el número de testigos, habrán de admitirse cuantos el requirente quiera proponer. Lo que no aparece tan claro es si el Notario, por sí, puede examinar a algunos más o ampliar el interrogatorio de los que ya declararon; pero no se encuentra obstáculo que lo impida; antes al contrario, siempre que el Notario lo considere necesario para cerciorarse de la realidad del hecho sometido a notoriedad o de alguna modalidad o circunstancia del mismo que, a su juicio, pueda tener trascendencia, deberá hacerlo, única manera de poder asumir, en justicia, toda la responsabilidad que pueda caberle por la declaración que se le encomienda hacer como resultado final de su actuación.

Como el Notario carece de potestad coercitiva por virtud de la que compeler o constreñir a comparecer a su presencia a los testigos que rehusen presentarse, u obligarles a prestar juramento o promesa, o hacerles contestar, contra su voluntad a cuantas preguntas les dirija, las actas de notoriedad quedan frustradas en el instante mismo en que ello ocurra; siendo muy de desear que al Notario se le concedan las atribuciones necesarias para evitarlo, la carencia de las cuales, a la vez que puede dejarle en situación sumamente desairada, constituye inminente y constante riesgo, que pone en serio peligro el legítimo interés del que promovió la actuación con la esperanza y el designio de lograr su completo desenvolvimiento hasta recabar, asegurar y lograr el fin para el que estas actas han sido instituídas; del mismo modo que, por análogos motivos, debiera autorizarse al Notario para comisionar a otro compañero para recibir las declaraciones testificales que, por cualquier causa, no pudieran rendirse en el territorio de su distrito, con el deber, por parte del Notario comisionado, de devolver al comitente las actas que levantara en ejecución de lo interesado; es decir, algo semejante a lo que sucede con los exhortos entre las autoridades judiciales.

También somos de opinión que los testigos habrán de contestar oralmente al Notario las preguntas que éste les formule, sin que sea permitido substituir las contestaciones verbales por minutas que el deponente haya confeccionado fuera de la presencia notarial; tanto porque esto sólo se halla autorizado para los otorgantes (artículo 147), requirentes, requeridos y, en general, interesados, ninguno de cuyos conceptos pueden merecer estos testigos de que se habla, cuanto que el evitarlo es medida de prudente garantía contra posibles amañes y confabulaciones. E igualmente afirmamos que deberán firmar, cuando supieren y pudieren, sus declaraciones, después de conocer íntegramente la forma en que quedan redactadas y de prestar su conformidad.

VI

El segundo de los requisitos a que antes se aludió es, como queda dicho, el del número 6.º del por fuerza tan repetido artículo 209, conforme al cual, en las actas de que nos venimos ocupando se hará expresión de que, a juicio del Notario autorizante, el hecho por notoriedad resulta suficientemente comprobado; esto es, la declaración de notoriedad.

Prima facie salta la posibilidad de que en estas actas ocurra, o que no resulte suficientemente comprobado el hecho, o que se justifique, aun sin pretenderlo ni desearlo, su inexactitud o falsedad. En ambos supuestos, no obstante la afirmación categórica del precepto, entendemos que, después de hacerse constar por manifestación del requirente que carece de otros elementos y medios demostrativos o probatorios, deberá expresarlo así el Notario que, ante todo y sobre todo, por encima de todo género de consideraciones, se debe a la verdad, de la que es carne y verbo. Pensar por un momento, interpretando *pedestrementemente* el precepto, que cualquiera que sea el resultado que arrojen las diligencias, el Notario ha de afirmar que se ha comprobado el hecho, es, más que un absurdo evidenciador del imperdonable desacierto que supone entender así el texto reglamentario, una feroz monstruosidad, que atacaría en sus más firmes cimientos el prestigio y hasta el decoro de la institución, que lleva por lema, como norte invariable y como dog-

ma y credo substancial de la misma, el *nihil prius fide*; viniendo a cuento recordar aquí aquel principio del Rey Sabio, conforme al que el saber de las leyes no está en aprender y decorar las letras de ellas, sino en el verdadero entendimiento de las mismas. No; no es posible admitir aquella interpretación, porque el Notario ha de ser, en todo momento, esforzado paladín de la verdad.

Ello descubre un peligro y es el de que como, al menos hasta ahora, la competencia notarial no se determina por el lugar donde ocurriera el hecho ni por el domicilio de los interesados, si éstos no logran la sanción notarial favorable, podrán acudir a Notario diferente e intentar, sin duda procurando burlar su previsión o buena fe, valiéndose de cuantos medios pueda sugerirles su bastardo deseo, instar nueva acta de notoriedad y alcanzar el éxito que en la anterior o anteriores no consiguieron.

Podrá argüirse que hay otro peligro peor, cual es el de que, no pudiéndose negar en ningún caso el Notario a extender a autorizar estas actas, puede acontecer que en el protocolo de un mismo Notario existan actas de notoriedad con sanción contradictoria, por haber expresado en unas el Notario que no se hallaba suficientemente comprobado el hecho y haber consignado en otras lo contrario; pero este argumento es más aparente que real, porque al celo del funcionario no puede escapar la previsión de repasar su protocolo y a su libérrimo arbitrio queda poder referirse al mismo y fundarse en lo que en él conste.

* * *

Esto nos lleva como de la mano a la conclusión que propugnamos de que esa expresión, que ordena consignar el número 6.º del artículo 209, ha de ser fundada; es decir, que no bastará que el Notario consigne lisa, llana y escuetamente si se ha comprobado o no el hecho, sino que deberá exponer, sucinta, clara y sencillamente los motivos en que apoya el aserto o la negativa; porque su función aquí es la de una apreciación de prueba, que supone siempre, por modo indefectible, una operación lógica de la razón, llevada a efecto con la mayor objetividad por método inductivo-deductivo; un raciocinio que se nutre tanto del análisis como de la síntesis y que es el que da alma y vida al juicio que se forma;

o sea que el acta no sólo expresará la conclusión a que el Notario llegue por su estudio, sino que en ella habrán de tener proyección adecuada las premisas en que la apoye.

Es en ese instante en el que culmina la prestancia de la figura del Notario; en él deja de ser fedatario, consejero y guía, para convertirse en Juez imparcial y recto, que ha de valorar y aquilatar todos y cada uno de los elementos de juicio que se hayan aportado a las actas, el conjunto de las cuales forma un verdadero expediente que, cual los jueces, el propio Notario instruyó.

Como su estudio puede ser arduo y complejo, cuando obren en las actuaciones múltiples documentos, manifestaciones y declaraciones diversas, y cuando, además, el hecho en sí sea complicado, o cuando sean varios los que en éstas se comprendan—pues nada se opone a esto—, deberá el Notario, ya que no se requiere la unidad de acto ni de contexto (artículo 210), reservar para el acta posteriora, como cúspide y remate de su actuación, la exposición clara y precisa del sereno juicio que haya formado; la conclusión a que llegue, por el meditado y reflexivo estudio de todo, y la incorporación al protocolo de cuanto actuó en la fecha y bajo el número que corresponda en el momento de su terminación.

* * *

«Cuando las actas de notoriedad—mejor las llamaríamos «juicios notariales de notoriedad»—no lleguen a su final, o porque desista de su prosecución quien las instó o por imposibilidad de aportar esenciales probanzas requeridas, o por cualquier otra causa fundada, también, previa constancia de la misma, deberán incorporarse al protocolo en la fecha y bajo el número que corresponda en el momento en que ello ocurriere; porque, aun cuando el Reglamento no prevé expresamente este caso, ha de considerarse implícitamente comprendido en la frase «en el momento de su terminación», que emplea al concluir el artículo 210; ya que, en fin de cuentas, aquellos hipotéticos supuestos no son sino uno de tantos modos de terminar las repetidas actas.

VII

Es de interés hacer notar que ninguna responsabilidad criminal por falsedad puede alcanzar al Notario por el posible yerro en el juicio que forme acerca de la comprobación de los hechos y consiguiente inexactitud del instrumento público en que se expresa, precisamente porque se trata de la expresión de un juicio cuyo mayor o menor desacierto jamás podrá encuadrarse o catalogarse en ninguna de las categorías de falsificación que el Código penal establece (1); es decir, porque no puede en manera alguna tipificarse semejante acto como falsedad. Es el principio *nullum crimen sine lege*.

Por idéntica razón, o sea por ausencia de tipicidad, tampoco puede incurrir el Notario, por el mentado motivo, en responsabilidad por el delito de prevaricación, que definen y castigan los artículos 356 a 366 de dicho Código; porque ni el Notario es autoridad judicial, ni actúa en estas actas como Abogado o Procurador, ni como funcionario público encargado de la persecución y castigo de delincuentes, ni tales actas son negocios administrativos, ni la expresión del referido juicio notarial es resolución dictada en negocio administrativo.

Es decir, que por la apreciación honrada de los elementos de juicio existentes en las actas de notoriedad, ninguna responsabilidad puede alcanzar al Notario. Su facultad para establecerla es soberana e irrecurable, cual corresponde a la elevada misión que a su autoridad se confía en ese momento, cumbre y ápice de su actuación.

(1) Comprenden éstas, conforme al artículo 307 del Código penal, a los funcionarios públicos que, abusando de su oficio, cometen falsedad: 1.º, contrahaciendo o fingiendo letra, firma o rúbrica; 2.º, suponiendo en un acto la intervención de personas que no la han tenido; 3.º, atribuyendo a las que han intervenido en él declaraciones o manifestaciones diferentes de las que hubieran hecho; 4.º, faltando a la verdad en la narración de los hechos; 5.º, alterando las fechas verdaderas; 6.º, haciendo en documento verdadero cualquier alteración o intercalación que varíe su sentido; 7.º, dando copia en forma fehaciente de un documento supuesto o manifestando en ella cosa contraria o diferente de la que contenga el verdadero original; 8.º, intercalando cualquiera escritura en un protocolo, registro o libro oficial.

Podrá, sí, incurrir en delito de cohecho, conforme al artículo 393 del mismo Código penal en relación con los artículos que inmediatamente le preceden, por ejecutar injustamente el acto de referencia mediante dádiva o presente, u ofrecimiento o promesa que aceptare; pero ni ello es cosa que específicamente pueda atribuirse a aquel acto notarial, sino que atañe a toda clase de actos de cualquier persona que desempeñe una función pública, ni, afortunadamente, descendieron jamás a esos fondos los elementos del Cuerpo Notarial español, cuyos prestigios, tan unánimemente reconocidos y proclamados, flotan a mucha mayor altura que la que pueden alcanzar los afilados dardos del soborno.

VIII

Señala el número 7.º del artículo 209, como último de los requisitos de las actas de notoriedad, que si cualquier interesado presentara alguna reclamación, se hará indicación de la misma con reserva de los derechos correspondientes al reclamante ante los Tribunales de Justicia; ninguna reclamación, por tanto, podrá entorpecer ni suspender el curso y normal terminación del acta.

Nada se encuentra que impida el que la reclamación se formule después de protocolizada; en cuyo caso, el Notario deberá proceder de la misma manera, levantando y protocolizando la oportuna acta en que se indique la reclamación que se haga y reserva de los expresados derechos.

Del precepto reglamentario se desprende que sólo quien sea «interesado» podrá presentar las reclamaciones y que éstas habrán de formularse ante el Notario y no remitiéndoselas por correo u otro medio análogo; debiendo ser de cuenta del reclamante los derechos que se devenguen y suplidos que ocasione su reclamación, puesto que a la libérrima decisión de su voluntad queda el formularla y puesto que es él quien, para el efecto de la reclamación, insta y mueve la actuación notarial.

No especifica el Reglamento quiénes deben considerarse «interesados» al efecto de poder producir tales reclamaciones; pero en esta materia toda amplitud y expansión de criterio nunca deberá considerarse excesiva, y, por consiguiente, bastará que el recla-

mante manifieste en qué consista su interés y se vislumbre, por remotamente que sea, la racional legitimidad del mismo, o que se adquiriera la creencia, aunque sea indiciaria, de la posibilidad de que la información de notoriedad pueda pararle el más mínimo perjuicio, económico o moral, inmediata o mediatamente, directo o indirecto, para que se le tenga por interesado.

La reserva al reclamante de sus derechos ante los Tribunales de Justicia es obligado corolario de la esfera *inter volentes* en que la actuación notarial se desenvuelve. Más que una verdadera reserva ha de entenderse como especie de consejo o hasta admonición, a lo sumo; porque sabido y elemental es, que los derechos existen en tanto les protege y ampara un ordenamiento jurídico; su uso, ejercicio y defensa los confiere, reconoce y reserva la propia ley; no pueden quedar supeditados a que el Notario se los reserve o no, según crea, sino que es la propia ley la que los tutela, garantiza y salvaguarda en los términos y forma que la misma establezca.

IX

Esa es, por cierto, una de las varias y hondas diferencias que separan las actas de notoriedad de las informaciones para perpetua memoria. En éstas, si, antes de ser aprobadas, se opone alguno, por podersele seguir perjuicio de la información, se sobreesen las actuaciones desde aquel instante para que las partes ventilen su derecho en el juicio que corresponda (artículo 2.009 de la ley de Enjuiciamiento civil); en aquéllas, no obstante la reclamación, el acta de notoriedad continúa hasta el final.

Como el objeto substancial de dichas actas e informaciones viene a ser uno mismo, al establecer un paralelo entre ambas aparecen, aparte otras diferencias que encuentran su origen en la propia naturaleza del distinto órgano jurisdiccional que las tramita y en la diversa formalidad de su respectiva actuación, las que provienen de los siguientes requisitos que para las informaciones *ad perpetuam* son exigidos: 1.º, no pueden substanciarse sobre hechos de que pueda resultar perjuicio a persona cierta y determinada (artículo 2.002); 2.º, se practican con citación, audiencia y dictámenes del Fiscal, cuyo ministerio es encarnación y defensa de la

ley y tutela de los derechos de ausentes, incapacitados, menores y (en estos procedimientos) terceros (artículos 2.003 a 2.005); 3.º, el propio Fiscal puede y debe, cuando lo considere oportuno, solicitar la práctica de diligencias procedentes que el promotor de la información no hubiere propuesto (artículo 2.006); 4.º, precisa que el Secretario judicial dé fe del conocimiento de los testigos, debienconocimiento (artículo 2.004), y 5.º, contra la resolución final que do exigirse, si no los conociere, la presencia de dos testigos de el Juez dicte en desacuerdo total o parcial con las pretensiones del solicitante o del Fiscal, cabe el recurso de apelación ante la Audiencia territorial (artículos 382, 1.819 y 1820), dándose contra las sentencias dictadas por tales Audiencias el recurso de casación (artículo 1.822).

Sin necesidad de ahondar en más detalles, aparece incuestionable que se hallan estas informaciones dotadas de solemnidades, fiscalizaciones, intervenciones y recursos de que carecen las actas de notoriedad, por lo que la garantía que ofrece el resultado de éstas es manifestamente más débil que el de las primeras, aparte de la trascendentalísima de que las informaciones son institución de una ley, en tanto que las actas son mera creación reglamentaria.

X

Deliberadamente hemos querido dejar para el final la indicación de alguna consideración referente al valor y eficacia de las actas de notoriedad.

En general, la regla que valora la fuerza probatoria de ellas es la que asigna a todo documento público el artículo 1.218 del Código civil, conforme al cual los documentos públicos hacen prueba, aun contra tercero, del hecho que motiva su otorgamiento y de la fecha de éste.

Ahora bien: la Jurisprudencia del Tribunal Supremo ha venido estableciendo criterios interpretativos, a tenor de los que la exactitud de las manifestaciones que en el documento público hacen los interesados carecen de fe pública en cuanto a su veracidad (sentencia de 20 de Abril de 1923), pudiendo esta prueba ser combatida y destruirse por los demás medios de prueba reconocidos

en la ley (sentencias de 26 de Enero de 1922 y 19 de Mayo de 1932, entre otras muchas).

Por otra parte, tratándose, como se trata, de actas notariales, la misma Jurisprudencia en autos de 3 de Diciembre de 1894 y 17 de Enero de 1924 tiene proclamada la interesante doctrina de que las actas notariales son auténticas en cuanto certifican lo que pasa ante el Notario; pero no en cuanto a la verdad que entrañen los documentos privados o las manifestaciones personales comprendidas en ellas, que no tienen otro valor que el que corresponde a su propia naturaleza.

Entendemos que el resultado de la prueba aportada a las actas de notoriedad, así como la declaración que en ellas haga el Notario, no puede surtir valor alguno en juicio, por ser principio elemental de derecho procesal y de obligada garantía para los litigantes el que toda diligencia de prueba, como preceptúa el artículo 570 de la ley de Enjuiciamiento civil, *incluso la de testigos* (subrayamos nosotros), se practicará en audiencia pública y previa citación de las partes, pudiendo asistir éstas y sus defensores. Nuestro derecho procesal no admite el sistema de la prueba preconstituída, y así lo ha vuelto a proclamar, una vez más, el Tribunal Supremo en sentencia de 4 de Enero de 1933, expresando que aquel modo que la ley exige, de practicar la prueba de testigos, no puede sustituirse por la prueba preconstituída fuera del juicio, y, en su consecuencia, negó valor probatorio a la declaración de dos testigos prestada en el extranjero ante el Ministro plenipotenciario de España.

¿Y cuál será la eficacia de las actas de notoriedad que pueden referirse a todo, como más arriba se dijo, dada la amplitud que al criterio deja la misma parquedad de las disposiciones reglamentarias sobre el particular?

Frente a una resolución judicial, ninguna eficacia. Si el Juez dictó un auto aprobando una información *ad perpetuam*, no podrá contrarrestarse ni atenuarse la eficiencia de su resolución porque un acta de notoriedad contenga declaración contraria, ni tampoco podrá prevalecer una de éstas en que el Notario exprese haberse comprobado suficientemente el hecho, frente a la resolución judicial que otra cosa declare en una de aquellas informaciones. Las actas de notoriedad ni enervan ni fortalecen las resoluciones ju-

diciales. Cuando éstas existen, la eficacia de aquéllas es totalmente negativa ; pero cuando no existen, su eficacia dependerá de que en las leyes vigentes haya o no regulado procedimiento especial para lograr el fin pretendido, o sea que las actas de notoriedad tampoco pueden sustituir eficazmente aquellos otros procedimientos. Así, para acreditar la posesión o el dominio, en vano será recurrir a las actas de notoriedad, porque para inscribir aquellos derechos reales en el Registro de la Propiedad precisa recurrir a los oportunos expedientes, en cumplimiento inexcusable de los artículos 2.010 de la ley de Enjuiciamiento civil, 392 a 394, 400 y sus concordantes de la Hipotecaria y correspondientes de su Reglamento. De igual manera, para acreditar la pérdida de licencia absoluta de los individuos licenciados del Ejército y poder solicitar certificación de las mismas, será preciso practicar ante el Juzgado municipal correspondiente la información testifical exigida en la Real orden de 11 de Septiembre de 1886 ; la pérdida o extravío de los documentos de crédito y efectos al portador, para impedir el pago del capital, intereses o dividendos correspondientes, habrá de justificarse atemperandose a lo dispuesto en los artículos 548 y siguientes del Código de Comercio ; la justificación del nacimiento o defunción de una persona, que no se inscribieron oportunamente en el Registro civil, para llevarlos a los libros de este Registro, habrá de amoldarse necesariamente a lo señalado en el Real decreto de 19 de Marzo de 1906 y demás disposiciones que sobre este particular desarrollan la ley de 17 de Junio de 1870, y así podrían multiplicarse los ejemplos.

Ahora bien : cuando el interés del requirente se reduce a que el hecho quede constatado y corroborado notarialmente con el aval, de importancia extraordinaria, que lógica y naturalmente ha de prestarle la garantía de la intervención del Notario y la de la expresión fundada de éste de que, a su juicio, el hecho por notoriedad resulta suficientemente comprobado, entonces el valor de estas actas es incalculable y su eficacia para el ciudadano, para la familia, para sus derechos y hasta para la Historia, puede llegar a alcanzar proporciones insospechadas.

XI

El adelanto logrado, dando estado reglamentario a las actas de notoriedad, es enorme. ¡Cuántas y cuántas veces, por vía reglamentaria, se abrió cauce a instituciones, como ocurrió, por ejemplo, con las Sociedades mercantiles de responsabilidad limitada, que, acogidas y patrocinadas por la opinión, tomaron sólida carta de naturaleza en el Derecho constituido de nuestro pueblo!

La función encomendada al Notario, en méritos de la novedad reglamentaria que comentamos, se agiganta y magnifica. Es índice indicador que señala, para el órgano y para la función, un porvenir excelso, de mayor prestigio, importancia y relieve social todavía de los que en la actualidad gozan. Y muestra la posibilidad de que el Derecho notarial alcance algún día la sustantividad por la que algunos postulan (1) y sea realidad la formación del Código del Notariado a que se refiere el preámbulo del Reglamento vigente, dando las Cortes forma y fuerza de ley a ésta y otras múltiples instituciones que al Ministerio Notarial se hallan confiadas y obviando, con la soberanía que al Poder legislativo corresponde, las múltiples dificultades que origina el solo patrocinio reglamentario.

JOSÉ ARAGONÉS ANDRADE,

Notario.

(1) Figura destacada de esta tendencia es la del ilustre publicista y cultísimo Notario de Oñiza, don José María Mengual en su fundamental obra de «Estudios sobre Derecho Notarial».

Hipoteca constituída sobre varias fincas

I

AL ACREEDOR LE INTERESA HACER LA DISTRIBUCIÓN DE LA RESPONSABILIDAD DE LAS FINCAS HIPOTECADAS CON ARREGLO AL VERDADERO VALOR DE CADA FINCA. ¿HAY RESPONSABILIDAD SOLIDARIA ENTRE LAS FINCAS HIPOTECADAS CUANDO NO SE INTERPONE UN TERCERO HIPOTECARIO, PERO SÍ UN TERCERO CIVIL?

Hace algún tiempo que traigo en mente el presente tema, sugerido de la realidad al ver que los acreedores sólo se fijan en el valor total de las fincas para la constitución de la hipoteca, como si fuese solidaria, sin darse cuenta de la distribución de la responsabilidad entre las fincas hipotecadas por ser este requisito desconocido para unos y sin importancia para otros, creyendo que se trata de una exigencia de forma, cuando en realidad, ante el tercero hipotecario, es la división de la hipoteca en otras tantas como fincas se ofrecen para la garantía de la obligación, y por esta desidia del hipotecarista sucede que generalmente se hace la distribución de la responsabilidad por los Notarios o por sus oficiales, con el acierto del ojo de buen cubero, resultando luego que unas fincas responden de mucho más de lo que valen y otras de mucho menos, y el deudor después va vendiendo éstas, que no falta quien las compre y le va dejando al acreedor aquellas que no quiere nadie por exceder la responsabilidad al valor, y así, por este descuido, se encuentra el acreedor sin parte de la efectividad de su crédito cuando el deudor no tiene más bienes. Conozco un caso reciente, entre otros,

en que un Banco prestó 50.000 pesetas con garantía de hipoteca sobre unas 60 fincas con una desastrosa distribución de responsabilidad que le hace perder al Banco casi la mitad del préstamo. Los Notarios prestarán, pues, un gran servicio a los acreedores procurando que la distribución se haga con perfecto conocimiento del valor de cada finca, a fin de que cada una responda de una cantidad que no exceda del valor de la misma.

Como las hipotecas aseguran generalmente la obligación principal y otra cantidad para crédito supletorio, que en los préstamos es para la aseguración del pago de los intereses, las costas y los gastos, habrá que especificar en la distribución la responsabilidad por principal y por el crédito supletorio, resultando dos hipotecas por lo menos: una para garantizar el préstamo, que es una hipoteca ordinaria con obligación de cuantía a pagar constatada en la inscripción, y otra para la seguridad del pago de los intereses, cuya cuantía devengada no consta de la inscripción; sólo consta el tanto por ciento, pero no refleja la inscripción los intereses no pagados; y lo mismo para asegurar la cantidad que supongan las costas y gastos que no se sabe de antemano a cuánto ascenderá. Y por esto mismo se ha venido fijando para estos dos conceptos supletorios o accesorios una cantidad tope, una cantidad máxima a responder; es decir, que se viene constituyendo para la garantía del crédito supletorio una hipoteca de máximo, al lado de la hipoteca ordinaria que se constituye para la deuda principal; tan necesaria aquélla como ésta porque una y otra son para el caso de no pagar el deudor; si paga, no son utilizadas las hipotecas, y si no paga, es preciso proceder a la ejecución, y no hay ejecución sin costas y gastos. Dice Morell que la obligación principal es siempre exigible, mientras que la exigibilidad de la obligación de costas es condicional; y nosotros decimos que en tanto se exige la primera se está produciendo la segunda, y por ende ambas serán exigibles, ya que el verbo *exigir* se emplea cuando voluntariamente no se cumple la obligación o deber. Para el caso de que no pague el deudor son todas las hipotecas. No hay más diferencia sino que la obligación principal puede estar fijada *a priori* y en cambio la cantidad a pagar por intereses y costas se determinara *a posteriori*, como en las obligaciones que garantizan las hipotecas de seguridad o de máximo.

Se dice en la Resolución del 14 de Febrero último «que las obligaciones que garantiza la finca en los préstamos con garantía hipotecaria son de distinta naturaleza, pues mientras la hipoteca que asegura el pago del principal y de los intereses es cierta, la que tiene por objeto garantizar el pago de las costas y gastos, en caso de incumplimiento, depende de un hecho futuro e incierto...» La Dirección con estas palabras viene a decir que la hipoteca para costas es una hipoteca condicional cuya existencia depende de un hecho futuro e incierto, el hecho del incumplimiento. Pero ¿no se nos ha dicho en la Resolución de 24 de Diciembre de 1916 que no es admitida en nuestro Derecho la hipoteca condicional? Querrá decirse que la obligación de costas es condicional y no la hipoteca que la asegura. Esta hipoteca para costas es tan cierta como la que asegura el pago del principal y de los intereses; lo que no es tan cierta como la obligación principal es la obligación de costas, como tampoco es cierta para el tercero la obligación de intereses que no sabrá por el Registro si están devengados y no pagados.

Las hipotecas para garantizar los intereses y las costas son hipotecas de seguridad, hipotecas análogas a las que se constituyen por cuenta corriente de crédito, en las que el tercero no puede saber por la inscripción la cantidad que el deudor debe al acreedor; es decir, que el Registro no le expresará al tercero si el hipotecante hizo o no uso del crédito que le abrió el hipotecarista. Lo único que pueden saber los terceros por la inscripción es la cantidad máxima que el deudor puede deber al acreedor, y esto es lo bastante, y esto es lo que es preciso para el crédito territorial, y esto nos parece que es lo que se exige en los artículos 12 y 119 de la Ley. El crédito territorial no ha sufrido menoscabo porque la determinación de la responsabilidad de cada finca se haya venido haciendo en la práctica señalando una cantidad por principal y otra para crédito supletorio de intereses, costas y gastos. Se insinúa que la obligación de costas es una obligación condicional, y en tal caso la hipoteca que se constituye para garantía de las costas será, por tanto, una hipoteca en garantía de una obligación condicional a que se refiere el primer párrafo del artículo 142 de la Ley; pero en tal caso, al producirse las costas, que será cuando la condición se cumple, habría de hacerse constar por nota al margen de la inscripción el cumplimiento de la condición, según preceptúa el artículo 143 de la Ley,

y esto creo que no se ha hecho nunca, y no se ha hecho porque la obligación de intereses y la obligación de costas y gastos, exigiendo una previa liquidación como en la cuenta corriente, la hipoteca para su aseguración, escapa mejor en la hipoteca de máximo parecida a la que autoriza el artículo 153 de la misma Ley. ¿Que se expresa englobada la responsabilidad de cada finca para intereses, costas y gastos? El tercero puede ver por el Registro que a la finca afecta una responsabilidad posible y determinada, y lo sabrá lo mismo que se diga que responde de 1.000 pesetas por intereses y de 2.000 para costas y gastos, que si decimos que responde de 3.000 para crédito supletorio de intereses, costas y gastos. ¿Se dirá que para el tercero puede haber algo de «confusión al practicar una liquidación de réditos en la cuenta corriente de finca que el tercero deba soportar»? Vamos a suponer que esta finca aparece afecta a 3.000 pesetas para intereses, costas y gastos, sin que se especifique que responde de 1.000 pesetas para intereses y de 2.000 para costas y que surge un tercero que compra esta finca, que inscribe y que luego el acreedor repite contra la misma conforme el artículo 147 de la Ley y que los réditos de los dos últimos años y la parte vencida del corriente ascienden a 1.400 pesetas. Si las paga el tercero, sólo le queda gravada la finca por el concepto de costas y gastos en 1.600 pesetas. Se nos dirá que si estuviere expresado en la inscripción que la finca respondía sólo de 1.000 pesetas para intereses, el tercero sólo tendría que pagar las 1.000; mas le quedaría en cambio gravada la finca en 2.000 pesetas para costas y gastos. Dirá el tercero que prefiere la carga por costas, pues que si le es posible pagar al acreedor parcialmente la cantidad de que por principal responde la finca y los intereses correspondientes, puede pedir la cancelación de la carga por principal y por intereses, según el artículo 124 de la Ley y que, como consecuencia, que podrá pedir también la cancelación de la carga por costas. ¿Podrá en tal caso pedir o conseguir la cancelación de la hipoteca por costas? Si la hipoteca se ha constituido sobre una sola finca, no habrá inconveniente, porque, siendo pagado todo el préstamo y los intereses, no habrá costas por extinguirse la obligación en su totalidad; mas si la obligación es garantida con una hipoteca sobre varias fincas, no parece tan clara y justa la posibilidad de cancelar la responsabilidad asignada a cada finca por costas y gastos, toda vez que la obli-

gación de costas no resulta obligación divisible como la del préstamo y de los intereses; es decir, que no se puede ajustar la proporcionalidad de la cantidad por costas a la cantidad por principal e intereses, ya que no hay exacta proporcionalidad en el devengo de las costas. Supongamos una hipoteca sobre cuatro fincas en garantía de 5.000 pesetas por principal, de 750 por intereses y de 750 para costas; respondiendo la finca A de 1.200 pesetas de principal, de 180 para intereses; la finca B de 800 pesetas principal y de 120 de intereses; la finca C de 2.000 pesetas por principal y de 300 de intereses, y la finca D de 1.000 por principal de 150 pesetas de intereses y de 750 para costas y gastos (Resolución de 19 de Febrero de 1904); autorizada la devolución parcial de la deuda, se pagan al acreedor 3.800 pesetas y los correspondientes intereses y se pide la cancelación parcial de la hipoteca que afecta a las tres últimas fincas, pero no puede concederse respecto a las 750 pesetas de que por costas responde la última, ni podría prevalecer la pretensión de que se redujera en proporción de la cantidad devuelta al acreedor porque exigiría una liquidación previa que no habría términos posibles para hacerla, puesto que la garantía para costas es como un seguro (hipoteca de seguridad) que se establece para el caso de no pagarse todo el principal o parte de él, siquiera se distribuya esta carga subsidiaria entre las fincas hipotecadas por exigencia del artículo 119 de la Ley. Y si las 750 pesetas de costas se distribuyen proporcionalmente entre las cuatro fincas, respondiendo la finca A de 180 pesetas para costas, la B de 120, la finca C de 300 y la finca D de 150, pagadas las 3.800 pesetas de principal de que responden las tres últimas fincas y cancelada que fuese la hipoteca del principal y crédito supletorio de las tres, quedaría al acreedor para cobrar judicialmente o por ejecución el principal y los intereses de que responde la finca A, un crédito para costas de 180 pesetas; y las costas por esta ejecución, ¿serán proporcionalmente tanto menos cuanto haya disminuído la deuda? Las costas de las ejecuciones de dos préstamos de 1.200 pesetas cada uno ¿serán iguales a las que resulten de la ejecución de un préstamo de 2.400 pesetas? El que intervenga en asuntos judiciales bien sabe que no, porque los aranceles tienden a favorecer a los ricos, ya que cuanto mayor es la base, menor es el tipo, y así, por ejemplo, el arancel de los Secretarios del Juzgado, cuyos honorarios son el principal factor de

las costas, establece que hasta 1.500 pesetas de cuantía se cobra el 10 por 100 ; desde 1.500 a 3.000, el 5 por 100 ; desde 3.000 a 10.000, el 4 por 100, etc. Esto nos lleva a creer que no es posible cancelar parcialmente la hipoteca dividida para costas. Por tanto, resultaría muy práctico que en las hipotecas constituídas sobre varias fincas para asegurar una obligación se hipoteque una sola finca o las que sean precisas para garantizar todas las costas, y así el resto de las fincas hipotecadas, libres de la carga por costas, pueden ser liberadas parcialmente al ser pagada la cantidad de que responden por principal e intereses, y de este modo es como puede tener alguna aplicación el artículo 124 de la Ley.

Así, pues, y teniendo presente la nueva doctrina establecida por la Dirección en la citada Resolución de 14 de Febrero de este año, hay que especificar en la constitución de la hipoteca la responsabilidad de cada finca, la que afecte por principal, la que por intereses y la que por costas y gastos en cumplimiento del artículo 119 de la Ley, haciendo la distribución de la responsabilidad entre las fincas hipotecadas según el valor de cada finca, para evitar al acreedor los perjuicios que hemos indicado.

II

¿ EXISTE RESPONSABILIDAD SOLIDARIA EN LAS FINCAS HIPOTECADAS EN GARANTÍA DE UNA OBLIGACIÓN, CUANDO NO SE INTERPONE UN TERCERO HIPOTECARIO, PERO SÍ UN TERCERO CIVIL ?

Es ésta una cuestión que se da con frecuencia en la práctica : Un deudor tiene hipotecadas sus fincas en garantía de un préstamo y además debe otros préstamos personales cuyo acreedor pide anotación preventiva sobre las fincas hipotecadas, y como la distribución de la responsabilidad hipotecaria está mal hecha, algunas de las fincas hipotecadas valen más de lo que responden y otras valen menos, la hipoteca respecto de estas fincas no alcanza a cubrir la totalidad del crédito que estaba asignado a las mismas, y como las otras fincas hipotecadas valen más que el importe del crédito de que responden, podría el acreedor hipotecario repetir contra estas fincas para completar el déficit de las otras, según el artículo 121 de la Ley ; pero el titular de la anotación se opone porque cree que él tiene derecho preferente en

lo que excede el valor de las fincas de la responsabilidad hipotecaria ; mas el acreedor hipotecario le contesta que como simple anotante no adquirió el acreedor personal derecho real alguno sobre tales fincas. Expliquemos esto. No perdamos de vista que el acreedor hipotecario tiene sobre todas las fincas hipotecadas un derecho real producido por la inscripción ; sin la inscripción tenía sólo un derecho personal ; con la inscripción de la hipoteca, por virtud del artículo 146 de la Ley, surge la figura jurídica de un derecho que concede a su titular facultades que se concretan en las fincas hipotecadas, sin que devenga derecho real tan sólo por la cualidad de ser tercero hipotecario su titular, o sea por la eficacia específica de la inscripción, sino que viene a ser derecho real por la eficacia genérica de la misma, que da publicidad de las facultades garantizantes del titular constitutivas de un derecho real sobre las fincas hipotecadas. El titular tiene, por el hecho de la inscripción de la hipoteca, un derecho real de diversa garantía, según los casos : 1.º Cuando la hipoteca se constituye sobre fincas inscritas mediante información posesoria, sin haber transcurrido los diez años, o por virtud del párrafo 3.º del artículo 20 de la Ley, sin que hayan pasado los dos años a que se refiere el párrafo 4.º del mismo artículo ; en tal caso el derecho de hipoteca no concede al acreedor prelación sobre los que tengan algún derecho real sobre las mismas fincas hipotecadas adquirido con anterioridad a la inmatriculación de las mismas ; pero sí tiene preferencia sobre los titulares de derechos reales no inscritos adquiridos después de la inmatriculación del causante de la hipoteca, por toda la extensión del crédito hipotecario sobre la totalidad de las fincas hipotecadas. 2.º Tiene el acreedor un derecho real de más amplia garantía cuando la hipoteca se constituye sobre fincas inscritas hace más de diez años por posesión, y después de los dos años mediante el párrafo 3.º del artículo 20, porque en tal situación el acreedor es tercero hipotecario, por toda la extensión del crédito, contra cualquier titular de derechos reales, anteriores o posteriores no inscritos que recaigan sobre las fincas hipotecadas ; y 3.º El acreedor hipotecario tiene un derecho real más absoluto para la efectividad de la cantidad de que responde cada finca hipotecada con respecto a todo titular de un derecho real sin inscribir y contra tercero hipotecario posterior a la hipoteca, pero no contra otro tercero hipotecario anterior a la misma. Quiere

decirse que el hipotecario tiene un derecho real más absoluto para hacer efectiva la cantidad de que responde cada finca hipotecada y un derecho real más relativo sobre todas las fincas hipotecadas en cuanto a la totalidad del crédito hipotecario. Por esto mismo se hace constar en la inscripción de la hipoteca de cada finca la cantidad total que asegura la hipoteca, cumpliendo el apartado segundo del artículo 9 de la Ley, respecto del derecho real relativo sobre todas las fincas, y además se expresa la cantidad de que ha de responder cada finca hipotecada con perjuicio de tercero hipotecario posterior según preceptúa el artículo 119 a los efectos del 114, 120 y 147 de la Ley.

El derecho del acreedor hipotecario, por efectos de la inscripción, se desenvuelve, pues, en el círculo del Derecho civil como uno de tantos derechos reales, hasta que surja el tercero hipotecario, con la acción correspondiente que prevalecerá contra el que no ostente un mejor derecho sobre las fincas hipotecadas para hacer efectiva la totalidad del crédito, como subsistencia de nuestro derecho antiguo; pero al surgir un tercero hipotecario, entonces el derecho del hipotecarista tropieza con el privilegio que la ley Hipotecaria establece especialmente en los artículos 114, 120 y 147 a favor del tercero hipotecario posterior, por bien del crédito hipotecario. Extremo éste en que los autores de la ley Hipotecaria estuvieron celosísimos, y pareciéndoles poco perfecto el sistema alemán, que admite, con acierto, la solidaridad en la hipoteca sobre varias fincas, copiaron a los franceses esta rigidez del principio de especialidad por el conducto del tratadista Saint-Joseph, según dice nuestro ilustre tratadista D. Jerónimo González; principio poco práctico en la realidad, donde la propiedad está muy dividida, ya que los acreedores miran al valor total de las fincas ofrecidas por el deudor y que, siendo de pequeño valor cada una, mal se presta para la segunda hipoteca, ni para la venta después de estar hipotecada, resultando así que no ha tenido importancia tal rigidez en el principio de especialidad, excepto para dar lugar a los perjuicios a que hemos aludido por la mala distribución de la responsabilidad. Esto veo en la realidad. Y para los acreedores que se den cuenta de tal exigencia, sabiendo que muchas veces cada una de las fincas hipotecadas no completa la responsabilidad de las demás, será motivo para que exijan del deudor mayor número de fincas para ser hipotecadas, vi-

niendo a ser así peor el remedio que la enfermedad. Por algo en el sistema alemán, tan perfecto en lo demás, se admite la hipoteca solidaria y la creen tan útil, según el tratadista A. Nussbaum, para los casos en que la propiedad está muy fragmentada y que por ende es difícil obtener crédito sin hipotecar todas las fincas o la mayor parte, que integran el patrimonio del deudor, o cuando, aun siendo de bastante valor cada una de las fincas, están ya gravadas con primera hipoteca.

Resulta peor el remedio que la enfermedad, sucediendo lo contrario de lo que suponían los autores de la ley Hipotecaria cuando decían en la Exposición de motivos: «Según el derecho antiguo, cuando se hipotecan varias fincas a la vez por un solo crédito, todas quedan sujetas a una carga real por el importe total de lo debido, y sobre todas ellas se extiende por igual el derecho hipotecario del acreedor. Resulta de aquí que el deudor ve frecuentemente minorado su crédito mucho más de lo que en realidad ha desmerecido su riqueza y la garantía que aún ofrecen los mismos bienes inmuebles que posee, rebajadas las obligaciones y cargas a que se hallan afectos, resultando también que así vienen a ser protegidas indirectamente por la Ley las inmoderadas exigencias de los prestamistas que, no contentos con garantías firmes y de éxito seguro, multiplican, sin utilidad suya y con perjuicio del crédito territorial, las dificultades del préstamo con hipotecas. A estos inconvenientes ha ocurrido el proyecto proponiendo que, cuando sean varias las fincas que por un solo crédito se hipotequen, haya de determinarse la cantidad o parte de gravamen de que cada una tiene que responder.» Estos excelentes teóricos eran demasiado románticos y resulta en la realidad todo lo contrario, pues que el acreedor, no teniendo seguridad de la exacta distribución del crédito entre las fincas hipotecadas, exige excesivo número de fincas a fin de que, siendo muchas, toque a menos la responsabilidad y no corra el peligro de que alguna valga en la ejecución menos de lo que responde.

Los autores de la ley Hipotecaria quisieron fomentar el crédito territorial y asegurar los derechos del que adquiere fundado en el Registro, y por esto se limitan en la Ley los derechos del acreedor hipotecario en beneficio del tercero hipotecario, posterior solamente porque esta Ley es ley de terceros hipotecarios, y por lo mismo no tuvo por qué salvaguardar los derechos de otros terceros que hayan

adquirido al margen del Registro. De modo que el tercero a que se refieren los artículos 114, 115, 117, 120, 121, 126, 142, 143, 147, 156 y expresamente el artículo 134, es al tercero hipotecario posterior, como así opinan los tratadistas Gayoso Arias, Morell y otros y lo da a entender la Exposición de motivos al decir que se establece la distribución cuando se hipotequen dos o más fincas a la seguridad de un mismo crédito para no perjudicar el crédito territorial, a fin de que el dueño *pueda levantar sobre las mismas fincas otro crédito* hipotecario; es decir, que establece la Ley esta excepción a la solidaridad o indivisibilidad que estatuye el artículo 122 de la misma, mirando a operaciones hipotecarias posteriores a la hipoteca, a derechos reales de terceros hipotecarios posteriores y no a terceros titulares de derechos reales adquiridos antes o después de la hipoteca que no consten en el Registro, toda vez que, si la excepción o la distribución fuese instituída también en beneficio de los titulares de estos derechos reales ajenos al Registro, a más de no fomentarse el crédito territorial o mejor, el crédito hipotecario, que era el fin de la Ley, resultaría con la distribución o excepción referida mermado el derecho del acreedor hipotecario, lo que no estuvo en el pensamiento de los autores de la Ley, que tan sólo querían evitar con la distribución aquellas «inmoderadas exigencias de los prestamistas, que, no contentos con garantías firmes y de éxito seguro, multiplican *sin utilidad suya y con perjuicio del crédito territorial* las dificultades del préstamo sobre hipotecas». Dichos autores en la célebre Exposición de motivos, a veces, en vez de aclarar oscurecen. Así sucede al decir: «Por consecuencia de esto, enajenada la finca a un tercero (la finca hipotecada) o constituída sobre ella una hipoteca nueva, el tercero adquirente o hipotecario no deberá ser inquietado por la obligación personal del deudor. Al acreedor le quedará siempre expedita la acción real para reclamar contra los demás bienes hipotecados, cualquiera que sea su poseedor, hasta donde alcancen sus respectivas hipotecas, y respecto a la suma a que no alcancen, *como su acción es puramente personal*, no podrá ni perjudicar a las enajenaciones ni pretender que queden sin efecto cualesquiera otras cargas reales que se hayan impuesto sobre la finca.» Esto es para el caso en que tales enajenaciones y cargas reales sean hipotecarias, porque de lo contrario estaría en contradicción con lo que acababan de decir en la misma Exposición respecto

a la hipoteca de intereses en el caso de que haya tercero hipotecario posterior: «Por estas consideraciones establece el proyecto, siguiendo al Código civil, que la hipoteca sólo asegurará con perjuicio de tercero los intereses de los dos últimos años que estén en descubierto y la parte vencida de la anualidad corriente. *Mas esto sólo es para el caso en que haya un tercero que pueda resultar perjudicado (un tercero hipotecario): Cuando no sucede esto conserva toda su fuerza la regla de que es extensiva la hipoteca a la seguridad de todos los intereses.*» Pues si a falta de tercero hipotecario es extensiva la hipoteca a la seguridad de todos los intereses o cuando le sobre valor de la finca al tercero, el titular de la hipoteca no tendría una acción puramente personal, sino que será una acción relativamente real que corresponde a la hipoteca en cuanto se extiende a la seguridad del crédito. Le quedará al acreedor hipotecario acción puramente personal en el caso en que un posterior tercero hipotecario agote el valor de las fincas hipotecadas, ya que, en tal situación, aquel acreedor tiene que dirigirse contra otros bienes del deudor, no por el derecho de hipoteca, sino por ser acreedor personal escriturario, y a este sentido responde el artículo 147 de la Ley, que dice: «El acreedor hipotecario podrá repetir contra los bienes hipotecados por el pago de los intereses vencidos, cualquiera que sea la época en que deba verificarse el reintegro del capital; mas si hubiere un tercero interesado en dichos bienes, a quien pueda perjudicar la repetición, no podrá exceder la cantidad que por ella se reclame de la correspondiente a los réditos de los dos últimos años transcurridos y no pagados, y la parte vencida de la anualidad corriente.

La parte de intereses que el acreedor no pueda exigir por la acción real hipotecaria, podrá reclamarla del obligado por la personal, siendo considerado respecto a ella, en caso de concurso, como acreedor escriturario.»

El artículo 114 de la Ley dice que «la hipoteca constituída a favor de un crédito que devengue interés, no asegurará, con perjuicio de tercero (tercero hipotecario), además del capital, sino los intereses de los dos últimos años transcurridos y la parte de la anualidad corriente». El acreedor, si no hubiere un tercero hipotecario perjudicado, podrá hacer efectivos todos los intereses vencidos, repitiendo contra los bienes hipotecados, según se desprende del ar-

título 147, mediante su acción real relativa, derivada del derecho de hipoteca, que no ha perdido por la distribución de la responsabilidad entre las fincas el carácter de hipotecario, como dice el ilustre comentarista D. Carlos López de Haro, y además porque se dice en la mencionada Exposición de motivos que la hipoteca es, por de pronto, un derecho real a más de ser una garantía de una obligación, accesoria a ésta.

Y si el acreedor quiere asegurar todas las anualidades de intereses contra el tercero hipotecario posterior, tiene que acudir a la ampliación de la hipoteca, tiene que completar el derecho real relativo con la ampliación de la hipoteca para convertirlo en derecho con acción contra el tercero hipotecario posterior, y por esto el artículo 115 dice que al transcurrir tres años de intereses no pagados el acreedor podrá exigir que la hipoteca se amplíe sobre los mismos bienes hipotecados para asegurar el primero de los dichos tres años. El primer párrafo de este artículo quiere decir que esta ampliación se hará al estar venciendo los tres años para que en los primeros días o meses siguientes a los tres años el acreedor tenga asegurados, por la ampliación de hipoteca, los intereses del primer año de los tres, contra los terceros hipotecarios posteriores, y asegurados, mediante el artículo 114, los dos años siguientes y los intereses que correspondan a los días del año cuarto, o sea la anualidad corriente. Si no se hiciese la ampliación al estar venciendo los tres años y se hace después, en los últimos días del año cuarto, por ejemplo, puede suceder que en el tiempo transcurrido desde que vencieron los tres años, o sea desde que vencieron los *dos años siguientes al primero de los dichos tres años* hasta que haya tenido lugar la ampliación, haya adquirido algún derecho sobre las fincas un tercero que inscribe, y a éste no le perjudica la ampliación que se haga para asegurar los intereses que excedan de los correspondientes a los dos últimos años y a la anualidad corriente. Tampoco le hubiera perjudicado, aunque no lo dijera este artículo.

Estos dos años siguientes al primero de los tres son, a nuestro entender, los dos años a que alude el segundo párrafo del artículo 115, según se desprende gramaticalmente del mismo artículo, porque en el primer párrafo se hace mención de tres años y se cita luego en el mismo párrafo el primero de los tres años, y faltan por citar los otros dos años que se hace en el segundo párrafo, que dice :

«Si el acreedor hiciere uso de su derecho después de los tres años, podrá exigir la ampliación de la hipoteca por toda la parte de réditos que en el momento de hacerse dicha ampliación no estuviere asegurada con la hipoteca primera; pero sin que en ningún caso deba perjudicar la que se constituya al que anteriormente (anteriormente a la ampliación) y después de los dos años (siguientes al primero de los tres) haya adquirido cualquier derecho (cualquier derecho inscrito) sobre los bienes hipotecados.» El legislador estuvo en este párrafo con el pensamiento enfoscado, sin claro alcance.

Dice el artículo 116 de la Ley que si la finca hipotecada no perteneciera al deudor no podrá el acreedor exigir que se constituya sobre ella la ampliación de hipoteca; pero tiene que constar en el Registro que el deudor no es dueño, porque, de lo contrario, aunque el deudor tenga vendida la finca a otro que no inscribió, y si voluntariamente conviene con el acreedor, que ignora la venta, hacer escritura, la ampliación de hipoteca será válida mediante el artículo 34 de la Ley, y lo mismo si se procede judicialmente a la ampliación, conforme al tercer párrafo del artículo 115, si no consta en autos la previa enajenación de la finca.

El artículo 119 de la Ley preceptúa que, cuando se hipotequen varias fincas a la vez, por un solo crédito, se determinará la cantidad o parte de gravamen de que cada una deba responder, debiendo fijarse, según establece la Dirección, la cantidad por principal, otra para intereses y otra para costas y gastos; y fijada en la inscripción, según dice el artículo 120, la parte del crédito de que deba responder cada uno de los bienes hipotecados, no se podrá repetir contra ellos, con perjuicio de tercero (de tercero hipotecario), sino por la cantidad a que, respectivamente, estén afectos (por principal) y la que a la misma corresponda por razón de intereses, con arreglo a lo prescrito en los anteriores artículos. Debiera decir también que responde de la cantidad para costas, ya que se habla de la cantidad por intereses.

Se dice, respecto de estos artículos, que, hecha la distribución del crédito entre las fincas hipotecadas, quedan constituidas tantas hipotecas como fincas; mas esto sólo se puede afirmar para el caso de que se interponga un tercero hipotecario, cuyo derecho agote el resto del valor de las fincas, porque el artículo 120 no es más

que una excepción, en aras del crédito hipotecario, a la indivisibilidad o solidaridad que estatuye el artículo 122; estableciendo el artículo 121 una transacción entre la regla general, contenida en el artículo 122, y la excepción, que comprenden los artículos 114, 120 y 147.

Interpretemos el artículo 121 y siguientes. El artículo 121 dice: «Lo dispuesto en el artículo anterior se entenderá sin perjuicio de que, si la hipoteca no alcanzare a cubrir la totalidad del crédito (del crédito que afecta a cada finca), puede el acreedor repetir por la diferencia contra las demás fincas hipotecadas que conserve el deudor en su poder; pero sin prelación, en cuanto a dicha diferencia, sobre los que, después de inscrita la hipoteca, hayan adquirido algún derecho real en las mismas fincas.» Supongamos que se hipotecan dos fincas para responder de 1.800 pesetas y que una finca responde, por la primera hipoteca, de 1.000 pesetas, y que no vale más que 700, y que la otra finca vale 1.500 pesetas y sólo responde, por la primera hipoteca, de 800 pesetas; pero responde, por segunda hipoteca, de otras 500 pesetas a favor de otro, y que, por tanto, el primer acreedor, que no tiene prelación sobre el segundo acreedor para cobrar el descubierto de la primera finca, sólo puede repetir contra la segunda para cobrar la diferencia, deduciendo previamente las 500 pesetas a favor del segundo acreedor, cobrando sólo por la diferencia 200 pesetas, quedando sin hacer efectivas las 100 pesetas restantes, toda vez que la segunda finca no vale más que 1.500 pesetas.

Como se ve, no es exacto que al distribuirse el crédito entre las fincas hipotecadas queden constituidas tantas hipotecas independientes como fincas respondan del crédito, porque se puede repetir con acción hipotecaria contra las demás fincas cuando el valor de alguna de ellas no alcance a cubrir el crédito que se le asignó, con tal que el deudor las conserve en su poder, según el Registro (si las tuviese otro, según el Registro, ya sería un tercero hipotecario posterior). Si otra persona adquirió, después de inscrita la primera hipoteca, algún derecho real sin inscribirlo, no tendrá prelación sobre el hipotecarista, porque éste tiene, por razón de la hipoteca, un derecho real de garantía sobre todas las fincas hipotecadas, al amparo del artículo 23 de la Ley, sin más limitaciones que aquellas que establecen los artículos 120 y 147 a favor del tercero hipo-

tecario posterior, con el objeto de fomentar el crédito territorial a base del Registro, y por ello el hipotecario, adquiriendo su derecho de hipoteca de quien es dueño, según el Registro, tiene amparado el crédito hipotecario, en toda su extensión, por los artículos 23 y 34 de la Ley, contra los terceros titulares de derechos reales que no figuran inscritos. Según esto, si alguno promoviese una tercería de dominio o de mejor derecho sin títulos inscritos, oponiéndose a que el acreedor hipotecario repita contra las demás fincas para hacer efectivo el déficit del crédito de otra, no podrá prevalecer tal tercería, ya sean anteriores a la hipoteca los títulos, porque respecto a ellos, no constando en el Registro, es el acreedor tercero hipotecario para la efectividad de toda la obligación, ya sean posteriores, porque no siendo inscritos carecen del privilegio comprendido en los artículos 114, 120 y 147; y mucho menos tratándose de acreedores personales, aunque su título sea anterior a la escritura de hipoteca y se haya tomado anotación preventiva después de la inscripción de la hipoteca, toda vez que la anotación no convierte la obligación personal en real, y el artículo 121 sólo priva al acreedor hipotecario de la prelación en favor sólo de los que hayan adquirido después de inscrita la hipoteca algún derecho real en las mismas fincas hipotecadas. Conoció una cuestión judicial en la que, después de inscrita la hipoteca de varias fincas, un Banco, que era acreedor personal del hipotecante, pidió anotación preventiva de embargo sobre las mismas fincas, y luego, al ejercitarse la acción hipotecaria, se opuso el banquero a que el hipotecario repitiera contra las demás fincas para cubrir el crédito de otras. El Juez falló en favor del acreedor hipotecario, fundándose en el sentido del artículo 122, y, además, en el 121.

El artículo 122 dice: «La hipoteca subsistirá íntegra mientras no se cancele *sobre la totalidad de los bienes hipotecados*, aunque se reduzca la obligación garantizada, y sobre cualquiera parte de los mismos bienes que se conserve, aunque la restante haya desaparecido; pero sin perjuicio de lo que se dispone en los dos siguientes artículos.» Este artículo establece la indivisibilidad o solidaridad de la hipoteca *entre todos los bienes hipotecados* sobre todos los bienes hipotecados, sin más excepciones que el privilegio del tercero hipotecario posterior, comprendido en los artículos 114, 120, 147 y, además, la excepción del artículo 124 de la Ley, que

permite la cancelación parcial, que sólo será posible cuando se haya convenido o se permita por el acreedor el pago parcial de la obligación asegurada; de lo contrario, el acreedor tiene asegurada la integridad del pago por el artículo 1.169 del Código civil, por el que no puede ser compelido el acreedor a recibir parcialmente la prestación, y por esto mismo la excepción del artículo 124 será muy poco frecuente.

El artículo 122 termina diciendo: «... pero sin perjuicio de lo que se dispone en los dos siguientes artículos». El artículo 123 dice: «Si una finca hipotecada se dividiere en dos o más no se distribuirá entre ellas el crédito hipotecario *sino cuando voluntariamente lo acordaren el acreedor y el deudor*. No verificándose esta distribución, podrá repetir el acreedor por la totalidad de la suma garantizada contra cualquiera de las nuevas fincas en que se ha dividido la primera o contra todas a la vez.» ¿En qué es excepción este artículo al 122? Sólo es excepción en cuanto permite que la indivisibilidad en el crédito hipotecario sobre cada finca no sea un elemento esencial, sino natural, en cuanto autoriza a que acuerden el acreedor y el deudor la distribución del crédito hipotecario asignado a una finca hipotecada entre las parcelas en que se divide ésta; y acordada tal distribución, resulta excepción del artículo 122, por caer comprendida la distribución del crédito en la facultad de cancelar parcialmente, según se concede por el artículo 124; es decir, que sólo es excepción el artículo 123 del artículo 122 cuando sea posible la cancelación parcial y no por el hecho del acuerdo de la distribución del crédito, ya que éste puede existir sin facultad de pago parcial sólo a efectos del tercero hipotecario posterior, fomentando el crédito hipotecario, o sea que, no habiendo derecho a la cancelación parcial, los artículos 123 y 124 no son excepción del artículo 122, y en tal caso la excepción estará en el artículo 120 sólo en favor de tercero hipotecario posterior.

Algunos tratadistas interpretan tan restrictivamente la indivisibilidad, estatuida en el artículo 122, que creen que sólo se refiere, al decir «sobre la totalidad de bienes hipotecados», al caso de que, según el artículo 123, se haya dividido una finca hipotecada; pero para tal sentido habría de decir el artículo: «La hipoteca subsistirá íntegra, mientras no se cancele, sobre cada finca hipotecada, aun que ésta se divida y se reduzca la obligación garantizada y sobre

cualquiera parte de la misma finca o de las parcelas en que se divida, aunque la restante haya desaparecido...» Mas el artículo nos dice: «La hipoteca (en singular, la constituída para toda la obligación) subsistirá íntegra mientras no se cancele, sobre la totalidad de los bienes hipotecados», sobre los bienes hipotecados al constituirse la hipoteca total, sin que pueda referirse exclusivamente a la totalidad de bienes que resulten de la división de una finca hipotecada, gravados con la hipoteca total, si no se acordó la distribución del crédito al hacer la división. Al decir bienes hipotecados quiere referirse a una hipoteca constituída sobre varias fincas. Si se interpretase el artículo 122 tan restrictivamente, resultaría un precepto inútil, ya que sería suficiente el artículo 123, en relación con el 125, para establecer la indivisibilidad, en el caso de ser una la finca hipotecada, o que resulten varias, por dividirse aquella sobre que recae la hipoteca, sin distribuir el crédito, y el artículo 124, en vez de ser una excepción al artículo 122, resultaría una regla con una excepción en el artículo 125.

Manresa, al comentar el artículo 1.860 del Código civil, hizo una interpretación exacta del artículo 122 de la Ley, al decir: «A este fin (al fin de fomentar el crédito hipotecario) responde el artículo 119 de dicha Ley, que de hecho estableció la distribución de la garantía entre los varios bienes hipotecados, mediante cuya división o distribución el acreedor no puede repetir contra ellos, con perjuicio de tercero, más que por la cantidad de que responde cada uno, *sin que por eso pierda su condición de indivisible la hipoteca, pues como consecuencia del principio de indivisibilidad subsiste íntegra la misma, a pesar de dicha distribución, sobre la totalidad de los bienes hipotecados mientras no se cancele*, aunque se reduzca la obligación garantizada, y sobre cualquier parte de ellos que se conserve, aunque la restante haya desaparecido, según el artículo 122.»

Como se ve, Manresa dice que la indivisibilidad subsiste íntegra, a pesar de la distribución que preceptúa el artículo 119, que la exige cuando se hipotecan varios bienes, sin que aluda al caso de dividir en varios bienes una finca hipotecada.

MANUEL VILLARES PICÓ,

Registrador de la Propiedad.

Derecho agrario español

PROPIEDAD FAMILIAR

AUSTRIA.—BRASIL.—VENEZUELA.—MÉXICO.—PORTUGAL.—ESPAÑA :
DESVINCULACIÓN.—CATALUÑA.—VIZCAYA.

Austria.—Parecido proceso se observa en Austria en cuanto a la *Anerbeurech*.

La ley de 27 de Junio impone la división sucesoria forzosa y rompe la tradicional transmisión integral del patrimonio familiar, hasta que la ley de 1 de Abril de 1889 da vía libre a la aspiración consuetudinaria respetando la libertad de testar del padre de familia y extendiendo el poder de la Dieta provincial hasta determinar la extensión del bien de familia y del sucesor privilegiado, con arreglo a las necesidades y costumbres locales.

Por el contrario, la implantación de los principios económicos del «homestead» americano se apuntan tan sólo como aspiración en diversos proyectos particulares.

Brasil.—«Bien de familia». Ha sido implantado por el Código de 1 de Enero de 1916.

Venezuela.—«Hogar familiar». Su Código civil lo regula especialmente.

México.—«Patrimonio de familia». Lo establece su Código civil de 1928.

Portugal.—«Casal de familia». Se crea en el Decreto de 16 de Octubre de 1920.

Haití.—La ley de 19 de Enero de 1934, modificada ligeramente con posterioridad, deroga la de 5 de Diciembre de 1932, creadora del «patrimonio rústico familiar inembargable», siendo sus notas más destacadas las siguientes: se refiere tan sólo a concesiones de

terrenos del Estado; exige la intervención de la Administración general de Contribuciones y de la Dirección del Servicio Nacional de la Producción Agrícola, para su establecimiento; lo sujeta a la inspección constante del Servicio Nacional de Producción Agrícola, en relación al cultivo de los terrenos (artículos 1 al 9); y decreta su inembargabilidad, salvo excepciones, su sucesión unipersonal y su inalienabilidad, con el nombre de privilegios, en el artículo 10.

Las citadas leyes coinciden en la regulación del patrimonio familiar asignándole, con mayor o menor limitación, los beneficios de inembargabilidad, inalienabilidad e indivisión.

Coinciden también, defectuosamente, en su temporalidad o duración limitada, y las notas que más nos interesa destacar son: de Venezuela, que su valor no puede exceder de 24.000 bolívares; de México, que su valor se limita a 6.000, 3.000 y 1.000 pesos, según el territorio en que radique el patrimonio; y, de Portugal, que se extingue por el celibato continuado del beneficiario, salvo que antes de los cuarenta y cinco años de edad adopte para la casa algún niño huérfano o abandonado.

Dentro del mismo orden de ideas, pero como más sencillas y fragmentarias, se citan las leyes servias de 24 de Diciembre de 1873 y de 1898; las rumanas de 1864; la Yugoslava de 7 de Julio de 1923 y las egipcias de 28 de Noviembre de 1912, 1 de Marzo de 1913 y 27 de Abril del mismo año, que se limitan a declarar insecuestrable la pequeña propiedad, así como las rusas de 1891 y 1893, que ponen trabas al aldeano ruso para la enajenación de sus tierras.

Con referencia a España, no es preciso esforzarse mucho para deducir que se mueven en este mismo campo las leyes de colonización y repoblación interior, que nos hablan del patrimonio familiar perpetuamente indivisible, inhipotecable, sujeto a sucesión unipersonal, y las de Casas baratas, que, en definitiva, transportan del campo a la ciudad la misma aspiración, con análoga solución.

Y actualmente, juzgando por la referencia que tenemos del proyecto presentado a las Cortes, tenemos que el problema sea planteado en la misma forma superficial y ligera que se muestra en las legislaciones extranjeras que acabamos de examinar, que tal vez le hayan servido de modelo.

Las conclusiones que del examen anterior deducimos son : a) que una corriente universal trata de encontrar una fórmula jurídica que regule la pequeña propiedad rural, para la que resulta inadecuado el régimen individualista ; b) que sus notas esenciales, inalienabilidad e indivisión, nada significan por sí mismas sino por el espíritu familiar que en ellas se traduce ; c) que persigue un fin económico social, pues se contrae a la pequeña propiedad y repele la extensa ; d) que con tales elementos y características y no contando con otros medios que las reglas del individualismo para crear aquella fórmula nueva, ha de encuadrarla necesariamente en el orden sucesorio, y, pese a la repugnancia que todavía inspiran, ha de utilizar dentro de tal orden las formas vinculares y fideicomisarias, y e) que aquel anhelo obra en la incertidumbre, tímidamente, empíricamente, sin conocerse a sí mismo, moviéndose en un campo extraño, sin comprender que ha de exigir campo propio, diferente y especial, tan alejado del individualismo como del colectivismo, en el que adecuadamente puede desenvolverse en instituciones originales que indudablemente han de surgir.

Para enfocar el problema con justeza ¿dónde dirigiremos la mirada?

En otra ocasión afirmamos que el régimen de pequeña vinculación familiar carece de molde legal adecuado en el mundo entero ; y ahora, contestando a la interrogación anterior, afirmamos que el régimen de propiedad familiar se desenvuelve actualmente en España, no sólo en el orden sucesorio, sino en varias instituciones vivas, peculiares, específicamente privativas de él, ayudado algunas veces por la ley, en oposición en ocasiones con ella, afianzado siempre en la costumbre y proyectando su espíritu inconfundible sobre la vida jurídica hasta marcarla con el sello indudable de la concepción familiar.

Todas las dudas, todas las vacilaciones de las legislaciones extranjeras, todos los problemas de los proyectos existentes, todos sus balbuceos e incoherencias, hemos de verlos superados en España, en perfectas organizaciones jurídicas, en amplias instituciones acabadas, en finísimas matizaciones insuperables, en que el genio jurídico de la raza brilla con luz propia capaz de iluminar al mundo.

Ciertamente, en España cayeron destrozados toda clase de vínculos y mayorazgos al conjuro de la legislación individualista revolucionaria, renovadora, iniciándose el libre juego de la propiedad, libre, individual y absoluta.

Sin embargo, es posible afirmar que donde quiera que hallemos la adscripción íntegra a la familia, continuadamente de un patrimonio indivisible, nos hallaremos en presencia del problema que examinamos o propiedad familiar.

Hallamos esta transmisión y adscripción familiar, antes y después de la revolución, ininterrumpidamente, en Cataluña, Vizcaya, Aragón, Navarra, Guipúzcoa, parte de Alava, Galicia y tal vez (lo ignoramos) en Asturias.

¿Cuál es su explicación?

La misma ignorancia revolucionaria que borró los mayorazgos cortos sin distinguirlos de los extensos, impidió ver que en dilatadas regiones forales de España vivía aquella misma odiada organización familiar en forma jurídica diferente de la típica del mayorazgo. Respetadas tales formas, al prescribirlo, dejó vivos los medios legales al amparo de los cuales pudo continuar subsistiendo, en esencia, la vinculación tanto extensa como corta.

No obstante, pese a tales medios, el vínculo de la nobleza, el mayorazgo de la aristocracia, desaparece en las regiones forales, al paso que el pequeño o vinculación familiar corta subsiste y alcanza su mayor desenvolvimiento. ¡Aleccionadora enseñanza que demuestra que la vida excede al derecho y que éste es tan sólo cauce sin otro contenido que la vida misma!

Comenzaremos, pues, por examinar esta misma vida como realidad, prescindiendo de su forma jurídica.

En todas las regiones expresadas, sin excepción, se desenvuelve idénticamente en una serie de pequeños acontecimientos y de sencillas relaciones y actividades que forman una cadena en la que, aislando en cualquier tiempo y lugar uno de sus eslabones, podemos contemplar la siguiente realidad: el patrimonio agrícola está ocupado por una familia formada por un matrimonio y su prole; trabajan aquéllos en las faenas campesinas ayudados por ésta en progresión creciente a medida que aumentan su edad y sus fuerzas, llegando a equilibrarse las aportaciones de trabajo de los padres y de los hijos, cuando en plena madurez aquéllos y en plenitud de

juventud éstos, se produce el momento culminante de la vida familiar o casamiento del hijo señalado para la continuidad de la familia, que generalmente, por razón natural, es el primer varón; los restantes hijos, conocedores de su destino, impuesto por la naturaleza económicamente modesta del patrimonio, que sólo puede soportar la carga de una familia, han salido o van saliendo del hogar, para nutrir las legiones de obreros, de comerciantes, de artistas, de profesiones liberales, de emigrantes, etc.

Casado el hijo mayor, aparece ahora integrado el hogar por aquel matrimonio viejo, el nuevo matrimonio joven y los colaterales que no han salido todavía del hogar para establecerse; en esta segunda etapa de la familia, se inicia el declinar del matrimonio viejo y la plenitud del matrimonio joven. Todo el esfuerzo y sacrificio de los viejos ha de ser sustituido por el trabajo y esfuerzo del hijo y matrimonio nuevo; si aquél dió vida a su hijo y le asistió durante sus años de impotencia y crecimiento, ahora éste le asistirá en sus años de impotencia y declinación hasta la muerte. Y ahora, como entonces, el bien de familia subvendrá económicamente a esta historia humana vital.

El matrimonio viejo conservará en principio la dirección y el consejo, que insensible y paulatinamente irán pasando al matrimonio joven al unísono con el trabajo y la responsabilidad; suave y naturalmente, habrá tenido lugar la sucesión en la jefatura de la familia.

Jurídicamente, tomará la forma de transmisión de su propiedad al hijo que se casa y reserva del usufructo por sus padres; y esta fórmula, de profundidad insospechada, será la fórmula de una vida, de miles de vidas, discutible jurídicamente, pero indiscutible como realidad.

Los demás hijos, alejados del hogar, con otros destinos y perspectivas de vida, más cómodas y halagüeñas casi siempre a las del *heredero privilegiado*, de menor espiritualidad siempre, no se han desconectado del hogar por ello. No; mientras vivan tendrán en él un asilo familiar; si prefieren continuar habitándolo, serán considerados no como asalariados, sino como familiares y a su muerte reposarán en la sepultura familiar; si se hallan fuera, conservarán su derecho a volver al hogar en sus enfermedades y fracasos, como a un asilo. He aquí un pacto general: «tendrán derecho a

habitar la casa sanos y enfermos mientras trabajen en lo posible a su utilidad».

Pero, además, estos segundones reciben de sus padres una ayuda pecuniaria, que será mayor o menor, según el valor del patrimonio, al abandonar el hogar para emprender un oficio o para casarse, que es cuando más se hace sentir su necesidad. Esta nueva carga ha de ser soportada también por el «bien de familia», y de aquí que, en ocasiones sea necesario escalonar su pago, en años sucesivos, cuando la cuantía de tal carga o el matrimonio simultáneo de varios hermanos así lo aconseje. En un sistema de legítimas esto toma el nombre de pago de derechos legitimarios (obsérvese qué desentonadamente suena ahora la rúbrica).

Pues bien : estos hijos así alejados de su hogar, se casarán a su vez con un heredero privilegiado, si son mujeres, o con una heredera privilegiada, si son hombres, y aquellas dotes o legítimas que recibieran serán entregadas al heredero privilegiado con quien se casan.

En esta misma forma, en la familia y eslabón que examinamos, el heredero, al casarse, recibe la dote en metálico que su esposa ha percibido al retirarse de su casa matriz con motivo del matrimonio ; pues bien, esa dote es aportada a la familia de que en adelante formará parte y servirá para pagar con ella los derechos legitimarios de los hermanos y hermanas del heredero que se casen o se establezcan.

Es un engranaje perfecto y racional.

Nunca el heredero se considerará privilegiado, pues sabe que están compensados los privilegios que adquiere con las responsabilidades y cargas que contrae.

Y nunca el segundón se considerará perjudicado, pues sabe íntimamente la justicia y razón de su situación especial.

Así, es posible observar en Cataluña, como en Vizcaya, como en las demás regiones forales, que si el padre fallece sin nombrar heredero privilegiado, los restantes hijos nunca piden la división del patrimonio, ni utilizan sus derechos a una parte igual de la herencia, sino que mediante recibir lo que ellos calculan sería el importe de la legítima, renuncian al patrimonio en favor del hermano al que su posición natural y de hecho en el hogar, ha señalado tal destino con inconfundible imperio.

Y ante estos ejemplos, repetidamente comprobados por nosotros, es preciso creer en la belleza moral del hombre, constatada en sus más rudos e ignorantes ejemplares.

En esta forma, en este tránsito de una declinación a un resurgimiento, que une la muerte y la vida, se perpetúa la familia en un bello poema, trágico y jocundo, como la realidad de la vida misma.

Veamos ahora los moldes legales que utilizan estas regiones.

Cataluña.—Para la persistencia de su sabia organización secular familiar, se vale de su régimen foral especial y modela instituciones típicas, orientadas todas al mismo fin, que logra plenamente, como algo perfecto.

Mediante el fideicomiso familiar romano, vigente y vivo, impone la sustitución fideicomisaria familiar: designa heredero o sucesor del patrimonio al hijo que se casa para la casa (en capítulos matrimoniales) o al mismo hijo casado que ha vivido con él, asistiéndole (en testamento). Señala el carácter familiar ordenando de antemano que el hijo privilegiado *hereu* o la hija privilegiada *pubilla*, para gozar de la disposición de sus bienes ha de tener descendencia, en la que igualmente designa el donante o testador una regla de preferencia sucesoria (primogenitura y masculinidad) o bien decreta que el heredero privilegiado pueda elegir libremente *hereu* entre sus descendientes, en cuyo caso la regla de preferencia señalada será supletoria en defecto de esta elección.

Provoca así una situación especial de semiamortización del patrimonio, en cuanto sobre su libre disposición intervivos proyecta su destino sucesorio familiar, originándose el tipo híbrido de heredero *gravado de restitución*, que sólo permite a este titular moverse en la figura condicional resolutoria.

Las leyes desvinculadoras citadas impiden el vínculo perpetuo y dejan en vigor el derecho romano que lo permite hasta la cuarta generación consentida por Justiniano, margen más que suficiente para que subsista secularmente mediante renovaciones periódicas.

En los mismos capítulos matrimoniales hallaremos el desenvolvimiento de la idea: dada la exigüidad de la legítima romana, respecto de la cual es elocuente la ley de Felipe II en las Cortes de Monzón, de 1535, que al generalizar para toda Cataluña la antigua legítima romana de un cuarto se funda en el deseo de *conservación de las casas principales*, le será fácil señalar las dotes y

cantidades con que los restantes hijos se tendrán por pagados de sus derechos legitimarios, sin que con ello peligre la transmisión integral del patrimonio: la reserva para testar; la obligación del *hereu* de tener a sus hermanos en la casa mientras trabajen para su utilidad; la reserva de usufructo hecha por el matrimonio viejo; la facultad concedida a la viuda para designar entre los varios hijos al *hereu* privilegiado, de aplicación cuando aquéllos sean impúberes al morir su padre; el pacto reversional en su doble modalidad, etc., etc.

Todo prueba su espíritu familiar.

Culmina en aquella sabia institución llamada heredamiento universal, reconocida por la costumbre sin número comprendida en el título IX, libro 8.º, volumen I, que refunde lo que en la donación matrimonial hay de *inter vivos* y de *mortis causa* para perplejidad y asombro del individualismo, y eleva un monumento legal en que todos los casos están previstos, todas las dificultades resueltas y todos los matices diferenciados. Veremos estos heredamientos aptos para regir el casamiento de un *hereu* y una *cabalera* o segundona, como el de un segundón o *cabaler* con una *pubilla*; y proyectado en los mismos capítulos, llegará a prohibir la detracción de la trebeliánica al *donatario-hereu*, a impedirle utilizar el beneficio de inventario y a imponer su irrevocabilidad, diferenciándole así de la sucesión por testamento.

La misma esencia familiar creará el *aixobar*, en que veremos aportar su legítima al marido como una dote masculina afecta al mismo destino y finalidad de la dote de la mujer, y en que la *soldada*, limitada de ordinario a diez años, saldrá al paso de una posible disgregación del patrimonio familiar.

Y lo veremos en el heredamiento preventivo, que evitará la sucesión intestada capaz de impedir su transmisión integral.

Y en el heredamiento prelativo, cuya fórmula «hijos por hijos e hijas por hijas», probará que esta transmisión se hace al más apto, excluyendo toda idea de preferencia, de capricho, de sentimentalismo particular, borrada ante otro sentimentalismo mayor, más profundo y poderoso, el familiar, ante el que todo sacrificio debe consumarse, ante el que ha de perecer toda preferencia personal.

Y en las reglas troncales de la sucesión intestada de los impú-

beres, regulada por la Constitución de Pedro III, segunda del título II, libro 6.º, volumen I.

Y en la prohibición hecha por el testador de detracción de la cuarta trebeliánica (Constitución única, título VI, libro 6.º, volumen I de las Constituciones de Cataluña).

Y cuando impone la práctica los pactos contractuales sucesorios, cartas de pago de derechos legitimarios, renuncia a futura sucesión, etcétera, que un criterio individualista nos haría rechazar como nulos.

Y se hará más palpable cuando por ser la ley contraria a su espíritu familiar la rechaza en el pacto de supervivencia o renuncia de legítima de los ascendientes en la sucesión intestada de los impúberes.

En cuanto al régimen matrimonial, es el dotal romano y de separación de bienes, salvo las excepciones locales de Tortosa, Valle de Arán, Campo de Tarragona, etc.

Como luego veremos, todo régimen que no sea el que con carácter original y especial corresponda al tipo patrimonial, obliga a la utilización descentrada de aquél, deformándolo en una adaptación forzada al fin familiar para que se utiliza. Se logra éste en Cataluña mediante a que en el heredamiento se designa conjuntamente *hereu* por los cónyuges al mismo hijo, con lo cual se refunden en éste todos los derechos, por dote, por adquisiciones individuales, etc., que, a no mediar el nombramiento común, contrariaría la sucesión integral del patrimonio, ya que por tales conceptos podrían alegar derechos los hermanos del *hereu* que lo fuera del padre y no fuera *hereu* de la madre. En cuanto al *escreix*, que por ser derecho común de los hijos habría de ser partido con igualdad entre ellos, es práctica constante facultar a la mujer para su distribución desigual, y que el *hereu* favorecido excluye a sus hermanos, aun cuando no se mencione expresamente el *escreix* al hacer su designación.

Por otra parte, el usufructo es pacto que siempre se establece en los capítulos matrimoniales, y, en su defecto, se impone en el testamento.

Deteniéndonos un instante en las legítimas, es interesante anotar que pueden ser satisfechas por el heredero, bien en fincas o bien en metálico, a su elección, siendo esta última la forma usada, por

facilitar su indivisión (Constitución segunda del título V, libro 6.º, volumen I).

Pero así como vimos que en algún territorio de Alemania la legítima se sustituía por una renta impuesta sobre el patrimonio, como derecho real específico incluido en el grupo de carga real rentaria, hemos podido comprobar que en algunos lugares de la provincia de Gerona se ha seguido análogo procedimiento y el *hereu* ha asegurado el pago de una renta perpetua a cargo del patrimonio, en compensación de las legítimas, utilizando, para ello, la forma jurídica del *revesejat* o censo al revés, en que el dominio es del tenedor de la tierra desde el momento de constituirse.

Bien se ve que es, en realidad, el mismo tipo jurídico de carga real que surge en Alemania en los casos que hemos visto, que, por otra parte, tiene el mismo origen e idéntica finalidad; sin embargo, la perpetuidad del *revesejat* es un obstáculo de tal magnitud y trascendencia que nos hace rechazar esta forma de pago, que provocaría, en el transcurso de varias generaciones, una acumulación de cargas de renta superiores al valor del patrimonio.

Otra nota curiosa es que en Cataluña se amplía la constitución del patrimonio familiar a la pequeña industria y al pequeño comercio, en los que es fácil observar la aplicación de los medios conducentes a tal fin: heredamiento, sucesión integral, etc., etc.

Vizcaya.—Su ley Foral es el más perfecto monumento jurídico de organización familiar que conocemos, pese a sus vacilaciones e imperfecciones, tal vez en su mayor parte nacidas de una defectuosa interpretación de sus preceptos.

Antes de la fundación de las Villas, Vizcaya se regía por usos y costumbres no escritos que, primero en el Fuero Viejo, 1452, y luego en el Fuero Nuevo, 1526, vigente en parte, son la prueba más patente de la preponderancia de la familia en la organización jurídica de la propiedad en su más amplio sentido: matrimonio, sucesión, etc., referida a la propiedad raíz, entendiendo por tal la de la tierra con su casa, o caserío, y no la propiedad urbana o la industrial.

Es, pues, de aplicación tanto a la grande como a la pequeña propiedad, y actualmente sólo se utiliza voluntariamente respecto de ésta, o *casería* con sus pertenecidos, sin que el gran propieta-

rio la utilice, ni nombré heredero único, ni use el retracto en las ventas, etc.

Esto es lo que en esencia quiere expresar la afirmación de que el Fuero rige en la tierra llana o antiglesias, y no en las Villas, fórmula defectuosa, originada por razones históricas que no hemos de examinar en este lugar, siquiera todavía se padezcan sus consecuencias.

Por ello ha sido fácil a la familia campesina modesta vivir secularmente en un régimen familiar, característico de la *casería* o propiedad rural del país.

En la misma forma los grandes señores pudieron utilizar para la subsistencia y poderío de sus familias, cuando la organización político-social así lo exigía, la legislación de tipo señorial constituida por los Fueros, Privilegios, Franquezas y Libertades del M. N. y M. L. Señorío de Vizcaya. Con este Fuero crearon vinculaciones extensas, fueron grandes señores; y con esta misma ley señorial, aplicada por el labrador modesto a su casería, única propiedad de que disponía, pudo este labrador ser también señor, si bien tan sólo de su casa o casería, vinculándola a la familia. Pudo ser y fué «señor de su casa». Y es hoy día *echeko* (de su casa), *jauna* (señor), título que ostenta en un preciso y ajustado compendio.

Entresacando del Fuero lo que de momento nos interesa, veremos que la familia se pone en contacto directo con el bien raíz o casería a través de una serie de limitaciones que impone a la libre disposición del llamado dueño, tanto en cuanto a su donación y a su enajenación, como a la transmisión hereditaria; en consecuencia, la familia se determina por razón de troncalidad en relación a los bienes mismos, y se extiende a los parientes profincos dentro del cuarto grado (ley III, título XVIII y leyes XIV y XIX del título XX y ley V del título XXI).

Ahora bien: dentro de esta limitación, tiene libertad para designar sucesor integral en el patrimonio, en un sabio orden de preferencia, con legítimas puramente nominales, mediante la institución del *apartamiento* (ley XI), y con ello y con la validez de los pactos sucesorios contractuales, transmite indivisa la casería en capitulaciones matrimoniales, en las que establece pactos similares a los de las demás regiones forales.

Basta leer los epígrafes de las leyes del título XX para com-

prender que desenvuelve un tipo netamente familiar, llegando a sus últimas consecuencias en la ley XIX, que le extiende hasta la sepultura.

Consecuentemente, no podía faltar una perfecta regulación de la facultad de delegar el nombramiento de heredero con las luminosas razones familiares expuestas en la ley III del título XXI.

Por lo demás, el testamento mancomunado, las disposiciones referentes a la sucesión intestada, la reversión por falta de hijos, todo el Fuero, en suma, nos habla de troncalidad, que suena como sinónimo de familia a la más elemental penetración.

Culmina en el título XVII, con los avisos de venta de bienes raíces, retracto por precio de peritación, concurrencia de parientes en el mismo, etc., que son de asombrosa perfección.

Y aún hallaríamos un principio de insecuestrabilidad en la ley XXV del título XI, que es acusadamente significativa, como de inalienabilidad e indivisibilidad en la ley II del título XXXVI, *para que siempre esté sana y entera*.

Nos detendremos un instante en la *comunicación* matrimonial: ciertamente, el usufructo vidual universal es conveniente a la familia, como lo prueban los ejemplos de Navarra y Aragón y el hecho de que se pacte siempre voluntariamente en Cataluña, pero ello es así partiendo del supuesto de que haya hijos con los que el viudo o viuda podrá continuar la sociedad familiar, cuya extinción y subsiguiente partición evitará dicho usufructo. El Fuero de Vizcaya, más profundamente familiar, no podía dejar de prever el caso de que, por carencia de hijos, se enfrentan el expresado usufructo y el derecho de la familia, parientes profincos, a entrar inmediatamente a habitar la casería para continuar en ella la vida familiar, y, en consecuencia, las leyes I del título XX, y VIII del título XXI, rechazan el usufructo para dar entrada a los parientes, dejando tan sólo a salvo los limitados derechos que a la viuda señala la ley II del mismo título XX.

Por el contrario, al regular el supuesto de que haya hijos, establece la *comunicación* en la misma ley.

Evidentemente, la *comunicación* entendida como una adquisición del dominio por parte del cónyuge sobreviviente, es totalmente contraria a la conservación indivisa de la casería: si el viudo o viuda adquiere el dominio de su mitad y dispone de él, divide la

casería a su antojo, el hijo es colocado en peor condición que los parientes próximos, y la viuda o viudo tienen menos derechos, respecto de la casería, ante los extraños que ante su hijo: a éste puede perjudicarle; a aquéllos, no.

¿Cómo explicar el absurdo?

En la interpretación. Ni los Tribunales, ni los tratadistas, han acertado a interpretar bien el Fuero. Desconocían tal vez la enorme fuerza de su espíritu, que imperiosamente les hubiera conducido a una interpretación totalmente contraria a la antes expresada.

Poco importa que dentro de ella pretenda paliarse el error ingeniosamente, como lo hacen Jado, Hormaeche y Angulo Laguna, admitiendo que son reservables por el cónyuge sobreviviente a favor de los parientes tronqueros, o que, como Jado, se considere renunciable la comunicación para dar voluntariamente preferencia a cualquier otro régimen matrimonial no contrario al espíritu familiar.

Crearle así tan sólo, es ya ofensivo para el mismo Fuero. No; el régimen de comunicación es obligatorio e irrenunciable, y, por serlo, ha de tener un significado diferente al que le dan sus intérpretes. Ha de asombrarnos que el mandato de que «los bienes del marido y de la mujer sean comunes y a medias, y haya en ellos hermandad y compañía», pueda en ningún caso entenderse que significa la adquisición del condominio, pues ni el espíritu del Fuero ni la letra copiada, autorizan a tal ligereza jurídica, pese a la aparente contundencia de la ley VII del título XX. No; el defecto está en los intérpretes, y no en el Fuero, que ya sabía y previsoriamente conminó a no guiarse de la opinión de los doctores en su interpretación, para la que basta tener presente que toda raíz en Vizcaya es troncal y que el Fuero no es de sotileza ni de rigor de derecho, sino de albedrío (ley III; título XXXVI). ¡Sabia lección no aprovechada!

JOSÉ URIARTE,

Notario.

Revista de revistas jurídicas

LA RELACIÓN ENTRE EL PRINCIPIO DE LA AUTONOMÍA, DE LA VOLUNTAD Y EL PRINCIPIO DE LA LIBERTAD DE CONTRATACIÓN, por B. T. Blagoyevitch. (*Revue Générale du Droit, de la Législation et de la Jurisprudence*. Año 1935, página 21 y siguientes.)

Si el Derecho debe estar de acuerdo con las necesidades de las relaciones de la vida, las cuales siguen la ley natural y general de la dinámica, que se modifican, desarrollan y evolucionan, precisa deducir que el mismo experimenta las evoluciones citadas. Basta observar, v. gr., la propiedad, en la cual del poder ilimitado se pasa a las limitaciones de hecho y de derecho, la teoría del abuso del derecho y la propiedad considerada como función. Respecto a la capacidad jurídica de la mujer casada en el primitivo Derecho, la esposa era asimilada al esclavo, es decir, a una cosa, y hoy se ha transformado existiendo una igualdad jurídica completa de los esposos, tanto en lo que se refiere a la capacidad de goce, como de ejercicio, a la igualdad completa del estado jurídico de la esposa y del esposo, tanto en el Derecho privado como en el Derecho público.

Sin embargo, algunos autores (Planiol, Bonnetcase) creen que las obligaciones representan la parte inmutable del Derecho, puesto que habiendo sido elaborada con un gran espíritu de continuidad y una lógica rigurosa, por los jurisconsultos romanos, encierran en sí disposiciones aplicables a todos los casos que se ocasionen en el presente y en el porvenir. El autor cree no es exacta esta tesis, y lo prueba con la existencia, en el momento actual, de instituciones desconocidas por el Derecho romano y por el Derecho del siglo pasado; el riesgo, los contratos colectivos, los contratos en beneficio de tercera persona, etc., y aun las instituciones que existían, han adquirido una nueva modalidad.

Y en esta transformación de las instituciones y de las ideas ocupan un lugar especial el problema de la autonomía de la voluntad y de la libertad de contratación, que se han desarrollado paralelamente a las concepciones individualistas y sociales de la época. El principio de la autonomía de la voluntad es consecuencia de las concepciones individualistas de la escuela racionalista y que se introdujo en el Derecho positivo durante la Revolución francesa.

Oponiendo el individuo a la colectividad, ha opuesto, en principio, la voluntad individual a la voluntad general, reconociendo su acción, no sólo en los límites de la Ley, sino donde ésta no la ha regulado expresamente. Y así como el individuo existió con anterioridad a la colectividad, la voluntad individual es anterior a la voluntad general, y aquélla es una fuente de Derecho igual que la voluntad general. Este criterio es aún hoy seguido por algunos autores (Capitant, Planiol), que consideran como fuente de las obligaciones la Ley y la voluntad.

Sin embargo, este principio es sólo el producto de una época condenada a desaparecer con ella. La Revolución francesa señaló ya ciertas limitaciones a este principio, que en realidad no existió más que en teoría (Jivoín Peritch). La Escuela colectivista cree que la voluntad general (Ley), es la única fuente de Derecho; si la existencia de un contrato depende de la voluntad de tales o cuales personas, no sería su voluntad la fuente del Derecho, sino la voluntad general que en un momento dado permite a los particulares penetrar, por sus actos, en ciertas situaciones no prohibidas por la Ley y conforme a los fines de la colectividad. Mas hoy, como las tendencias individualistas siguen ejerciendo una gran influencia sobre el Derecho privado, el principio de la autonomía de la voluntad no debe ser considerado como principio fundamental, sino como excepción solamente.

El principio de la libertad de contratación es diferente del de la autonomía de la voluntad. En efecto, según aparece de la diversidad y complejidad de la vida moderna, es un medio que concede el legislador a los particulares que saben su interés particular en cada momento, para que regulen las relaciones que surjan de su actividad, pero sometidas a la Ley y al interés general. Es decir, existe, no para salvaguardar la independencia de la voluntad de los particulares, sino para adaptar el Derecho a las necesidades de cada época. El principio de autonomía de la voluntad no existe más que en el derecho individualista, y el de libertad de contratación sigue subsistiendo en el Derecho colectivista, y en cuanto no cumple su misión, la intervención de la Ley lo hace desaparecer.

Examina a continuación el criterio de las diferentes legislaciones sobre el principio de la libertad de contratación. El Derecho romano—dice—lo admite, aunque con ciertas limitaciones. En el

Derecho francés fué proclamado por la Declaración de los derechos del hombre y del ciudadano: «todo lo que no está prohibido es lícito; la Ley considera como autorizado todo lo que no está prohibido.» El Código civil no lo reconoce expresamente, pero implícitamente está reconocido en numerosos artículos.

El Código austríaco tampoco lo reconoce expresamente, pero se deduce del artículo 871, si bien la legislación de la postguerra ha establecido numerosas excepciones. El Código alemán tampoco contiene una disposición expresa, pero el principio de libertad se deduce del párrafo 138, del espíritu general del Código y de la Jurisprudencia. El Código suizo de Obligaciones lo declara expresamente en el artículo 19: «el objeto de un contrato puede ser libremente determinado en los límites de la Ley». El Código del Brasil no contiene un reconocimiento expreso, pero se deduce del artículo 8.º. El Código civil soviético no contiene ninguna disposición expresa, pero teniendo en cuenta que el artículo 1.º dice «que los derechos no son protegidos por la Ley más que cuando son ejercitados de acuerdo con su sentido económico y social», y el artículo 30 «que todo acto jurídico que se propusiera un fin contrario a la Ley o la desviase será nulo», deduce que la libertad de contratación está reconocida en el Derecho soviético y sólo está limitada por un fin social y económico determinado.

Concluye afirmando que, a diferencia del principio de autonomía de la voluntad, que es un producto de la escuela individualista, el de la libertad de Contratación queda necesario en el nuevo Derecho social que se está formando, aunque con numerosas excepciones.

RESPONSABILIDAD CONTRACTUAL Y FUERZA MAYOR, por M. Pierre Wigny. (*Revue Trimestrielle de Droit Civil*, año 1935, página 19 y siguientes.)

Estudia el problema con relación al Código y a la jurisprudencia francesa, y partiendo del principio de que los contratos son la ley de las partes y que el deudor deberá de grado, o por fuerza, realizar la prestación (artículo 1.134 del Código francés y artículo 1.098 del Código civil español), y que no está permitido al deudor reemplazar una prestación por otra, aunque sea más preciosa (artículo 1.243 del Código francés y artículo 1.166 del Código civil

español), señala el criterio de la jurisprudencia de que, para admitir la existencia de una fuerza mayor, precisa la prueba de la imposibilidad de la prestación. Exige para la responsabilidad del deudor la existencia de una falta, ausencia de derecho, un perjuicio y la violación de un derecho del acreedor; faltando uno de ellos, está completamente libre de la indemnización de daños y perjuicios.

Señala como uno de los elementos esenciales del caso fortuito, la *inevitabilidad*, o sea que el deudor no sea ni directa ni indirectamente la causa de la imposibilidad de la prestación. Considera contradictoria con el carácter de la obligación la cláusula de no *responsabilidad por dolo*, pues es esencial a ella ser obligatoria, y si el sujeto convierte en imposible la ejecución, deberá responder de los daños y perjuicios. Pero fuera de este caso los contratantes pueden modificar las condiciones y la extensión de los mismos, pues ambos se fundan en la voluntad contractual. Por una cláusula expresa, el deudor puede garantizar el caso fortuito o manifestar su voluntad opuesta; en defecto de convenio expreso, el deudor no es responsable del caso fortuito (artículos 1.147 y 1.148 del Código francés, artículo 1.182 del Código español). Sin embargo, el autor, fundándose en que es también elemento esencial de la fuerza mayor la *imprevisión*, le parece una más acertada interpretación responder el deudor, cuando el acaecimiento de un caso de fuerza mayor apareciese probable desde la conclusión del contrato.

En resumen: la fuerza mayor se identifica con la ausencia de falta. Existe entre ambas expresiones una identidad perfecta. Por otro lado, si se disocia el caso fortuito en sus tres elementos de *imposibilidad*, *inevitabilidad* e *imprevisibilidad*, y se busca el valor particular de cada uno, se comprueba que la *inevitabilidad* es el factor esencial, pues expresa la ausencia de la falta en el deudor. Al contrario, la *imposibilidad* es elemento común a la fuerza mayor y a la falta que es su contradictoria; puede ser considerada como una condición preliminar, pues su realidad es necesaria para que la prestación sea definitivamente abandonada y se plantee la cuestión de la responsabilidad. Y, por último, la *imprevisibilidad* concierne menos a la existencia misma de la fuerza mayor, que a su efecto liberatorio.

HERMENEGILDO GÓMEZ,

Abogado

Jurisprudencia de la Dirección general de los Registros y del Notariado

SOCIEDAD CIVIL ANÓNIMA DE MINAS. NO SÓLO ES OBLIGATORIA SU INSCRIPCIÓN EN EL REGISTRO MERCANTIL, TODA VEZ QUE A ESTAS SOCIEDADES LES SON APLICABLES LAS DISPOSICIONES DEL CÓDIGO DE COMERCIO, SINO QUE CON ARREGLO A LA REAL ORDEN DE 28 DE ABRIL DE 1925, ESTA INSCRIPCIÓN DEBERÁ PRECEDER A LA QUE SE EFECTÚE EN EL REGISTRO DE LA PROPIEDAD, CASO DE APORTACIÓN DE INMUEBLES O DERECHOS REALES, PARA EVITAR LA IRREGULAR SITUACIÓN DE APARECER FINCAS INSCRITAS EN FAVOR DE PERSONA JURÍDICA QUE NO TIENE EXISTENCIA LEGAL.

Resolución de 21 de Mayo de 1935. (Gaceta de 22 de Junio.)

Don Antonio Ledesma Hernández, su esposa doña Magdalena Benítez Duimovich y doña María López y López otorgaron en Almería, el 27 de Abril del año último, una escritura de constitución de Sociedad civil anónima por acciones al portador para la explotación de cuatro minas y cuatro demasías de plomo argentífero, bajo la denominación social «Los Placeres y Consortes», de la cual dió fe el Notario de la citada capital D. Antonio Martínez Rodríguez.

El Registrador de la Propiedad de Cuevas de Almanzora puso en el citado título la nota que sigue :

«No verificadas las operaciones a que se refiere el precedente título, por observarse los siguientes defectos: Primero. Aunque se expresa ser civil la Sociedad constituida, por adoptar la forma de las Sociedades anónimas por acciones al portador, requiere se cum-

pla el requisito de la inscripción en el Registro Mercantil de la provincia. Segundo. Estipularse en los apartados E) y G) del número quinto y cláusulas 11 y 12 que el Presidente o Director, por sí solo, verificará todas las operaciones de administración sin someterse al voto de la mayoría, e incluso podrá denegar la disolución de la misma acordada por todos los accionistas. Tercero. Existir falta de claridad en los apartados D) y F) del número quinto respecto a si el cargo de Presidente se vincula en el otorgante D. Antonio Ledesma o es movible. Cuarto. Establecer limitaciones para la enajenación de acciones, cuando éstas son al portador. Quinto. No señalarse la forma de convocatoria de las juntas ordinarias ni extraordinarias, así como sus respectivas atribuciones. Sexto. Encomendarse por la cláusula 11 al socio fundador Sr. Ledesma la facultad de repartir las pérdidas y ganancias. Y séptimo. Parecer existir una donación del socio fundador Sr. Ledesma a favor de su esposa doña Magdalena Benítez, también otorgante del título, al establecerse en el párrafo segundo de la cláusula 8.^a que el mismo está facultado para aplicar los productos de las minas objeto de esta Sociedad al pago de deudas hipotecarias contraídas por ambos esposos. Y pareciendo insubsanables los defectos señalados en los números segundo, sexto y séptimo, deniego las operaciones solicitadas, sin tomar anotación preventiva, que tampoco se pide.»

En el recurso interpuesto por el Sr. Ledesma, tanto el Presidente de la Audiencia como la Dirección general estiman la existencia del primero de los defectos de la nota del Registrador, declarando que la escritura en cuestión debe inscribirse en el Registro Mercantil antes que en el de la Propiedad, prescindiendo, por no ser pertinente, de examinar ahora los demás defectos que figuran en la nota del Registrador, con los siguientes considerandos:

El primer defecto consignado en la nota recurrida, o sea la obligación de inscribir en el Registro Mercantil la Sociedad civil anónima de minas por acciones al portador «Los Placeres y Consortes», aparece con claridad de los artículos 1.670 y 1.700 del Código civil, en los cuales, prescindiendo en parte de un sistema formalista, se prescribe que las Sociedades civiles pueden revestir todas las formas reconocidas por el Código de Comercio y en estos casos se regularán por sus disposiciones en lo que no estén en oposición con las del Código civil, si bien en cuanto a ciertas causas

de extinción de tales Sociedades registrará preferentemente el Código de Comercio.

La Sociedad anónima es una de las formas que pueden adoptar las Compañías mercantiles, según la enumeración hecha por el artículo 122 del Código de Comercio, y que la inscripción en el Registro Mercantil de la escritura de constitución es obligatoria, de conformidad con lo preceptuado en sus artículos 17 y 119, y, por lo tanto, es manifiesto que la Sociedad civil anónima «Los Placeres y Consortes» está sujeta a inscripción en dicho Registro, porque en este particular, como fundadamente exponen autorizados comentaristas, no se hallan en pugna las disposiciones de ambos Cuerpos legales.

El artículo 107 del Reglamento del Registro Mercantil, ajustándose al mencionado artículo 1.670, establece que en el libro de Sociedades del repetido Registro se inscribirán las Compañías civiles que se constituyan con arreglo a lo prevenido en el Código de Comercio, es decir, las Sociedades denominadas mixtas, mercantiles por su forma y civiles por su objeto, sin que de estos preceptos legal y reglamentario surjan racionalmente dudas, que, en todo caso, quedarían desvanecidas con la lectura de la Exposición de motivos del Reglamento, en la cual se expresa que no sólo las Compañías mercantiles, «sino también las Sociedades civiles comprendidas en el artículo 1.670 del Código civil deben inscribirse en el Registro mercantil, ya que a estas Sociedades les son aplicables las disposiciones del Código de Comercio en cuanto no se opongan a las del Código civil».

Además, el artículo 123 del Código de Comercio determina que «por la índole de sus operaciones», podrán ser las Compañías mercantiles, entre otras, «Compañías de minas»; que el artículo 242 del Reglamento del Registro Mercantil impone a los funcionarios encargados del mismo la obligación de enviar periódicamente a esta Dirección general un estado de las Compañías que se hayan inscrito durante el año anterior, con el fin de que se tenga en cuenta en los resúmenes que se insertan en la Sección de Estadística de los respectivos «Anuarios», clasificadas por la forma de su constitución y por la índole de sus operaciones, figurando entre las primeras las anónimas y entre las segundas las Compañías de minas, circunstancias ambas que concurren en la Sociedad a que se contrae

el recurso; y que, según el artículo 126 del mismo Reglamento, los Notarios deben remitir a este Centro relación de las escrituras de constitución de Sociedades anónimas que autoricen, con objeto de que surtan efecto en el Registro de Sociedades anónimas creado para cumplir el artículo 152 del Código de Comercio.

Las citadas disposiciones legales y reglamentarias armonizan con los precedentes de nuestro Derecho relativos a las Sociedades anónimas de todas clases por acciones al portador, con lo que se infiere de la Real orden de 14 de Febrero de 1924 sobre inscripción en el Registro Mercantil de Asociaciones no comerciales y con la tendencia de la legislación en todos los países, encaminada a que la organización de las Sociedades anónimas tenga la más efectiva publicidad y a que consten sus Estatutos legalmente otorgados en el Registro correspondiente, para garantía del crédito, de quienes contraten con tales Sociedades y hasta de los tenedores de sus acciones, así como para impedir los abusos, que la realidad ha demostrado, cometidos por Sociedades constituídas bajo la expresada forma.

Respecto a si la inscripción en el Registro Mercantil ha de preceder o no a la que se efectúe en el de la Propiedad, con el fin de evitar «la situación irregular de haber inscrito bienes en el Registro de la Propiedad a favor de una persona jurídica inexistente», si se registrasen los inmuebles antes de practicar la inscripción primera de la Sociedad en el Registro Mercantil en los casos en que la escritura social adolezca de algún defecto que impida su inscripción en este Registro, se dictó la Real orden de 28 de Abril de 1925, en la cual, con carácter general, se dispone que las Sociedades sujetas a inscripción en el Registro Mercantil deben inscribirse primeramente en el mismo; que si se aportasen bienes inmuebles o derechos reales se inscribirán después en el de la Propiedad, presentando en éste, al efecto, la escritura social, dentro del plazo de quince días, a contar desde la fecha de su inscripción en el Mercantil; y que realizada la inscripción de los inmuebles o derechos reales a favor de la Compañía, se volverá a presentar el título en el Registro Mercantil para consignar este hecho por nota al margen de la inscripción de la Sociedad; habiendo servido de base la citada Real orden a la Resolución de este Centro de 7 de Mayo de 1925.

En cuanto a los demás defectos incluidos en la nota recurrida

por estricta observancia del artículo 132 del Reglamento hipotecario, declarada la necesidad legal de la previa inscripción de la escritura en el Registro Mercantil, es inoportuno entrar en su examen, como acertadamente sostienen el Registrador y el Presidente de la Audiencia, sin perjuicio de la facultad de calificar que incumbe al Registrador mercantil, conforme a lo dispuesto en los artículos 59 y siguientes de su Reglamento, y de que, hecha la inscripción por este funcionario, califique de nuevo el documento el Registrador de la Propiedad del respectivo distrito hipotecario cuando se solicite la inscripción de las minas a favor de la Sociedad.

RECURSO GUBERNATIVO. CABE LA RECLAMACIÓN GUBERNATIVA CONTRA LA CALIFICACIÓN SUSPENSIVA O DENEGATORIA DEL TÍTULO HECHA POR EL REGISTRADOR, PERO NO CONTRA LA NOTA EN QUE AQUÉL DEVUELVE SIN CALIFICAR EL TÍTULO PRESENTADO Y DEJA SIN EFECTO EL ASIENTO DE PRESENTACIÓN, CON LO QUE ÉSTE QUEDA CANCELADO VIRTUALMENTE, PORQUE NO SE TRATA DE OBTENER UN FALLO O DECLARACIÓN SOBRE LA EXISTENCIA DE LAS FALTAS O DEFECTOS QUE PUEDA CONTENER EL TÍTULO DE CUYA CALIFICACIÓN SE TRATA, SINO QUE SE PRETENDE INVALIDAR UN ASIENTO CANCELATORIO QUE, BIEN O MAL EXTENDIDO, NO ES ATACABLE EN VÍA GUBERNATIVA Y SÍ SÓLO ANTE LOS TRIBUNALES ENCARGADOS DE SU SALVAGUARDIA.

Resolución de 6 de junio de 1935. (Gaceta del 27.)

El Registrador de la propiedad de Alicante no admitió el año 1933 la inscripción de un expediente posesorio tramitado a instancia de persona en la que por virtud de institución hereditaria recaía la propiedad de un inmueble en el caso de que lo abandonaran, como así sucedió, unas Religiosas que lo habitaban sin pagar renta por creerlo implícitamente incluido en la prohibición que para vender, enajenar y gravar sus bienes la Iglesia y las Ordenes, Institutos y Casas religiosas estableció el Decreto de 20 de Agosto de 1931, y por tratarse de finca procedente—decía la nota—de una Comunidad religiosa, además de no estar amillarada a nombre de los poseedores.

El Presidente de la Audiencia y la Dirección general confirmaron la nota del Registrador, añadiendo que ella no impedía que el ministro de Justicia, en uso de sus facultades discrecionales, pueda considerar el hecho posesorio como no comprendido en la prohibición, o aun estimándolo comprendido, autorizar su inscripción con las prevenciones y garantías que estimase oportunas.

El 6 de septiembre del mismo año de 1933 se volvió a presentar en el Registro el citado expediente en unión de una Orden del Ministerio de Justicia de 20 de Febrero de dicho año, por la que se autorizaba a la Comunidad de Religiosas para efectuar la venta o cesión de la finca objeto de aquél al Ayuntamiento de Alicante, a base de que la cantidad que constituya el precio de tasación se depositara o invirtiera en la forma que se determinaba. Se añadía en dicha disposición, aciarada por otra igual de 22 de Abril del mismo año, que ni el Notario ni el Registrador debían poner reparos en cuanto a la relación que pudiera tener el acto con las disposiciones restrictivas del Decreto de 20 de Agosto de 1931, y terminaban los interesados alegando que puesto que la finca resultaba excluida de la prohibición contenida en dicho Decreto, único defecto de carácter denegatorio que había puesto el Registrador, se pedía se tomase anotación preventiva del expediente para convertirla en definitiva inscripción tan pronto se subsanase la falta de amillaramiento, o, en su caso, se calificase en la forma que estimase el Registrador oportuna.

El Registrador de la Propiedad puso la nota siguiente: «El documento que precede, que ha sido presentado por tercera vez, con el número 949 del tomo 91 del Diario, se devuelve sin nueva calificación, porque, habiéndose confirmado por la Dirección general de los Registros y del Notariado, en resolución de 6 de Marzo último, la nota denegatoria de esta Oficina, fecha 16 de Agosto de 1932, se considera agotada la vía gubernativa y sin efecto alguno la presentación. Limitada la calificación a los efectos de inscripción, queda a salvo el procedimiento judicial para que los Tribunales decidan sobre el derecho de los interesados.»

El Presidente de la Audiencia deja sin efecto la nota del Registrador, ordenándole proceda a la calificación del documento a la vista de los nuevos documentos aportados, manteniendo la vigencia del asiento de presentación, y la Dirección general, con revoca-

ción del auto apelado, declara la improcedencia del recurso, con los siguientes fundamentos:

Teniendo facultad los interesados para reclamar gubernativamente contra la calificación del título, por la que el Registrador deniegue o suspenda la inscripción solicitada, con el fin de llegar a una declaración definitiva sobre la existencia real de las faltas que se atribuyan o, en su caso, a la inscripción correspondiente, la cuestión general que en primer término plantea este recurso es la de su procedencia, en relación con el necesario respeto a la sustantividad del asiento ya extendido, de conformidad con la Exposición de motivos de la ley, la jurisprudencia del Tribunal Supremo y la constante doctrina de esta Dirección general.

Si bien muchos de los puntos discutidos tendrían difícil desenvolvimiento dentro del cumplimiento normal del derecho fundamentalmente amparado por el Registro, habiéndose devuelto sin calificar el documento presentado y dejado sin efecto alguno la presentación, según expresan las notas suscritas por el Registrador al pie del título y al margen del asiento, que quedó sin virtualidad y realmente cancelado, es indudable, dados los términos de la súplica de los recurrentes, que no se impugna una calificación suspensiva o denegatoria, sino que se pretende invalidar la declaración cancelatoria hecha en la citada nota marginal, que, ajustada o no a las exigencias legales, es indestructible en la vía gubernativa.

Los asientos del Registro de la Propiedad están bajo la salvaguardia de los Tribunales, conforme a los explícitos términos del citado artículo 51 del Reglamento para la ejecución de la ley Hipotecaria, y que, por tanto, no es procedente estimar la reclamación producida, sin que a ello se oponga la Orden de 7 de Marzo de 1934, que reconoció a los interesados el derecho de interponer los recursos procedentes, entre los cuales pudo estar comprendido el gubernativo contra la calificación, porque parte del supuesto, que no se ha dado, de expresar la nota los reparos que se opusieran a la inscripción del título.

Los razonamientos anteriores impiden más que excusan el examen de las demás cuestiones que directa o indirectamente se han discutido, porque, aparte de ser ello inútil a los fines propuestos, podría entenderse prejuzgada, aunque sólo fuera en función inter-

pretativa, la actuación de los funcionarios que obran siempre con independencia y bajo su responsabilidad.

El resumen de la Resolución de 6 de Marzo de 1933, que se cita al principio del extracto que precede, puede verse, con un pequeño comentario de oposición a la doctrina que sustenta, ya que no estaba el acto de posesión intentada incluido en la prohibición y que ésta declaraba que no se modificaban las facultades dominicales y de administración no comprendidas específicamente en el decreto de 20 de Agosto de 1931, en la página 539 del número de Julio del año 1933 de esta REVISTA.

* * *

La doctrina de la precedente Resolución es clara y terminante: si el Registrador acusa en la nota la existencia de defectos de la clase que sean, cabe reclamación contra ella. Si se limita a devolver el título sin calificarlo—ya veremos si esto procede y cuándo—, en el caso de entablarse recurso, éste habrá de ser desestimado.

La Resolución de 30 de Abril último (número de Junio de esta REVISTA, sienta la misma teoría de no haber lugar a resolver sobre la petición formulada de dejar sin efecto la nota de inscripción de un documento puesta por el Registrador, aunque, como la misma Dirección dice, y nosotros comentamos, sea muy discutible la operación efectuada, lo que ocurre también en el presente caso.

Y por último, y para no citar más que las que en la que comentamos se dan como vistas, la Resolución de 17 de Septiembre de 1927 contiene idéntica declaración de no ser procedente el recurso gubernativo contra nota cancelatoria de cargas que gravaban una finca y que constaban en el Registro, contenido ratificado por la de 4 de Noviembre del mismo año.

Todas ellas tienen el mismo fundamento: el artículo 66 de la ley Hipotecaria al establecer que el recurso procede siempre que el Registrador suspenda o deniegue la inscripción, anotación, cancelación o nota que se pretenda; que cuando el Registrador anota, inscribe o practica, en una palabra, la operación que se solicita, no procede el recurso gubernativo, sin perjuicio de que los interesados puedan pedir la nulidad de la operación efectuada; que la validez

o nulidad de los asientos practicados no puede discutirse en vía gubernativa, produciendo todos sus efectos, interin los Tribunales a quienes se sometan no pronuncien el fallo que estimen procedente, en virtud de la demanda que se entable, de la que puede solicitarse anotación en el Registro y que anotada dentro de los treinta días de duración del asiento de presentación retrotrae sus efectos a la fecha de éste.

El interesado, al interponer el recurso, sólo puede tener la aspiración de que por la Superioridad se manifieste si son o no faltas o defectos que impidan practicar la operación que solicitó los que el Registrador aduce en su nota. Y en caso negativo, que se ordene a aquél la extensión del asiento que pidió el interesado, mandato que el Registrador tiene que ejecutar, quedando limitadas sus facultades a extender las operaciones necesarias para cumplirlo, en todas sus partes. (Res. 30 Nov. 1897.)

Y para completar este apartado añadiremos que tampoco puede entablarse el recurso gubernativo cuando el Registrador se niegue a expedir certificaciones (Res. 17 Dic. 1891), ya que el artículo 286 de la ley Hipotecaria sólo faculta para acudir en queja. O cuando se pretenda discutir la validez o nulidad de actos inscritos con anterioridad. (Res. 11 Agosto 1916.)

* * *

El Centro directivo, después de negarse a admitir el recurso, lo que le impide entrar en el estudio de las cuestiones que se han alegado en el curso del debate, cuida de hacer la salvedad de que la declaración cancelatoria contenida en la nota marginal, por la que se devuelve sin calificar el documento y se deja sin efecto alguno la presentación, puede o no hallarse ajustada a las exigencias legales.

Parece que esta duda debe resolverse en sentido negativo. No es procedente, a nuestro juicio, dejar de hacer nueva calificación cuando el título que ha sido despachado con nota denegatoria, dictamen confirmado por la Dirección, se presenta de nuevo unido a documentos no tenidos en cuenta, que aportan otros elementos de juicio que pueden hacer variar el concepto primeramente formado de la obligación contraída, haciéndola pasar de nula, como consecuencia necesaria de falta insubsanable, a completamente válida y nor-

mal. Tal, en este asunto, la declaración ministerial de no existir ya la prohibición legal que sirvió de fundamento a la denegación. Igual en el caso de una escritura de venta de la que se denegara la inscripción por el único defecto insubsanable de hallarse inscrita la finca en favor de persona distinta del vendedor y de quien se alegare en el título que aquél la había adquirido. Aun confirmada la nota por la Dirección, si se presenta de nuevo el documento acompañado de los en que se contengan las transmisiones intermedias, no cabe duda que es preciso calificarlo de nuevo. Y al no existir, como no deben aparecer si la calificación estuvo bien hecha, más defectos, debe inscribirse la compra, previa igual operación de los títulos que completen el historial de la finca en acatamiento del texto del párrafo primero del artículo 20 de la ley Hipotecaria.

El recurso no podrá volver a interponerse con éxito ni aun cuando los reclamantes aleguen nuevos argumentos, ni en el caso de que sean distintos los interesados que pretendan acudir a esta vía. Ahora que no sólo no vemos inconveniente en que el Registrador extienda nota confirmando lo anterior, en la que aduzca como un motivo más de denegación el haber sido confirmado su dictamen por la Superioridad, sino que pudiera ser un derecho a exigir por aquellos interesados en el documento que por no haber sido parte en el recurso no se les haya notificado el fallo, o por aquellos otros que teniendo interés en que el documento denegado no se inscriba pretendan conocer el estado de la cuestión para poder solicitar operación de documentos que pasarían a un primer plano de no inscribirse aquél.

* * *

La calificación es, al mismo tiempo o antes que facultad, una obligación del Registrador. Y así como éste no tiene competencia para calificar de nuevo la validez o nulidad de un título ya inscrito (Res. 21 Enero 1897 y 17 Octubre 1898) ni cuando se trate de documento que la Dirección ha acordado se inscribiese (Res. 30 Nov. 1897), tampoco puede excusarse de esta obligación por el hecho de haber sido ya calificados los documentos en otro Registro (Res. 28 Junio 1907), o aun en el mismo con relación a derechos no inscritos antes (Res. 7 Mayo 1907), pues el hecho de haber me-

diado una calificación anterior, no priva del derecho ni exime del deber de volver a calificar (Res. 27 Mayo y 20 Junio 1902).

De donde se infiere que, suspendida o denegada la inscripción de un título, el mismo Registrador u otro que le suceda en el cargo puede cambiar o alterar la primera calificación, rectificándola si le parece que la negativa es infundada, o repitiéndola hasta el infinito si tras un nuevo examen no halla más que razones para ratificar su primera decisión. Y a buen seguro que esto último ocurrirá pocas veces, sobre todo si el interesado no incide en el error tan generalizado que hasta en este debate se emplea de estimar que las sucesivas presentaciones de un título equivalen a dejar a merced de un particular el entorpecimiento de la inscripción de otros documentos, sin tener en cuenta que queda siempre entre asiento y asiento un plazo de más o menos duración durante el cual el asiento primeramente hecho deja de tener vida y adquiere un primer rango el nuevo título perjudicado un día por aquél.

* * *

Es de las últimas resoluciones citadas la doctrina de que los Registradores están obligados a extender, cuantas veces lo solicite el interesado, el asiento de presentación de un título, aunque hubiere sido ya presentado anteriormente. Y tal asiento es una a modo de demanda que el interesado presenta para que sea examinado el título y se dicte resolución, admitiéndole a la práctica de la operación que se solicita o aduciendo los defectos o faltas que impidan practicarla, o sea la calificación.

El asiento de presentación deja de existir, se extingue por falta de eficacia cuando y en la misma fecha en que se han practicado las operaciones que se solicitaron; se amplía su duración en algunos casos—recurso, demanda y consulta—que autoriza la ley. Pero no se puede en forma alguna, al menos no conocemos disposición que lo autorice, dejarlo sin efecto antes de los 30 días que tiene de vigencia.

LUIS R. LUESO,

Registrador de la Propiedad.

Jurisprudencia del Tribunal Supremo

CIVIL Y MERCANTIL

24. *Requisitos del contrato.—Prestación del consentimiento e ilicitud de la causa.—Declarada la validez de un contrato es preciso respetar las normas que las partes convinieron.* Sentencia de 21 de Marzo de 1935.

El aparejador D. A. B. interpuso demanda contra una Sociedad Anónima solicitando el pago de los trabajos prestados como tal aparejador, en virtud de nombramiento hecho en legal forma por la Sociedad; el Juzgado absolvió, pero la Audiencia condenó a la Sociedad al pago de 226.000 pesetas, e interpuesto recurso, tanto por la entidad demandada como por el demandante, el Supremo rechaza aquél y admite éste.

Considerando que examinado en primer lugar por conveniencia de método, el recurso interpuesto por la Sociedad demandada, puede concretarse su fundamentación en dos supuestos legales, consistentes uno, en que el contrato celebrado entre las partes que intervienen en el pleito no debe reputarse válido por faltarle un requisito tan esencial como el consentimiento, y en tal sentido ha de considerarse infringido el artículo 1.261 del Código civil; y el otro fundamento estriba en suponer que el contrato de referencia se halla viciado por ilicitud de la causa, y bajo este aspecto, al estimar la Sala sentenciadora completa validez y eficacia a aquél, se ha infringido de igual modo el artículo 1.275 del citado Código.

Considerando que examinados por separado ambos aspectos del

recurso, se plantea el primero por entender la parte que lo promueve que el contrato básico del pleito no le prestó el consentimiento necesario para su validez y eficacia en derecho, la entidad que debía otorgárselo; toda vez que si bien se concertó entre el Comité Ejecutivo que estaba facultado para llevarlo a cabo por delegación del Consejo de Administración de la Sociedad Nueva Plaza de Toros de Madrid, necesitaba para su perfeccionamiento la aprobación del Consejo y ésta no se llegó a prestar; y así planteado el problema, en orden al recurso, hay que rechazarlo, habida consideración a que la tesis que sustenta la parte recurrente no es otra cosa que la contradicción rotunda a apreciaciones de hecho declaradas por el Tribunal, «a quo», como resultantes de las pruebas practicadas en el pleito, al afirmarse en el segundo Considerando de la sentencia recurrida, que las facultades que con arreglo a lo dispuesto en el artículo 26, número 2.º de los Estatutos sociales sobre nombramiento, cesantía y remuneración de los empleados, era facultad del Consejo de Administración, que podía delegarse y de hecho fué delegada en favor del Comité Ejecutivo con otras importantes atribuciones por acuerdo del Consejo de 13 de Noviembre de 1920, sin que para la validez y eficacia de los actos que en uso de tal delegación ejecutara el Comité, fuera necesaria ulterior aprobación por el Consejo; y mientras estas categóricas manifestaciones del Tribunal de instancia, apreciadas en tal sentido, no estén en contradicción con el texto de los documentos aducidos y como resultado de las probanzas del pleito no combatan por el cauce procesal del número 7.º del artículo 1.692 de la ley de Enjuiciamiento civil, que en este caso ni siquiera ha sido invocado, tienen toda la virtualidad que de las mismas se desprende; y por tanto un motivo de recurso que se basa en supuesto contrario a lo que como existente y probado admitió la Sala sentenciadora, no puede en modo alguno prevalecer.

Considerando que el mismo razonamiento que se contiene en el Considerando que antecede es aplicable al segundo aspecto que el recurso plantea, alegando ilicitud de causa en el contrato, ya que frente a este criterio particular de la entidad recurrente se alza el del Tribunal «a quo», expresado de modo bien claro en los Considerandos 5.º y 6.º de la sentencia recurrida, declarando que no hay razón alguna que permita calificar de ilícito ni de inmoral el

acuerdo pactado entre el Comité Ejecutivo y el demandante, que es objeto de litis, y por consiguiente, de acuerdo con lo que queda ya expuesto, nada vale cuanto en contrario se pretenda para enervar o destruir una declaración de la Sala, que por no ser combatida en forma legal, es invulnerable en casación; de todo lo cual se desprende la improcedencia del recurso planteado por la Sociedad demandada.

Considerando que por lo que afecta al recurso que ha interpuesto la parte demandante, hay que dejar sentado como hecho cierto, que la Sala sentenciadora reconoce y proclama la validez y eficacia en el orden legal del contrato en cuestión, y por tanto las relaciones jurídicas que del mismo hayan de derivarse en orden a las estipulaciones pactadas han de tener por norma obligada el respeto a lo que los contratantes convinieron y se obligaron recíprocamente a cumplir, en acatamiento a lo que dispone el artículo 1.091 en relación con los 1.254 y siguientes del Código civil, y al motivarse el recurso en infracción de alguno de estos artículos, así como el 1.278 del mismo cuerpo legal por entrar la Sala en la realización de operaciones de orden aritmético para buscar solución a un problema que no fué sometido a su decisión por los litigantes y que en la forma resuelta altera fundamentalmente lo establecido por las partes contratantes en la cláusula 1.ª del contrato tantas veces citado, al condenar a la Sociedad demandada a que pague al actor una cantidad inferior a la que a éste le corresponde percibir, hay que reconocer que en efecto resultan infringidos por la Sala sentenciadora los artículos 1.091, 1.258 y 1.278 del Código civil, invocados por el recurrente en el primer motivo del recurso, y en su consecuencia debe éste ser estimado, sin necesidad de entrar en el estudio del segundo motivo que se propone por esta parte, porque queda implícitamente resuelto con lo acordado respecto al primero.

Para un estudio de la doctrina de la causa, véase la nota bibliográfica que sigue a la Sentencia del 14 de Enero de 1935 (REVISTA CRÍTICA XI, página 377).

Consúltense Demogue: «Des modifications aux contrats par volonté unilatérale.» Revue Trimestrielle, tomo VI, página 244.

DIVORCIO Y SEPARACIÓN

25. *Desamparo legal.*—*No lo constituye la separación pactada libremente con la condición de pago por el marido a la mujer, de determinada cantidad.*⁹ Sentencia de 19 de Marzo de 1935.

Presentada demanda de divorcio por D. J. T., contra su esposa, la Audiencia estimó la demanda e interpuesto recurso lo rechaza el Supremo considerando que en el primer motivo del recurso se pretende indirectamente resucitar la cuestión de incompetencia de jurisdicción desestimada por esta Sala en su sentencia de 9 de Febrero de 1934, discurriendo la recurrente sobre la validez o nulidad del matrimonio contraído por los cónyuges en 1902, en París, en consideración a la forma en que se contrajo y alegando la infracción del artículo 100 del Código civil, suscitando una cuestión nueva que no ha tenido alegación ni desarrollo en los autos ni puede constituir injusticia notoria con arreglo a la ley de Divorcio, ya que no se invoca infracción alguna de esta Ley.

Considerando que si bien esta Sala en su referida sentencia de 9 de Febrero de 1934 entendió que el domicilio de la mujer era el de su marido al interponer éste su demanda, conviene no confundir el domicilio legal de la mujer a efectos procesales de competencia, que es el que tuvo presente esta Sala al dictar aquella resolución, con el domicilio real, material o de hecho de los cónyuges para su vida en común, que es el que ha tenido en cuenta la Audiencia para decretar el divorcio, por lo que al aceptar la sentencia recurrida la causa doce del artículo 3.º de la Ley, o sea la separación de hecho de los cónyuges en distinto domicilio, ni incurrió en contradicción alguna con la sentencia de esta Sala ni cometió injusticia notoria como se afirma en el segundo motivo del recurso, ya que para aquella estimación se fundó en un documento público reconocido por ambos cónyuges, en el que convinieron la separación y en la realidad de este estado desde 1920, según confesión de los litigantes, y si bien la recurrente opuso en su contestación a la demanda «que asintió a tal documento coaccionada cuando menos espiritualmente», sobre la existencia de esta coacción no formuló prueba alguna, sin que sea posible apreciar como

formal intento de reanudar la vida en común, la propuesta hecha al marido por un Abogado a nombre de la mujer en una sola carta.

Considerando que tampoco existe injusticia notoria en el fallo recurrido al desestimar el adulterio del marido, invocado como causa primera de divorcio en la reconvención, porque aunque confesado por el marido su adulterio, y admitiendo que de esta infidelidad naciera el documento público de separación conyugal otorgado por ambos cónyuges en Tánger en 24 de Septiembre de 1920, que, como expresa la propia recurrente en su contestación «vino a poner fin a la situación de desavenencia, desvío y hostilidad del marido por sus relaciones íntimas desde 1912 con otra mujer», estipulándose en su cláusula 2.ª «que deseando, de común acuerdo, recobrar cada uno su libertad de acción y separar completamente su existencia sin recurrir a decisión judicial, determinaban su separación», contra la afirmación de la sentencia recurrida de que la mujer conociendo dichas relaciones no reaccionó en otra forma para impedir las, evitarlas o perseguirlas que pactando aquella separación, deduciendo de ello un tácito consentimiento de la esposa en el adulterio del marido, ni en el pleito ni en este tercer motivo del recurso se alega hecho alguno que contrarie o se oponga a aquella afirmación de la Audiencia, y si el consentimiento puede manifestarse por palabras o por actos expresamente o por actuaciones tácitas, a veces presuntivas, y la recurrente, ni antes ni después de 1920 consta realizara acto alguno ni ejercitara acción en defensa del vínculo matrimonial o de su honor de esposa, limitándose al convenio referido, a recibir en París la pensión que hasta 1928 le envió su marido en cumplimiento de una de las cláusulas de tal documento, y a demandarle en 1930 en la misma capital para que continuara abonándola alimentos, en juicio que los mismos Tribunales declararon nulo, petición que se repitió en acto de conciliación en Madrid el 24 de Marzo de 1931, mostrando una pasividad y una indiferencia absoluta en cuanto al adulterio, cuya realidad la constaban de ciencia propia, estas circunstancias durante tantos años inducen racionalmente a presumir y creer en el tácito consentimiento de la mujer sobre tal causa de divorcio.

Considerando que si bien el desamparo a que se refiere la causa 4.ª del artículo 3.º de la ley de Divorcio, supone una desatención y falta de apoyo de carácter marcadamente material y econó-

mico, reiterado y contumaz por parte del cónyuge, que tiene recursos para sostener en la proporción que le corresponda la carga de la familia, no es menos cierto que cuando como en el caso presente se pactó libremente una separación de personas y bienes en 1920, estipulándose en la cláusula 5.^a del convenio que el marido «se obligaba a enviar al lugar donde fije su residencia su esposa una renta de vida para la misma, que será igual a la suma que representa el 30 por 100 de los emolumentos oficiales que disfrute, correspondiendo en el día de la fecha 1.325 francos...», y cuando es un hecho reconocido por ambos cónyuges que hasta el año 1928 el marido cumplió con tal alegación, su posterior incumplimiento no integra el desamparo legal, ya que la mujer puede acudir a los Tribunales, ejercitando las acciones que estime procedentes para hacer efectiva aquella obligación nacida de un contrato y cumplida durante ocho años por el obligado, y al no estimarlo así la Audiencia no incurre en injusticia notoria como en el cuarto motivo se expone ni tampoco al no acoger la causa quinta o abandono culpable del cónyuge, ya que, consentida la separación por ambos cónyuges, no pudo darse tal abandono.

Considerando que la sentencia recurrida, si bien reconoce que el marido cometió adulterio, declara también que fué consentido por la mujer, con lo cual deja de constituir causa legítima de divorcio a favor de la esposa y con ello imputación de cónyuge culpable al marido, tanto en cuanto a los efectos de poder enervar la acción que en su demanda ejercitó por alegarse no ser cónyuge inocente como exige el artículo 5.º de la Ley, como respecto a la declaración de culpabilidad del artículo 9.º, según se sostiene en los motivos 5.º y 6.º del recurso, que por tal razón no puede estimarse.

Considerando que según el artículo 62 las costas del pleito serán a cargo del litigante vencido, salvo los casos en que el Tribunal, por motivos fundados, dispusiere otra cosa en la sentencia, y en el presente divorcio, aparte de que no puede legalmente existir litigante vencido por la naturaleza objetiva y consensual de la única causa de divorcio estimada, la conducta del marido antes y después de su separación conyugal y el haber originado con aquel proceder las discusiones y desavenencias conyugales que culmi-

naron en el presente pleito, aconsejan la no imposición de costas a cónyuge determinado.

Véase sobre divorcio, la sentencia de 10 de Julio de 1934 (REV. CRÍTICA, X, página 718) acerca de divorcio de extranjeros; la de 13 de Octubre de 1934 (X, página 867) sobre domicilio del matrimonio, al final de la cual damos una referencia de sentencias relacionadas con esta materia.

Consúltese Sabatier: «Les conventions de séparations amiables entre époux». Revue Trimestrielle, tomo XXX, página 535.

ENRIQUE TAULET,

Notario de Valencia.

BANCO ESPAÑOL DE CRÉDITO

Alcalá, 14

MADRID

Sevilla, 3 y 5

Sucursales Urbanas:

Glorieta de Bilbao, 6; Glorieta de Atocha, 8, y Conde de Romanones, 6
Próxima apertura: Calle de Velázquez, 29

Capital autorizado 100.000.000 de pesetas

Capital desembolsado 51.355.500

Reservas 67.621.926,17 —

400 Sucursales en España y Marruecos

Correspondencias en las principales ciudades del mundo

Este Banco realiza toda clase de operaciones bancarias — Compra y venta de valores — Descuento y cobro de cupones y títulos amortizados — Custodia de valores — Giro, transferencias, cartas de crédito, órdenes telegráficas sobre todos los países del mundo. — Aceptaciones, domiciliaciones, créditos comerciales simples y documentarios, etc., etc.

TIPOS DE INTERES

Cuentas corrientes:

A la vista 1 ¼ % anual.

Libretas ordinarias de ahorro.

Tengan o no condiciones limitativas 2 ½ % anual.

Imposiciones a plazo fijo:

A tres meses. 2 ½ % anual.

A seis meses. 3 % —

A doce meses. 3 ½ % —

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

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

Jurisprudencia administrativa del impuesto de derechos reales

XLVI

Promesa de venta. 1.º La promesa de venta no sujeta a condición alguna, sino que ha de surtir efectos por sí misma, estando convenidos el objeto y el precio, está equiparada a la venta efectiva para el impuesto, sin que a ello obste el que se haga referencia a que se otorgue una escritura pública, si esto no se impone como condición, ni que se haya rescindido por no obtener el comprador un préstamo para abonar el precio. 2.º Si la cesación del contrato no es libre en las partes, sino por dificultades legales o materiales para mantenerle, no procede liquidar al rescindirle nuevo contrato de transmisión de bienes.

Caso.—Mediante documento privado de 1929, unos particulares y un Ayuntamiento celebraron un contrato que denominaron compromiso de compraventa, por el cual los primeros se obligaban a vender al segundo ciertas fincas por precio de 400.000 pesetas, que el Ayuntamiento, por acuerdo adoptado en sesión, se obligaba a entregar a los vendedores el día que se otorgase la escritura de compraventa, que sería formalizada tan pronto como estos últimos tuviesen a su disposición todos los documentos necesarios, una vez formalizada una testamentaria, siendo el plazo máximo para ello el del mes de Febrero de 1930, respetándose el arrendamiento existente de las tierras y percibiendo el importe del arriendo desde la fecha del contrato.

El Liquidador liquida como compraventa; el Alcalde impugna

esta liquidación alegando que tal contrato fué otorgado a base de que el Instituto Nacional de Previsión le concediera un crédito, y como se lo negó quedó sin efecto aquél, rescindiéndolo o anulando su compromiso el Ayuntamiento, constando que fué demandado éste por los vendedores para otorgar la escritura sin llegar a avenencia alguna, y asimismo que el Ayuntamiento estaba en posesión de las fincas por virtud del arriendo; y por último que se otorgó un documento de nulidad o rescisión de la venta y de liquidación del precio por los contratantes.

El Tribunal Central fija la siguiente doctrina:

Según el artículo 41 del Reglamento, el impuesto se exigirá conforme a la verdadera naturaleza jurídica del acto o contrato liquidable, cualquiera que sea la denominación que las partes le den y prescindiendo de los defectos de fondo o forma.

La cuestión actual es la de la calificación del contrato privado para determinar si es una promesa de venta o venta perfecta. Examinado el contrato privado en relación con el acta de conciliación y con el documento de rescisión, se ve claro que hubo convenio expreso sobre el objeto vendido, precio de la venta, entrega de la cosa vendida, arriendo de la misma y percepción del precio de ésta desde la fecha del mismo y, por lo tanto, es indudable que, a tenor de los artículos 1.441 y 1.450 del Código civil, hubo verdadero contrato de compraventa, ya que por ésta se obliga uno a entregar a otro una cosa por precio cierto y se perfecciona desde el momento en que se conviene en la cosa y en el precio, según dichos artículos, y eso es lo efectuado en este caso.

No obsta a esta calificación el que en el contrato privado se diga que los transmitentes se obligan a vender al Ayuntamiento y éste se obliga a abonar el precio el día en que se otorgue la escritura de compraventa, toda vez que lo estipulado había de surtir efectos adecuados a la naturaleza de un contrato de compraventa, sin necesidad de realizar ningún otro acto que quedase al arbitrio de los interesados; y si por la virtualidad misma de las estipulaciones acordadas, referentes al precio y a la cosa, el contrato produce los mismos efectos que una compraventa, aunque se le haya denominado promesa de venta, debe ser calificado jurídica y fiscalmente en aquel concepto y no en éste; además, según el artículo 1.451 del Código civil, la promesa de venta habiendo conformi-

dad en la cosa y en el precio, da derecho a los contratantes para reclamar recíprocamente el cumplimiento del contrato, y reconociendo a aquéllos los mismos derechos del comprador y vendedor, es lógico que los contratos de compraventa en que concurren estas circunstancias estén equiparados a la compraventa para los efectos del impuesto. Esta doctrina ha sido aplicada por el Tribunal Central en acuerdos de 26 de Julio de 1927 y 5 de Junio de 1928 (números 127 de 1925-26 y 89 de 1927).

En el contrato referido no se estableció el préstamo para pagar el precio como una condición del contrato mismo, sino que fué un medio posterior de que intentó valerse el Ayuntamiento por su falta de recursos para abonar aquél en cumplimiento de una obligación válidamente contraída, ya que el contrato de compraventa estaba perfeccionado y no se había hecho depender esta perfección de circunstancia alguna; y tampoco se estipuló en el contrato privado la elevación a escritura pública como condición de que dependiera la validez y eficacia de aquél, sino que únicamente el reconocimiento expreso de la facultad que establece el artículo 1.279 del Código civil de compelerse recíprocamente a tal otorgamiento.

No es admisible la alegación de que al tratarse de inmuebles sólo se verifica la transmisión por la escritura pública inscrita en el Registro de la Propiedad, porque a tenor del artículo 48 del Reglamento del impuesto, en las transmisiones onerosas basta el documento privado, y en segundo término, según el artículo 1.278 del Código, los contratos son válidos cualquiera que sea la forma, si en ellos concurren las circunstancias esenciales de consentimiento, objeto y causa; y los preceptos de los artículos 1.279 y 1.280 del mismo, referentes a necesidad de escritura pública en algunos, sólo significa, según las Sentencias del Tribunal Supremo de 13 de Enero, 7 y 10 de Octubre de 1904, que los interesados tienen un medio coercitivo para obligar a los coestipulantes al otorgamiento de la escritura, pero sin que ello afecte a su validez y eficacia. El contrato referido no ha quedado sin efecto por mutuo acuerdo libre de las partes, sino por circunstancias ajenas a la voluntad de éstas, incluso del adquirente, que se encontró en la imposibilidad de abonar el precio convenido por dificultades legales y materiales para obtener la suma destinada al pago del precio. No es procedente aplicar al caso actual el artículo 58, párrafo quinto del Re-

glamento del impuesto, toda vez que, según el cual, si el contrato queda sin efecto por mutuo acuerdo de las partes contratantes, no procede la devolución del impuesto y se considerará como un acto nuevo sujeto a tributación. (Acuerdo del Tribunal Central de 10 de Marzo de 1934.) (Núm. 40 de 1934.)

XLVII

Fusión de Sociedades. El contrato por el que dos Sociedades se funden, supone extinción de una de ellas, que es absorbida por la otra; y si el valor de los bienes que se adjudica es superior a las acciones de la fusionada, que se trata de recoger, es preciso hacer tres liquidaciones: una, por adjudicación para pago de deudas; otra, por disolución social al 0,60, y otra, por el aumento de capital de la Sociedad que subsiste, mediante los bienes aportados por la que se disuelve. La fusión no es meramente una transformación que implique la subsistencia de ambas Sociedades.

Caso.—Constituída una Sociedad Eléctrica llamada E. y otra también eléctrica denominada C., se acordó en Junta general de 18 de Abril de 1932 la fusión de una y otra «por vía de aportación de la segunda a la primera», sin reserva alguna, sobre la base de canjear 16.000 acciones preferentes de C. por otras de E. en proporción de una de ésta (de 1.000 pesetas desembolsadas) por cuatro de C. preferentes por el valor que se les atribuye de 256,54 y los residuos, y asimismo poner en circulación 4.102 acciones de E. para el canje, aprobar el balance de E. de 31 Marzo 1932, inserto en la escritura; C. se había constituido por otra escritura anterior, estando su capital compuesto de 500.000 pesetas de acciones, serie A, liberadas; serie B, originarias, por 4.000.000 de pesetas, y serie C, de 8.000.000, que gozarán de los derechos preferentes en la participación del capital social o al disolverse; el balance aprobado de C. da un activo de 10.772.597,60 pesetas y un pasivo de pesetas 6.671.038,93 y un saldo de 4.101.558,67 pesetas. En Junta general se aprobó la aportación total de C. a E., tomando como base el valor neto de la estimación del activo líquido del expresado apro-

bado balance, habida cuenta que el valor neto no alcanza, ni con mucho, a cubrir el valor de las acciones serie C.; desde 1.º de Abril de 1932 todas las operaciones de C. se entienden hechas por E. En la nueva escritura se dice que E. se hace cargo del activo y pasivo de C. El liquidador giró dos liquidaciones: una, sobre 8.000.000 de pesetas, al 0,60, por Sociedad, y otra, por adjudicación, al 5 por 100, para pago de deudas. El Tribunal Provincial estimó que la fusión de Sociedades no supone disolución social y sólo es una transformación que debe comprenderse en el párrafo 14 del artículo 19 del Reglamento y ordenó se girase una liquidación por transformación de Sociedad. El Central fija esta doctrina.

Según la escritura liquidada, que los interesados llaman de fusión, la Sociedad E. y la Sociedad C. se fusionaron por vía de aportación total y sin reserva alguna de la segunda a la primera, cesando C. en sus funciones industriales, comerciales y de explotación y haciéndose cargo la Sociedad E. del activo y pasivo de C., según el balance, cerrado en 31 de Marzo de 1932, y aportando la misma Sociedad C. todos los bienes de su propiedad que se relacionan en la escritura y que son los mismos que figuran en el balance, con las obligaciones resultantes del pasivo, quedando C. absorbida por la Sociedad E., la cual subsiste, y seguirá rigiéndose por sus propios Estatutos, reformados, tal como se insertan en la escritura, y estipulándose que todas las operaciones realizadas por C. desde 1.º de Abril de 1932 se entenderán realizadas por cuenta y a cargo exclusivo de E.; todo lo cual demuestra que al cesar C. en sus actividades mercantiles, en virtud de la fusión operada, y pasar, como consecuencia de tal fusión, a ser propiedad de E. todos los bienes de C. se produjo la disolución de ésta, quedando sólo subsistente E., la cual, según la escritura, es la única que continúa operando en los negocios propios de la misma.

Aun en el supuesto rechazado de que C. no se hubiera disuelto por efecto de la fusión acordada, ello no impediría exigir el impuesto correspondiente a la disolución, según el párrafo 16 del artículo 19 del Reglamento del impuesto, el cual previene que para que la liquidación se practique bastará que exista el acuerdo de poner en liquidación a la Sociedad; y en este caso no puede negarse que C. estaba en liquidación, puesto que ello aparece demos-

trado por los acuerdos de la Junta extraordinaria de accionistas, transcritos en la escritura y en las estipulaciones de la escritura misma, en que reiteradamente se habla de las autorizaciones del Consejo de Administración, en funciones de Comisión liquidadora, para que concurran a la escritura de fusión, realizar el canje de acciones, distribuir el líquido del balance y por certificación de la Comisión liquidadora, según la que se designaron las personas para otorgar esa escritura.

La disolución de Sociedad es acto sujeto al impuesto, según el párrafo quinto del artículo 19 del Reglamento, con el 0,60 del haber social líquido, si se acompaña el balance; y figurando en la escritura que el balance de C. es de 4.101.558,67 pesetas, sobre esa cantidad, o sobre la mayor que proceda, si comprobados los bienes y deducido el valor de las partidas del pasivo resultase mayor haber líquido, ha de girarse la correspondiente liquidación por disolución de C., toda vez que en virtud del canje estipulado los poseedores de las acciones preferentes, serie C, de C., reciben en pago del capital que sus acciones representan, las emitidas a tal fin por E., quedando sin reembolsar las demás acciones y cédulas de C. por no alcanzar el haber líquido social de esta Sociedad a cubrir el importe.

Al aportar C. a E. todos sus bienes y derechos y todas sus obligaciones, hay que reconocer que a los efectos tributarios se originaron dos actos distintos: uno, de aportación de bienes a E. por valor de 4.101.558,67 pesetas, igual, incluidos los residuos, al importe de las 4.102 acciones de 1.000, de E., que ésta puso en circulación y entregó a los accionistas de C. para canjear las acciones preferentes, serie C, de esta última Sociedad, aportación gravada con el 0,60 por 100 de su importe, y que debe producir, según los párrafos primero y 10 del artículo 19 del Reglamento, la correspondiente liquidación, la cual habrá de girarse tomando como base la cantidad expresada o la que resulte de la comprobación de los bienes aportados, si este valor es mayor que el de las acciones aportadas; y el otro acto relativo a los demás bienes que E. recibe para solventar las obligaciones resultantes del pasivo de C. Este pasivo asciende, según el balance, a 6.671.038,93 pesetas, y habiéndose hecho cargo E. de ese pasivo, los bienes sociales que esta Sociedad recibe en cuantía superior al pasivo, los adquiere, no

en concepto de aportación o aumento de capital social, sino para solventar con ellos las deudas de C., puesto que tal obligación contrajo al hacerse cargo del pasivo, y este acto constituye una adjudicación de bienes para pago de deudas, que el Reglamento del impuesto declara sujeto al mismo, conforme a sus artículos 9 y 19. Dicha liquidación debe girarse al 5 por 100, como inmuebles, y no como adjudicación temporal de muebles al 1,25 por 100, porque si bien en esos bienes los hay de ambas clases, ha de seguirse, conforme al artículo 47 del Reglamento, el criterio de aplicar el de inmuebles, por no constar con separación los que se adjudican de una y de otra clase.

Este criterio ha inspirado los acuerdos del Tribunal Central de 8 de Enero de 1925 y 20 de Enero de 1933 (números 2 de 1924-25 y 1 de 1932) y sentencia del Supremo de 2 de Abril de 1930, confirmando el acuerdo citado de 8 de Enero de 1925.

En consecuencia, el Tribunal Central declara procede: 1.º Estimar el recurso interpuesto por la Dirección de lo Contencioso contra el fallo del Tribunal Provincial. 2.º Anular la liquidación por transformación de Sociedad ordenada girar por éste. 3.º Confirmar la liquidación girada por adjudicación para pago de deudas al 5 por 100 por el liquidador y anular la otra liquidación girada por él, sustituyéndola por otras dos: una, por disolución social sobre el haber líquido de C., determinado como se ha dicho; y la otra, por el aumento de capital conforme al verdadero valor de los bienes aportados a E. por C. (Acuerdo del Tribunal Central de 19 de Mayo de 1934.) 28 de 1934.

GABRIEL MAÑUECO,

Abogado del Estado

ANALERS

Cajera en las oficinas de la Asociación de Registradores de la Propiedad.

Gestor administrativo. Habilitación de Clases pasivas. Presentación de toda clase de instancias en la Dirección general de los Registros y en los demás Centros oficiales. Gestiones en los mismos. Certificaciones de penales, últimas voluntades y demás. Fianzas, jubilaciones, viudedades y orfandades.—San Bernardo. 42, segundo derecha.—Teléfono 13906.