

El objeto en la hipoteca en el Derecho puertorriqueño (*)

SUMARIO: 1. ÁMBITO OBJETIVO DE LA RELACIÓN JURIDICO-HIPOTECARIA.—2. EXTENSIÓN OBJETIVA DE LA HIPOTECA.

1. ÁMBITO OBJETIVO DE LA RELACIÓN JURIDICO-HIPOTECARIA

Ya se ha indicado (1) que son razones simplemente históricas las que han llevado a configurar como objeto propio de la hipoteca a los bienes inmuebles, razón que hoy, verdaderamente, se manifiesta como completamente insuficiente para seguir sustentando dicha base de diferenciación. Por ello, como ha escrito ROCA SASTRE (2), convendría, ante una potencial revisión del Código Civil, admitir «francamente la hipoteca mobiliaria (3) en aquellos casos en que, requiriéndolo las necesidades de levantar crédito sobre bienes muebles en que la desposesión sería ruinosa, lo permitieren la índole de ciertas cosas muebles y su susceptibilidad de registración... Entonces se terminaría con la ficción de denominar prenda lo que es hipoteca (así como de reputar inmuebles, a estos efectos, a los buques, si son verdaderos bienes muebles); se acabaría con la extraña figura de una prenda sin desplazamiento posesorio y dejaría de incurrirse en el absurdo de regular un depósito de cosa propia, considerándose como depositario al que, en rigor y según el mismo contrato, es verdadero propietario de la cosa pignorada...»

(*) Se corresponde con el capítulo IV de la obra *Derecho de Hipotecas*, de próxima publicación.

(1) Cuadernos de Derecho, núm. 3.

(2) *Derecho hipotecario*, IV, pág. 162.

(3) Respecto de la así llamada en Puerto Rico, tratándose de una simple preferencia crediticia, condicionada, además, a la permanencia del objeto en la demarcación municipal correspondiente y original, nada tiene de hipoteca. Ver VÁZQUEZ BOTE, *Tratado de Derecho Privado puertorriqueño*, VIII.

No es, ciertamente, que no exista una razón para haber referido la hipoteca a los solos inmuebles, pues, como el mismo ROCA reconoce, «...*prácticamente* o desde un punto realista, no es tan infundada la regla de no extender la hipoteca a los bienes muebles, pues éstos, por su movilidad y fácil destrucción, sustracción u ocultación, exigen la seguridad que supone su posesión, guarda o depósito en poder o a disposición del acreedor pignoraticio; el quitar la cosa de las manos del deudor poniéndola a buen recaudo, es indispensable si se quiere hacer servir el valor en cambio de los bienes muebles, de garantía del cumplimiento de una obligación. La hipoteca implica, por su naturaleza, la imposibilidad de tal desposesión, y de aquí la dificultad de adaptarla a esta clase de bienes, pues quedando la cosa gravada en poder del deudor, la garantía real es prácticamente ineficaz...

«Pero éstas son únicamente dificultades *prácticas* de la hipoteca...» (4).

Realmente, lo que critica el autorizado maestro no es tanto la concreción inmobiliaria, sino el argumento legal para llevarla a efecto, decantado en la E. de M. de la Ley Hipotecaria española de 1861 (5), desde el momento en que, técnicamente, lo que debe caracterizar a la hipoteca es la ausencia de desplazamiento de posesión del bien, cualquiera que éste sea.

No obstante, la impronta de aquella Ley, que se incorpora al Derecho puertorriqueño por la Ley Hipotecaria para la provincia de Puerto Rico en 1878 y en la subsiguiente Ley Hipotecaria para las Provincias de Ultramar, de 1893, permanece en la vigente Ley Hipotecaria y del Registro de la Propiedad que determina el objeto propio de la relación jurídico-inmobiliaria mediante el establecimiento de una regla general fijada en el artículo 157, detallada mediante una enumeración en el artículo 158, y un principio de exclusión fijado en el artículo 159.

Bajo aquella regla general, dispone el artículo 157 de la Ley Hipotecaria:

«Podrán ser hipotecados:

- 1.º Los bienes inmuebles susceptibles de inscripción.
- 2.º Los derechos reales inscribibles y enajenables, con arreglo a las leyes, impuestos sobre los mismos bienes».

Ya es sabido que la vigente Ley Hipotecaria ha seguido muy de cerca en algunos extremos la tradición de la Ley anterior, pero también de la española

(4) ROCA SASTRE, *ibidem*, págs. 161-162.

(5) Como transcribe ROCA SASTRE (*op. cit.*, IV, pág. 161), «La exposición de motivos de la Ley de 1861 dice que "para quitar algunas dudas y para fijar de un modo claro y terminante la diferencia entre la prenda y la hipoteca [se] establece que sólo podrán ser hipotecados los bienes inmuebles y los derechos reales impuestos sobre ellos que sean enajenables con arreglo a las leyes, quitando así la anfibología que en las leyes y en la práctica existe respecto del uso poco preciso de estas palabras"».

texto refundido de 1944-46 y las ideas de ROCA SASTRE, como principal mentor del «Derecho hipotecario» en España. No obstante, no siempre se ha atendido al legítimo reclamo de este prestigioso autor en sus críticas al texto español. Y uno de ellos, la deficiencia técnica de la expresión recogida en el apartado primero del artículo 157 tiene fundamento. En efecto, en el Registro de la Propiedad no se *inscriben* los bienes inmuebles, sino los *títulos* de trascendencia real sobre bienes inmuebles (6), por lo que el maestro prefería la expresión de poder ser hipotecado «el dominio de los bienes inmuebles y derechos reales establecidos sobre los mismos» (7).

La exigencia o reclamo de que dichos bienes sean susceptibles de inscripción responde, naturalmente, a la imperativa imposición consignada en el artículo 1.774 del Código Civil, que proclama el nacimiento solamente registral del derecho real de hipoteca, esto es, el *carácter constitutivo de la inscripción*, sin la cual sólo habrá un contrato de hipoteca con un contenido simplemente obligacional. Y por consecuencia de lo dicho, no es susceptible

(6) Como ya he dicho en otro lugar (*Tratado*, XV), «el Título V de la Ley Hipotecaria hace referencia a los "títulos sujetos a inscripción", pareciendo, así, que mantiene la tradición jurídica anterior, que hace objeto de la inscripción a los títulos de trascendencia real, en general y en principio...» Sin embargo, la cuidada expresión técnica —de que la Ley y el Reglamento adolecen constantemente— puede crear problemas de interpretación. En efecto, y por ejemplo, el artículo 38 comienza: «En el Registro de la Propiedad se inscribirán los títulos, actos y contratos siguientes...». Literalmente entendido el precepto significaría que el Registro de la Propiedad puertorriqueño se configura como un sistema mixto, de inscripción y de transcripción, única forma de que se inscriban los contratos, cuando resulta que de éstos solamente tienen acceso al Registro los contenidos de trascendencia real y no la meramente obligacional (art. 41 de la Ley). Nada se diga de la expresión del artículo 54, que introduce la reserva de prioridad al modo argentino... indicando que «podrá reservarse prioridad a un contrato en gestación...», lo cual significa que puede ser objeto de inscripción lo que tan siquiera es un título.

«Ello, unido a la diversidad de expresiones que se usan para aludir a la toma de razón registral ("se inscribirán", arts. 38, 45, 46, 48, etc., de la Ley; "El Registro de la Propiedad tiene por objeto la registración...)", arts. 7, 52, 57, etc. de la Ley) o la noción de qué es inscripción, que lleva a inscribir los planos (art. 94 de la Ley), todo ello pone de relieve una gran inconsistencia...»

Dice ROCA SASTRE (*op. cit.*, IV, págs. 163 y sigs.), que «...todos los romanistas afirman que el dominio o derecho de propiedad, por cuanto absorbe enteramente la cosa, se identifica generalmente con la cosa misma. En cambio en los *iura in re aliena* es necesario especificar la clase de derecho que sobre la cosa se tiene. El derecho de propiedad, por ser el más completo (*plena in re potestas*), se materializa con la cosa, y así se dice "mi propiedad" como queriendo aludir a la cosa objeto de la misma; se indica la cosa directa y únicamente, sobrentendiéndose la naturaleza del derecho. En los otros derechos hay que expresar la clase del mismo, y así se dirá "la finca sobre la cual tengo el usufructo". El dominio está, pues, representado por la cosa misma.

Por tanto, no hay en este punto ningún defecto de expresión en el artículo 106, sino un tecnicismo especial. Con todo, quizá hubiera sido preferible que los arregladores de 1946 hubieran empleado la forma varias veces usada en la Ley, o sea, hablar "del dominio de bienes inmuebles o de derechos reales impuestos sobre los mismos".

(7) ROCA SASTRE, *ibidem*, pág. 164.

de constituirse hipoteca respecto de los bienes que no tengan acceso al Registro de la Propiedad. Al respecto, el artículo 108 de la anterior Ley Hipotecaria, en su carácter detallista, enumeraba los bienes que no tenían acceso al Registro (8), en fórmula que, con mayor y conveniente generalidad, recoge la Ley vigente, como se verá de inmediato.

La exigencia adicional, que se trate de bienes susceptibles de enajenación o de derechos igualmente transmisibles, responde, obviamente, al potencial enervante de la garantía inmobiliaria si, para caso de incumplimiento, fuese menester poner en venta pública el inmueble o derecho real objeto de la garantía, a efectos de realizarse la expectativa de satisfacción del acreedor, por frustrarse la expectativa de prestación (9).

(8) Artículo 108, Ley Hipotecaria de 1893:

«No se podrán hipotecar:

1.º Los frutos y rentas pendientes, con separación del predio que los produzca.

2.º Los objetos muebles colocados permanentemente en los edificios, bien para su adorno o comodidad, o bien para el servicio de alguna industria, a no ser que se hipotequen juntamente con dichos edificios.

3.º Los oficios públicos.

4.º Los títulos de la deuda del Estado, de las provincias o de los pueblos y obligaciones y acciones de bancos, empresas o compañías de cualquier especie.

5.º El derecho real en cosas que, aun cuando se deban poseer en lo futuro, no estén inscritas a favor del que tenga el derecho a poseer.

6.º Las servidumbres, a menos que se hipotequen conjuntamente con el predio dominante, y exceptuándose en todo caso la de aguas, la cual podrá ser hipotecada.

7.º El derecho de usufructo concedido por las leyes a los padres o madres sobre los bienes de los hijos y al cónyuge superviviente sobre los del difunto.

8.º El uso y la habitación.

9.º Las minas, mientras no se haya obtenido el título de la concesión definitiva, aunque estén situadas en terreno propio».

(9) Ver VÁZQUEZ BOTE, *Tratado*. V. BETTI, *Teoría general de las obligaciones*, I. Como resalta Pura BRUTAU (*Fundamentos*, III-3, pág. 97): «Aunque lo normal es que la hipoteca se constituya sobre una finca que ya se tenga en propiedad, también cabe la constitución por vía de reserva o *deductio*, de manera que el comprador adquiere el inmueble con la hipoteca que al propio tiempo se constituye a favor del vendedor, en garantía de la parte de precio que queda aplazada». Al respecto, determina la Resolución de 18 de septiembre de 1969:

Excmo. Señor: En el recurso gubernativo interpuesto por el Notario de Alcira, don Jerónimo Cerda Bañuls, contra la negativa del Registrador de la Propiedad de dicha ciudad a inscribir una escritura de compraventa, pendiente en este Centro en virtud de apelación del funcionario calificador;

Resultando que por escritura de 23 de febrero de 1963, se constituyó en Alcira la sociedad mercantil «Mayvi, S. A.», dedicada a la «construcción de viviendas de renta limitada y aquellas operaciones con ello relacionadas, como adquisición de terrenos, su urbanización y parcelación, uso, arrendamiento y venta de las mismas sometiéndose a las disposiciones dictadas en esta materia»; que según la escritura fundacional, la administración de la sociedad corresponde a los administradores que, en número no superior a tres, serán nombrados en la Junta General, obligando cada uno a la sociedad, si fuesen varios, con entera independencia de los demás; que el artículo 15 de los Estatutos sociales faculta a los administradores para «disponer..., enajenar..., contratar..., hipotecar...,

No es, sin embargo, feliz, la fórmula del apartado 2º del artículo 157, en su referencia a la hipotecabilidad de los derechos reales —limitados— existente sobre bienes inmuebles, que plantea toda la problemática de la existencia de derechos sobre derechos.

etc., y para todo lo dicho, que deberá ser ampliamente interpretado... otorgar cuantos documentos públicos o privados fuere menester»; que en el acto fundacional, por unanimidad de los asistentes, fueron nombrados administradores los socios don Juan Morell Nadal, don Jaime Arbona Ozonas y don Miguel Viola Montagud, que aceptaron el cargo y tomaron posesión del mismo en el acto del otorgamiento; que por escritura de 1 de febrero de 1968, ante el Notario recurrente don Juan Morell Naval, como administrador de la sociedad señalada, vendió a don José Alberolla Vidiella, el apartamento número 75, vivienda tipo C de la planta novena del edificio sito en Alcira, partido de Alborchí, plaza del Reino, s/n., inscrito en el Registro al tomo 807, libro 222 de Alcira, folio 43, finca número 21.889, inscripción 1.ª, gravado con un préstamo hipotecario de ciento noventa y tres mil pesetas de capital, más intereses y costas a favor del Banco de Crédito a la Construcción; y que el precio se fijó en cuatrocientas cuarenta y siete mil ochocientas veintidós pesetas que, según la cláusula 1.ª de la escritura, se distribuyó así: «a) La cantidad de ciento noventa y tres mil tres pesetas a que asciende el préstamo hipotecario que grava el apartamento vendido en favor del Banco de Crédito a la Construcción, antes reseñado, que el comprador retiene, estipulando las partes aquí contratantes, según interviene, que el comprador queda subrogado íntegramente en la posición del deudor en el préstamo relacionado, destinando dicha cantidad retenida a su pago, asumiendo incluso la responsabilidad personal, a cuyo fin, en cumplimiento de los requisitos exigidos por la Entidad acreedora que han quedado antes expuestos para que se entienda consentida por ella la asunción de la deuda: 1.º Se fija como domicilio para el adquirente, a efectos de notificaciones y requerimientos referentes al préstamo hipotecario, en Madrid, calle de Ayala, 128. 2.º El adquirente se obliga a inscribir esta escritura en el Registro de la Propiedad de Alcira y a remitir a la Entidad acreedora testimonio notarial de la escritura de transmisión inscrita en el Registro de la Propiedad, en el plazo de los ocho días siguientes al de su inscripción por entrega personal en el Registro General del Banco o por correo certificado con acuse de recibo, y b) La cantidad de doscientas cincuenta y cuatro mil ochocientas diecinueve pesetas que el comprador se obliga a pagar a la Sociedad vendedora dentro de un plazo que terminará el día treinta de marzo de mil novecientos setenta, en garantía de cuyo pago de costas, intereses de demora y gastos, en su caso, el señor Morell, para su Sociedad, reserva la hipoteca al principio apuntada, que queda constituida por vía de deducción, sobre el apartamento objeto de esta venta». A continuación figuran las cláusulas de la hipoteca constituida;

Resultando que presentada en el Registro primera copia del citado documento, fue calificada con la siguiente nota: «Denegada la inscripción a que se refiere la adjunta escritura pública por observarse los defectos siguientes: 1.º Que el Administrador de la Sociedad Mercantil, "Mayvi, S. A.", al llevar a efecto en nombre y representación de ella, la venta del apartamento número setenta y cinco, reserva para dicha Sociedad el derecho de hipoteca sobre tal apartamento, sin estar autorizado especial y expresamente; 2.º Que en el apartado b) de la cláusula primera, la cantidad de doscientas cincuenta y cuatro mil ochocientas diecinueve pesetas, que el comprador se obliga a pagar a la Sociedad vendedora dentro de un plazo que terminará el 30 de marzo de 1970, en garantía de cuyo pago y de sesenta y tres mil pesetas más costas, intereses de demora y gastos, el señor Administrador para su Sociedad, reserva la hipoteca al principio apuntada, que queda constituida por vía de deducción sobre el apartamento objeto de la venta. Constituyéndose por vía de deducción una hipoteca, forma ésta no admitida en nuestro derecho

En efecto, como es sabido, con fundamento en algunas expresiones del Código Civil que se refieren al usufructo de derechos (art. 398) y al de créditos (art. 404), se ha planteado entre los autores el tema de la posible existencia de derechos cuyo objeto lo fuere otro derecho; tesis que hallaría, además, sustento, en la fórmula del artículo 157, párrafo 2, de la Ley Hipo-

positivo y ser contraria a los principios y preceptos de la Legislación Hipotecaria. Siendo los defectos indicados insubsanables, no procede tomar anotación preventiva»;

Resultando que el Notario autorizante de la escritura interpuso recurso gubernativo contra la anterior calificación y alegó: que la nota de calificación no aparece redactada conforme a lo preceptuado en el artículo 106 del Reglamento Hipotecario, ya que carece de la precisión y motivación debidas al no alegar ni un solo artículo legal o principio infringido, acudiendo a una manifestación genérica de «no admitida en nuestro Derecho positivo y ser contraria a los principios y preceptos de la legislación hipotecaria», olvidando que, como recuerdo de la Resolución de 24 de diciembre de 1944, las notas calificadoras deben ser redactadas en forma clara y precisa, sin ambigüedades, oscuridades o generalidades que puedan inducir a error o causar indefensión a quien de buena fe las impugna; que en cuanto al primer defecto relativo a la exigencia de autorización especial y expresa para reservar a la sociedad un derecho de hipoteca sobre el apartamento que vende, cabe decir que en primer lugar, no lo precisa y que en segundo término dicha autorización la tiene concedida y así consta en la propia escritura; que no la precisa porque el giro o tráfico de la empresa es justamente realizar todo tipo de negocios jurídicos relacionados con la construcción y venta de inmuebles; que si bien en otra clase de sociedad podrían ser considerados como actos de disposición, en una sociedad inmobiliaria como «Mayvi, S. A.», son actos de mera administración, como se desprende del más ligero examen de su objeto social; que tampoco cabe pensar que la representación de cualquier sociedad precise autorización alguna para reservar a la misma cualquier derecho, porque la reserva es un acto de conservación y la conservación es una de las más típicas funciones administrativas; que podrá precisarse autorización para enajenar, pero no para retener; que además, según resulta de la propia escritura, el administrador otorgante está especial y expresamente facultado para disponer y contratar respecto de toda clase de bienes inmuebles o derechos reales y personales, pudiendo en tal sentido con las condiciones que estime pertinentes, otorgar compraventas con precio aplazado y subrogaciones, constituir y aceptar hipotecas, etc.; que los estatutos de una sociedad son ley especial de su representación, según ordena el artículo 76 de la Ley de Sociedades Anónimas; que en cuanto al segundo defecto, no cita el Registrador ningún precepto que prohíba la reserva de hipoteca por vía de deducción; que el Derecho romano conoció la constitución de derechos reales por vía de reserva o *deductio* al enajenar la cosa (Gallo II-33); que nuestro Código Civil contiene abundantísimas aplicaciones de esta doctrina, así la reserva del derecho a recuperar la cosa vendida (art. 1.507), la reserva de la facultad de disponer de alguno de los bienes donados (art. 639), la reserva ya clásica del usufructo (art. 492), la de los derechos de uso y habitación (art. 528), la de las servidumbres (arts. 541 y 594), la del censo enfiteútico (art. 1.605), la del censo reservativo (art. 1.607), la de los foros, superficie, etc. (art. 1.655); que la Ley de 17 de julio de 1965, sobre venta a plazos de bienes muebles, impone en su artículo 12 la reserva de dominio de los bienes vendidos en esta forma; que el pacto de reserva de dominio ya había sido declarado válido por el Tribunal Supremo, entre otras, en las Sentencias de 20 de marzo de 1930 y 15 de marzo de 1935; que la doctrina es también unánime en la admisión de este pacto; que el derecho real de hipoteca es accesorio de un crédito por lo que éste ha de serle preexistente o nacer con ella; que en el presente caso, deuda, hipoteca y enajenación con precio aplazado surgen al mismo tiempo; que la hipoteca voluntaria es la convenida entre partes y la compra con deducción de la escritura calificada implica el

tecaria. Y si bien la mayoría de los autores limitan la posibilidad a esas dos modalidades citadas (con robusto fundamento en el *BGB*, que regula dichas situaciones en el Libro III, dedicado a los derechos reales), en todo caso, la

consentimiento a la reserva de la hipoteca, estableciéndose un nexo entre dos negocios típicos de por sí independiente —compraventa e hipoteca— para formar uno solo, como dice la Resolución de 13 de mayo de 1968 que contempla un supuesto similar al que es objeto de debate; que la hipoteca constituida por vía de reserva es una hipoteca convencional o voluntaria que encaja perfectamente dentro de los amplios términos del artículo 138 de la Ley Hipotecaria; y que la fórmula de reserva de hipoteca en garantía de pago del precio aplazado no ha sido elegida caprichosamente o por afán de novedad, sino que estima es la más adecuada al fin que se persigue y más conforme con la voluntad de las partes, puesto que al hacer el contrato la finca no ha estado nunca en poder del comprador, en concepto de libre;

Resultando que el Registrador informó: que ha tenido muy en cuenta el artículo 18 de la Ley Hipotecaria que es de rigurosa observancia, ya que ordena a los Registradores calificar bajo su responsabilidad los documentos presentados a inscripción; que de acuerdo con el artículo 98 del Reglamento Hipotecario, se expresan claramente en la nota todos los defectos que impiden la inscripción del documento presentado, teniendo en cuenta que el propio Notario autorizante de la escritura no dice nada de cuáles son los preceptos legales en que se funda para constituir por deducción la hipoteca que el administrador de la sociedad vendedora se reserva en garantía del pago del precio aplazado; que el artículo 15 de los estatutos sociales de la entidad vendedora, transcrito parcialmente en la escritura de compraventa, va enumerando uno por uno todos los actos jurídicos que los administradores puedan llevar a efecto en nombre de la sociedad que representan, sin que entre tales actos jurídicos figure el de poder reservar el derecho de hipoteca de los apartamentos que vendan; que siendo la reserva del derecho de hipoteca un acto de verdadero dominio, se necesita para ello mandato expreso por imperativo del artículo 1.713 del Código Civil; que la reserva del derecho de hipoteca no puede considerarse como un acto de giro o tráfico de la empresa, sino que es de riguroso dominio, como claramente indica la Resolución de 15 de diciembre de 1953; que, en cuanto al segundo defecto, hay que tener en cuenta que los bienes inmuebles que se hipotecan no pueden ser propios, por lo que resulta extraña la constitución de una hipoteca reservada por el vendedor sobre bienes que vende, por vía de deducción; que las distintas reservas de derechos que el recurrente enumera no son establecidas por vía de deducción, sino por preceptos legales que las establecen; que el pacto de reserva de hipoteca no es de aplicación en este recurso gubernativo, pues, como su mismo nombre indica, es necesario que sea aceptado por ambas partes contratantes y en la escritura calificada, la hipoteca que se establece por deducción se la reserva el propietario sin contar con el consentimiento del adquirente; y que, a su juicio, en resumen, la escritura calificada no está redactada teniendo en cuenta los principios hipotecarios de legalidad y fe pública, de obligatoria observancia como expresa la Resolución de 2 de noviembre de 1948;

Resultando que el Presidente de la Audiencia revotó la nota del Registrador por razones análogas a las expuestas por el recurrente;

Vistos los artículos 1.255, 1.713 y 1.857 del Código Civil; 138 de la Ley Hipotecaria, y la Resolución de 13 de mayo de 1968;

Considerando que la cuestión primordial planteada en el recurso consiste en resolver si puede constituirse una hipoteca por vía de reserva o *deductio* en el supuesto de compraventa con precio alzado y, en caso afirmativo, si el administrador de la sociedad que intervino en su nombre, se encuentra facultado para poder realizar dicho acto;

Considerando que el pacto, por virtud del cual el vendedor se reserva una hipoteca sobre el inmueble enajenado en garantía del precio aplazado, que tiene ya sus precedentes

discusión doctrinal (10) deriva por dos planos diversos: posibilidad teórica de la elaboración de tal teoría y, de otro lado, la utilidad práctica y técnica que dicha elaboración pudiera tener. La dificultad teórica de la tesis, que implica el reconocimiento, la admisión y la aceptación de un poder jurídico que puede ser sometido a otro poder de igual carácter sin perder el primero su condición, ha dado motivo a algún autor para afirmar que el fenómeno es semejante a pretender montar un soldado de plomo sobre un caballo de papel; BEKKER y FERRARA explican el fenómeno recurriendo a la sucesión constitutiva o transmisión limitada del antiguo derecho; ENNECCERUS alude a la presencia de dos objetos distintos; mientras que WOLFF, más conciliador, mantiene un criterio híbrido, reconociendo que puede aceptarse tanto la referencia a derechos sobre derechos como la alusión a concomitancias de derechos que recaen sobre un mismo objeto. Pero estas tesis ofrecen serios inconvenientes para su admisión. La sucesión constitutiva significa para el deudor quedar sometido a un doble vínculo, alterándose de este modo la naturaleza de la relación de crédito, sin intervención alguna del deudor. La pretensión de un

en el Derecho romano, no se encuentra recogido en nuestro Código Civil de una manera concreta, a diferencia de lo que ocurre con otros supuestos tales como la reserva en el usufructo —art. 528—, en las servidumbres —541 y 592—, en las donaciones —636—, en los censos —1.605 y 1.607— y últimamente en el artículo 12 de la Ley de 17 de julio de 1965, con la reserva de dominio en los casos de ventas a plazos de bienes muebles;

Considerando que esta falta de reconocimiento obliga a examinar si el mencionado pacto puede caber al amparo del principio de autonomía de la voluntad, sancionado en el artículo 1.255 del Código Civil y siempre que no sea contrario a la ley, a la moral o al orden público;

Considerando que la constitución de hipoteca por vía deductiva no vulnera lo preceptuado en el artículo 1.857 —2.º del Código Civil— que exige que la cosa hipotecada sea propiedad del hipotecante, en cuanto que por la venta deja de pertenecer al acreedor y pasa al dominio del comprador, pacto que tiene fuerza de obligar al haber sido aceptado libremente por ambos contratantes y que persigue la misma finalidad de garantía que la compraventa con hipoteca por la parte de precio alzado, respecto del cual, la Resolución de 13 de mayo de 1968 declaró que se trataba de un negocio complejo y de naturaleza unitaria, por el cual las partes crean un nexo entre dos negocios típicos que de por sí son independientes;

Considerando que los claros términos en que aparece redactado el artículo 15 de los Estatutos de la Sociedad cuando expresa que «quedará especialmente facultado cada Administrador para constituir y aceptar hipotecas», muestra que ha actuado dentro de los límites de sus facultades y no necesita ninguna autorización especial para realizar el acto discutido,

Esta Dirección General ha acordado confirmar el Auto apelado.

Lo que, con devolución del expediente original, comunico a V. E. para su conocimiento y efectos. Dios guarde a V. E. muchos años.—Madrid, 18 de septiembre de 1969.—*El Director General*, FRANCISCO ESCRIVÁ DE ROMANÍ.—*Excmo. Señor Presidente de la Audiencia Territorial de Valencia* («Boletín Oficial del Estado», de 24 de octubre de 1989).

(10) Ver MARÍN PÉREZ, P., «LOS derechos sobre derechos», en *RGLJ*, 1974; BELTRÁN DE HEREDIA, «Usufructo sobre usufructo en la legislación española», en *RDP*, 1941.

doble objeto, o divide al derecho en dos derechos distintos o se presenta con un amplio frente de ataque, dada su artificialidad, manifestando su insuficiencia con sólo tomar en consideración, como indica el propio WOLFF, la invariabilidad del contenido de la deuda, la permanencia de las excepciones que corresponden al deudor y, muy principalmente, la imposibilidad de crear una situación privilegiada frente a los demás acreedores del deudor, en favor de los derechohabientes del *pignus nominis* o del *usufructus nominis*.

Tomando en consideración la regulación que el Código Civil ofrece en esta materia, no parece aceptable aludir en Derecho puertorriqueño a la figura de un derecho sobre otro derecho. El usufructo de derechos no es sino un supuesto de cotitularidad, que concede al usufructuario, no sólo el goce del producto (art. 404 del Código Civil), sino la posibilidad de reclamar por sí mismo los créditos vencidos que formen parte del usufructo, si tuviese dada o diere fianza correspondiente; o pedir, en otro caso, al propietario o al juez preceptiva autorización para cobrar los créditos (art. 435 del Código Civil). El nudo propietario puede oponerse (art. 422 del Código Civil) e intervenir en el destino que se dé al capital (art. 435 del Código Civil). Aparece así la titularidad compartida y, por ello, recíprocamente limitada. Y, aludir a la prenda de derechos es totalmente inconsistente, aunque pueda aludirse a la de valores a tenor de lo dispuesto en los artículos 1.763 y 1.767, y normas concordantes del Código Civil, dado que se trata de bienes susceptibles de posesión.

Pero, con relación a los derechos reales inmobiliarios, como ha de verse en su momento, o no se trata de hipoteca, o su alcance queda limitado y delimitado a un concurso de titularidades sobre ámbitos distintos respecto del objeto concreto.

La regla general de exclusión viene recogida en el artículo 159 de la Ley, conforme con el cual:

«No son hipotecables:

- 1.º Las servidumbres, a menos que se hipotequen conjuntamente con el predio dominante.
- 2.º Los usufructos legales, excepto el concedido al cónyuge viudo por el Código Civil.
- 3.º El uso y la habitación.
- 4.º Los bienes y derechos que no estén incluidos en el artículo 157».

La exclusión de las servidumbres deben estimarse por referencia a las *prediales* (11). Lo cual puede plantear un curioso tema —incluso en su absurdo—

(11) «Indudablemente se refiere este precepto a las servidumbres *prediales*, como lo demuestran las siguientes razones: que el mismo precepto habla de predio dominante; que el artículo 107 de la Ley, en su número quinto, permite la hipoteca de los derechos de

por referencia a las denominadas *servidumbres en equidad*, calificadas por el Tribunal Supremo como derechos reales (BALDRICH V. *Registrador*, 1954, 77 DPR 739), verdaderos gravámenes (COLÓN V. *San Patricio Corp.*, 1959, 81 DPR 245), pero nunca servidumbre predial (COLÓN, cit), aunque siempre derecho real *en equidad* (12), que siempre han sido servidumbres en el Código Civil y, por ello, prediales (SAND V. *Extensión Sagrado Corazón*, 1975, 103 DPR 826). La Ley Hipotecaria excluye del Registro a las prohibiciones de disponer (art. 84), que el Reglamento Hipotecario admite (art. 38.1), estimándolas como verdaderas cargas reales (art. 38.1) consistiendo en «restricciones o limitaciones al uso de la propiedad o derecho impuestos por sus dueños». Consecuentemente, si las servidumbres excluidas de hipoteca son las prediales y, no empece la afirmación jurisprudencial, el legislador nos indica en el Reglamento Hipotecario que las servidumbres en equidad no son prediales sino «restricciones o limitaciones» impuestas a un bien por su propio dueño, y por ello cargas reales, es claro que estamos ante un *distinto derecho real* susceptible de hipoteca... aunque resulte imposible dicha hipotecabilidad, pues una restricción o prohibición no tiene *base material*.

No excluye la Ley de su regla negativa a la servidumbre de aguas, al modo como lo hace la Ley Hipotecaria española. Y hace bien en ello, dado que las aguas han pasado a convertirse en bienes de dominio público. No obstante, quizá con olvido de este aspecto, el legislador estima pertinente resucitar las aguas privadas en el artículo 104.5 del Reglamento Hipotecario, consideradas como finca independiente, esto es, base material de un derecho y, por ello, susceptibles de cualquier derecho real, por lo que, si inscribibles y calificables de bien inmueble y enajenables en su alcance, asimismo hipotecables. Ciertamente, no es admisible dicha hipotecabilidad desde el momento en que el simple uso consentido por el Estado no implica derecho alguno; y, cuando, por ser bien de dominio público —excluido, pues, del Registro al estarlo del tráfico (cfr. arts. 254, 255 y 274 del Código Civil)— solamente es susceptible de incorporarse al tráfico mediante oportuna concesión, perfectamente inscribible e hipotecable (art. 158, 1.º de la Ley Hipotecaria; art. 104.1 del Reglamento Hipotecario) (13), y entonces surgirá la hipoteca de las aguas. ¡Excelente método de concreción!

pastos, aguas, leñas y otros semejantes, los cuales son verdaderas servidumbres personales; que en la Exposición de Motivos de la Ley de 1861, se alude al concepto de *servidumbres reales*; que la misma naturaleza de la servidumbre predial, que es un derecho subjetivamente real, o sea, conectado inseparablemente con el predio dominante a quien sirve, impide que sea negociable aisladamente» (ROCA SASTRE, *loc. cit.*, pág. 166).

(12) Lo que no deja de asombrar: cómo la jurisdicción de *equity* pudo crear derechos reales en un sistema de Derecho que los ha desconocido siempre.

(13) Artículo 104.1, Reglamento Hipotecario:

«La inscripción de las concesiones administrativas deberá hacerse en la sección o demarcación a que correspondan las obras o servicios por ellas otorgados. Cuando los

La exclusión de los usufructos legales, excepto la legítima del cónyuge viudo, tiene un enorme sentido, por cuando aquellos usufructos son personalísimos y, consiguientemente, no susceptibles de ser enajenados, luego tampoco susceptibles de hipoteca. Ciertamente, el único usufructo legal existente en el Código Civil es el establecido en beneficio de los padres respecto de los bienes peculiares (art. 155 del Código Civil). Por consiguiente, no es cierto que no sean hipotecables «los usufructos legales» sino «el usufructo legal» (14). Conviene no olvidar que la norma, arrastrada de la Ley anterior, y contrastada con la Ley Hipotecaria vigente, no parece haber captado la diferencia de momentos históricos y diversas realidades jurídicas existentes en España y en Puerto Rico, dado que allí sí existen varios usufructos legales (el común, del peculio), pues en el ámbito del Derecho foral se dan dos usufructos viduales, la viudedad foral aragonesa y el usufructo de fidelidad foral navarro, que están sustraídos del tráfico jurídico.

La razón de tal exclusión la fijaba la E. de M. de la Ley española de 1861 en consideraciones de índole familiar (15), por lo que ROCA SASTRE rechaza como idea mezquina que se conceda dicho usufructo «en compensación de los cuidados que dedica a los hijos» (16). Personalmente, estimo que poco

bienes inmuebles a que dichas concesiones se refieran estén situados en circunscripciones territoriales de dos o más secciones o demarcaciones se hará la inscripción básica en la sección o demarcaciones a que corresponda el punto de arranque o sitio principal de las obras o servicios, haciéndose breve relación de esta inscripción principal en las demás secciones cuyo territorio atraviese la obra o se preste el servicio, y haciendo constar en los libros pertenecientes a las demarcaciones respectivas la extensión superficial del terreno cuya concesión ocupe y demás particulares identificativos de los correspondientes inmuebles, *así como las condiciones de los derechos reales que sean de interés privado*, sin necesidad, en caso alguno, de expresar los linderos de las propiedades colindantes, ni exigirse la previa inscripción del territorio adquirido para la obra o servicio de que se trate» (énfasis añadido).

(14) Para VELÁZQUEZ (*Derechos reales*, I, pág. 178) se da un «cierto derecho de usufructo» en el que resulta del régimen de la sociedad legal de gananciales, establecido sobre los bienes propios de cada cónyuge en provecho de la sociedad. Pero debe advertirse contra tal error, pues el carácter de gananciales que se reconoce en el artículo 1.301 del Código Civil, a determinados bienes es simple consecuencia del régimen de subrogación real.

(15) «No debe permitirse a los así favorecidos que recibiendo anticipaciones sobre lo que se les da sólo en concepto de jefes de familia para la manutención de toda ella, se constituyan en el caso de no poder satisfacer esta obligación, ni que consuma la vida prematuramente lo que se le concede consultando al decoro y a la buena memoria de la persona que estuvo unida en vínculo conyugal. Parecida es la condición de éstos a la de los alimentistas que lo son por condiciones nacidas de relaciones de familia, cuyo derecho ni es enajenable, ni admite compensación, ni puede ser objeto de renuncia, ni sujetarse a embargo; prohibiciones cuyo objeto es que no se vea eludida la intención del legislador al crear el derecho e imponer la obligación de dar alimentos...»

(16) *Loe. cit.*, IV, pág. 168. Añade: «Este carácter del usufructo por peculios no es desmentido por la posibilidad de proceder ejecutivamente los acreedores contra los *frutos* procedentes del mismo. Una cosa es el derecho de usufructo en sí y otra los frutos; sólo

tiene ya que ver la jefatura familiar con este usufructo. Pienso que ha sido un acierto del legislador, por cuanto, incluso en el plano del mayor egoísmo, alentar ese usufructo ha de significar beneficiar el patrimonio del menor (a mayor amplitud de éste, mayor usufructo; pero a mayor usufructo, mayor patrimonio del menor), que es, me temo, la intención última del legislador.

éstos son ejecutables. Pero, además, hay que distinguir entre los créditos contraídos en interés de la familia por gastos hechos en cumplimiento de los deberes de manutención, educación, etc., de los hijos y los créditos contraídos en interés del padre para sus propias necesidades o caprichos. Los primeros permiten la acción ejecutiva contra los frutos, sin más limitaciones que las ordinarias de los bienes exceptuados de embargo; en cambio, los segundos tienen una limitación de no poderse ejecutar sino en el remanente que quede de los mismos después de cubiertas las necesidades de los hijos» (*ibidem*, pág. 169).

Resolución de 12 de diciembre de 1902:

limo. Señor: En el recurso gubernativo interpuesto por el Notario don Primo Alvarez Cueva, contra la negativa del Registrador de la Propiedad del Mediodía de esta Corte a inscribir una escritura de préstamo hipotecario, pendiente de este Centro en virtud de apelación del recurrente;

Resultando que por escritura que autorizó dicho Notario con fecha 12 de junio de 1901, doña Julia Gómez y López constituyó a favor de don Rafael Montes Sardou, en garantía de un préstamo de 5.000 pesetas, los intereses de esta cantidad al 15 por 100 anual y 3.000 pesetas más para costas y gastos, hipoteca expresa sobre el usufructo que le correspondía en las participaciones que sus hijas menores de edad, doña Matilde y doña Isabel Venegas y Gómez, tienen en las casas calle de Relatores, núm. 16; de Arlaban, núm. 3 y de Pelayo, núm. 60, de esta Corte, obligándose también a responder del usufructo que pudiera corresponderle en el mismo concepto sobre un hotel, hoy en litigio, sito también en esta capital:

Resultando que presentada dicha escritura en el Registro de la Propiedad del Mediodía, fue denegada su inscripción «por no resultar inscrito a favor de doña Julia Gómez López el usufructo que hipoteca, requisito indispensable para que pueda tener lugar aquélla, según el artículo 20 de la Ley Hipotecaria; y también porque dicho usufructo no es hipotecable, con arreglo a lo que preceptúa el párrafo séptimo del artículo 108 de la misma Ley»;

Resultando que presentada igualmente en el Registro de la Propiedad del Norte, fue asimismo denegada la inscripción en cuanto a la finca radicante en la jurisdicción del mismo: «primero, porque el usufructo que trata de hipotecar doña Julia Gómez y López es el que disfruta sobre los bienes de sus hijos no emancipados, en virtud de lo dispuesto en el artículo 160 del Código Civil, y por tanto no puede hipotecar el derecho a percibir los frutos en el citado usufructo, con arreglo a lo terminantemente dispuesto en el apartado 7.º del artículo 108 de la Ley Hipotecaria; segundo, que aun partiendo del supuesto de que no existiera la mencionada prohibición de hipotecar, tampoco podría inscribirse, porque en el documento se dice que doña Julia Gómez y López constituye hipoteca sobre el usufructo, y éste no es susceptible de hipoteca, pues lo que se puede gravar es el derecho de percibir los frutos en el usufructo, con arreglo a lo preceptuado en el apartado 2.º del artículo 107 de la Ley Hipotecaria; y tercero, porque aunque no existieran los mencionados defectos, tampoco podría verificarse la inscripción, por no hallarse inscrito a favor de la hipotecante, circunstancia necesaria, con arreglo a la doctrina fundamental del artículo 20 de la Ley Hipotecaria; y no pareciendo subsanable el primero de los indicados defectos, no es admisible tampoco la anotación preventiva»;

Resultando que el Notario autorizante interpuso recurso gubernativo contra la calificación del Registrador del Mediodía, solicitando se declarase que la citada escritura se halla extendida con arreglo a las prescripciones y formalidades legales, siendo, por tanto, anotable o inscribible, según se aprecie o no la existencia del defecto subsanable de falta de previa inscripción, y alegando al efecto: que la disposición consignada en el número 7 del artículo 108 de la Ley Hipotecaria, respecto a no ser hipotecable el usufructo que tienen los padres sobre los bienes de sus hijos menores de edad, tiene carácter sustantivo, y las de esta clase, no reproducidas en el Código Civil, han quedado derogadas, conservando solamente la Ley Hipotecaria su carácter formal, determinado en el artículo 33 de la misma; que con arreglo a lo dispuesto en el artículo 1.880 del propio Código, dicha Ley continúa vigente en lo relativo a la hipoteca, solamente en lo que no haya sido regulado en el capítulo 3.º, título XV, lib. IV del mismo, en cuyo capítulo se halla comprendido el artículo 1.874, que declara hipotecables los derechos reales enajenables con arreglo a las leyes impuestas sobre bienes inmuebles, y como el artículo 480 autoriza la enajenación del derecho real de usufructo, sin distinguir entre el constituido por la Ley, por voluntad de las partes o por prescripción, de ahí que el usufructo legal sea hoy enajenable por el principio que dice: *ubi jex non distinguit, nec nos distinguere debemus*; que evidencia asimismo esta derogación el que en el mismo artículo de la Ley Hipotecaria se prohíbe igualmente el usufructo que las Leyes o fueros especiales concedían al cónyuge superviviente sobre los del difunto, y el regularse en el Código la cuota viudal, se permite no sólo su renuncia gratuita, sino también su compensación por una cantidad en metálico o por determinados bienes; que además de esto, existen diferentes preceptos del Código Civil, de los que se deduce que los padres pueden disponer de dicho usufructo, y así el artículo 1.403 incluye entre los gananciales los frutos de los bienes de los hijos usufructuados por los padres, autorizando el 1.413 al marido para disponer en absoluto de los bienes gananciales, de modo que no sólo puede enajenar los que le corresponden por su usufructo, sino los que pertenecen a la sociedad conyugal por el usufructo de la esposa sobre los bienes de sus hijos de anterior matrimonio; que aparte de esto, el artículo 1.548 permite que el padre pueda arrendar los bienes de sus hijos por seis años, no prohibiéndole que perciba por adelantado las rentas de esos seis años, o al menos de tres, disponiendo de esta forma de los beneficios del usufructo, y pudiendo hacerse ineficaz la prohibición de enajenar; que lo contenido en los artículos 164, 1.363 y 1.548 se refiere a la propiedad, y se funda en la distinción que hay entre los casos en que el padre procede como administrador legal y los en que actúa como usufructuario, pues la efectividad de los contratos que realiza como usufructuario se regulan por el artículo 480, y termina al acabar en su persona la cualidad en que obró; pero si obrara como administrador, los contratos obligarían a sus representados, y de ahí la limitación que dichos artículos contienen; y que respecto al primer defecto, consignado en la nota del Registrador, si no se considera como una excepción del artículo 20 de la Ley Hipotecaria, por nacer el derecho que pretende inscribirse de una declaración general de la Ley, sería en todo caso la falta de inscripción previa del mismo un defecto subsanable;

Resultando que oído el Registrador, expuso: que según se consigna en la Exposición de Motivos de la Ley Hipotecaria, no puede enajenarse el usufructo legal que tienen los padres sobre los bienes de sus hijos menores de edad, porque como derecho personalísimo no es comunicable ni transmisible, siendo parecida la condición de dichos usufructuarios a la de los alimentistas, que lo son por condiciones nacidas de relaciones de familia; que según el artículo 171 del Código Civil, los Tribunales pueden privar a los padres de la patria potestad y del usufructo de los bienes de sus hijos menores, y holgaría esta facultad si tal usufructo fuera enajenable; que en ninguno de los artículos del Código Civil que cita el recurrente se establece que dicho usufructo legal sea hipotecable; que la Ley de bases de dicho Código determina el criterio de mantener y desenvolver en el Código las doctrinas propias de la Ley Hipotecaria, criterio que tiene su sanción en los artículos 608,

1.537 y 1.880 del mismo Código, confirmando la Sentencia del Tribunal Supremo de 25 de octubre de 1895; y que respecto a la falta de inscripción previa, si bien ordinariamente es un defecto subsanable, en el caso presente no se trata de una cuestión de forma, sino de lo que es esencialísimo, de un derecho que no es registrable, o sea, de un imposible legal, y que puede también impugnarse la personalidad del Notario por no haberse denegado la inscripción por defectos en las formas extrínsecas de la escritura, si bien no se opone el informante a que siga aquél entendiendo en la escritura como en causa propia;

Resultando que habiéndose negado la personalidad al Notario recurrente por auto del Juez Delegado, que confirmó el Presidente de la Audiencia, esta Dirección General, en virtud de apelación de dicho Notario, lo revocó, y disponiendo se devolviese el expediente al propio Juez Delegado para que dictara sobre el fondo del asunto la resolución que estimara procedente;

Resultando que el expresado Juez dictó, en consecuencia, nuevo auto, declarando improcedente el recurso gubernativo y confirmando la nota denegatoria del Registrador, por considerar que, aparte del defecto subsanable de que adolece el título de que se trata, de no resultar inscrito el derecho que se grava en la mencionada escritura, la otorgante doña Julia Gómez y López, en garantía del préstamo que recibe, hipoteca el usufructo legal que tiene sobre los bienes inmuebles de sus hijos menores de edad, que no es hipotecable, según terminantemente consigna el número 7 del artículo 108 de la Ley Hipotecaria; que esta disposición legal no ha sido derogada por el Código Civil, que, por el contrario, en su artículo 1.880 la declara vigente en términos generales, sin que la parte comprendida en el capítulo en que figura el mencionado artículo contenga disposición que cambie el carácter del derecho que se grava en el título objeto de este recurso, y que no puede tener tal alcance el artículo 1.874, comprendido en dicho capítulo, porque siendo reproducción literal del 106 de la Ley Hipotecaria, la disposición de este último declarando hipotecables los derechos reales enajenables con arreglo a las Leyes, impuestos sobre los bienes inmuebles, venía limitada por el expresado y siguiente artículo 108, que niega aquella facultad y carácter a los padres respecto al derecho a percibir los frutos en el usufructo concedido por las Leyes sobre los bienes de sus hijos menores;

Resultando que apelado dicho auto por el Notario recurrente, fue confirmado por el Presidente de la Audiencia, aceptando sus fundamentos;

Vistos los artículos 159, 160, 163, 171, 480, 608, 1.548, 1.874 y 1.880 del Código Civil; 107, número 2.º, y 108, número 7.º de la Ley Hipotecaria; 3.º y 6.º de la Instrucción sobre la manera de redactar los instrumentos públicos sujetos a registro, y las Sentencias del Tribunal Supremo de 7 de julio de 1892 y 27 de septiembre de 1893;

Considerando que la cuestión que ha dado origen al presente recurso versa sobre si después de la publicación del Código Civil se halla o no en vigor el número 7.º del artículo 108 de la Ley Hipotecaria, que prohíbe la hipoteca del derecho a percibir los frutos en el usufructo concedido a los padres sobre los bienes de sus hijos;

Considerando que, según declara el artículo 1.880 del referido Código, continúan vigentes las prescripciones de aquella Ley en cuanto se refiere a la forma, extensión y efectos de la hipoteca, así como en lo relativo a su constitución, modificación y extinción y a lo demás no comprendido en el capítulo III, título XV, libro IV;

Considerando que en ese capítulo no se comprende precepto alguno declarativo de que sea hipotecable el usufructo legal que tienen los padres sobre los bienes de sus hijos, ya que el artículo 1.874, incluido en tal capítulo, en el que el recurrente se funda para sostener que, con relación a ese caso, no rige la Ley Hipotecaria, se limita a reproducir el 106 de ésta, que declara que sólo podrán ser hipotecados los bienes inmuebles, y los derechos reales enajenables con arreglo a las leyes impuestas sobre los mismos inmuebles, y por ello no introduce innovación alguna;

Naturalmente, a nada de esto responde la cuota legítima del cónyuge *supérstite*, tal como se resalta en la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de España, de 11 de mayo de 1917, al indicar:

limo. Sr.: En el recurso gubernativo interpuesto por el Notario don Joaquín Duran Mendoza, contra la negativa del Registrador de la Propiedad de Don Benito, a inscribir dos escrituras de compra-venta, pendiente en este Centro por apelación del Registrador;

Resultando que doña María López Benítez falleció en Guareña el día 9 de octubre de 1914, bajo testamento otorgado el día anterior en la misma villa, en el cual instituyó por su única y universal heredera a su hija doña Casimira Cortés López, sin perjuicio de la cuota viudal usufructuaria que correspondiera a su marido don Juan Cortés García;

Resultando que, a 2 de octubre de 1915, y ante el Notario recurrente, los nombrados don Juan y doña Casimira Cortés, con licencia

Considerando que el artículo 480 del Código Civil, que permite al usufructuario enajenar su derecho de usufructo, sin distinguir entre el voluntario y el legal, no está comprendido en el referido capítulo, por lo cual no debe estimarse como derogatorio del artículo 107 de la Ley Hipotecaria;

Considerando, a mayor abundamiento, que si bien el citado artículo 480 no exceptúa expresamente el usufructo inherente a la patria potestad, al establecer que pueden enajenarse los derechos usufructuarios, el artículo 1.548 claramente lo exceptiona al prohibir que el padre arriende los bienes de los hijos por más de seis años, equiparando sus facultades a las del administrador que no tiene poder especial, pues esa limitación es incompatible con el precepto absoluto del 480, que permite la enajenación, ya que ésta es acto jurídico de mayor alcance que el arrendamiento, forma en muchos casos de mejor y más ventajoso aprovechamiento y disfrute de la propiedad; y la incompatibilidad de ambos preceptos demuestra que el legislador, al redactar el artículo 480, partía de la base de que los derechos usufructuarios del padre no podían enajenarse;

Considerando que confirman esta doctrina las Sentencias del Tribunal Supremo de 7 de julio de 1892 y 27 de septiembre de 1893, que se inspiran en la naturaleza jurídica del derecho usufructuario que acompaña a la patria potestad, relacionándola con aquel deber que quien la ejerce tiene de alimentar y educar al menor, y si la jurisprudencia civil reconoce el mejor derecho del hijo frente a los acreedores del padre, no cabe dudar que, si se autorizara la libre enajenación de los derechos usufructuarios, aun en la natural condición de que pudieran rescindirse los contratos cuando el menor no obtuviera del padre los medios necesarios para la alimentación y educación, sobrevendrían tales perturbaciones en las relaciones de familia, que resultaría odioso el precepto que esa enajenación autorizara, y mucho menos cabe autorizarla mediante una interpretación violenta de los artículos del Código Civil que se han mencionado;

Esta Dirección General ha acordado que no ha lugar a declarar que la escritura objeto del presente recurso se halla extendida con arreglo a las formalidades y prescripciones legales, y que, en su consecuencia, no es inscribible, confirmándose en estos términos la providencia apelada.

Lo que, con devolución del expediente original, comunico a V. I. a los efectos consiguientes. Dios guarde a V. I. muchos años.—Madrid, 12 de diciembre de 1902.—*El Director General*, JUAN DE LA CIERVA Y PEÑAFIEL.—*Señor Presidente de la Audiencia de Madrid*.

ésta de su marido, otorgaron escritura pública de venta de una tierra de calma y del dominio útil de media suerte de tierra de labor a favor de don Juan Francisco de Llanos González, y a 7 del indicado mes y año, en la misma villa y ante el mismo Notario, los expresados don Juan y doña Casimira Cortés, con licencia de su marido, vendieron una tierra de secano a don Pedro Muñoz Hurtado; pidiendo en ambas escrituras el viudo e hija de la finada doña María López, que se inscribieran las fincas previamente a sus nombres, sin indicar la porción respectiva;

Resultando que presentadas las respectivas escrituras en el Registro de la Propiedad de Don Benito, fueron objeto de la siguiente calificación: «No admitida la inscripción del documento que precede por los siguientes defectos: 1.º Porque solicitándose la inscripción previa de la finca a que se refiere a favor del viudo y de la heredera por los derechos hereditarios de ambos, no se determina la porción que a cada uno de ellos corresponde en la misma; y 2.º Porque si la parte que corresponde al viudo es, como se desprende de esta escritura y del hecho de aparecer del Registro adquirida la finca a título lucrativo por la mujer, en concepto de heredero por su cuota legal usufructuaria, resultaría enajenado por el viudo un derecho que con arreglo a la Ley no es enajenable, sin tomarse anotación preventiva por no haberse solicitado, y además en cuanto a la enajenación realizada por el viudo de la parte que en la finca puede corresponderle, por el carácter de insubsanable del segundo de los defectos señalados»;

Resultando que contra las expresadas notas interpuso el recurso reglamentario el Notario autorizante, alegando: que el artículo 834 del Código Civil, en su párrafo segundo determina que la porción en usufructo correspondiente al cónyuge viudo, cuando no hay más que un solo hijo es la del tercio destinado a mejora, fijando el 838 la forma de pago y la garantía del mismo y, en su consecuencia, la heredera única doña Casimira tiene el pleno dominio en las dos terceras partes y la nuda propiedad en la tercera restante, cuyo usufructo pertenece a su padre don Juan Cortés; que los artículos 480 y 498 del mismo texto conceden al usufructuario la facultad de enajenar su derecho, sin que exista disposición legal que exceptúe de esta regla general al usufructo del viudo; que el mismo puede renunciar el usufructo (caso 4.º del art. 513) adquiriéndolo el comprador de la nuda propiedad, y no a otra cosa equivale la facultad de recibir un capital en efectivo en pago del mismo; que, por último, la Resolución de 9 de enero de 1915, reconoce como válidas las enajenaciones hechas de consumo por el cónyuge viudo y los here-

deros del finado, por representar en toda su integridad los derechos de un patrimonio en liquidación;

Resultando que el Registrador sostuvo la procedencia de su nota, afirmando que al solicitar la previa inscripción a favor de los vendedores, debiera de haberse determinado la porción ideal que a cada comunero pertenecía en la cosa común; que ni el Registrador tiene el deber de practicar oficiosamente las cuentas de partición, ni está facultado para fijar la cuota viual o la extensión del derecho que se inscriba; que la Resolución de 9 de enero de 1915 se refería a bienes gananciales, mientras que en el presente caso se trata de fincas patrimoniales de la difunta, teniendo lugar la adquisición, inscripción y enajenación de las mismas antes de liquidar la sociedad de gananciales; que el Tribunal Supremo y esta Dirección General han establecido una excepción a la regla general del artículo 480 del citado Código Civil, al prohibir la enajenación por el padre del usufructo familiar como el discutido, que le corresponde sobre los bienes de los hijos; que el artículo 108 de la Ley Hipotecaria prohíbe la hipoteca, derecho real de menor trascendencia que la enajenación inmediata del dominio, por las razones desenvueltas en la exposición de motivos de la primitiva, que son aplicables al caso actual; que la nueva redacción del número 2.º del artículo 108 de la misma Ley indica que se persevera en la manera de pensar de los autores de la primitiva, en punto a impedir que el cónyuge viudo consuma prematuramente lo que se le concede, consultando al decoro y a la buena memoria de la persona a que estuvo unido en vínculo conyugal, y que se desprende tal doctrina de las Resoluciones de este Centro de 12 de diciembre de 1902 y 17 de julio de 1907;

Resultando que el Notario insistió en sus apreciaciones, por entender que la extensión del derecho está clara en las escrituras principales, y que la facultad de enajenar el usufructo viual se desprende de los artículos citados en el escrito de interposición del recurso, y en especial del 838 del mencionado Cuerpo legal al establecer que los herederos pueden satisfacer en dinero la parte del usufructo que les corresponda;

Resultando que el Presidente de la Audiencia declaró bien extendidas las escrituras objeto del recurso, por considerar que, dada la simplicidad de los supuestos en que descansan, se halla determinada la extensión del derecho cuya inscripción se pretende; que no puede equipararse la cuota viual usufructuaria, concedida por el Código, al usufructo de los padres, ni al desenvuelto por las legislaciones forales, por redundar aquél en provecho personal del cónyuge

supérstite, y atender los últimos al beneficio de la comunidad familiar; que de los términos del artículo 838 de aquel texto se desprende con toda evidencia que el legislador no ha querido declarar inalienable el derecho de usufructo; y que la Resolución de 17 de julio de 1907 se refiere a un caso completamente distinto del examinado;

Vistos los artículos 480, 513, 834 y 838 del Código Civil; 70 y 71 del Reglamento para la ejecución de la Ley Hipotecaria, y la Resolución de esta Dirección de 17 de noviembre de 1916;

Considerando que la inscripción de bienes adquiridos por herencia, tanto testada como intestada, puede solicitarse, según el artículo 71 del Reglamento Hipotecario, bien para hacer constar el derecho hereditario de los solicitantes expresando la parte que a cada uno de ellos corresponde en el patrimonio, bien para provocar el paso de la propiedad registrada desde el causante a los herederos mediante la partición, indicando la parte alícuota correspondiente a cada uno de los interesados, si las fincas o derechos continuasen proindiviso;

Considerando que los vendedores don Juan Cortés y su hija doña Casimira han pedido la inscripción previa de la partición que cada uno de ellos tiene en las fincas vendidas, sin expresar cuál fuere, y aunque el precepto terminante del párrafo segundo del artículo 834 del Código Civil parece hacer innecesaria la determinación de las porciones respectivas, es evidente que tanto por los peligros que la oficiosa intervención de los Registradores en tales extremos provocaría, como por no tratarse de la inscripción del derecho hereditario, sino de la adjudicación previa de varias fincas que forman parte del caudal relicto; pero pueden ser distribuidas arbitrariamente por los interesados, debió hacerse constar en las escrituras la extensión de los derechos inscribibles, máxime si se atiende a que se han realizado dos ventas diferentes con precios y responsabilidades individuales, y a que, según el artículo 70 del citado Reglamento, las inscripciones de partes indivisas de una finca o derecho, precisarán la porción ideal de cada condueño, con datos matemáticos que permitan conocerla indudablemente;

Considerando que la Comisión de Codificación, al interpretar la 17.^a de las bases de la Ley de 11 de mayo de 1888, que ordenó se estableciera a favor del viudo o viuda el usufructo que alguna de las legislaciones especiales le conceden, no pretendió copiar en toda su extensión los usufructos forales, sino adaptarlos al régimen familiar castellano, tratando de obviar los obstáculos que a la formación de nuevas familias oponen, y de atenuar los conflictos que las segundas

nupcias provocan con excesiva frecuencia en las liquidaciones hereditarias de derecho común;

Considerando que a tales prevenciones responde el artículo 838 del mismo Código, que sin encerrar el usufructo del viudo en los estrechos límites de una pensión alimenticia, favorece las soluciones más libérrimas de las cuestiones planteadas en las operaciones particionales, permitiendo que los herederos satisfagan los derechos del cónyuge *supérstite*, asignándole una renta vitalicia, los productos de determinados bienes o, un *capital en efectivo*;

Considerando que sería incongruente la interpretación del mencionado artículo que negase al cónyuge propietario de los bienes entregados como valor de su cuota viudal, la facultad de hipotecarlos y enajenarlos, puesto que reduciría, en cierta manera, el pleno dominio de la suma recibida en el concepto de usufructo capitalizado, a un derecho de goce de límites tanto más reducidos, arbitrarios e inciertos, cuanto más exagerada sea la analogía entre los referidos derechos y las pensiones alimenticias, por lo que hace referencia, no a la causa que las produce, sino a la forma jurídica en que se desenvuelven;

Considerando que tampoco puede afirmarse que el legislador español haya establecido y desenvuelto el usufructo viudal, con exclusiva atención a la subsistencia y decoro del cónyuge *supérstite*, porque, entre otras razones, no se refiere para fijar su criterio a la dote, a la fortuna, ni al sexo de aquél, ni a las necesidades del presunto alimentista, ni a la celebración de posteriores nupcias; y antes bien, concediendo a la sociedad conyugal la potencialidad que su organización entraña, ha hecho trascender al efecto recíproco de los esposos y la comunidad de sentimientos, relaciones y vida, cuando no la de hijos o descendientes, al derecho sucesorio;

Esta Dirección General ha acordado, confirmando en parte la providencia apelada, declarar que las escrituras objeto del recurso no se hallan, por lo que se refiere al primer motivo, redactadas con arreglo a las prescripciones y formalidades legales;

Lo que, con devolución del expediente original, comunico a V. I. a los efectos consiguientes. Dios guarde a V. I. muchos años. Madrid, 11 de mayo de 1917.—*El Director General*, JOSÉ ROSADO.—*Sr. Presidente de la Audiencia de Cáceres*.

Todo lo contrario ocurre con los derechos de uso y habitación.

Respecto del uso, concebido, además, como prototipo de estas *servidumbres personales* (hecha abstracción del fundamental usufructo: art. 467 del Código Civil), originalmente autorizaba al aprovechamiento de determinados

bienes y con el fin de satisfacer concretas necesidades mediante el empleo de dichos bienes, de manera tal que en frase gráfica *el uso autorizaba al uso* (*cuius usus derelictus est uti potest frui non potest*, D. 7, 8, 2, pr.); pero dicho rigor y concepción estricta se fue atenuando y bajo el criterio de que, con frecuencia, el mero uso no significa perjuicio alguno para el bien usado, el propio Derecho romano amplió su contenido, de manera tal que el viejo aserto (*nudus usus id est sine fructu*) sufrió amplia reforma (cfr. D. 7, 8, 2, 1; D. 7, 8, 12, 1; D. 7, 8, 8, pr.). Esa ampliación serviría para modelar el derecho de habitación. Ya Justiniano (D. 7, 8, 2, 1) permitió que el usuario pudiera arrendar la parte de la casa que excediera de las necesidades de su familia, siempre que aquél viviera en la misma casa; y, por otro lado, cuando el uso recaía sobre un fundo, el usuario podía aprovecharse de aquella parte de los productos del mismo que fuese necesaria para la alimentación de su familia y huéspedes y, si bien siempre existieron ciertas peculiaridades en el Derecho tradicional, los autores fueron parificando ambos derechos.

La configuración de personalísimos y con un contenido definido por las necesidades del usuario o del habitacionista, explican la exclusión del tráfico de ambos institutos (arts. 455, 457, 460, 461 del Código Civil), entre otras razones porque es imposible la determinación *a priori*, frustrándose así el principio de especialidad de la hipoteca.

ROCA SASTRE (17) se hace eco del criterio de autores como MANRESA y VALVERDE, quienes estiman posible hipotecar tales derechos con fundamento en lo previsto en el artículo 455 del Código Civil, que remite el contenido de estos derechos al título constitutivo, y por lo dispuesto en el artículo 456 («Los derechos de uso y habitación no se pueden arrendar ni traspasar a otro por ninguna clase de título»), los cuales afirman que por virtud del título constitutivo pueden configurarse transmisibles. Realmente, el artículo 456 es un límite total impuesto al artículo 455 que llega, incluso, a prohibir una simple relación personal (arrendamiento), compartiendo el criterio de Venezian, para quien en tales situaciones no se estaría ya ante un uso o una habitación, sino que se trataría de modalidades atípicas de usufructo, modificado en su extensión.

La fórmula general recogida en el apartado 4.º del artículo 159, en su remisión al artículo 158, es francamente feliz, pues elude la exclusión de hipotecabilidad de otros derechos reales que no aparecen enumerados en los tres primeros apartados y que tampoco son susceptibles de hipoteca, si bien dicha exclusión opera igualmente por la fórmula del artículo 157.2.º, al reclamar en todo caso la enajenabilidad. Así, y por ejemplo, queda excluida la hipotecabilidad del *derecho hereditario*, no empece la admisión de su im-

(17) *Op. cit.*, IV, pág. 173.

sible *inscripción* (18) en el artículo 38.6.º de la Ley; y ello debido a que la cualidad de heredero es personalísima y quien lo sea solamente puede transferir los bienes en que la herencia consista (19).

Junto a ambas reglas generales, de hipotecabilidad y exclusión, el artículo 158 se preocupa de enumerar un conjunto de derechos que estima hipotecables, y que en la doctrina se califican de *hipotecables con restricciones*.

Así, es hipotecable «el derecho de usufructo, pero quedando extinguida la hipoteca cuando concluya el mismo por un hecho ajeno a la voluntad del usufructuario. Si concluyere por su voluntad, subsistirá la hipoteca hasta que se cumpla la obligación asegurada, o hasta que venza el tiempo en que el usufructo habría naturalmente concluido a no mediar el hecho que le puso fin». Se ha seguido aquí la misma expresión que mantiene el artículo 107.2.º de la Ley de 1893 (y art. 107.1.º de la Ley española), siquiera, como señala

(18) VÁZQUEZ BOTE, *Tratado*, XV.

(19) Resolución de 29 de agosto de 1925:

lmo. Señor: En el recurso gubernativo interpuesto por don Valentín Rubal Andrade, contra la negativa del Registrador de la Propiedad de Alcalá de Henares a inscribir una escritura de adjudicación de derechos hereditarios, pendiente en este Centro por apelación del recurrente;

Resultando que don José Inclán y López, durante su matrimonio con doña Ana María Fernández, adquirió, por compra a don Felipe López Ralín, un solar o parcela de tierra en término de Vallecas, habiendo fallecido dicha señora el 20 de agosto de 1905 sin haber otorgado testamento y sin practicarse por entonces operación testamentaria alguna, y por escritura de 22 de octubre de 1912, otorgada ante el Notario de esta Corte, don Eduardo del Castillo Infante, el señor Inclán compró a un hijo suyo, don Miguel Inclán Fernández, la participación que a éste pudiera corresponderle en la herencia materna;

Resultando que el 20 de abril de 1917 falleció don José Inclán, bajo testamento otorgado en 1 de julio de 1914, ante el Notario que fue de esta Corte, don José Delfín Piniés Cambray, y en el que, después de hacer mención de la expresada compra de derechos a la herencia materna que hizo a su hijo don Miguel, legó a su hija, doña Ana Inclán Fernández, los tercios de mejora y libre disposición, y en cuanto al remanente instituyó herederos, por terceras partes, a esta misma, a su otro hijo, el expresado don Miguel, y a los descendientes o descendiente de otro hijo llamado don Manuel Inclán, fallecido con anterioridad y, en caso de que no hubiera dejado descendientes, serían herederos únicamente los repetidos doña Ana y don Miguel;

Resultando que por escritura otorgada ante el Notario de esta capital, don Cándido Casanueva y Gorjón, el 5 de junio de 1919, don Miguel y doña Ana Inclán Fernández vendieron a don Valentín Rubal Andrade, el primero, su participación en la herencia de su padre, don José, pues lo que le pudiera corresponder en la materna lo vendió a éste con anterioridad, según se ha dicho, y la segunda, sus participaciones en ambas herencias;

Resultando que en autos de juicio verbal civil seguidos en el Juzgado municipal de Chamberí, de esta Corte, promovidos por don Valentín Rubal contra los causahabientes de don Manuel Inclán Fernández, fueron éstos condenados a pagar la suma de 210 pesetas a aquél y las costas del juicio, siguiéndose éste por sus trámites hasta el de subasta de los bienes que se embargaron, los que fueron adjudicados a dicho señor Rubal por las dos terceras partes de su avalúo, consistiendo lo adjudicado, según certificación que se presentó en el Registro de la Propiedad con primeras copias de las escrituras

y testamento relacionados, en los derechos que pudieran corresponder al difunto don Manuel Inclán, a la sazón a sus causahabientes, en las herencias de sus padres, don José y doña Ana, y que no consistían en otra cosa que la parcela de tierra en Vallecas, ya referida;

Resultando que por auto de 27 de marzo de 1920, dictado por el Juzgado del Congreso, de esta Corte, fueron declarados únicos herederos de doña Ana Fernández Vázquez, sus tres hijos don Manuel, don Miguel y doña Ana Inclán Fernández;

Resultando que el 10 de octubre de 1923 compareció don Valentín Rubal Andrade ante el Notario de esta Corte, don Federico Plana Pellisa, y después de exponer como antecedentes en la escritura los consignados en Resultandos anteriores, otorgó: 1.º, que le correspondían cuantos derechos pudieran existir sobre las herencias de don José Inclán y doña Ana Fernández, por la cesión que le hicieron don Miguel y doña Ana Inclán Fernández por la escritura de 5 de junio de 1919 y por la sentencia dictada por el Juzgado municipal de Chamberí; 2.º, que el caudal de bienes de ambas herencias lo constituía únicamente la tierra de Vallecas, cuyo valor era de 1.000 pesetas; 3.º, que como interesado único en esas herencias se adjudicaba aquella parcela, haciendo constar que si aparecieran otros bienes haría la oportuna manifestación; y, por último, declaró que, dueño ya él de la repetida tierra o solar, había edificado sobre él una casa, que se describe en el documento, solicitando del Registrador que la inscribiera a nombre del otorgante;

Resultando que presentada la anterior escritura con las de 22 de octubre de 1912, 5 de junio de 1919, la copia del testamento de don José Inclán, el testimonio del auto de declaración de herederos de doña Ana Fernández Vázquez, la copia de la sentencia dictada por el Juzgado de Chamberí y certificación de cuáles son los bienes adjudicados al señor Rubal, con las oportunas certificaciones de última voluntad y cartas de pago del impuesto de Derechos reales en el Registro de la Propiedad de Alcalá de Henares, el Registrador consignó la siguiente calificación: «Denegada la inscripción de este documento y demás que se acompañan por aparecer inscrita la finca a nombre de don José Inclán, persona distinta de los vendedores; y por ser precisa la previa inscripción de los bienes testamentarios de doña Ana María Fernández Vázquez y don José Inclán López, a favor de los interesados en los mismos para poder inscribir después las transmisiones que éstos hagan de los mismos»;

Resultando que don Valentín Rubal Andrade recurrió gubernativamente contra la calificación anterior por los siguientes razonamientos: que la calificación del Registrador infringe el artículo 2.º de la Ley Hipotecaria y la constante doctrina proclamada por este Centro, acerca de la inscripción de derechos hereditarios, su consideración de real y enajenación de los mismos; que teniendo en cuenta el valor gramatical de las palabras de dicho artículo y el espíritu que las informa, es incuestionable que los testamentos y los autos de declaración de herederos son los verdaderos títulos traslativos del dominio y derechos pertenecientes a los respectivos causantes, de tal modo que las particiones y adjudicaciones son exclusivamente documentos complementarios y sólo con semejante carácter son inscribibles; que con arreglo al artículo 657 del Código Civil, desde el momento del fallecimiento de una persona se transmiten sus bienes a sus herederos, ya lo sean por testamento o abintestato, siendo la consecuencia ineludible que, en igual forma, ya se trate de uno solo o de varios, deben tener y tienen libre y expedito el Registro para solicitar y obtener se haga constar el derecho hereditario, a continuación de las inscripciones a favor de su causante, no siendo necesario el otorgamiento de la previa escritura de adjudicación, bastando se presente copia autorizada del testamento o testimonio de la declaración de herederos abintestato, y en el primer caso el certificado del Registro general de actos de última voluntad, si el testador hubiese fallecido después del 31 de diciembre de 1885; que así lo proclaman la doctrina del artículo 2.º de la Ley Hipotecaria y las Resoluciones de este Centro de 13 de julio de 1893, 12 de febrero de 1896, 1 de julio y 29 de mayo de 1863, 2 de marzo y 26 de noviembre de 1864, 7 de

octubre de 1880 y 13 de marzo de 1883; que dichos preceptos y Resoluciones sancionan la doctrina de que el derecho hereditario es considerado como un derecho real y, por consiguiente, debe ser inscribible su enajenación, aunque no se haya verificado la adjudicación correspondiente, si concurre la circunstancia de hallarse previamente inscrito a favor del transmitente; que autorizada la inscripción del título de herencia, sin establecer distinción alguna de la forma, ni del número de herederos instituidos o declarados, es indiscutible que procede del mismo modo la inscripción de las enajenaciones o cesiones que de su respectivo derecho hagan las personas que a su nombre los tengan inscritos, declarándolo así la Resolución de esta Dirección General de 16 de diciembre de 1876; que también ha de hacer especial mención, que a la fuerza del testamento y su consideración de título inscribible no se opone en modo alguno el que dejen de especificarse los bienes, porque ni hay precepto que contenga tal exigencia, ni existe posibilidad de que lo haga, ya que ni el mismo testador puede saber los bienes que en su día constituirán la herencia, por cuyo motivo la Resolución de 2 de marzo de 1864 declara que tal falta de especificación no constituye defecto que impida inscribir un testamento; que aplicando la doctrina invocada al caso concreto, motivo de este recurso, se deduce con innegable evidencia: 1.º, que el derecho a la herencia de doña Ana María Fernández Vázquez a favor de sus tres hijos legítimos don Manuel, don Miguel y doña Ana Inclán Fernández, es perfectamente inscribible por haberse presentado el testimonio del auto de declaración de herederos abintestato; 2.º, que también lo es la venta que de dichos derechos a la herencia materna hizo don Miguel Inclán Fernández a favor de su padre, don José Inclán y López, por haberse acompañado primera copia de la escritura en que tuvo efecto la expresada enajenación de derecho real; 3.º, que igualmente procede lo del derecho a la herencia de don José Inclán y López a favor de sus hijos doña Ana y don Miguel y el descendiente o descendientes que hubiere dejado su otro hijo don Manuel, por haberse presentado en la propia forma todos y cada uno de los documentos exigidos, o sea, primera copia del testamento y certificación del Registro general de actos de última voluntad; 4.º, que del mismo modo lo es la de los derechos de doña Ana Inclán Fernández y los descendientes de su hermano don Manuel a la herencia de su madre, doña Ana María Fernández Vázquez, y los de éstos y don Miguel Inclán Fernández a la de su padre, don José Inclán López, todos ellos a favor del recurrente, por presentarse la primera copia de la escritura de venta de dichos derechos hereditarios y testimonio de adjudicación, a causa de sentencia firme recaída en autos de juicio verbal civil; y 5.º, que inscritos los mencionados derechos hereditarios en toda su plenitud a favor del que informa, estaba en su derecho de adjudicarse la finca que constituye los únicos bienes de la herencia, siendo, por tanto, ajustada a derecho la inscripción de la escritura de manifestación de ellos y declaración de obra nueva; que en la nota calificadora se ha olvidado, siquiera sea momentáneamente, que son inscribibles los derechos hereditarios con la sola presentación de los testamentos y autos de declaración de herederos abintestato, que son los verdaderos títulos traslativos del dominio y derechos pertenecientes a los causantes; que aquéllos, por tener la indiscutible condición de derechos reales, son lícita y válidamente enajenables, y, por último, que la venta y adjudicación que se hizo a favor del que informa no fue de ninguna finca determinada, sino de todos los derechos a las herencias de doña Ana María Fernández Vázquez y don José Inclán López, surgiendo como consecuencia clara que, inscribiéndose dichos derechos, en primer término, a nombre de los herederos, no puede haber obstáculo legal alguno para la inscripción posterior, y si alguna duda hubiere, que no la hay, desaparece en absoluto teniendo presente el artículo 71 del Reglamento Hipotecario, en el cual se concretan los documentos necesarios para la inscripción de los derechos hereditarios;

Resultando que el Registrador de la Propiedad alegó, en defensa de su nota: que el escrito del recurrente se reduce a hacer consideraciones y a enseñar que el derecho hereditario es inscribible y a solicitar que, después de dejar sin efecto su nota, se ordene

practicar las inscripciones; que por nadie se le ha pedido la inscripción de derechos hereditarios, y con ninguno de los documentos que van unidos a la escritura calificada se podría hacer, como es de apreciar al examinarlos separadamente; que reproduce la nota basada en el artículo 20 de la Ley Hipotecaria; que teniendo en cuenta dicho artículo, resulta que don Valentín Rubal ha adquirido los derechos hereditarios, según afirma, de los hijos de doña Ana María Fernández y don José Inclán, y tales hijos no tienen inscrita la parcela de terreno que él pretende inscribir y en que dice se concretan aquellos derechos hereditarios; en cambio, está registrada a favor de don José Inclán, con quien no ha tenido trato alguno el señor Rubal, y que es persona distinta de los que al mismo transmitieron; que, por tanto, la denegación de inscripción del documento está impuesta por ministerio de la Ley; que no hay posibilidad de pasar por alto todas las transmisiones que ha habido desde que falleció doña Ana, en 1905, en que ya debió liquidarse la sociedad conyugal hasta llegar a que el señor Rubal en 1923 se considere único heredero de aquella señora y de su esposo en la escritura de manifestación de bienes motivo de este recurso; que en cuanto a los documentos que van unidos a la escritura, debe manifestar que en ninguno de ellos se describe ni menciona la parcela de terreno que pretende inscribir el señor Rubal, ni se determina tampoco la participación que a cada heredero corresponde en el patrimonio hereditario, requisito que exige el artículo 71 del Reglamento Hipotecario para inscribir el derecho hereditario; que, por lo tanto, con semejantes documentos no hay posibilidad de practicar inscripciones que no es cierto se pretendieran, ni tienen por qué pedirse ahora, y que como el motivo en que el recurrente fundamenta el recurso no tiene relación con su calificación, considera que deben rechazarse de plano sus peticiones, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 124 del Reglamento Hipotecario;

Resultando que el Presidente de la Audiencia confirmó la nota puesta por el Registrador de la Propiedad de Alcalá de Henares al pie de la escritura otorgada por don Valentín Rubal el 10 de octubre de 1923, ante el Notario de esta Corte don Federico Plana, con imposición de costas al recurrente, en virtud de razones análogas a las expuestas por dicho Registrador en su informe;

Resultando que don Valentín Rubal se alzó de la anterior resolución presidencial ante este Centro, por los siguientes fundamentos; que a fin de que se practicaran las oportunas inscripciones, se presentaron todos y cada uno de los documentos exigidos en el artículo 71 del Reglamento Hipotecario, por cuyo motivo no se le alcanza el obstáculo legal que pueda existir para que se verifiquen con la prelación que en cada caso corresponda, y que desde el momento que se presentaron en el Registro todos los documentos que justifican los derechos hereditarios, así como las enajenaciones que han tenido lugar, dicho hecho implica la solicitud de inscripción, circunstancia reconocida por el Registrador al consignar de un modo expreso en su nota que denegaba la inscripción de la escritura y demás documentos que se acompañaban a la misma;

Vistos los artículos 2.º, 8.º, 20, 21, 23 y 24 de la Ley Hipotecaria; 71 del Reglamento para su ejecución, y las Resoluciones de este Centro de 16 de diciembre de 1876, 7 de octubre de 1880, 25 de febrero de 1888 y 16 de diciembre de 1904;

Considerando que la situación jurídica de una masa hereditaria correspondiente a varias personas se distingue de la copropiedad «proindiviso» inscribible por cuotas: primero, en que se refiere a un patrimonio y no a un objeto singular; segundo, en que el coheredero no puede disponer hipotecariamente de la parte de un inmueble que acaso haya de pertenecerle cuando se realice la partición, y tercero, en que está admitida la inscripción sobre una finca cualquiera de las cuotas que a los coherederos se atribuyen en la unidad patrimonial, aunque ésta pueda contener inmuebles inscritos en diferentes Registros a nombre de los causantes;

Considerando que el acto en cuya virtud un coheredero enajena la porción hereditaria de que es titular a un extraño, no transfiere al adquirente la cualidad de heredero, por más que el cedente se halle obligado a responderle de ella, ni la de titular futuro de los bienes

el propio ROCA SASTRE (20), era más feliz la fórmula original de la Ley de 1861, que autorizaba la hipoteca del derecho a percibir los frutos; cambio de expresión derivado de la transmisibilidad del usufructo regulada en el Código

y derechos que hayan de corresponder al mismo en la partición, sino que provoca una transmisión presente de fuerza intermedia entre la sustitución total de una persona por otra y la venta de cosas futuras, que, sin privar al coheredero de su condición de tal, coloca al comprador en situación de aprovechar y ejercer directamente cuantos derechos y facultades transmisibles correspondiesen al coheredero mismo en el patrimonio relicto;

Considerando que si se inscribiera el derecho hereditario, sin adjudicación de bienes y en los términos fijados por el artículo 71 del Reglamento Hipotecario, a favor de varios coherederos, podría el tercero que hubiera adquirido de cualquiera de éstos su cuota hereditaria pedir que se rectificase el Registro, es decir, que se practicara una nueva inscripción acreditativa de su posición jurídica, y aunque los principios fundamentales del sistema no fueran directa y absolutamente aplicables a esta transferencia, como no lo serían en el supuesto de que se sustituyese a una persona que forma parte de una sociedad por otra distinta, serviría la inscripción en su día para legitimar los actos de disposición tomados unánimemente por todos los partícipes en la herencia, o las operaciones particionales por los mismos aprobadas;

Considerando que, caso de extender la inscripción de la cuota cedida a don José Inclán por su hijo don Miguel, sin liquidar ni mencionar la sociedad de gananciales, luego el asiento correspondiente a la participación de los dos hijos en la herencia de su madre, más tarde la inscripción del derecho de los mismos hijos en la herencia de su padre, a continuación las adquisiciones contractuales hechas por don Valentín Rubal y Andrade y, en fin, la adjudicación al mismo de los derechos que pudieran corresponder a don Manuel Inclán o a sus causahabientes, llevarían consigo todas estas operaciones varios cambios de módulo o unidad, que sólo servirían para oscurecer el Registro, porque en unos momentos las porciones, o, mejor dicho, las cuotas indeterminadas, tendrían por denominador la herencia de la madre, formada, según parece, por su parte en una sociedad de gananciales que no se liquida, en otros se referirían a la herencia del padre, constituida por su parte en la sociedad de gananciales, más la cuota comprada al hijo, y en todo momento, la cosa transmitida sería diferente de la finca en cuyos folios se hacen los asientos con grave riesgo de confusión para todos los interesados en conocer la situación hipotecaria;

Considerando, por otra parte, que una vez demostrada la acumulación en el señor Rubal de todos los derechos de los cónyuges, doña Ana María Fernández y don José Inclán, puede hacer aquel cesionario las declaraciones que juzgue oportunas sobre la única finca a los mismos cónyuges perteneciente y llegar por este camino a la adjudicación deseada, no de un salto, sino mediante las transmisiones que acrediten el historial del inmueble y confirmen el tracto sucesivo,

Esta Dirección General ha acordado confirmar el Auto apelado y la nota del Registrador.

Lo que, con devolución del expediente original, comunico a V. I. para su conocimiento y efectos consiguientes. Dios guarde a V. I. muchos años.—Madrid, 29 de agosto de 1925.—*Por el Jefe superior de los Registros y del Notariado*, RAFAEL ATARD.—*Señor Presidente de la Audiencia de Madrid*.

(20) Escribe ROCA SASTRE que «el artículo 480 del Código Civil español sigue el sistema francés, estableciendo que el usufructuario podrá "enajenar su derecho de usufructo"; pero como la distinción romana está fundada en la naturaleza jurídica de las cosas, en el fondo, viene a seguir la doctrina clásica.

Es este un punto muy discutido, pero no cabe duda que la tesis que sólo permite enajenar en el usufructo el derecho de percibir los frutos, responde a exigencias institu-

Civil, que modificó la orientación del Derecho romano, declarando el usufructo personalísimo y autorizando simplemente la cesión de su contenido económico. Decía la E. de M. de la Ley de 1861, que «regla general es que el usufructuario no pueda enajenar ni la cosa de que no es dueño, ni el mismo derecho de usufructo, que como personalísimo, no es comunicable, ni transmisible, dependiendo, por lo tanto, la duración de la servidumbre, de la vida del usufructuario, o de otra limitación que se haya prefijado; pero puede enajenar los frutos que le han de corresponder mientras exista la servidumbre. Consecuencia de ello es que la hipoteca quede extinguida concluido el usufructo por un hecho ajeno a la voluntad del usufructuario. Mas no debe parar perjuicio al acreedor hipotecario la conclusión de la hipoteca por actos que, o no se desprenden de la naturaleza misma de esta servidumbre personal, o de un pacto ajeno a su constitución, porque de otro modo quedaría al arbitrio del usufructuario la suerte del derecho del acreedor». Expresiones distintas que, se ha entendido, llevan al mismo fin (21).

En la vieja doctrina, GALINDO y ESCOSURA, MORELL y BARRACHINA, tomando como fundamento precepto idéntico al artículo 409 del Código Civil, que declara el usufructo enajenable, planteaban la cuestión de si podía el propietario hipotecar el usufructo con independencia de la nuda propiedad, en

cionales. El usufructo es un derecho personalísimo, subjetivado, o sea, adscrito o vinculado inseparablemente a una persona, debido a que se establece en consideración a la persona en cuyo favor se constituye. Por ello —como dice la exposición de motivos de la Ley de 1861— el usufructo "no es comunicable ni transmisible". El usufructuario podrá enajenar y hacer de su derecho lo que estime conveniente, pero la titularidad del usufructo siempre permanecerá atribuida a él. Si le transmite, en rigor no tendrá lugar una verdadera enajenación, pues en realidad únicamente habrá traspasado su goce, utilidad o ejercicio, o sea, el derecho de percibir los frutos; se habrá desprendido del contenido económico del usufructo, pero continuará siendo el usufructuario, produciéndose una figura análoga —séanos permitido el símil— a la del funcionario excedente.

Este carácter personalísimo del usufructo se comprueba en nuestro mismo Código Civil, a base del que puede denominarse principio de *subsistencia de la responsabilidad* del usufructuario cedente. El artículo 498 dispone que "el usufructuario que enajenare... su derecho de usufructo, será *responsable* del menoscabo que sufran las cosas usufructuadas por culpa o negligencia de la persona que *le sustituya*". El hecho de que, a pesar de la enajenación, el usufructuario deba responder de la conducta del cesionario, es prueba evidente de que no existe verdadera transmisión. Esta debe producir una subrogación perfecta de titularidad, debiendo quedar completamente desligado el transmitente de los hechos posteriores que afectan al derecho cedido y, en cambio, vemos que el usufructuario no desaparece de la escena jurídica, que no queda enteramente desligado del usufructo, en una palabra, que continúa siendo tal usufructuario, si bien con usufructo vacío de contenido económico (*commodum*). Y es que el derecho de usufructo, como el derecho hereditario, son derechos atribuidos a una persona determinada; y con referencia a ella el usufructo subsiste, quedando extinguido cuando la misma fallezca, si antes no ha concluido por otra causa...» (*loe. cit.*, págs. 191-192).

(21) Ver MUÑOZ MORALES, *Lecciones*, II, pág. 29. CAÍÁ, S., «Hipoteca del usufructo e hipoteca de la nuda propiedad», en *RCDI*, 1944.

respuesta afirmativa. Naturalmente, ningún propietario puede hipotecar su derecho de usufructo, pues nadie puede constituir derecho real limitado en cosa propia (el usufructo es *iura in re aliena*). Sin embargo de lo cual, el tema pudo adquirir actualidad en la Resolución de 27 de mayo de 1968 (22),

(22) Resolución de 27 de mayo de 1968:

Excmo. Señor: En el recurso gubernativo interpuesto por el Notario de Caravaca, don Emilio Garrido Cerda, contra la negativa del Registrador de la Propiedad de dicho partido a inscribir una escritura de dote y constitución de hipoteca, pendiente en este Centro en virtud de apelación de recurrente y Registrador;

Resultando que por escritura otorgada en Caravaca ante el mencionado Notario el 12 de mayo de 1966, los cónyuges, don Fulgencio Pedreño Sáez y doña Carmen Serra Ruiz, constituyeron en favor de su hija, doña María del Carmen Pedreño Serra, una dote de doscientas cincuenta mil pesetas que fue garantizada por la esposa, con licencia de su marido, mediante hipoteca sobre el usufructo vitalicio en determinadas fincas sitas en Calasparra, que le pertenecían como consecuencia de división material con sus hermanos y procedentes las indicadas fincas de donación anterior de su madre, doña Juana Antonia Ruiz Pinero, «en cuya donación se determinó que si cualquiera de los donatarios falleciere antes de ocurrir el fallecimiento de la donante, sin dejar descendencia legítima, los bienes donados acrecerían a los sobrevivientes o a sus respectivos descendientes y, si éstos no existiesen, los bienes reverterían a la misma donante»; y que, en el instrumento se hace constar que: «No habiendo fallecido todavía la donante, doña Juana Antonia Ruiz Pinero, subsiste en su integridad la limitación indicada, sin que la misma, sin embargo, afecte al contenido de esta escritura, puesto que, como se indica, la hipoteca afecta exclusivamente al usufructo de las descritas fincas»;

Resultando que presentada en el Registro primera copia de la anterior escritura, fue calificada con la siguiente nota: «Denegada la inscripción del precedente documento, mediante el cual doña Carmen Serra Ruiz constituye hipoteca a favor de su hija, doña María del Carmen Pedreño Serra sobre el usufructo vitalicio de las fincas que se describen en el mismo documento: *Primero*, porque estando las fincas que el documento comprende afectas a las condiciones de la escritura de donación otorgada el día 14 de octubre de 1941 ante el Notario de Madrid, don Toribio Gimeno Bayo, por doña Juana Antonia Ruiz Pinero a favor de sus hijos, don Rafael, doña Julia y la anteriormente expresada, doña Carmen Serra Ruiz, cuyas condiciones no son solamente las que se refieren en el documento de que si los donatarios fallecieron antes de ocurrir el fallecimiento de la donante sin dejar descendientes legítimos, los bienes donados acrecerán a los sobrevivientes o sus respectivos descendientes, y si no existieren los donatarios ni descendientes de éstos, la propiedad transmitida a los donatarios en la parte correspondiente al donatario fallecido sin descendencia legítima revertirá a la misma donante, sino también, y según el Registro, la de que ni los donatarios ni sus descendientes podrán, mientras viva la donante, enajenar los bienes donados, por quedar afectos éstos a esa posible reversión, no pudo doña Carmen Serra Ruiz, vigente la prohibición referida, constituir válidamente la hipoteca a que este documento se refiere. *Segundo*, porque habiéndose constituido la referida hipoteca sobre el usufructo vitalicio de las fincas descritas en el precedente documento, cuyas fincas son propiedad de la señora hipotecante, no ha sido considerado que, siendo el usufructo, de conformidad con el artículo 467 del Código Civil, un derecho sobre bienes ajenos, no pudo dicha señora constituir hipoteca sobre el mencionado derecho de usufructo de dichas fincas, como independiente o separado de las demás facultades que integran su dominio sobre las mismas. *Tercero*, porque no se ha hecho constar en el precedente documento que la hipoteca constituida quedará extinguida al fallecimiento, en este caso, del propietario hipotecante. Los dos

primeros defectos son, en su naturaleza insubsanables, por lo cual no procede anotación preventiva, que tampoco ha sido solicitada»;

Resultando que el Notario autorizante de la escritura interpuso recurso gubernativo contra la anterior calificación y alegó: con relación al primer defecto, que las prohibiciones voluntarias de disponer, según se desprende de los artículos 26 y 27 de la Ley Hipotecaria, deben ser interpretadas restrictivamente, por lo que, cuando se prohíbe «enajenar los bienes donados», no debe comprenderse en tal prohibición la constitución de derechos reales sobre los mismos, y si bien la hipoteca tiene en principio los caracteres de una posible enajenación, hay que tener en cuenta que lo que se hipoteca en el presente caso no es la finca, sino el usufructo vitalicio sobre la misma, por lo cual, la posible enajenación del mismo no afectaría a terceros al extinguirse al mismo tiempo la hipoteca y el usufructo con el fallecimiento de la usufructuaria hipotecante; que, además, la prohibición de disponer tiene un claro fundamento que es garantizar la posible reversión de los bienes a la donante, por lo que, cualquier acto dispositivo que no afecte a dicha posible reversión no debe entenderse incluido en la prohibición establecida; que en cuanto al segundo defecto, si bien la hipotecante aparece como titular del pleno dominio de las fincas hipotecadas, no hay que olvidar que en la donación se establecía una posible reversión, por lo que se está en el supuesto contemplado en el artículo 641 del Código Civil, según el cual, la hipotecante es una auténtica fiduciaria, figura que buena parte de la doctrina y jurisprudencia equipara a la de la usufructuaria; que aun en el supuesto de que así no fuese, no ve inconveniente en que un propietario pleno hipoteque el usufructo vitalicio de determinados bienes, pues aunque algún tratadista es contrario a esta posibilidad, era admitida por el Derecho romano y la aceptan otros ilustres hipotecaristas; que el artículo 107 de la Ley Hipotecaria no pone limitación alguna a la hipotecabilidad del derecho de usufructo y, de acuerdo con el principio de libertad de contratación establecido en el artículo 1.255 del Código Civil, la hipoteca pretendida es perfectamente legal y válida; y que, en cuanto al tercer defecto, no hay necesidad de hacer constar condiciones y circunstancias perfectamente definidas por la Ley, por lo cual, si el usufructo es vitalicio, es evidente que se extingue a la muerte de la usufructuaria (art. 513 del Código Civil) y provoca, a su vez, automáticamente, la extinción de la hipoteca (art. 107 de la Ley Hipotecaria);

Resultando que el Registrador informó: respecto al primer motivo de su calificación, que, si bien es cierto que las prohibiciones de enajenar gozan de poca simpatía en nuestra legislación hipotecaria, tienen plena eficacia, como han reconocido la Dirección General de los Registros y el Tribunal Supremo, cuando son temporales, no traspasan los límites de la sustitución fideicomisaria y tienen causa lícita; que la prohibición de enajenar lleva implícita la de gravar, según resulta de los artículos 42, número 4 de la Ley Hipotecaria; 621, 781, 785, 1.250, 1.255, 1.262, 1.278 y 1.281 del Código Civil, así como de diversas sentencias y resoluciones que cita; que, en cuanto al segundo defecto, el dominio no puede ser considerado como una suma de facultades, al estilo de alguna definición del Derecho romano, sino un señorío unitario y universal sobre las cosas; que el usufructo es una limitación del dominio, un derecho sobre cosa ajena, según la famosa definición romana que recoge el artículo 467 del Código Civil; que corresponde al propietario por derecho de propiedad y no de usufructo o servidumbre, el uso y goce de la cosa de que es dueño, siendo un contrasentido hablar de usufructo del propietario, figura imposible con arreglo a la definición del artículo 467 del Código Civil; que, si bien el propietario puede enajenar el usufructo creándolo entonces (art. 480 del Código Civil), no puede hipotecarlo por la simple razón de que no le pertenece como derecho real autónomo ni tratarse del usufructo formal, hipotecable con restricciones a que se refiere el artículo 7.º de la Ley Hipotecaria; que ilustres hipotecaristas se muestran contrarios a la hipoteca del usufructo por el propietario pleno; que la subsistencia de la hipoteca, en el supuesto del número 1 del artículo 107 de la Ley Hipotecaria, es una excepción permitida por la Ley, no en atención a quien obtuvo la doble titularidad, sino por respeto al tercero que

adquirió con anterioridad un derecho cuya desaparición se impide; que la consideración por el recurrente de la hipoteca como fiduciaria, es inoperante, porque este concepto no ha sido tenido en cuenta en la autorización de la escritura ni en su calificación; que como fundamentos jurídicos del defecto a que se está refiriendo, invoca los artículos 348, 467, 468, 471, 480, 513 y 609 del Código Civil, números 1 y 107, número 1 de la Ley Hipotecaria, las Sentencias del Tribunal Supremo de 7 de abril de 1933, 29 de enero de 1955, 26 de enero de 1959, 3 de diciembre de 1946, 26 de mayo de 1951, 12 de junio de 1958, 7 de junio de 1960, y las Resoluciones de la Dirección General de los Registros de 5 de enero de 1959 y 19 de noviembre de 1960; y que, en cuanto al tercer motivo de su calificación, habiendo sido constituida la hipoteca, no sobre el usufructo formal, sino sobre el causal o del propietario, no se rige por el artículo 107, número 1 de la Ley Hipotecaria, pero, aunque se rigiera, habría de pactarse el fallecimiento como causa de extinción, de conformidad con el artículo 176 del Reglamento Notarial y Resolución de la Dirección General de 20 de diciembre de 1906;

Resultando que el Presidente de la Audiencia estimó el recurso en cuanto a los motivos 1.º y 3.º de la calificación y confirmó la nota respecto al 2.º, según el cual, el dominio es un derecho universal y único que no admite como normal el desdoblamiento de las facultades que lo integran, razón por la cual no considera inscribible la escritura;

Resultando que, tanto el Notario autorizante del instrumento, como el funcionario calificador, se alzaron de la decisión presidencial, insistiendo en sus anteriores argumentos, que completaron con otros razonamientos;

Vistos los artículos 467, 468, 471, 480, 513, 621, 1.255, 1.278 y 1.281 del Código Civil; 26, 27 y 107 de la Ley Hipotecaria, y la Sentencia del Tribunal Supremo de 3 de diciembre de 1946;

Considerando que de los tres defectos señalados en la nota de calificación, el fundamental es el que figura bajo el número 2, relativo a si puede el titular dominical de varias fincas constituir hipoteca exclusivamente sobre el usufructo de las mismas sin incluir las demás facultades que integran su derecho de dominio;

Considerando que el usufructo, en su categoría de derecho real independiente y autónomo, exige, según el artículo 467 del Código Civil, que recaiga sobre bienes ajenos, lo cual supone, por tanto, la existencia de dos personas distintas que sean los titulares de los respectivos derechos de nuda propiedad y usufructo, mientras que cuando se trata del propietario de los bienes, no puede hablarse propiamente de que ostente un derecho de usufructo que en este caso recaería sobre cosa propia, sino que ejercita las facultades de aprovechamiento que integran su derecho de dominio;

Considerando que si bien no existe duda de la posibilidad de hipotecar el derecho de usufructo por su titular cuando éste no es el dueño de los bienes usufructuados, tal como se reconoce en el artículo 107 de la Ley Hipotecaria, aparece discutida la cuestión de quien pretende realizarlo es el que tiene el pleno dominio de los inmuebles —pese a que los procedentes romanos (Digesto XX-1, frag. 11) eran favorables a esta posibilidad e incluso hoy día en la Ley de Hipoteca Mobiliaria se permite al propietario pignorar exclusivamente los frutos del inmueble— con lo que recae la garantía exclusivamente sobre la facultad de goce, con separación de los demás derechos del propietario;

Considerando que si el dueño puede ceder a otra persona el disfrute de sus bienes mediante la constitución de un derecho de usufructo, no parece haya obstáculo para que pueda hipotecar este disfrute como parcela de valor de su derecho de dominio, por tratarse de un acto de menor entidad en el que aparece gravada sólo una de las facultades del titular y que, en caso de ejecución por el acreedor hipotecario si se incumple la obligación asegurada, daría lugar al nacimiento de un derecho real de usufructo a favor del adjudicatario, sin vulneración de la norma del artículo 467 del Código Civil;

Considerando que, a mayor abundamiento, el artículo 107.1.º de la Ley Hipotecaria no se opone a esta posibilidad e incluso el párrafo 2.º del mismo artículo prevé, mediante

que admitió la hipoteca constituida por el mismo propietario de los bienes, limitada al usufructo, justificándose en antecedentes del Derecho romano (E. 2, 1, frag. 11) y en la circunstancia de que, en último extremo, puede concebirse su contenido como una parcela de valor del bien, por cuanto, si el dueño puede ceder el disfrute de sus bienes mediante usufructo, puede realizar algo de menor entidad que, en último extremo, y en caso de ejecución daría lugar a un derecho de usufructo a favor del acreedor hipotecario. CÁNOVAS COUTIÑO (23) ha tenido la oportunidad de comentar brevemente dicha Resolución, acreditando que, con la excepción de ARAGONESES como única en contrario de tal posibilidad, la venía admitiendo buena parte de la antigua doctrina, hasta el advenimiento de la obra de ROCA SASTRE (quien se apoya en la autoridad de VENEZIAN, en su clásica obra *Usufructo, uso y habitación*) decididamente opuesto a dicha hipoteca. Contra ROCA pudo escribir ORTEGA PARDO (24) que, en todo caso de incumplimiento de la obligación la venta queda limitada, no a la cosa, sino al usufructo. Y tampoco parece argumento muy serio el invocado por aquella Resolución (prácticamente, el art. 158, circunstancia 2.^a, Ley Hipotecaria), de autorizarse la hipoteca de nuda propiedad con exclusión del usufructo en caso de consolidación, pues las situaciones son distintas. Como apunta muy bien CÁNOVAS COUTIÑO, «las consecuencias de esta tesis o doctrina pueden ser incalculables: desde la creación

pacto, la posibilidad de que la hipoteca no se extienda al pleno dominio del inmueble perteneciente a un único dueño, sino sólo a la nuda propiedad, con total exclusión de la facultad de disfrute que al mismo corresponde;

Considerando en cuanto a los otros dos defectos de la nota que no es de apreciar la existencia del primero, ya que con la hipoteca constituida sobre el usufructo de las fincas de la donataria no se vulnera la prohibición de enajenar los bienes establecida por la donante, que no tiene más finalidad que coadyuvar a la efectividad de la cláusula de acrecimiento y reversión establecida, caso de cumplirse la condición de morir sin hijos, lo que no aparece contradicho en la escritura calificada, puesto que las fincas gravadas revertirían libres al haberse extinguido la hipoteca, una vez fallecida la titular del usufructo vitalicio;

Considerando, por último, en cuanto al tercer defecto, que no es preciso se haga constar expresamente por las partes en la escritura de constitución de hipoteca que ésta ha de quedar extinguida al fallecimiento del propietario hipotecante, ya que al tratarse de un usufructo vitalicio resultará éste extinguido de acuerdo con el artículo 513 del Código Civil por muerte del titular, lo que llevaría consigo, igualmente, en base al principio *nenio dat quod non habet* la extinción de la hipoteca que lo grava,

Esta Dirección General ha acordado, con revocación parcial del Auto apelado, dejar sin efecto la nota del Registrador.

Lo que, con devolución del expediente original, comunico a V. E. para su conocimiento y efectos. Dios guarde a V. E. muchos años.—Madrid, 27 de mayo de 1968.—*El Director General*, FRANCISCO ESCRIVÁ DE ROMANÍ.—*Excmo. Señor Presidente de la Audiencia Territorial de Albacete* («Boletín Oficial del Estado», de 27 de junio de 1968).

(23) CÁNOVAS COUTIÑO, G., «Comentario a la Resolución de 27 de mayo de 1968», en *RCDI*, págs. 1382 y sigs.

(24) ORTEGA PARDO, «La hipoteca del usufructo y su extinción», en *RDP*, 1946.

de servidumbres, en beneficio del inmueble propio (sin implicar las de signo aparente), a la hipoteca de propietario, pasando incluso a la del usufructo de la nuda propiedad, condicionando el vencimiento de la deuda con consolidación del usufructo de aquél en ésta» (25); pero, sobre todo «la realidad es

(25) *Loe. cit.*, pág. 1385. Así, se contradecía a la Resolución de 25 de febrero de 1910:

limo. Señor: En el recurso gubernativo interpuesto por el Notario don Arturo Romero, como apoderado de doña Antonia Rivera, contra la negativa del Registrador de la Propiedad del Mediodía, de esta Corte, a inscribir una escritura de adjudicación, pendiente en este Centro por apelación del recurrente;

Resultando que por escritura otorgada en Colmenar de Oreja a 29 de enero de 1906 ante el Notario don Arturo Romero y Delgado, se practicó la división de la herencia de don José Castellanos Mingo, entre cuyos bienes se comprendió la nuda propiedad que correspondía al causante de una decimoctava parte de la casa número 3 de la calle del León, de esta Carta, cuya participación fue adjudicada en la forma siguiente: dos terceras partes en pleno dominio a los hijos de dicho causante, doña Matilde y don Félix Castellanos Duran, en parte de pago de su herencia, y la otra tercera parte en nuda propiedad a don Félix por igual concepto, y en usufructo a doña Antonia Rivera Corral en parte de legado y cuota viudal;

Resultando que presentada copia de dicha escritura en el Registro de la Propiedad del Mediodía, de esta Corte, puso el Registrador la nota siguiente: «Inscrito el documento que precede, en cuanto a la nuda propiedad de la decimoctava parte de la casa de la calle del León, en el Registro de la Propiedad de este distrito del Mediodía, tomo 531, libro LXXXVIII de la sección 1.^a, folio 54, finca número 224, inscripción 14. Denegada la inscripción del usufructo que en la nuda propiedad de una tercera parte de dicha participación se adjudicó a doña Antonia Rivera, porque, además de ser inadmisibles que tal usufructo exista sobre la nuda propiedad, el constituido en una tercera parte de dicha casa, de la cual procede la participación de que se trata, aparece inscrita a favor de persona distinta del causante»;

Resultando que el Notario don Arturo Romero, a nombre y con poder de doña Antonia Rivera, interpuso este recurso pidiendo se declare que es legal la expresada adjudicación de usufructo e inscribible en el Registro de la Propiedad, alegando al efecto: que se ha hecho con observancia de los artículos 467 y 469 del Código Civil, que consiente usufructos sucesivos; que aunque exigiera el mismo que la cosa sea fructífera, también ocurre ese requisito porque puede ser enajenado y porque lo será desde el día que se extinga el usufructo que actualmente corresponde a doña Águeda Quenedé; que el usufructo consiste en sacar utilidad a una cosa sin tener en cuenta la idea de productos o frutos porque comprende el *jus fruendi* y el *jus utendi*, y así se desprende del concepto de este último, según las Partidas; que también se demuestra la procedencia de la adjudicación de que se trata, si se considera que es forzosa siempre que la herencia consista toda en nuda propiedad; que además significa cumplimiento de lo establecido en el artículo 1.061 del citado Código Civil, y que indudablemente es errónea la última parte de la nota recurrida, de suponer inscrito a nombre de distinta persona del causante el usufructo en la tercera parte de nuda propiedad de la decimoctava objeto de la herencia, porque de ser así afectaría también a las adjudicaciones inscritas ahora por la inscripción 14, citada en dicha nota, y que ese error procede de no observarse que el usufructo adjudicado a doña Antonia es distinto del que corresponde a doña Águeda Quenedé;

Resultando que el Registrador de la Propiedad informó sosteniendo la procedencia de su nota por las razones siguientes: que de los artículos 467 y 469 del Código no puede

que, conforme a nuestra civilística, se opera sobre un derecho inexistente o por crear...» (26).

Y no se trata tanto del resultado práctico, sino del mecanismo para llegar a él. Resulta dogmáticamente absurdo afirmar que se puede hipotecar algo

deducirse que no sea necesario que sea fructífera la cosa objeto del usufructo, no siéndolo la nuda propiedad, porque precisamente ella integra el dominio con el usufructo y no procede sobre aquélla separadamente; que la adjudicataria doña Antonia carece del *jus fruendi* y del *utendi*, según lo establecido en el artículo 523 y siguientes del repetido Código, y que la última parte de la nota se refiere claramente al usufructo que tiene doña Águeda Quenedé y se opone a la inscripción denegada por Ley de impenetrabilidad jurídica, según el artículo 20 de la Ley y de su Reglamento;

Resultando que el Juez de primera instancia del distrito de la Latina y Delegado para la inspección de dicho Registro, confirmó la nota del Registrador, fundándose en consideraciones análogas a las expuestas por este funcionario;

Resultando que el Notario recurrente presentó otro escrito insistiendo en sus alegaciones;

Resultando que el Presidente de la Audiencia confirmó el auto del Juez aceptando sus fundamentos;

Vistos los artículos 467, 469, 471, 472, 475 y 834 y siguientes del Código Civil;

Considerando que la cuestión primeramente discutida en este recurso se refiere a la posibilidad de constituir usufructo sobre una participación de casa, perteneciente en nuda propiedad a la testamentaria de don José Castellanos Mingo, y parte de la cual se ha adjudicado en dicho concepto a la viuda del mismo, doña Antonia Rivera;

Considerando que según la doctrina del artículo 467 del Código Civil, el derecho de usufructo consiste en el goce o disfrute de bienes ajenos, con la obligación de conservar su forma y sustancia, a no ser que el título de su constitución o la Ley autoricen otra cosa;

Considerando que si bien el artículo 469 del mismo Código, ampliando dicha doctrina, establece que puede también constituirse usufructo sobre un derecho, siempre que no sea personalísimo o intransmisible, tal precepto guarda relación y se halla subordinado al principio general consignado en el citado artículo 457, que exige como condición esencial que la cosa o derecho usufructuado pueda ser objeto de disfrute, como lo prueba el contenido de los artículos 471, 472 y 475, que explican el alcance de éste y la forma o modo como puede ejercitarse;

Considerando que por dichas razones, aun cuando el derecho de nuda propiedad es transmisible y no puramente personal, no puede estimarse como susceptible de usufructo, ni en consecuencia puede ser inscrito éste en el Registro, como constitutivo de verdadero derecho real;

Considerando respecto al segundo extremo de la nota recurrida que, según aparece del informe del Registrador, la nuda propiedad de la referida parte de casa, sobre la que se ha constituido el derecho cuya inscripción se pretende, se halla inscrita a nombre del causante don José Castellanos, siendo esta inscripción distinta de la de usufructo anteriormente constituido a favor de doña Águeda Quenedé, por lo que, en la hipótesis de que aquel derecho fuera inscribible, no sería obstáculo para ello esta circunstancia, alegada también como fundamento de la denegación;

Esta Dirección General ha acordado confirmar la providencia apelada y la nota del Registrador en cuanto al extremo primero de dicha nota y revocarlas en lo referente al segundo motivo de la misma.

Lo que, con devolución del expediente original, comunico a V. I. a los efectos consiguientes. Dios guarde a V. I. muchos años.—Madrid, 25 de febrero de 1910.—*El Director General*, VICENTE PÉREZ.—*Señor Presidente de la Audiencia de Madrid*.

(26) *Ibidem*, pág. 1386.

inexistente, con total infracción por cierto de los artículos 155 y 157 de la Ley Hipotecaria (en sus correspondientes de la española, en su caso), que reclaman la previa existencia del derecho para que sea objeto de hipoteca. Y en el esquema de aquella Resolución tal derecho no existe, aunque se dé la realidad de otro más amplio, el dominio. Más sensato hubiera sido plantear la hipotecabilidad del derecho de dominio con pacto de limitación al uso y disfrute, que lleva a las mismas consecuencias, pero sin alterar los esquemas; pacto de validez indiscutible (argumento *a contrario sensu* del art. 158.2.º de la Ley Hipotecaria), evitando, así, las interrogantes que, legítimamente, apunta CÁNOVAS. La solución ofrecida por la española Dirección General se pone de manifiesto en su falsedad en la expresión de CHICO: «La consecuencia era inevitable, ya que en caso de incumplimiento de la obligación asegurada, la ejecución daría lugar al nacimiento de un derecho real de usufructo...» (27), con lo cual el nacimiento del usufructo sería consecuencia de la ejecución de la hipoteca (!), haciéndose volar el principio de especialidad, diga la Dirección lo que diga. Y no es convincente el argumento de ORTEGA PARDO, pues las *parcelas de valor* no son hipotecables, al no ser bienes inmuebles, sino expresiones contables. Y la idea que ofrece PUIG BRUTAU en defensa de la Resolución puede tener un mejor encaje lógico: «En definitiva, la misma Ley, al admitir el pacto en contra de la ampliación [de la hipoteca de la nuda propiedad al usufructo consolidable], demuestra la posibilidad de que en algunos casos el propietario mantenga separada la nuda propiedad del usufructo para mantener la hipoteca limitada al primero» (*sic*); porque, en tal hipótesis se trata de mantener separado lo que así estaba y existía, y en la tesis de la Resolución es *a posteriori* que surge dicha separación y como efecto inherente a la ejecución de un derecho sobre base inexistente, como se ha dicho.

La circunstancia de que la hipoteca del usufructo se extinga por hecho voluntario del usufructuario tiene enorme sentido, por cuanto podría significar elusión de la garantía en perjuicio del acreedor hipotecario, a lo que simplemente podría llegarse mediante renuncia del titular del derecho real limitado, renuncia nula de pleno derecho, conforme determina el artículo 4 del Código Civil, por cuanto redundaría en perjuicio de tercero (28).

(27) CHICO, *Estudios*, II, pág. 1357, recogiendo la opinión de ORTEGA PARDO.

(28) Escribe ROCA SASTRE: «En favor de la tesis que considera extinguida la hipoteca en *todo caso* de conclusión del usufructo, se aducen los siguientes razonamientos: que el usufructo es un derecho temporal que igualmente se extingue por causas voluntarias que involuntarias, por lo cual, el acreedor que lo admita como objeto de hipoteca no puede llamarse a engaño, ya que sabe que incluso por renuncia puede extinguirse el usufructo; que en caso de conclusión voluntaria del usufructo, si su titular ha procedido dolosamente, expedita tiene el acreedor la acción correspondiente de indemnización de daños y

Del mismo modo declara hipotecable el artículo 158 «la nuda propiedad, mas si el usufructo se consolidare con ella en la persona del propietario, no sólo subsistirá la hipoteca, sino que también se extenderá la misma al usufructo, como no se haya pactado lo contrario» (art. 158.3.º de la Ley Hipotecaria). La fórmula empleada mejora notablemente la expresión del anterior artículo 107.3.º (que aludía a «la mera propiedad», etimológicamente incorrecto) o el artículo 107 de la Ley española. Se sigue, claramente, el principio de consolidación del Derecho romano (*Si nuda proprietas pignori data sit, usufructus qui posea accreverit, pignori erit; eadem causa est alluvionis!* D. 13, 7, frag. 18, par. 1) (29). Ciertamente, la nuda propiedad no suele

perjuicios, aparte de que pueda pactarse también el vencimiento del crédito hipotecario cuando se extinga de este modo el usufructo, si bien entonces sólo subsistirá la acción personal; que cuando se extinga voluntariamente el usufructo por consolidarse en la propiedad, resultaría violento querer dar como subsistente, concibiéndolo como separado, un usufructo y desaparecido por haber quedado embebido dentro del haz indiferenciado de facultades que integran el dominio...; y porque, aunque se estimara transitoriamente subsumido el usufructo en la propiedad, de modo que no se destacara mientras no llegara la ocasión de hacerse efectiva la hipoteca, al llegar este momento se produciría el fenómeno raro de una reconstitución forzosa de un anterior usufructo, separándolo nuevamente de la propiedad mediante su realización judicial.

En favor de la subsistencia excepcional de la hipoteca pueden alegarse las siguientes razones: no cabe exagerar la incertidumbre o temporalidad del derecho de usufructo, pues sólo hay que tomar en serio una *temporalidad objetiva* que permita ponderar los factores y circunstancias todas, atribuyendo a todo usufructo una consistencia normal; que los supuestos de extinción dolosa del usufructo no pueden estar permitidos por la Ley, ya que, por ejemplo, al menos en la renuncia del mismo, la aplicación del artículo 4.º del Código Civil daría lugar a estimar ineficaz aquella renuncia cuando redunde en perjuicio de tercero, sin que la indemnización sea remedio idóneo tratándose de estos supuestos en que se ha pretendido una garantía de carácter real; que la otra solución equivale a suprimir el usufructo como elemento de crédito; que la figura del *usufructo causal* no es tan extraña como parece, pues cuenta con valiosos precedentes legales; y que de ningún modo se pretende que el usufructo subsista, pues, de todos modos, quedó extinguido, sino tan sólo la hipoteca, quedando sujeta a ella el derecho a percibir los frutos.

El sistema de subsistencia de la hipoteca está más de acuerdo con la equidad y con las necesidades del crédito territorial...» (*loc. cit.*, IV, págs. 196-197).

(29) Decía VENEZIAN al distinguir las dos formas de consolidarse usufructo y nuda propiedad: «si bien es cierto que el acreedor hipotecario de la nuda propiedad cuenta con el mayor valor que ha de tener la finca cuando la propiedad vuelva al usufructo, cuenta también con que este mayor valor no estará a su disposición sino cuando el usufructo se extinga por las causas atinentes al vínculo que media entre usufructuario y propietario. No me ofrece duda la inclusión del desuso entre estas causas extintivas, a más de la muerte del usufructuario y de la expiración del plazo. Pero es completamente extraño al vínculo jurídico nacido con la constitución del usufructo el hecho jurídico en cuya virtud quien era usufructuario viene a adquirir la propiedad, y de este hecho no puede beneficiarse el acreedor hipotecario. Lo mismo puede decirse del usufructuario que cede al dueño su propio derecho. En uno y otro caso cabe reconocer la persistencia del usufructo sobre cosa propia, en el sentido de que el propietario conserva la facultad, derivada del usufructo, y que la propiedad por sí no le confiere, de limitar a la nuda propiedad el ejercicio de la acción hipotecaria» (PUIG BRUTAU, *Fundamentos*, cit., pág. 101).

ofrecer atractivo económico, dado su escaso valor, si no es por la perspectiva de integrarse en ella el contenido económico del dominio expresado en el usufructo preconstituido. El alcance que tiene la consolidación del usufructo en la nuda propiedad, como efecto de extensión de la hipoteca, ha sido analizado por RODRÍGUEZ LÓPEZ, en cita de CHICO, quien estima que «...al emplearse el término *consolidación*... obliga a entender como causas que puede producir la misma: la extinción del usufructo operada por renuncia o falleci-

(30) «Sobre la bondad del sistema romano de *ampliación* hipotecaria y del de *localización*, hay fuerte divorcio en la doctrina.

En favor de la tesis de la extensión o ampliación se aduce: que el usufructo es elemento accesorio y la propiedad es lo principal, y así nadie ha pretendido que la hipoteca de usufructo se extienda a la nuda propiedad; que cuando el dueño hipoteca una finca gravada con un usufructo, en rigor, lo que hipoteca es la propiedad *plena* de la finca, de modo que como el usufructo, por su condición de mero gravamen temporal forzosamente se extinguirá, ya cuenta el acreedor con el mayor valor que ello reportará a la finca cuando esto suceda; que en la nuda propiedad y no en el usufructo reside exclusivamente el centro o núcleo dominical con fuerza para atraer cuantas facultades o derechos integrantes del dominio se separaron de él, y así, en la nuda propiedad hay que considerar incluida la facultad de reincorporarse el usufructo una vez se extinga; que al reunirse el usufructo con la propiedad, en el fondo el propietario no realiza una nueva adquisición, sino que simplemente se produce el hecho de quedar su propiedad liberada de un gravamen que la presionaba: que el criterio de localización de la hipoteca a la nuda propiedad puede traer consigo la subsistencia de un derecho de usufructo sobre cosa propia, o sea, que provoca la figura del usufructo *causal*, con la consecuencia de que, como en caso de ejecución hipotecaria, sólo se perseguirá la nuda propiedad, al ser enajenada forzosamente ésta, se producirá otra vez la desintegración del mismo dominio, contrariando la tendencia de la Ley, facilitadora de su integración; que como dice la exposición de motivos de la Ley de 1861, no habiendo pacto en contrario, hay que presumir que la voluntad de los contratantes al constituir la hipoteca fue la de que ésta abarcara el usufructo cuando se extinguiera; y que lejos de ser esta extensión perjudicial al deudor —también dice la exposición— puede serle beneficiosa, pues tal vez conseguirá que el acreedor, contento de dirigir su acción contra los frutos, no pida ejecutivamente la venta de la finca.

Como argumentos favorables a la tesis de la no ampliación de la hipoteca al usufructo extinguido, pueden señalarse los siguientes: que la idea de que el usufructo es elemento accesorio y que al extinguirse no hay adquisición nueva, sino simple liberación o descompresión del dominio, será aplicable a las cargas o gravámenes, pero no al usufructo, que, como la enfiteusis, constituye una situación de dominio dividido, calificándose al usufructo de *pars domini* y atribuyendo al que lo adquiere la condición de tercer poseedor (...); que quien hipoteca la nuda propiedad, única y exclusivamente grava ésta y no el dominio pleno (que no le pertenece); que si hubiese de presumirse que también se hipoteca el usufructo que en su día se unirá con la propiedad, tendríamos una hipoteca de cosa ajena o de cosa futura, supuesto no permitido en esta materia por el artículo 1.857 del Código Civil, que exige que al hipotecante le pertenezca en propiedad la cosa que hipoteca; que la Ley ha de abstenerse de presumir pactos que no se establecieron, de modo que si ha de haber una presunción, debe ser la contraria a la ampliación, pues en la hipoteca de la nuda propiedad el acreedor contentóse con la garantía de ésta y el deudor sólo a ella obligóse; y que la persistencia, frente a la hipoteca, del usufructo ya consolidado, también ofrece sus ventajas prácticas, como ocurre en el caso de consolidación por compra del

miento (30) o por expiración de su plazo de duración. En todos estos casos la hipoteca subsiste y se extiende al dominio... Sin embargo... cuando el usufructo se extingue por *confusión* de derechos o "reunión" en una misma persona de los derechos de usufructo y nuda propiedad, realmente el efecto que se predica es de difícil sostenimiento, puesto que conforme al artículo [441.3.º] del Código Civil, la reunión en una sola persona se estima como causa extintiva del derecho de usufructo, pero no alude para nada al fenómeno de la confusión de derechos, ni tiene su base en ella, ya que el precepto se limita a declarar la extinción del usufructo cuando éste y la nuda propiedad se reúnen en una misma persona y el fundamento de ello es la imposibilidad de la existencia de un derecho real sobre cosa propia. Y, así, siguiendo a MORELL y VENEZIAN, considera que no existe extensión de la hipoteca al usufructo cuando la adquisición de la nuda propiedad la realiza el usufructuario; igualmente, tampoco puede predicarse dicha extensión cuando la adquisición del derecho de usufructo se realiza por el nudo propietario y, por último, tampoco existe extensión de la hipoteca al usufructo cuando se adquiere por una tercera persona el derecho de usufructo y la nuda propiedad. Dicho autor concluye entendiendo que podría parecer excesivamente forzado el sostener una hipoteca sobre un derecho de nuda propiedad que ya no permanece como tal por haberse consolidado el dominio pleno, pero ocurre que dicho resultado la propia Ley prevé que pueda producirse por la simple voluntad de los interesados al admitir el pacto en contrario a la extensión de la hipoteca...» (31)

Son igualmente hipotecables «los bienes o derechos anteriormente hipotecados, aunque lo estén con el pacto de no volverlos a hipotecar» (art. 158.3.º de la Ley Hipotecaria). Frente a abundantes antecedentes históricos en que se permitía impedir la hipotecabilidad posterior de un bien, ya la Ley española de 1861 ponía fin a dicha práctica, justificadamente:

«No es menos importante que esta declaración (referente a la extensión de la hipoteca del usufructo), la que hace el proyecto respecto a las nuevas hipotecas sobre los bienes que están ya hipotecados, aunque exista el pacto de no volverlos a hipotecar, o lo que es lo mismo en el lenguaje del foro, el pacto prohibitorio de ulteriores hipotecas. Semejante convención es absolutamente inútil para el primer acreedor, porque además de no dar mayor firmeza a la seguridad de lo que se estipula, en nada perjudica al crédito que ha inscrito,

usufructo por el nudo propietario con aplazamiento del precio, pues entonces la hipoteca en garantía de éste podría constituirse sobre el usufructo, mientras que si se considera extinguido, la hipoteca sólo podrá establecerse sobre la propiedad plena, pero como segunda hipoteca» (ROCA SASTRE, *loc. cit.*, págs. 199-200, recogiendo, asimismo, el criterio intermedio de VENEZIAN).

(31) CHICO, *Estudios*, II, págs. 1359-1360.

pues que ninguno de los hipotecarios posteriores puede anteponerse a él para la realización de lo que se le debe. Sólo es una condición onerosa que no debe tener fuerza civil obligatoria por carecer de objeto, por disminuir incesantemente sin justicia y sin aplicación posible el crédito territorial, y por no parecer más que como garantía, una exigencia exorbitante, arrancada de la situación angustiosa en que en momentos dados pueda hallarse el propietario. El no haber prescrito en las leyes actuales la ineficacia de este pacto, podrá ser efecto, ya porque no prestó el legislador a la importante materia de las hipotecas tanta atención como exigen hoy las necesidades de la época, ya porque limitándose a considerarla sólo respecto a la seguridad del acreedor, y aun esto de un modo imperfecto, se desentendió absolutamente de dar extensión al crédito territorial, que es una de las causas principales que hacen necesaria la reforma emprendida. Faltando, pues, toda justificación racional a la prohibición de hipotecar impuesta por el acreedor, debe desaparecer por la misma razón que dejan de ser obligatorios otros pactos cuya injusticia aparece evidentemente en sentir de los legisladores. Pero es necesario que la ineficacia de semejante pacto esté en la Ley, porque la duda de que, considerándolo lícito, pudiera producir efecto, bastaría para retraer a algunos que, mirando la finca como suficiente a cubrir cargas e hipotecas sobre las antiguas a que está afecta, se hallaran dispuestos a hacer nuevos préstamos sobre ella».

La Ley de 1893 añadía al precepto la precisión de la indiferencia jurídica del pacto prohibitivo de ulterior hipoteca «siempre que quede a salvo la prelación que tuvieran para cobrar sus créditos aquéllos a cuyo favor estén constituidas las hipotecas anteriores», salvedad que ROCA SASTRE hecha de menos en la actual Ley española, dado que sería la única regla que fija, como norma de Derecho sustantivo, la regla de prioridad hipotecaria (32), crítica que, realmente, deviene en totalmente innecesaria, dado el carácter constitutivo de la inscripción en tema de hipotecas y la regla de jerarquía de los derechos reales (*prior in tempore, potior iure*); aparte darse la impresión de que la prioridad de la garantía real debía determinarse expresamente por las partes, error en que incidió la Resolución, precisamente para Ultramar, de 13 de septiembre de 1882 (33).

(32) ROCA SASTRE, *loc. cit.*, IV, pág. 204. Ver GUILARTE ZAPATERO, *La segunda hipoteca en Derecho español*, Barcelona, 1966.

(33) Escribe MUÑOZ MORALES (*Lecciones*, II, págs. 31-32), que «...todos los tratadistas critican la redacción de este particular ya por considerarlo innecesario desde el momento en que la prelación de las hipotecas resulta expresamente declarada, tanto en la Ley Civil como en la Hipotecaria, determinándose por la fecha de su inscripción y por otra parte parece ese número referirse a la fecha de constitución de las hipotecas anteriores, lo que dio lugar a cierta decisión judicial citada por GALINDO, en la cual se interpreta que la Ley protege no solamente las hipotecas registradas, sino también aquéllas que no hayan llegado a inscribirse».

El tema de la hipotecabilidad posterior de finca hipotecada alcanza en Puerto Rico especial importancia, en función de la validez declarada por la jurisprudencia federal (*Fidelity Federal Sav. & Loan Ass'n. v. DE LA CUESTA*, 458 US 141 [1982]) a la denominada cláusula *due-on-sale*, que persigue, precisamente, la aceleración en caso de posterior hipoteca sin consentimiento del acreedor hipotecario; por la cláusula *standard* tercera del modelo FNMA, que previene pactarse la hipoteca como primera —dato que está fuera del control de las partes—; y por el desastre hermenéutico que supuso negar el principio de total prioridad (PASCUAL, V. FERNÁNDEZ SIERRA [y BERENS MORTGAGE CORP.], 1979, 108 DPR 426).

En el Derecho histórico puertorriqueño, ya MUÑOZ MORALES (34) resaltaba la modificación producida a la Ley X, Título XIII, Parte V de las *Partidas*,

Sobre este particular aparece muy explícita la Exposición de Motivos de la primera Ley Hipotecaria de 1861, diciendo que "la hipoteca anterior no inscrita está postergada a la que de fecha más moderna se inscribió más pronto; por consiguiente, el orden de prelación entre las distintas hipotecas sobre el mismo inmueble no lo dan las fechas de constitución de las hipotecas sino la de sus inscripciones. Por otra parte, el artículo 1.774 del Código Civil requiere terminantemente para la validez de la hipoteca como derecho real que ésta se inscriba en el Registro de la Propiedad; y el artículo 1.823 del mismo Código, en su número 3, determina la preferencia de los créditos hipotecarios y los refaccionarios *anotados o inscritos en el Registro de la Propiedad sobre los bienes hipotecados o que hubiesen sido objeto de refacción...*", terminando la referencia con la transcripción de los artículos 35 y 36 de la Instrucción para la redacción de documentos públicos de 1893, de igual tenor.

(34) MUÑOZ MORALES, *ibidem*, pág. 30. Resolución de 12 de noviembre de 1913: limo. Señor: En el recurso gubernativo interpuesto por el Notario de Palma, don Rafael Togores, contra una nota del Registrador de la Propiedad de Inca, denegando la inscripción de una escritura de préstamo con hipoteca, pendiente en este Centro por apelación del Registrador;

Resultando que por escritura otorgada en Palma ante don Rafael Togores el 1 de febrero de 1913, don José Cabrer dio en préstamo 10.000 pesetas a don Bernardo Fiol, quien en garantía de la obligación hipotecó dos fincas rústicas que se describían, convinieron los otorgantes que vencido el plazo del contrato podría el acreedor, a su arbitrio, ejercitar la acción hipotecaria, con sujeción al procedimiento establecido por el artículo 131 de la Ley, o proceder a la enajenación de las fincas ante Notario por los trámites extrajudiciales que para la prenda establece el artículo 1.872 del Código Civil, firmando al comprador la correspondiente escritura de traspaso; y por otra cláusula pactaron que «si con posterioridad al presente contrato se constituyesen otras hipotecas o cargas reales sobre las descritas fincas o fuesen éstas embargadas judicialmente, los acreedores estarían sujetos al resultado de dicha subasta extrajudicial, en su caso, y limitando su acción al resto del precio, deducido el importe del crédito por capital, intereses y costas que se constituye en virtud del presente instrumento, y quedarían extinguidas dichas hipotecas y cargas posteriores por el remate y traspaso de las fincas a favor del rematante, cuya escritura será título suficiente para la cancelación de aquéllas en el Registro»;

Resultando que presentada dicha escritura en el Registro de la Propiedad de Inca, puso el Registrador la nota siguiente: «Inscrito el documento que precede, a excepción de la cláusula de que se hará mérito en los tomos y libros, a los folios y bajo los números e

inscripciones que se expresan al margen de la descripción de cada una de las fincas. Y no admitida la inscripción respecto a la cláusula referente a las hipotecas y cargas reales que se constituyan con posterioridad sobre las fincas hipotecadas y a la manera de cancelar dichos gravámenes, por ser contraria a las leyes, no insertándose, de consiguiente, en las inscripciones practicadas»;

Resultando que el Notario autorizante interpuso este recurso pidiendo que se declare extendida con sujeción a las prescripciones legales la escritura de 1 de febrero de 1913, por las razones siguientes: que la cláusula cuya inscripción se ha denegado no es contraria a las leyes, por lo que la nota del Registrador coarta la libertad contractual que el artículo 1.255 del Código Civil garantiza; que los contratantes han hecho uso en la escritura objeto de este recurso del derecho que concede el artículo 1.872 del Código Civil al acreedor para enajenar la prenda, precepto aplicable a la hipoteca, según tiene declarado el Tribunal Supremo en sus Sentencias de 21 y 3 de noviembre de 1902, entre otras, y esta Dirección General en sus Resoluciones de 28 de noviembre de 1893, 12 de julio y 21 de octubre de 1901 y 30 de octubre de 1912; que no se ha hecho más que determinar la extensión y condiciones esenciales del derecho creado en el contrato, y estas condiciones y las limitaciones que entrañan para el dominio del hipotecante deben constar en el Registro, conforme a los artículos 2.º y 9.º de la Ley Hipotecaria; que no se pretende someter a los efectos de la cláusula denegada la cancelación de ningún gravamen preexistente, sino sujetar a las condiciones del contrato los que el prestatario funde sobre los mismos bienes con posterioridad; que en el caso presente, los segundos acreedores adquirirían, por la publicidad del Registro, con perfecto conocimiento de las limitaciones del derecho del hipotecante, y a ellas quedarían sometidos, por lo que, si se hiciese efectivo el crédito hipotecario primero, se estaría en cuanto a la cancelación de los últimos, dentro de lo dispuesto en el artículo 72 de la Ley Hipotecaria y en el Real Decreto de 20 de mayo de 1880; y que, en consecuencia, sería innecesario el consentimiento de los segundos acreedores, mediante nueva escritura, bastando la de traspaso a favor del rematante para cancelar;

Resultando que el Registrador informó en defensa de su nota, y al efecto expuso: que la cláusula de la escritura que ha motivado la nota de denegación es contraria al espíritu y letra del artículo 1.880 del Código Civil, 82 de la Ley Hipotecaria y 1.490 y 1.518 de la Ley de Enjuiciamiento Civil; que los contratantes no pudieron estipular válidamente tal cláusula como consecuencia del pacto de venta extrajudicial, porque en ningún caso debe estar en las facultades de aquéllos celebrar contratos que hayan de tener eficacia en perjuicio de personas que no intervinieron en los mismos; que el artículo 1.872 del Código Civil no tiene el alcance que pretende darle el recurrente, toda vez que dicho artículo establece que en el caso de que la prenda perteneciera a persona distinta del deudor, es necesario citar al dueño de ella; que esta doctrina es aplicable a la hipoteca, por lo que deberá, necesariamente, ser citado el dueño de la finca hipotecada; que el requerimiento al tercer poseedor lo exige también la Ley Hipotecaria, y que la Resolución de 27 de febrero de 1912 declara de un modo terminante que el pacto de venta extrajudicial no concede al acreedor facultad alguna para determinar a su voluntad la forma y requisitos de la cancelación de las hipotecas posteriores;

Resultando que el Juez delegado confirmó la nota del Registrador, fundándose en que la cláusula cuya inscripción se ha denegado es contraria a lo dispuesto en el artículo 1.490 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y a la doctrina de este Centro en su Resolución de 27 de febrero de 1912;

Resultando que el Notario recurrente se alzó de esta resolución con nuevo escrito, en el que, a sus anteriores alegaciones, añadió: que la doctrina de la Resolución de 27 de febrero de 1912 es inaplicable a la cuestión que se discute, porque en el caso resuelto por aquélla, las segundas hipotecas no pendían de una condición resolutoria, y por eso los segundos acreedores no podían ser privados de su derecho sin su expreso con-

sentimiento por los trámites del título IV de la Ley Hipotecaria o por el procedimiento de la Ley de Enjuiciamiento Civil; que al otorgarse la cláusula discutida no existían terceros interesados o acreedores anteriores, aunque otra cosa supongan el Registrador y el Juez delegado, y que tampoco dicha cláusula es contraria a la Ley, pues el Real Decreto de 20 de mayo de 1880, al fijar la inteligencia de los artículos 82 de la Ley Hipotecaria y 72 del Reglamento, dispuso que cuando resulte de la misma escritura inscrita extinguido el derecho, no será necesario el consentimiento que exige el citado artículo 82;

Resultando que el Presidente de la Audiencia revocó el auto apelado, y declaró que la escritura de 1 de febrero de 1913 se hallaba extendida con arreglo a las formalidades legales, por los siguientes fundamentos: que al establecer los otorgantes el pacto de venta extrajudicial, hicieron uso de la libertad de contratación que el Real Decreto sanciona en su artículo 1.255; que la cláusula relativa a los segundos acreedores no se opone a lo dispuesto en el artículo 82 de la Ley Hipotecaria, artículo que no puede interpretarse en sentido restrictivo, so pena de hacer ilusorio el derecho de propiedad adquirido en subasta extrajudicial y de dejar reducida la escritura otorgada en ese supuesto a un documento simple para cuya eficacia en el Registro sería necesario obtener una providencia judicial, y que los artículos de la Ley de Enjuiciamiento Civil, citados por el Registrador, determinan la forma de hacer efectivo el crédito con intervención judicial, pero son inaplicables cuando los contratantes eluden la intervención de los Tribunales en uso de un derecho reconocido por el Código Civil;

Vistos los artículos 4.º, 1.258, 1.872 y 1.880 del Código Civil; 107 y 131 de la Ley Hipotecaria; 1.490 y 1.518 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, y la Resolución de este Centro de 27 de febrero de 1912;

Considerando que el número 4.º del artículo 107 de la Ley Hipotecaria permite hipotecar los bienes ya hipotecados, aunque se hubiese estipulado el pacto de no volverlos a hipotecar, respondiendo tal precepto al objeto de no disminuir innecesariamente y sin causa que lo justifique el crédito territorial, y por suponerse que dicho pacto, más que constitutivo de una mayor garantía, representa una exigencia exorbitante arrancada a la situación angustiosa en que, en momentos dados, puede hallarse el deudor;

Considerando que idénticas razones son aplicables a los pactos que sin prohibir directamente las ulteriores hipotecas desnaturalizan el alcance de las que pudieran constituirse sobre los mismos bienes, disminuyendo o haciendo ilusorios los derechos de los segundos o posteriores acreedores hipotecarios, y desvirtuando las garantías que la Ley Procesal e Hipotecaria establecen para poder hacer efectivos sus créditos aquellas personas que, estimando las fincas como suficientes a cubrir las cargas e hipotecas anteriores a que estén afectas, se hallen dispuestas a hacer nuevos préstamos sobre ellas;

Considerando que en dicho caso está comprendido el pacto que ha originado el recurso, puesto que el procedimiento de venta extrajudicial regulado por el artículo 1.872 del Código Civil no puede extenderse a la cancelación de las segundas o posteriores hipotecas sin los requisitos y formas establecidas en dichas leyes y a que alude la Resolución de este Centro de 27 de febrero de 1912, ya que la voluntad de los contratantes no puede derogar las disposiciones de derecho en que descansan determinadas relaciones jurídicas;

Esta Dirección General ha acordado con revocación de la providencia apelada que no ha lugar a declarar que la escritura de préstamo hipotecario que ha originado este recurso se halla extendida con sujeción a las formalidades y prescripciones legales, respecto del particular recurrido, no siendo ésta, por consiguiente, inscribible.

Lo que, con devolución del expediente original, comunico a V. I. a los efectos consiguientes. Dios guarde a V. I. muchos años.—Madrid, 12 de noviembre de 1913.—*El Director General*, JOSÉ JORRO MIRANDA.—*Señor Presidente de la Audiencia de Palma*.

planteando la cuestión de si, como defendía ARAGONÉS, era no obstante válido el pacto prohibitivo de ulterior enajenación o gravamen, así como las objeciones de MORELL y el criterio de la Resolución de 12 de noviembre de 1913, separando, ciertamente, dicha prohibición del pacto de no enajenar, implicando la prohibición de hipotecar (35).

Sujeta la hipoteca a total prioridad, no tiene sentido la prohibición de volver a hipotecar, como se ha apuntado que resaltaba la E. de M. de la Ley Hipotecaria de 1861. Y seguiría sin tenerlo si no se hubiese planteado la cuestión en la jurisdicción federal, con su respectivo eco en la jurisprudencia local (36). «Principio básico en materia de hipotecas —escribe ROCA SAS-TRE (37)— es que sobre un bien hipotecable pueden constituirse tantas hipotecas sucesivas cuanto se quiera. Jurídicamente no existe obstáculo alguno o tope alguno acerca del número de hipotecas que puede soportar una cosa, pues la hipoteca, como derecho real que no implica posesión exclusiva o contacto material, hace que puedan coexistir sobre una misma cosa *multiplicidad de hipotecas*, inscritas unas después de las otras. Si algún obstáculo existe es de índole práctica, puesto que no tratándose de hipotecas legales, no es de esperar que el propietario de una cosa gravada con hipotecas se absorban su valor, encuentre quien admita esta misma cosa en garantía hipotecaria... Consecuencia natural de esta posibilidad de concurrencia de varias hipotecas sobre una misma cosa es la regla de *prelación, preferencia, orden o rango* entre las varias hipotecas concurrentes...» Pues bien, este fundamental

Y, recogiendo una opinión bastante general, CHICO (*Estudios*, II, pág. 1363) señala una serie de situaciones que no deben tener acceso al Registro:

1. La prohibición de enajenar la finca sin consentimiento del acreedor (o típica *Due-On-Sale clause*).
2. La prohibición de arrendar.
3. La prohibición de otorgar contrato inscribible.
4. Pacto de aceleración en caso de enajenación, gravamen o arriendo de la finca hipotecada (*Due-On-Sale clause*).
5. Prohibiciones de disponer encubiertas como condición resolutoria.
6. Acordar vencimiento anticipado del préstamo por enajenación forzosa en vía de apremio.

(35) Resolución de 11 de agosto de 1916 (MUÑOZ MORALES la cita, por errata, como de 9 de agosto).

(36) Ver el Informe del Colegio de Abogados, como *amicus curiae*, en JOSÉ A. LLAMA et al., v. *First Mortgage Investors* (pieza de la instancia), 1983. 113 DPR 865; asimismo, *First Federal Savgs. v. Registrador*, 1983, 113 DPR 857; AGUILÓ, *Observaciones en torno a la cláusula Due-On-Sale*, Rev. Der. Prtño., núm. 81; WOODS, G. M., *Reaping the Benefit: The Impact of Federal Judicial and Legislative Sanction of Portfolio Maintenance on the Due-On-Sale Clause*, Rev. Der. Prtño., núms. 9-12. Vide *infra*, cap. ...; VÁZQUEZ BOTE, «La característica esencial de la hipoteca como accesoria del crédito y su independencia mediante cesión pasiva sin consentimiento del acreedor», en RCDI, núm. 628, págs. 955 y sigs.

(37) *Op. cit.*, IV, págs. 201-209.

principio fue negado en *PASCUAL V. FERNÁNDEZ*, cit., admitiéndose, indirectamente, el efecto de la *due-on-sale clause* al dar más validez al pacto de prioridad que a la Ley Hipotecaria y al propio Código Civil.

«Sobre una finca o derecho —sigue escribiendo el maestro de hipotecaristas (38)— pueden inscribirse cuantas hipotecas se quiera, pero el orden en que éstas figuren inscritas atribuye a cada una de ellas un *rango especial*, que se traduce en una prelación... El hipotecante conserva sus facultades dispositivas, pero los actos de disposición que otorgue no afectan para nada a la hipoteca... También actúa dicha prelación en favor de la segunda hipoteca respecto de la tercera, y así sucesivamente; pero la segunda se halla supeditada a la prelación absoluta de la primera, de modo que si ésta va a la ejecución, los bienes hipotecados pasan al dominio del adjudicatario, *libre* no sólo de la hipoteca ejecutante, sino también de todas las hipotecas posteriormente inscritas... La ejecución hipotecaria provoca, pues, la *liberación o purga* (39)... Este resultado es una consecuencia institucional de la hipoteca, porque... cuando en la fase ejecutiva se procede a extraer el valor en cambio de la cosa hipotecada, ésta queda representada por el precio obtenido en la subasta...» Pues bien, tan elemental conclusión fue totalmente eludida en *First Federal Savs. v. Registrador*, cit., admitiendo el propio Tribunal Supremo como relevante argumento —no jurídico, sino simplemente económico— que invocar la misma era una excusa para alterar los intereses pactados; esto es, que su uso es simulado y, por ello, fraudulento (arts. 1.228 y 4 del Código Civil); y pudo llenarse de vergüenza en *Llama v. First Mortgage Investors*, 1983, 113 DPR 865, al tener la desfachatez de afirmar que el período de *vacatio* de la Ley Pública n.º 97-320, de 15 de febrero de 1982, del Congreso de los Estados Unidos de América del Norte, no podía tener aplicación en Puerto Rico, pues a esa fecha «no existía en nuestra jurisdicción disposición constitucional, ni estatuto, ni decisión nuestra que prohibiera la ejecución de las cláusulas de aceleración...», forma cobarde de eludir la aplicación del Código Civil y de la Ley Hipotecaria, pues le habría sido suficiente al Tribunal Supremo leerse a MUÑOZ MORALES para apreciar lo antiguo de la prohibición. La verticalidad de tantos Tribunales estatales faltó, nuevamente, al de aquí (40).

El artículo 158.4.º de la Ley autoriza la hipotecabilidad del «derecho de hipoteca voluntaria, pero quedando pendiente la que se constituya sobre él, de la resolución del mismo derecho». Se incluye, así, la figura denominada

(38) *Ibidem*, págs. 202-203.

(39) No obstante, ver artículo 178 de la Ley Hipotecaria, y VÁZQUEZ BOTE, *Tratado*, tomo XV.

(40) En contra de tan osada afirmación, aparte de MUÑOZ MORALES, II, págs. 30 y sigs., *FRANCESCHINI V. Texaco P. R. Inc.*, 1975, 103 DPR 759.

subhipoteca por el artículo 175.4.^a del Reglamento Hipotecario español, que ha recibido consagración doctrinal (41) y que se ha recogido en el artículo 136, circunstancia cuarta de la vigente Ley Hipotecaria puertorriqueña (42).

Decía la E. de M. de la Ley de 1861 española, que «el derecho de hipoteca, como los demás derechos reales enajenables, es susceptible de ser hipotecado. Aunque sin una declaración expresa del proyecto esto se sobreentendería, la Comisión ha creído que debía consignarlo para evitar dudas y para fijar también la extensión de los derechos del acreedor hipotecario. La regla en que acaba de fundarse la Comisión de que nadie puede conceder más derechos que los que él mismo tiene, hace que no esté en las facultades del acreedor primitivo dar al subhipotecario un derecho más extenso que el suyo en la cosa hipotecada; así, si el deudor antiguo satisface la deuda, la hipoteca y la subhipoteca desaparecen simultáneamente. De otro modo acontecería que un acto ajeno al dueño de la cosa viniera a hacer más grave su situación, y que la hipoteca constituida sobre otra hipoteca, esto es, sobre una cosa incorporeal, sobre un derecho, se convirtiera en una hipoteca constituida directamente sobre una cosa corporal, sobre una propiedad inmueble. Por esto propone la Comisión que las subhipotecas pendan de la resolución de la hipoteca sobre que se hayan constituido. No sucede lo mismo si el que paga es el segundo deudor, o lo que es igual, el subhipotecario, porque entonces, quedando extinguida la última hipoteca, subsiste la primera, que tenía existencia por sí misma».

Con ello, aquella Ley y, por secuencia histórica, la puertorriqueña vigente, parecen acoger el criterio del *pignus nominis* propio del Derecho romano (ROCA SASTRE), punto sobre el que el Tribunal Supremo, como ocurre siempre en temas doctrinales y un tanto abstractos, nunca se ha pronunciado, limitándose a afirmar su tajante validez con la simple invocación del precepto legal y una cita incidental de GALINDO y ESCOSURA (43). Tampoco preocupó a MUÑOZ MORALES —siguiendo, con ello, el momento en que escribió, pues el tema adquiere auge ante la obra de DÍEZ PASTOR (44), quien solamente plantea la cuestión acerca de la hipotecabilidad de la hipoteca legal (no obstante

(41) Ver MUÑOZ MORALES, *Lecciones*, II, pág. 36 y sigs. DÍEZ PASTOR, *Notas acerca de la naturaleza y contenido de la subhipoteca (Las hipotecas sobre hipotecas)*, Barcelona, 1957. NINE v. *Registrador*, 1930, 40 DPR 405.

(42) Artículo 136, circunstancia 4.^a, Ley Hipotecaria: «Las inscripciones de subhipotecas, constituidas sin haber notificado al deudor de acuerdo al artículo 193, podrán cancelarse en virtud de la escritura en que conste la resolución del derecho del acreedor subhipotecante».

(43) MATÓ V. *Banco Territorial y Agrícola*, 1921, 30 DPR 17; aún más parco, NINE v. *Registrador*, 1039, 40 DPR 405.

(44) «Notas acerca de la naturaleza y contenido de la subhipoteca», en *RCDI*, 1930.

las palabras de la E. de M. de la Ley de 1861) (45), exponiendo el criterio favorable de MORELL y de DORTA DUQUE (46), pero dejando de lado el tema fundamental relativo a la explicación de aquella hipoteca de la hipoteca, regulamente prohibida en los llamados sistemas de Derecho moderno (Italia, Alemania, Suiza, Francia) (47).

(45) «Mas la autorización para subhipotecar, que no presenta ningún inconveniente respecto a las hipotecas voluntarias, no puede admitirse en las legales. En éstas se trata de la protección de las personas jurídicas o desvalidas, o de intereses a que el derecho dispensa una protección más directa para que no sean perjudicados. Dar facultad para que las personas así protegidas, y que por regla general no tienen capacidad para contratar, pudieran subhipotecar, equivaldría a destruir la hipoteca legal a favor de ellos constituida. El legislador no podría hacer esto sin destruir su propia obra, sin ponerse en contradicción con los antiguos principios en el acto mismo de proclamarlos de nuevo.

Aunque no cabe, al parecer, duda, de que la prohibición de hipotecar, impuesta a los que no tienen la libre disposición de sus bienes, está limitada a los casos en que no se observen las formalidades que la Ley establece para que se verifique su enajenación, la Comisión ha creído que debía repetirlo, tanto para evitar que naciera la interpretación equivocada de que no debía en este punto seguir la hipoteca las reglas de la enajenación, como para no dar por su silencio lugar a que se suscitaran dudas peligrosas y funestamente perjudiciales a los que no tienen la libre disposición de sus bienes, acerca de si será lícito constituir hipotecas sobre las fincas que tal vez sin este recurso tendrían que ser necesariamente enajenadas» (E. de M., Ley Hipotecaria de 1861).

(46) Escribe MUÑOZ MORALES que «Declara el número 8 de este artículo 107 que el derecho de hipoteca puede a su vez hipotecarse, pero ésta que se denomina subhipoteca ha de quedar subordinada a las condiciones de la principal. No es discutible la naturaleza hipotecable de la hipoteca desde el momento en que tiene legalmente reconocido su carácter de derecho real (art. 1.175 del Código Civil y 105 de la Ley Hipotecaria, 160 Regí.). Asimismo su carácter de enajenable (art. 1.777 del Código Civil y 152 de la Ley Hipotecaria), y por último el de inscribible (art. 2, núm. 2 de la Ley Hipotecaria). El citado número 8 se refiere especialmente a la *hipoteca voluntaria*, dando así a entender que no puede subhipotecarse la *hipoteca legal*; pero debe notarse que el artículo 155 de esa misma Ley autoriza la cesión de créditos o derechos asegurados con hipoteca legal, cuando haya llegado el caso de exigir su importe y sean legalmente capaces para enajenarlos las personas que los tengan a su favor. De aquí puede deducirse que bajo esas mismas circunstancias sea también hipotecable la hipoteca legal; y así opina MORELL y el tratadista cubano DORTA DUQUE, fundándose en la Resolución de 21 de agosto de 1895 en que se declara que disuelto el matrimonio puede subhipotecarse el derecho de hipoteca legal constituido en garantía de la dote, porque permitiendo el artículo 155 de la Ley la enajenación de las hipotecas legales cuando ya son exigibles, sería absurdo que no se permitiera la subhipoteca que es un acto de enajenación (...), pero el comentarista, señor BARRACHINA, sostiene lo contrario diciendo que si los hipotecarios legales pudieran hipotecar su derecho se destruiría ese privilegio, y aún más se extendería a personas que no deben gozarlo».

(47) «La fundamentación de este sistema causa cierta impresión de momento. Según él es imposible constituir una hipoteca sobre otra hipoteca, porque una de dos, o la hipoteca se constituye directa y exclusivamente sobre el *derecho real* de hipoteca en sí, o sea, como desconectada del crédito que garantiza, lo cual no es posible porque la hipoteca es un derecho accesorio cuya existencia está al servicio de un crédito, de modo que contemplada *aisladamente* carece de consistencia o contenido económico, ya que el valor patrimonial de la hipoteca sólo puede hacerse efectivo en función del pago del

DÍEZ PASTOR estima que la subhipoteca (cuya denominación critica por incorrecta), es una prenda de crédito garantizada con hipoteca, mientras que ROCA SASTRE la configura como una subrogación para que el segundo acreedor hipotecario puede ejercitar la acción ejecutiva del primero; opinión que no comparte VALLET DE GOYTISOLO, para quien la subhipoteca encierra una cesión a efectos de garantía y, naturalmente, con posibilidad de ejecución (48). No faltan, ciertamente, otras opiniones, siendo de destacarse la disparidad relativa sustentada por la Dirección General de los Registros y del Notariado de España, entre sus primera y última Resoluciones de relieve sobre el tema (49).

crédito; o bien, la hipoteca se constituye sobre la entidad compleja *crédito-hipotecario*, en cuyo caso la hipoteca recaería sobre el *crédito* (elemento principal) y tan sólo por la repercusión afectaría a la *hipoteca* que lo garantiza (elemento accesorio), cosa tampoco posible, pues el crédito es un *bien mueble* y los bienes muebles no son susceptibles de hipoteca, sino de prenda.

Así, pues, el argumento básico esgrimido para afirmar la no hipotecabilidad de la hipoteca es que ésta es *inseparable* del crédito que asegura, de modo que, como dispone el Código Civil alemán (párrafo segundo del art. 1.153), el crédito no puede ser transmitido *sin* la hipoteca, ni la hipoteca *sin* el crédito. Por ello, si la hipoteca no es un derecho enajenable por sí solo, tampoco puede ser hipotecable aisladamente, porque la hipoteca implica una enajenación potencial, siendo de esencia en ella que las cosas afectadas puedan ser enajenadas para con su precio pagar al acreedor» (ROCA SASTRE, *loc. cit.*, págs. 208-209).

(48) VALLET, «La hipoteca sobre derechos», en *Estudios sobre garantías reales*, pág. 52 (por errata se fecha como 14 de septiembre de 1921), y antes en *Hipoteca del derecho arrendatario*.

(49) Resolución de 29 de julio de 1878:

lmo. Señor: En el recurso gubernativo promovido por don Alberto Lleó contra el Registrador de la Propiedad del Lérida por su negativa a inscribir cierta escritura de cancelación de hipoteca, pendiente en esta Dirección General, en virtud de apelación interpuesta por el interesado y por el Notario de Barcelona don Ignacio Ferrán;

Resultando que, según escritura pública otorgada en la ciudad de Barcelona en 11 de noviembre de 1876 por don Juan Lleó y Torraja y su hijo don Alberto Lleó y Dubosch, reconoció éste haber recibido del primero la suma de 60.000 pesetas, que le fue entregada en ciertos valores, en pago de 30.000 pesetas que su citado padre retenía, procedentes del capital que al expresado don Alberto correspondía en la Sociedad Lleó y Rius, y de otra igual cantidad que le prometió donar en las capitulaciones que con motivo del matrimonio proyectado entre el mismo y doña Francisca Morera autorizó el Notario don Antonio Doménech en 16 de enero de 1873, cuya donación se efectuó mediante varios pactos, y entre ellos el que el citado don Juan retendría en su poder, mientras subsistiese la Sociedad Lleó y Rius, las 30.000 pesetas, de ser conveniente a sus intereses; pues, en otro caso, no sólo satisfaría al donatario la expresada suma, sino también las otras 30.000 pesetas aseguradas con la hipoteca de la hacienda de Almacellas, en virtud de todo lo cual don Alberto canceló la hipoteca constituida sobre dicha finca; consignándose, además, en el documento de que se trata, que habiendo dicho interesado subhipotecado en seguridad y garantía de la dote aportada por doña Francisca Morera el derecho de hipoteca de que antes se ha hecho mérito, y que es el mismo que en la actualidad se cancela, fue advertido, por el Notario autorizante del documento, del deber en que estaba de subrogar el aludido derecho, toda vez que quedaba extinguido por el consiguiente pago en otros

bienes de su propiedad, asegurando el otorgante que por el momento carecía de ellos, si bien protestaba que hipotecaría los primeros que adquiriese;

Resultando que presentada la referida escritura para su inscripción en la del Registro, fue suspendida por los siguientes defectos: «primero, no haberse cumplido con las prescripciones del párrafo segundo del artículo 189 de la Ley Hipotecaria, que exige el consentimiento de la mujer casada para la extinción de la hipoteca constituida a su favor, como tampoco la del párrafo tercero del artículo 188, que previene la necesidad de la autorización judicial en estos casos; y segundo, de no describir fincas el documento, ni aun citarse en el mismo los folios y tomos de las inscripciones hipotecarias, por lo que carecía de los requisitos del artículo 21 de la citada Ley».

Resultando que en vista de la anterior negativa se entabló por don Juan Lleó y Torraja el presente recurso gubernativo, fundándose para ello en que era principio axiomático que las convenciones no son obligatorias más que para los contratantes, y de ningún modo para los que directa ni indirectamente prestan su asentimiento y conformidad; y como el recurrente sólo se obligó y reconoció deudor de su hijo don Alberto, los efectos de dicho contrato no pueden nunca alcanzar a terceras personas; que en la escritura de que se trata los derechos y obligaciones se limitaban sencillamente a reclamar el acreedor la suma adeudada, y a satisfacerla el deudor, cumplida la condición o realizado el caso previsto, sin que doña Francisca Morera pueda ostentar ningún derecho; toda vez que ninguna intervención tuvo en el expresado contrato, por lo que respecta a las obligaciones que contraía el deudor, sin que contradiga este aserto el hecho de haberse además convenido en el instrumento de que se hace mérito los derechos dótiles de aquella interesada; pues es sabido que esta clase de documentos, por la práctica del país donde se otorgan, suelen contener varias estipulaciones que no alcanzan a todos los que intervienen en el acto, que es lo que ha sucedido en la escritura que se discute, sin que pueda afectarle al recurrente los pactos o estipulaciones que mediaran entre su hijo don Alberto y su citada esposa, en atención a que por su parte a nada quedó obligado, procediendo en su consecuencia la interesada cancelación de la hipoteca voluntaria al efecto y en garantía del crédito constituido; y, por último, que respecto del segundo defecto no merece en realidad este nombre, porque usando de la facultad concedida en el párrafo segundo del artículo 21 de la Ley Hipotecaria, se presentó con la escritura una certificación expedida por el Registrador, en la que se expresan las cuatro fincas subhipotecadas a la seguridad del crédito cuya cancelación se pretende;

Resultando que se oyó el informe del Registrador, el que insistió en su negativa, ampliando las razones de la nota en el sentido de que, si bien era cierto que el número 8.º del artículo 107 de la Ley Hipotecaria, hace depender la subhipoteca de la resolución del derecho principal, no lo es menos que el artículo 82 exige, para que proceda la cancelación de las que se hallan constituidas por escritura pública, el consentimiento de la persona a cuyo favor estuviera inscrita y el párrafo 3.º del artículo 83 que, si constituida la hipoteca por escritura procediese su cancelación, y no consintiese aquél a quien ésta perjudique, será potestativo en el otro interesado demandarla en juicio ordinario, que es lo de rigor hacer en el presente caso, máxime existiendo la disposición del artículo 189 de la Ley, pues se trata de una mujer casada que hasta es menor de edad, según tiene entendido el informante; y, por último, que no habiéndose presentado la escritura de capitulaciones matrimoniales, a fin de desvanecer las dudas que se suscitan, no sólo acerca de la calificación, sino también sobre la responsabilidad por razón del esponsalicio, está en el caso dicho funcionario de insistir en la nota que se discute, y del mismo modo en el segundo defecto señalado, por no ser exacto que al presentarse en 15 de febrero del año próximo pasado la escritura de carta de pago se acompañara la certificación de que se hace mérito; pero que aun suponiendo que con el documento se hubiese presentado, siempre sería insuficiente para subsanar el defecto o falta de descripción de las fincas, pues el artículo 21 de la Ley Hipotecaria, que tiene dos partes, contiene en la

segunda una excepción sólo para los títulos de dominio, pero en manera alguna para los de cancelación, que en rigor de principios no pueden entenderse de transmisión de dominio;

Resultando que siendo uno de los motivos por el que se suspendió la inscripción de la escritura de que se trata el contener defectos en la forma de su redacción, se pres-
tó audiencia al Notario autorizante, el que la evacuó en el sentido de que era inscribible por las razones que constan alegadas, y por reunir todas las circunstancias señaladas en el artículo 98 de la Ley Hipotecaria, y guardada la forma que se prescribe en el artículo 57 de la Instrucción sobre la manera de redactar instrumentos públicos sujetos a registro;

Resultando que el Juez de primera instancia del partido dictó providencia, por la que, considerando que la hipoteca cancelada en el documento objeto del recurso, es la voluntaria constituida por don Juan Lleó a favor de su hijo don Alberto, y no la subhipoteca constituida sobre aquélla en garantía de la dote y esponsalicio de doña Francisca Morera, por cuya razón dicha interesada no podía intervenir legalmente en el acto: que la aludida cancelación se hizo con los requisitos prevenidos en los artículos 82 y 148 de la Ley Hipotecaria; que cuando, como acontece en el caso del expediente, existe una subhipoteca que es hipoteca legal dependiente y subordinada de la voluntaria, cuyo derecho es el subhipotecado, su extinción por ministerio de la Ley es ineludible, según lo prevenido en el caso 8.º del artículo 107 de la misma; y que, por lo que respecta al segundo motivo señalado en la nota del Registrador, es indudable que no se halla extendida la citada escritura conforme a lo prevenido en el artículo 57 de la Instrucción sobre la manera de redactar instrumentos públicos, toda vez que se ha omitido la relación de las fincas hipotecadas y la expresión de los tomos, folios y número de las inscripciones, resuelve que debía declarar y declaraba inscribible la escritura objeto del expediente por el primer motivo, y no inscribible por el segundo, cuyo defecto deberá subsanarlo el Notario don Ignacio Ferrán y Sobregués, extendiendo a su costa un nuevo documento;

Resultando que notificada a las partes la anterior providencia, apeló de la misma el funcionario encargado del Registro; y elevado el recurso al Presidente de la Audiencia de Barcelona, se revocó la apelada en cuanto al primer extremo (que fue del que se conoció en la alzada en virtud de haberse resuelto el segundo por el inferior, de conformidad con el apelante), declarando, por consiguiente, que no era inscribible la escritura de que se viene haciendo mérito por considerar dicha Autoridad en su sentencia, entre otros fundamentos, que el hipotecante de un derecho de hipoteca carece de personalidad y acción para liberar la primera hipoteca sin que concurra al acto la persona a cuyo favor se traspasó el derecho: pues de otra suerte, y de practicarse sin su conocimiento e intervención, aparte de ser ilusorio, vendría a autorizarse el fraude, cuando el objeto de las leyes es precisamente lo contrario; y que habiendo hipotecado don Alberto Lleó a favor de su consorte doña Francisca Morera, menor de edad en aquella época, y a la seguridad de sus dótales, el derecho hipotecario que tenía sobre los bienes de su padre don Juan, era indudable que no pudo extinguirse, reducirse ni posponerse el expresado derecho sin la correspondiente intervención judicial, ni precederse a su cancelación sin observar lo que disponen los artículos 161, 174 y 189 de la Ley Hipotecaria;

Vistos los artículos 82, 108, número 8.º, 136 y 144 de la expresada Ley;

Considerando que, según la doctrina fundamental de la Ley Hipotecaria, para cancelar las inscripciones hechas en virtud de escritura pública se requiere necesariamente el consentimiento de la persona a cuyo favor se extendieron, o de sus causahabientes o representantes legítimos, y en su defecto testimonio de la sentencia ejecutoria ordenando la cancelación;

Considerando que habiendo constituido don Alberto Lleó una subhipoteca a favor de su esposa doña Francisca Morera sobre la hipoteca que le había constituido su padre don Juan Lleó en el mismo acto y ante las mismas personas que concurrieron a la constitución

de esta última, es innegable que la subhipoteca se estableció con intervención del primer hipotecante, y por consiguiente con su aquiescencia y consentimiento;

Considerando que desde el instante en que el primer acreedor enajenó, mediante la subhipoteca, siquiera de un modo parcial y con consentimiento del primer deudor, la hipoteca constituida por éste sobre la expresada finca, no basta que aquel primer acreedor consienta en la cancelación de este gravamen, sino que es además necesario e indispensable el del segundo acreedor que ha adquirido varios de los derechos del primero en la manera indicada a fin de que puedan cumplirse los efectos que produce esta clase de garantías con arreglo a la misma Ley Hipotecaria;

Esta Dirección General ha acordado confirmar la providencia apelada, y en su consecuencia declarar que no procede la cancelación de la hipoteca constituida por don Juan Lleó en favor de don Alberto Lleó y Dubosch mientras no se acredite en la forma prevenida por las leyes, no sólo el consentimiento de este último, el cual consta de la escritura presentada, sino el de doña Francisca Morera o, en su defecto, testimonio de la sentencia ejecutoria que recaiga con su audiencia, ordenando la cancelación.—*Señor Presidente de la Audiencia de Barcelona.*

Resolución de 14 de septiembre de 1927;

Declara: Que dadas las diferencias esenciales entre la subhipoteca y la cesión del mismo derecho, mientras el acreedor subhipotecario no obtenga la adjudicación del crédito hipotecario, han de estimarse en el Registro como distintos los dos créditos asegurados con la hipoteca y la subhipoteca, cualquiera que sea su enlace.

lmo. Señor. En el recurso gubernativo interpuesto por don Raimundo Iglesias Nodal contra la negativa del Registrador de la Propiedad de Balaguer a cancelar una subhipoteca, pendiente en este Centro en virtud de apelación del recurrente;

Resultando que don Raimundo Iglesias Nodal, en representación de doña Dolores Escoda, presentó una instancia al Registrador de la Propiedad de Balaguer, en la que expuso: que por escritura pública autorizada por el Notario de Tudela, don Ramón Cose, el 24 de enero de 1902, doña Dolores Vives y Balicéis constituyó hipoteca a favor de doña María Curia Taves, sobre cinco fincas situadas en el término de Almevar, en garantía de un préstamo de 40.000 pesetas que la había otorgado esta última señora; que la misma doña María Curia, en garantía de un préstamo de 45.000 pesetas que le había otorgado la Caja de Ahorros y el Monte de Lérida, subhipotecó a favor de esta entidad el crédito antes referido, y por otro préstamo que le había otorgado doña Dolores Escoda Givé, de 40.000 pesetas, la subhipotecó el propio crédito; que las cinco fincas hipotecadas fueron adjudicadas a la Caja de Ahorros y Montepío de Lérida, por débitos de contribución, y por este motivo, la hipoteca que había constituido doña Dolores Vives a favor de doña María Curia, y la subhipoteca que ésta a su vez había constituido a favor de dicha entidad, habían quedado extinguidas por confusión de derechos a favor de ella, a tenor de lo previsto en el artículo 1.192 del Código Civil y Resoluciones de este Centro de 31 de marzo de 1879, 6 de diciembre de 1897, 14 de diciembre de 1899 y otras varias, bastando para la cancelación de la hipoteca y de la subhipoteca en el caso de confusión de derechos, según la citada Resolución de 1879, la mera presentación en el Registro del documento en que así conste; que la expresada Caja de Ahorros había presentado ya la escritura de adjudicación de las referidas fincas, autorizada por el Notario de Balaguer, don José Falcón, en fecha 9 de enero de 1923; y que, por tanto, y por no interesar a doña Dolores Escoda, como segunda subhipotecaria, solicita que se haga constar en el Registro de la Propiedad la cancelación de la hipoteca de doña María Curia y la subhipoteca de la Caja de Ahorros sobre las cinco fincas mencionadas, en virtud de la confusión de derechos;

Resultando que el Registrador de la Propiedad de Balaguer calificó la anterior petición por medio de la siguiente nota: «No admitida la cancelación por confusión a que se refiere

el documento privado que antecede, por los siguientes defectos: falta de personalidad del instante, omisión de las diligencias de autenticidad y ratificación, omisión de las equivalencias al sistema métrico y por afectar a derechos independientes a las fincas por tratarse de subhipoteca que grava, no aquéllas, sino el derecho de hipoteca; y principalmente porque cancelando la subhipoteca a favor del Montepío que adquirió virtualidad real, no por posposición de otra subhipoteca preferente, que había agotado la capacidad económica del crédito hipotecario, que le sirve de garantía, se causaría perjuicio irreparable, dando vida hipotecaria a la subhipoteca pospuesta, de dudosa eficacia por el agotamiento indicado. Por último, por no concurrir razón jurídica que abone la pretensión del subhipotecario que en representación del Montepío preste su consentimiento expreso para la cancelación instada que le afectó directamente, con la concurrencia del documento público, y, en su defecto, si surge oposición, con las garantías de una ejecutoria recaída en el juicio ordinario correspondiente, y no siendo, al parecer, subsanables los últimos defectos relacionados, no procede tomar anotación preventiva»;

Resultando que don Raimundo Iglesias Nodal, en representación de doña Dolores Escoda, recurrió gubernativamente contra la calificación anterior por los siguientes razonamientos: que es erróneo que el que recurre carezca de personalidad por la razón de que su mandante tiene una segunda subhipoteca que grava la hipoteca de doña María Curia, según consta en los libros del Registro; que no comprende cuáles sean las diligencias de autenticidad; que si se refieren a las fincas hipotecadas, en el Registro consta tal autenticidad en virtud de la escritura de adjudicación presentada por el Montepío, así como la segunda subhipoteca a favor de doña Dolores Escoda, en las cuales consta la confusión que se invoca; que debe tenerse en cuenta, además, que no se solicita la cancelación en virtud de un título, sino por ministerio expreso de la Ley, nacida de la propia escritura de adjudicación presentada por el Montepío; que por lo que se refiere a la omisión de las equivalencias al sistema métrico, tampoco se comprende este defecto por la razón de que la no expresión de la equivalencia al sistema métrico decimal no lleva consigo por la Ley sanción que impida al Registrador la inscripción de la cancelación que proceda, además de que en el presente caso no se trata de inscribir un derecho, sino de cancelarlo; que en cuanto a tratarse de subhipoteca que grava, no las fincas, sino el derecho de hipoteca, nada dice en su concepto, porque si el acreedor de María Curia (el Montepío de Lérida) tiene adquiridas las fincas que tenía gravadas aquélla, es evidente que la subhipoteca ha desaparecido, porque la referida entidad ha cobrado su crédito, caso comprendido con el número segundo del artículo 79 de la Ley Hipotecaria; que no se comprende de ningún modo que puedan sobrevenir perjuicios irreparables a un acreedor que, como el Montepío, tiene adquiridas las fincas de referencia, en las cuales gravita la hipoteca de doña María Curia, subhipotecada a aquél por la razón de que el Montepío tiene cobrada la totalidad de su crédito, y con mucha más razón, según consta en la escritura de adjudicación, ésta se verificó deducidas cargas y resultando un sobrante de pesetas de 2.902,74; y que en cuanto al último extremo de la nota, le basta invocar el artículo 1.192 del Código Civil y las Resoluciones que se citan en el primer Resultando;

Resultando que el Registrador de la Propiedad alegó en defensa de su calificación: que el artículo 121 del Reglamento Hipotecario autoriza la interposición del recurso gubernativo a los «interesados»; que, concordante el aducido artículo con el sexto de la Ley, mantiene la doctrina referente a reconocer como «interesado» al que «adquiere», «transmite» y al que tiene «interés» en asegurarlo; que la señora Escoda no figura en las situaciones jurídicas de adquirente o transmisora, y su interés es en absoluto negativo, ya que lejos de propender al aseguramiento del derecho, pide su aniquilamiento o extinción, porque aspira a dar vida en forma automática con la muerte de la subhipoteca del Montepío, a la suya pospuesta; que, por tanto, son intereses contrarios los de la recurrente y el Monte, y conforme a la letra y espíritu del aducido artículo 121, no se le debe reco-

nocer personalidad para entablar el recurso gubernativo; que el aforismo jurídico «que nadie puede dar lo que no tiene» priva a la señora Escoda de personalidad para entablar el referido recurso, por denegación de su petición relativa a que se cancele por ministerio de la Ley una subhipoteca constituida a favor del Montepío de Lérida, siendo elemental que no puede transmitir dicha personalidad a un tercero, sin que pueda ostentarla en su nombre don Raimundo Iglesias Nodal, que con su mandato ha interpuesto este recurso; que en las normas hipotecarias que constituyen la genuina expresión de la técnica, prevalece el documento público; que de esta naturaleza es el que acompaña al señor Iglesias para acreditar su representación, pero hay que estimarlo deficiente, porque en los recursos gubernativos, por la gravedad del caso y la responsabilidad que entraña, este Centro, en Resolución de 6 de diciembre de 1879, exigió facultades especialmente conferidas al apoderado, y el poder que acompaña el recurrente mandatario está comprendido en las normas notariales de los autorizados para pleitos sin que se destaque la especialidad; que la petición de cancelación la solicitó el recurrente por documento privado, y al admitirlo, la técnica hipotecaria exige requisitos y formalidades para hacer ostensible su autenticidad sin que se haya intentado cumplirlos; que en cuanto a la expresada autenticidad, alega la regla sexta del artículo 98 de la Ley, el número segundo del artículo 180 de su Reglamento y las Resoluciones de 21 de mayo y 26 de julio de 1923 y 12 de noviembre de 1924; que, a tenor del artículo 126 del mismo Reglamento, en el recurso gubernativo se admite la excepción de falta de personalidad, como de especial pronunciamiento, con independencia del fondo del asunto; y que teniendo por interpuesta la excepción de falta de personalidad del recurrente, se le admitiera con todos los pronunciamientos pertinentes, o, en su defecto, que se acordara que el que informa emitiese dictamen sobre el fondo del asunto;

Resultando que en el expediente de este recurso obra un poder, otorgado el 12 de noviembre de 1925 por doña Dolores Escoda, ante el Notario de Lérida, don Manuel Corchón, a favor de los Procuradores don Raimundo Iglesias, don José Golcera y don José María Sammuy, en el que «da y confiere poder especial, pero tan amplio, cumplido y bastante cuanto en derecho se requiera... para que cada uno de ellos, separadamente, puedan en su nombre realizar lo siguiente; celebren actos de conciliación... comparezcan ante las Audiencias, Juzgados y demás Tribunales y Autoridades competentes en todos los negocios civiles, criminales, de voluntaria jurisdicción, contencioso-administrativos, expedientes gubernativos y demás en que tenga interés la otorgante, así demandando como defendiendo..., etc.»;

Resultando que el Presidente de la Audiencia declaró que el recurrente don Raimundo Iglesias Nodal carecía de personalidad en la representación que ostenta para interponer el actual recurso por consideraciones análogas a las expuestas por el Registrador en su informe, agregando: que lo que se discute, más que una cuestión jurídica de fondo, o sea, si reunidos en una misma persona los conceptos de acreedor hipotecario y dueño de la finca hipotecada, debe o no desaparecer la hipoteca por confusión de derechos, es si cualquier persona que tenga noticia de semejante confusión, y en cualquier forma, puede pedir en el Registro la cancelación de la hipoteca; que aún en el supuesto de que el poder del recurrente fuera bastante y su escrito reuniera todos los requisitos legales, únicamente podría accederse a su petición en cuanto hubiera justificado en debida forma que su principal tenía personalidad y derecho para solicitar la cancelación denegada por encontrarse en alguno de los casos en que la Ley faculta semejante petición; y que vendidas las fincas hipotecadas con deducción de las cargas que sobre ellas pesaban, y admitido el pleno dominio por el primer acreedor hipotecario, se desvaneció el derecho que sobre las mismas pudiera tener el segundo hipotecario para hacer efectivo su crédito en los inmuebles hipotecados, y sólo tendrá derecho, en su caso, a cobrar el sobrante que resulte, una vez cubiertos los descubiertos de contribución y el importe del crédito del primer hipotecario;

Resultando que interpuesta apelación contra el auto presidencial por el recurrente, este Centro, en 22 de enero de 1927, declaró que don Raimundo Iglesias tiene personalidad para interponer el recurso, porque desde el instante en que su representada doña Dolores Escoda aparece como acreedora subhipotecaria de un crédito de 25.800 pesetas, se halla interesada en solicitar la extensión de asientos que puedan mejorar su rango hipotecario o puedan poner al Registro en consonancia con las relaciones jurídicas que a ella le afecten, y aunque en la instancia pide la cancelación de la hipoteca constituida a favor de doña María Curia y del asiento de subhipoteca extendido a favor de la Caja de Ahorros aludida, mientras en el escrito de interposición de este recurso se refiere tan sólo a esta subhipoteca, debe ser oída aquella interesada en cuanto al fondo del asunto que la afecta directa e inmediatamente;

Resultando que pedido informe al Registrador para resolver sobre el fondo del recurso, lo evacuó en los siguientes términos: que en cuanto a la omisión de las diligencias de autenticidad y ratificación reproduce lo que expuso en su primer escrito; que la Ley de 8 de junio de 1892 y su Reglamento y las Resoluciones, entre otras, la de 28 de enero de 1909 y 11 de octubre de 1911, al declarar la primera, obligatorio el uso del sistema métrico decimal, se impuso a todos los actos de las dependencias del Estado y a la contratación pública y privada, prohibiendo usar una nomenclatura distinta y permitiéndose que se consigne la equivalencia con las medidas usuales del país; que acaso el recurrente, por interpretación a contrario, invirtió los términos, expresando las medidas del país, con omisión de las equivalencias métricas; que le ha sorprendido la pretensión del recurrente relativa a la cancelación de la hipoteca constituida por la primitiva dueña de los inmuebles, doña Dolores Vives, a favor de doña María Curia, pues no consta que jamás concurriera en esta última los caracteres de acreedora y dueña de los inmuebles, base en qué apoyar la cancelación de su hipoteca por confusión o ministerio de la Ley; que aunque es muy cierto que la señora Curia, en disfrute y dominio del derecho real de la hipoteca, los subhipotecó dos veces, realizando el milagro jurídico de saltar la capacidad jurídica del crédito con un exceso de valor de 22.000 pesetas, no hay que confundir las subhipotecas con la cesión o enajenación de los créditos, de efectos jurídicos hipotecarios en absoluto contradictorios y distintos, ya que en los últimos la relación jurídica es la misma siempre y lo que cambia es el sujeto activo de la relación, y en las subhipotecas se crea una nueva relación jurídica, con un nuevo acreedor que asienta sus garantías sobre el derecho de hipoteca, pero conviviendo con el acreedor subhipotecante y manteniendo vivos e indisolubles los vínculos entre ambos acreedores; que teniendo en cuenta el número 8.º del artículo 107 de la Ley Hipotecaria, de acceder a la pretensión del recurrente automáticamente cancelada la hipoteca, habría que decretar la de las dos subhipotecas; que es evidente que para cancelar la hipoteca, como no puede verificarse por acto independiente a la voluntad de la acreedora doña María Curia, es preciso su consentimiento, o de sus causahabientes o representantes legítimos, conforme previenen los artículos 82 y 83 de la Ley Hipotecaria y 184 de su Reglamento; que para el esclarecimiento sobre las diferencias entre la cesión y la subhipoteca, pueden admitirse las Resoluciones de 19 de junio de 1888, 5 de abril de 1892 y 8 de junio de 1899; que la adquisición de las fincas hipotecadas por el Montepío y Caja de Ahorros, a tenor de la letra C del artículo 95 de la Instrucción de apremios y conforme resulta de la inscripción, se verificó con deducción de cargas preferentes, lo que equivale a la afirmación de que al Montepío comprador se le adjudicaron, computándole en parte del precio, el importe o valor de su subhipoteca en las mentadas cinco fincas; que el procedimiento de apremio no avanza más si se exceptúan las ordenaciones del artículo 103, relacionadas con la extinción de la anotación tomada en el Registro de la Propiedad a favor de la Hacienda; que el Montepío redujo a dinero su subhipoteca de 22.000 pesetas, incluyéndole en el precio de las fincas adjudicadas, y la Justicia manda que de esas pesetas no sea despojado; que la letra y espíritu de las reformas hipotecarias de 1909 y 1915, en las que se infiltró

el espíritu del Derecho germano con una presunta iniciación de los principios que informan la hipoteca del propietario, deben mantenerle en su derecho; que confirman este aserto la regla 17 del artículo 131 de la Ley y la segunda del artículo 151 de su Reglamento; y si el procedimiento de apremio administrativo no descende a los detalles de la liquidación de cargas preferentes y su abono al legítimo dueño, como ocurre en el procedimiento judicial, los Tribunales ordinarios franquean las puertas a los perjudicados para hacer valer su derecho; que la misma naturaleza de la subhipoteca, en su vida jurídica vinculada a la hipoteca, no consiente una cancelación por confusión sin cumplir lo estatuido en la regla cuarta del artículo 151 del Reglamento, en lo que afecta al consentimiento del Montepío o, en su defecto, a la consignación de la cantidad asegurada para la subhipoteca si fuese igual o inferior a la garantizada por la hipoteca; que si doña Dolores Escoda consigna las 22.000 pesetas a que asciende la subhipoteca del Montepío, entonces el mismo Montepío facilitará la cancelación de su crédito hipotecario; que la copiosa jurisprudencia de este Centro de 7 de noviembre de 1906, 29 de octubre de 1912 y 19 de enero de 1914 confirman, entre otras muchas cosas, el reconocimiento del crédito a favor del acreedor cuando se la adjudica en pago del precio, y su consentimiento expreso para la cancelación; que la inscripción no convalida los actos o contratos nulos, según el artículo 33 de la Ley, y el 99 de la misma declara nula la cancelación cuando se verifica por fraude; y hay que estimar que si no se intentó con la segunda subhipoteca y su presentación en el Registro antes que la primera para posponerla después, hubo algo de incorrección, como entiende la parte recurrida, que no es muy correcto pedir la cancelación por confusión de la primera subhipoteca con fines de ocupar su puesto, ascendiendo en rango con daño de 22.000 pesetas a un Montepío; que además, la eficacia de la escritura de posposición, aunque inscrita y bajo la salvaguardia de los Tribunales, hay que estimarla impugnable ante los mismos, por la razón jurídica hipotecaria «de que nadie da lo que no tiene», y si la señora doña María Curia tenía un crédito de 25.800 pesetas, al disponer de 22.000 a favor del Montepío, debió reservar a su hija política las 3.800 pesetas que le restaban;

Resultando que el Presidente de la Audiencia revocó la nota del Registrador de la Propiedad de Balaguer, acordando, en su lugar, la inscripción de la cancelación de la subhipoteca solicitada por el recurrente, sin perjuicio de la suspensión de la misma si aquel funcionario estimase la existencia de algún defecto formal de naturaleza subsanable, que impida su inscripción hasta que sea subsanado, en virtud de consideraciones análogas a las expuestas por el recurrente en su escrito, agregando: que no puede en manera alguna ser obstáculo a la indicada cancelación, solicitada por la representación de la segunda subhipotecaria, la consideración aducida por el señor Registrador en la nota denegatoria y en el escrito de impugnación al presente recurso de que en el caso actual no se trata de gravámenes constituidos sobre las fincas en cuestión, sino de una subhipoteca constituida sobre hipotecas que tenía a su favor la señora Curia, porque en virtud de tal subhipoteca, el repetido Montepío se subrogó por lo que respecta a 22.500 pesetas, que garantizaba, en los mismos derechos que por cantidad mayor tenía sobre las cinco fincas de la subhipotecante, hasta el punto de poder hacer efectivas sobre ellas la indicada cantidad; y, por consiguiente, los preceptos legales aplicables al hipotecante son de aplicación al subhipotecario; que las faltas formales advertidas por el Registrador, o sea, la falta de las equivalencias en el sistema métrico y la omisión de las diligencias de autenticidad y ratificación, siendo defectos que no afectan al fondo del asunto, con arreglo a lo dispuesto en el artículo 65 de la Ley Hipotecaria, tienen el concepto de subsanables, y, por tanto, sólo podrán dar lugar a la suspensión de la cancelación solicitada hasta que se subsanen, pero en manera alguna a la denegación absoluta acordada por el Registrador de la Propiedad de Balaguer;

Resultando que el Registrador de la Propiedad se alzó de la anterior resolución presidencial ante este Centro, insistiendo en las razones alegadas en su escrito ante-

rior, agregando: que es necesario esclarecer en definitiva el criterio acerca de la subrogación en la materia que es objeto del recurso, y que la parte recurrente reconoce que el principio de la subrogación, relacionado con el precepto del número octavo del artículo 107 de la Ley, facilita una norma de justicia que aplicar, a base de una cancelación parcial por 22.000 pesetas de la hipoteca constituida por la señora Balicéis a la señora Curia, y automáticamente la cancelación de la subhipoteca del Montepío, quedando un residuo de 3.800 pesetas para la subhipoteca segunda, constituida a favor de la señora Escoda;

Vistos los artículos 1.192 del Código Civil, 82, 83 y 107 en su regla 8.^a de la Ley Hipotecaria y la Resolución de este Centro de 19 de junio de 1888;

Considerando que por haber interpuesto el Registrador solamente, y no el interesado, la apelación del auto presidencial, ha de reputarse éste firme en lo relativo a los defectos subsanables de falta de ratificación y no expresión de la medida de los inmuebles en el sistema métrico;

Considerando que entre la subhipoteca, derecho real en cuya virtud se sujeta un crédito hipotecario al cumplimiento de una obligación, y la cesión del mismo derecho, hay unas diferencias casi tan esenciales como las existentes entre la transferencia de la propiedad de una finca y el gravamen hipotecario que sobre la misma puede constituirse, de suerte que, si bien por vía ejecutiva el acreedor subhipotecario puede llegar a obtener la adjudicación del crédito hipotecario, mientras esto no suceda, es incorrecto hablar de la subrogación, y para el Registro han de estimarse distintos los dos créditos, respectivamente asegurados por la hipoteca y la subhipoteca, cualquiera que sea su enlace;

Considerando que para declarar extinguida una obligación por confusión de derechos, exige el artículo 1.192 del Código Civil que se reúnan en una misma persona los conceptos de acreedor y deudor, supuesto que no se da en el caso discutido, porque no se trata de una sola obligación, sino de dos independientes: la asumida por doña Dolores Vives Balicéis, respecto de doña María Curia no puede practicarse sin que conste el consentimiento de la Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Lérida; y aun en la hipótesis de que la citada Caja de Ahorros se hubiera subrogado en la deuda real y personal de doña Dolores Vives y pudiera discutirse la procedencia de la *compensación*, existirían dos créditos y dos deudas entre las mismas personas, no una sola persona que fuera acreedora y deudora en la única relación obligatoria existente;

Considerando que la cancelación del crédito hipotecario inscrito a favor de doña María Curia no puede practicarse sin que conste el consentimiento de la misma o providencia judicial, con arreglo al artículo 82 de la Ley, toda vez que dicha señora conserva las facultades dispositivas del derecho de hipoteca, sin ninguna limitación jurídica por los gravámenes posteriores, como el dueño de una finca hipoteca puede siempre enajenarla sin consentimiento de los acreedores y sin perjuicio del derecho de éstos;

Considerando que la cancelación total o parcial de la hipoteca constituida a favor de doña María Curia llevaría consigo inmediatamente la pérdida o disminución de la garantía correspondiente a los acreedores subhipotecarios, resultado diametralmente opuesto al que se solicita,

Esta Dirección General ha acordado, con revocación del auto apelado, confirmar la nota del Registrador.

Lo que, con devolución del expediente original, comunico a V. I. para su conocimiento y efectos consiguientes. Dios guarde a V. I. muchos años.—Madrid, 14 de septiembre de 1927.—*El Director General*, Pío BALLESTEROS.—*Señor Presidente de la Audiencia de Barcelona*.

Ver, asimismo, las Resoluciones de 19 de julio de 1888, 21 de agosto de 1895, 16 de diciembre de 1902, 14 de mayo de 1903, con criterios un tanto disímiles. Un apunte, en CHICO, *Estudios*, II, págs. 1367-1368.

La Ley puertorriqueña no es más generosa que la de España en cuanto a la regulación de la subhipoteca, por cuanto el artículo 136, circunstancia cuarta, se limita a repetir el contenido del artículo 175.4.^a del Reglamento Hipotecario español, al disponer que «Las inscripciones de subhipoteca, constituidas sin haberse notificado al deudor de acuerdo con el artículo 193 (50) podrán cancelarse en virtud de la escritura en que conste la resolución del derecho del acreedor subhipotecante. En el caso en que se hubiere cumplido dicho requisito será necesario, además, el consentimiento del acreedor subhipotecario o la consignación en el Tribunal de la cantidad asegurada por la subhipoteca, si fuese igual o inferior a la garantizada por la hipoteca».

El artículo 158.5.º autoriza igualmente la hipoteca del «derecho de superficie o cualquiera otro semejante de naturaleza real». A diferencia del texto hipotecario anterior, el vigente ha eludido toda referencia a los derechos de pastos, aguas, leñas y otros semejantes, claramente por su *aparente* desaparición en la vida puertorriqueña. Pero también cabe considerar que, al menos con respecto a los bosques, como quiera que la tala de árboles requiere de permiso y autorización del Departamento de Recursos Naturales, si su régimen jurídico no se reorienta hacia el sistema de concesiones. Ciertamente, la autorización no es una concesión, pero sin ella no es dable la tala misma.

Respecto del derecho de superficie, la regulación del mismo prevista en el Código Civil es de simple alusión o referencia (art. 1.503, párrafo tercero), lo que puede explicar el *intento regulador* del vigente Reglamento Hipotecario, francamente equivocado, en buena medida por seguir los pasos de ROCA SASTRE en este tema. En efecto, ya debe advertirse con relación a la obra del maestro, su señalamiento de fijar como figuras propias las *servidumbres personales*, limitadas al usufructo, uso y habitación, no sólo por prescripción del artículo 467 del Código Civil; y, si bien es verdad que tal precepto no existe en el Derecho español, la coincidencia de conceptos está puesta de manifiesto en la misma E. de M. de la Ley Hipotecaria, que, asimismo, identifica la servidumbre personal con aquellas modalidades de derechos reales (51). En

(50) Artículo 193 de la Ley Hipotecaria: «La enajenación, cesión o subhipoteca del crédito hipotecario afectará a tercero desde su inscripción en el Registro. El deudor hipotecario no quedará obligado por dicho contrato a más de lo que estuviere por el suyo y siempre que haya sido notificado de acuerdo con el artículo siguiente. El cesionario se subrogará en todos los derechos del cedente».

(51) «Regla general es que el usufructuario no pueda enajenar ni la cosa de que no es dueño, ni el mismo derecho de usufructo, que como personalísimo, no es comunicable, ni transmisible, dependiendo, por tanto, la duración de la *servidumbre*, de la vida del usufructuario, o de otra limitación que se haya prefijado; pero puede enajenar los frutos que le han de corresponder mientras exista la *servidumbre*. Consecuencia de esto es que la hipoteca quede extinguida, concluido el usufructo por un hecho ajeno a la voluntad del usufructuario. Mas no debe parar perjuicio al acreedor hipotecario la conclusión de la hipoteca por actos que, o no se desprenden de la naturaleza de esta *servidumbre personal*,

segundo lugar, por incidir en la misma confusión que ROCA SASTRE, identificando lo indefinido con lo perpetuo, con olvido de lo dispuesto en el artículo 1.500, párrafo segundo del Código Civil, pues no debe olvidarse que la superficie se rige por las normas de la enfiteusis en caso de indefinición. Todo lo cual apunta a una incomprensión del instituto.

Históricamente en el Derecho español antecedente del de Puerto Rico, la superficie simplemente es aludida en la 74 Ley de Toro, sancionando el retracto del superficiario, a diferencia del silencio mantenido por las *Partidas* (acogidas al riguroso principio de accesión). La Novísima Recopilación (Ley 4, Título XXIII, Libro VII, recogiendo la Real Provisión de 20 de octubre de 1788 en sus arts. 5 y 6) extendió a todo el Reino una disposición dada originalmente para la Villa de Madrid, que autorizó la concesión de solares a censo reservativo. Por lo que tiene explicación la afirmación de GONZÁLEZ y MARTÍNEZ, que, ante tales situaciones, los autores considerasen la superficie como un derecho de enfiteusis, perteneciendo al superficiario el dominio útil. La Ley Hipotecaria de 1861 y la de 1893 en su artículo 107, párrafos primero y quinto, admitían la hipotecabilidad de tal derecho, precisamente por considerarse, para su época, como un censo enfiteútico, resaltándose en el artículo 44 del Reglamento entonces vigente el carácter de gravamen o restricción de la superficie. Publicado el Código Civil, e impuesto el principio de accesión, se explica la mera alusión que hace el artículo 1.503, al decir de GONZÁLEZ y MARTÍNEZ por la incompatibilidad entre accesión y superficie. Pero, como se ha dicho en otro lugar (52), dentro del Código Civil son dables diversas situaciones en que aparece el derecho de superficie en distintas hipótesis de construcción, sea en suelo propio con materiales ajenos, sea en suelo ajeno con materiales propios; aparte que los artículos 297, 298 y 299 del Código Civil remiten la accesión a simple facultad, luego no es orden público, siendo perfectamente posible la convención particular generadora de las distintas hipótesis de superficie. Que la accesión se vea favorecida como presunción legislativa, no excluye aquel carácter potestativo, por lo que la superficie tiene, dentro del Código Civil, un amplio campo como derecho con características propias, como derecho diverso del dominio del suelo. La Ley Hipotecaria vigente mantiene en su artículo 158.5." la hipotecabilidad del derecho de superficie como diverso de la fórmula general del artículo 38, primero, de dicho texto, y como instituto distinto del «edificio construido en suelo ajeno», asimismo hipotecable (art. 158, 13.º de la Ley Hipotecaria), en cuya fórmula amplia cabe la propia superficie, si bien dicha

o de un pacto ajeno a su constitución, porque de otro modo quedaría al arbitrio del usufructuario la suerte del derecho del acreedor» (E. de M., Ley Hipotecaria de 1861; énfasis añadido).

(52) *Tratado*, VIII.

expresión, aunque recoge el texto del artículo 107 de la Ley de 1893, también sustenta la peregrina idea sentada en *BERROCAL v. Tribunal*, 1954, 76 DPR 38 (Decisión que, entre tantos preceptos, infringe directamente el art. 1.547, párrafo segundo del Código Civil).

El problema que se plantea con la superficie es que, omitida en el Código Civil su detallada regulación, aludida en la Ley Hipotecaria, ha sido el Reglamento el encargado de fijar su régimen jurídico. Que el Reglamento Hipotecario sigue los pasos del Derecho español es evidente; pero a los autores del Reglamento puertorriqueño se les *ha olvidado* que la norma española desarrolla su Ley del Suelo, inexistente en Puerto Rico; de manera tal que lo pertinente en el Reglamento español puede devenir, y de hecho deviene ilegítimo en el puertorriqueño. En efecto, dispone el artículo 39.1 del Reglamento Hipotecario:

«El derecho de superficie podrá constituirse mediante la inscripción del título en que se conceda, sobre el vuelo o bajo el suelo de cualquier finca inmatriculada, sea esta parcela de terreno o edificación. El derecho sobre la edificación en suelo ajeno podrá ser perpetuo o a término. Si nada se dice en el contrato se entenderá concedido a perpetuidad...»

Obsérvese que, de entrada, la redacción parece remitir a una inscripción constitutiva la existencia de la superficie, cuando un Reglamento no tiene jerarquía para imponerse sobre el Código Civil, que reconoce la existencia de tal derecho con total indiferencia al Registro de la Propiedad, debiendo estimarse dicha inscripción como meramente declarativa. Además, no es necesario que la finca esté incorporada al Registro, por lo que cabe la superficie en finca no inmatriculada. Seguidamente, el precepto parece que *se arrepiente* de la escisión entre superficie y construcción en suelo ajeno que sanciona el artículo 158 en sus apartados 5.º y 13.º Aparte, confunde lo indefinido con lo perpetuo (ciertamente, reiterando la idea del art. 1.500 del Código Civil, precepto que en su redacción original había que tomar en relación respecto de algunos Derechos forales, cuales gallego y catalán y la legislación especial sobre redención, españoles), pero con olvido de la exclusiva aplicación a la superficie del párrafo segundo de dicho artículo.

Seguidamente, tampoco el Reglamento Hipotecario es norma que pueda determinar el régimen de constitución de un derecho real, materia sustantiva que corresponde a norma de Derecho material.

Ciertamente, no es aquí el lugar para enjuiciar la regulación que se ha hecho en otro trabajo (53), pero sí dejar constancia de la insuficiencia y equívocos normativos, que hacen prácticamente inútil la hipotecabilidad, y no

(53) *Mdem.*

porque no fuese, desde el punto de vista práctico, suculento negocio la constitución de dicha hipoteca, sino porque el régimen de reversión o extinción hace que carezca de interés constituir superficie, pues lo que alienta a ella ha sido trastocado por el legislador en sentido opuesto.

El Reglamento diferencia dos situaciones diversas de superficie, la constituida a título gratuito y la creada a título oneroso. Ciertamente, el artículo 39.1 pretende unos requisitos comunes, pero previniendo unos efectos diversos.

La comunidad de requisitos va referida en las circunstancias 1.^a a 6.^a de dicho artículo:

«Deberá constar en escritura pública, además del consentimiento del propietario, del terreno, el de cualquier arrendatario, usufructuario, u ostentador del dominio útil sobre la finca, según aparezca del Registro». La exigencia, indudablemente, pone de manifiesto que no sabe el legislador de qué está hablando, por cuanto no tienen por qué guardar relación alguna el usufructo, menos aún el arrendamiento, con la superficie, aparte de ser un absurdo equiparar tales situaciones a otras de ostentar el *dominio útil*, siendo impertinente la exigencia de tal concurso de consentimientos, que convierte a un mero acreedor en titular de facultades dispositivas, o al titular de un derecho real limitado en dueño de las mismas.

Las circunstancias 2.^a a 5.^a, referentes a datos del asiento, no requieren comentario aquí, pero sí lo necesita la circunstancia 6.^a («En todo caso en que se conceda el derecho de superficie sobre terreno se precisará el área y lugar donde se efectuará la obra nueva»), porque parece manifestar que el Reglamento Hipotecario, como la jurisprudencia, se limita a ver el terreno, pero no *la finca*, concibiéndose una especie de *superficie parcial*, negándose la circunstancia 4.^a («Una vez terminada la obra se hará constar como finca nueva...»), y, claramente, que no se sabe qué es la superficie lo reconoce la circunstancia 5.^a («...expresarán los contratantes todos los acuerdos respecto al *uso y disfrute*...») (énfasis añadido).

En suma, ante una contradictoria e ignorante regulación material de la superficie, claro es concluir que su hipotecabilidad pasa al mundo de los sueños.

El artículo 158.6.º pretende la hipotecabilidad del derecho de arrendamiento inscrito. MUÑOZ MORALES (54) cita la Resolución de 21 de marzo de 1892, traída de BARRACHINA, calificando el arrendamiento inscrito como derecho real, en criterio asimismo recogido en FABIÁN & Co. v. *Registrador*, 1915, 22 DPR 801 (ponente, ¡tenía que serlo!, el Juez Wolf), y, luego, BECERRIL v. *Post*, 1915, 22 DPR 732, como fundamento de que la inscripción

(54) *Op. cit.*, II, pág. 33.

cambia el carácter del arrendamiento, convirtiéndolo en un derecho real y, por ello, hipotecable. No he hallado la Resolución citada, pero sí es conocida la de 12 de marzo de 1902 (55), invocada por VALLET para configurar el arrendamiento, algunos arrendamientos inscritos como derecho real. En verdad, resulta fuerte estimar que un sistema de *inscripción declarativa* alcance carácter constitutivo, pues ello significaría convertir el arriendo en derecho real por mor de la inscripción; aunque, siempre y en todo caso, esté presente el artículo 1.450 del Código Civil, *a sensu contrario*, que imposibilita al arrendatario para poder disponer del objeto arrendado. Sensatamente escribe MUÑOZ MORALES que «...si consideramos el arrendamiento inscrito bajo el punto de vista del arrendador, éste puede ceder a un tercero su derecho a obrar los cánones de arrendamiento de la finca hipotecada; pero esta cesión es un contrato de carácter personal... Considerando el arrendamiento bajo el punto de vista del arrendatario éste no sólo puede subarrendar... sino que también puede hacer una completa cesión... En este caso cabría preguntar si equiparándose el arrendamiento al derecho de usufructo, podría el arrendatario hipotecar este derecho...» (56). Siendo la equiparación imposible, pues el usufructo es siempre un derecho real y el arrendamiento es siempre derecho personal, la pretendida hipotecabilidad se convierte simplemente en una cesión, como acredita el propio artículo 158.6.º, cuando determina como único efecto de la hipoteca del arrendamiento precisamente el prohibido a la hipoteca: el comiso. Y conviene no olvidar el peculiar objeto contemplado en aquella Resolución, así como en la de 15 de junio de 1929, que podrían explicar, pero no justificar, el sentido de dichas Resoluciones (57).

(55) Ver *Tratado*, XXI.

(56) *Op. cit.*, n, *passim*, págs. 33-34.

(57) Cfr. VÁZQUEZ BOTE, *Tratado*, VIII y XV. Cfr. artículo 1.758 del Código Civil. Resolución de 15 de junio de 1929:

lmo. Señor: En el recurso gubernativo interpuesto por el Notario de Santander, don Ignacio Alonso Linares, contra la negativa del Registrador de la Propiedad de Torrelavega a inscribir una escritura de constitución de hipoteca, pendiente en este Centro en virtud de apelación del recurrente;

Resultando que en la escritura pública otorgada en Santander el 26 de febrero de 1928 por don Fernando González Pinto y don Pedro López Martínez, expusieron: que el primero llevaba en arrendamiento, por término de diez años, contados desde el 19 de enero de 1928, una finca urbana, constituida por un trozo de terreno, sita en término de Campuzano, Ayuntamiento de Torrelavega, de 17 áreas, 52 centiáreas, existiendo dentro del mismo un edificio construido a expensas de doña Josefa Blanco, destinado a fábrica de jabón, y junto a este edificio existen otros construidos por el arrendatario señor González Pinto, destinados a dependencias de dicha fábrica; que el expresado contrato de arrendamiento se formalizó por doña Josefa Blanco, como propietaria, ante el Notario de Torrelavega, don Adolfo Carrasco, el 19 de enero de 1928; que con garantía del derecho real que como arrendatario corresponde al señor González Pinto sobre el terreno y pabellón primitivo de que se ha hecho mérito, más con la que ofrecen los edificios contiguos a tal pabellón y las máquinas y utensilios de toda especie que se destinan a la industria del

jabón y obtención de aceites vegetales, solicitó de don Pedro López Martínez la concesión de un crédito de 100.000 pesetas, que le abrió durante tres años; que el cuentacorrentista, utilizando el crédito, podrá exigir del señor López Martínez el envío de las mercancías objeto de su negocio en Bilbao, puestas sobre vagón en la estación de origen; que para garantizar el reintegro de las 100.000 pesetas, cantidad máxima que el señor López Martínez se obliga a facilitar en mercancías al concesionario, señor González Pinto, constituye éste a favor de aquél hipoteca sobre las edificaciones de su propiedad y sobre el terreno y pabellón que lleva en arrendamiento, entendiéndose sujeto al gravamen hipotecario, a más del terreno y edificaciones dichas, la maquinaria, utensilios e instrumentos que se encuentran en los respectivos pabellones y útiles necesarios para la fabricación del jabón y obtención de aceites vegetales; que la hipoteca asegurará también 10.000 pesetas, en que se presuponen las costas y gastos que pueden originarse de la realización forzosa del crédito; y que el señor López Martínez podría utilizar el procedimiento regulado por los artículos 129 y siguientes de la Ley Hipotecaria;

Resultando que presentado el anterior documento en el Registro de la Propiedad de Torrelavega, fue denegada su inscripción por el Registrador, y a fin de subsanar los defectos consignados por el mismo, se otorgó nueva escritura por los mismos otorgantes de la reseñada anteriormente, el 25 de julio de 1928, ante el mismo Notario de Santander, don Ignacio Alonso, en la que se hace una referencia a la escritura de 26 de febrero en lo que respecta al crédito abierto por el señor López Martínez a favor del señor González Pinto, a su garantía hipotecaria, descripción de la finca, edificios, máquinas, etc., haciéndose constar además que, para satisfacer exigencias del principio de especialidad invocado por el Registrador en su nota calificadora, doña Josefa Blanco Herrero y don Fernando González Pinto otorgaron en 31 de mayo y 23 de junio otras adicionales de la de arrendamiento de 19 de enero de 1928; que, a consecuencia de estas escrituras y de una segregación al efecto practicada, tienen existencia independiente en los libros del Registro dos fincas: a) Una consistente en un trozo de terreno, sito en término de Campuzano, Ayuntamiento de Torrelavega, de 518 metros cuadrados; que dentro de su perímetro, y con autorización de doña Josefa Blanco, ha construido el señor González Pinto varios edificios, todos unidos y comunicados entre sí, destinados a la industria del jabón, existiendo dentro de esos edificios instaladas y funcionando máquinas y artefactos que se enumeran y detallan, b) Que la otra finca consiste en un trozo de terreno en el término de Campuzano, Ayuntamiento de Torrelavega, de 12 áreas, 34 centiáreas; que dentro de esta finca existe un pabellón a tejavana, propio de doña Josefa Blanco, por haberlo construido a sus expensas, de 304 metros cuadrados, dentro del cual existen instalaciones de máquinas y artefactos que se enumeran y que son de la propiedad de señor González Pinto; que la existencia en el Registro de dos fincas obliga a distribuir las responsabilidades de la cuenta de crédito ya referida, en armonía con lo dispuesto en el artículo 189 del Reglamento Hipotecario; que para ratificar en lo fundamental el enunciado contrato, los señores González Pinto y López Martínez formalizaron la presente escritura, declarando: a) Que los derechos que al señor González Pinto corresponden sobre los muebles e inmuebles a que se hace referencia en el antecedente letra a) y b), garantizan el cumplimiento de las obligaciones que le incumben como concesionario de la cuenta de crédito de 26 de febrero de 1928; b) Que ratifican la hipoteca constituida en la escritura de esa fecha, estimando susceptibles de tal gravamen, así el derecho de arrendamiento sobre la totalidad del terreno y pabellón a tejavana levantado por doña Josefa Blanco, como el de propiedad de los construidos por el señor González Pinto en la finca letra a) y sobre las máquinas e instrumentos instalados en los diversos pabellones para industria de jabón y obtención de aceites vegetales; c) Que el acreedor hipotecario, don Pedro López Martínez, al formalizar y suscribir la escritura de cuenta de crédito de 26 de febrero de 1928, conocía en todos sus detalles y particularidades el contrato de arrendamiento de 19 de enero de 1928, y juzgó como suficiente garantía el derecho real del señor González Pinto

como arrendatario de la superficie total de la primitiva finca y pabellón antiguo edificado por la arrendadora doña Josefa Blanco, y el de propietario condicional de los otros pabellones levantados por el señor González Pinto, dueño a su vez, y sin condición, de las máquinas e instrumentos, por estimar tales derechos enajenables e hipotecables, de conformidad a lo declarado en la Resolución de 12 de marzo de 1902 y en los artículos 107 y 109 de la Ley Hipotecaria; que las responsabilidades principal, costas y gastos que la hipoteca garantiza se distribuyen del modo siguiente: el derecho de arrendamiento sobre el suelo o terreno de la finca de la letra a) garantiza 2.000 pesetas, de principal, y 200, para costas y gastos; la edificación existente en la misma finca letra a) y la maquinaria instalada en tales pabellones responderán de pesetas 23.000, de principal, y de 2.300 para costas y gastos; el derecho de arrendamiento sobre el suelo y vuelo de la finca letra b) y la maquinaria instalada en el pabellón propio del hipotecante (?) garantizan 75.000 pesetas de capital y 7.500 pesetas para costas y gastos;

Resultando que el Registrador de la Propiedad de Torrelavega puso en el documento anterior la siguiente nota: «No admitida la inscripción en cuanto a los derechos sobre la finca b, por englobarse la responsabilidad entre la parte inmueble y la mueble que integran la garantía hipotecaria, siendo así que una y otra pertenecen a distintos propietarios»;

Resultando que el Notario autorizante de la escritura calificada interpuso recurso gubernativo, a fin de que aquélla se declarase extendida con arreglo a las formalidades legales, por las siguientes razones: que defiende la hipotecabilidad conjunta del derecho de arrendamiento sobre el suelo y vuelo de la finca letra b) y del de propiedad sobre la maquinaria de la misma colocada; que el artículo 334, número 5, del Código Civil, al asignar la cualidad de inmuebles a los bienes que expresa, claramente determina que no son inmuebles por sí mismos, sino en cuanto constituyen accesorios de la finca donde prestan servicio; que el artículo 110 de la Ley Hipotecaria, sin exigir expresamente la cualidad del propietario de la finca, faculta al deudor hipotecante para que sujete a tal gravamen los objetos muebles colocados de modo permanente para el servicio de alguna industria; que existe la inseparabilidad de la finca y maquinaria, no sólo en el aspecto físico, sino en el jurídico registral, puesto que tal maquinaria se ha descrito como elemento propio del inmueble y como parte integrante de él se menciona en el asiento del Registro; que fundamenta el derecho de que se trata las prerrogativas que la inscripción de su derecho como arrendatario concede al hipotecante don Fernando González, en orden a la estabilidad y permanencia del inmueble, y estas prerrogativas compensan sobradamente la de propietario que una exégesis extremada pudiera señalar como requisito, según el artículo 110 de la Ley Hipotecaria; que desintegra la maquinaria de la finca, y no pudiendo ser considerada como accesorio de ella, habría que negar su hipotecabilidad a los artefactos y utensilios colocados permanentemente en el pabellón que forma parte del inmueble, contrariando el espíritu que informa la reforma hecha en el artículo 110 de la Ley Hipotecaria de 1909, y haciendo a los industriales y fabricantes de peor condición que a los labradores y ganaderos, en beneficio de los cuales se creó la hipoteca sobre prenda agrícola; que es manifiesta la tendencia que se observa en la doctrina de la jurisprudencia, de ensanchar cada vez más el campo de acción de la hipoteca y favorecer el desarrollo del crédito territorial en favor de aquéllos que sin ser propietarios de cosa inmueble en sentido estricto, gozan en otros inmovilizados, por su destino, de cuantas facultades integran el dominio y que no es necesario el consentimiento de la propietario del suelo y vuelo para que la hipoteca pudiera en esta parte considerarse válidamente constituida, ya que no es la propiedad, sino el derecho arrendaticio lo que se afecta al cumplimiento de las obligaciones contraídas por el señor González Pinto;

Resultando que el Registrador de la Propiedad alegó en defensa de su calificación: que el eje del párrafo quinto del artículo 334 del Código Civil lo constituye el hecho de que sea el propietario de la finca quien coloque y utilice los artefactos que se mencionan; que de no concurrir esa circunstancia, no pueden considerarse bienes inmuebles por incorpo-

ración los que la naturaleza hizo muebles; que el artículo 11 de la Ley Hipotecaria no define cuáles sean los bienes muebles o inmuebles, pues tanto dicho artículo como toda la Ley se remite a la definición que de los mismos hace el artículo citado del Código Civil; y cuando expresa que no podrán hipotecarse con pacto expreso los objetos muebles colocados permanentemente en la finca hipotecada, se refiere tácitamente, como siempre, a dicho Código, y no deroga ni puede derogar el referido precepto legal; que siendo hipotecable el derecho de arrendamiento, como a su vez admisible la extensión de la hipoteca a los objetos muebles colocados en la finca por su propietario, es inscribible la hipoteca sobre la finca *a)* cuyos pabellones pertenecen al hipotecante, mas no sobre la finca *b)* propia íntegramente de tercera persona;

Resultando que el Presidente de la Audiencia confirmó la nota del Registrador de la Propiedad de Torrelavega, puesta en la escritura adicional de 25 de julio de 1928, por consideraciones análogas a las expuestas por dicho funcionario en su informe;

Resultando que el Notario recurrente se alzó de la anterior resolución presidencial ante este Centro por las siguientes consideraciones: que el problema a resolver no estriba en que deban estimarse muebles o inmuebles los instrumentos, máquinas y útiles, sino en la posibilidad o imposibilidad de que a esos objetos deba extenderse la hipoteca constituida sobre el derecho real que don Fernando González tiene sobre el suelo y vuelo de las fincas; que el artículo 110 de la Ley, al considerar hipotecables esos objetos, porque así lo convengan los otorgantes de la escritura, no altera la naturaleza de los bienes, puesto que muebles eran antes del contrato y muebles continúan siendo después, aunque la acción hipotecaria pueda ejercitarse contra ellos, y su valor en venta reintegrar al acreedor en lo que le adeuda; que no otra cosa significa la referencia que a ese artículo hace el cuarto de la propia Ley, que se invoca en uno de los considerandos del auto notificado; que esto aparte, en el punto concreto que se debate, no resulta tan clara la naturaleza mueble de las máquinas y artefactos propios del hipotecante y colocados por él en las fincas; que la inscripción del derecho arrendaticio sitúa al disfrutador de los inmuebles en condiciones tales de legalidad y seguridad, que iguala, a veces aventaja, al propietario; y si el arrendamiento tiene un período de duración mayor que el asignado al contrato que asegura, es firme y no precaria la garantía, y tal le pareció al acreedor don Pedro López Martínez, que la aceptó como buena; que por lo demás, es forzoso insistir sobre la contradicción que refleja la nota del señor Registrador declarando inscribible la hipoteca sobre una de las fincas y denegándola en cuanto a la otra, siendo una misma la situación jurídica de los inmuebles; que el hecho de que en la finca *a)* los pabellones sean propios de don Fernando, y en la finca *b)* pertenezca el existente a la arrendadora doña Josefa Blanco, no justifica el criterio diferencial de la calificación, porque uno y otros pabellones, no son más que eso, «tejavanas» o «cobertizos» perfectamente desmontables, que sirven de protección o defensa de las máquinas y artefactos; que el terreno sobre el que se levantan es ajeno, y en ese terreno están colocados de una manera permanente, no suspendidos de la techumbre de los pabellones ni sujetos a sus paredes; que si el derecho real del arrendamiento que don Fernando González tiene sobre la total superficie de la finca *a)* permitió extender la hipoteca a los artefactos colocados en el terreno correspondiente a las tejavanas o cobertizos contruidos por dicho señor, es incuestionable la procedencia de la extensión de la hipoteca a las máquinas enclavadas en el pabellón existente en la finca *b)* y propio de la arrendadora, porque del terreno y de la tejavana es arrendatario el hipotecante, y tal derecho aparece inscrito;

Vistos los artículos 138, número décimo del 334, 1.857 y 1.873 del Código Civil; 110 y siguientes de la Ley Hipotecaria; 138 del Reglamento para su ejecución y la Resolución de este Centro directivo de 24 de abril de 1913;

Considerando que en este recurso únicamente debe discutirse el problema relativo a la inscripción de los derechos del acreedor hipotecario sobre la finca *b)*, denegada por englobarse la responsabilidad entre la parte inmueble y la mueble que integran la garantía

hipotecaria, siendo así que una y otra pertenecen, según nota del Registrador, a distintos propietarios;

Considerando que, a tenor del número 10 del artículo 334 del Código Civil, son bienes inmuebles las concesiones administrativas de obras públicas y servidumbres y demás derechos reales sobre bienes inmuebles, por lo que ha de reconocerse que un arrendamiento inscribible, cuyas analogías con el usufructo temporal son patentes, y cuyos efectos a favor y en contra de terceras personas se hallan bajo la garantía del Registro de la Propiedad, funciona en la mayoría de los supuestos como verdadero derecho real, concepto que unido a la equiparación que se establece corrientemente entre propiedad de bienes inmuebles y titularidad de derechos reales sobre bienes raíces, permite atribuir al titular de una finca sujeta a reserva o fideicomiso, al enfiteuta, al usufructuario y también al arrendatario, derechos que aparecen concedidos con frase poco precisa al propietario de una finca;

Considerando que los objetos muebles incorporados a las fincas por actos o manifestaciones de los titulares de un derecho real, con la aquiescencia del dueño, pueden entrar en la categoría de partes integrantes de aquéllas, si no pudieran separarse de las mismas sin quebrantamiento de la materia o deterioro del objeto, por estar unidos al inmueble de una manera fija, o pueden adquirir la categoría de accesorios de la industria o explotación que se realice en un edificio o heredad al amparo de un derecho real, como las máquinas, vasos, instrumentos o utensilios que directamente concurren a satisfacer las necesidades de la explotación misma;

Considerando que la cuestión que se plantea al definir el alcance de los artículos 110 y siguientes de la Ley Hipotecaria sobre extensión de la hipoteca a las accesiones, mejoras, indemnizaciones, muebles, frutas y rentas, no puede decidirse en el sentido de que tales preceptos solamente se aplican a la hipoteca constituida por el propietario absoluto, y nunca a los reservistas, enfiteutas, fiduciarios, usufructuarios y arrendatarios, porque con tal doctrina quedarían deficientemente reglamentadas la mayor parte de las hipotecas constituidas sobre derechos reales enajenables, a pesar de que en estos casos cabe aplicar la doctrina general sobre extensión de la responsabilidad hipotecaria con los matices y restricciones impuestos por cada figura jurídica;

Considerando que si la Ley se refiere en estos preceptos al propietario de los bienes hipotecados, y no al titular de los derechos reales objeto de la hipoteca, por ser la hipoteca constituida sobre el dominio, el caso más frecuente, y por las complejidades que los demás supuestos presentan, resultaría tan absurdo circunscribir a dicha hipótesis los artículos citados, como asegurar que la hipoteca de un derecho real no es posible en nuestro sistema, por exigir el artículo 1.857 del Código Civil, en su número segundo, como requisito esencial, que la cosa pertenezca en propiedad al que la hipoteca, o porque el artículo 138 de la Ley Hipotecaria aluda al dueño de los bienes sobre que se constituyan las hipotecas voluntarias;

Considerando que, una vez admitida la posibilidad de que el titular de un derecho real autorizado para elevar edificios o realizar otra clase de construcciones, pueda unirlos a la finca inscrita como partes integrantes, o introducir en ella, con el carácter de accesorios de su industria, las cosas que directamente concurren a satisfacer las necesidades de ésta, surge la posibilidad de extender a los mismos la hipoteca, con sujeción a los preceptos del artículo 110 y, en su consecuencia, es lícito que, por pacto expreso, queden sujetos a las responsabilidades hipotecarias la caldera, bomba, depósitos, motores, prensas, etc., a que se refiere el documento calificado;

Considerando que los objetos incorporados a un derecho real, o mejor dicho, a la finca, en cuanto sujeta a un derecho real dejan de hallarse sometidos en su transmisión, gravamen y embargo a las disposiciones dictadas para las cosas muebles, y se reputan adheridos al derecho inscrito para aumentar la garantía hipotecaria, de modo que el acreedor que estimase deteriorado o disminuido el valor del derecho hipotecario por los

Así, dispone el citado párrafo 6.º del artículo 158 que es hipotecable «el derecho de arrendamiento inscrito, a menos que esté impedido el arrendatario de ceder o subarrendar, pero quedando sujeta la hipoteca que se constituya sobre el mismo a la resolución del arrendamiento por causas ajenas a la voluntad del arrendatario. Si la resolución fuese por causas atribuibles a la voluntad del arrendatario, el titular de la hipoteca podrá subrogarse en el

actos realizados en contravención de lo pactado, puede ejercitar la acción que le concede el artículo 188 del Reglamento para la ejecución de la Ley Hipotecaria;

Considerando que las particularidades impuestas por la legislación, y en especial por el artículo 1.573 del Código Civil a la doctrina de la extensión de la hipoteca, cuando ésta se constituye sobre un derecho real de arrendamiento, son análogas a las fijadas para el supuesto de las mejoras útiles o de recreo hechas por el usufructuario, y no pueden inducir a error al acreedor hipotecario que conoce hasta dónde llega su derecho y han de llegar, en general, las facultades del mejor postor o del adjudicatario, en el caso de enajenarse el derecho hipotecario para hacer efectivo el crédito;

Considerando que al admitirse la incorporación y unión de los pabellones, máquinas y utensilios necesarios para la explotación de una industria al derecho real, que constituye su base jurídica, se evitan las extrañas configuraciones denominadas «construcciones muebles», con que en otras legislaciones se ha tratado de solventar el problema, y se atiende a los precedentes de nuestro derecho, concediendo al industrial arrendatario una enérgica protección contra las personas que por medio de embargos trabados sobre talleres o aparatos tendieran a imposibilitarle para el ejercicio de una actividad lícita y productiva;

Considerando que con el anterior criterio se favorece y legitima la formal constitución de las entidades industriales, y se da a conocer con la claridad que las sobrias inscripciones del Registro consienten a las terceras personas interesadas, cuáles son los accesorios que corresponden al propietario, como tal y cuáles los muebles y valores que van unidos a un derecho real, y sobre los que pesa la responsabilidad hipotecaria constituida por el titular, evitando el peligro de que quien contrata con el dueño lo haga en vista de edificaciones, incorporaciones o adscripciones que arraigan o que dan sobre la finca, pero que no figuran en el inventario de los bienes y facultades atribuidos al mismo dueño;

Considerando que igualmente se atajan de ese modo las ventas formalizadas en documento público, pero consumadas tan sólo por medio de una tradición ficticia, que parecen llevadas a cabo, más para ganar un privilegio en el probable concurso, que para notificar a los terceros la transferencia de la industria o comercio, y se prosigue la evolución iniciada por la Comisión de Códigos en orden a los arrendamientos por largo plazo o inscribibles en el Registro de la Propiedad;

Considerando que si se circunscribe la presente resolución a la letra de la nota calificadora, tampoco cabe mantener el alcance de ésta, porque los objetos adscritos a un derecho real, o pierden su carácter mueble por tal incorporación, o continúan sujetos a la legislación mobiliaria, y en ninguno de los dos supuestos sería lógica la exigencia del Registrador, pues si se reputan cosas incorporadas o unidas a un derecho real inmobiliario, siguen el destino de lo principal, sin que sea lícito hipotecarlas por separado; y si, por el contrario, se estima que continúan independientes de aquél, no pueden ser hipotecadas como bienes inmuebles,

Esta Dirección General ha acordado revocar el auto apelado y declarar que la escritura calificada se halla extendida con arreglo a las formalidades y prescripciones legales.

Lo que, con devolución del expediente original, comunico a V. I. para su conocimiento y demás efectos. Dios guarde a V. I. muchos años.—Madrid, 15 de junio de 1929.—*El Director General*, Pío BALLESTEROS.—*Señor Presidente de la Audiencia de Burgos*.

lugar y grado del mismo en calidad de cesionario, bien por convenio entre los interesados o por decisión de un Tribunal competente, quien podrá así acordarlo como medida provisional de cautela o en forma definitiva, dentro de los términos del contrato inscrito y en todo caso determinando el Tribunal las alteraciones o modificaciones en la deuda original de acuerdo con la equidad del caso».

El apartado séptimo del artículo 158 autoriza la hipoteca de «las concesiones administrativas de minas, ferrocarriles, canales, puentes y otras obras destinadas al servicio público, y los edificios y terrenos que, no estando directa o exclusivamente destinados al referido servicio, pertenezcan al dominio particular, si bien se hallan agregados a aquellas obras, quedando pendiente la hipoteca, en el primer caso, de la resolución del derecho del concesionario».

El precepto copia literalmente el artículo 107.6.º de la Ley española, rectificando, así, la expresión previa del artículo 107.6.º de la Ley de 1893, que aludía a la hipoteca de «los ferrocarriles, puentes y otras obras», expresión aquella que supone una sensible mejora, por cuanto el objeto de la hipoteca que se autoriza no lo es el elemento objetivo, sino la *concesión administrativa* (derecho real inmobiliario). Claramente, la alusión a edificios y terrenos que no forman parte de la concesión quedan sujetos al régimen general de hipotecabilidad, debiendo, pues, deslindarse de la concesión misma; consiguientemente, en el momento de producirse la reversión al Estado, dichos inmuebles de propiedad privada no siguen la trayectoria de la concesión, a cuyo efecto es menester tomar en consideración lo dispuesto en el artículo 104.3 del Reglamento Hipotecario, conforme con el cual «cuando las fincas, terrenos o edificios que estuvieren inscritos a favor del concesionario e incorporados a la obra pública para su servicio o explotación fueren declarados sobrantes, por ser innecesarios para estos fines, podrá consignarse esta circunstancia en el Registro y se describan aquéllos con arreglo al artículo 87 y concordantes de la Ley y se autorice la libre disposición de los mismos. Esta circunstancia se hará constar por nota al margen de las respectivas inscripciones. Si dichas fincas, terrenos, parcelas o edificios no estuviesen inmatriculados se inscribirán conforme al Título XII de la Ley. En las notas e inscripciones expresadas se harán constar las reservas que el título de adquisición contuviere a favor de anteriores titulares o de terceros interesados como titulares de servidumbres que hayan de quedar vigentes».

El artículo 158.8.º autoriza la hipoteca de bienes vendidos con pacto de retro.

La compraventa con pacto de retro, conocida en el Derecho romano como *pactum de retrovendo* y que el Derecho histórico calificó como *compraventa con carta de gracia*, ha sido subsumida en el Código Civil dentro de la regulación que dicho cuerpo legal otorga al retracto convencional, concebido

como cláusula añadida al normal contrato de compraventa, por cuya virtud el vendedor se reserva el derecho de recuperar la cosa vendida, normalmente cuando la misma se pretende ser cedida a un tercero por título de venta, subrogándose entonces aquel primer vendedor en la posición jurídica de este último comprador.

La figura ha suscitado buena polémica entre los autores. Sin faltar defensores del mismo —que hacen descansar sus argumentos en la libertad contractual—, abundan más los críticos, alegándose un conjunto de razones nunca lejanas a la realidad de las cosas:

a) Se ha dicho que el pacto es inmoral, por ser el expediente a que se suele recurrir para ocultar préstamos usurarios. La veracidad del aserto tiene, además, respaldo legal, y, así, determina el artículo 1.410 del Código Civil que «toda venta de propiedad inmueble con pacto de retroventa se presumirá que constituye un contrato de préstamo por el montante del precio, con garantía hipotecaria de la finca vendida en cualquiera de los casos siguientes:

1.º Cuando el comprador no hubiere entrado en posesión material de la cosa vendida.

2.º Cuando el vendedor pague interés al comprador por el precio de la venta, aunque se denomine canon de arrendamiento o se le dé otro nombre cualquiera.

3.º Cuando se hiciere figurar en el contrato, como precio de enajenación, una cantidad enteramente inadecuada», precisión ésta última que no parece nublar el deseo, como quedó de manifiesto en GALLARDO V. PETITÓN, Ref. C.A. 92-13, al prevenirse un precio de retro en exceso del 38 por 100 del consignado como de venta. El precepto, como ha destacado VÉLEZ TORRES, se aprobó con un muy concreto fin local: «...los campesinos puertorriqueños, dueños de pequeñas parcelas de terreno de las cuales extraen el sustento de ellos y de sus familias, necesitaron un día, el financiamiento que les permitiera dedicar sus terrenos a siembras que ellos consideraron productivas. Pero como su título de propiedad nunca ganó acceso al Registro de la Propiedad, sino que siempre se desenvolvió a espaldas de éste, cuando quisieron dar sus tierras en garantía de los préstamos que necesitaban con suma urgencia, no pudieron hacerlo por la circunstancia de que la garantía que representaba la hipoteca sobre el inmueble no podía nacer como derecho real porque no se podía inscribir. Entonces los prestamistas, muchos de ellos interesados en el título de propiedad de los terrenos envueltos en cada transacción, acudían a sus abogados y, éstos, siempre hábiles en esto de extraer soluciones de la normativa vigente, echaron mano a la figura del retracto convencional... Con esta práctica, que se generalizó en toda la isla, nuestros campesinos pusieron en manos de los prestamistas de los pueblos, muchos de ellos inescrupulosos, el futuro económico y el de su familia. Años después, empezó a

manifestarse la mano insensible y egoísta del Shylock tropical» (58). Para poner remedio al tema se aprobó la adición del precepto al Código Civil (59).

El precepto plantea, sin embargo, un serio problema técnico jurídico, ya que difícilmente puede estimarse préstamo con garantía hipotecaria un título que no tiene acceso al Registro de la Propiedad, en un sistema de inscripción constitutiva de la hipoteca, sujeta a rigurosa prioridad o rango, y se plantea el tema de si se trata de una hipoteca legal y tácita, como fórmula de conversión legal.

b) Económicamente, se rechaza por dificultar el tráfico jurídico, obstaculizando en la agricultura el buen cultivo de las fincas, dado que el comprador sometido a riesgo de retro, se preocupa más por obtener el máximo beneficio en menor tiempo, que en cuidar el inmueble por previsión a largo plazo, fomentando el agotamiento del suelo.

c) Jurídicamente, se objeta la complejidad de la construcción de la figura, fuente constante de litigios.

Dispone el artículo 158.8.º que son hipotecables «los bienes vendidos con pacto de retro, si el comprador o su causahabiente limita la hipoteca a la cantidad que deba recibir en caso de disolverse la venta, dándose conocimiento del contrato al vendedor, a fin de que si se retrajeran los bienes antes de cancelarse la hipoteca, no devuelva el precio sin consentimiento del acreedor, a no mediar para ello disposición judicial». Como hipótesis en que el comprador adquiere un dominio sujeto a potencial resolución, queda perfectamente diferenciado en la Ley Hipotecaria del derecho de retracto que aquel pacto otorga al vendedor, que es objeto de consideración en el apartado 9.º de dicho artículo 158. Indudablemente, se ha seguido aquí el pensamiento de ROCA SASTRE, y no porque los problemas que la regulación ofrece no hubieran sido planteados oportunamente (60). La Ley de 1893, en su apartado 9.º

(58) VÉLEZ TORRES, J. R., *Curso*, IV-2, págs. 213-214.

(59) Ver RODRÍGUEZ V. RIVERA, 1950, 71 DPR 290; GALLARDO V. PETITÓN, CA 92-13, y el breve comentario de VÁZQUEZ BOTE, «Análisis del término 1992-1993 del Tribunal Supremo», Sección de Derecho civil patrimonial, en *Rev. Jur. UPR*, 1994, vol. 63-2, pág. 268.

(60) «Sostienen los antiguos tratadistas (GALINDO y ESCOSURA) que este derecho de retracto es un derecho personal, con arreglo a la Ley 42, Título V, Parte V, y que este carácter no ha variado por las posteriores disposiciones del Código Civil y de la Ley Hipotecaria, fijándose además en que este artículo de la Ley supone que lo que hipoteca el vendedor no es el derecho a redimir sino la misma finca en su exceso de valor. Pero otros tratadistas modernos (MORELL, BARRACHINA, ARAGONÉS, LEZÓN), sostienen francamente que se trata de un derecho real.

Sin embargo, tanto GALINDO como BARRACHINA coinciden en que lo que es hipotecable y se hipoteca no es el derecho de retraer, sino la misma finca vendida en lo que exceda del precio recibido del comprador, y por otra parte la Resolución de la Dirección General de los Registros de España, de 1 de marzo de 1893, distingue entre el derecho de retraer

admitía la hipoteca de «los bienes vendidos con pacto de retroventa, o a carta de gracia, si el comprador o su causahabiente limita la hipoteca a la cantidad que deba recibir en caso de resolverse la venta, dándose conocimiento del contrato al vendedor, a fin de que si se retrajeran los bienes antes de cancelarse la hipoteca, no devuelva el precio sin conocimiento del acreedor, a no preceder para ello precepto judicial, o si el vendedor o su causahabiente hipoteca lo que valgan los bienes más de lo que deba percibir el comprador si se resolviese la venta; pero en este caso el acreedor no podrá repetir contra

y el mayor valor de los bienes vendidos suponiendo hipotecable *no aquel derecho* sino el *mayor valor*. A este propósito, observan los tratadistas BERAUD y LEZÓN que *no resulta muy hipotecario regular hipotecas de cantidad*. Efectivamente si la hipoteca del vendedor con derecho a retraer se entiende constituida sobre el mayor valor de la finca vendida y si ese mayor valor no resulta ni aparece determinado en la inscripción, tendremos entonces una hipoteca *indeterminada* en cuanto a su objeto, a no ser que se entienda como determinación el importe mismo de la hipoteca. De todos modos resulta algo anómala esta forma de hipoteca.

Y esta anomalía resulta porque siendo este derecho a retraer una condición suspensiva para el vendedor retrayente, éste se ha desprendido del dominio de los bienes que el comprador inscribe a su nombre; y por tanto, si constituye hipoteca sobre parte del valor de esos bienes está hipotecando una cosa que en el momento no le pertenece; una cosa que es ajena y que no puede gravar, aunque tenga la posibilidad de readquirirla cuando devuelva el precio, en cuyo caso será necesario el otorgamiento de una escritura de retroventa en virtud de la cual se verifique nuevamente la inscripción a su favor; y así será aplicable el número 2 del artículo 1.756 del Código Civil y la prohibición contenida en el número 5 del artículo 108 confirmada en el artículo 126 de la misma Ley.

Sin embargo, el tratadista cubano, señor MARTÍNEZ ESCOBAR, en opinión que su distinguido colega, señor DORTA DUQUE, estima muy discutible, sostiene que el vendedor con pacto de retro tiene un derecho expectante sobre los bienes vendidos subordinado al cumplimiento de la condición y, por consiguiente, considera hipotecable ese derecho real.

En la nueva Ley Hipotecaria española del año 1909 han sido suprimidos el citado número 5 del artículo 108 y el artículo 126 que hoy subsisten en la nuestra de 1893, a que nos estamos refiriendo, y explicando los motivos de esas supresiones el comentarista MORELL se detiene en un extenso y razonado comentario de cuya lectura no puede prescindirse (*ob. cit.*, tomo 3, págs. 677-784).

Llegado el momento de ejecutar esa hipoteca constituida por el vendedor con derecho de retracto, el acreedor hipotecario C no persigue ese *derecho real* de retracto que tiene su deudor A, sino que ha de acudir al comprador B, pagándole el precio de la venta para obtener así la retroventa a favor de A, y una vez verificada esta retroventa y su inscripción consiguiente, entonces persigue la finca retrovendida. Conviene aquí notar el comentario de los señores GALINDO y ESCOSURA señalando las dificultades de esta situación, y sosteniendo que al mandar la Ley que el acreedor no pueda repetir contra los bienes hipotecados sin retraerlos previamente en nombre del deudor, presupone que no puede salir de éste el derecho de retracto (GALINDO, tomo IV, págs. 81 y 82).

Sin embargo, y estando vigente aquí el mismo precepto legal a que se refiere GALINDO, la jurisprudencia de Puerto Rico en el caso de ROSADO V. *Reg.* 19 DPR 72 se refiere a una transferencia del derecho de retraer que constaba en el Registro» (MUÑOZ MORALES, *Leciones*, II, págs. 40-42. A veces no comprende uno por qué el legislador tiene la costumbre de mirar lejos de su país para enterarse de los problemas jurídicos y de sus posibles soluciones que, al menos con el fin elemental informativo, las tiene en propia casa. *Cosas veredes...*

los bienes hipotecados sin retraerlos previamente en nombre del deudor en el tiempo en que éste tenga derecho y anticipando la cantidad que para ello fuere necesario». Precepto que, al decir de ROCA SASTRE, no ofrecía una clara perspectiva que hoy es compartida en general. Y, así, CHICO, siguiendo a MORELL y TERRY y a PUIG BRUTAU (61) distingue la fase de constitución de la hipoteca y sus limitaciones.

Respecto de la constitución, destaca que el objeto de la hipoteca es el bien inmueble (en ese dominio desdoblado, en que el comprador es titular bajo condición resolutoria y el vendedor es titular del retracto convencional, hipotecable vía circunstancia 9.^a), respecto del cual el comprador es propietario con plenas facultades para hipotecar, pero sujeto a las previsiones de los artículos 1.396 y 1.398 del Código Civil, así como al 1.407 de dicho cuerpo legal, constituyéndose efectivamente hipoteca sobre aquél, pero la suma que dicha hipoteca garantiza queda limitada a una igual a la que deba recibir para el caso de resolución de la venta. No se trata, ciertamente, que la hipoteca no pueda constituirse por una suma mayor, sino que, en tal caso, la hipoteca no asegura tal suma en exceso sino en el caso de que el vendedor no ejercite el retracto, pasando entonces la finca totalmente consolidado el dominio al adquirente o sus causahabientes. De ahí la calificación de *deplorable* que ROCA SASTRE atribuye a la redacción del precepto, al darse la impresión de que aquella cantidad ha de ser límite de la suma asegurada formalmente, cuando no es así. La necesidad de dar conocimiento del contrato al vendedor implica para éste no devolver al comprador el precio determinado, salvo disposición judicial en contrario; es claro, si el crédito hipotecario está todavía efectivo, sin acuerdo entre acreedor e hipotecante será menester la consignación judicial, en correspondencia con lo previsto en el artículo 161, párrafo segundo de la Ley Hipotecaria (62).

Ejercitado el retracto, como quiera que las cosas vuelven al estado original, el vendedor recibe la finca libre de hipoteca, razón por la cual ha de hacerse entrega de la suma prevista al acreedor hipotecario, siendo de apli-

(61) CHICO, *Estudios*, II, pág. 1376; MORELL, *Comentarios*, ni; PUIG BRUTAU, *Fundamentos*, III-3.^o. Ver, asimismo, ROCA SASTRE, *loc. cit.*, IV, págs. 224-226.

(62) Artículo 161.2.^o, Ley Hipotecaria:

«Conforme a lo dispuesto en el artículo anterior, se entenderán hipotecados conjuntamente con la finca, aunque no se mencionen en el contrato, siempre que corresponda al propietario:

1.^o (...).

2.^o Las indemnizaciones concedidas o debidas al propietario de los inmuebles hipotecados, bien por el aseguramiento de éstos siempre que haya tenido lugar el siniestro después de constituida la hipoteca, o bien por expropiación forzosa. Si cualquiera de estas indemnizaciones debiera hacerse efectiva antes del vencimiento de la obligación asegurada y quien haya de satisfacerla hubiere sido notificado previamente de la existencia de la hipoteca, se depositará su importe en la forma que convengan los interesados o, a falta de tal convenio, en la que disponga el Tribunal».

cación lo dispuesto en el artículo 136.6.º de la Ley Hipotecaria, a cuyo tenor, «Las inscripciones de venta de bienes sujetos a condiciones rescisorias o resolutorias podrán cancelarse, si resulta inscrita la causa de la rescisión, resolución o nulidad, presentando el documento que acredite haberse rescindido, resuelto o anulado la venta, y que se ha consignado en el Tribunal Superior donde radican los bienes, el valor de los bienes o el importe de los plazos que, con las deducciones que en su caso procedan, haya de ser devuelto. Si sobre los bienes sujetos a condiciones resolutorias se hubiesen constituido derechos reales, también deberán cancelarse las inscripciones de éstos con el mismo documento, siempre que se acredite la referida consignación» (63).

Determina el artículo 158.9.º, la hipotecabilidad del derecho de retracto convencional, que, como quedó apuntado, mantiene el vendedor como derecho real propio, inmobiliario, inscribible y, por todo ello, perfectamente hipotecable. A tal efecto, dispone el citado precepto ser hipotecable «el derecho de retracto convencional, si bien el acreedor hipotecario no podrá repetir contra los bienes afectados sin retraerlos previamente en nombre del deudor en el tiempo en que éste tenga derecho y anticipando la cantidad que para ello fuere necesario, ampliando la hipoteca en las sumas anticipadas por el acreedor, que devengarán intereses al tipo máximo contractual que la Ley permita. Si el vendedor ejercita el derecho de retracto, la misma hipoteca recaerá directamente sobre los bienes retraídos».

Como el vendedor con pacto de retro se reserva el derecho de resolver la venta recuperando la cosa vendida, no siendo un derecho personalísimo puede hacerle objeto de tráfico jurídico. Al respecto, resalta ROCA SASTRE que en la legislación anterior (recuérdese el art. 107.9.º de la Ley de 1893) la idea era que la hipoteca recaía sobre «lo que valgan los bienes», criterio al que respondía el dicho de BERAUD y de LEZÓN de no ser muy hipotecario regular hipotecas de cantidad, que podría incluso ser indeterminada afectándose el principio de especialidad. Error del legislador que ROCA SASTRE remite al entendido de ser la finca el objeto de la hipoteca en lugar del propio derecho de retracto; criterio que no parece muy exacto ante la lectura del artículo 158.9.º, que reclama en el acreedor hipotecario, en trámites de ejecución de su crédito, que ejercite previamente el retracto, actuando, así y luego, sobre la finca. ROCA SASTRE ha criticado duramente este sistema, escribiendo que, siendo el retracto enajenable «no se comprende por qué no se permite su enajenación directa por vía de ejecución hipotecaria. En vez de esta forma sencilla, la Ley exige que el acreedor, en *nombre* del deudor, ejercite previamente el retracto en el *tiempo* que aquél tenga derecho a hacerlo y anticipando para ello la *cantidad* que sea necesaria. El acreedor hipote-

(63) Ver artículo 128.7 del Reglamento Hipotecario.

cario deberá, pues, empezar por anticipar la cantidad necesaria para el retracto, lo cual constituye un obstáculo, sobre todo cuando el mayor valor de la finca no alcance a cubrir el importe de su crédito. Una vez efectuado el retracto deberá proceder ejecutivamente contra la finca» (64).

CHICO parece sustentar un criterio algo matizado, al resaltar el inconveniente del retracto, derivado de su plazo de duración (cuatro años y en todo caso no más de diez: art. 1.397 del Código Civil), cuya extinción supone la de la propia hipoteca que sobre él gravita. «El efecto sustancial a que hace referencia la Ley Hipotecaria en el artículo que comentamos no es el de la extinción de la hipoteca, sino el de la facultad que el vendedor pueda tener de ejercitar dicho retracto, ya que si lo ejercita "no sólo subsistirá, sino que ésta recaerá directamente sobre los bienes retraídos". Como vemos en este caso la Ley parece estar dando a entender que lo que verdaderamente se hipoteca es el *derecho de retracto* y al ser ejercitado y desaparecer por su ejercicio el objeto de la hipoteca cambia y se altera *subrogándose* la cosa vendida o los bienes retraídos en lugar del derecho de retracto» (65).

La circunstancia de que la Ley sancione al titular del retracto con la suma de intereses al máximo parece alentar al vendedor para actuar su derecho, facilitando, así, al acreedor hipotecario el ejercicio de su auténtico derecho de hipoteca. Pero, a la hora de la verdad, ni facilita la posición de este acreedor hipotecario ni, desde luego, ha de lograr excitar el celo del vendedor, destacadamente si el mismo no se halla en situación de cómoda solvencia (que podría explicar el no ejercicio de su derecho, aparte la hipoteca del mismo). Realmente esta sanción, que tanto abunda en la legislación especial, parece responder a un insulso impulso de capitalismo financiero en que y con el que el legislador se lava las manos, evitando pensar soluciones más airosas.

El artículo 158.10.º declara hipotecables «los bienes litigiosos, si la demanda original del pleito se ha anotado preventivamente, o si se hace constar en la inscripción que el acreedor tenía conocimiento del litigio, pero en cualquiera de los dos casos la hipoteca quedará pendiente de la resolución del pleito».

Planteadas contención titular respecto de bienes inscritos, ínterin no recaiga sentencia al respecto, es claro que el dueño es quien aparece como tal en el Registro, pudiendo, en consecuencia, ejercer todas sus facultades, entre ellas la de hipotecar, si bien quedando sujeta la hipoteca a la efectividad de la demanda interpuesta. Pero, como efecto del principio de publicidad, se reclama la constatación registral del hecho de la demanda mediante anotación preventiva; o, como efecto de principio de buena fe (arts. 363 y 1.850 del

(64) ROCA SASTRE, *loc. cit.*, IV, págs. 230-231.

(65) CHICO, *Estudios*, II, pág. 1350.

Código Civil), que el acreedor hipotecante haya tenido conocimiento del hecho del pleito.

El apartado 11.º del artículo 158 autoriza la hipoteca de bienes «sujetos a condiciones resolutorias que consten expresamente en el Registro, quedando extinguida la hipoteca al resolverse el derecho de hipoteca».

El precepto se complementa con el artículo 136, circunstancia 6.^a, conforme con el cual, «Las inscripciones de venta de bienes sujetos a condiciones rescisorias o resolutorias podrán cancelarse, si resulta inscrita la causa de la rescisión, resolución o nulidad, presentando el documento que acredite haberse rescindido, resuelto o anulado la venta, y que se ha consignado en el Tribunal Superior donde radiquen los bienes, el valor de los bienes o el importe de los plazos que, con las deducciones que en su caso procedan, haya de ser devuelto. Si sobre los bienes sujetos a condiciones rescisorias o resolutorias se hubiesen constituido derechos reales, también deberán cancelarse las inscripciones de éstos con el mismo documento, siempre que se acredite la referida consignación».

El precepto continúa la tendencia del artículo 109 de la Ley de 1893, que significó un cambio radical respecto de la Ley de 1861, española, que limitaba la hipoteca a los frutos de bienes sujetos a aquellas condiciones, salvo que hubiere expreso consentimiento del beneficiado por las condiciones mismas (66).

Ambos preceptos no son sino manifestación del contenido de los artículos 108 y 109 de la Ley, manifestando el alcance de las acciones rescisorias y resolutorias inscritas, que afectan al tercero, y siendo éste el acreedor hipotecario, el efecto rescisorio o resolutorio provoca la extinción de la hipoteca misma, u otros derechos reales posteriores. Y, conforme con lo dispuesto en el artículo 96 de la Ley, «el cumplimiento de las condiciones suspensivas o resolutorias de los actos o contratos inscritos, se hará constar en el Registro, bien por medio de una nota marginal, si se consuma la adquisición del derecho, bien por una nueva inscripción a favor de quien corresponda, si la resolución llega a verificarse» (67).

La norma —ha escrito PUIG BRUTAU— podría encabezar el precepto del artículo 158, «pues muchas de las hipótesis previstas lo son de bienes o derechos pendientes de condiciones resolutorias» (68).

Es el efecto propio de cualquier condición resolutoria: quien adquiere bajo dicha espada de Damocles, convertido el alea en hecho cierto, provoca la retroacción inmediata y, por consiguiente, la extinción de la hipoteca cons-

(66) Ver MUÑOZ MORALES, *Lecciones*, II, pág. 59; ROCA SASTRE, *loc. cit.*, IV, pág. 176.

(67) Ver artículos 99.6 y 103.1 del Reglamento Hipotecario.

(68) PUIG BRUTAU, *Fundamentos*, III-3.º, pág. 111.

tituida bajo aquel acondicionamiento de modo tal que el acreedor hipotecario pasaría a serlo común.

Entre los autores es unánime la opinión de que, concebida en amplísimos términos la noción de revocabilidad y acondicionamiento, la hipótesis contemplada se extiende a una variedad muy generosa de alternativas (resolución del usufructo, reversión de donaciones, revocación de las mismas, supervenencia de hijos en el donatario, obligaciones recíprocas por incumplimiento, pacto de comiso en ventas a plazos, retro, sustitución fideicomisaria *sub conditione*, bienes reservables incluso) (69).

Pero el tema de interés en este punto es si puede extenderse la hipotecabilidad a bienes adquiridos bajo condición suspensiva, ya que, en tanto en cuanto el evento futuro e incierto se manifieste como alea, es claro que no hay adquisición, por lo que, admitirse la hipotecabilidad por el futuro adquirente en firme significaría hipotecar bienes ajenos. La preocupación doctrinal tiene incluso apoyo en la Resolución de 17 de marzo de 1966 (70). CHICO se

(69) Cfr. ROCA SASTRE, *ibidem*, pág. 176; CHICO, *Estudios*, II, págs. 1382-1383; PUIG BRUTAU, *Fundamentos*, III-3.º, págs. 112-113.

(70) Resolución de 17 de marzo de 1966:

Excmo. Señor: En el recurso gubernativo interpuesto por el Procurador don Antonio Cot Mossegú, en representación de doña Cecilia Giraud Daudé, contra la negativa del Registrador de la Propiedad, número 6, de Barcelona, a inscribir una hipoteca legal, pendiente en este Centro en virtud de apelación del Registrador;

Resultando que don Ricardo Ramos Cordero ordenó en su testamento un prelegado de las casas números 16 y 17 de la plaza de Lesseps, de Barcelona, en favor de su hija doña María Ramos Dalmé, condicionado a que «si la legataria falleciese sin dejar descendencia, las casas que le prelega pasarán a sus otros hijos Roberto y Manolita y a su nieto Ricardo Ramos Cendoya, por iguales partes, y si en aquel entonces alguno hubiere fallecido, su parte pasará a sus hijos por derecho de representación»; que a consecuencia de la sentencia del Tribunal Metropolitano de Tarragona en la que se declaró la separación de los cónyuges don Ricardo Ramos Cendoya y doña Cecilia Giraud Daudé, el Juzgado de Primera Instancia, número 12, de Barcelona, en trámites de ejecución de la misma, ordenó, en Sentencia de 2 de marzo de 1962, que se constituyera hipoteca legal suficiente sobre los derechos que el marido ostentaba como fideicomisario en la tercera parte de las casas números 16 y 17 de la plaza de Lesseps, que estarían afectados desde el día 25 de mayo de 1961, para responder del pago de la pensión alimenticia mensual de 11.000 pesetas a que fue condenado por Sentencia de 15 de enero de 1955; y que pedida al Juzgado por la demandante, doña Cecilia Giraud Daudé, la constitución de la referida hipoteca legal, así fue acordado, expidiéndose por duplicado el oportuno mandamiento;

Resultando que presentado en el Registro el citado documento, fue calificado con la siguiente nota: «Suspendida la inscripción de la precedente sentencia, en cuanto en ella se acuerda la constitución de hipoteca legal sobre los derechos que don Ricardo Ramos ostenta como fideicomisario de la tercera parte de las fincas relacionadas, por el defecto de no estar determinados matemáticamente tales derechos, ni estar adquiridos en la actualidad, ni, por tanto, constar inscritos en el Registro a nombre del hipotecante, no pudiéndose cumplir con lo taxativamente ordenado en el artículo 20, párrafo 1.º, de la Ley Hipotecaria, ni conocerse hoy la extensión del derecho que se pretende hipotecar»;

Resultando que el Procurador que representaba a doña Cecilia Giraud Daudé interpuso recurso gubernativo contra la anterior calificación, y alegó: que don Ricardo Ramos

Cendoya, con posterioridad a la sentencia de separación conyugal, procedió a realizar todos sus bienes y luego dejó de satisfacer la pensión alimenticia a cuyo pago había sido condenado, haciendo imposible con tal maniobra toda reclamación por vía de apremio; que el citado señor Ramos ostentaba como fideicomisario el derecho a una tercera parte de las fincas números 16 y 17 de la plaza de Lesseps, de Barcelona, para el caso de que su actual propietaria, doña María Ramos Dalmé, falleciera sin descendencia; que en evitación de que el deudor de los alimentos, don Ricardo Ramos Cendoya, pudiera enajenar tales derechos, como ya hizo con cuantos bienes poseía, era obligado adoptar las correspondientes medidas cautelares, por lo que se pidió la constitución de la hipoteca legal objeto de este recurso; que ordenado por el Juzgado tal constitución, la negativa del Registrador es infundada, puesto que don Ricardo Ramos Cendoya ostenta como fideicomisario derechos sobre las fincas aludidas que, de acuerdo con el artículo 197 de la vigente Compilación del Derecho Catalán, por la que debe regularse aquélla en virtud de la regionalidad del causante, puede el beneficiario enajenarlos, gravarlos, renunciarlos o designarlos para su embargo, aunque tales actos queden sin efecto si no se defiende el fideicomiso, y por otra parte, a tenor del párrafo 2.º del artículo 186 de la propia Compilación del Derecho Catalán, los actos de disposición y gravamen que pudiera realizar la fiduciaria sobre los bienes fideicomitidos, están supeditados a la efectividad de la institución, todo ello teniendo en cuenta que el fideicomisario adquiere su derecho a la sucesión desde el momento de la muerte del testador (arts. 784 del Código Civil y párrafo 2.º del 162 de la Compilación de Derecho catalán); en consecuencia, de acuerdo con lo establecido en el artículo 106.2.º de la Ley Hipotecaria, los derechos que don Ricardo Ramos Cendoya ostenta sobre los bienes fideicomitidos, en virtud de sus facultades de enajenación y gravamen, son susceptibles de hipoteca; que por lo dicho no cabe afirmar que don Ricardo Ramos Cendoya no tiene en la actualidad adquiridos derechos en los bienes sobre los que se acordó constituir la hipoteca, que figuran inscritos en el Registro, en el que también consta su condición de fideicomisario; que tampoco se puede decir que no se han determinado matemáticamente los citados derechos, puesto que se refieren a una tercera parte de las fincas aludidas; que, a mayor abundamiento, el señor Ramos Cendoya puede enajenar, gravar, renunciar y designar sus derechos como fideicomisario, y, por otra parte, los actos de gravamen y disposición que realice la fiduciaria quedan supeditados a la efectividad de la sustitución ordenada por el causante; y que como fundamentos de derecho señalaba los artículos 784 del Código Civil, 162, párrafo 2.º; 186, párrafo 2.º, y 197, párrafo último de la Compilación de Derecho catalán, 106 de la Ley Hipotecaria y 84 del Reglamento para su ejecución;

Resultando que el Registrador informó: que la calificación del documento suspendido se apoya en tres puntos: a) la indeterminación matemática de los derechos sobre los cuales se constituye la hipoteca; b) el que estos derechos no están adquiridos en la actualidad por el hipotecante, y c) que lo que debe ser objeto de la hipoteca no está inscrito en el Registro; que el artículo 54 del Reglamento Hipotecario dispone que las inscripciones de partes indivisas de una finca o derecho precisarán con datos matemáticos la porción ideal de cada condueño; que para poder hipotecar unos derechos es necesario que previamente figuren inscritos a nombre del hipotecante, y en el presente caso, el señor Ramos no ha adquirido todavía, en virtud de la sustitución, ningún derecho sobre las fincas hipotecadas, ni siquiera se sabe si llegará a adquirirlo; que la sustitución condicional no implica la existencia de un derecho real; que entre los bienes hipotecables enumerados por los artículos 106 y 107 de la Ley Hipotecaria no figuran los sujetos a condición suspensiva; que el artículo 108 de la primitiva Ley Hipotecaria enumeraba los bienes que no se podían hipotecar, entre los cuales incluía los derechos reales sobre cosas que aun cuando se deban poseer en el futuro, no están aún inscritos a favor del que tenga tal derecho; que la Ley actual guarda silencio sobre este punto, y un ilustre tratadista entiende que la prohibición ha desaparecido, si bien la jurisprudencia la mantiene en dos

resoluciones (de 28 de agosto de 1911 y 6 de abril de 1912), en que no admite la hipoteca constituida por reservatarios, criterio que el citado comentarista atribuye a la gran inseguridad que en la reserva existe, por la exigencia de que el reservatario sobreviva al reservista; que la inscripción previa en favor del que transmite un derecho real es necesaria para la transmisión o gravamen se inscriban (art. 20 de la Ley Hipotecaria), y en el caso del presente recurso las fincas objeto del mismo no están inscritas en favor del señor Ramos, sino que en los correspondientes asientos sólo aparece mencionado el derecho que en el futuro tendrá si se cumple determinada condición referente al titular inscrito en la actualidad; y que la alegación por el recurrente del artículo 197 de la Compilación del Derecho catalán no es procedente, puesto que la hipoteca se constituye por su inscripción en el Registro;

Resultando que el Juez que intervino en el procedimiento informó: que puesto que don Ricardo Ramos Cendoya ostenta en virtud de fideicomiso el derecho a la tercera parte de cada una de las fincas que lo integran, es claro que está determinada matemáticamente la cuantía del mismo; que aunque estima no inscribibles hasta su consolidación los derechos de los reservatarios, el supuesto de los fideicomisos condicionales es distinto, puesto que su extensión no se puede modificar, y por añadidura, el artículo 197 de la Compilación del Derecho catalán permite su enajenación y gravamen; y que, por consiguiente, el derecho de don Ricardo Ramos Cendoya es hipotecable e inscribible la hipoteca en el Registro de la Propiedad, conforme al número 2.º del artículo 106 de la Ley Hipotecaria y 84 de su Reglamento;

Resultando que el Presidente de la Audiencia revocó la nota del Registrador por razones análogas a las expuestas por el recurrente y Juez que intervino en el procedimiento;

Resultando que el Registrador de la Propiedad se alzó de la decisión presidencial, y a lo dicho en su informe agregó: que la finca objeto del recurso está inscrita como admite el auto presidencial, en favor de la fiduciaria, persona distinta del fideicomisario, y si forzando el argumento se considera inscripción previa en favor del hipotecante la transcripción en el Registro de la cláusula testamentaria del abuelo del mismo, es un error, pues en todas las inscripciones que se practican en el Registro consta un acta de inscripción que califica el derecho y además lo atribuye a una persona determinada, que es lo que da valor al asiento registral, extremos que no se dan en el presente caso; que el derecho del hipotecante es incierto, y actualmente indeterminado en cuanto a su extensión, sin que sea más que una expectativa, puesto que si premuere a la actual titular de las fincas fideicomitadas, no adquiriría nada, y si al fallecimiento de la difuciaria falta alguno de los fideicomisarios nombrados, la parte de cada uno de los que quedan será diferente que si concurren todos, por lo cual no puede decirse ahora que esté determinada;

Vistos los artículos 73 del Código Civil, 162 y 197 de la Compilación de Derecho Civil de Cataluña; 9, 20, 23, 106 y 107 de la Ley Hipotecaria, y 54 y 84 del Reglamento para su ejecución;

Considerando que en este recurso se plantea la cuestión de si es inscribible una hipoteca legal constituida al amparo del artículo 73.6.º del Código Civil sobre los derechos que corresponden a un fideicomisario condicional sujeto a la legislación catalana, no inscritos a su nombre, en las fincas legadas objeto del fideicomiso;

Considerando que los fideicomisarios, siempre que fueren conocidos, podrán obtener la inscripción de su derecho al amparo del artículo 84 del Reglamento Hipotecario, sin que a ello obste el que sean condicionales, al permitirlo los artículos 9.2.º y 23 de la Ley Hipotecaria, y figuraran en el Registro como titulares de una expectativa protegida jurídicamente, por lo que los actos que sobre tal derecho se realicen, tendrán carácter provisional hasta que se haga constar en su caso, el cumplimiento de la condición que les afecta;

Considerando que según el artículo 197 de la Compilación de Derecho Civil especial de Cataluña, mientras el fideicomiso no se defiera al fideicomisario, podrá éste enajenar, gravar, renunciar y señalar para el embargo su derecho de adquirir la herencia o legado fideicomitidos, limitándose tales actos a los bienes que le correspondan al deferirse el fideicomiso, y quedará sin efecto si por ser la sustitución condicional no llegase a deferirse, por lo que, evidentemente, tal derecho es susceptible de hipoteca y a ésta no podrá negársele el acceso a los libros registrales, si reúne los demás requisitos necesarios para ello y siempre que no haya obstáculo de otra índole que lo impida;

Considerando que, si bien es cierto que conforme al artículo 54 del Reglamento Hipotecario, las inscripciones de partes indivisas de finca o derecho deben precisar con datos matemáticos la participación de cada uno de los varios cotitulares, hay que entender que ello sólo es preceptivo en los casos en que es posible hacerlo, pero no en aquellos otros como en el de los fideicomisarios condicionales del Derecho catalán, en los que por su propia esencia, el derecho está sometido a una doble indeterminación: de su misma subsistencia —según sobreviva o no el fideicomisario al fiduciario— y de su extensión cuantitativa —según sea mayor o menor el número de fideicomisarios que sobrevivan al fiduciario— a pesar de lo cual cabe que el fideicomisario disponga de su derecho, según el citado artículo 197 de la Compilación, por lo que tales actos dispositivos han de tener acceso al Registro de la Propiedad, pues de lo contrario se vulnerarían las bases mismas del sistema hipotecario que procura siempre la máxima concordancia entre aquél y la realidad extrarregistral;

Considerando que la indeterminación derivada de la posible premoriencia del fideicomisario, no puede ser obstáculo para la inscripción de la hipoteca, ya que, además de la evidente validez de sus actos dispositivos con arreglo a la legislación especial de Cataluña, la Ley Hipotecaria admite expresamente la hipoteca en supuestos de indeterminación que afectan a la subsistencia misma del derecho, por lo que tales hipotecas pueden quedar sin ningún valor ni efecto en un momento futuro, como en los supuestos de hipoteca de bienes vendidos con pacto de retro, del artículo 107.7.º, o de bienes sujetos a condiciones resolutorias expresas del artículo 107.10, o que estén afectados, incluso de presente, de la inseguridad derivada de un pleito ya iniciado, como en el caso de hipoteca de bienes litigiosos del artículo 107.9.º de la Ley;

Considerando que si se admite la indeterminación en cuanto a la subsistencia del derecho mismo que se hipoteca, con mucha mayor razón debe admitirse con este carácter excepcional, la indeterminación en cuanto a los límites cuantitativos de aquél, derivados del posible supuesto de que algunos de los otros fideicomisarios premueran al fiduciario, con lo que su derecho acrecería al de los restantes, que verían aumentar sus cuotas, lo que redundaría en beneficio del acreedor, sin que se produzca perjuicio alguno al tráfico inmobiliario y sin que ello suponga infracción del artículo 54 del Reglamento Hipotecario que al establecer la regla general sólo puede imponer una determinación con datos matemáticos, en los supuestos en que lo admite la naturaleza misma del derecho que se hipoteca, y no en aquellos otros, como en el caso del número 9 del artículo 107 y sobre todo en el del fideicomisario condicional de la legislación catalana que, por su misma esencia, está siempre afectado de inseguridad en cuanto a su subsistencia, y en algunos casos, además, en cuanto a su extensión cuantitativa;

Considerando que, en el caso concreto que se examina, se advierte la existencia de un grave obstáculo registral, como es el de la falta de inscripción previa del derecho del fideicomisario, lo que impide que se inscriban los actos de disposición o gravamen de tal derecho hasta tanto no se practique dicha inscripción omitida, por imperativo del principio de tracto sucesivo, consignado en el artículo 20 de la Ley Hipotecaria,

Esta Dirección General ha acordado, con revocación parcial del auto apelado, confirmar la nota del Registrador en cuanto al defecto de falta de inscripción previa del derecho del fideicomisario.

hace eco de la opinión de PUIG BRUTAU, que la contempla como una especie de hipoteca de cosa futura respecto del patrimonio del deudor hipotecante, y vierte como opinión de ROCA SASTRE lo que éste afirma respecto de las hipotecas sujetas a condición resolutoria como si de suspensivas se tratase, en pequeño error de apreciación (71).

El artículo 158.12 autoriza la hipoteca de «los apartamentos» (*sic*) «de un edificio declarado en propiedad horizontal o condominio, sujetándose la hipoteca constituida a las disposiciones de la legislación vigente sobre propiedad horizontal». El precepto se relaciona con lo previsto en el artículo 82, párrafo tercero, circunstancias 1.^a y 2.^a, a cuyo tenor:

«Se inscribirán separadamente, con número distinto:

1.º Las edificaciones cuando los predios inscritos donde radiquen pertenezcan a distintos dueños y en el mismo caso, las habitaciones o pisos de una edificación.

2.º Con sujeción a lo establecido en las leyes especiales sobre la materia, los diferentes pisos, partes de pisos o apartamentos (*sic*) "susceptibles de dominio separado de un mismo edificio conocido bajo el nombre de propiedad horizontal"».

La primera hipótesis se refiere, claramente, a situaciones de enfiteusis, susceptibles de hipotecarse conforme lo dispuesto en el artículo 158.13.º, según el cual puede hipotecarse «el edificio construido en suelo ajeno pero sin perjuicio del propietario del terreno y entendiéndose sujeto a tal gravamen solamente el derecho que el mismo que edificó tuviere sobre lo edificado».

La segunda hipótesis se refiere al caso normal del apartamento sometido al régimen especial de horizontalidad, conforme determina la Ley especial.

No se trata en este tema de traer a colación la problemática que se contempla en el Derecho español, bien planteada por los autores, con referencia a la posibilidad reconocida allí, en cuanto facultativa, de que los pisos o apartamentos no consten en folio aparte sino simplemente en la escritura matriz, sino de un problema muy distinto, pero que podría verse como igual o semejante ante las conclusiones que algunos autores han sentado basándose en infelices expresiones del Tribunal Supremo, en concreto lo dicho marginalmente en *Ready Mix Concrete, Inc. v. Ramírez de Arellano & Co. Inc. et*

Lo que, con devolución del expediente original, comunico a V. E. para su conocimiento y efectos. Dios guarde a V. E. muchos años.—Madrid, 17 de marzo de 1966.—*El Director General*, FRANCISCO ESCRIVÁ DE ROMANÍ.—*Excmo. Señor Presidente de la Audiencia Territorial de Barcelona* («Boletín Oficial del Estado», de 12 de abril de 1966).

(71) Cfr. CHICO, *loe. cit.*, pág. 1384; ROCA SASTRE, *loe. cit.*, pág. 185; PUIG BRUTAU, *loe. cit.*

ais., 1981, 110 DPR 869, pero, asimismo, por la obsesión legislativa de incorporar como norma todo lo que diga el Tribunal Supremo, sensato o absurdo, para convertirlo de inmediato en Ley. Por ello, es menester recordar el sinsentido de *BERROCAL V. Tribunal Superior*, 1954, 76 DPR 38 (en que el Tribunal Supremo se permitió *enseñar* el manejo de los Códigos, pero al modo estatutario del *common law*, con importación del Derecho francés) y el absurdo de *Castle Enterprise, Inc. v. Registrador*, 1963, 87 DPR 775; a lo que hay que unir el ya feo vicio del legislador de expresarse sin rigor alguno. Porque sin aclararse este tema, no sería extraño que en un próximo futuro entrase en Derecho puertorriqueño el problema que es propio del Derecho español y ajeno al de aquí.

En España se plantea el tema de la hipotecabilidad y su constatación registral de un piso o apartamento sometido a horizontabilidad, dada la *facultad* de no estar inscrito en folio aparte cuando se ha concluido la obra del inmueble previamente sometido y sin haberse abierto folio al piso o apartamento, por cuanto el inmueble se sometió comenzadas las obras pero no terminadas; y, también, cuando el piso o local tiene una simple referencia en la inscripción del solar del edificio proyectado y sometido al régimen especial (71 bis).

(71 bis) Resolución de 19 de julio de 1966:

Excmo. Señor: En el recurso gubernativo interpuesto por el Notario de San Sebastián, don Mario de Zubiaga y Ozamiz, contra la negativa del Registrador de la Propiedad de dicha capital a inscribir una escritura de préstamo con garantía hipotecaria, pendiente en este Centro en virtud de apelación del recurrente;

Resultando que por escritura autorizada en San Sebastián, el 11 de junio de 1963, por el Notario recurrente, la Caja de Ahorros Provincial de Guipúzcoa concedió a los esposos don Proceso Zabala y doña Marta Pérez Berasategui, un préstamo de 40.000 pesetas en garantía de cuya devolución hipotecaron a favor de la referida Caja la vivienda izquierda del piso primero de la casa señalada con el número 18 del Alto de San Bartolomé, de la indicada capital, que aparece inscrita bajo el mismo número de la finca de que formaba y sigue formando parte;

Resultando que presentada en el Registro primera copia de la citada escritura, fue calificada con la siguiente nota: «Se suspende la inscripción del precedente documento porque no solicitándose la inscripción del piso como finca independiente, de acuerdo con el artículo 8.º, número 5, de la Ley Hipotecaria, tampoco puede ser objeto de hipoteca independiente, según el artículo 107 de dicha Ley. Tampoco se consigna la descripción con las circunstancias que determina el artículo 5.º de la Ley de Propiedad Horizontal»;

Resultando que el Notario autorizante de la escritura interpuso recurso gubernativo contra la anterior calificación, y alegó: Que el Registrador da por resuelta, con manifiesta petición de principio, la cuestión de derecho intertemporal planteada por la Ley de Propiedad Horizontal en el sentido del carácter retroactivo de la misma en contra del criterio fundamental de irretroactividad de las leyes, proclamado desde antiguo y sancionado por el artículo 3.º de nuestro Código Civil, con la salvedad de que dispongan expresamente lo contrario, excepción limitada, a su vez, por el principio de respeto a los derechos adquiridos; que del examen de la referida Ley de Propiedad Horizontal se deduce bien a las claras que no le alcanzan ni comprende ninguna de estas causas de excepción que

podrían abonar su retroacción; que la única disposición transitoria de la misma sólo establece la retroacción para los Estatutos que estuvieren en contradicción con ella y que se han de adaptar durante el plazo señalado; que admitir la retroacción para los restantes supuestos implicaría el desconocimiento palmario de unos derechos adquiridos y derivados del principio fundamental en el orden hipotecario de la sustantividad e inatacabilidad de la inscripción, recogido y contenido en los artículos 1.º y 38 de la Ley Hipotecaria y confirmado por nutrida jurisprudencia; que resulta paradójico que sea precisamente el Registrador quien se oponga a la vigencia y efectividad de un asiento cuya custodia y defensa le están encomendadas; que aun admitiendo a efectos dialécticos la proyección al pasado de la Ley de Propiedad Horizontal, resultan infundados los tres defectos señalados en la nota; que la exigencia de inscripción del piso, de acuerdo con el número 5 del artículo 8.º de la Ley Hipotecaria, es inaplicable porque el piso ya estaba inscrito al reformarse el precepto de acuerdo con la Ley de Propiedad Horizontal, y, además, dicho número 5 no impone la inscripción separada, sino que, facultativamente, permite crear el folio autónomo, lo que se confirma, además, por el texto de la Exposición de Motivos; que éste es el criterio de la mayoría de la doctrina; que el texto literal del precepto habla de «los pisos o locales en régimen de propiedad horizontal, siempre que conste previamente en la inscripción la constitución de dicho régimen», lo que indica claramente su proyección hacia el futuro, eximiendo, lógicamente, a los pisos inscritos bajo el régimen de la legislación anterior; que resulta asimismo de oportunidad al caso la cita del artículo 218 del Reglamento Hipotecario, que ha quedado intocado por la reforma, y en cuya letra a) se sigue haciendo jugar y valer la situación de los «pisos inscritos bajo el mismo número de la casa a que pertenezcan»; que el segundo defecto señalado, al ser una consecuencia del primero, cae por su base con lo que se acaba de decir y en apoyo de su criterio recoge el comentario de un ilustre tratadista, sobre el número 11 del artículo 107 de la Ley Hipotecaria en su nueva redacción, que ha suprimido la exigencia de que conste el piso inscrito como finca especial; que en cuanto a no consignarse la descripción con las circunstancias que determinan el artículo 5.º de la Ley de Propiedad Horizontal, es debido a que tal norma se refiere al futuro, como indica la palabra «describirá» que emplea; que si tal inscripción se hiciese unilateralmente por los diversos propietarios separadamente daría lugar a contradicciones sin cuento, especialmente en lo referente a la participación de cada piso, expresada en centésimas, en relación con el total valor del inmueble; y que en el caso de que la cuestión apareciese dudosa, la Dirección General tiene declarado que en tales supuestos debe resolverse en el sentido más favorable a la libertad del dominio y que los Registradores, dentro de los límites del sistema, «han de procurar en todo lo posible el ingreso en los libros de los títulos para que gocen de protección y garantías, puedan ser objeto de sucesivas operaciones de tráfico y permitan a su titular el máximo rendimiento económico-jurídico»;

Resultando que el Registrador informó: que la cuestión a dilucidar es si puede inscribirse la hipoteca especial de un piso que no figura en el Registro como finca independiente; que la legislación aplicable es sin duda la vigente al otorgarse el correspondiente contrato sin que esto implique retroactividad alguna; que en tal momento el precepto vigente es el número 11 del artículo 107 de la Ley Hipotecaria en relación con el 8.º de dicho texto que exige para la hipoteca de un piso, con independencia de los demás de la finca, las dos condiciones de que se halle en régimen de Propiedad Horizontal y de que el piso se inscriba como finca separada del resto del edificio; que además, el piso habrá de ser descrito en la forma que exige el artículo 5.º de la Ley de Propiedad Horizontal, pues si no se expresan las circunstancias requeridas, es claro que no puede estar acogido al régimen de dicha Ley ni ser inscrito con independencia, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 9.º de la Ley Hipotecaria; que es evidente que en el caso objeto del recurso no se ha cumplido ninguno de los requisitos expresados; que los comentaristas de la Ley de Propiedad Horizontal están de completo acuerdo con la doctrina expuesta; que alega

el recurrente que aplicar la Ley de Propiedad Horizontal al contrato cuestionado sería ir contra el principio de irretroactividad de las leyes, pero ocurre que dicho contrato es notoriamente posterior a la referida ley; que con arreglo al criterio del recurrente, un edificio inmatriculado en 1870 seguiría rigiéndose por la legislación anterior al Código Civil; que además, si el artículo 107 de la Ley Hipotecaria por su actual redacción no fuera aplicable al caso debatido, lo sería en la anterior que exigía para la hipoteca de pisos que estuviesen inscritos como fincas especiales, lo que hace que en el fondo sean coincidentes ambas redacciones; que incluso el criterio de la Ley de Propiedad Horizontal es retroactivo, pues suprime el derecho de retracto entre copropietarios e impone la obligación de adaptar a la nueva Ley los Estatutos de la comunidad; que la claridad del Registro exige, aunque no se trate de hipoteca, de acuerdo con lo previsto al comienzo del artículo 8.º de la Ley Hipotecaria, que a cada finca registrada se abra un folio independiente; que no hacerlo así ocasionaría gran confusión; que sin duda por esto la Ley de Propiedad Horizontal sólo admite la inscripción conjunta de varios apartamentos de un mismo edificio, a título excepcional, para facilitar la inscripción, siempre que lo soliciten todos los titulares; que lo normal hipotecariamente es que cuando una finca se divide en porciones independientes a favor de distintos copropietarios, se hagan las oportunas segregaciones (arts. 46 y 47 del Reglamento Hipotecario) y que esa misma razón de separación e independencia hacen necesaria la inscripción en folio propio de cada uno de los pisos que se hipotéquen, ya que con el gravamen se constituye una propiedad diferenciada;

Resultando que el Presidente de la Audiencia confirmó la nota del Registrador por razones análogas a las expuestas por este funcionario;

Resultando que el Notario recurrente se alzó de la decisión presidencial y a sus anteriores alegaciones agregó: que el fundamento del auto se basa en el error de considerar subsistentes y vigentes preceptos legales que se encuentran derogados, como son el número 3 del artículo 8.º y el número 11 del artículo 107 de la Ley Hipotecaria que aparecen hoy con una redacción diferente; que si la Ley hubiera querido establecer el folio autónomo para los diferentes pisos, lo hubiera dicho así, y no lo habría dejado a la libre voluntad de los interesados y que la fecha de la inscripción es la determinante de los derechos adquiridos dimanantes de la misma;

Vistos los artículos 396 del Código Civil; 8, 9, 107 y 243 de la Ley Hipotecaria, y la Ley de Propiedad Horizontal de 21 de julio de 1960;

Considerando que la cuestión que plantea este recurso consiste en resolver si puede inscribirse una hipoteca constituida sobre un piso que figura inscrito a favor de sus propietarios dentro del folio general abierto a todo el edificio, conforme a la legislación hipotecaria vigente en la fecha de adquisición, o si, por el contrario, sería necesario inscribir previamente, en folio separado, como finca independiente, el mencionado piso, volviendo además a describirlo con las circunstancias que exige el artículo 5.º de la Ley de Propiedad Horizontal;

Considerando que uno de los fundamentos básicos de la legislación inmobiliaria lo constituye el llamado principio de especialidad, que tiende —entre otros aspectos— a evitar el confusionismo que puede resultar del cúmulo de asientos vigentes bajo un mismo número del Registro, lo cual impediría la debida claridad que han de tener los libros registrales, y que se traduce en la regla general sancionada en el artículo 243 de la Ley, de que cada finca o entidad hipotecaria aparezca inscrita bajo folio y número especial, con objeto de que los terceros puedan conocer cuanto haga relación al inmueble y a su situación jurídica, mas cuando se trata de fincas especiales, como en el supuesto presente, de edificios en régimen de propiedad por pisos, la Ley Hipotecaria, antes y después de su reforma por la Ley de Propiedad Horizontal de 21 de julio de 1960, permite, o la inscripción del inmueble en su conjunto con los distintos pisos o locales susceptibles de aprovechamiento independiente, o que se inscriba como finca independiente cada piso o

local, por lo que en el primero de los supuestos, todos los actos relativos a los pisos del mismo edificio figurarán en el mismo folio registral con el consiguiente riesgo de confusión y perturbación derivada de la falta de separación y claridad de los asientos que el mencionado principio de especialidad exige;

Considerando que en el presente caso el piso discutido aparece inscrito conforme a la legislación hipotecaria vigente en 1959, y aunque el artículo 5.º de la Ley de Propiedad Horizontal exige otros requisitos y circunstancias por lo que sería muy conveniente que al otorgarse un acto relativo a una finca inscrita antes, se modificase su descripción y se adaptara a las nuevas exigencias legales, con lo cual quedaría cumplida, además, la prevención del artículo 171 del Reglamento Notarial, es lo cierto que —dada la situación presente— el propietario del piso o apartamento no puede realizar tal modificación unilateralmente y necesitaría la comparecencia de los demás, al menos en lo que a fijación de la cuota se refiere, lo que sería tanto como exigir de nuevo el consentimiento de todos los titulares para la realización de un acto que afecta exclusivamente al poder dispositivo de uno solo de ellos, circunstancias que seguramente movieron al legislador en la Disposición Transitoria primera de la Ley de 21 de julio de 1960, a exigir sólo la adaptación de aquellos estatutos cuyo contenido estuviera en contradicción con los preceptos legales, mas sin establecer idéntica previsión para aquella descripción de las fincas que no se ajusten a lo dispuesto en el artículo 5.º de la misma Ley;

Considerando, por último, que, al no imponer la Ley como obligatorio el folio autónomo y menos por vía de segregación, concepto ya inaplicable cuando se ha constituido la Propiedad Horizontal conforme a la nueva ley y en consecuencia caber la posibilidad de que los pisos o apartamentos figuren y continúen inscritos dentro del folio abierto con carácter general, no hay ningún obstáculo que se oponga a la inscripción de la hipoteca constituida, pues el artículo 107 de la Ley Hipotecaria, que establecía la exigencia de que sólo podían constituirse dichos gravámenes cuando los pisos apareciesen inscritos como fincas independientes, ha sido modificado en su redacción actual, por la Ley de Propiedad Horizontal que ha suprimido esta exigencia y se remite directamente al artículo 8 de la Ley Hipotecaria que permite con carácter facultativo las dos formas de inscripción.

Esta Dirección General ha acordado revocar el auto apelado y la nota del Registrador.

Lo que, con devolución del expediente original, comunico a V. E. para su conocimiento y efectos. Dios guarde a V. E. muchos años.—Madrid, 19 de julio de 1966.—*El Director General*, FRANCISCO ESCRIVÁ DE ROMANÍ.—*Excmo. Señor Presidente de la Audiencia Territorial de Pamplona* («Boletín Oficial del Estado», de 17 de agosto de 1966, rectificado en el de 24).

Resolución de 21 de julio de 1966:

Excmo. Señor: En el recurso gubernativo interpuesto por el Notario de San Sebastián, don Manuel de Pineda y Martínez Aixa, contra la negativa del Registrador de la Propiedad de dicha ciudad a inscribir una escritura de préstamo con garantía hipotecaria, pendiente en este Centro en virtud de apelación del recurrente;

Resultando que por escritura autorizada en San Sebastián, el 12 de marzo de 1963, por el Notario recurrente, la Caja de Ahorros Provincial de Guipúzcoa concedió a don José Julián Aramburu Alzola, un préstamo de 50.000 pesetas en garantía de cuya devolución, costas y gastos, el prestatario hipotecó a favor de la referida Caja de Ahorros, un piso de su propiedad situado en la planta segunda del número 8 de la calle de San Jerónimo de la indicada capital, que figura inscrito en el folio del edificio del que forma parte;

Resultando que presentada en el Registro primera copia de la anterior escritura, fue calificada con la siguiente nota: «Se suspende la inscripción del precedente documento porque no solicitándose la inscripción del piso como finca independiente, de acuerdo con el artículo 8.º, número 5, de la Ley Hipotecaria, tampoco puede ser objeto de hipoteca independiente, según el artículo 107 de dicha Ley. Tampoco se consigna la

descripción o las circunstancias que determinan el artículo 5.º de la Ley de Propiedad Horizontal»;

Resultando que el Notario autorizante de la escritura interpuso recurso gubernativo contra la anterior calificación, y alegó: Que la nota del Registrador invoca solamente uno de los números del artículo 8.º de la Ley Hipotecaria, reformado por la de Propiedad Horizontal de 21 de julio de 1960; que existen en ese artículo otros dos números de indudable aplicación al caso, el 4, que admite la inscripción de pisos y locales bajo el mismo número y como parte del edificio en que están situados, y el 3, que admite la inscripción de fincas urbanas y edificios aunque pertenezcan a diferentes dueños en dominio pleno o menos pleno; que como la Ley no especifica cómo es esa coparticipación ni en qué consiste ese dominio pleno o menos pleno, es posible puesto que la Ley no distingue, admitir dos formas de concurrencia de propietarios en un mismo edificio: 1.ª, determinando la parte de cada uno, alícuotamente, con referencia al todo, por ejemplo, una cuarta parte, una quinta parte, etc., y 2.ª, por determinación topográfica de la parte correspondiente a cada dueño, por ejemplo, el piso 1.º, el local de la derecha entrando, etc.; que esta interpretación es la única que hace posible el mantenimiento del orden jurídico creado al amparo de la legislación anterior, del cual han surgido tantas situaciones registrales de propiedad de pisos y locales no descritos conforme a la Ley de 21 de julio de 1960; que la calificación resuelve *in continenti*, un caso de derecho transitorio, a favor de la absoluta retroactividad de la Ley de 21 de julio de 1960, sin tener en cuenta su artículo 5.º determinante de las circunstancias de la descripción de pisos y locales en un mismo edificio pertenecientes a distinto dueño; que la retroactividad de tal Ley no es clara y terminante, salvo para los estatutos de comunidad contrarios a la misma y los contractuales; que en los puntos no tratados especialmente hay que presumir se respetan los derechos adquiridos y la situación en vigor hasta que sea modificada por nuevas relaciones jurídicas; que el Código Civil de aplicación general dispone que las nuevas disposiciones que perjudiquen derechos adquiridos no tienen efecto retroactivo y según la Ley Hipotecaria los asientos del Registro, en cuanto se refieren a los derechos inscribibles en la forma señalada en ellos (arts. 1 y 38 de la Ley Hipotecaria, están bajo la salvaguardia de los Tribunales y producen todos sus efectos mientras no se declare su nulidad; que la calificación supone negar las facultades del propietario según los términos de la inscripción vigente; que el Registrador exige la inscripción de la vivienda como finca independiente y para ello pide que se describa con las circunstancias del artículo 5 de la Ley de Propiedad Horizontal; que esta pretensión es desorbitada, pues tales actos implican, dadas las condiciones legales, una auténtica división de la cosa común que requiere el acuerdo unánime de los copropietarios, en su defecto, resolución judicial; que si el funcionario calificador tenía alguna duda, la Resolución de 19 de diciembre de 1942 declara que las cuestiones dudosas deben resolverse en el sentido más favorable a la libertad del dominio; que si se quiere dar absoluta eficacia a la Ley de 21 de julio de 1960 y más concretamente a su artículo 5.º, lo que debe exigir el Registrador es su exacto cumplimiento, incluso en lo referente a la forma de describirse la finca; y que, para terminar, el artículo 107 de la Ley Hipotecaria admite como hipotecables los pisos y locales descritos conforme al artículo 8 de la misma, que hay que interpretar en la forma al principio indicada;

Resultando que el Registrador informó: que la cuestión a dilucidar es si puede inscribirse la hipoteca especial de un piso que no figura en el Registro como finca independiente; que la legislación aplicable es sin duda la vigente al otorgarse el correspondiente contrato, sin que esto implique retroactividad alguna; que en tal momento el precepto vigente es el número 11 del artículo 107 de la Ley Hipotecaria en relación con el 8 de dicho texto que exige para la hipoteca de un piso, con independencia de los demás de la finca, las dos condiciones de que se halle en régimen de Propiedad Horizontal y de que el piso se inscriba como finca separada del resto del edificio; que además, el piso habrá

de ser descrito en la forma que exige el artículo 5.º de la Ley de Propiedad Horizontal, pues si no se expresan las circunstancias exigidas es claro que no puede estar acogido al régimen de dicha Ley ni ser inscrito con independencia, según el artículo 9.º de la Ley Hipotecaria; que es evidente que en el caso objeto del recurso no se ha cumplido ninguno de los requisitos expresados; que los comentaristas de la Ley de Propiedad Horizontal están de completo acuerdo con la doctrina expuesta; que alega el recurrente que aplicar la Ley de Propiedad Horizontal al contrato cuestionado sería ir contra el principio de irretroactividad de las leyes, pero ocurre que dicho contrato es notoriamente posterior a la repetida ley; que con arreglo al criterio del recurrente, un edificio inmatriculado en 1870 seguiría rigiéndose por la legislación anterior al Código Civil; que a mayor abundamiento, si el artículo 107 de la Ley Hipotecaria en su actual redacción no fuera aplicable al caso debatido, lo sería en la anterior que exigía para la hipoteca de pisos que estuviesen inscritos como fincas especiales, lo que hace que en el fondo sean coincidentes ambas redacciones; que incluso el criterio de la Ley de Propiedad Horizontal es retroactivo, pues suprime el derecho de retracto entre copropietarios e impone la obligación de adaptar a la nueva Ley los Estatutos de la Comunidad; que la claridad del Registro exige, aunque no se trate de hipoteca, de acuerdo con lo previsto al comienzo del artículo 8.º de la Ley, que a cada finca registrada se abra un folio independiente; que no hacerlo así ocasionaría gran confusión; que sin duda por eso la Ley de Propiedad Horizontal sólo admite la inscripción conjunta de varios apartamentos de un mismo edificio, a título excepcional, para facilitar la inscripción, siempre que lo soliciten todos los titulares; que lo normal hipotecariamente es que cuando una finca se divide en porciones independientes a favor de distintos copropietarios, se hagan las oportunas segregaciones (arts. 46 y 47 del Reglamento Hipotecario); y que esa misma razón de separación e independencia hace necesaria la inscripción en folio propio de cada uno de los pisos que se hipotequen, ya que con el gravamen se constituye una propiedad diferenciada;

Resultando que el Presidente de la Audiencia confirmó la nota del Registrador por razones análogas a las expuestas por este funcionario;

Resultando que el Notario recurrente se alzó de la decisión presidencial y a sus anteriores alegaciones agregó: que Ley de Propiedad Horizontal es confusa, pues aunque estableció reglas claras para las situaciones futuras, respetó la legislación anterior, a veces, para las precedentes; y que el respeto a los derechos adquiridos debe referirse a la situación básica, en este caso el dominio, sin que al propietario inscrito se le pueda limitar su facultad de hipotecar por la aparición de normas adjetivas posteriores;

Vistos los artículos 396 del Código Civil; 8, 9, 107 y 243 de la Ley Hipotecaria; la Ley de Propiedad Horizontal de 21 de julio de 1960, y la Resolución de 19 de julio de 1966;

Considerando que este recurso plantea la misma cuestión decidida en la Resolución citada en los Vistos, acerca de si puede inscribirse una hipoteca constituida sobre un piso inscrito a favor de su propietario dentro del folio registral abierto a todo el edificio, conforme a la legislación hipotecaria vigente en la fecha de su adquisición, y si además, es necesario al describirlo, consignar las circunstancias que determina el artículo 5.º de la Ley de Propiedad Horizontal;

Considerando que, como ya declaró la mencionada Resolución, al aparecer inscrito el piso discutido conforme a la legislación hipotecaria vigente en 1959 y autorizar la misma Ley de Propiedad Horizontal la inscripción del inmueble en su conjunto con los distintos pisos o locales susceptibles de aprovechamiento independiente, suprimida además la exigencia contenida en el artículo 107 de la Ley Hipotecaria de que la hipoteca sólo podía constituirse sobre el piso inscrito como finca independiente, es obligado admitir la práctica del asiento solicitado, sin necesidad, por otro lado, de adaptar la descripción de la finca al contenido del artículo 5.º de la Ley de Propiedad Horizontal, dados los términos de la Disposición Transitoria primera,

Esta Dirección General ha acordado revocar el auto apelado y la nota del Registrador.

Ninguna de estas situaciones es dable en Puerto Rico, ya que, si bien la Ley especial nos ofrece una noción del apartamento como *cubo de aire* (art. 3, Ley de Propiedad Horizontal) (72), el artículo 27, párrafo tercero de dicha Ley impide su existencia como ente propio, al determinar que «Mientras las obras no estén comenzadas sobre el suelo del respectivo apartamento, no podrá inscribirse éste como finca filial o independiente...» Por consecuencia, si el apartamento está sólo proyectado son de aplicación los artículos 4 y 5 de la Ley de Propiedad Horizontal:

Art. 4: «Una vez se haya constituido el inmueble en régimen de propiedad horizontal, los apartamentos expresados en el artículo 3 podrán individualmente transmitirse y gravarse... con independencia del resto del inmueble...», lo que niega tajantemente el artículo 5.

Art. 5: «En los casos de transmisión o gravamen de un apartamento proyectado y no comenzado a fabricar, se entenderá adquirida por el nuevo propietario, o gravada la participación que corresponde al transmitente, o en su caso al deudor, en los elementos comunes del inmueble en proyecto y el derecho que tenga a que se le construya el apartamento, entendiéndose subrogado el adquirente en el lugar y grado de aquél, a todos los efectos legales».

En suma, estamos ante una situación de cesión con alcance simplemente obligacional y ante una pretendida hipoteca de cuota imposible, dado que la constatación registral que autoriza el artículo 4 queda sometida al régimen ordinario: «...y los títulos correspondientes serán inscribibles en el Registro de la Propiedad de acuerdo a lo dispuesto en esta Ley y en la Ley Hipotecaria». Y como «esta Ley» reclama que el apartamento esté iniciado en su construcción para abrir folio, mientras ello no ocurra no será sino un dato de la finca matriz, carente, pues, de existencia propia. No hay objeto y no hay, por tanto, hipoteca.

Ahora bien, no debe olvidarse la mala práctica existente, conforme a la cual, y al efecto de ahorrarse dinero, los constructores, los Registradores y las entidades financiadoras, cuando realizan la venta del piso, local o apartamento es que deciden abrir folio, convirtiendo así la venta de una cuota

Lo que, con devolución del expediente original, comunico a V. E. para su conocimiento y efectos. Dios guarde a V. E. muchos años.—Madrid, 21 de julio de 1966.—*El Director General*, FRANCISCO ESCRIVÁ DE ROMANÍ.—*Exento. Señor Presidente de la Audiencia Territorial de Pamplona* («Boletín Oficial del Estado», de 19 de agosto de 1966).

(72) Artículo 3 de la Ley de Propiedad Horizontal: «A los efectos de esta Ley se entenderá por apartamento cualquier unidad de construcción, suficientemente delimitada, consistente en uno o más espacios cúbicos, cerrados, parcialmente cerrados o abiertos, y sus anejos, si algunos, aunque éstos no sean contiguos, siempre que tal unidad sea susceptible de cualquier tipo de aprovechamiento independiente, siempre que tenga salida directa a la vía pública o a determinado espacio común que conduzca a dicha vía».

proporcional en la venta del propio objeto independiente; es entonces que *liberalizan* la parte proporcional de la hipoteca en todo el inmueble y constituyen hipoteca sobre el local o apartamento. Todo ello muy práctico, pero antijurídico. Ya, la *liberalización* está declarada nula por el Tribunal Supremo, que reclama la cancelación parcial de la hipoteca sobre el total inmueble, como debe ser (*Casa Blanca Properties, Inc. v. Registrador*, C.A. 92-57).

Que lo dicho antes es totalmente cierto se concluye rápidamente comparando el artículo 5 de la Ley especial con lo dispuesto en el artículo 6: «Si la transmisión o gravamen se refiere al apartamento que ya hubiese comenzado a construirse, se entenderán adquiridas o gravadas las participaciones a que se contrae el artículo anterior, y de modo privativo lo que ya esté fabricado del apartamento en cuestión, entendiéndose también subrogado el adquirente en el lugar y grado del transmitente, a todos los efectos legales», lo cual no es cierto, pues si esa subrogación lo es a todos los efectos legales, o se constituye formalmente hipoteca sobre el piso o local, o no hay subrogación, pero sí ocurrirá que la división no operará frente al acreedor hipotecario de todo el inmueble, ínterin no dé su consentimiento (esa *liberalización* que implica hipoteca separada) (art. 174 de la Ley Hipotecaria).

Ahora bien, aquella mala práctica parece recibir reconocimiento en la *Decisión* recaída en *Ready Mix Concrete*, cit. Como se recordará, el tema era si una traba de embargo sobre un inmueble sometido al régimen de horizontalidad, en que varios de los pisos aparecían como objeto de dominio de constructor estaba bien trabado: «Luego de constituirse el régimen de propiedad horizontal, pero antes de anotarse dicho embargo, RAMÍREZ DE ARELLANO había enajenado ochenta apartamentos que fueron inscritos como fincas independientes. Luego del embargo, enajenó otros dieciséis apartamentos, que también fueron inscritos como fincas independientes, pero sujetos al referido embargo». Ejecutada la acción derivada de la traba, habría de surgir el punto: «...¿desde qué momento, desde el punto de vista jurídico, se individualizan como fincas los distintos apartamentos de un edificio sometido al régimen de propiedad horizontal...?»

«Ahora bien, el mero hecho de la inscripción de la escritura matriz, ¿opera *ex proprio* [sic] *vigore* como una segregación de los apartamentos...?» (...) Y luego de citar el fenómeno de inscripción y posterior individualización de los pisos o locales citando lo dicho por ROCA SASTRE, VENTURA-TREVESET y BATLLE, añade el Tribunal: «Al anotarse el embargo en el Registro de la Propiedad, los *dieciséis* apartamentos afectados aparecían todavía sin inscripción y número de finca aparte, y sí descritos en el asiento de la finca matriz a nombre de *Ramírez de Arellano, Inc.*, dueña original del inmueble constituyente... Por tanto, los dueños de los apartamentos vendidos luego de trabado el embargo... tenían o debieron tener conocimiento de las cargas que

arrastraba la finca, cargas que pesaban también sobre los apartamentos que aún no habían sido segregados y vendidos...», declarando la traba perfecta y eficaz (73).

«...No habían sido segregados y vendidos...» ¡Terrible expresión que se repite posteriormente («Si ello es así cuando el apartamento constituye legalmente una finca separada, con más razón debe serlo cuando aún no ha sido segregado de la finca original y enajenado, sino meramente individualizado con miras a poder segregarlo y enajenarlo posteriormente»). El vicio del Tribunal Supremo, de ir más allá de lo conveniente, lleva a GODREAU a una osada afirmación:

«La inscripción de la escritura matriz, sometiendo el inmueble al régimen, si bien comienza el proceso de separar las áreas comunes de los apartamentos individuales, por sí sola no logra que las unidades se conviertan en fincas independientes. Para ello, que es el fin de todo el régimen, es preciso que, aparte de incluir la descripción de cada apartamento en la escritura matriz, se realice el acto de enajenación de cada apartamento, inscribiendo a su vez esta primera escritura de enajenación» (74); y, naturalmente, cita la invocación que hace el Tribunal Supremo del artículo 4 de la Ley especial, resaltando en letra negrita las palabras «podrán» y «transmitirse y gravarse», concluyendo, mi caro amigo, que «El Tribunal deposita el énfasis en el verbo "podrán" del artículo 4, para concluir que es necesaria la enajenación e inscripción del apartamento para independizarlo» (75). Obviamente, esto es un grave error de GODREAU (76). Porque, en efecto, resultaría que el objeto (apar-

(73) *Passim* READY MIX CONCRETE, INC. V. RAMÍREZ DE ARELLANO, cit.

(74) GODREAU, *El Condominio*, pág. 44. Ver VÁZQUEZ BOTE, «La propiedad horizontal en Derecho puertorriqueño», en *RCDI*, núm. 609, 1992, págs. 345 y sigs.

(75) GODREAU, *ibidem*, pág. 45.

(76) READY M K CONCRETE, INC., demandante y recurrente, v. RAMÍREZ DE ARELLANO & Co., INC., y EDUARDO FERRER BOLÍVAR, demandados; Chicago Title Insurance Company, interventora recurrida.

[110 DPR 869 (1981)]

El Juez Asociado señor DÁVILA emitió la opinión del Tribunal.

[870] Para asegurar la efectividad de la sentencia en un pleito sobre cobro de dinero, Ready Mix Concrete, Inc. obtuvo mandamiento de embargo por la suma de \$45,000.00 contra los demandados Ramírez de Arellano & Co., Inc., y Eduardo Ferrer Bolívar.

[871] El embargo se ejecutó, anotándolo en el Registro de la Propiedad, sobre una finca en que se encuentran enclavados dos edificios de apartamentos, sometida anteriormente por Ramírez de Arellano al régimen de propiedad horizontal con el nombre de Condominio Garden Hills Estates.

Luego de constituirse el régimen de propiedad horizontal, pero antes de anotarse dicho embargo, Ramírez de Arellano había enajenado ochenta apartamentos que fueron inscritos como fincas independientes. Luego del embargo, enajenó otros dieciséis apartamentos'

que también fueron inscritos como fincas independientes, pero sujetos al referido embargo de \$45,000.00, previamente anotado.

Algún tiempo después, la Chicago Title Insurance Co. presentó moción de intervención, alegando que era la aseguradora del título de varias hipotecas otorgadas por compradores de apartamentos en Garden Hills Estates, a favor del Chase Manhattan Bank, N.A. y que las pólizas emitidas por Chicago a favor del Chase aseguraban a éste que las hipotecas constituidas eran primeras hipotecas. Alegó, además, que de prevalecer el embargo de Ready Mix, ella (Chicago) sería responsable al Chase por cualquier pérdida que pudiera sufrir como consecuencia de tal embargo. En la súplica, Chicago pidió al Tribunal que decretase la nulidad del embargo. Obtuvo su levantamiento mediante la prestación de una fianza de \$45,000.00.

Chicago presentó moción en solicitud de que se dictara sentencia sumaria. El Tribunal la dictó. Determinó que el embargo era nulo y que procedía la cancelación de la fianza prestada por Chicago para levantarlo. Fundó su decisión en que los apartamentos se segregaron «como cuestión de derecho al otorgarse e inscribirse la escritura matriz, sometiendo el inmueble al Régimen de Propiedad Horizontal».

[872] Ready Mix recurrió y acordamos revisar. Apunta como primer error que Chicago Title Insurance Co. no tiene derecho a intervenir.

Chicago Title es una compañía aseguradora de títulos. En la póliza que emitió a favor del Chase, se obligó a garantizar que las hipotecas constituidas en la venta de los apartamentos en cuestión fuesen gravámenes preferentes. En el pleito principal de cobro de dinero, Chase, acreedor hipotecario, no compareció para impugnar la legalidad del embargo, como tampoco los titulares de los dieciséis apartamentos afectados².

La Regla 21.1 de Procedimiento Civil de 1979 dispone que cualquier persona tiene derecho a intervenir en un pleito cuando reclame algún derecho o interés en la propiedad o asunto objeto del litigio, que, de hecho, pudiese quedar afectado con la Disposición Final del caso³. Aun bajo el texto anterior de la regla que exigía como requisito adicional que el interés de la parte interventora estuviese inadecuadamente representado, Chicago Title Insurance Co., en las circunstancias presentes en este caso, tenía derecho a intervenir⁴. La [873] actual redacción de la regla recoge la tendencia expansionista que viene manifestán-

¹ Dichas enajenaciones se realizaron mediante el otorgamiento de escrituras públicas de «Segregación, liberación y compraventa».

² Chase únicamente se limitó a presentar una instancia al Registrador de la Propiedad de San Juan, Sección Sexta, donde sustancialmente alegó que el embargo trabado por Ready Mix fue sobre el terreno en donde se enclavaban los edificios de Garden Hills Estates, terreno que constituye un elemento común por existir sobre el mismo un régimen de propiedad horizontal. También expuso en la referida instancia que: «5 ... el Chase Manhattan Bank N.A. es parte interesada afectada por esta anotación, por ser la entidad financiera que está facilitando los préstamos hipotecarios sobre los apartamentos vendidos o en proceso de venta y dicha anotación de embargo afecta la validez y negociabilidad de los pagarés expedidos a favor de esta Institución con garantía hipotecaria sobre los apartamentos». «Chase», entonces, se circunscribe a solicitar del Registrador la rectificación de «error».

³ Dispone así dicha Regla:

«Mediante oportuna solicitud, cualquier persona tendrá derecho a intervenir en un pleito (a) cuando por ley o por estas reglas se le confiere un derecho incondicional a intervenir; o (b) cuando el solicitante reclame algún derecho o interés en la propiedad o asunto objeto del litigio que pudiese de hecho quedar afectado con la Disposición Final del pleito».

⁴ El texto anterior de la Regla 21.1 disponía:

«Mediante oportuna solicitud, cualquier persona tendrá derecho a intervenir en un pleito (a) cuando por ley o por estas reglas se le confiere un derecho incondicional a intervenir; o (b) cuando la representación del interés del solicitante por las partes ya en litigio fuere o pudiese resultar inadecuada y el solicitante fuere o pudiese ser afectado por la sentencia en el pleito; o (c) cuando el solicitante pudiese ser afectado adversamente por una distribución o cualquier otra disposición de propiedad que se hallare bajo la custodia o sujeta al control o poder de adjudicación del Tribunal».

dose en esta área procesal desde que en 1966 se enmendó la Regla 24 federal de la cual procede nuestra Regla 21 parte para permitir con mayor liberalidad la intervención de personas no incluidas originalmente como partes en un pleito. El criterio para determinar si se reconoce o no el derecho de intervención es práctico y no conceptual, 3B *Moore's Federal Practice: Civil* sec. 24.03. La utilidad de este mecanismo procesal estriba en ofrecer protección a un nutrido e indefinido grupo de personas con variados intereses, en ocasiones de tremenda importancia pecuniaria o legal, 3B Moore, *supra*, sec. 24.02 *et seq.*

En este caso, como los llamados en primer término a defenderse de los efectos del embargo no lo hicieron, Chicago Title podía ser afectada adversamente por la ejecución de la sentencia que pudiera dictarse en su día. Chase, por su relación de asegurado con Chicago Title, tenía una forma de resarcirse por la posible pérdida de su garantía hipotecaria, más no así Chicago Title, quien garantizaba a Chase que las hipotecas tenían rango preferente. Cualquier declaración en contrario del Tribunal, obligaba a Chicago Title a indemnizar a Chase conforme a los términos pactados en la póliza. El hecho de haberse anotado el embargo, unido ello a la incomparecencia de Chase y de los titulares de los apartamentos, así como las posibles consecuencias últimas del embargo, constituían un interés en el asunto objeto del litigio lo suficientemente importante como para justificar el reconocerle a Chicago Title derecho a intervenir en el presente caso al amparo de la Regla 21.1(b).

[874] Los demás señalamientos de error que apunta la recurrente pueden estimarse comprendidos en la siguiente interrogante: ¿en qué momento, desde el punto de vista jurídico, se individualizan como fincas los distintos apartamentos de un edificio sometido al régimen de propiedad horizontal? El fijar ese momento resulta determinante en la solución de la controversia que plantea este recurso, o sea, si en efecto el embargo trabado por la recurrente Ready Mix grava o no los dieciséis apartamentos vendidos e inscritos con posterioridad a la anotación del embargo.

La constitución del régimen de propiedad horizontal comienza con el trámite de inscribir en el Registro de la Propiedad la escritura matriz del edificio que desea someterse a dicho régimen al amparo de la Ley de Propiedad Horizontal. *Consejo de Titulares v. Vargas*, 101 DPR 579, 522 (1973).

Ahora bien, el mero hecho de la inscripción de la escritura matriz, ¿opera *ex proprio vigore* como una segregación de los apartamentos constituida en régimen horizontal? El hecho de estar sometido un edificio al régimen de propiedad horizontal y que dicho edificio tenga disponible apartamentos susceptibles de propiedad separada, ¿equivale en su efecto jurídico a la creación extrarregistral, por operación de ley, de fincas autónomas y separadas?

El artículo 4 de la Ley de Propiedad Horizontal, 31 LPRA, sec. 1291b, dispone como sigue:

Una vez se haya constituido el inmueble en régimen de propiedad horizontal, los apartamentos expresados en la sec. 1291a de este título podrán individualmente transmitirse y gravarse y ser objeto de dominio o posesión... con independencia total del resto del inmueble de que formen parte, y los títulos correspondientes serán inscribibles en el Registro de la Propiedad de acuerdo con lo dispuesto en este capítulo y en la Ley Hipotecaria (énfasis suplido).

La Ley, como se ve, claramente exige que los apartamentos sean previamente señalados e individualizados dentro [875] de la finca matriz. Lo que arguye entonces la recurrida es que una vez así señalados e individualizados, en efecto constituyen para todo propósito práctico o legal, fincas separadas. No tiene razón. ROCA SASTRE sostiene que «[l]a constitución de propiedad horizontal no implica división material de la finca edificada o en estado de edificación, sino sujeción o sometimiento de la propiedad de la misma al régimen específico de propiedad horizontal, pues incluso en el caso de división de finca en copropiedad para sujetarla a propiedad horizontal, hay que distinguir entre la división,

propriadamente dicha, como cese de la comunidad y la constitución del régimen de propiedad horizontal». *Derecho Hipotecario*, 7.^a ed., 1979, Vol. III, pág. 363.

Y VENTURA-TRAVERSE, comentando una disposición análoga a la Sec. 1291b, antes transcrita, opina que un inmueble sometido al régimen horizontal: «...pierde tal carácter unitario para convertirse en un conjunto de apartamentos diferenciados... susceptibles de aprovechamiento independiente, que jurídicamente adquieren singularidad al devenir objeto de propiedad separada». *Derecho de Propiedad Horizontal*, 3.^a ed., Barcelona, Ed. Bosch, 1976, pág. 70. Aún más, es de opinión, dicho autor, que el acto constitutivo de someter un edificio al régimen de propiedad horizontal, de un lado, y la individualización de los apartamentos en fincas separadas, de otro, ocurre jurídicamente en dos momentos distintos, aun cuando en el espacio y el tiempo ambas transacciones se consignan en un mismo instrumento público. A tales efectos, señala:

El propietario o propietarios de un edificio en su conjunto quieren vender de momento un solo piso. Al efecto hacen la declaración formal de que han decidido constituir el régimen de propiedad horizontal.

Esta declaración se inscribe en la finca matriz...

Al parecer, hay que distinguir dos momentos: la constitución del régimen y la separación de cada uno de los pisos. *Op. cit.*, pág. 148.

[876] BATLLE igualmente entiende que la constitución de un edificio en régimen horizontal no opera automáticamente para hacer de los apartamentos fincas autónomas (*sic*) de la finca matriz. En cuanto a ello comenta:

«Este negocio jurídico no entraña un acto de división material del edificio... [c]uando previamente no hay comunidad, como sucede en los casos del propietario único que vende por pisos y de los constructores que previamente han establecido esta forma de propiedad, que no es comunidad, es un contrasentido hablar de división». BATLLE, *La propiedad de casas por pisos*, 7.^a ed., Alcoy (España), Editorial Marfil, 1973, pág. 83.

Al anotarse el embargo en el Registro de la Propiedad, los *dieciséis* apartamentos afectados aparecían todavía sin inscripción y número de finca aparte, y sí descritos en el asiento de la finca matriz a nombre de Ramírez de Arellano & Co., Inc., dueña original del inmueble constituyente del régimen de propiedad horizontal, según lo ordenado en el artículo 26 de la Ley de Propiedad Horizontal, enmendado. 31 LPRA, sec 1292d. Por tanto, los dueños de los apartamentos vendidos luego de trabado el embargo, como también Chase y Chicago, tenían o debieron tener conocimiento de las cargas que arrastraba la finca matriz, cargas que pesaban también sobre los apartamentos que aún no habían sido segregados y vendidos. Dicho conocimiento se presume por la esencial publicidad que hacía el Registro de estos hechos en sus anotaciones en la finca matriz. A estos efectos resultan pertinentes los siguientes comentarios:

...el tercero debe considerar que le afecta tanto lo que consta en la inscripción separada del local o piso que adquiere, como lo que consta en la inscripción del edificio total, del que el mismo forma parte, bien sean los Estatutos, las reglas del título constitutivo, así como las cargas, hipotecas y demás gravámenes que puedan estar constituidos sobre el total del edificio.

El Registro para el tercero y para todos estará siempre formado por ambos folios registrales: el del edificio total y el del piso o local independiente. C. ALTARRIBA SIVILLA, «Los principios [877] hipotecarios y la Propiedad Horizontal», 51 *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, pág. 93.

Si ello es así cuando el apartamento constituye legalmente una finca separada, con más razón debe serlo cuando aún no ha sido segregado de la finca original y enajenado, sino meramente individualizado con miras a poder segregarlo y enajenarlo posteriormente.

Procede, por tanto, revocar la sentencia recurrida y dictar otra en que se declaren válidos los embargos trabados en los apartamentos envueltos en el presente recurso.

El Juez Asociado, señor Rigau, no intervino.

tamento) nace con la venta, lo que es imposible a tenor de lo dispuesto en el artículo 1.334 del Código Civil, y lo único que podría existir en una cesión de cuota en comunidad de bienes (art. 326 del Código Civil). Parecería que es por la venta que surge el objeto, siendo el fenómeno real inverso: porque hay objeto, el piso o local, es que puede venderse como objeto separado.

En consecuencia y por lo indicado hasta ahora, si no hay apertura de folio para el piso o local, no es dable más hipoteca que la del inmueble todo, apertura que reclama, al menos, que se inicien las obras en el concreto piso o local.

De otro lado, conviene precisar la expresión del artículo 158.12.º, cuando autoriza la hipoteca de un edificio declarado «en propiedad horizontal o condominio», pues la expresión pudiera entenderse como alternativa: *se puede hipotecar un piso tenido en condominio, o se puede hipotecar un piso tenido en horizontalidad*. En el primer caso, estaríamos ante el problema que se discute en Derecho español.

Pero la interpretación es sencilla, dado que el legislador, nuevamente, se apunta al léxico popular, imperfecto y atécnico, que califica a los edificios en altura como *condominios* (en expresión aún más llana, *condemonios*, dado el fomento de la casa terrera que se alienta por los dueños del suelo y que ha pasado a ser obsesión de la población).

Se trata de una equiparación semántica, como también acredita el título de la obra de GODREAU, que no trata del *condominio*, sino de la *horizontalidad*.

Consiguientemente, el artículo 158.12.º tiene directa relación con el artículo 82, párrafo tercero, circunstancia segunda; correspondiendo al artículo 158.13.º, ser correspondiente con el artículo 82, párrafo tercero, circunstancia primera: «Las edificaciones cuando los predios inscritos donde radiquen pertenezcan a distintos dueños y en el mismo caso las habitaciones o pisos de una edificación», se inscriben separadamente.

Ahora bien, que se inscriban separadamente los pisos y habitaciones de un mismo edificio cuando pertenezcan a dueños distintos, no es un caso de enfiteusis, que tiene su encaje más propio en el artículo 158.5.º (que declara hipotecable la superficie), en relación con los artículos 39.1 a 39.5 del Reglamento, en lo que sean aplicables a tal hipótesis. Quedaría, pues, como alternativa, la situación de la propiedad de casas por pisos, alumbrada en el artículo 330 del Código Civil y que tenía su correspondencia en el artículo 8 de la Ley Hipotecaria de 1893, según quedó redactado por la Ley n.º 422, de 13 de mayo de 1951. El problema estriba en que la Ley de Propiedad Horizontal, si bien no pone fin a dicha posibilidad, la restringe enormemente, al disponer su artículo 47 que «las disposiciones del artículo 330 del Código Civil y del artículo 8 de la Ley Hipotecaria serán aplicables únicamente a aquellos edificios cuyos pisos estén, a la fecha de vigencia de esta Ley,

constituidos a virtud de los referidos preceptos legales...», que quedan autorizados a someterse al régimen de horizontalidad resultando, así, un régimen a extinguir. Naturalmente, en este caso estamos ante una situación de hipotecabilidad normal y corriente, por el efecto individualizador que provoca el artículo 330 del Código Civil.

Ahora bien, la alusión del artículo 82, párrafo tercero, circunstancia primera, tiene también otro sentido, derivado del fallo recaído en *BERROCAL V. Tribunal* (77), cit., en que ante un claro caso de arrendamiento con facultad para edificar una casa de madera, convertida la edificación en casa de cemento armado (hormigón o *concreto*), arrendador y arrendatario modificaron el contrato original al efecto de asegurarse el propietario el retiro de lo construido al término del contrato. Acuerdo impugnado en su momento por no haber consentido la esposa (al tratarse de un consentimiento sobre contrato *relativo a inmueble*), lo que llevó al ponente a traer la figura del arriendo enfiteútico del Código Civil francés, afirmar que el derecho del propietario del suelo no puede actuarse sin efectuar el pago de las mejoras (por lo que, ínterin, el edificio no accedería al suelo; y, entonces, manteniéndose como material añadido y separado sin ser inmueble: ¿por qué el consentimiento de la esposa?) y, en fin, alterando sensiblemente el régimen jurídico del Código Civil. Pero, al ser una *Decisión*, el legislador se siente obligado a convertirlo en ley formal.

Si esto es cierto, surge entonces una modalidad de superficie que no es superficie, sino arrendamiento con construcción consentida que provoca una accesión inversa. Producida ésta, estamos ante una situación normal y corriente (obligada segregación de la parte de suelo en que se ha construido), pero, mientras se llega a ello, titularidad sobre el edificio distinta de la del suelo y sin ser superficie o enfiteusis, susceptible de hipotecarse.

Pero, a la luz del desastre que significó *Castle Enterprise, Inc.*, autorizando una agrupación de fincas urbanas no colindantes, sometida una de ellas a régimen de horizontalidad para ser la otra elemento común de servicio (estacionamiento), dado que, entendió el Tribunal Supremo en su supina ignorancia, que no había norma ninguna que lo prohibiera (en contra, la Ley Hipotecaria, su Reglamento y la propia Ley especial sobre régimen horizontal), el Tribunal, usando por primera vez de la interpretación «*constructiva e imaginativa*», admitió la agrupación de fincas urbanas no colindantes. Y como se trataba de un caso de horizontalidad, el legislador, fiel amanuense, volcó la hipótesis en el artículo 86 de la Ley Hipotecaria, autorizando la agrupación de «las fincas que, aun cuando no sean colindantes, se unan a edificio de propiedad horizontal para que en calidad de elementos comunes y como anejos inseparables presten servicio a los apartamentos o se destinen al manteni-

(77) VÁZQUEZ BOTE, *Tratado*, XXI.

miento del edificio quedando dichos inmuebles así agrupados, sometidos al régimen legal de la propiedad horizontal, como elementos comunes voluntarios, generales o limitados, según los casos». Naturalmente, la perspicacia del legislador autoriza entonces a agrupar edificios situados en circunscripciones diferentes (art. 84), pero, respecto del tema que nos ocupa, solamente aparecerá una hipoteca, ya sobre el entero inmueble expresado en dos o más edificios separados, o respecto de los correspondientes apartamentos. Esto es, un caso normal dentro de la aberración de la hipótesis.

Resumiendo, pues, si bien el Derecho puertorriqueño plantea aquí problemas muy peculiares, no guardan éstos relación alguna con los problemas que tiene el Derecho español. La advertencia es importante porque, dada la costumbre del Tribunal Supremo de leer a los autores (españoles en este caso; en general, de cualquier parte en que haya un Código), pero con desconocimiento absoluto de las normas (las propias y las ajenas), no sería extraña una *Decisión* que trajese el problema español al paio de una cuestión local.

En fin, el artículo 158.13.º permite hipotecar «el edificio construido en suelo ajeno pero sin perjuicio del derecho del propietario del terreno y entendiéndose sujeto a tal gravamen solamente el derecho que el mismo que edificó tuviere sobre lo edificado», hipótesis que responde al caso de *BERROCAL v. Tribunal*, cit., a situaciones de superficie (arts. 38.1.º, 82 de la Ley; y arts. 39.1 y sigs. del Reglamento Hipotecario), de enfiteusis (arts. 38.1.º y 82 de la Ley, y 39.1 y sigs. del Reglamento) o de construcción en suelo ajeno (arts. 82 de la Ley, y 39.1 y sigs. del Reglamento). Superficie y enfiteusis no plantearán problema alguno; sí surgirá la particularidad de construcciones en suelo ajeno, que, en cuanto derecho temporal, deberán regirse especialmente por lo previsto en el artículo 39.3 del Reglamento Hipotecario. No obstante, debe hacerse constar que, parece ser el pensamiento del legislador, la superficie suele ser perpetua, y la construcción en suelo ajeno algo temporal (lo que llevaría a un arrendamiento con facultad de disposición, según previene el art. 1.547 del Código Civil).

2. EXTENSIÓN OBJETIVA DE LA HIPOTECA

Bajo la perspectiva de la noción del *crédito hipotecario* (78), cuando se hace referencia a la extensión de la hipoteca cabe hacer dos enfoques diversos, pues esa hipoteca puede ser analizada con relación a la obligación cuyo cumplimiento tiende a asegurar, como con respecto al bien inmueble o derecho real inmobiliario. Esto no obstante, la expresión *extensión objetiva de la hipoteca* tiene ya consagrado un significado concreto entre los estudios de la

(78) *Vide supra*.

materia (79) para aludir exclusivamente a la extensión de la hipoteca a una serie de bienes, siguiendo el destino del inmueble objeto de garantía. Son razones de carácter económico y fomento del crédito territorial, facilitando la posición del acreedor, indudablemente, las que explican el fenómeno de esa extensión. «La garantía hipotecaria no se contrae a la materialidad de la finca y a los edificios, sino que se entiende que constituyen su dotación, formando un conjunto al que podríamos dar el nombre de "patrimonio básico". Esta tendencia expansiva de la responsabilidad sobre la finca tiene por principal objetivo el fomento del crédito hipotecario, aunque también responde, en parte, a otros intereses de índole económica. Supongamos que el acreedor hipotecario saque a subasta una finca rústica: si de ella se separasen los ganados y los instrumentos de labor, necesarios para su cultivo, aniquilaríanse las bases económicas de la explotación» (80). Nada se diga si objeto de hipoteca lo es un complejo de naturaleza industrial. Y, la circunstancia de que buena parte de las hipotecas que en Puerto Rico se constituyen se refieran a la casa-habitación, no excluye, ciertamente, otras variables. Pero es que, además, en cierta medida la extensión objetiva viene determinada, jurídicamente, por la mecánica propia del principio de accesión. Lo que explica la subsiguiente aseveración de NUSSBAUM (81), de que «la responsabilidad que sujeta al "patrimonio básico" no puede ser tan estrecha que el propietario necesite contar con el hipotecarista para disponer de cualquier objeto de su pertenencia. Se comprende, sin necesidad de más explicación, que pueda, por ante sí, enajenar o gravar nuevamente la finca en su totalidad. Más bien debe ser libre para disponer de algunas cosas muebles a que se extiende la garantía, por ejemplo, de las cosechas o de las rentas o alquileres. La responsabilidad hipotecaria presenta, pues, un carácter especial. De momento, es sólo potencial y latente, y no se convierte en actual y efectiva hasta que el hipotecarista "embargue" la finca para hacer valer sus derechos sobre ella ejecutivamente».

Hay, pues, un cierto equilibrio de intereses, que varían, naturalmente, según la estructura económico-social de cada país en su correspondiente momento histórico.

Desde el primer punto de vista, con relación a la obligación hipotecariamente asegurada, el artículo 166 de la Ley Hipotecaria previene que «Salvo pacto en contrario, la hipoteca constituida a favor de un crédito que devengue intereses sólo asegurará, con perjuicio de tercero, además del capital, los intereses de los dos años últimos transcurridos y la parte vencida de la anua-

(79) Cfr. MUÑOZ MORALES, *Lecciones*, II, pág. 62; CHICO, *Estudios*, II, pág. 1307; PUIG BRUTAU, *Fundamentos*, III-3, págs. 19 y sigs.; ROCA SASTRE, *op. cit.*, IV, pág. 240; MORELL, *loC. Cit.*, vol. 3.

(80) NUSSBAUM, *Derecho hipotecario alemán*, cit., pág. 111.

(81) *Ibidem*.

lidad corriente. En ningún caso podrá estipularse que la hipoteca asegure intereses por un plazo superior a cinco años. Cuando se fije en la escritura una cantidad global para responder del pago de intereses no podrá el mismo exceder del importe correspondiente a los intereses de cinco anualidades».

Sin embargo, el artículo 167 de la Ley autoriza que «para asegurar los intereses vencidos y no satisfechos que no estuvieren garantizados conforme al artículo anterior el acreedor podrá exigir del deudor ampliación de la hipoteca sobre los mismos bienes hipotecados. Esta ampliación no perjudicará en ningún caso los derechos reales inscritos con anterioridad a ella. Si la finca hipotecada no perteneciere al deudor, no podrá el acreedor exigir que se constituya sobre ella la referida ampliación, pero podrá ejercitar igual derecho respecto a cualesquiera otros bienes inmuebles o derechos del deudor que puedan ser hipotecados».

En tema de extensión de la hipoteca por razón de intereses, de los tres sistemas existentes como modelo, el sistema de garantía con tope máximo, de garantía indefinida y de ampliación de hipoteca, el texto vigente, al igual que el de la Ley de 1893, se acoge a los tres en un régimen híbrido, en función de los intereses en juego (82). Así, en tanto en cuanto la relación entre

(82) El sistema de garantía indefinida se funda «en la idea de que es natural que la garantía de lo principal se extienda a lo accesorio, de igual manera que ocurre con la extensión objetiva de la hipoteca. Constando en el registro la cuantía del crédito y el tipo de interés que produzca, quedan suficientemente cumplidas las exigencias del principio de especialidad hipotecaria».

El sistema de tope máximo se funda «en la ventaja de proporcionar plena seguridad a todo posterior adquirente del dominio o de un derecho real sobre la finca hipotecada, favoreciendo con ello el crédito territorial. El primer sistema ofrece el inconveniente de que se vayan acumulando intereses impagados aumentando sucesivamente, por desidia o mala fe del acreedor, el volumen de responsabilidad hipotecaria, lo que dificulta contratar sobre la finca hipotecada, ya que obligará a quien pretenda hacerlo con seguridad, a una serie de investigaciones para comprobar la verdadera cuantía de los intereses que quedan por satisfacer, a fin de descontarlos del precio de la adquisición. Todo ello provoca clandestinidad, imprecisión e inseguridad, o sea, falta de publicidad y especialidad. Claro está que prescribiendo a los cinco años la acción para reclamar intereses vencidos (art. 1.866, 3.º del Código Civil), el perjuicio no puede ser grande, pero no hay que olvidar que la prescripción puede haber quedado interrumpida y que el acreedor ya cuidará de que suceda así.

En cambio el sistema de tope máximo elimina estos peligros e inseguridades, estimulando a la vez la diligencia del acreedor con ventaja suya y del mismo deudor, pues a éste le será más difícil pagar al vencer el capital una gran masa de intereses acumulados; además, impide que deudor y acreedor se confabulen en contra de un posterior adquirente, presentando como no pagados, intereses que en realidad ya lo están».

El sistema de ampliación de la hipoteca «tiene la desventaja de que el acreedor, para estar seguro, a cada período (trimestre, semestre o anualidad) deberá reclamar la constitución de una hipoteca especial con todas sus complicaciones inherentes, constituyendo todo ello un estímulo para que el acreedor opte por exigir ejecutivamente el pago de cada devengo de intereses, con lo cual resultaría perjudicado el deudor, pues no gozaría del respiro que proporcionan los otros dos sistemas.

deudor y acreedor se mantenga sin intervención de terceros, la hipoteca asegura todos los intereses producidos y no devengados, de conformidad con lo estipulado en el artículo 190 de la Ley («Se considerará asegurado con la hipoteca el interés del préstamo en la forma que prescriben los arts. 166 y 167 únicamente cuando la estipulación y cuantía de dicho interés resulte de la inscripción misma. *El acreedor hipotecario podrá repetir* contra los bienes hipotecados para el pago de los intereses vencidos, cualquiera que sea la época en que deba verificarse el reintegro del capital...»; énfasis añadido). Pero si se produce la intervención de terceros, el mismo precepto determina un freno a la garantía («...mas si hubiese un tercero interesado en dichos bienes, a quien pueda perjudicar la repetición, no podrá extender la cantidad que por ella se reclama de la garantizada con arreglo al art. 166»). Si el tercero no es sólo interesado, sino además tercer adquirente del inmueble o derecho real constituido sobre el mismo, se recurre el sistema de tope máximo, fijado en el citado artículo 166, criterio que reitera el artículo 190, proposición última. Y en las situaciones en que la finca no pasa a manos de un tercer poseedor, el acreedor hipotecario puede solicitar la ampliación de la hipoteca a otros bienes del deudor, criterio recogido en el artículo 167, que dispone: «Para asegurar los intereses vencidos y no satisfechos que no estuvieren garantizados conforme al artículo anterior, el acreedor podrá exigir del deudor ampliación de la hipoteca sobre los mismos bienes hipotecados. Esta ampliación no perjudicará en ningún caso los derechos reales inscritos con anterioridad a ella. Si la finca hipotecada no perteneciere al deudor, no podrá el acreedor exigir que se constituya sobre ella la referida ampliación, pero podrá ejercitar igual derecho respecto a cualesquiera otros bienes del deudor».

Naturalmente, para el caso de insuficiencia de la acción real, previene el artículo 191 la reclamación obligacional correspondiente, salvo que se haya pactado límite de responsabilidad a los bienes hipotecados: «La parte de intereses que el acreedor no pueda exigir por la acción real hipotecaria, podrá reclamarla del obligado por la personal, salvo en el caso previsto en el artículo 184», que establece aquella limitación en cuanto pactada.

Naturalmente, para que la suma de intereses pactada quede asegurada hipotecariamente en perjuicio de tercero es necesario que acceda al Registro

Además, como entre la inscripción de la hipoteca principal y la de esta hipoteca supletoria, pueden haberse constituido otras intermedias y hasta haberse enajenado la finca gravada, entonces surge el problema de la *prelación* que deba atribuirse a dicha hipoteca especial por intereses. Si surte efectos *con el mismo rango* de la hipoteca principal, perjudica a dichos posteriores adquirentes, con lo cual el sistema viene a transformarse en el primero, pero con complicaciones; en cambio, si sólo produce efectos *desde la fecha* en que la hipoteca ampliatoria se inscribe, puede ésta quedar fácilmente inutilizada, deviniendo casi inoperante» (ROCA, *op. cit.*, IV, *passim*, págs. 268-270).

tanto la estipulación al respecto como la determinación exacta de su cuantía, conforme determina el artículo 190: «Se considerará asegurado con la hipoteca el interés del préstamo en la forma que prescriben los artículos 166 y 167 únicamente *cuando la estipulación y cuantía de dicho interés resulten de la inscripción misma...*»; énfasis añadido).

En todo caso, queda excluido el anatocismo, pues, como indica PUIG BRUTAU, «los intereses de los intereses quedan excluidos de la garantía hipotecaria», pues la Ley se refiere solamente a los intereses del capital (83).

La Ley vigente no cambia, pues, el régimen de la de 1893 esencialmente, tal como reconoce la E. de M., tan raquítica en este tema de hipotecas, por cierto, al aludir al Título X sobre Hipotecas: «Este título ha permanecido casi idéntico desde el proyecto del Código hipotecario de 1967. Sólo se han hecho algunos ajustes para mantener el acuerdo con alguna disposición ya propuesta» (84).

Del mismo modo, no responderá nunca la finca hipotecada de gastos judiciales, costas u honorarios de abogado, sin pacto al respecto y exacta precisión de su cuantía: «Los bienes hipotecados no responden de las costas y honorarios de abogados que se ocasionen por la reclamación judicial del crédito hipotecario a no constar inscrito en el registro la cantidad convenida para este propósito» (art. 201, párrafo tercero de la Ley).

En el sentido técnico y preciso de *extensión objetiva* se alude, como se ha indicado, a la serie de situaciones o hipótesis en que unos bienes, que no fueron objeto de la hipoteca constituida, se entienden no obstante hipotecados. En general alude al punto el artículo 1.776 del Código Civil, al disponer que «la hipoteca se extiende a las accesiones naturales, a las mejoras, a los frutos pendientes y rentas no percibidas al vencer la obligación, y al importe de las indemnizaciones concedidas o debidas al propietario por los aseguradores de los bienes hipotecados o en virtud de expropiación por causa de utilidad pública, con las declaraciones, ampliaciones y limitaciones establecidas por la Ley, así en el caso de permanecer la finca en poder del que la hipotecó, como en el de pasar a manos de un tercero». La norma es reiterada por el artículo 160 de la Ley Hipotecaria, al determinar que «la hipoteca se extiende a las acciones naturales, a las mejoras y al importe de las indemnizaciones concedidas o debidas al propietario por los aseguradores de los bienes hipotecados o en virtud de expropiación forzosa, y al exceso de cabida de la finca hipotecada, aunque el mismo se haya hecho constar en el Registro con posterioridad a la inscripción de aquélla» (85).

(83) PUIG BRUTAU, *op. cit.*, III-3, pág. 124.

(84) Ver MUÑOZ MORALES, *op. cit.*, págs. 79 y sigs.

(85) Mismo régimen establece para los censos el artículo 168 de la Ley al disponer que «el acreedor por pensiones atrasadas de censo no podrá repetir contra la finca cen-

Dos criterios distintos, aunque no encontrados, parecen ilustrar el criterio del legislador. De un lado, que la tradicional idea de que lo accesorio sigue a lo principal es una regla que «es preciso entender en la actualidad sometida a principios como el de la valoración que podía tener en la determinación del objeto hipotecado la presunta voluntad manifestada por los interesados» (CHICO ORTIZ), esto es —a efectos de evitar la aparente contradicción [*presunta voluntad manifestada*]— un más moderno criterio capitalista que prima la idea. De otro lado, «la extensión objetiva de la hipoteca tiene una diversa repercusión según nos fijemos en aquellas fincas de carácter normal y aquellas otras que tienen un carácter excepcional y en las que suele predominar la unidad orgánica, bien de explotación o de destino. Puede afirmarse que las fincas normales tienen un sustrato material, tangible, compuesto de un trozo de superficie terrestre individualizado por su delimitación geométrica y geográfica, como elementos que son de la naturaleza susceptibles de apropiación. Por el contrario, la base económica de las fincas anormales es obra del hombre, y su delimitación tiene, por tanto, los rasgos impresos en la naturaleza de la actividad humana. De aquí la importancia que asume la consideración del destino como factor individualizador» (86).

Bajo estos dos enfoques diversos, cabe separar una *extensión natural* y una *extensión pactada*.

El citado artículo 160 se refiere a la primera modalidad, concebida bajo tres manifestaciones diversas:

1.^a Las accesiones naturales. La accesión, como es sabido, se configuró en el Derecho romano como uno de los modos de adquirir *secundum quid* (*Ius adquirendi quod rei nostrae adiungitur incrementum*, Instituí), correspondiéndose con el artículo 287 del Código Civil, cuyos preceptos subsiguientes regulan la accesión natural, la industrial y la mixta. Correspondientemente, el artículo 161, párrafo primero, determina que «se entenderán hipotecados conjuntamente con la finca, aunque no se mencionen en el contrato, siempre que corresponda al propietario... la agregación de nuevos terrenos por accesión natural»; así como las servidumbres, dado que no son hipotecables «a menos que se hipotequen juntamente con el predio dominante» (art. 159.1.º de la Ley), así como los elementos comunes en la horizontalidad (art. 6, respecto del 8 de la Ley de Propiedad Horizontal) y los anejos de los elementos privativos (art. 3 de la Ley de Propiedad Horizontal).

suada con perjuicio de otro acreedor hipotecario o censualista posterior, sino en los términos y con las restricciones impuestas en los artículos 166 y 167, pero podrá exigir hipoteca en el caso y con las limitaciones que tiene derecho a hacerlo en la finca acensuada».

(86) CHICO, *Estudios*, II, págs. 1397-1398.

El citado artículo 161, párrafo primero, extiende, asimismo, la hipoteca a «las mejoras que consistan en nuevas plantaciones, obras de riego o desagüe, obras de reparación, seguridad, transformación, comodidad, adorno o elevación de edificios, o cualquiera otras (*sic*) semejantes». No obstante, el artículo 162.4.º excluye de dicha accesión «las nuevas construcciones de edificios donde antes no los hubiera», provocando, así, y por vía de constitución *ex lege*, una situación de enfiteusis en modalidad superficiaria; ciertamente, tal efecto se produce «salvo pacto expreso o disposición legal en contrario» (art. 162, inicio). Como resalta CHICO (87), «este pacto deberá constar en el Registro de la Propiedad para que pueda afectar a terceros, pues en el caso de ejercitar la acción hipotecaria y salga a subasta, debe tener derecho preferente para el cobro del valor de lo construido el dueño del inmueble. El tema no sólo es de indemnizaciones por el juego de la accesión, sino de una constitución obligada de un derecho de superficie. Las Resoluciones de 23 y 26 de octubre de 1987 deniegan la inscripción de un pacto en que se pretendía la extensión de la hipoteca a edificaciones futuras hechas por un tercero, pues sobrepasan los términos del artículo [163] de la Ley Hipotecaria. Cabe citar también la Resolución de 6 de febrero de 1986, que declaró inscribible una escritura en la que se mencionaba un inmueble, aunque no se hubiera declarado la obra nueva».

2.^a A tenor del artículo 161, párrafo segundo, también se extiende la hipoteca a «las indemnizaciones concedidas o debidas al propietario de los inmuebles hipotecados, bien por el aseguramiento de éstos, siempre que haya tenido lugar el siniestro después de constituida la hipoteca, o bien por expropiación forzosa. Si cualquiera de estas indemnizaciones debiera hacerse efectiva antes del vencimiento de la obligación asegurada y quien haya de satisfacerla hubiera sido notificado previamente de la existencia de la hipoteca se depositará su importe en la forma que convengan los intereses o, a falta de tal convenio, en la que disponga el Tribunal». Habiendo desaparecido el inmueble en todo o en parte, reduciéndose así, su valor en garantía, se decreta por la Ley una subrogación en beneficio del acreedor hipotecario, subrogación que tiene naturaleza real (88). Tratándose de inmueble sometido al ré-

(87) *Ibidem*, pág. 1399.

(88) En tema de censos, determina el artículo 1.517 del Código Civil: «Si por fuerza mayor o caso fortuito se pierde o se inutiliza totalmente la finca gravada con censo, quedará éste extinguido, cesando el pago de la pensión. Si se pierde sólo en parte, no se eximirá el censatario de pagar la pensión, a no ser que prefiera abandonar la finca al censalista».

Por su parte, determina el artículo 1.518 del Código Civil: «En el caso del párrafo primero del artículo anterior, si estuviere asegurada la finca, el valor del seguro quedará afecto al pago del capital del censo y de las pensiones vencidas, a no ser que el censatario prefiera invertirlo en reedificar la finca, en cuyo caso revivirá el censo con todos sus efectos, incluso el pago de las pensiones no satisfechas. El censalista podrá exigir del censatario que asegure la inversión del valor del seguro en la reedificación de la finca».

gimen de horizontalidad, previene el artículo 44 de la Ley especial que «en caso de siniestro, la indemnización del seguro del inmueble se destinará... a la reconstrucción del mismo», pero hace excepción de lo dispuesto en el artículo 111.5.º de la Ley Hipotecaria por referencia a la de 1893; precepto que disponía la extensión de la hipoteca a «las indemnizaciones concedidas o debidas al propietario de los inmuebles hipotecados...», precepto correspondiente con el actual artículo 161, párrafo segundo de la vigente Ley Hipotecaria.

El alcance de tal subrogación, como dice PUIG BRUTAU siguiendo a ROCA SASTRE, provoca una modificación inmediata del crédito hipotecario, que pasa a convertirse en pignoraticio (89).

La solución impuesta en beneficio del acreedor hipotecario solamente se explica, para MORELL y MUÑOZ MORALES en que no hay precepto que garantice al acreedor que el deudor aplicará el importe de la indemnización al fin restaurador, mientras que ARAGONÉS considera la norma injusta, porque la entrega total de la indemnización al acreedor hipotecario (90) perjudica al propietario, quien reconstruyendo el inmueble restablece la garantía (91). El mismo ROCA SASTRE indica que, en Alemania, «el artículo 1.127 del Código Civil dispone que la sujeción de la indemnización por seguro al derecho del acreedor hipotecario cesa cuando el objeto asegurado es reconstituido o reemplazado. Algo semejante establece el artículo 822 del Código Civil suizo y

(89) «El derecho de crédito contra el asegurador o la cantidad pagada por indemnización del siniestro no son bienes inmuebles, de modo que la subrogación real significará que la hipoteca se convertirá en prenda. La cuestión tiene poca importancia práctica, pues lo que interesa es que se produzca la eficacia real de la subrogación. Prenda e hipoteca desempeñan la misma función de garantía respecto de una obligación. Pero en todo caso el siniestro ha de haberse producido después de constituida la garantía.

La misma conversión de garantía inmobiliaria en mobiliaria se produce cuando en la ejecución de la finca gravada con hipotecas posteriores a la que ha servido para seguir el procedimiento, existe sobrante en la subasta y remate. La suma que pasa a disposición de los acreedores posteriores es igualmente una cosa mueble.

La actual redacción del número 2.º del artículo 110 de la Ley exige que el pagador del seguro haya sido previamente notificado de la existencia de la hipoteca, lo cual significa que la empresa aseguradora no tiene la obligación de averiguar si la finca está hipotecada y puede pagar la indemnización al propietario con plenos efectos liberatorios sin intervención del acreedor; pero solamente cuando no haya mediado la indicada notificación.

Todo ello, siempre que la indemnización por seguro haya de pagarse antes del vencimiento de la obligación garantizada con hipoteca. La Ley no habla del caso de tenerse que pagar el seguro después del vencimiento de la hipoteca, pero no hay duda que, si no ha habido notificación, el asegurador puede pagar al propietario» (PUIG BRUTAU, *loc. cit.*, págs. 133-134).

(90) La excepción del artículo 1.518 del Código Civil para el censo tiene, para ROCA SASTRE (IV, pág. 248, nota 1) su razón en ser el censo un gravamen de larga duración frente a la transitoriedad de la hipoteca.

(91) MUÑOZ MORALES, *loc. cit.*, pág. 75.

el artículo 2.742 del nuevo Código Civil italiano. Es muy usual en Alemania —dice NUSSBAUM— la cláusula llamada de "restauración". Se destina el importe de la indemnización del seguro a la reparación de la finca, cuando el asegurador se ha obligado a abonar la cantidad necesaria para reparar el edificio siniestrado y así lo hace. Con ello —dice dicho autor— se quita al asegurado la perspectiva de recibir dinero contante en caso de un siniestro, cortándose por lo sano los incendios especulativos. Evidentemente que, sobre todo tratándose de edificios, la conveniencia de estimular la edificación imponía al reformador hipotecario de 1944-46 seguir estas directrices de los Derechos alemán e italiano, adoptando las oportunas precauciones para la efectiva inversión del importe de la indemnización en la reconstrucción del edificio destruido o deteriorado. Es verdaderamente absurdo que no habiendo vencido el crédito hipotecario no pueda el propietario de la finca optar por sí solo por la reconstrucción o reparación, lo cual hoy esto sólo puede lograrse por medio del oportuno acuerdo entre dicho propietario y el acreedor, o en virtud de un pacto anterior» (92).

Asimismo se extiende la hipoteca a las indemnizaciones derivadas de procedimientos de expropiación forzosa (93).

Como bien destaca PUIG BRUTAU (94), el régimen de dichas indemnizaciones es referible a cualesquiera y, por consiguiente, «no sólo las procedentes de seguro y expropiación forzosa, sino igualmente las que ha de percibir el concesionario cuando quede resuelto su derecho sobre la concesión hipotecada», tal como, en efecto, resulta de lo dispuesto en el artículo 135, circunstancia tercera de la Ley Hipotecaria, al disponer que «las inscripciones de hipotecas constituidas sobre obras destinadas al servicio público, cuya explotación conceda el Estado y que estén directa y exclusivamente afectas al referido servicio, se cancelarán, si se declarase resuelto el derecho del concesionario, en virtud del mismo título en que se haga constar su extinción y del documento que acredite haberse consignado en debida forma para atender el pago de los créditos hipotecarios inscritos, el importe de la indemnización que en su caso deba percibir el concesionario».

3.^a «Las mejoras consistentes en nuevas plantaciones, obras de riego o desagüe, obras de reparación, seguridad, transformación, comodidad, adorno o elevación de edificios, o cualquiera otras semejantes», relación en la cual no sólo se incluyen las mejoras en sentido más propio (95), sino en realidad los simples gastos que, sin implicar incremento de valor, suponen conservación del objeto hipotecado, excluyéndose la agregación de terrenos en sentido

(92) ROCA SASTRE, *loe. cit.*, págs. 248-249; NUSSBAUM, *op. cit.*, págs. 121-122.

(93) Ver Ley de 12 de marzo de 1903 y sus enmiendas.

(94) *Loe. cit.*, pág. 134.

(95) VÁZQUEZ BOTE, *Tratado*, VII.

técnico, esto es, de una finca para con otra (art. 85 de la Ley Hipotecaria), sino, como bien dice el artículo 161, solamente las naturales. Por ello, se extiende la hipoteca al «exceso de cabida de la finca hipotecada, aunque el mismo se haya hecho constar en el Registro con posterioridad a la inscripción de aquélla» (art. 160, proposición última), que no es sino una aplicación del principio contenido en el artículo 1.360 del Código Civil.

Ahora bien, cabe, mediante pacto al respecto, ampliar aún más la base objetiva de la hipoteca, en función de la libertad de pactos consagrada en el artículo 1.207 del Código Civil, posibilidad que tiene su desarrollo en el artículo 162 de la Ley Hipotecaria por vía de exclusión de aquella extensión objetiva, si las partes no lo determinan así expresamente:

«Salvo pacto expreso o disposición legal en contrario, la hipoteca, cualquiera que sea su naturaleza y forma de obligación que garantice, no comprenderá:

1.º Los objetos muebles que se hallen colocados permanentemente en la finca hipotecada, bien para su adorno, comodidad o explotación, o bien para el servicio de alguna industria, a no ser que no puedan separarse sin quebranto de la materia o deterioro del objeto (96).

2.º Los frutos, cualquiera que sea la situación en que se encuentren. Dejando de lado los frutos civiles —rentas e intereses no quedan vinculados por la hipoteca, salvo pacto expreso entre las partes, en cuyo caso la garantía se extiende directamente al crédito, no empece ser cosa mueble—, ciertamente la expresión no distingue ni diferencia entre frutos, pero debe observarse qué frutos naturales, cuales crías y productos de animales no entran dentro de la garantía hipotecaria, por ser cosas muebles; pero en todo caso debe prevenirse la presencia de un pacto anticrético.

3.º Las rentas vencidas y no satisfechas al tiempo de exigirse el cumplimiento de la obligación garantizada». Se trata de frutos civiles (art. 289.3.º del Código Civil), por lo que excluidos dado también su carácter mobiliario, aparte de pertenecer enteramente al patrimonio del deudor hipotecario. Carece la legislación hipotecaria puertorriqueña de una norma semejante al artículo 131, circunstancia sexta de la Ley Hipotecaria española, dada la limitada perspectiva del legislador puertorriqueño respecto del procedimiento de ejecución por la vía sumaria, al haber atendido simplemente a la rutina de los *acreedores institucionales*, como tantas veces ocurre, los cuales, obviamente, no tienen interés alguno en la garantía, sino en su conversión dineraria y en el producido del préstamo. Aparte, naturalmente, la legislación sobre préstamos agrícolas, que fijó un régimen jurídico completamente distinto, así como la otra legislación de contratos de refacción agrícola.

(96) Cfr. artículo 263 del Código Civil, *a.c.s.*

4.º En fin, y como se ha indicado, «las nuevas construcciones de edificios donde antes no los hubiera».

No obstante lo expuesto, surge en este punto, y en tanto en cuanto la finca hipotecada no pase a manos de un tercer poseedor, un interesante problema de determinación conceptual que, quizá con menos precisión y propio de la oscuridad del momento, planteaba ampliamente MUÑOZ MORALES con referencia a la Ley de 1893 y que la vigente tampoco concreta (97) y es el relativo al juego de la extensión de la hipoteca a las denominadas *partes integrantes, pertenencias y accesiones o mejoras*.

Cuando se hace referencia a *partes integrantes* de una cosa, no suele hacerse referencia a los elementos que constituyen las cosas simples, sino que se trata de aquellos otros que son componentes de un todo, aunque ofrecen cierta autonomía, pero que se hallan coaligados entre sí para formar aquél.

Por este doble matiz es que algunos tratadistas, siguiendo las pautas del BGB, distinguen las partes integrantes *esenciales* y las *no esenciales*, según que la posibilidad de separarse del todo sin detrimento de éste y de la parte se dé o no.

El tratamiento jurídico de las partes integrantes se disciplina del siguiente modo: a) el poseedor de la cosa principal posee también sus partes integrantes (98); b) el propietario de la cosa principal puede reivindicar el todo del tercer poseedor; c) la venta o disposición, en general, de la cosa principal, se extiende también a las partes integrantes; d) si el todo es inmueble, se consideran también inmuebles las partes integrantes del mismo.

Como ha escrito LEHMANN, para el ordenamiento jurídico es sólo relevante el conocer la existencia de una parte de la cosa cuando se trate simplemente de una parte ideal, sino de una parte corporalmente delimitada; y es que la parte integrante entra en consideración para el ordenamiento jurídico sólo desde el punto de vista de la posibilidad de reconocer la existencia de derechos separados sobre la misma. El admitir la existencia de derechos separados sobre la parte integrante de una cosa conduciría con frecuencia a destruir valores económicos importantes para conseguir una ventaja relativamente insignificante. Así ocurre cuando se introduce en la construcción de un edificio un material ajeno. De ahí que las XII Tablas vedaran la *vindicatio* de las partes de un edificio. En los casos en que a la parte de la cosa le falte la

(97) MUÑOZ MORALES, *Lecciones*, cit., II, págs. 69-73 y 77-79.

(98) Un sector de la doctrina alemana divide las partes integrantes en esenciales y no esenciales; en las primeras —que FERRARA llama *no separables*— no puede existir el dominio separado, de tal manera que la titularidad real sobre el todo se extiende necesariamente a las partes incorporadas al mismo, siendo ineficaces, como concluye CASTÁN TOBEÑAS, incluso la reserva de propiedad que expresamente pudiera hacerse de tales elementos. En cambio, las otras pueden ser objeto de derechos separados.

delimitación corporal en sentido amplio, es decir, cuando se trate de partes puramente ideales, quedará prácticamente excluida la admisibilidad de derechos separados sobre esas partes ideales; las diferentes partes de las que consta la cosa tienen necesariamente idéntica situación jurídica.

El Código Civil de Puerto Rico no recoge una configuración jurídica de la parte integrante al modo como la ha llevado a cabo la doctrina alemana, pero menciona el concepto en algunos preceptos (99), suponiendo la idea de otros artículos. Pero, al carecer el Código de una disposición semejante a la del *BGB*, conforme a la cual, las partes integrantes no pueden ser objeto de derechos separados, no existe, en principio, inconveniente alguno para reconocer que las partes integrantes pueden actuarse como objetos propios de relaciones jurídicas independientes, salvo que expresamente se prohíba por el Derecho en vigor.

En esta línea, el artículo 335 del Código Civil determina una prohibición al ordenar que «sin embargo de lo dispuesto en el artículo anterior, los copropietarios no podrán exigir la división de la [cosa] común, cuando de hacerlo resulte inservible para el uso a que se destinaba». Otra prohibición determina el artículo 1.015 del Código Civil, al prevenir que si una cosa desmereciese con su división, podrá adjudicarse a uno, de entre los herederos, a calidad de abonar a los otros el exceso en dinero; «pero bastará que uno sólo de los herederos pida su venta en pública subasta y con admisión de licitadores extraños, para que así se haga».

Pero no faltan autores que favorecen una interpretación del Código Civil con una orientación similar a la alemana, en consideración a que, si bien es cierta la ausencia de una prohibición de alcance general y completa, de la regulación dada por dicho cuerpo legal a los bienes, se desprende el criterio de que es opuesto a que sobre partes integrantes se constituyan relaciones jurídicas. Así se expresa, por ejemplo, CASTÁN TOBEÑAS, quien, en tesis opuesta a los anotadores de la traducción castellana de la obra de Enneccerus (PÉREZ GONZÁLEZ y ALGUER), niega a las partes integrantes calificación de objetos singulares.

Respecto de las *pertenencias*, su noción deriva de la referencia a una cosa respecto de otra, que le es principal, de carácter inmueble, conforme con la técnica usada por el Código Civil (art. 263); y, a diferencia del Derecho alemán, en que la unión de cosas muebles es determinante de la relación de pertenencia, el Derecho puertorriqueño conoce esa modalidad con la denominación de parte integrantes (100). Al respecto, es conocida la distinción de

(99) Artículo 263.2.º del Código Civil: «Son bienes inmuebles: 2.º Los árboles y plantas y los frutos pendientes, mientras estuvieren unidos a la tierra o formaren parte integrante de un inmueble».

(100) El *Códice civile*, de 1942, desarrolla con una gran precisión y buena técnica la doctrina de las pertenencias, definiéndolas como cosas destinadas de modo duradero al

los inmuebles por su naturaleza, por incorporación, por destino y por analogía (101). En los dos primeros supuestos se desarrolla el concepto de referencia. Si la cosa principal es inmueble, se califican también de inmuebles las partes integrantes de la misma. Este carácter, que explica la inmovilización del concepto jurídico de pertenencia, es de particular relieve. De ahí el singular interés con que la doctrina lo ha estudiado, fijando como notas para la inmovilización, las siguientes: *a)* que quien destina la cosa al servicio del fundo sea el propietario de éste (siendo suficiente la presencia de *legitimación* bastante); *b)* que la inmovilización sea actual, o realizada, y que se hallen las cosas en el fundo, por lo cual no hay inmovilización si la cosa fue separada del mismo o si la intención de inmovilizar por parte del propietario o legitimado no se concretó efectivamente; *c)* que esa inmovilización tenga carácter estable; *d)* que al destinar las cosas al servicio del fundo, se haga con finalidad de utilizar el fundo económicamente (102). Bajo este esquema, se pueden considerar las pertenencias como aquellas cosas que, conservando su individualidad, son puestas en relación de subordinación respecto de otra principal, para servir como adorno o complemento de la misma (v.gr.: los acondicionadores de aire en un edificio). Se distinguen de las partes integrantes en que no son, como éstas, elementos constitutivos de la cosa, sino que son *cosa* en su propia consideración, pero cuya función se adscribe a otra distinta (103).

La doctrina y la realidad cotidiana del Derecho común alemán contribuyó notablemente a la declaración doctrinal y al encuadramiento del instituto de las pertenencias. Se utilizó destacadamente de las fuentes romanas todo lo que fuese útil a tal finalidad, y fue situada la figura de las pertenencias en la amplia no bien definida categoría de las accesiones, junto a la accesión natural, faltando una investigación fundamental sobre la diferencia con las par-

servicio u ornato de la cosa principal. La destinación puede realizarse por el propietario o por el titular de un derecho real; respecto de su régimen jurídico, los actos que tengan por objeto la cosa principal, comprenden asimismo las pertenencias, salvo pacto en contrario, admitiéndose la independencia de éstas para ser objeto propio de relaciones separadas. La cesación del carácter de pertenencia no es oponible a terceros que hayan adquirido anteriormente derechos sobre la cosa principal; del mismo modo que el destino de una cosa al servicio u ornato de otra no perjudica los derechos previos a favor de tercero.

(101) VÁZQUEZ BOTE, *Tratado*, VII.

(102) ROYO MARTÍNEZ, «Notas sobre la consideración jurídica de gusano de seda», en *RCDI*, núm. 79, pág. 489.

(103) En ocasiones, la diferencia entre qué sean pertenencias y cuáles las partes integrantes, suscita serios problemas, lo que explica la relativa imprecisión doctrinal existente al respecto. Buscando soluciones, OERTMANN estima que la distinción debe buscarse menos por el lado de la solidez de la unión que mediante una noción general. Solamente será el criterio general, esto es, económico-social, el determinante, por lo que todo lo que signifique complemento de una cosa ha de considerarse como parte de la misma.

tes integrantes. Una ulterior elaboración, decisiva, tuvo lugar en la dogmática y legislación alemanas del pasado siglo, resaltando el carácter objetivo de la pertenencia. Y ha sido la conexión económica entre la pertenencia y la cosa principal la que ha inducido al ordenamiento jurídico —dice LEHMANN— a someter, en determinadas situaciones, la pertenencia al régimen propio de la cosa principal, pero dicha adscripción sólo se produce en los casos previstos legalmente y, en general, mediante presunción que admite prueba en contrario. En conclusión, cabe precisar: a) las pertenencias son independientes, desde el plano de su esencia y función, del todo, por cuanto pueden separarse de éste sin afectar su función, pues es la función o destino económico-jurídico lo que las une en subordinación de una para con otra; b) dicho destino, determinación por parte del titular, y su estabilidad, hacen posible diferenciar las pertenencias de las cosas accesorias.

Porque, en efecto, no es lo mismo la pertenencia que la *cosa accesorio*. Como ha destacado BONET RAMÓN, la noción de accesorio es más abarcadora que el concepto de pertenencia, pues se extiende no solamente a las partes integrantes, sino a todo aquello vinculado a la cosa que engendra un vínculo de trascendencia real, pero incluso por convención.

En el Código Civil, el caso típico de la pertenencia está constituido por los inmuebles por destino a que se refiere el artículo 263, en sus circunstancias 4.^a, 5.^a, 6.^a, 7.^a y 9.^a En la doctrina se amplía el concepto jurídico de pertenencia a los animales destinados al cultivo del fundo, pero no estando incluidos en los inmuebles por destino en el Código Civil, los autores como SÁNCHEZ ROMÁN entiende que no es dable en ello el fenómeno de inmovilización agrícola. Como efectos jurídicos se determinan: a) las pertenencias son susceptibles de dominio separado y no han de estar siempre ligadas al destino de la cosa principal, pudiendo ser concebidas independientes en función de pacto; b) si una cosa se convierte en pertenencia, no es suficiente tal hecho para convertir en propietario de ella al titular dominical de la principal, pudiendo continuar en el patrimonio de su original dueño, quien conserva derecho a reivindicar; c) las disposiciones jurídicas respecto de la cosa principal comprende las pertenencias solamente si eran tales al momento del acto dispositivo; d) el poseedor obligado a restituir cosa ajena, debe restituir junto a la principal, sus partes integrantes, aunque no viene obligado a hacerlo con las cosas propias que hubiese unido a la ajena como pertenencia.

Correspondientemente con lo dicho, cuando se trata de parte integrante, no cabe hablar en buena técnica de extensión objetiva de la hipoteca, desde el momento en que no es autorizado individualizar parte integrante y cosa en que se manifiesta la integración. Todas y cada una de las partes integrantes forman el objeto hipotecado. No es lo mismo, sin embargo, respecto de las pertenencias, por cuanto, no siendo parte del inmueble hipotecado en sentido propio, la hipoteca se proyecta respecto de ellas, implicando una clara fun-

ción accesoria (104). Ahora bien, no debe confundirse o identificarse la pertenencia con la accesoriedad, como ya se indicó, por cuanto son conceptos que responden a diverso criterio sistematizador. Mientras la pertenencia es pertenencia, pierde su individualidad jurídica, quedando, por así decirlo,

(104) Resolución de 19 de noviembre de 1943:

Excmo. Señor: En el recurso gubernativo interpuesto por el Notario de Zamora, don Ramiro Themudo Hurtado, contra la negativa del Registrador de la Propiedad de Villalpando a inscribir una escritura de constitución de hipoteca, pendiente en este Centro, en virtud de apelación del recurrente;

Resultando que por escritura otorgada en Zamora ante el Notario don Carlos Balbontín, don Agustín Larruscaín hipotecó al Banco de España, representado por el Director de la Sucursal de dicha ciudad, debidamente autorizado a tal efecto, en garantía del descuento de una letra de cambio librada a su cargo por importe de cien mil pesetas, las siguientes fincas, cuya descripción es como sigue: «Una fábrica electro-harinera, denominada Santa Águeda, situada en Villafáfila, que consta de edificio de dos plantas de forma rectangular, construido de piedra y ladrillo, de una extensión superficial de trescientos metros cuadrados, midiendo treinta metros de fachada y diez de fondo, con un cubierto y dos dependencias unidas al edificio por el lado Norte, una de ellas destinada a garaje, con una superficie de cuarenta metros cuadrados aproximadamente. Por los puntos Norte y Sur, la fábrica está enclavada entre dos parcelas de terreno, de cabida de dos fanegas cada una, equivalentes a una hectárea, doce áreas y ocho centiáreas, cuyas parcelas se destinan al cultivo de hortalizas. Linda el todo, por el Norte, con calle de la Botica; Este, con la del Sacramento; Sur, con la del Triunfo, y Oeste, con la de las Pilas y los Majuelos. En la parte situada al Sur del edificio existe un pozo artesiano, de un rendimiento de trescientos setenta y cinco litros por minuto, cuyo pozo suministra a la fábrica y a los trozos de terreno el agua necesaria. En el cuerpo principal del edificio está instalado todo el conjunto de máquinas R. Wolf, clase H.T.V., con cuatro grupos de cilindros, sistema Suizo-Daverio, necesarios para la molturación de trigos, y una piedra para piensos. En las dependencias se halla instalado un motor, accionado por vapor recalentado, marca Wolf, y la central eléctrica, que consta de alternador marca A.S.E.A., trifásico, de una potencia de veinte kilovatios, de una tensión de doscientos treinta voltios y cuadro distribuidor de mármol blanco, pulimentado, con tres amperímetros y un voltímetro aperiódicos, un conmutador de voltímetro, un interruptor tripolar de palanca, tres cortacircuitos unipolares y un brazo para el alumbrado del cuadro. Igualmente, don Agustín Larruscaín es dueño de la red de distribución para el alumbrado de Villafáfila, cuya red se compone de conductor desnudo de cobre, aisladores de porcelana blanca, soportes curvos de hierro galvanizado, rosca para madera, cortacircuitos aéreos, brazos de hierro para el alumbrado público con portalámparas y pantallas de retención y demás material accesorio y necesario, cortacircuitos unipolares, hilo aislado, alambre para conservación normal de la red», y otra finca urbana radicante en Zamora, plaza de Fray Diego de Deza, número 21, siendo inscrito el documento en los respectivos Registros como se acredita con las notas puestas al pie del título;

Resultando que por otra escritura otorgada posteriormente en la misma capital ante el Notario don Ramiro Themudo, don Agustín Larruscaín vendió a don Eloy Esteban Uvero y a don José Vizcaíno Marcos la fábrica electro-harinera con las parcelas de terreno, pozo, maquinaria, utensilios y artefactos inherentes a la misma, y la red de distribución para el alumbrado de Villafáfila, que se especifica en el citado apartado a), quienes adquirieron en la proporción de dos terceras partes indivisas don Eloy, y una tercera parte don Marcos; que los compradores se hicieron cargo de la hipoteca que gravaba la finca Fábrica Electro-Harinera constituida en la escritura otorgada ante el señor Balbontín; que en la misma escritura compareció el Director de la Sucursal del Banco de España de

Zamora, debidamente autorizado, quien canceló totalmente la hipoteca que gravaba la casa sita en Zamora, plaza de Fray Diego de Deza, número 21, conviniendo con los adquirentes en que las cantidades de que respondía la referida hipoteca constituida sobre la casa las garantizase en lo sucesivo la finca «Fábrica Electro-Harinera», a cuyo efecto se amplió la hipoteca, fijando las cantidades a que por principal, intereses y costas quedaban afectas las participaciones indivisas de los señores Uvero y Marcos;

Resultando que, presentada esta escritura en el Registro de la Propiedad de Villalpando, causó la siguiente nota: «Denegada la inscripción del precedente título: 1.º Por falta de la previa inscripción de la red de alumbrado de Villafáfila y cambiarse el sentido de la finca inscrita y gravada. 2.º Porque en la hipoteca que se amplía por el presente documento, en parte se distribuye y en parte no la responsabilidad de la misma entre las porciones ideales de los condueños. Y si se da valor a la cláusula E del título que afirma hay dos hipotecas, hay evidente ambigüedad. 3.º Por oscuridad en las estipulaciones C y D de significación dudosa los términos de sus respectivas primeras líneas. 4.º Porque en caso de que se admita la distribución de la responsabilidad conforme al título, falta de designación del tipo para la subasta de las participaciones proindivisas que pudieran enajenarse en el procedimiento del artículo 131 de la Ley Hipotecaria»; y que presentada como título complementario la escritura, de la cual dio fe el señor Balbontín, se extendió otra nota, cuyo tenor es como sigue: «Suspendida la inscripción del precedente documento por los mismos motivos que se indicaron en la nota *ut supra* de 21 de octubre último, supuesto que la escritura ante don Carlos Balbontín, otorgada en Zamora el 14 de febrero de 1939, presentada como complementaria, ni subsana los defectos, ni por sí solo las dificultades originadas por el Registro, probando solamente que éstos no son consecuencia de una nulidad radical de los derechos que se tratan de inscribir»;

Resultando que don Ramiro Themudo interpuso recurso gubernativo contra la calificación alegando, respecto del primer extremo, que se atemperó en la descripción de la finca a reproducir lo que constaba en el título otorgado ante el señor Balbontín y que con arreglo a esa reseña estaba inscrita en el Registro, no cabiendo la argumentación de que se cambia el sentido de la finca; que el no estar previamente inscrita la red de alumbrado no es defecto que impida la inscripción del título objeto del recurso, ya que la referida red tiene una naturaleza jurídica de «pertenencia» de la fábrica hipotecada y aunque en nuestra Ley Hipotecaria y Código Civil no aparezca expresamente la distinción que establece el Código Civil alemán de «partes integrantes», «esenciales y no esenciales» y «pertenencias», no hay duda que sobre varios textos legales se puede construir esta doctrina, a ello conduce el examen del artículo 334 del Código Civil en su número 5.º y hay que admitir que la hipoteca constituida se extiende a las pertenencias sin necesidad de la previa inscripción de éstas, porque forman en unión del inmueble gravado y principal lo que Nasbaum llama «patrimonio básico» y que el artículo 110 de la Ley Hipotecaria parece recoger esta orientación; que si la referida red se hubiese considerado como finca independiente se habría hecho la distribución del crédito como previene el artículo 119 de la Ley Hipotecaria y, finalmente, que del contexto de la descripción de la fábrica se deduce que es una sola finca hipotecaria, pues todo se comprende dentro del apartado A) de la escritura otorgada ante el señor Balbontín cuya descripción se reprodujo; que respecto del segundo punto de la nota, en la escritura recurrida lo que se constituye es una segunda hipoteca sin que pueda prosperar la afirmación del Registrador de que hay una parte de la hipoteca distribuida y otra no, pues lo que existe es una primera hipoteca que fue la constituida por escritura ante el señor Balbontín que se mantiene en todas sus partes, salvo el cambio de deudores reales y personales, en la cual no está distribuida la responsabilidad hipotecaria entre los deudores, y la constitución de una segunda de idénticas condiciones a la primera en la cual, aun cuando no lo exige el artículo 290 del Reglamento Hipotecario aparece dicha distribución la cual no tiene más finalidad que regular en el campo obligacional la responsabilidad personal de cada uno de los deudores

que asumen la deuda existente sobre la casa Fray Diego de Deza, número 21, y que trasladan la garantía real a la Fábrica de Santa Águeda; que tampoco hay ambigüedad en la cláusula E que demuestra claramente la constitución de una segunda hipoteca, que respecto del tercer punto no existe significación dudosa en las estipulaciones C y D ni por su letra ni por su espíritu, por expresar claramente la C que los señores Esteban y Vizcaino entregan el precio en la proporción que adquieren la finca, estando determinadas perfectamente sus participaciones, y la D determina las cantidades por que responden cada uno de ellos en la nueva hipoteca; sobre el cuarto punto de la nota no existe falta de designación del tipo para la subasta de las dos hipotecas, porque en la estipulación E los otorgantes tasan, de común acuerdo, la finca en la cantidad de 27.500 pesetas y para la totalidad de las dos hipotecas, o sea, por la cantidad total de 125.000 pesetas, que es la cifra en que para ambas hipotecas queda gravada la finca y que la palabra empleada, *tasar*, se refiere al tipo de subasta;

Resultando que el Registrador en su informe sostuvo que la red del alumbrado de un pueblo cabe que tenga significación distinta; puede referirse a una Entidad hipotecaria aparte, a un conjunto de derechos sobre bienes muebles e inmuebles *de jura in re aliena*, servidumbre de paso de corrientes eléctricas, o bien, puede revestir la forma de concesión afectando a distintos términos municipales o tal vez se designan con tal expresión los materiales e instrumentos necesarios que se utilizan en una serie de contratos con los particulares para una explotación complementaria de la finca a la que se ha llamado red del alumbrado del pueblo de Villafáfila; que este conjunto de elementos cuyo nexo y relación con la finca se ignoran, se citan fuera de la descripción del inmueble aparte de su reglamentaria determinación, es decir, se menciona que no puede alegarse mala redacción del asiento y que se ha colocado fuera de su lugar un elemento de la descripción: 1.º Porque todo asiento debe reputarse bien hecho mientras no se pruebe lo contrario. 2.º Porque para que la red del alumbrado formase parte de la finca, era preciso que así se indicase normalmente. 3.º Porque en la escritura autorizada ante el señor Balbontín que causó la inscripción tercera, en donde aparece por primera vez en el Registro de la red de alumbrado de Villafáfila, no hay referencia alguna de la relación que tiene la red con la Fábrica Electro-Harinera inscrita, confirmando el carácter de mención que la red del alumbrado tiene en la inscripción; que el hecho de que a la red del alumbrado se extienda la hipoteca, no permite la conclusión excesiva de que la finca y la red forman un todo orgánico, pues quizá se quiso afectar a la red del alumbrado la hipoteca al amparo del artículo 29 de la Ley Hipotecaria, entendiéndose propiamente constituida la hipoteca sobre la red mediante la inscripción especial que, en su día, se practicase conforme a dicho artículo 29; que al dar en la escritura autorizada por el recurrente por incluida en la Fábrica Electro-Harinera la red del alumbrado y por constituido sobre ésta un gravamen que amplía circunstancias que no constan en el Registro, quedaba infringido el artículo 20 de la Ley Hipotecaria, pues faltaba el antecedente inscripcional indispensable; que interesaba conocer si la red de alumbrado es o no pertenencia para aplicar, en su día, la doctrina aducida por el recurrente, el cual daba por segura tal afirmación, que carecía, sin embargo, de base en el documento que autorizó, en aquél que le sirvió de antecedente y en el Registro; que no era posible admitir que una declaración incidental, somera e indirecta como aquella consignada por el Notario en la estipulación C del documento discutido, aspire a resolver las incógnitas implícitas en la mención de la red del alumbrado; que éste era un problema que incumbía aclarar a los interesados por declaración expresa, pues por afectar a la extensión del derecho es acto de riguroso dominio, y que era criterio del Centro directivo reflejado en las Resoluciones de 10 de febrero de 1928 y 20 de octubre de 1916, el exigir para la determinación de la finca la voluntad expresa; que respecto de la distribución de la responsabilidad hipotecaria existe evidente confusión en la escritura y a tal efecto se copian diversos párrafos de la misma para poner de relieve esta circunstancia; que en cuanto al tipo de subasta el artículo 131 de la Ley Hipotecaria

da por supuesto que este punto es cuestión terminantemente resuelta en la escritura, cosa que no ocurre en el documento autorizado por el recurrente y que finalmente la escritura autorizada por el señor Balbontín obrante en el procedimiento que fue presentada en el Registro como complementaria, no sólo no subsana los defectos consignados en la nota, sino que alguno lo corrobora o confirma;

Resultando que el Presidente de la Audiencia consideró existente el primer defecto señalado en la nota, porque no apareciendo inscrita en el Registro de la Propiedad la red del alumbrado se hacía preciso estimar que al constituirse un gravamen sobre la misma se producía un manifiesto desacuerdo entre el título y el Registro, careciéndose del antecedente requerido en el artículo 20 de la Ley Hipotecaria, sin que pueda admitirse —por no existir en los autos elementos bastantes para ello— que la mencionada red sea una pertenencia, parte integrante o meramente accesorio, forme un todo orgánico, o sea, algo destinado a servir exclusivamente al fin económico de la cosa principal, y sin que tampoco sea útil a estos efectos la referencia que hace el recurrente al número quinto del artículo 334 del Código Civil, puesto que no hay constancia alguna de que la red del alumbrado de Villafáfila se destine por el propietario de la finca Electro-Harinera a la industria o explotación que en ésta se realiza, ya que de la descripción de aquélla aparece simplemente que se trata de una red de distribución para el alumbrado de Villafáfila compuesta de los útiles necesarios exclusivamente a este servicio, aun en el caso de que el arranque o iniciación radicasen en la Electro-Harinera, no existiendo siquiera datos referentes a este último particular, ni a la relación o dependencia que entre ambos pudiera existir, y si a esto se añaden los peligros y las dificultades que se derivan de la indeterminación y desconocimiento de la verdadera naturaleza y significación jurídico-legal de la red del alumbrado, de la diversidad de derechos que la integran y de los que por desconocidos pudieran lastimarse, aparte de otras consideraciones, se hacía preciso reputar procedente este extremo de la nota; y que, respecto de los demás defectos, no se consideraban existentes, porque la denominación que se dé a un contrato nada significa con respecto a su realidad jurídica, ya que habrá de calificarse conforme a su verdadera naturaleza, no teniendo tampoco, en definitiva, importancia, las ambigüedades o aparentes contradicciones en la redacción, siempre que, conforme al buen sentido y a las reglas de hermenéutica legal no haya de quedar duda respecto a las declaraciones de voluntad de los contratantes y en el caso objeto del recurso determinada la proporción en que adquieren los compradores, puede concretarse también la responsabilidad hipotecaria a que queda afecta la finca, la cual, además, fue objeto de tasación;

Resultando que el Notario recurrente se alzó de la anterior decisión en cuanto estimaba subsistente el primer defecto e insistió en su punto de vista contenido en el escrito de interposición del recurso, de considerar la red de alumbrado, «pertenencia» de la Fábrica Electro-Harinera, por formar con la misma un todo orgánico, y después de comentar la doctrina civilista alemana, argumentó que los artículos 110 y siguientes de nuestra Ley Hipotecaria parecen inspirados en esos principios y, finalmente que, aunque existieran peligros y dificultades en caso de reclamación por los dueños de los predios que atraviesa la red, como ésta existía físicamente con anterioridad al 31 de octubre de 1925, y después de tal fecha constaba jurídica y registralmente, no apareciendo en el Registro anotada ninguna reclamación judicial, ni administrativa contra su establecimiento hay que admitir que los aludidos titulares han consentido y aceptado legalmente, incluso por prescripción, el tendido de la repetida red;

Resultando que este Centro directivo, para mejor proveer, reclamó al Registrador de la Propiedad de Villalpando certificaciones literales de las inscripciones en las que se describe la finca «Fábrica Electro-Harinera», y de la obrante al tomo 800, libro 47 de Villafáfila, folio 152, finca número 3.395, inscripción tercera que fue remitida, consta: «...Don Luis Trabadillo Ganado, mayor de edad, soltero, propietario y vecino de Villafáfila, es dueño de esta finca con la maquinaria descrita con más la red de distribución

para el alumbrado de Villafáfila, cuya red se compone de conductor desnudo de cobre, aisladores de porcelana blanca, soportes curvos de hierro galvanizado, rosca para madera, corta-circuitos aéreos, brazos de hierro para el alumbrado público con portalámparas y pantallas; cortacircuitos unipolares, hilos aislados, alambre de retención y demás material accesorio y necesario para conservación normal de la red, por compra, cual consta de los asientos anteriores; y ahora la vende con todos sus accesorios y maquinaria indicados a don Agustín Larruscáin Solozábal, mayor de edad, viudo, propietario y vecino de Zamora, por el precio de setenta y cinco mil novecientas treinta y nueve pesetas que el vendedor confiesa haber recibido»;

Vistos los artículos 333 y 334 del Código Civil; 13, 29, 30, 110 y siguientes de la Ley Hipotecaria, y la Resolución de este Centro directivo de 13 de junio de 1929;

Considerando que por no haber sido objeto de apelación el auto del Presidente de la Audiencia, en cuanto desestimó los defectos consignados en los números 2.º, 3.º y 4.º de la nota, ha de circunscribirse esta Resolución al examen de la cuestión planteada en el número 1.º, relativa a la inscripción previa de la red de alumbrado de Villafáfila;

Considerando que aportadas a este recurso para mejor proveer las certificaciones literales referentes al asunto discutido, aparece la mencionada red formando parte del contenido del inmueble hipotecado, pues su descripción, indicaciones, elementos de que consta, etc., son datos que permiten unirla económica y jurídicamente al predio, como una de tantas *qualitates proediorum*, y, aunque la fe pública registral no actúa en estos casos y sobre los muebles incorporados, con la plenitud que de ordinario alcanza en su desenvolvimiento normal, porque el Registro no puede garantizar las complejas situaciones jurídicas que nacen de ese estado de hecho, sí permite, en cambio, dar a conocer la presunta extensión y alcance del dominio, de tal suerte que el acreedor hipotecario podrá apreciar los límites del derecho que le ampara y extender el alcance de la hipoteca a los bienes ya descritos en el Registro de esa manera peculiar, y cuyo valor, en muchos casos, será el principal móvil que le induce a la aceptación de la hipoteca;

Considerando que para realizar la inscripción solicitada el Registrador no necesita plantear ni discutir los problemas relativos a si existen derechos de superficie, cargas o servidumbres sobre los predios a quien afectan, posibles perjuicios para los dueños de los mismos, necesidad del consentimiento de éstos, etc., sino que limitando su función calificadora al examen del contenido del título presentado, deberá resolver solamente si procede o no la constitución de la hipoteca por estimar inscrita la red, sin preocuparse de cuáles sean las relaciones jurídicas que acaso existan entre los propietarios de la Electro-Harinera y los dueños de otras fincas inscritas o no, y que en nada resultarán perjudicados por la descripción del predio dominante cuando proceda la aplicación de los artículos 13 y 30 de la Ley Hipotecaria;

Considerando que en el caso discutido, sobre la «Fábrica Electro-Harinera» que se describía como parte de la finca y formando una explotación industrial con la repetida red, se había constituido una primera hipoteca por escritura otorgada ante el Notario señor Balbontín y en el título objeto de este recurso vuelve a constituirse una nueva hipoteca sobre la misma finca, descrita de análoga manera en las dos escrituras, por lo que no puede prosperar la afirmación del Registrador de que se altera ahora su descripción, pues existe a este respecto identidad absoluta entre los dos documentos autorizados;

Considerando que en la legislación patria no existe un concepto técnicamente elaborado de las partes integrantes y accesorias, pero puede descubrirse un criterio análogo respecto de las últimas en las llamadas cosas inmuebles por destino, especificadas en los números 4, 5, 6, 7 y 9 del artículo 334 del Código Civil; y por lo que hace referencia a la hipoteca los artículos 110 y siguientes de la Ley permiten la extensión a tales pertenencias, si media pacto expreso para ello;

Considerando que el criterio permisivo de considerar extensiva la hipoteca a los bienes registrados en la manera especial que lo está la red de alumbrado de Villafáfila

adsorbida si no absorbida por la cosa principal, en tanto la cosa accesoria, aunque anexa a la función de la principal, puede a la vez tener vida propia y propio régimen jurídico, considerada fuera de la función de accesoriedad, lo que es imposible en la pertenencia.

Obsérvese, así, la diferencia que otorga la Ley Hipotecaria a lo dispuesto en su artículo 161, primero («obras de comodidad o adorno»), respecto de lo previsto en el artículo 162, párrafo segundo («muebles... colocados permanentemente... para su adorno» que no puedan separarse sin detrimento de la materia u objeto). En ambos casos se trata de bienes puestos para adorno. En el primer caso, se trata, claramente, de partes integrantes y accesorias igualmente, mientras que en la segunda hipótesis son pertenencias y, asimismo, accesorias. Cabe, así, la accesoriedad respecto de las partes integrantes como de las pertenencias, pues lo que separa es el momento de consideración y su función.

Recogiendo CHICO el sentir doctrinal al respecto, pone de relieve lo poco claras que en este tema están las ideas, ciertamente por la propia deficiencia con que la Ley Hipotecaria se refiere al respecto. Y, así, escribe (105) que «...ROCA SASTRE, al enfocar el problema, da al concepto [de cosa accesoria] una amplitud extraordinaria, comprendiendo las máquinas, vasos, instrumentos, utensilios, abonos, estatuas, etc., precisando que para que la hipoteca se extienda a los mismos es necesario un pacto expreso en que así se establezca. La calificación de elementos accesorios o pertenencias (*sic*) tiene una indudable trascendencia respecto de la maquinaria instalada en la finca objeto de hipoteca y destinada a la explotación industrial de la misma, tema discutido doctrinalmente y que la Sentencia de 3 de enero de 1906 recogió diciendo que "la hipoteca se extiende a las mejoras realizadas en la finca hipotecada conforme a lo prevenido en el artículo 110 de la Ley Hipotecaria, confirmado en el artículo 1.877 del Código Civil, entendiéndose hipotecados, según dispone el artículo 111 en su número 1.º de la misma Ley, juntamente con el edifi-

—que mientras no constituya un gravamen real o se transforme en una concesión administrativa no puede ser objeto de inscripción especial y separada— robustece considerablemente el crédito territorial y, en definitiva, supone un favorable desarrollo para la industria, una fuente de recursos para los necesitados de numerario y una garantía más firme y sólida para los acreedores,

Esta Dirección General ha acordado, con revocación parcial del auto apelado, declarar que la escritura objeto de este recurso se halla extendida con arreglo a las formalidades y prescripciones legales.

Lo que, con devolución del expediente original, comunico a V. E. para su conocimiento y efectos. Dios guarde a V. E. muchos años.—Madrid, 19 de noviembre de 1943.—*El Director General*, JOSÉ MARÍA DE PORCIOLES.—*Exento. Señor Presidente de la Audiencia Territorial de Valladolid.*

Ver, asimismo, nota 57.

(105) CHICO, *Estudios*, II, págs. 1408 y sigs.

ció, los objetos muebles colocados permanentemente en el mismo para el servicio de alguna industria, aunque su colocación se haya verificado después de constituida la hipoteca..."»

«El tema de la maquinaria de carácter industrial ha planteado el problema de si puede o no encuadrarse dentro del concepto como parte integrante o accesorio. ROCA SASTRE, siguiendo las directrices marcadas por el Derecho alemán, distingue la maquinaria que está unida al inmueble y que forma parte integrante de la finca, de aquella otra que puede ser sustituida y que hay que calificar como elemento accesorio. En el todo económico integrante de una explotación los elementos componentes de aquella unidad sólo son separables si son fungibles, esto es, cambiables por otros, sin perjuicio de mantenimiento de la base sobre que se sustente, por más que sean identificables con características propias. Para ROCA SASTRE esta distinción es clara y la hipoteca se extenderá a la maquinaria en ambos casos, pero la diferenciación entre partes integrantes y accesorios determinará o no la posible preferencia que los terceros puedan tener sobre dicha maquinaria frente al crédito hipotecario». Aunque no puede concluirse muy bien qué entiende el maestro por *maquinaria sustituible* porque, por definición, cualquier maquinaria lo es; dando la impresión que parece referirse a aquella maquinaria que es esencial a la explotación misma, de aquella otra que, sin reunir tal carácter, colabora a la función. Por ejemplo, los sistemas de pasteurización de una industria lechera serían maquinaria insustituible, no siéndolo, sin embargo, la flotilla de camiones que provocan el reparto de la leche. Naturalmente, si el objeto de la hipoteca no lo es la *industria entera*.

«ANTONIO DOTAL —continúa CHICO— entiende que en nuestro Derecho la Ley Hipotecaria marca la pauta de la distinción en la *separabilidad* sin "quebranto de la materia o deterioro del objeto". El criterio subjetivo de la intencionalidad del dueño, en definitiva, de la voluntad, que preside la extensión de la hipoteca, queda en estos casos relegado a un segundo plano, frente al criterio objetivo de la conservación y defensa de las unidades de explotación. Para este autor, en nuestro Derecho debe resolverse el problema siguiendo los principios de mantenimiento de la unidad de explotación como conjunto unitario y ordenado. Cuando la maquinaria industrial forma parte de una unidad económica, aunque físicamente sea separable, no lo será jurídicamente». Y es la idea que parece manifestarse en el artículo 162, párrafo segundo, circunstancia segunda, al excluir de la hipoteca, salvo pacto en contrario, «los frutos, *cualquiera que sea la situación en que se encuentren*» (énfasis añadido), ya que, si no están separados, debieran estimarse parte de la cosa a que están materialmente unidos, pero la Ley Hipotecaria, en propia armonía con el Código Civil (arts. 288 y sigs., y 380 del Código Civil), los sustrae del objeto para adjudicarlos según su función.

Tampoco parece adecuado referirse a una extensión objetiva de la hipoteca en las situaciones en que opera el principio de *subrogación real*.

En la doctrina se configura la subrogación real como denominación que se ofrece al fenómeno por cuya virtud un bien o una cosa es sustituido por otro bien o por otra cosa dentro del patrimonio de una misma persona, de manera tal que el nuevo bien viene a ocupar el lugar del antiguo, sometién-dose al mismo régimen jurídico. Sin embargo, conviene advertir que este concepto de la subrogación real es poco operante, pues no supone tal fenómeno, en su valoración más técnica, un cambio o sustitución de *cosa por cosa*, o de *bien por bien*, individualmente considerados; sino que, como destaca PLANIOL (106), la subrogación mira más bien al valor peculiar de la cosa o bien, a su valor en cambio o económico y no al valor en uso o afectivo. El cambio de cosa por cosa sólo tendría interés en los supuestos excepcionales de patrimonios separados (107), precisamente para cuya explicación la vieja doctrina estableció el principio general común a las universalidades: *res succedit in locum predi et pretium in locum rei*. Ciertamente, la subrogación no es sino una manifestación de eficacia del artículo 1.811 del Código Civil, con fines de evitar su elusión. Y fue sobre aquella base que la doctrina francesa elaboró la teoría de la subrogación real; que, en su sentido más general, no es sino una afirmación del legislador por cuya virtud en cuanto un bien sale de un patrimonio, el objeto que lo sustituye pasa a ocupar su lugar, adquiriendo su régimen jurídico (*subrogatum sapit naturam subrogan*). Sin embargo, cuando se trata de situaciones diversas a los juicios universales o patrimonios, sino situaciones referidas a bienes concretos, es imposible aplicar la teoría de la subrogación real, al ser imposible de concebir la fungibilidad, salvo que la expresión legislativa concreta, o el pacto particular, así lo establezcan. Y entonces no interesa tanto el valor de la cosa como su afectación en sí. A esta última idea responde la Ley Hipotecaria concretamente, al configurar unas situaciones en que la hipoteca, desaparecido su objeto propio, alcanza como objeto de garantía el bien sustituto. Es la idea que informa al artículo 161.2." de la Ley, cuando estima que se entenderán hipotecadas «las indemnizaciones concedidas o debidas al propietario de los inmuebles hipotecados, bien por el aseguramiento de éstos siempre que haya tenido lugar el siniestro después de constituida la hipoteca, o bien por expropiación forzosa. Si cualquiera de estas indemnizaciones debiera hacerse efectiva antes del vencimiento de la obligación asegurada y quien haya de satisfacerla hubiere sido notificado previamente de la existencia de la hipoteca se depositará su importe en la forma que convengan los interesados o, a falta de tal con-

(106) PLANIOL-RIPERT, *Traite*, III, págs. 32 y sigs.

(107) VÁZQUEZ BOTE, *Tratado*, VII.

venio, en la que disponga el Tribunal», dándose, así, lugar al derecho de prenda como indica PUIG BRUTAU recogiendo un sentir general entre los autores, como ya quedó indicado. Otra situación semejante de subrogación se produce en la hipótesis prevista en el artículo 162, circunstancia 3.^a, *a contrario sensu*: cuando se pacta que las rentas vencidas y no satisfechas al tiempo de exigirse la obligación garantizada con hipoteca sean objeto de garantía. E igual fenómeno se produce en situaciones de subrogación en concesiones administrativas a que se refiere el artículo 136, circunstancia tercera, de la Ley Hipotecaria, al indicar que «las inscripciones de hipotecas constituidas sobre obras destinadas al servicio público, cuya explotación conceda el Estado y que estén directa y exclusivamente afectas al referido servicio, se cancelarán, si se declarase resuelto el derecho del concesionario, en virtud del mismo título en que se haga constar esa extinción y del documento que acredite haberse consignado en debida forma para atender el pago de los créditos hipotecarios inscritos, el importe de la indemnización que en su caso deba percibir el concesionario». En fin, la situación, también aludida, prevista en el artículo 44 de la Ley de Propiedad Horizontal.

En aquellas *situaciones en que la finca pasa a manos de un tercer poseedor*, dispone el artículo 163 de la Ley Hipotecaria: «Cuando la finca pasare a manos de un tercer poseedor que no advenga deudor obligacional, no será extensiva la hipoteca a los muebles colocados permanentemente en los edificios, ni a las mejoras que no consistan en obras de reparación, seguridad o transformación, siempre que unos u otros se hayan costado por el nuevo dueño. El dueño de las accesiones o mejoras que no se entiendan hipotecadas según el artículo 161, podrá exigir su importe en todo caso, o bien retener los objetos en que consistan, si esto último pudiera hacerse sin menoscabo del valor del resto de la finca. Si exigiere su importe no podrá detener el cumplimiento de la obligación principal bajo el pretexto de hacer efectivo su derecho, sino que habrá de cobrar lo que le corresponda con el precio de la misma finca cuando se enajene para pagar el crédito. Si las accesiones o mejoras no pudieren separarse sin menoscabo de la finca, el dueño de las mismas cobrará su importe, aunque la cantidad restante no alcance para cubrir el crédito hipotecario; mas si pudieran ser separadas sin dicho menoscabo y aquél optado, sin embargo, por no llevárselas, se enajenarán con separación del predio, y su precio, tan sólo quedará a disposición de dicho dueño».

Como escribe CHICO (108), «La exégesis de dicho artículo da lugar a que ROCA SASTRE distinga dos casos, según que la hipoteca se extienda, naturalmente, o bien exija un pacto expreso:

(108) *Estudios*, II, págs. 1416 y sigs.

«a) La hipoteca en un principio se extiende "*naturalmente*" a los mismos elementos antes indicados por imposición legal con exclusión de las mejoras que no consistan en obras de reparación, seguridad o transformación que hubiesen sido costeadas por el nuevo dueño. ROCA SASTRE entiende, atendiendo a la clasificación que se hace de las mejoras en necesarias (obras de reparación y seguridad), útiles (obras de riego, desagüe, nuevas plantaciones, elevación de edificios y otras análogas) y voluntarias (obras de comodidad y adorno), atendiendo a que a todas ellas debe hacerse extensiva la normativa legal. La duda, sin embargo, se plantea respecto a las obras de transformación que resultan difíciles de clasificar en alguno de los grupos anteriormente citados. Si se consideran como "*mejoras útiles*" para ROCA SASTRE el artículo [161] es digno de severa crítica y si se clasifican como "*mejoras necesarias*" (obras de reparación y seguridad) el precepto es aceptable, porque estas obras por ser de reparación o seguridad son indispensables para la subsistencia normal de la finca hipotecada. No aumentan el valor ni la productividad de la cosa, sino que simplemente conservan su valor, compenetrándose con la finca y compensándose con sus naturales rendimientos. Por todo ello, concluye dicho autor, resulta que el concepto de *obras de transformación* tiene un contenido elástico, ya que según los casos puede expresar mejoras útiles (y hasta voluntarias) o mejoras necesarias; en el primer caso no quedan afectadas por la hipoteca, pero sí en el segundo.

b) Extensión por "*pacto expreso*" que así lo determine. A pesar de la existencia de pacto expreso la hipoteca nunca se extiende a aquellos elementos que en virtud del mismo puedan comprenderse dentro del objeto sujeto al gravamen hipotecario. La existencia del pacto de extensión es imposible, dado que el concepto de tercer poseedor en el momento constitutivo de la hipoteca es inconcebible».

Se explica, por ello, la disposición del artículo 162 de la Ley Hipotecaria, según el cual: «Salvo pacto expreso o disposición legal en contrario, la hipoteca, cualquiera que sea la naturaleza y forma de la obligación que garantice, no comprenderá:

«1.º Los objetos muebles que se hallen colocados permanentemente en la finca hipotecada, bien para su adorno, comodidad o explotación, o bien para el servicio de alguna industria, a no ser que no puedan separarse sin quebranto de la materia o deterioro del objeto.

2.º Los frutos, cualquiera que sea la situación en que se encuentren.

3.º Las rentas vencidas y no satisfechas al tiempo de exigirse el cumplimiento de la obligación garantizada.

4.º Las nuevas construcciones de edificios donde antes no los hubiera».

Consiguientemente, la no extensión de la hipoteca reconoce que el tercer poseedor es el propietario o dueño de los bienes, razón por la cual se le reconoce, en hipótesis de ejecución, dos derechos: bien el de exigir su importe o el de retención (art. 163, párrafos segundo, tercero y cuarto) (109).

EDUARDO VÁZQUEZ BOTE
Profesor de la Universidad
de Puerto Rico

(109) «La exégesis del precepto —escribe CHICO— contempla dos supuestos claros:

1. La opción para cobrar el importe se condiciona: 1.º Si las accesiones o mejoras pudieran ser separadas sin menoscabo, se enajenarán con separación del predio, y su precio, tan sólo, quedará a disposición de dicho dueño; 2.º Si, por el contrario, tales afecciones o mejoras no pudieran ser retiradas sin menoscabo de la finca, el propietario sólo podrá obtener su importe, sin que le esté permitido detener el cumplimiento de la obligación principal bajo el pretexto de hacer efectivo su derecho, sino que habrá de cobrar lo que le corresponda con el precio de la misma finca cuando se enajenase ésta para la satisfacción del crédito. Siempre cobrará su importe aunque la cantidad restante no alcance para cubrir el crédito hipotecario.

2. En el caso de que opte por retener los objetos en que consistan dichas accesiones o mejoras, esta opción queda condicionada a que pueda hacerla sin menoscabo de la finca, gozando del *ius tollendi*, pudiendo ejercitar el derecho de separación» (*loc. cit.*, II, pág. 1418).