

REVISTA CRITICA DE DERECHO INMOBILIARIO

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

DEPÓSITO LEGAL: M. 968.—1958.

Año XXXV

Enero-Febrero 1959

Núms. 368-369

El Registro de la Propiedad en Australia actualmente. (Cien años de sistema Torrens)

INTRODUCCION

El 1 de julio de 1858 entró en vigor la original Ley Torrens, y comenzó a actuar Torrens como Registrador general de Sur Australia, con un sueldo de mil libras anuales y con unos colaboradores que, según la plantilla de la oficina del Registro de 1859, eran diez, cobrando el ordenanza cien libras anuales. Al cumplirse, en el año actual, el centenario de la puesta en práctica del sistema, parece oportuno realizar una revisión de ideas sobre este asunto.

Las exposiciones de los escritores patrios del presente siglo sobre el sistema australiano, a fuerza de querer esquematizar sus rasgos, acaban presentando una caricatura del mismo (1). Dichas

(1) Puede verse García Guijarro, *Bases del Derecho Inmobiliario en la legislación comparada*. Madrid, 1911, págs. 47 y sigs.; González Martínez, *Estudios de Derecho hipotecario*, Madrid, 1924, págs. 151 y sigs. (76 y sigs. del t. I de la edición de 1948); Morell y Terry, *Comentarios a la legislación hipotecaria*, segunda edición, corregida y adicionada, por Campuzano y Horma, Madrid, 1925, t. I, págs. 115 y sigs.; Giménez Arnau, *Tratado de legislación hipotecaria*, Madrid, 1941, t. I, págs. 14 y 15; Cossío y Corral *Lecciones de Derecho hipotecario*, Barcelona, 1945, págs. 20 y 21; Sanz Fernández, *Instituciones de Derecho hipotecario*, Madrid, 1947, t. I, págs. 190 y sigs.; Casso Romero, *Derecho hipotecario o del Registro de la Propiedad*, Madrid, 1951, págs. 49 y sigs.; Roca Sastre, *Derecho hipotecario*, 5.ª ed., Barcelona, 1954, t. I, págs. 125 y sigs., y t. III, pág. 790; Lacruz Berdejo, *Lecciones de Derecho inmobiliario registral*, 2.ª ed., Zaragoza, 1957, pág. 80.

exposiciones contienen ya inexactitudes respecto al planteamiento primitivo del sistema, pero además éstas se acentúan respecto a su estado actual, pues lejos de reflejar su evolución, extreman la rigidez de sus principios.

La causa principal de este resultado es que todas ellas adolecen de falta de contacto con la literatura jurídica australiana, lo que si en la época de Costa, Azcárate, Oliver, Gallardo, Monasterio y Agulló era excusable, porque aplicando un *slogan* que estuvo de moda en Nueva Zelanda cuando se trataba de que formara parte de la Federación Australiana, que las mil doscientas millas que las separan eran mil doscientas razones para no unirse, las doce mil millas que nos separan de Australia eran doce mil razones que explicaban este desconocimiento, y además la bibliografía australiana sobre el asunto en la época en que dichos autores escribieron era escasa, ello no tiene justificación en la época actual, en que las distancias han quedado prácticamente tan reducidas, con el progreso de los medios de comunicación, y de otra parte, en el siglo xx hay numerosos trabajos de especialistas australianos de esta rama jurídica.

Es más: puede decirse que los autores patrios del siglo actual acusan en este orden un retroceso respecto de los del siglo anterior, pues se limitan a estudiar el sistema a través de los autores franceses del siglo pasado, y especialmente de Emmanuel Besson, en su conocida obra *Les livres fonciers et la réforme hypothécaire. Etude historique et critique sur la publicité des transmissions immobilières en France et à l'étranger depuis les origines jusqu'à nos jours*, París, 1891; y las exposiciones de los autores franceses, basadas en escasísimas fuentes de información (2) y aplicadas a una materia de técnica tan especial como el Derecho Inmobiliario australiano, se han producido con superficialidad.

Porque Gallardo, en lo que continúa siendo el mejor estudio

(2) Al tratar del grupo australiano Ley Torrens, Besson se limita a consignar como fuentes de su estudio [pág. 338, nota (1)]: «Act de 1861 concernant l'Australie du Sud (Bulletin de stat. et de legisl. comparée du Ministère des Finances. juin 1885). V. aussi le rapport sur «L'Act Torrens», par sir W. Maxwell, traduction de M. de France (Alger, 1889)»; y más adelante, en la página 345 (1), cita la obra de Charles Gide, *Etude sur l'Act Torrens*, 1886, París, pág. 19, para rectificar una afirmación suya.

publicado en España sobre el sistema de registro australiano, *La movilización de la propiedad y el Acta Torrens*, Barcelona, 1893, aunque pocos, por razón de la época en que escribió, utiliza directamente los tres trabajos de que entonces pudo disponer (3), y que tan notable incremento han tenido en el presente siglo, especialmente en calidad, contándose, por orden cronológico, con las siguientes publicaciones, que utilizamos para este estudio:

En 1902: Arthur Pitcairn Canaway, *The Real Property Act*, 1900 («New South Wales»). Sidney, 265 págs.

En 1905: James Edward Hogg (de quien Kerr dice que todo el Imperio británico estaba en deuda con él), *Australian Torrens System*. London, 1905, 1.086 págs.

En 1920: El mismo autor, *Registration of title to land throughout the empire*. Toronto (Canadá), 773 págs.

En 1927: El suraustraliano Donald Kerr, *The principles of the Australian lands titles (Torrens) System*. Adelaide, 583 págs. El mayor interés de esta obra está en que reproduce extensamente mucha jurisprudencia.

En 1929: Un nuevo comentario a la Ley de Nueva Gales del Sur, de J. G. Beckenham y Lewis A. Harris, *The Real Property Act* («New South Wales»). Sidney, 430 págs., completado en 1934 con otras 91 págs.

En 1931: H. Dallas Wiseman, la segunda edición de su obra referente a Victoria (la primera es de 1925), *The law relating to the transfer of Land*. Melbourne, 652 págs.

En 1933: Norman R. Currey, *Manuel of titles office practice*. Melbourne, 211 págs.; también referente a Victoria.

En 1948: G. A. Jessup, la segunda edición de *Forms and practice of the Lands titles office of South Australia*. Adelaide, 435 págs.

(3) Gallardo utiliza *Official reports on the working of the system in the colonies* cuya publicación acordó la Cámara de los Comunes en 1881. El folleto de Torrens editado en 1883 por el Cobden Club de Londres, *An essay on the transfer of land by registration under the duplicate method, operative in British Colonies*. Y el informe presentado, según las instrucciones del gobernador de los *Straits Settlements*, por M. W. M. Maxwell, traducido al francés y prologado por R. de France de Tersant (Alger, 1889). Como anécdota triste, referiré que en el ejemplar de este folleto que adquirí en París consta la siguiente dedicatoria manuscrita: «*Hommage respectueux*», y la firma R. de France, con rubrica; y dicho ejemplar llegó a mis manos con las hojas sin cortar.

En 1951: John Baalman, *The Torrens system*, in «New South Wales». Sidney, 487 págs.

En 1952: John Baalman y T. le M. Wells, la tercera edición de *The practice of the Land titles office* («New South Wales»). Sidney, 491 págs.

En 1957: P. Moerlin Fox, *The Transfer of Land Act 1954 with Annotations*. Melbourne, 236 págs.; obra referente a Victoria.

En 1958: W. N. Harrison, *Cases on Land Law*. Sidney, 749 págs. Esta obra es interesante, no sólo por la extensa exposición de la jurisprudencia inmobiliaria australiana que contiene (la especialmente relativa al sistema Torrens, en págs. 629 a 749), sino por las excelentes notas de su autor.

Aunque no confinada al sistema australiano, hay que citar la obra de Ernest Dowson y V. L. O. Sheppard, *Land Registration*. London, 1952, que con sólo 211 páginas expone sucintamente, pero con mucho sistema, los regímenes mundiales de Registro de la Propiedad en la actualidad.

En cuanto a revistas que contengan estudios sobre la materia, desde hace más de treinta años se publica mensualmente «The Australian Law Journal». Y llevan unos diez años de publicación, «The University of Queensland Law Journal» y «Australiam Conveyancer and Solicitors Journal».

Entre los artículos publicados últimamente, y citando uno solo por revista, destacan por su interés, en la primera, los de Theodore B. F. Ruoff, en 1952, con el título *An englishman looks at de Torrens system*; su autor es un Registrador ayudante de Inglaterra, que pasó seis meses en Australia estudiando el sistema.

En la segunda, el profundo y original estudio de W. N. Harrison, Decano de la Facultad de Derecho de la Universidad de Queensland, sobre *Indefeasibility of Torrens Title*, en diciembre de 1954.

En la tercera, en el número de julio de 1955, el de Moerlin Fox, *The Victorian Transfer of Land Act*, de 1954.

En el orden legislativo resalta la publicación de esta reciente ley de Victoria, que entró en vigor el 1 de julio de 1955.

Para comprender el juego del sistema hay que comenzar por tener algún conocimiento del básico derecho a que se aplica. La Ley sobre el Registro de la Propiedad, dice Wiseman en el prefacio de su obra, no es un Código, y es consecuentemente dependiente

para su completa expresión de los generales principios de Derecho y equidad como expresados por los Tribunales.

En Australia rige el derecho inglés, y de acuerdo con él, dice Moerlin Fox (*The Commonwealth of Australia*, pág. 114) que todo inmueble en Australia es propiedad de la Corona, y todo lo que puede ser objeto de propiedad es un «estate» en el inmueble, como distinto del inmueble en sí mismo. En Australia no hay propiedad alodial, sino tenencias conforme a los principios feudales, como fué ya resuelto en el caso *Attorney General versus Brown*, en 1847.

Este principio de que toda propiedad inmobiliaria deriva de la Corona, se dice en *Millard's Real Property*, pág. 16, que en Inglaterra es más o menos una legal ficción, en Australia no fué mera ficción. El título de todo inmueble debe ser remontado a la Corona y debe tener su origen en una concesión de la misma.

Ahora bien, del mismo modo que se ha dicho que los australianos son más ingleses que los propios ingleses (4), puede decirse que el derecho inmobiliario australiano es más inglés, en el sentido tradicional, que el actual Derecho Inmobiliario de Inglaterra, pues en general se aplica en Australia el derecho inglés anterior a 1928, fecha en que se le concedió el poder legislativo, el cual si bien en Derecho Inmobiliario corrientemente ha seguido la evolución del derecho inglés, no lo ha hecho en cuanto a las radicales transformaciones operadas por las leyes inglesas de 1925, legislación que dice el mismo Moerlin Fox (pág. 120), era innecesaria en Australia, toda vez que sus fines de simplificar los actos dispositivos los consigue el sistema Torrens, pero por un método diferente. Así, todavía rige en Australia el célebre Estatuto de usos de Enrique VIII, que dichas leyes derogaron en Inglaterra. En Nueva Gales del Sur subsisten separadas las jurisdicciones de Derecho común y de equidad, que ya la *Judicature Act* inglesa de 1873 había fusionado (5), y se llega al extremo curioso de, a través del

(4) En el artículo de «The National Geographic Magazine» *The making of a New Australia*, febrero de 1956, pág. 238 se lee que: Antes, los australianos se enorgullecían de ser su población casi puramente británica; solamente un dos por ciento no lo era. Después de la última guerra, la proporción ha sido alterada profundamente por el incremento enorme de la inmigración, que alcanza la cifra de 125.000 personas por año, y se espera llegue a 250.000 anuales.

(5) Puede verse, sobre ello, Millard, pág. 48, y *Fifty Years of Equity in New South Wales*, por C. McLelland, en «The Australian Law Journal», septiembre de 1951, pág. 344. A fines de 1956 fué presentado al Parlamento un

art. 50 de la *Conveyancing Act* de 1919, mantener la vigencia de la disposición de Enrique VIII, conocida por «*Pretenced Titles Act*», que en Inglaterra había sido derogada en 1845 (puede verse el artículo de Baalman en «*The Australian Law Journal*», octubre 1957, pág. 450, *The Mystery of Pretenced Titles*, y Hogg, *Australian Torrens System*, pág. 810).

No es procedente realizar ahora una exposición de dicho derecho, que ocuparía un espacio que necesitamos para el objeto de este trabajo (6).

Me limitaré a resaltar:

1.º Que las leyes son derecho fragmentario que encuentra su base en el «*common law*» tal como ha sido desenvuelto por los Tribunales; podrían suprimirse todas las leyes dictadas y subsistiría un sistema de derecho anticuado y rígido en algunos aspectos, pero completo sistema; mientras que sin el apoyo del «*common law*» las leyes carecerían de sentido. Se trata de un derecho casuístico y de complejidad técnica por su formación histórica de acumulación de elementos (7).

proyecto de ley para la fusión de las jurisdicciones: puede verse la misma revista, octubre de 1956, pág. 281.

(6) Un resumen de lo más interesante del mismo, con relación al Registro, puede verse en mi estudio sobre *El Registro de la Propiedad en Inglaterra*, Curso de conferencias de 1950 del Ilustre Colegio Notarial de Valencia, pág. 153; y para las especialidades del derecho australiano, *The commonwealth of Australia, The development of its Laws and Constitution*, London, 1952 (la parte referente al Derecho Inmobiliario está escrita por P. Moerlin Fox, en páginas 113 y sigs.); *Outline of Law in Australia*, por John Baalman, 2.ª ed., Sidney, 1955 (lo referente al Derecho Inmobiliario, en págs. 106 y sigs.); *The Law of Real Property in New South Wales*, de Millard, 6.ª ed., por B. A. Hellmore, Sidney, 1948 (567 págs.). Y sobre práctica y fórmulas documentales en transferencias inmobiliarias, *Conveyancing Precedents and forms*, Evatt and Beckenham, 2.ª ed., por P. R. Wats, Sidney, 1938 (1.039 págs.), y Moerlin Fox, *Students' Conveyancing Precedents*, publicado por «The Law School University of Melbourne», 1948 (84 págs.).

(7) En Australia—dice Dixon en su comunicación a la Sección de Derecho Internacional y Comparado de American Bar Association («*Australian Law Journal*, septiembre de 1943, pág. 128)—nosotros concebimos el Estado como derivando del Derecho, no el Derecho como derivando del Estado. Un Estado es una autoridad establecida por y bajo el Derecho. Nosotros consideramos al «*common law*» como precedente en actuación a los instrumentos constitucionales que primero dividieron a Australia en colonias separadas y luego la unieron en una federación. Por tanto, consideramos el Derecho australiano como una unidad. Su contenido comprende, además de legislación, el «*common law*», que tienen los Tribunales el deber de fijar como mejor puedan. Aunque siempre sujeto a la vinculante autoridad de algún precedente perturbador, nosotros consideramos un deber de todos los Tribunales el reconocer que es un sistema que debiera recibir una interpretación y una aplicación uniforme, no sólo a

2.º El valor primordial que como creadora del derecho tiene la jurisprudencia. Se contraponen la concepción decisionista (judicial) del derecho inglés a la normativista (legislativa) de los derechos continentales. Es imposible separar la norma en su pretendido significado autónomo, de la actividad judicial en que ella resulta revelada y aplicada. El estudio del derecho se hace seleccionando las sentencias en las cuales se considera que han hallado expresión las normas jurídicas en vigor para cada una de las instituciones y los comentarios a las leyes, y esto tiene aún más relieve para Australia, se realizan ensartando decisiones judiciales.

3.º La multiplicidad de situaciones fiduciarias, de las que es su máxima expresión el «trust», institución fundamental del sistema, y tan mimada por el derecho inglés que no se limita a regularla con todo cariño cuando surge por voluntad de los particulares, sino que la utiliza como instrumento técnico para conseguir los más variados fines.

4.º La existencia de los derechos de equidad que cubren el foso que en los derechos continentales separa los derechos reales de los personales. Entre los derechos de obligación y los derechos legales (reales puros) están los derechos de equidad, que con su base en el campo de los derechos personales tienen ciertos efectos reales, los cuales, con relación a los actos dispositivos, operan como derechos *ad rem*, en sentido técnico.

Los derechos legales (reales puros) son oponibles a todos, aunque no conozcan su existencia.

Los derechos de equidad son oponibles a los adquirentes a título gratuito y a los a título oneroso que conozcan su existencia o debieran haberla conocido si hubieran procedido con una razonable diligencia. Resultando, en consecuencia, que son oponibles

través de Australia, sino en todas las jurisdicciones de la Mancomunidad Británica donde rige el «common law». La actuación precedente del «common law» en Australia no es meramente un dogma de nuestro sistema legal, una abstracción de nuestro concepto constitucional. Es un hecho de historia legal.

El concepto británico de la supremacía completa del Parlamento se desarrolló bajo el «common law», forma parte del mismo y ciertamente puede considerarse como derivando su autoridad del «common law» más que dando autoridad al mismo. Estas razones son las que hacen posible que un australiano considere su país como gobernado por un solo sistema legal. Es un sistema o cuerpo compuesto por el «common law», con las modificaciones de las leyes de las diversas legislaturas.

a todos, excepto al adquirente de un derecho legal a título oneroso y de buena fe.

Lo expuesto es muy preciso tenerlo en cuenta para comprender e interpretar el derecho general y el juego del sistema australiano del registro.

Precisamente, como pone de relieve Moerlin Fox (*The Story Behind the Torrens System*, en «The Australian Law Journal», enero de 1950, pág. 489), lo que principalmente movió a Torrens a formular su sistema fueron las injusticias resultantes, en algunos casos, de la actuación de dichos derechos de equidad.

En su libro *The South Australian System of Conveyancing by Registration of Title* (1859), dice: «Veintidós años han transcurrido desde que mi atención fué dolorosamente atraída sobre el grave daño e injusticia causado por el derecho inmobiliario inglés, por la miseria y la ruina que recayeron sobre un pariente y querido amigo que fué cogido dentro del torbellino del Tribunal de la Cancillería, y entonces yo decidí que algún día daría un varapalo a esta inicua institución.» Y en uno de sus discursos (recogidos en la obra *The Speeches of R. R. Torrens explanatory of his Measure for the Reform of The Law of Real Property*), refiriéndose, al parecer, al mismo caso, dice que un amigo suyo, oficial del ejército de la India, compró una considerable extensión de monte susceptible de convertir en tierra de cultivo, y gastó en mejorarlo (en plantación y construcción de una mansión) todos los ahorros de un largo período de servicio en el clima indio; un fallo fué descubierto en el título de la persona a quien él compró, y él perdió no solamente la tierra, sino más de 20.000 libras gastadas sobre ella en edificaciones y mejoras, y fué enteramente sumido en la miseria por gastos del juicio. Parece, dice Moerlin Fox, que el título legal de la tierra era correcto y fué debidamente aceptado, y que el fallo a que Torrens se refiere debe haber consistido en algún derecho de equidad del que fué establecido tener conocimiento presumible (constructive notice) su amigo.

Aunque ello pueda ser coincidencia, es interesante anotar—dice Moerlin Fox—que los principios del sistema Torrens podían muy bien haber sido formulados con la idea de impedir una repetición de los infortunios que acaecieron al amigo de la India de Torrens. Así bajo su sistema, el título de un propietario registrado

no es afectado por los derechos de equidad. Defectos en el título de un vendedor registrado, no afectan al título de una persona que contrate con él, y últimamente si alguna persona es injustamente privada de un inmueble, ella no tiene derecho a recobrar el inmueble justamente con todas las mejoras que un inocente comprador haya hecho, sino que tiene derecho solamente a recobrar del seguro el valor del inmueble en la fecha en que se le desposeyó.

Sin embargo, el principio de que los «trusts» no habían de aparecer en el Registro fué pronto desconocido, porque fueron dictadas en la misma ley disposiciones (arts. 56 y 60) por las que los «trusts» podían ser declarados por un «bill of trust» que podía ser registrado, y que descubría aquellos bajo los que el inmueble era poseído.

Ya era conocido entre nosotros, por haberlo consignado Maxwell en el informe antes citado, que tradujo al francés R. de France (pág. 23), que Torrens aplicó el sistema del registro de buques a los inmuebles; pero lo que no es conocido es hasta qué punto copió las disposiciones de la *Merchant Shipping Act* de 1854. Si se comparan las disposiciones de dicha ley con las de la ley Torrens de 1857, se observa—dice Moerlin Fox—que en muchos respectos las dos leyes son idénticas. Así, las expresiones «declaración por propietario adquiriendo por sucesión universal» y «libro registro» son usadas en la parte de definiciones de ambas leyes, y al mismo tiempo las disposiciones en cuanto a sucesión por muerte, quiebra o matrimonio, los poderes de los Tribunales para prohibir una transferencia, la prioridad de hipotecas, los casos de menor edad e incapacidad, pérdida del certificado, inspección del libro registro, indemnidad del Registrador, son idénticas o casi idénticas en su fraseología en ambas leyes. Así como es casi literal la transcripción de las disposiciones sobre «certificado de venta» de la primera ley en las disposiciones sobre «registration abstract» de la segunda.

Aunque en la *Merchant Shipping Act* de 1854 no había disposiciones sobre «caveats», éstos son mencionados en las *Admiralty Rules* de 1859, donde parece que fueron por primera vez establecidas para los buques. La revisión de estas reglas fué comenzada en 1855 y parece probable que Torrens tendría conocimiento del

contenido de las nuevas reglas antes de que entraran en vigor y que fueron éstas las que le dieron la idea de los «caveats». En todo caso, las disposiciones de las *Admiralty Rules* de 1859 y la primitiva Ley Torrens eran similares en que ambas disponían que un «caveat» permanecería en vigor solamente seis meses. Parece bastante seguro, en consecuencia, que al redactar Torrens su ley (8), tenía abierta ante él la *Merchant Shipping Act* de 1854, juntamente con alguna información en cuanto a las Reglas del Almirantazgo sometidas a revisión y que él utilizó este material como armazón de su ley, no dudando trasladar artículos completos cuando parecían aptos, y usando frases y expresiones de otros artículos.

Por todo ello, como dice Baalman (*Outline of Law in Australia*, pág. 142), el derecho de Torrens a la fama se apoya, no tanto sobre la novedad de su esquema como en la constancia con que él contribuyó a lograr que sus principios fueran adoptados políticamente frente a la concertada oposición de los conservadores juristas.

Debido a lo severo de esta oposición, en 1860 se dictaron disposiciones en Sur Australia, creando unos corredores de fincas calificadas, «land brokers», a quienes se permite cobrar por su intervención lo mismo que a los profesionales juristas (art. 271 de la ley actualmente en vigor, que exige paguen al Registro cinco libras anualmente; el art. 272 les obliga a prestar una fianza de 500 libras).

Dice Jessup (*Forms and Practice of the Lands Titles Office of S. A.*, pág. 388) que el nivel del examen necesario para obtener la licencia de actuar para dichos corredores ha sido aumentado considerablemente en los últimos años, y que la creación de esta profesión, de la que en 1948 había unos 160 ejercientes, fué una

(8) En Australia se ha discutido si el redactor de la ley fué Torrens o el doctor Hübbe, autor de un folleto, *The Voice of Reason and History in Conveyancing* (1857). Kerr (Prefacio, XIII) dice que ha examinado cuidadosamente el asunto y cree que no fué Hübbe, considerando la difusa naturaleza de su producción que contrasta con el conciso lenguaje del proyecto de ley, presentado por Torrens, y, además, que el propio doctor Hübbe reconoce en su folleto, que las propuestas que él defendía, eran propuestas de Torrens.

Sin embargo, todavía en noviembre de 1944, Baalman, dice, que «el original redactor de la ley fuera el mismo Torrens o el doctor Hübbe», (en su trabajo *Easements under The Torrens System*, en «The Australian Law Journal», pág. 190, noviembre de 1944).

solución de circunstancias, lo prueba la carta que Torrens escribió al Attorney General de Queensland, quien le había pedido una copia de la ley de Sur Australia, en la que dice: «Yo he suprimido las cláusulas relativas a la autorización de «land brokers», una disposición que fué necesaria aquí por la hostilidad persistente y sin escrúpulos de los especialistas en transferencias (conveyancers), pero que es de esperar no sea necesaria, donde sentimientos más liberales animen a la magistratura y a la abogacía.»

REGISTRACION INICIAL

Es sabido que la Ley Torrens y las demás australianas a quienes sirvió de modelo, establecieron la registración obligatoria solamente para las concesiones realizadas por la Corona con posterioridad a la fecha que cada ley fijó. Respecto a las anteriores, los titulares quedaban en libertad de llevar al Registro los derechos concedidos (9).

Pero en los últimos años hay una marcada tendencia en Australia a convertir en obligatoria la registración inicial siguiendo el ejemplo de Nueva Zelanda, que por ley de 1924 se propuso llevar al Registro todas las fincas en un plazo de cinco años, concediendo a los Registradores de los diversos distritos (pues en Nueva Zelanda son varios los distritos registrales, como también en Queensland, aunque aquí la registración inicial tiene lugar en la oficina central) facultad para realizarlo, y en virtud del art. 7.º de la ley requerir a cualquier persona que posea o pueda disponer de los títulos documentales para que los entregue al Registro, y pudiendo expedir certificados de título limitados. En 1951 ha quedado virtualmente completada la registración de todos los in-

(9) Torrens expuso alguna duda sobre la solución; pero en oposición a la más general opinión en Sur Australia, en aquella época, concluyó por favorecer la introducción voluntaria del sistema, sobre todo, porque la obligatoriedad habría implicado la registración de títulos no certificados, es decir, meramente presuntivos, además de los certificados, o sea indestructibles. En su *Essay* (1859) consigna que el doble método disminuiría la simplicidad del sistema Sur Australiano y lo haría más engorroso y más sujeto a error (Dowson y Sheppard, *Land Registration*, pág. 92)

muebles registrables en Nueva Zelanda (*Ruoff A. L. J.*, septiembre de 1952, pág. 231).

Siguiendo el modelo de dicha ley en Sur Australia, la ley de 1945. (Registration of titles), ha establecido la registración obligatoria, que, como dice Jessup (*Forms and Practice of the Lands Titles Office of S. A.*, pág. 384), constará de dos etapas: Primeramente, la expedición del certificado de título limitado, y finalmente la del certificado ordinario. Para ello se comienza por investigar la titulación en el Registro de «deeds» (sistema de transcripción que se rige por ley de 1935), y después se hace una comprobación con los antecedentes obrantes en las corporaciones locales y en el departamento de Contribuciones. Hay acuerdo entre el Registrador general y las Corporaciones locales para que ejerciten acciones por atrasos de impuestos, en cuyo caso se expide un certificado de título ordinario. De no ser así, solamente en raros casos permitirá una prueba completamente satisfactoria expedirlo, librando solamente un certificado de título limitado en cuanto a alguna cuestión de título, mediciones, o ambas cosas, expresando el Registrador lo que se requerirá para que sea expedido el certificado ordinario, el cual no será expedido hasta que el Registrador no esté convencido de que no hay otra persona en posesión contradictoria. Cuando el título está basado solamente en la posesión, corresponde al poseedor solicitar la registración. En todo caso corresponde al titular la confección del plano.

El primer resultado de estas medidas fué que aumentaran notablemente las registraciones iniciales voluntarias, que fueron aconsejadas oficialmente.

En Victoria, la ley de 1954 establece asimismo la registración inicial obligatoria, a la que dedica la sección 2 de la parte II. Su art. 17 establece que el Registrador la realizará con la conveniente rapidez, pero que puede, por cualquier causa que estime conveniente, aplazarla. El procedimiento para realizarla se ajustará, en cuanto sea posible, al de la registración inicial voluntaria (art. 18), expidiendo un certificado de título ordinario cuando así procediera en la voluntaria, y además no haya otra persona en posesión contradictoria. En los demás casos, el certificado de título será limitado respecto a la descripción de la finca, título o ambas cosas (art. 20). Conforme al art. 21, el Registrador, antes

de registrar un certificado de título limitado, archivará una minuta firmada por él, indicando cualquier defecto en el título o cualquier derecho, aun meramente probable o posible, a favor de otra persona, y los actos o cuestiones que deberán ser cumplidos para justificar la registración de un certificado ordinario, y enviará por correo copia de esta minuta a toda persona que a él le parezca ser titular de cualquier derecho en la finca. Estas minutas no forman parte del Registro, pero cualquier persona podrá examinarlas mediante el pago de los derechos usuales, y el Registrador podrá revisarlas y enmendarlas, con el objeto de indicar cuál de los defectos ha sido removido o resuelto y qué actos, cuestiones o requisiciones han sido realizadas, probadas o cumplidas, expidiendo un certificado ordinario (art. 22) cuando se halle satisfecho de su realización, o que por el tiempo transcurrido o cualquier otra razón no sea necesario realizarlos.

Si el certificado es limitado, sólo en cuanto al título, pero no a la descripción de la finca, registrará uno ordinario al transcurrir treinta años desde la fecha del primero, pero deberá antes inquirir si otra persona se halla en posesión contradictoria, en cuyo caso puede abstenerse de registrarlo o aplazar la registración.

No vamos a descender a la exposición de los preceptos relativos al procedimiento de la registración inicial voluntaria, lo que si hemos realizado respecto a la registración inicial obligatoria, es por el interés que puede despertar su novedad, limitándonos ahora, respecto a la voluntaria, a señalar la tendencia actualmente existente a su simplificación, principalmente reflejada en los enunciados siguientes:

1.º Disminución de los avisos en periódicos. 2.º Reducción de los plazos para impugnación y caducidad de «caveats». 3.º Amplio criterio en cuanto a la admisión a inmatriculación.

Respecto al primer punto, el art. 33 de la ley de Sur Australia exige anuncios cuatro veces en la «Gaceta» del Gobierno; el artículo 17 de Tasmania, una en la «Gaceta» y tres, al menos, en un periódico; el art. 19 de Queensland, una vez en la «Gaceta» y tres al menos en un periódico, y el 18 de la ley de Nueva Gales del Sur, una vez en la «Gaceta» y tres en al menos un diario de Sidney; y comentando esta exigencia dice Baalman (*Commentary on the Torrens System*, pág. 58).

Fué presentado el sistema Torrens en un ambiente de estrecha hostilidad profesional. Su autor afrontó los ataques de que el sistema daría lugar a su manipulación por personas poco escrupulosas; que propietarios inocentes podían ser privados de sus derechos sobre un inmueble puesto bajo la ley subrepticamente. Torrens buscó apaciguar a sus críticos con disposiciones para anunciar intensamente «Una vez en la "Gaceta", y tres veces en al menos un diario...» Pero, aun teniendo en cuenta el expediente político, parece ser que en este asunto, él sobreestimó las cartas con que jugaba.

Es comprensible que en el año 1863, cuando los periódicos eran más escasos y menos voluminosos de lo que son hoy día, estos anuncios pueden haber llamado débilmente la atención en una comunidad reducida, donde todo el mundo conocía a casi todos los demás. Puede haber habido casos en que un conocimiento adquirido a través de un anuncio dió lugar a interponer un «caveat». Si tales casos ocurrieron fueron previos a la memoria de los oficiales contemporáneos del departamento. Hoy, sería difícil encontrar una persona que lea asiduamente los anuncios. Aunque ocasionalmente se interponen «caveats», sus fuentes son virtualmente confinadas a las noticias que el Registrador general mande por correo a los propietarios vecinos, cuerpos representativos y a las personas que aparecen como potenciales objetantes al investigar el título.

Por ello en la Ley de Australia Occidental (art. 22), la exigencia de publicación queda limitada a una vez en la «Gaceta» y en otro periódico de la ciudad de Perth o cercanía de la finca, y en la de Victoria de 1954 (y en la anterior de 1928) a un periódico que circule en la ciudad de Melbourne o en el distrito donde la finca esté situada.

En cuanto al segundo punto, los plazos de un mes, como mínimo, para impugnaciones, y de tres meses para caducidad de los «caveats» de la Ley de Nueva Gales del Sur, Queensland y Tasmania, y que en Sur Australia son de un mes para ambos supuestos, han quedado reducidos en Australia Occidental y Victoria (ya en la ley de 1928) a catorce días y un mes respectivamente.

Con relación al último punto, esto es, en cuanto a proceder

con amplio criterio para la admisión de las registraciones iniciales, respecto de las que para salvaguardar los posibles errores en que pudiera incurrirse, fué el motivo principal de la creación del fondo de seguro; no ha habido en las opiniones, tanto doctrinales como jurisprudenciales, uniformidad de criterio.

Mientras Kerr (pág. 498) dice que «El más alto elogio que puede ser hecho en cuanto al éxito del sistema, Torrens es la rareza de reclamaciones al fondo del seguro». De otra parte, dice Baalman (pág. 379), que han sido expresadas opiniones (aunque no publicadas) que ello es sintomático del fracaso del sistema en Nueva Gales del Sur, que aún no ha podido atraer al Registro más que una tercera parte de la extensión de las tierras concedidas por la Corona antes de su implantación.

En cuanto a la calidad de la investigación, dice Baalman (página 55), que mientras el periodo de investigación se pudo controlar razonablemente, no se hizo nada por medio de la dirección ejecutiva para regular la intensidad de la investigación. Los examinadores han continuado actuando, a través de los años, como unidades independientes (o en algunas fases en equipos de dos), más que como grupo coordinado.

En ocasiones han producido agudo descontento. Una Comisión Real, nombrada en 1879 para investigar los trabajos de la Oficina del Registro, encontró que los examinadores inaugurales, Messrs. Holden y Dick, habían sido enteramente satisfactorios. Pero a sus sucesores inmediatos, quienes fueron la principal causa de haberse nombrado la Comisión, se les encontró tener «los defectos de minuciosidad extrema, exceso de técnica y timidez», al mismo tiempo que la obsesión de que no sólo debía ser protegido el fondo del seguro, sino que debía serlo a toda costa.

Parece ser que los dos primeros examinadores no sólo fueron especialistas en transferencias de mucha práctica, sino que fueron discípulos de Torrens. Ellos le conocieron personalmente, y a través de este contacto se habían empapado de su filosofía administrativa. Ellos actuaron bajo el principio de que el fondo del seguro fué creado con el objeto específico de facilitar el libre fluir de las conversiones a la nueva forma de título. Su manera de pensar sobre el asunto fué sin duda descrita correctamente por Hargrave, en *Ex Parte Pennington*, donde éste dijo: «Los

examinadores no fueron llamados para hacer averiguaciones cuando les fuera enviado un título para su informe. Ello no era parte de su obligación. Ellos debían informar sobre los títulos que se les presentaban, y no hacer lo posible por encontrar en ellos puntos flacos».

La comisión encontró que la política de extrema cautela que prevaleció durante los primeros años después de 1870, tenía un efecto congelador sobre la entrada de solicitudes, con un aumento correspondiente en su coste. Advirtió que esta cautela era completamente infundada, pues el Fondo del Seguro que había alcanzado en 1878 la suma de 27.253 libras, no había sufrido una reclamación.

Los años que siguieron a 1879, fueron testigos de una vuelta, o vuelta parcial, a la manera de pensar liberal de los primeros examinadores, y todavía el fondo continuaba siendo indecentemente solvente. Pero una tendencia hacia la cautela se desarrolló de nuevo después de 1898, cuando el Fondo tuvo que afrontar el único asalto serio que sufrió: una reclamación con éxito de 10.500 libras, que fué agravada por las costas de una apelación al «Privy Council» (Williams v. Papworth). Singularmente, el fallo del departamento que dió origen a la reclamación, se pudo atribuir, no a una falta general de minuciosidad en la investigación, sino al completo desconocimiento de un concreto documento que estaba ante el examinador cuando estudiaba la solicitud.

La «Real Property» (Amendment) Act 1931, tuvo sin duda por objeto liberalizar el planteamiento de la investigación de título. Dió al Registrador general una expresa facultad discrecional para aceptar títulos imperfectos, pidiendo o no una contribución extra para el fondo del seguro. Pero no tuvo efecto apreciable sobre el número de requerimientos que se podían hacer. Un examinador que creía oportuno pedir la presentación de un contrato que había sido absorbido por la transferencia, o la prueba del pago de deudas, o del no ejercicio de un poder de designación, simplemente los pedía, y como regla general, los obtenía. Esta forma de celo va casi más allá de lo que puede controlar la Legislatura. Gran parte de ello ha podido subsistir hasta hace relativamente pocos años.

Cuando (en 1941) las contribuciones al seguro fueron abolidas,

una suma sobrepasando 750.000 libras había sido ingresada en el fondo, mientras que las salidas no habían excedido de 21.000 libras.

En el mismo sentido de demandar una mayor flexibilización en la administración del sistema se pronuncia Ruoff (*An Englishman looks at the Torrens System*, «The Australian Law Journal», agosto de 1952, pág. 194), quien dice que hay que tener presente que la administración del sistema Torrens, no es ni una ciencia, ni un trabajo manual, sino sencillamente un negocio que debe ser dirigido con ideas progresivas comparables a las de un negocio susceptible de ser objeto de competencia; y pone de relieve que sólo en Australia Occidental ha mostrado el fondo del seguro signos de vulnerabilidad, pues su capital asciende actualmente a unas 45.000 libras, habiéndose pagado 40.000 en un solo caso. En Victoria, después de la transferencia de grandes sumas a la amortización de la deuda pública, el fondo es de cerca de 150.000 libras, y solamente han sido pagados en los últimos ochenta años, unas 11.000 libras, y la ley de 1954, en su art. 107 (4), exime de contribución al seguro en los casos de registración obligatoria.

Sur Australia tiene un fondo que excede de 300.000 libras y no ha sido pagado un penique desde 1907, por lo que en 1945 (como antes hemos visto, Nueva Gales del Sur en 1941) eximió de toda contribución por seguro.

El punto de vista de Ruoff, antes expresado, es compartido por Jessup, en su artículo *The Torrens System Blushes?* («The Australian Law Journal», febrero de 1954, pág. 601), si bien escribe: «Sin embargo, yo no creo que la actitud que sugiere hubiera sido una cosa prudente en los años iniciales del sistema Torrens. Los más pequeños errores en esa época hubieran arruinado la confianza pública en un sistema que estaba luchando por su propia existencia. Los fondos del seguro han sido elevados, porque, con gran cuidado—tal vez un cuidado excesivo—, en su primera fase, fueron evitados los errores, y luego, el sistema en sí, siendo casi infalible, ha hecho que el error sea difícil.

Esta tendencia de amplitud de criterio y concesión de facultades discrecionales al Registrador está plasmada en la ley de Nueva Gales del Sur de 1956, que entre otros particulares ha añadido al art. 12 el apartado h), que concede al Registrador general facultades discrecionales para dispensar de la práctica de anuncios

(excepto los que se han de publicar en la «Gaceta» del Gobierno, para la registración inicial), de proporcionarle cualquier información o de presentarle cualquier instrumento; y todavía más en la ley de Victoria de 1954, que en su art. 104, ap. 5.º establece que: «No obstante cualquier otra disposición de esta Ley el Registrador puede a su discreción dispensar la presentación de cualquier duplicado de concesión de la Corona, certificado de título, instrumento, documento o sus duplicados, cualquier firma o el proporcionar cualquier información, aviso o notificación». (10).

CERTIFICADO DE TÍTULO

Tanto los certificados de título como las concesiones de la Corona se expiden por duplicado, quedando un ejemplar archivado en el Registro, que pasa a constituir el libro registro y entregándose el otro al titular (11).

Nuestros autores han desorbitado la misión que desempeña el ejemplar que se entrega al interesado, con la fantasía del título real, llegando a afirmar que «su misión no es simplemente la de mostrar al exterior el contenido del Registro o la existencia de determinados derechos reales sobre inmuebles. El título incorpora a sí el inmueble mismo, de modo que la tenencia del título equi-

(10) En Australia Occidental, el art. 201, añadido por ley de 1950, lo que ha hecho es restringir los requisitos exigibles, disponiendo su último párrafo que el solicitante de la registración inicial no será requerido a formular una declaración negativa, excepto en cuanto se refiera a su conocimiento, información y creencia o de sus agentes, respecto a la existencia de cualquier transferencia o cesión no registrada, afectante a cualquier parte del inmueble objeto de la solicitud.

(11) En Australia Occidental, según el art. 18, la concesión de la Corona será remitida al Registrador, quien, formando un separado folio del libro registro, hará un certificado de título y anotará en la concesión haberlo realizado y el folio donde se encuentra el certificado, entregando la concesión al interesado, la cual constituirá el duplicado certificado.

La fórmula del certificado de título la especifican las leyes y consta en muchos de los tratados. No es ninguna fórmula mágica, pues en su parte fundamental se limita a decir que es el titular de un «estate» (de la clase que sea). Esta es la fórmula de Sur Australia, Australia Occidental y Victoria; en Nueva Gales, Tasmania y Queensland, dice: investido de un «estate». En cambio, es muy raro encontrar en las obras modernas un modelo de folio registral íntegro con los asientos y cancelaciones realizados. Puede verse uno en Moerlin Fox, *Students Conveyancing Precedents*, págs. 76 y 77.

vale a la del inmueble y las negociaciones del mismo producen los mismos efectos que si se hubieren hecho directamente con aquél. La de servir, no sólo como medio de prueba, sino también de soporte a la propiedad en el papel infiltrada, de suerte que la posesión del mismo documento o las relaciones jurídicas de que sea objeto, repercuten sobre aquel derecho real».

Decía ya Hogg, en *Australian Torrens System*, pág. 761, que: Los principios esenciales del sistema parecen requerir que el libro registro mismo y no el ejemplar entregado y bajo custodia del titular debe constituir la propia prueba de título. Ha sido establecido, que un certificado de título, no es, por el mero hecho de su posesión, capaz de conferir los mismos derechos sobre el inmueble en él descrito, como una similar posesión de los títulos documentales corrientes conferiría (*Swan v Seal*, 1884—*Plumpton v Plumpton*, 1885).

El certificado que se entrega al titular, dice Baalman, corresponde a los títulos documentales del derecho común y en la práctica de las transferencias es requerida su presentación en casos similares a aquellos en que los títulos documentales del derecho común serían requeridos, y similares consecuencias surgen del hecho que el titular tenga o no el certificado de título bajo su custodia o control. La ley de Nueva Gales del Sur emplea algo confusamente los términos «certificado de título», «duplicado» y «original», pero el art. 38 designa los certificados de título y Concesión de la Corona, entregados a los interesados como duplicados, y el art. 42 aclara completamente que es del folio del libro registro y no del duplicado, de donde hay que deducir la cualidad de indestructibilidad del título. La probable intención del art. 40 fué facilitar la prueba del título ante los Tribunales.

Mientras la verdadera certificación del título del propietario, dice Kerr, pág. 35, se contiene en el folio del registro, en orden a habilitar al titular, para producir fácilmente la prueba de su título, sin la necesidad de recurrir a examinar el registro, se le expide un duplicado de su certificado. La eficacia del duplicado del certificado de título depende de que sea mostrado en cualquier tiempo que es realmente el duplicado literal del certificado obrante en el Registro.

La Ley de Sur Australia en sus arts. 48 y 66, y la de Victoria

de 1954, en su art. 28, disponen que el original será archivado en el Registro y el duplicado será entregado a la persona titulada, y siempre que ocurriera un conflicto, diferencia o variación entre el contenido o asientos del original y del duplicado, prevalecerá el original.

El art. 48 de Australia Occidental dice que los certificados de título serán duplicados y el Registrador llevará un libro, llamado el libro registro, y registrará o archivará mediante encuadernación uno de los certificados de título y entregará el otro original (en adelante llamado el duplicado) al titular.

De modo que las disposiciones del art. 80 de la ley de Sur Australia, 40 de Nueva Gales, 32 de Tasmania, 33 de Queensland, 41 de Victoria y 63 de Australia Occidental, que el certificado de título será recibido en todos los Tribunales como prueba concluyente de que la persona designada en el mismo está investida o es la titular de la propiedad o derecho especificado, hay que entender las subordinadas en primer lugar a las numerosas excepciones de fondo, que luego expondremos, atañentes a las declaraciones del libro registro, y en segundo lugar a las formales resultantes de la falta de concordancia del duplicado del certificado con el original obrante en el Registro.

En este sentido, en *Wilkinson v Brown* (1870) (citado por Wiseman, pág. 80), fué sentado, que las disposiciones sobre prueba concluyente del certificado, se referían al certificado retenido en el libro registro y que el duplicado del certificado es solamente prueba *prima facie*. Y de modo análogo, dicen Beckenham y Harris (pág. 68), que el duplicado del certificado es *prima facie*, prueba del título y del estado del registro.

Estos duplicados—sigue diciendo Baalman—deben reflejar todos los asientos subsiguientemente hechos en el libro registro, pero solamente como reflejos, y ni aun como ello si el Registrador general decide dispensar de la presentación del duplicado, como está autorizado a hacerlo por el apartado 2.º del art. 38 (74 de Australia Occidental), haciendo constar entonces en el libro registro que no ha hecho el asiento correspondiente en el duplicado. Esto sucede frecuentemente en los casos de venta judicial, en que el ejecutado no presenta el duplicado del certificado.

El art. 108 de la ley de Sur Australia, en caso de venta judicial, y

el art. 103, en caso de venta por falta de pago de contribuciones, dicen que las registrará sin exigir la presentación del duplicado.

La concordancia entre el libro registro y el duplicado, se rompe asimismo frecuentemente en el caso de presentación de mandamientos judiciales en que conforme al apartado 1.º del art. 105 de la ley de Nueva Gales del Sur, el Registrador general debe hacer un asiento en el libro registro, y también en el duplicado, si es presentado para ese objeto. Pero en estos casos (dice Baalman, pág. 95), el duplicado es muy raramente presentado, siendo el resultado que el asiento es corrientemente hecho solamente en el libro registro.

Lo mismo sucede, en general, respecto a los «caveats», en que el asiento se realiza sólo en el libro registro (art. 191, apartado 2.º de Sur Australia, 141 de Australia Occidental y 89, apartado 2.º de Victoria), siendo raro que se presente el duplicado para que se haga constar en él. Y es más, cuando se trata de «caveats», conforme al art. 72 (trustees en virtud de vinculaciones), el Registrador general realiza un asiento en el libro registro, dice Baalman, no en cumplimiento de alguna expresa disposición de la ley, sino como un asunto solamente de conveniencia administrativa, no siendo hecho en el duplicado el correspondiente asiento.

Por razón de la práctica precedente, dicen los autores (Wiseman, Baalman), que quien trate con el titular registrado, debe inspeccionar el libro registro, pues sería arriesgado confiar en los asientos hechos en un duplicado de certificado.

De las consideraciones expuestas se deduce que el valor trascendental que para la transferencia de la propiedad se da en el derecho común, no sólo a la entrega del documento por el que se realiza la transferencia, sino a la posesión de los documentos que acreditan el título del disponente y debido a que se opera con documentos originales, queda rebajado en cuanto a la entrega y posesión del duplicado del título en el sistema registral, por las consideraciones fundamentales de que con arreglo al mismo, la propiedad se transfiere, no por el consentimiento y entrega del documento, sino por la inscripción en el libro registro, y ésta y no la posesión del duplicado del certificado es la que equivale a la posesión de los títulos documentales. El Alto Tribunal de Australia en *Butler v Fairclough*, 1917 (Harrison, *Cases on Land Law*,

pág. 729) y el Consejo Privado en *Abigail v. Lapin*, 1934 (Harrison, *Cases on Land Law*, pág. 717), tienen declarado que: «Bajo el sistema australiano, un claro título en el registro es, para algunos propósitos, en cualquier caso, equivalente a posesión de los títulos documentales».

EL DEPOSITO DEL DUPLICADO DEL CERTIFICADO DE TITULO CON FINES DE ASEGURAMIENTO

Otro tanto sucede con la entrega del duplicado del certificado en garantía del pago de una deuda. La doctrina francesa y española ha considerado tal forma de garantía como una peculiaridad del sistema Torrens, cuando no es más que una aplicación debilitada de la garantía que se constituye en el derecho extrarregistral, mediante la entrega de los títulos documentales, tanto que en Sur Australia, la Real Comisión nombrada en diciembre de 1872, para investigar, entre otros asuntos, como operaba la Real Property Act., informó en junio de 1873: «En nuestra opinión, el reconocimiento en derecho de equidad de los depósitos de certificados de títulos es diametralmente opuesto a los principios de la «Real Property Act». Nosotros hemos, en consecuencia, dispuesto en la cláusula 39 A, que ellos no serán en adelante permitidos». (Puede verse, Hogg, *Australian Torrens System*, pág. 57).

Millard (pág. 266) consigna como una de las tres formas de constituir mortgage, conforme al derecho de equidad: «Por mero depósito de los títulos documentales (deeds), sin escrito alguno, pero con la intención de constituir la finca a que se refieren los documentos, seguridad para un préstamo.»

Con referencia a Queensland, Edward I. Sykes (en su trabajo, *Equitable Securities over Land*, en «The University of Queensland Journal», agosto de 1950, pág. 53), dice: «El ejemplo extremo del mortgage de equidad, por acuerdo implícito, es el mortgage por mero depósito de los títulos documentales. Siempre que la intención de crear una seguridad es probada, el derecho de equidad establece que un buen mortgage de equidad es creado, y la dificultad dimanante de la aplicación del Estatuto de Fraudes para tal

operación (que exige conste el acuerdo por escrito), ha sido superada por el principio que el depósito de los títulos documentales es suficiente parcial cumplimiento del contrato (Russell v Russell, 1783). Estos principios se aplican en lo fundamental a las fincas sometidas a la «Real Property Act» (registradas), pues esta ley no ha abolido los sustantivos principios del derecho de equidad. El mortgage por depósito del certificado de título es legalmente reconocido en Queensland por el art. 30 de la ley. También lo es por el art. 149 de la Ley de Sur Australia, que dispone que un mortgage de derecho de equidad puede ser creado mediante depósito del certificado u otro instrumento de título, y tal depósito tendrá el mismo efecto como un depósito por vía de mortgage de derecho de equidad de los títulos documentales de inmueble no sujeto a las disposiciones de esta Ley.

En Nueva Gales del Sur, por el contrario, no hay en la ley del registro una disposición que expresamente reconozca esta forma de garantía. Se desprende implícitamente su admisión del apartado 3.º del art. 38, antes citado (y análogamente del art. 74 de Australia Occidental), que dispone: «Que antes de dispensar de la presentación del duplicado el Registrador requerirá al disponente para que haga una solemne declaración legal de que tal duplicado no ha sido depositado como seguridad para un préstamo». También era implícitamente reconocido por el art. 78 de la Ley de Victoria de 1928, mas no en su correspondiente 35 de la ley actual de 1954. Pero la posibilidad de constituir tal garantía ha sido reconocida por abundante jurisprudencia australiana.

Ahora bien: la seguridad que el depósito de los títulos documentales produce en el derecho extrarregistral, al surgir un derecho de equidad, que sólo decae ante el adquirente de buena fe a título oneroso, y no poderse alegar en tal caso un adquirente la buena fe por la doctrina del conocimiento presumible (*constructive notice*), no existe en el derecho registral, que expresamente excluye la aplicación de tal doctrina, como luego veremos, derivándose la protección en este supuesto sólo indirectamente, por tener que presentar en el Registro el duplicado del certificado para que en él se reproduzcan las inscripciones de actos dispositivos, realizadas en el libro registro, exigiéndose esta presentación en la práctica registral, pero sin que haya un concreto y expreso pre-

cepto que obligue a esta presentación, en las leyes de Nueva Gales del Sur y Victoria (12), sino deducido sólo implícitamente de aquella exigencia, tanto que en el caso *Brunker v Perpetual Trustee Co. Ltd.* (1937) Latham, dijo: «Yo no he sido capaz de encontrar cualquier disposición en la «Real Property Act», 1900, que expresamente haga necesario para un adquirente, presentar el certificado de título en orden a tener derecho a registrar una transferencia bajo dicha ley». Por el contrario él encontró varias disposiciones que asumen que la presentación del certificado no es siempre esencial.

Pero como el Registrador puede dispensar no sólo esta presentación, sino los previstos anuncios en periódicos, en virtud de las facultades que le conceden en Victoria el apartado 5.º del art. 104 de la Ley de 1954, y en Nueva Gales del Sur el apartado *h*) del art. 12 añadido por la Ley de 1956, antes citados, sólo colocando un «caveat» en el Registro—como aconsejan las autores—puede obtenerse protección similar a la resultante del depósito de los títulos documentales en el derecho extraregistro, pues en otro caso, como dice Kerr (pág. 441), no afectaría a una tercera persona que fuera registrada, sin fraude. Y, además, de todos modos, como dice el mismo Kerr (pág. 447), los remedios de un acreedor hipotecario de equidad están fuera de las leyes Torrens, que no contienen disposiciones para la ejecución de una hipoteca de equidad. Las que contienen son sólo aplicables a las legales registradas.

En una reciente sentencia de Victoria, *Ryan v O'Sullivan* (1956), referente a un caso de depósito de certificado de título como garantía, el Juez, Dean, sostiene que la apropiada forma de remedio a que el acreedor hipotecario estaba titulado, era una orden de «foreclosure» (comiso transcurrido el plazo fijado) y que no era cierto decir en tal caso que un «mortgage» de equidad por depósito de títulos documentales originaba una implícita obligación por parte del hipotecante de otorgar una hipoteca en legal forma («*Australian Law Journal*», agosto de 1956, pág. 199).

(12) En Sur Australia el art. 98 dice que al presentar una transferencia el duplicado certificado será entregado al Registrador, salvo cuando otra cosa se disponga por la ley, pero el apartado 9) del art. 220, permite dispensar su presentación, mediante anuncios en la «Gaceta» y en un periódico de Adelaida..

REGISTRACION EXTRACTO

El único caso de registro ambulante y en que un documento entregado al interesado constituye el folio registral, es el «Registration Abstrat». El art. 3.º de la Ley de Queensland lo define como instrumento utilizable en lugar del libro registro.

La Ley de Nueva Gales del Sur lo regula bajo el epígrafe «Operaciones fuera de Nueva Gales del Sur», estableciendo que el Registrador, a petición del propietario registrado le expedirá un «registration abstrat», habilitándolo para realizar operaciones fuera de los límites del Estado, haciendo constar en el libro registro y en el certificado de título que desde su expedición ninguna transferencia u otra operación será asentada en el libro registro, hasta que dicho documento haya sido devuelto al Registrador para ser cancelado o se pruebe su pérdida o destrucción. La Ley de Victoria de 1928 exceptuaba de este cierre del libro registro las ejecuciones judiciales y la quiebra; aunque la Ley de Nueva Gales del Sur no las exceptúa concretamente, esto se desprende de los términos usados, pues el término empleado «dealing» no comprende aquellas excepciones. En cambio, hay que entender comprendidos en el cierre del Registro los «caveats» que la ley incluye en el concepto de «dealings», porque pueden utilizarse para reservar prioridad.

Para realizar una operación se prepara un documento (que, excepto en caso de una transferencia, ha de ser por duplicado) y se presenta a alguno de los funcionarios, a los que faculta la ley para advenir fuera de Nueva Gales del Sur, quien hará el asiento correspondiente en el registro extracto y en el duplicado del certificado de título. Cuando se devuelve al Registrador, éste traslada los asientos al libro registro, conservando su prioridad.

Como señala Hogg, el Registration Abstrat es una exacta contrapartida del certificado de venta y certificado de hipoteca regulados en la primer «Merchant Shipping Act» de 1854, precisamente cuatro años antes de la introducción en Sur Australia de la primera Ley Torrens, y cuya aplicación a los inmuebles fue con la idea de que podía ser de utilidad en las operaciones reali-

zadas fuera del área jurisdiccional del Registro de dichos inmuebles, pero en la práctica ha sido un fracaso.

Decía Canaway (pág. 118), que si un «caveat» ha sido presentado, es dudoso si un registración extracto debe ser denegado o si debe ser expedido con el «caveat» anotado en él, pero en Victoria precisamente ha sido utilizado solamente (dicen Wiseman, página 352, Currey, pág. 124 y Moerlin Fox, en sus notas sobre *The Registration Abstrat*, en «Australian Law Journal», octubre de 1949, pág. 357), con la finalidad de remover del Registro «caveats», compeliendo al ejercicio de sus derechos al presentante dentro del plazo legal o dejándolos caducar, si bien dicen los dos últimos autores citados que esta finalidad puede ser frustrada por un astuto «caveator», consintiendo la expedición del extracto, y tanto ha sucedido así, que Currey dice que no conocía ninguna aplicación hecha con el propósito para que la ley los había creado.

Debido a su fracaso en Australia Occidental y en Sur Australia hace unos setenta años que en sus leyes fueron omitidas las disposiciones referentes a ellos. También han desaparecido en la Ley de Victoria de 1954.

Hogg (*Registration*, pág. 20), escribe, que es un medio innecesario para cerrar el Registro cuando hay pendientes de ejecución documentos en el extranjero, y que en Australia es casi desusado. Concretamente, respecto a Nueva Gales del Sur, donde subsiste su regulación, Beckenham y Harris (pág. 166), se limitan a consignar escuetamente las disposiciones de la ley, sin más comentario que el siguiente: «El uso de registración extracto, nunca muy corriente, prácticamente ha llegado a ser descartado». Baalman (*The Torrens System*, pág. 274) dice, que mucho antes de cuando escribieron Beckenham y Harris (1928) habían llegado a estar completamente en desuso y que no hay ningún antecedente en el Registro de Nueva Gales del Sur, de que haya sido expedido algún «registración abstrat». Los propietarios ausentes del Estado parece que han estado completamente satisfechos de dirigir sus transacciones, ya por correo (a través de un agente) o mediante poderes. Aun cuando durante la tercera década del presente siglo, centenares de inmuebles fueron vendidos en Londres, los que realizaron tales operaciones no estimaron conveniente proveerse con

«registration abstrat» del título. Todas las transferencias fueron enviadas a Sidney para su registración.

VALOR DE LA INSCRIPCION EN GENERAL

Esta materia aparece en las leyes australianas, tratada casuísticamente, las que como han venido haciendo nuestras leyes hipotecarias no sientan principios generales, sino que van taponando las brechas que puedan constituir una amenaza para el titular inscrito que se quiere proteger, y con este procedimiento aplicado a un derecho básico de las características del inglés (antes indicadas), resulta muy difícil comprender el sistema. Además, los preceptos referentes al valor de la inscripción aparecen desparrramados, y cuando parece que han terminado de consignarse, se encuentran otros, a veces al final de la ley, con el deseo de comprender supuestos que escapen al alcance de los anteriores, desvanecer dudas o simplemente remachar preceptos ya consignados. Al menos en la Ley de Victoria de 1954, los preceptos relativos al valor de la inscripción han sido agrupados en la parte III, que tiene por título «El libro registro», en el capítulo que tiene por epígrafe «Efectos de la registración», que comprende los artículos 40 a 44.

Con el deseo de lograr la mayor claridad a mi alcance en la exposición, la enfocaré con los principios de la doctrina hipotecaria germánica (recibida en nuestra patria), examinando qué aplicación tienen en el sistema australiano en la actualidad.

Decía Torrens en su citado libro, *The Australian System of Conveyancing by Registration of Title* (1859): Un «título dependiente» es una cadena que no es más fuerte que el más flojo de sus eslabones. Cada transacción añade un nuevo eslabón, aumentando la perplejidad y el riesgo de pérdida». De aquí, como un primer principio, la «South Australian Real Property Act» creó «títulos independientes», es cortada la investigación retrospectiva, cada propietario posee directamente de la Corona... La indestructibilidad del título creado por la registración sigue necesariamente como un corolario al principio de «título independiente».

La moderna doctrina patria va aún más lejos que estas palabras, y llega a afirmar: que «el sistema australiano otorga una propiedad alodial "ex novo" al adquirente, sin nexo jurídico con otro causante que el Estado; que atribuye una titularidad pura de propiedad "ex novo", o adquirida por simple ocupación». Cuando en Australia, por el principio de propiedad de la Corona y tenencias feudales, ni hay propiedad alodial, ni puede adquirirse por ocupación, procediendo contra la Corona solamente la adquisición por prescripción, por el transcurso de sesenta años, en virtud de la Ley de 1769, conocida comúnmente por «Nullum Tempus Act». (Puede verse sobre ello: Hogg *Australian Torrens System*, pág. 717; Moerlin Fox, págs. 14 y 115, y Millard, págs. 375 y 438 y sigs.). En el caso «In re Cargill» (1889), fué resuelto que el Registrador no tenía jurisdicción para conceder un certificado de título a un inmueble que no había sido nunca enajenado o contratada su enajenación por la Corona, y que un adquirente a título oneroso y de buena fe, no obtenía mejor título que el que tenía su transferente. (Wiseman, pág. 315; Kerr, pág. 99, cita también «In re Innes y Tierney v Loxton».)

Pero desde que las palabras de Torrens se escribieron, hasta hoy, media... un siglo, durante el cual, la doctrina, jurisprudencia y la misma legislación han ido precisando los principios del sistema y evolucionando.

Respecto a la legislación, decía Hogg, en 1905, en *Australian Torrens System*, pág. 23: «Poca duda puede haber que Torrens intentó, y que un posible resultado de la ley de 1857, si hubiera permanecido única, habría sido efectuar una revolución mucho mayor en el derecho inmobiliario que la que ha sido efectuada realmente por el sistema Torrens, tal como ahora existe». (Sobre la evolución de las leyes registrales en los diversos Estados australianos, puede verse una detallada exposición en las págs. 23 a 79 de dicha obra.)

En cuanto a la jurisprudencia, en 1920 escribía el mismo autor, (*Registration...*, pág. 11): «La cantidad de sentencias dictadas a consecuencia de litigios es considerable. Esto es debido en gran parte a la imperfecta redacción de las leyes, que ha hecho frecuentemente en extremo difícil descubrir con precisión cuanta fué la alteración realizada sobre las existentes normas sobre trans-

ferencias y derecho inmobiliario. Un punto de vista más conservador que al principio es ahora adoptado sobre el grado del cambio efectuado».

En la interpretación de una ley Torrens, escribe W. N. Harrison, Decano de la Facultad de Derecho de la Universidad de Queensland (en su artículo *Indefeasibility of Torrens Title*, en «The University of Queensland Law Journal», diciembre de 1954, pág. 206), es prudente evitar el acercarse a ella con un prejuicio de su efecto general, verbigracia, que la ley confiere un título indestructible, o un título parlamentario, o un título distinto del derivado bajo los principios generales del derecho común. Leída la materia con un prejuicio, las disposiciones protectoras son fácilmente interpretadas demasiado ampliamente y sus excepciones demasiado restrictivamente. El plan mejor es coger la Ley, artículo por artículo (sin olvidar, desde luego, que debe ser leída como un todo) y ver, en cuanto cada artículo, examinado sin prejuicios, pero a la luz de otros artículos, altera el derecho general».

«Al declarar el efecto de un certificado, una de dos alternativas podía haber sido adoptada. Podía haber sido dispuesto que cualquier persona declarada en un certificado estar titulada a algún derecho sobre inmuebles, se convertía por tal declaración en propietario. Esto habría sustituido el título de derecho común del solicitante por un nuevo legislativo título, o si el solicitante no tenía título de derecho común, hubiera dado a él un título legislativo prevalente sobre el título de derecho común de alguna otra persona. Sin embargo, la realidad es que la disposición dictada es que el certificado será prueba concluyente que la persona designada, como teniendo un derecho, está titulada al derecho. Así este artículo que será aludido como el artículo referente a la prueba, no significa crear un nuevo título, sino meramente, al menos en apariencia, formalmente hace al certificado de título prueba de título, y leído por sí solo, cierra la entrada a otra prueba. *Ello implica que la base del título es otra que el certificado; así que las excepciones a la conclusividad del certificado pueden ser más fácilmente admitidas que en el caso de que el certificado fuera el origen del título*».

Baalman, no obstante ser defensor de la indestructibilidad de

la inscripción en si misma (en *Outline of Law in Australia*, 1955, pág. 145), se expresa así: «Hay una ampliamente difundida, pero errónea creencia, que un certificado de título Torrens contiene ciertas terapéuticas cualidades que sanan las heridas de un título. Realmente este instrumento no tiene ninguna. Alguna magia será encontrada no en la fórmula usada en la redacción de los certificados, sino en aquellos artículos de las leyes Torrens, que declaran el efecto de la no registración. Las curativas cualidades de las leyes Torrens, no son, en realidad, más potentes que aquellas de las leyes de registración de «deeds» (13) (sistema de transcripción), conforme al derecho general o de cualquier otra ley que haga nulos los derechos no registrados. En términos amplios, la distinción está en que el método Torrens es más sencillo, menos costoso y de más fácil prueba que los otros».

Y aun respecto a la terminología usada de «certificado de título», dice, en *The Torrens System*, en «N. S. W.» (1951), pág. 92: «La inconsistencia en el uso de la expresión «certificado de título», cuando intenta referirse al «folio del libro registro», no está confinada a la ley del Registro. Ella se ha extendido inoportunamente en el lenguaje de otras leyes, de los Tribunales, de los tradistas (incluyendo al presente) y de los prácticos en general. De hecho, ello ha desarrollado una costumbre, que ignorarla en la presente última etapa equivaldría a pedantería. Sin embargo..., si se volviera a la rectitud usando la palabra «folium», cuando la referencia es al folio del libro registro, no sólo se obtendría mayor claridad en el sentido, sino que tal innecesaria expresión, como engorrosa, aunque meticulosa frase, «certificado de título o concesión de la Corona», podía ser obviada».

Respecto a la jurisprudencia, la sentencia del «Privy Council inglés» (Órgano judicial supremo para Australia, en estas materias), en el caso *Gibbs v Messer* (1891), cuyas declaraciones figuran al principio de la mayor parte de los tratados australianos sobre el sistema y del que dice Baalman, pág. 136, que «ha tenido ciertamente una profunda influencia sobre la interpretación de la filosofía Torrens, en general», sienta las siguientes afirmaciones:

«El objeto de la ley es liberar a las personas, tratando con los

(13) Puede verse sobre este registro, Wells *The practice of the registrar general's department* (1953), pág. 326 y sigs.

propietarios registrados, de las molestias y gastos de ir detrás del Registro en orden a investigar la historia del título de su antecesor, y quedar satisfechos de su validez. Este fin se consigue disponiendo que todo *el que adquiere «in bona fide» y a título oneroso de un propietario registrado, e inscribe su instrumento de transferencia o hipoteca en el Registro, adquirirá un título indestructible*, no obstante la flaqueza del título de su causante. La protección que la ley da a las personas, *transaccionando sobre la fe del Registro*, es, por sus términos, limitada a aquellos que realmente tratan y *derivan derecho* de un propietario cuyo nombre está en el Registro. Aquellos que tratan, no con el propietario registrado, sino con un falsario que usa su nombre, no hacen una transacción *sobre la fe del Registro*, y ellos no pueden por la inscripción de un instrumento falsificado adquirir un título válido en su propia persona, aunque el hecho de ser registrados, capacitaría a ellos a transferir un válido derecho a terceras personas que adquirieran de ellos, de buena fe y a título oneroso».

PRINCIPIO DE INSCRIPCION

En el sistema australiano respecto de los derechos legales, la inscripción es en general constitutiva.

El fundamental principio del nuevo modo de transferencias, inaugurado por la legislación Torrens — dice Kerr (pág. 9) — es que el título a la propiedad y derechos inmobiliarios depende de la registración y no de los instrumentos inter-partes (*Fink v. Robertson*, 1907). Tales instrumentos son meramente un medio para obtener la registración.

El art. 40 de la ley de Victoria de 1954 (y análogamente el 41 de Nueva Gales del Sur, 58 de Australia Occidental, 39 de Tasmania, 43 de Queensland y 67 de Sur Australia), dispone, en su apartado 1), que ningún instrumento, hasta registrado como dispone esta ley, será efectivo para crear, extinguir o transferir propiedad, derecho o gravamen sobre inmuebles sometidos a esta ley, pero con la registración, la propiedad, derecho o gravamen será creado, extinguido o transferido con sujeción a los pactos

y condiciones especificados en el instrumento, prescritos por esta ley o declarado ser implícitos en instrumentos de tal naturaleza. En el mismo sentido, el art. 45 de Victoria y 51 de Nueva Gales del Sur dicen que con la registración de la transferencia pasarán al adquirente la propiedad o derecho.

El Consejo Privado dijo, en el caso *Abigail v Lapin* (1934): «El legal modelo de transferencia confiere un título en derecho de equidad hasta la registración, pero una vez registrado, él tiene el efecto de un «deed» (documento sellado solemne), y es efectivo para transferir el título legal.»

De acuerdo con esta declaración, el apartado 2) del citado art. 40 de la ley de Victoria (y análogamente el apartado 4) del art. 36 de Nueva Gales del Sur y 57 de Sur Australia) establece: «Que todo instrumento, una vez registrado, será de la misma eficacia como si fuera sellado, y será tan válido y efectivo para todos los fines como un «deed» debidamente otorgado y reconocido, u otra clase apropiada de documento» (14).

La registración ha sido reiteradamente resuelto por los Tribunales que es necesaria para legitimar a un demandante para accionar como propietario legal.

Con una interpretación literal—dice Baalman (pág. 123)—la ley parece denegar cualquier eficacia a los instrumentos no registrados. Pero los Tribunales no han aceptado esta interpretación literal y han reconocido que pueden crear derechos conforme al derecho general, ejercitables solamente en la esfera de equidad. En *Tietyens v. Cox* (1916), dijo Harvey, que el curso completo de la interpretación judicial de la ley, ha reconocido, que el antiguo derecho y práctica de las transferencias es aplicable todavía a los derechos de equidad en inmuebles sometidos a la ley del Registro. Y estas conclusiones han sido confirmadas por el Alto Tribunal de Australia y por el Consejo Privado de Inglaterra (15).

La entrega de un instrumento de transferencia otorgado por un propietario registrado opera como una «representación» (de-

(14) El art. 85 de Australia Occidental establece, además, que toda transferencia u otro instrumento será estimado de la misma eficacia como si sellado.

(15) En Sur Australia el párrafo 1.º del art. 249 establece que nada contenido en esta Ley afectará a la jurisdicción de los Tribunales de derecho y equidad en casos del real fraude o sobre contratos o acuerdos para la venta u otra disposición de inmuebles o sobre derechos de equidad en general.

claración o afirmación sobre cuya base se contrata) respecto a cualquier persona a cuyas manos pueda legalmente llegar, sin conocimiento de cualquier derecho por parte del propietario registrado, a impedir la registración, de que el cesionario está titulado, al derecho definido en la transferencia, y que tal derecho es cedible (*Great West Permanent Loan Co. v. Friesen*, 1925), aprobando *Barry v. Heider*, 1914 (16).

La existencia de estos derechos de equidad hace que queden debilitados prácticamente los efectos que un riguroso principio de inscripción constitutiva produciría en los derechos continentales, lo que se revela especialmente con referencia a «mortgages» y «leases», que entre las partes pueden producir, no obstante la falta de inscripción, efectos análogos a los registrados, como ha conocido la jurisprudencia (17). Hay, además, casos de «leases» y servidumbres que son excepciones al principio de fe pública del registro, como veremos después.

El principio de la inscripción constitutiva fué aplicado a las donaciones en el caso *Brunker v. Perpetual Trustee Co. Ltd.*, 1937, sentando «que el instrumento de transferencia en sí mismo no puede ser efectivo para investir en el donatario ni un derecho legal, ni un derecho de equidad». Lo mismo sostiene respecto de Queensland, rechazando las opiniones contrarias expresadas en algunas sentencias, *T. D. McCawley, Gifts of Torrens system Land*, «*The University of Queensland Law Journal*», diciembre 1948, pág. 58.

En cuanto a las transmisiones realizadas por operación de la ley, no obstante los términos generales con que se expresan las disposiciones consignadas, ha sido establecido que están en un diferente plano que la adquisición por instrumentos inter-partes. Hay una diferencia entre una transmisión y una transferencia. La primera depende de un evento más bien que de un instrumento, y es en este sentido distinguible (*Holt v Deputy Commissioner of Land Tax*, 1914).

(16) Puede verse extensamente estos dos casos y otros sobre la materia en Kerr, págs. 137 a 147.

(17) Puede verse sobre ello Kerr, pág. 440; Wiseman, pág. 190; Baalman, págs. 126 y 249.

Respecto de las quiebras, el art. 51 de la ley de Victoria de 1954, y análogamente el 90 de Nueva Gales del Sur, 234 de Australia Occidental y 171 y 180 de Sur Australia, dicen que el registrador asentará en el libro registro y en el duplicado una notificación del nombramiento del «trustee», y desde entonces será el titular de la propiedad o derecho del quebranto, pero sujeto a los derechos de equidad que afectaban a dicho quebrado.

La ley federal sobre quiebras dispone que la investidura de la propiedad en el depositario o «trustee» estará sujeta al cumplimiento de los requisitos exigidos por la ley de cada Estado, y fué establecido en *Re Bermingham* (1936), que aunque la ley del Estado no tenga disposición expresa para la registración del depositario o «trustee», es suficiente si se desprende de la regulación de situaciones análogas. El efecto de la disposición de la ley de Nueva Gales del Sur es—dice Baalman—que a una persona, tratando con el titular registrado, no le concierne la posibilidad de la quiebra del mismo. Una vez registrada su transacción, él sería protegido de cualquier acción por parte de un depositario no registrado, tuviera o no conocimiento de la quiebra. Lo mismo dispone el art. 235 de Australia Occidental. No va tan lejos la nueva ley de Victoria, la que dispone que, salvo que se haya colocado un «caveat» contra operaciones por el quebrado, las realizadas por éste antes de la inscripción del «trustee» con adquirentes *de buena fe*, y a título oneroso, no serán afectadas por cualquier orden de secuestro.

En cuanto a la sucesión por causa de muerte, los arts. 178 de Sur Australia, 220 de Australia Occidental, 49 de Victoria y 94 de Nueva Gales del Sur que a ella se refieren, son interpretados con más laxitud.

Un *personal «representative»*, escribe Baalman (pág. 314), aunque la propiedad es realmente investida en él por la concesión de representación, debe todavía solicitar y tener su transmisión registrada en orden a ser hábil para otorgar un documento que sea registrable bajo la ley del Registro. Pero ha sido establecido que un ejecutor, antes de la registración de su transmisión, puede ejercitar un poder de venta concedido a él por el testamento (*Munso v Cook*, 1887); y un legatario de inmueble bajo el Registro.

antes de ser registrado como titular, puede ejercitar una acción en la esfera de equidad (Little v. Dardier, 1891) (18).

Para las inscripciones de las transmisiones por causa de muerte hay una severa investigación y adopción de precauciones por parte del Registrador en Nueva Gales del Sur y Queensland. En este último Estado, en algunos casos se someten a un procedimiento análogo al de la registración inicial, incluyendo avisos en la «Gaceta» y periódicos. En Victoria, la investigación es menos rigurosa, y aún es más ligera en Sur Australia. (Puede verse sobre ello, en Ruoff, *An Englishman looks at The Torrens System*, «A. L. J.», julio de 1952, pág. 164.)

Son presupuestos de la inscripción los principios de rogación, tracto sucesivo, consentimiento y legalidad.

ROGACION

Dejando aparte la registración inicial de la que ya nos ocupamos, hay un principio general de rogación sujeto a importantes excepciones debidas a las amplias facultades concedidas al Registrador para ordenar el procedimiento, requerir declaraciones, presentación de documentos, expedición de nuevos certificados de título, asentar «caveats», suplir asientos omitidos, realizar cancelaciones y en general rectificar el Registro.

TRACTO SUCESIVO

Rige también el principio de tracto sucesivo, en cuanto que sólo puede realizar actos de disposición el titular registral, sin perjuicio de la aplicación del principio de convalecencia o convalidación.

En Perpetual Executors and Trustees Association of Australia

(18) No obstante el art. 176 de Sur Australia, establece que el ejecutor o administrador antes de tratar con la propiedad o derecho, solicitará por escrito del Registrador general ser registrado como titular.

Limited v Beasley (1929), el principio se aplicó con toda rigidez, resolviendo que un cesionario bajo una transferencia presentada para registración, pero aún no registrada, no estaba en situación de transferir o hipotecar el inmueble, sino que podía negociar solamente con el derecho de equidad. La decisión en este caso—dice Currey, pág. 94—tenía tan importante influencia sobre la práctica del Registro de aceptar un instrumento para registración entregado por una persona facultada para ser registrada pero no inscrita como titular, que yo creo puedo ser perdonado por revelar que el Registro nunca siguió, ni pudo seguir, tal regla.

El principio de tracto sucesivo se aplica, no sólo en el orden sustantivo, sino en su aspecto formal. Las transferencias de propiedad se realizan corrientemente mediante un asiento en el certificado de título original y duplicado. Este asiento, dice Baalman (pág. 215) no expresa, como el certificado de título, que el adquirente es el propietario del inmueble, pero por disposición de la ley (art. 51), le hace sucesor en el título del transferente. Además de en los casos de pérdida o destrucción, el interesado puede pedir que se le expida un nuevo certificado, o el registrador expedirlo sin que lo solicite, cuando lo estime conveniente, con arreglo a las circunstancias, como en el caso de que no quepan más asientos o se realice una segregación (arts. 32 de Victoria y 48 y 110 de Nueva Gales del Sur, 78 y 98 y sigs. de Sur Australia, 71-A y 71-B de Australia Occidental). La ley de Nueva Gales del Sur de 1956 ha agregado el apartado 1)-A del art. 110, que fué establecido en 1928, disponiendo que el Registrador general queda facultado para expedir un nuevo certificado a expensas del titular registrado, cuando lo estime deseable.

Pero cada concesión de la Corona o certificado de título (dice la ley de Victoria, art. 29, y análogamente el 32 de Nueva Gales del Sur y 49 y 77 de Sur Australia) constituirán un separado folio del libro registro, y el registrador asentará en él de tal manera, que preserve sus prioridades un extracto de todas las operaciones y asuntos que afecten al inmueble y que se requieran por la ley.

Cuando se expide un nuevo certificado de título, dispone el art. 50 de Nueva Gales del Sur que el nuevo certificado de título se referirá a la concesión original, y el 110, apartado 2), que al

expedir cualquier nuevo certificado de título, el Registrador general cancelará el anterior certificado y hará constar, por nota en el mismo, el motivo de la cancelación y referencia al certificado de título expedido. Pero el artículo más expresivo a este respecto es el 72 de la ley de Australia Occidental, que con el epígrafe marginal «Una historia de las diversas operaciones referentes al inmueble será preservada», dispone que «Serán anotadas en el libro registro y en los instrumentos archivados las referencias que permitan que el título sea trazado hacia adelante o hacia atrás, hasta el certificado original o concesión; pero no será necesario, en ninguna copia certificada de cualquier certificado o instrumento, insertar tales referencias, y toda copia será estimada completa no obstante la omisión de tales referencias.» Lo mismo disponía el art. 76 de la ley de Victoria de 1928, disposición que no ha pasado a la ley actual, pero es que la ley de 1954 ha reducido a ciento veinte los doscientos ochenta y cuatro artículos que contenía la anterior.

En un reciente caso—*In re S. E. and R. W. Nicholas and Real Property Act 1900* (1951)—el Registrador denegó una cancelación de hipoteca realizada por el acreedor hipotecario superviviente en un «joint mortgage», sin que aquél fuera registrado como único titular, por fallecimiento del otro, y el juez sostuvo la negativa del Registrador, diciendo: Es difícil reconciliar el objeto y el esquema de la ley con la noción que una propiedad o derecho registrados puedan ser negociados o afectados por un instrumento registrable otorgado de otra forma que por el titular registrado. El esquema de la ley pone de manifiesto que, en general, las sucesivas etapas en la historia del título registrado serán asentadas en el libro registro, incluyendo los eventos que afecten al título registrado, por operación de la ley, así como los negocios realizados por actos de las partes («*Australian Law Journal*», agosto de 1951, pág. 172).

Los volúmenes de folios—dice Baalman, pág. 93—constituyen el libro registro propiamente dicho. Pero hay, además, un libro registro «constructivo» que existe en virtud del art. 36, apartado 4). Consiste en todos los instrumentos registrados que crean derechos susceptibles de cesión por separado, tales como los arrendamientos, hipotecas y gravámenes. Estos están encuader-

nados juntos en libros conocidos como «libros de operaciones». Ellos constituyen el medio de registración de las cesiones, que no afecten directamente a la propiedad representada en el folio del libro registro propiamente dicho. Así, la transferencia de un arrendamiento o de una hipoteca será registrada por el asiento de un memorial de registración sobre el arrendamiento o hipoteca encuadrados en el libro de operaciones, y no en el folio del libro registro propiamente dicho, a menos que sea especialmente requerido. Similarmente, en el caso de la hipoteca de un arrendamiento u otra hipoteca y su cancelación. Así, mientras el libro registro propiamente dicho aún será conclusivo en cuanto a la existencia de cualquier «mortgage», gravamen o «lease», al cual está sujeta la propiedad registrada, no suministrará la última información sobre el estado del titular de tal derecho subsidiario. Para obtener esta información, es necesario inspeccionar el «mortgage», gravamen o «lease» encuadrado en el libro de operaciones en cuanto a los endosos.

Fué expresamente conferida la autoridad para esta práctica de confinar las registraciones subsidiarias al registro subsidiario en el año 1928 por la disposición del art. 32, apartado 2). La práctica, sin embargo, había existido mucho antes de la disposición, la cual, anteriormente a la decisión en *In re Dent* (1926), era ya considerada meramente como expresiva de aquello que era sobreentendido.

JOSÉ MARÍA CASADO PALLARÉS.

Notario

(Continuará.)

La presencia de la mujer casada en las escrituras de cancelación de hipotecas

Es sabido que cualquier innovación jurídica se interpreta en sus primeros tiempos de una manera extensiva, fuera de sus límites, hasta que la doctrina y la jurisprudencia la reduce a sus verdaderas dimensiones.

También es sabido que las llamadas leyes protectoras, saturadas de contenido ético, cuando rebasan el complejo moral del pueblo para el que se dictan, se vuelven a veces contra sus propios fines y producen efectos contrarios a los propuestos por el legislador. Basta recordar la «ley seca» de los Estados Unidos, que multiplicó el gansterismo, y nuestras leyes de Tasas, de las que brotó el *estraperlo*, y, en buena parte, las disposiciones sobre arrendamientos urbanos, que, desde su origen, acabaron con la iniciativa privada para la construcción de casas de rentas modestas, provocaron la ruina anticipada de edificios que podrían subsistir de ser reparados oportunamente, y mantienen al Estado en perpetua carrera jadeante, con la lengua fuera, para lograr una meta que nunca se alcanza, porque siempre está más allá.

Estas leyes, de extremado contenido ético, han de ser interpretadas de manera restrictiva, si se quiere impedir los estragos que en ocasiones provocan; porque las leyes, como todos saben,

no pueden ser un producto de la mente, de perfección teórica, sino que han de acomodarse a la realidad vital de la nación de que se trate, en un momento determinado de su historia.

Pues bien: cuanto llevamos dicho parece de perfecta aplicación a la innovación contenida en el art. 1.413 del Código Civil, en su actual redacción y vigencia, y ha de ser observado por quienes, en razón a sus cargos, han de conocerlo e interpretarlo.

Es evidente que el precepto de referencia no introduce una duplicidad de mando dentro del matrimonio, pues el varón conserva su autoridad y con ella se le atribuye la administración de los bienes gananciales y su colocación o empleo.

El artículo aspira a impedir una conducta desatentada o dolosa por el marido, en daño de la economía familiar, cuando trata de disponer de bienes inmuebles o establecimientos mercantiles pertenecientes a la sociedad conyugal, por lo que la mujer ha de consentir los actos o contratos de enajenación o gravamen.

Se trata de poner freno a las iniciativas de mala fe o poco meditadas del jefe de familia.

Esa es y no otra, a nuestro juicio, la misión atribuida por el legislador al precepto de que se trata.

En aquellos casos en que la presencia de la mujer se manifieste de modo inoperante o pueda crear una situación peligrosa, hay que prescindir del artículo.

Tal sucede con la cancelación de hipotecas. En este caso, el esposo acreedor es elemento pasivo de la relación jurídica, sin que su voluntad participe de manera activa en el negocio. Hecho el pago por el deudor y vencido el plazo fijado como duración del contrato, el acreedor ha de cancelar, *velis noli*. La intervención de la mujer en estos documentos resulta superflua e ineficaz, y hasta puede ser dañosa, pues si niega su consentimiento al marido, por querellas familiares o por cualquier otra rareza o capricho, siempre posibles en algunas mujeres de escasa cultura, el marido tendrá que utilizar el procedimiento que regula el segundo párrafo del artículo, tramitando un expediente de jurisdicción voluntaria, con los consiguientes gastos y pérdidas de tiempo, para lograr una autorización judicial que necesariamente hay que concederle.

Esta demora puede causar al deudor un evidente perjuicio si

necesita para otras operaciones la liberación urgente de las cargas que afectan a sus fincas. En tal supuesto, podría reclamar, a nuestro juicio, la pertinente indemnización de daños y perjuicios.

Y no se diga que la presencia de la mujer en las escrituras de que se trata se ampara y justifica en el derecho que le asiste para vigilar la inversión del crédito cobrado, porque a tanto no llegan sus facultades.

El marido cobra el crédito, mete el dinero en su cartera, lo lleva al Banco o lo guarda en su domicilio, y lo invierte después en lo que mejor le plazca, sin que la mujer pueda impedirlo. Sólo podrá darle un consejo, y así sucede siempre en los matrimonios bien avenidos.

Es, por todo lo expuesto, la mujer casada en la cancelación de hipotecas por su esposo, una especie de «convidado de piedra», sin misión alguna dentro del documento. Su intervención, como todo lo innecesario y superfluo, ha de ser rechazada, puesto que ningún bien se deriva de ella.

Así lo creemos; pero como pudieran existir razones contrarias a la opinión que mantenemos, nos sería grato conocerlas, e invitamos a que las expongan quienes tengan un criterio diferente.

PASCUAL LACAL,
Notario

La adopción y figuras similares ante la nueva regulación

SUMARIO.—I *La adopción: historia, concepto, caracteres y clases.*—Consideraciones históricas. Concepto, caracteres y clases.—II *Elementos de la adopción.*—Elementos personales.—A) *El adoptante.*—B) *El adoptado.*—Elementos formales.—A) *Requisitos previos.*—B) *Requisitos coetáneos.*—C) *Requisitos posteriores.*—III *Efectos de la adopción.*—Efectos con relación a las personas. Efectos con relación a los bienes.—A) *Usufructo.*—B) *Administración.*—C) *Enajenación.*—Efectos con relación a los derechos sucesorios.—A) *Sucesión forzosa.*—B) *Sucesión intestada.*—C) *Sucesión testada.*—D) *Sucesión contractual.*—IV *Extinción de la adopción.*—A) *Nulidad.*—B) *Anulabilidad.*—C) *Rescisión.*—D) *Restantes causas de extinción.*—V *El prohijamiento y el acogimiento familiar.*—Prohijamiento. Acogimiento familiar.

CAPÍTULO I.

LA ADOPCION: HISTORIA, CONCEPTO, CARACTERES Y CLASES

CONSIDERACIONES HISTÓRICAS.

Los albores de la Edad Antigua nos muestran dos regiones privilegiadas asociadas ambas a caudalosos cursos de agua: de una parte, el Nilo, y de otra, el Eufrates y el Tigris. Es aquí, y precisamente por esos ríos, donde las civilizaciones puede decirse que

nacen, pues si bien los territorios de laderas o mesetas pueden dar asiento a estados prósperos, son solamente los de rios los que en aquella remota época pueden originar estados ricos.

De esas dos regiones, la más activa, la de mayor intercambio humano, y, en definitiva, cultural, es la Mesopotamia. Rodeada de montañas y desiertos, poblada por pueblos de muy distintos orígenes, que se repartían por ella y su periferia: asiáticos, semitas, sumerios, protohititas e hititas, alcanzó pronto un alto grado de civilización, que no se mantuvo estática, sino en continuada transformación hasta su decadencia y estancamiento, preludeo inmediato de su absorción, provocada por aquel gran mezclador de pueblos e instituciones que fué el macedonio Alejandro. En esa región fué donde nació la institución que nos ocupa, y precisamente con unos caracteres más humanos de los que se le fueron atribuyendo con posterioridad.

Los primeros datos que tenemos sobre esta institución nos la muestra ya pasado ese periodo de evolución propio de toda institución jurídica. Es en la aurora del segundo milenio antes de Jesucristo y al través del Código de Hammurabí y de otros varios documentos, cuando podemos formarnos un cuadro casi completo de la misma.

Sus caracteres nos la revelan ya como un medio de asegurar la continuidad de la familia para aquellos matrimonios carentes de hijos, pero sin que sea ese «beneficio» del adoptante la única finalidad que con ella se persigue, sino también el de favorecer al adoptado. Vemos así, que a las prostitutas profesionales, no a las sagradas, no se les permitía educar a sus hijos, y estos hijos eran confiados a una familia para su educación, acudiéndose para ello a este instituto de la adopción, con lo que se revela su finalidad de beneficiar al adoptado, e incluso se la estimaba como un medio de aumentar los derechos de determinada clase de hijos, pues a los de las concubinas no se les concedía ningún derecho en la herencia del padre, a no ser cuando poseyesen «tablilla de adopción», según dice G. Contenau al resumir la doctrina del citado Código, en su obra *Historia del antiguo Oriente*. Como dato curioso de aquella legislación, hemos de citar que, según una disposición penal contenida en el referido cuerpo legal, era sancionado con la mutilación de la lengua el hecho de renegar de sus

padres adoptivos por el hijo de prostituta, castigándose así su ingratitud, bien que en la forma despiadada propia del primer tiempo de la Edad Antigua.

Esos prístinos caracteres de la institución fueron sufriendo una lenta desviación en el curso de su evolución entre los pueblos que se fueron sucediendo en el auge político de la región, y, más aún, al pasar a las civilizaciones griegas y romanas.

Limitándonos a esta última, en esta referencia a la Edad Antigua, por ser la que más influyó en nuestro ordenamiento jurídico actual, tenemos que señalar que la característica del mundo romano, sus especiales conceptos religiosos y la ineludible existencia de matrimonios sin descendientes, bien por esterilidad o bien por la elevada mortandad infantil propia de todos los pueblos hasta tiempos bastante recientes, hicieron necesaria la institución que nos ocupa, con la que, sustituyendo artificialmente el fruto inexistente del matrimonio, se lograra la continuidad de la estirpe, que a su vez era la condición necesaria para la continuidad del culto a los antepasados. Así, pues, no era la idea de un beneficio para el adoptado la que campeaba ya en la adopción romana, sino, por el contrario, la de evitar para el adoptante la catástrofe que suponía la extinción de ese culto familiar. Por ello, la adopción era un contrato más, que implicaba el característico «do ut des»; el adoptante «daba», entre otros, los deberes de guarda de la persona del adoptado y le transmitía su herencia, a cambio de que éste adquiriese las «obligaciones» religiosas referentes a su nueva familia.

Esta concepción «tan mercantilista» sólo podía durar lo que durasen esas creencias religiosas, y es precisamente aquel carácter y esas creencias lo que había de motivar el desfavorable juicio de la institución por la posterioridad, el cual se arrastró largo tiempo, plasmándose en el olvido, consciente de ella, por bastantes Códigos. Pero la adversión era infundada. Despejada la adopción de su primitiva finalidad, aún le quedaba un contenido y finalidad de más importancia, el cual fué oscurecido en su regulación por el derecho romano; finalidad, también bilateral, pero ya de un orden espiritual, consistente en llenar el vacío de esa especie que se producía en los matrimonios sin descendientes y en dotar de una paternidad a quien carecía de ella, o bien el

sustituirla por otra que se estimaba más beneficiosa para el adoptado. Y con esta finalidad será cada día mayor el auge que haya de tomar la institución, pues si bien es cada vez menor el número de hijos en cada matrimonio, es, por el contrario, mayor el deseo de tenerlos por todos, aunque ello se consiga mediante esta u otra paternidad ficticia.

Nuestro derecho es fiel reflejo de esa evolución en el derecho romano. Desconocida casi en un principio, el renacer de aquél llevó consigo su regulación en las Partidas, pese a lo cual no consiguió arraigar en nuestra patria, en la que fué casi olvidada en la práctica, en tal forma, que fué rechazada su admisión en el proyecto de Código de 1851, y sólo consiguió ser admitida en virtud de la opinión manifestada por un vocal, hijo de Andalucía, de que en su región se daban algunos casos de ella, como anecdóticamente cuenta García Goyena.

Este precedente y la inspiración de nuestros legisladores en el Código Civil francés, que la había admitido tras varias vicisitudes, hicieron que fuese regulada en el nuestro de 1888. No obstante, la finalidad apuntada antes en segundo lugar, no constituía aún una idea madura, y por ello la regulación de esta institución en dicho Código se resiente de esa situación, dando lugar a los reproches que a ella se le hacen en la exposición de motivos de la vigente ley reformadora del Código, en éste y otros extremos.

Se dice, atinadamente, por ella: «El Código Civil, influido por las tendencias entonces dominantes, concibió la adopción con perfiles y efectos muy estrechos. Situó a los adoptados entre dos círculos parentales, sin adscripción clara a ninguno de ellos. Esta insuficiencia de la hasta ahora vigente ordenación legal se muestra más acusada ante la muy frecuente adopción de expósitos, donde al fallar los vínculos afectivos propios de la generación, se acrecientan los derivados de la convivencia entre adoptante y adoptado, siempre expuestos al riesgo de que la familia natural, invocando pretendidos derechos cuyos deberes correlativos no afrontó, rompa los afectos nacidos de la adopción y arranque al adoptado del ambiente familiar y social en que se formó.»

Esas razones han motivado el que uno de los objetivos perseguidos por la reciente reforma del Código Civil, llevada a efecto

por la ley de 24 de abril de 1958 (B. O. del 25), haya consistido en la sustitución del articulado del Código en esta materia, por nuevos preceptos imbuidos de una orientación también nueva. Pero lo que no dice la exposición de motivos, aunque sí lo apunta con bastante claridad, es la oportunidad del momento para llevar a efecto la reforma. La adopción se ha revelado como institución capaz de restañar algunas de las heridas espirituales que las guerras traen consigo, pero la regulación del Código dejaba insatisfechos a los que, habiendo encontrado el medio para ello, buscaban dar a éste una forma legal. Unicamente nos parece que faltan en la presente regulación algunas disposiciones transitorias, que habrán de ser suplidas por los Tribunales, si bien lo será tras la angustia y malestar que esa intervención presuponen.

CONCEPTO, CARACTERES Y CLASES.

Esta institución jurídica, como casi todas las del derecho de familia, se comprende mejor por intuición que por definición. Ninguna definición puede reflejar los matices espirituales que constituyen su verdadero contenido, y ha de limitarse únicamente a describir su aspecto jurídico, lo que a su vez llevarán a efecto utilizando términos vagos y vagas metáforas.

Colin y Capitán la definen como el «acto jurídico (generalmente un contrato) que crea entre dos personas relaciones ficticias y puramente civiles de parentesco y de filiación.» Para Navarro Amandi es «un acto por el que se recibe como hijo al que no lo es naturalmente». El Código de Guatemala dice a su vez: «La adopción o prohijamiento es el acto de tomar por hijo al que no lo es del adoptante.» Y en sentido análogo, a las definiciones expuestas, podríamos citar bastantes más (Castán, Puig Peña, etc.), en todas las cuales se pone de relieve su cualidad de acto jurídico.

El otro grupo de definiciones, si bien es de contenido similar, difiere en estimarla como un contrato y no como un acto jurídico. Así lo hace el Código Civil alemán (art. 1.471) y el suizo (art. 269), y en nuestra patria, Ortega Lorca (*Mucius Scévola*, t. 3.º, ed. 1942), que añade, además, la idea de que «el contrato también es acto, como toda determinación de voluntad».

No podemos menos de lamentar el que pueda atribuirse a la adopción la calificación de contrato. Hoy, en que abundan más que nunca los contratos y en que la forma jurídica ha tomado un desarrollo práctico que no se podía prever, se ha iniciado una reacción en contra de la tendencia a estimar como regla general la de que todas las actuaciones jurídicas son contratos. El estudio de los matices ha permitido perfilar mejor el campo de los actos jurídicos, negocios, contratos, etc., reservando la denominación de contratos para el campo jurídico económico-obligacional, y aun dentro de él, se trata de desglosar un sector que no encaja en el concepto tradicional de contrato, cual es el de las sociedades, del cual afirma Garrigues que en él ni existen partes contratantes ni hay declaración de voluntades que se entrecruzan, sino que, por el contrario, lo que existe es una pluralidad de personas que emiten declaraciones de voluntad paralelas (t. 1.º de sus *Comentarios a la Ley de S. A.*).

Pasando a nuestro Derecho, ¿cómo encajaremos la adopción dentro del contenido del art. 1.254 de nuestro Código? Si para él «el contrato existe desde que una o varias personas consienten en obligarse respecto de otra u otras, a dar alguna cosa o prestar algún servicio», ¿podríamos hablar de «dar» el hijo adoptivo, o de «prestar» los servicios de padre y de hijo? Esto sería empujar y desvirtuar la institución, sin que nos resolviese problema alguno el encuadrarla forzosamente entre los contratos, lo que nos llevaría, por el contrario, a conseguir unos efectos que ni pueden ni deben ser admitidos. Por ello, la nueva regulación no utiliza nunca la palabra contrato, sino que, al tratar de la forma, habla sólo de expediente y de escritura, y al referirse a los derechos sucesorios, si bien utiliza la palabra «pacto», lo hace con el calificativo de sucesorio, limitando así a lo indispensable las cuestiones que, derivadas de la adopción, pueden ser objeto de pacto y dejando la casi totalidad de ellas dentro de un derecho necesario, aunque el acto de la adopción, que constituye la puesta en marcha de esas normas de derecho necesario, subsista, como no podía menos, con un carácter de plenamente voluntario.

Podríamos definir la adopción, en vista de todo lo expuesto y desde el punto de vista jurídico: como el acto jurídico irrevocable, que, realizado en forma solemne, hace surgir entre dos

personas, generalmente extrañas, los dos vínculos y relaciones de la filiación, en una mayor o menor amplitud, según su clase. Pudiéndonos servir igualmente la anterior definición para el caso de que lo que pretendiésemos definir fuese la institución y no el acto en que ella consiste.

De esa definición, así como del contenido propio de la institución, podemos señalar los caracteres siguientes:

1.º El de ser una simple declaración de voluntad. Resulta así que queda al arbitrio individual el realizarla o no, pero sin que posteriormente a esa declaración pueda apenas entrar en su contenido.

De este carácter se derivan a su vez varias consecuencias. Fundamentalmente debe considerarse, que si bien puede llevar aneja una nulidad, como toda manifestación de voluntad, especialmente cuando no se cumplan los requisitos de capacidad necesarios para ella, tanto los generales, como los especiales señalados por la misma ley; a diferencia de otras manifestaciones de voluntad, no puede emitirse con ninguna clase de mediatizaciones, o sea que tendrá que ser siempre pura y simple, sin quedar afectada por condición, término o modo, ya que el intervenir cualquiera de ellos, se produciría el efecto de estimarse la declaración de voluntad, como no realizada. Quedan así limitadas las facultades discrecionales del adoptante a lo referente al uso de sus apellidos por el adoptado y a la determinación de los derechos sucesorios del mismo, cuando se trate de adopciones menos plenas, y sólo a estos últimos, en cuanto excedan del mínimo señalado por la ley, cuando la adopción sea plena; pero en uno y otro caso, con las limitaciones que después expondremos.

2.º Ser irrevocable. Como se deduce de su misma naturaleza y que será objeto de un estudio más detallado en otro capítulo del presente.

3.º El requerir que la emisión de voluntad revista ciertas solemnidades preestablecidas por la ley. Las cuales no están encaminadas a un fin de publicidad del acto, o sea de la declaración misma, sino a la protección del adoptado, en atención a lo delicado de las relaciones nacidas del vínculo que se constituye.

4.º Constituir un vínculo entre dos personas, en el que son éstas y su actuación la parte fundamental del mismo, sin que afecte para nada a este postulado, el que ese vínculo origine, con carácter accesorio, ciertos efectos patrimoniales. Esta dualidad no desaparece ni, aun en el supuesto de adopción conjunta por dos cónyuges, pues entonces existirá más bien una concurrencia de obligaciones y derechos, que una solidaridad, salvo algún supuesto dudoso en los casos de adopciones plenas.

5.º Que hace surgir los vínculos y relaciones de la filiación. Pues si bien es cierto que no podrá existir una equiparación entre la filiación natural y la adoptiva, esto sólo lo es desde el punto de vista humano, terreno éste en el que el derecho no puede entrar. Por ello, el afecto paternal y sus derivados, que es donde radica la diferencia entre ambas filaciones, ha tenido que quedar fuera de la órbita jurídica, habiéndose limitado la ley, en cuanto a estas dos filaciones, a plasmar derechos y obligaciones, que si bien son una secuela de él, son forzosamente extrañas al mismo y están basados sólo en hechos y actuaciones frente a los cuales no puede hacerse distinción entre una u otra clase de filiación.

Determinados los caracteres esenciales de la institución, el abordar una clasificación nos origina nuevas dudas. Parece que la finalidad de la institución es opuesta a cualquier género de clasificación, y así lo es, efectivamente, en su aspecto interno y humano, pero, como ya dijimos, el derecho rehuye acertadamente la intromisión en ese orden de ideas y se limita a regular la plasmación de las mismas. Y aquí sí cabe ya atribuir más o menos derechos y obligaciones al vínculo que en cada caso se constituya, con lo que tendremos una base firme en que fundar cualquier clasificación.

En nuestra patria, y atendiendo más a la finalidad de la institución que a la institución misma, podríamos considerar como clases distintas: el prohijamiento, el acogimiento familiar y la adopción. A su vez podremos dividir esta última según los términos del art. 172 del Código Civil: en adopción plena y adopción menos plena, ya que se dice por el mismo, que «la adopción por sus requisitos y efectos puede ser plena y menos plena». Pero no con ello agotamos la clasificación, sino que en la menos plena y, atendien-

do al mismo Código, tendremos que subdistinguir a su vez: la general de la especial, teniendo lugar esta última sólo en el caso de que el adoptado sea hijo del cónyuge del adoptante.

La distinción entre los diferentes términos de esa clasificación, si bien está motivada en circunstancias personales del adoptado, radica fundamentalmente en sus efectos. Y esto que puede parecer poco ético, no es otra cosa que una réplica a lo estatuido por la generalidad de las legislaciones respecto a la postura y situación del derecho frente a las distintas clases de hijos en la familia natural, cuya distinta clasificación y regulación, si criticada en detalle, es admitida como axiomática por todos.

CAPÍTULO II

ELEMENTOS DE LA ADOPCION

ELEMENTOS PERSONALES.

Los elementos personales en la adopción son sólo el adoptante y el adoptado. No obstante, en el momento de su constitución, es necesaria la intervención de otras varias personas, lo cual constituye uno más de los requisitos de forma de los varios exigidos por el Código para su validez, pero que estudiaremos al tratar de la misma.

A) *El adoptante.*

El art. 173 del Código, en la nueva redacción efectuada por la Ley de 24 de abril de 1958, es una copia casi exacta de los anteriores 173 y 174, salvo en cuanto a la diferencia de edad entre adoptante y adoptado, que la ha elevado de quince a dieciocho años. Cifra ésta tan arbitraria como la anterior, y que restada a la edad mínima para adoptar no da como resultado ninguna de las edades típicas del Código; doce, catorce, diez y ocho, veintiuno, etc.,

sin que tampoco pueda decirse que se trata de imitar con ella a la naturaleza, en cuanto a la edad probable de la paternidad, ya que tampoco coincide con la edad mínima para contraer matrimonio, con la que existe tal disparidad, que no admite ni la más ligera comparación.

Dice el párrafo 1.º del citado artículo: «Pueden adoptar quienes se hallen en pleno uso de sus derechos civiles y hayan cumplido la edad de treinta y cinco años. El adoptante ha de tener, por lo menos, dieciocho años más que el adoptado». Cuyo párrafo, y pese a su sencillez, requiere algunos comentarios.

La expresión de que el adoptante se halle en el pleno uso de sus derechos civiles, excluye el que puedan utilizar esta institución los que se encuentren comprendidos en el art. 32 del Código, y, por tanto, no podrán adoptar: los menores de edad, los dementes o imbeciles, los sordomudos, los pródigos y los interdictados. Aunque la minoría de edad no requería el que la incluyésemos, ya que hemos visto que el art. 173 exige como requisito especial el que el adoptante tenga treinta y cinco años cumplidos.

En la interpretación de este extremo se muestra muy preciso Mucius Scévola, que expresa respecto a la indicada frase. «Se encuentran en este caso los que son capaces para todos los actos de la vida civil; patria potestad, administración de los bienes de la sociedad conyugal, facultad de ser tutor, protutor o individuo del consejo de familia, libre disposición de sus bienes por actos *intervivos* (donándolos, vendiéndolos, permutándolos, arrendándolos, imponiendo sobre los mismos derechos reales de usufructo, servidumbre, censo, hipoteca, etc.), facultad de disponer *mortis causa* y de suceder por título universal o singular y recibir por donación *intervivos*.

¿Quedará esta primera condición incompleta (sigue diciendo), si alguna de las facultades que hemos enumerado faltasen? No. Según nuestro criterio, la restricción de la capacidad jurídica ha de proceder de un estado de la persona, que afecte de un modo general a su determinación como individualidad de derecho en las relaciones de la vida civil».

Queda aún una cuestión a tratar en cuanto al punto que comentamos, y es la de determinar qué efectos producirá el que alguna de las aludidas causas de incapacidad sobrevengan después

de efectuada la adopción, lo cual involucra la de si la familia natural podrá o no recobrar la patria potestad.

Es evidente, que en el caso de tratarse de una adopción conjunta por dos cónyuges, en defecto del que ejerza la patria potestad sobre el hijo adoptivo, pasará ésta al otro cónyuge; pero si la adopción fuese por una sola persona, o si tratándose de dos cónyuges sólo quedase uno de ellos, la solución del problema de la incapacidad del adoptante sobrevenida con posterioridad a la adopción, será distinta según la clase de que se tratase.

Si se tratase de la menos plena, dice al efecto el Código en el párrafo 2.º de su art. 180: «En defecto del adoptante, la patria potestad pasará a los padres por naturaleza». Con ello, y siempre que el supuesto no llevase consigo la extinción de la patria potestad, deberemos entender que ésta se encuentra suspendida en su ejercicio, pero no extinguida, ya que la extinción sólo procede en los casos de que después trataremos y la suspensión permite la recuperación de aquella patria potestad sobre el hijo adoptivo, una vez que haya desaparecido la incapacidad de que se trate.

Si la adopción fuese plena, el supuesto contemplado dará lugar a la formación del organismo tutelar, ya que el contenido del artículo 47, referente al matrimonio, es lo suficientemente expresivo al efecto, y teniendo que ser entendido como de aplicación general, y sin que lo sea sólo para el supuesto de la prestación del consentimiento para el matrimonio del hijo adoptivo. Dice dicho artículo, en su párrafo 2.º, refiriéndose a la licencia para contraer matrimonio: «Si se tratare de hijos adoptivos, se pedirá la licencia al adoptante. En su defecto, si la adopción es plena, se solicitará al consejo de familia; si es menos plena, antes que a ésta se pedirá a las personas de la familia natural, a quien corresponda». Estando de acuerdo la interpretación que realizamos de ese precepto, con la efectuada por la Exposición de Motivos de la misma ley, como posteriormente tendremos ocasión de tratar.

El requisito de que el adoptante ha de tener al menos treinta y cinco años cumplidos, no tiene ninguna explicación, como ya decíamos antes, por ello tampoco se la da la la Exposición de Motivos, la cual se limita a indicar el que se ha disminuído a esa edad la de cuarenta y cinco años, que antes se fijaba por el Código, porque ese plazo resultaba «en extremo dilatado». No lo compren-

demos. Si de lo que se trataba era de que entre adoptante y adoptado existiese una diferencia de edad que permitiese el que pudiera surgir el respeto que ella presupone, coadyuvándose al fin a que se encamina la adopción, holgaba el preocuparse de la edad del adoptante y si únicamente de la diferencia de edades entre éste y el adoptante, que incluso hubiera sido conveniente el fijar en veintiún años, que es la de la mayoría de edad; pero si no es esa la finalidad, no podemos encontrar ninguna otra que con mayor o menor aproximación justifique la fijada por la ley, que parece haberlo sido completamente al azar.

Todos los requisitos expuestos son los generales para toda clase de adopción, pero si se tratase de adopciones plenas, se exigen además otros por el art. 178 del Código. Se expresa por éste en su párrafo 1.º: «Sólo podrán adoptar plenamente los cónyuges que vivan juntos, procedan de consuno y lleven más de cinco años de matrimonio. También podrán hacerlo las personas en estado de viudedad».

El contenido de ese párrafo es, en general, bastante comprensible, siendo muy plausibles las razones alegadas en su justificación por la Exposición de Motivos. La finalidad de llegar a una analogía casi total con la filiación legítima, explica el que sólo pueda utilizarse esta forma de adopción por los cónyuges de consuno o por persona viuda. Igualmente la de evitarse adopciones precipitadas durante los primeros años de matrimonio, justifica a su vez el que los cónyuges hayan de llevar casados cinco años al menos. La única frase de difícil interpretación es la referente al requisito de que los cónyuges «vivan juntos», y de ella pasamos a tratar con mayor detenimiento.

Que el buen ejemplo es uno de los deberes inherentes a la patria potestad, lo demuestra el mismo Código Civil, al hablar en su articulado de «ejemplos corruptores», de causas que afecten «a la formación moral de los hijos», etc.; por ello, la separación de los cónyuges no puede estimarse como un hogar propicio para que el nuevo hijo adquiriera esa formación moral que la ley y la ética propugnan, y queda justificado el veto que ese hecho ha de poner al ejercicio de la adopción plena. Entendido así, y no creemos que pueda serlo en otra forma, se comprende que en la citada frase tenga que ir incluida, no sólo la separación legal, sino incluso la

de hecho. Es cierto que esta última es más difícil de precisar, pero la amplitud de facultades que parece concedérsele al Juez en esta materia, como ponen de relieve los artículos dedicados a la forma y a la impugnación de la adopción, permitirán un análisis de la situación especial de cada uno de los casos planteados, que permitan el decidir concretamente sobre la procedencia o no de la adopción solicitada.

Todas las circunstancias que acabamos de enumerar y que podríamos denominar positivas, no son las únicas exigidas para la validez de la adopción, sino que se exigen otras varias circunstancias negativas o prohibiciones que no pueden concurrir para la existencia de dicha validez, o sea que producen el mismo efecto de impedir el que la adopción pueda realizarse. Están recogidas por el mismo art. 173, al disponer: «Se prohíbe la adopción:

- 1.º A los eclesiásticos.
- 2.º A los que tengan descendientes legítimos, legitimados o hijos naturales reconocidos.
- 3.º Al tutor, respecto a su pupilo, hasta que le hayan sido aprobadas definitivamente sus cuentas.
- 4.º Al cónyuge sin el consentimiento de su consorte. Los cónyuges pueden adoptar conjuntamente, y fuera de este caso nadie puede ser adoptado por más de una persona.»

La claridad de estos puntos es más aparente que real, y obligan a una exégesis detallada de cada uno. En primer lugar, el término «eclesiásticos» mereció ya diversas interpretaciones en la antigua redacción de estos preceptos. En Mucius Scévola, la interpretación literal de la palabra, o sea la de referirse al que está ordenado y admitido en el número y Orden de la Iglesia, es la preferente, aunque termina diciendo, que si bien las numerosas instituciones religiosas en que sus miembros no han recibido Ordenes mayores, no están comprendidas en la prohibición, el efecto es el mismo, por estársela vedada por sus reglas particulares. Concluye, pues, sentando el mismo criterio, que como después veremos, siguen la generalidad de los tratadistas patrios.

Este criterio general, que estimamos muy acertado y que es el seguido por De Buen, Manresa Puig Peña, De Diego, etc., entiende

que ese término hay que interpretarlo en armonía con el mismo Código, concretamente con lo dispuesto por el art. 83, en el que se prohíbe el matrimonio a «los ordenados *in sacris* y los profesos en una orden religiosa canónicamente aprobada, ligados con voto solemne de castidad, a no ser que unos y otros hayan obtenido la correspondiente licencia canónica». A este respecto nos parece acertada la opinión sustentada por Sánchez Román, de que la prohibición parece estar fundada en el deseo de «evitar que la adopción pueda ser fórmula que quebrante en la apariencia el rigor del principio del celibato eclesiástico, o que facilitara a las personas investidas de este carácter, medio para lograr una situación civil para prole sacrilega, habida con infracción de aquella ley canónica». A lo que podemos añadir con Manresa, que era «preciso evitar que cualquier hecho sirva de base a juicios temerarios que cedan en menoscabo de honra», pues en este extremo creemos que debe ser aplicado el ya clásico aforismo sobre la «mujer del César».

La finalidad de la segunda prohibición es evidente y no requiere comentario, únicamente hay que señalar, que al haberle añadido en la presente reforma el que tampoco podrán tener hijos naturales reconocidos, se han hecho desaparecer las únicas dudas que surgían en la interpretación de ese número en la anterior redacción del precepto. También se resuelve en la nueva el problema de la supervivencia de hijos, en el sentido de que ello no afectará a la adopción ya realizada, la cual continuará subsistente. Se demuestra este extremo por el contenido del art. 174, al decir que el pacto sucesorio entre adoptante y adoptado se entiende «sin perjuicio de los derechos legitimarios», y con mayor precisión aún, cuando expresa en otro de sus párrafos, que en orden a la tutela, etc., adoptante y adoptado serán considerados como padre e hijo, «pero los hijos legítimos y los hijos naturales reconocidos, si existiesen, serán preferidos a los adoptivos». Y al estimar como irrevocable la adopción en el art. 175, se comprueba esta causa entre las de revocación.

La prohibición del núm. 3.º es tan ineludible que, habiendo sido omitida en algunos códigos, como en el del Uruguay, ha sido recogida y reconocida por la jurisprudencia de dicho país, pues como dice Sofía Alvarez (citada por Puig Peña), la obligación de rendir

cuentas es de orden público. Igualmente se manifiesta Vosari, que precisa aún más esa obligatoriedad al comentar el contenido del art. 107 del Código Civil italiano.

El último de los números transcritos tiene como especialidad la de recoger a la vez una prohibición y una autorización. La prohibición se deriva de la peculiar idiosincrasia de la institución, que al crear deberes familiares y de convivencia, no lo haría en una forma viable, ni permitiría el que se produjese el resultado apetecido, si adoptando uno sólo de los cónyuges, no diera su conformidad para ella el otro cónyuge.

Esa misma consideración es la que posibilita y aconseja la autorización de que hablamos, de admitirse la adopción conjunta por ambos cónyuges. Unico caso, como dice la ley, en que una persona puede ser adoptado por otras dos. No hay que olvidar en este punto, que esa circunstancia permisiva se da sólo para las adopciones menos plenas, ya que en las plenas, es por el contrario la regla general ineludible la de que la adopción sea conjunta por ambos cónyuges, contra la cual no se admite más excepción que la de ser viudo el adoptante (art. 178).

Cuestión distinta a la planteada, aunque análoga a ella, es la de la adopción sucesiva, o sea cuando extinguida una adopción, el hijo adoptivo pase a ser adoptado ahora por otra persona. Este supuesto es plenamente admisible y no puede estar comprendido en la prohibición señalada por el Código, ya que al referirse a que nadie puede ser adoptado por más de una persona, salvo el supuesto que en el mismo se prevé, sólo puede referirse a la adopción coetánea, nunca a la sucesiva. Si se admitiese aquélla, existirían dos titulares activos de patria potestad; admitiéndose ésta, habrá una sola patria potestad, ejercida sucesivamente por dos personas distintas.

El supuesto de la adopción conjunta por dos cónyuges, admitido por el Código, aún nos plantea otros problemas, cual es el de determinar qué efectos producirá en esa adopción la declaración de nulidad del matrimonio de los adoptantes, que a nuestro juicio será el de provocar también la nulidad de la adopción por ellos realizada, a cuyo respecto es bastante claro el apartado final del número cuarto que venimos comentando. Si nadie puede ser adoptado por más de una persona, salvo cuando se trate de cónyuges, y

éstos resultaran no serlo, faltaría el requisito primordial contemplado por el Código y entraríamos de lleno en la prohibición que en él se prevé.

Mucius Scévola, que es uno de los pocos que se plantean el problema, adopta una solución intermedia, basándose en el contenido del art. 69 del Código, y estima que sólo será nula la adopción cuando hubiese intervenido mala fe por parte de ambos cónyuges.

Sentimos disentir de él en esta materia. Nos basta para ello con plantearnos el supuesto de que el cónyuge en quien haya recaído la patria potestad sobre el hijo adoptivo contraiga nuevo matrimonio, y en su vista considerar lo que se dice por el citado núm. 4.º del art. 173 y por el art. 178 respecto a la adopción plena, y a su vez estimar la finalidad perseguida por esos preceptos. ¿Se le iba a permitir al nuevo cónyuge el que adoptase al hijo que ya lo estaba por su consorte? Nadie puede serlo por más de una persona, o por dos si se tratase de cónyuges, pero en ningún caso por tres. ¿Se le prohibiría esa adopción por estarlo ya por dos personas que estaban unidas por matrimonio en el momento de realizarla? Entonces se motivaría la anomalía, de que los cónyuges actuales no podrían utilizar la adopción conjunta, que es la que se trata de favorecer, por estar adoptado ya en esa forma por dos personas que en ese momento no se encuentran ligadas con vínculo matrimonial de ninguna clase. Llegar a esas conclusiones por pretender aplicar de una manera forzada la doctrina del art. 69, referente a los efectos de la nulidad del matrimonio, no nos parece criterio acertado, y más cuando la nulidad de la adopción, fundada en la del matrimonio adoptante, no impide otra posterior por uno u otro de los cónyuges, aunque se trate de una adopción menos plena, o por alguno de ellos y el nuevo cónyuge con el que haya contraído matrimonio, con lo que puede llegarse incluso a una adopción plena, si la declarada nula fué de esta clase.

Si sólo se tratase de la separación, la cuestión es distinta. El vínculo sigue subsistiendo, e incluso mediante la reconciliación, puede reconstituirse de nuevo la vida en común de los esposos. Siendo así, no encontramos precepto en qué apoyarnos para estimar que la adopción deba quedar sin efecto en virtud de la separación. Es más, el supuesto que planteamos para contradecir la

subsistencia del vínculo adoptivo en los casos de nulidad de matrimonio del de los adoptantes, no podrá darse en el presente. Todo lo cual nos lleva a estimar, que la separación no produce por sí misma la nulidad de la adopción, salvo que las causas de la separación lo sean también de extinción de la adopción y de las cuales trataremos con posterioridad, pero en cuyo caso, la separación no sería la motivadora de la extinción de la adopción, sino que la causa que dió motivo a la separación, lo sería también de esa extinción.

Efectivamente, si uno al menos de los cónyuges es inocente, a éste pasará la patria potestad, según se dispone en el art. 72 del Código, por lo que no se planteará problema alguno. Si ambos fuesen culpables, al no poder admitir la solución adoptada para la familia natural por el citado precepto, tendremos que adoptar dos distintas soluciones, según el caso que pueda plantearse: 1.º Que la causa de separación afectase a la moralidad de los hijos. En este caso, y según dijimos anteriormente, ella obligará a que se inicie y declare judicialmente la extinción de la adopción, conforme a lo dispuesto en el art. 175. 2.º Que la causa de separación fuese cualquier otra, y al acordarla el Juez estimase que deberá de proveerse de tutor a los hijos, el caso, respecto a los adoptivos nos obliga a subdistinguir de nuevo; si la adopción es menos plena, la patria potestad de éstos deberá pasar a la familia natural, de conformidad con lo dispuesto por el párrafo 2.º del art. 180, y si la adopción es plena, se constituirá el organismo tutelar, como dispone el art. 72, y del que hablamos al tratar de la incapacidad del adoptante sobrevenida con posterioridad a la adopción.

Complementando algunas de las conclusiones expuestas, hemos de indicar que, siempre que se produzca una extinción de la adopción, tendrá que aplicarse lo dispuesto por el párrafo 2.º del artículo 175, en el que se expresa que, «en los casos en que se declare extinguida la adopción, quedará sin otros efectos que los ya consumados». Norma clara, de la que posteriormente hemos de tratar con mayor detenimiento.

B) *El adoptado.*

Pocos requisitos exige el Código en cuanto a la persona del adoptado, y aún éstos, son negativos. No obstante, los problemas más importantes son precisamente aquellos que la nueva regulación ha omitido, siguiendo en ello la misma tónica de la antigua, quizá por estimar que se sobrentenderían, o por no haberlos previsto al desarrollar la presente institución en el articulado.

El primero de los requisitos, que lo es también respecto al adoptante, y que por otra parte es el único que exige el Código, expresamente respecto a las dos formas de adopción, es el que entre adoptante y adoptado medie al menos dieciocho años de edad.

Los requisitos especiales en las adopciones plenas, se recogen por el párrafo 2.º del art. 177, al decir: «Únicamente podrán ser adoptados los abandonados o expósitos que, siendo menores de catorce años, lleven más de tres en tal situación, o siendo mayores de catorce años fueron prohijados antes de esta edad por los adoptantes». La redacción del precepto no ha sido muy afortunada, pero parece ser que, en todo caso, habrán de llevar más de tres años en la situación de expósitos o abandonados, y, además, tener menos de catorce años, o que en caso de tener más de esa edad, hayan sido prohijados por los adoptantes antes de haberla cumplido.

Es evidente que si faltasen algunos de esos requisitos no significaría ello el que fuese imposible toda clase de adopción, sino únicamente la plena, e igualmente estimamos que si por no haberse cumplido los tres años de abandono o exposición hubiese de utilizarse la forma de adopción menos plena, transcurridos los mismos no habrá inconveniente legal alguno en poderla transformar en otra plena, ya que ésta atribuye mayores beneficios al adoptado, lo cual es una de las finalidades perseguidas por toda adopción en cuanto que sean compatibles con otros varios intereses igualmente legítimos.

Queda aún por aclarar un extremo de ese precepto, que es el referente a si en el término prohijamiento que el mismo utiliza, está o no comprendido el acogimiento familiar. Nos inclinamos por la opinión negativa, que a nuestro juicio está fundada, no sólo en que el término es claro y deberá ser entendido literalmente, sino tam-

bién en que el acogimiento familiar se permite respecto a menores en una situación de abandono relativo (puede verse el apartado final del art. 3.º de la Orden de 1 de abril de 1937), lo cual estaría en desacuerdo con el contenido de todo el precepto.

La anterior regulación sobre esta materia hizo surgir dos problemas, de los cuales uno está resuelto claramente en la nueva regulación y el otro lo está en forma indirecta. Consisten dichos problemas en la determinación de si podían ser adoptados las mujeres casadas y los hijos ilegítimos.

El primero de ellos está resuelto en el párrafo 2.º del art. 176. Efectivamente, al determinar los requisitos formales de la adopción, y concretamente en cuanto a las personas que deben prestar su consentimiento para ella ante el Juez, expresa, «y si fuera casado, el de su cónyuge», refiriéndose desde luego al del adoptado. Resulta así, que hoy no sólo pueden ser adoptadas las mujeres casadas, sino que se establece como regla general el requisito de que si fuese casado el adoptado, y sea cualquiera su sexo, se exige para su adopción el consentimiento del otro cónyuge.

En cuanto a los hijos ilegítimos, el problema es más arduo y está relacionado con la cuestión de si pueden o no ser adoptados las restantes clases de hijos, sin que podamos entrar en su solución, en tanto que no desentrañemos previamente algunas de las finalidades de la adopción.

No puede haber duda de que la adopción se propone dotar de una filiación, con todos los efectos a ella inherentes, a aquellos que carecen de ella, o bien sustituir la filiación que poseía el que va a ser adoptado, por otra que se estima mejor para el mismo, e igualmente es evidente que para conseguir esa finalidad se prohíbe todo aquello que podría hacer surgir una oposición entre dos patrias potestades distintas, que, aunque no fuesen coetáneas, podría suponer una duplicidad, aunque solamente fuese parcial; pero también lo es, que no ha podido siquiera pasar por la mente del legislador, el que esta institución pueda ser utilizada para hacer nacer entre dos personas relaciones familiares y económicas, ¡de una categoría inferior a las ya existentes entre ellas por imperativo legal!

Tenemos así que sostener, que no pueden ser adoptados por una persona sus mismos hijos legítimos, legitimados o naturales

reconocidos. Ello es tan opuesto a esta institución, tan antinatural y antijurídico, que no requería el ser consignado expresamente en la misma ley, pero a pesar de ello lo ha sido, ya que el núm. 3.º del art. 173 prohíbe la adopción a los que tengan descendientes legítimos, legitimados o hijos naturales reconocidos, sin que en ese precepto se distinga sobre si estos hijos tienen o no que ser personas distintas a aquella de cuya adopción se trata.

Problema distinto es el de determinar si esos hijos pueden ser adoptados por el cónyuge de su padre o madre, el cual sólo tendría con ellos, en su defecto, el leve lazo que supone el parentesco por afinidad. Aquí la adopción tendrá una finalidad y un contenido propio, pudiendo servir incluso para robustecer los lazos matrimoniales entre el padre o madre y el cónyuge adoptante. La única cuestión que se planteaba era la anomalía que suponía el que en el caso de ser la esposa la adoptante, pasase a ella la patria potestad de los hijos que su esposo hubiere tenido en anterior matrimonio, y precisamente de unos hijos cuyo padre continuaba siendo el jefe de la sociedad conyugal. Esa anomalía ha sido elegantemente resuelta, con un sentido práctico y humano por el párrafo 1.º del art. 180, que establece para este supuesto el principio de que la patria potestad se atribuya a los dos esposos por el orden general determinado por el art. 154, o sea al padre, y, en su defecto, a la madre, sin distinguir entre ellos si se trata del natural o del adoptivo.

Hasta aquí no han surgido verdaderas dificultades interpretativas en cuanto al problema de que tratamos, pero hemos de preguntarnos: y respecto a los hijos naturales no reconocidos, o respecto a los demás hijos ilegítimos, ¿podrán ser adoptados por sus padres o estarán excluidos de este beneficio? Creemos que no existe obstáculo legal alguno para ello. La prohibición del art. 173 antes referida no comprende a estos hijos. La referencia que realiza el también citado párrafo 1.º del art. 180 a los hijos legítimos, legitimados y naturales reconocidos, no puede siquiera ser citada como argumento en contra, ya que lo que se trata de solucionar en ese párrafo es los problemas que pueden surgir entre dos patrias potestades de hecho, aunque el derecho sólo reconociese una, en tanto que, respecto a los hijos de que tratamos, no existe ninguna, no ya de derecho, sino bastantes veces ni aun de hecho. Esas

mismas razones impiden el sostener la duplicidad de patria potestad en una misma persona, como razón contraria a la admisión de la adopción del hijo ilegítimo por sus padres. De otra parte, al conseguirse al través de la adopción unos derechos y obligaciones entre el padre y el hijo de los que antes carecían y los que mediante esta fórmula permite el que surjan sin «escándalo público» (valga la frase), es ya suficiente razón para aconsejar la utilización de esta institución, y precisamente en estos casos. Podemos añadir aún que sería verdaderamente absurdo el que se permitiese adoptar plenamente a un expósito cuando fuese hijo ilegítimo de un tercero, y prohibirlo cuando se tratase del propio. Por todo ello, y siguiendo el principio de «ubi lex voluit dixit, ubi non voluit tacuit», hemos de admitir sin reservas estas adopciones.

Nos queda por señalar, por último, en cuanto a la cuestión de que venimos tratando, el caso tan finamente planteado por Mucius Scévola, del hijo natural no reconocido a quien en el momento de realizarse la adopción se le califica de tal por el adoptante, que es a la vez su padre. En cuanto a él, nos encontramos con un reconocimiento, mejor dicho, con un escrito indubitado bastante para obtener la cualidad de natural reconocido, que al transformar su situación le haría quedar excluido de la adopción iniciada, lo que le haría quizá perder más derechos que los que el mismo Código le concede como tal natural reconocido. La cuestión entendemos que no afecta a los principios, sino al derecho adjetivo. Mientras no se den los requisitos formales para que el reconocimiento sea pleno, la declaración del padre podrá servir para poderle obligar a reconocerlo; pero, entre tanto, no hay inconveniente en mantener la validez de la adopción, que podrá evolucionar a un estado de derecho más favorable al hijo mediante el reconocimiento posterior, bien sea éste voluntario o forzoso.

¿Queda alguna limitación más? Aparentemente hemos de contestar que no, y así resulta desde el punto de vista civil. Pero como los problemas económicos tienen cada vez mayor importancia en la vida real, y la legislación fiscal afecta directamente a esos problemas, el requisito exigido por la legislación del Impuesto de Derechos reales, de que para poder gozar de los tipos beneficiosos dictados para las herencias y donaciones entre adoptantes y adoptados será indispensable el que en las adopciones realizadas con:

posterioridad al 1 de abril de 1945, el adoptado tenga menos de treinta años de edad en el momento de realizarse su adopción, resulta de hecho una limitación para bastantes adopciones, ya que, pasada esa edad, quedaba poco contenido real a la adopción. Hoy, después de la nueva regulación de la adopción, esta limitación fiscal no tendrá tanta influencia, ya que los posibles derechos sucesorios serán objetivo bastante para tratar de dar estado legal a una situación real de afecto, ayuda y respeto, similar a una filiación, y que de no tener otra finalidad, sería difícil el que fuese asegurada mediante esta institución, que traerá consigo más complicaciones y formalidades que el simple estado de hecho, similar, no obstante, a ella en cuanto a sus efectos reales.

ELEMENTOS FORMALES.

Aunque ya de tan repetidos y sabidos resultan olvidados, no podemos omitir el señalar ciertos precedentes en esta materia, siquiera sea con la finalidad de evitar el que alguien pueda confundir con un ser dotado de vida a la casi cadavérica Ley de Enjuiciamiento Civil, y se pregunte qué significado puede tener el epígrafe de su título II del Libro III, que lleva como rúbrica «De la adopción y de la arrogación». Para ello tendremos que remontarnos al Derecho Romano, y si cierto tufo tradicionalista es consustancial al Derecho, ya que es más fácil para la humanidad el cambiar en su modo de vida que en sus pensamientos y formalismos jurídicos, el caso de nuestra Ley de Enjuiciamiento pasa de lo tradicional para caer de lleno en lo arcaico.

Resulta paradójico al respecto el que en la misma fecha en que se aprobó la reforma del Código Civil, de que en parte estamos ocupándonos, se aprobase también la correlativa de la Ley de Enjuiciamiento Civil motivada en aquella, pero sin que alcanzase al título reseñado. Quizá se pensase por el legislador que si bien algunos de los artículos de ese título estaban ¡muertos!, ello no impediría la vigencia de los restantes; pero esto es sólo cierto en una primera aproximación, pues si bien ellos no ¡matan! a los restantes, casi les producen la ¡asfixia! En descargo de esta postura legislativa, puede alegarse que ese reproche es igualmente

aplicable a casi todas las demás secciones de la ley; pero deberá tenerse en cuenta que no por ser cierta esa afirmación podrán mejorarse los reproches que a ese título pueden hacersele.

Si en el Derecho Romano los padres eran en cierto modo dueños de los hijos de familia, en tanto que el *sui juris* resultaba ya completamente libre, la adopción del primero, o adopción propiamente dicha, era con toda propiedad un contrato entre el adoptante y el padre del adoptado, en tanto que la del segundo, o arrogación, tenía ya un carácter completamente distinto. Las Partidas nos transmitieron esa distinción y exigieron para la adopción la autorización del Juez, en tanto que para la arrogación fijaba el otorgamiento del rey, cuya distinción ha pasado a nuestra Ley de Enjuiciamiento, y si bien en el momento de publicarse la misma estaba justificada su subsistencia, porque había de considerarse vigente aquella ley, desde entonces han pasado muchas leyes ¡por el dintel de la aprobación!, e incluso lo han sido en un apresurado tejer y destejer sobre una misma materia, sin que esto haya impedido el que continuasen vigentes las disposiciones sobre la arrogación, tan fáciles de sustituir, aprovechando cualquiera de esas ocasiones.

Limitada la reseña histórica a estas breves indicaciones, hemos de concluir señalando que hoy, y en virtud del contenido de los artículos reformados del Código Civil, especialmente del 176 y del 177, así como de los correspondientes de la Ley de Enjuiciamiento Civil, en la parte en que están vigentes, la parte adjetiva de la presente institución hemos de considerarla dividida en tres grupos: requisitos previos a la misma, requisitos coetáneos y requisitos posteriores, en cuyo orden los estudiaremos.

A) *Requisitos previos.*

Esta serie de requisitos que constituyen el grupo de los necesarios para la iniciación del acto formal de la adopción, no son otra cosa que la existencia de todas aquellas circunstancias personales exigidas para poderse llevar a efecto, además de la inexistencia de todas aquellas prohibiciones determinadas por el Código. Pero como todas esas circunstancias, positivas y negativas, han queda-

do expuestas al tratar de los elementos personales, omitiremos aquí su repetición, que resultaría redundante e innecesaria.

B) *Requisitos coetáneos.*

Este es el grupo más importante y trascendental de los elementos formales de la presente institución, que están recogidos en el art. 176 del Código Civil y en los correspondientes de la Ley de Enjuiciamiento Civil. De esos dos grupos de preceptos se deduce la existencia de dos clases de adopción en atención a sus formalidades, la que podríamos denominar judicial y la administrativa. La primera constituye la regla general, en tanto que la segunda es aplicable solamente a las adopciones de las personas recogidas o tuteladas en Casas de Expósitos u otros establecimientos de Beneficencia.

1.º Forma judicial.

Esta forma está recogida fundamentalmente por el párrafo 1.º del art. 176 del Código. Se dice en el mismo: «La adopción se autorizará previo expediente, en el que necesariamente se manifestará, a la presencia judicial, el consentimiento del adoptado mayor de edad; si fuera menor o incapaz, el de las personas que debieran darlo para su matrimonio, y si fuere casado, el de su cónyuge.» Añadiéndose a ello por el párrafo 3.º: «Será nula la adopción en la que no se cumplan estos requisitos.»

La preocupación que parecen haber tenido los redactores del nuevo precepto de corregir en él las deficiencias del anterior, los ha llevado a olvidarse de consignar el que el expediente se tramitará ante el Juez, o bien simplemente el que la autorización para la adopción tendría que darla dicho funcionario, limitándose a decir, y como de pasada, que el consentimiento de las personas aludidas se prestaría ante dicho funcionario. No es que ello pueda motivar un grave problema de hermenéutica, pues resulta claro el que este expediente sólo podrá ser judicial, no ya sólo por deducirse del mismo contexto del precepto, especialmente de su párrafo 3.º, sino también porque en el artículo siguiente se manifiesta que la aprobación se llevará a efecto por el Juez, además de que en la Ley de Enjuiciamiento es éste el tema central de toda la regulación llevada a efecto por su articulado; pero, a pesar de ello,

hubiese costado poco trabajo el dejar sentado este extremo con la suficiente claridad.

Aún hemos de señalar, en relación con esta forma, que sólo podrá ser aplicable a algunas adopciones menos plenas, ya que las adopciones de los acogidos en las Casas de Expósitos u otros establecimientos de Beneficencia, únicas que pueden revestir la forma de plenas, y que incluso podrán también serlo menos plenas, se rigen por el expediente administrativo, del que después trataremos.

El expediente judicial se inicia en virtud de solicitud del adoptante dirigida al Juez de primera instancia del domicilio del adoptado (art. 1.825 y regla 16 del art. 63, ambos de la LEC), en la que será potestativo para el solicitante valerse de abogado y procurador (núm. 4.º del art. 10 y núm. 7.º del art. 7.º de la LEC.).

El contenido de esta solicitud consistirá en una exposición de las razones que tenga el adoptante para llevarla a efecto, además de expresar el que concurren los requisitos legales necesarios para que ésta sea posible, o sea los que hemos indicado como previos para la adopción (art. 1.875 de la LEC.). Entre las razones que deberán constar en la solicitud, estarán comprendidas las referentes a la utilidad que la adopción que se solicita puede reportar para el adoptado, las cuales serán objeto de una información durante la tramitación del expediente, y en esa frase de tan amplio contenido hemos de entender que deberá estar comprendido todo lo relativo a los derechos que el adoptante se proponga conceder al adoptado en relación con su herencia, así como lo referente al uso de sus apellidos, ya que por la naturaleza e importancia de esas cuestiones las indicaciones a ellas referentes podrán servir para inclinar el ánimo del juzgador en favor de la procedencia de la adopción que se solicita, pues serán numerosos los supuestos en los que la indiferencia entre la situación del adoptado en su familia natural y la que pueda tener en la adoptiva, radicarán casi únicamente en esos derechos, y más concretamente en cuanto al primero de los aludidos.

Continúa diciendo el art. 1.825 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, en su párrafo 2.º: «Se acompañarán al escrito las partidas de bautismo o certificaciones de nacimiento del adoptante y adoptado, y los demás documentos que sean pertinentes, y se ofrecerá

la información sobre los extremos que no puedan justificarse con documentos, y sobre la utilidad de la adopción para el adoptado.» Finalmente, no habrá inconveniente en que este escrito vaya firmado también por el padre o la madre, bajo cuya potestad esté la persona que se trata de adoptar, pero sin que pueda conservarse a ese requisito el carácter de alternativo que le daba el art. 1.826 de la Ley de Enjuiciamiento, o sea de que esas personas podrían, o bien firmar el escrito de solicitud, o bien prestar su consentimiento ante el Juez, ya que el art. 176 del Código es lo suficientemente preciso al efecto, y la no observancia de sus disposiciones acarrearía la nulidad de la adopción. Por ello podríamos decir, en resumen: que el consentimiento deberá prestarse ineludiblemente ante el Juez, pero que no hay inconveniente legal alguno en que además pueda firmarse la solicitud por el padre o madre.

Como trámite siguiente se determina en el art. 1.827 de la Ley de Enjuiciamiento: «Cuando el adoptado sea mayor de siete años, el Juez le hará comparecer para explorar su voluntad, consignándose también en los autos si está conforme con la adopción, o no la contradice.» Este requisito no ha resultado afectado por las nuevas disposiciones del Código, por lo que deberá mantenerse su vigencia, aunque con un carácter de elemento informativo para la decisión judicial; pero sin olvidarse que si el adoptado es mayor de edad y no está incapacitado, tendrá que prestar su «consentimiento» para la adopción en presencia del Juez, sin que baste el utilizar para ello cualquier fórmula más o menos vaga, como la de «no contradecirla», aunque esté apoyada en el artículo transcrito de la Ley de Enjuiciamiento, ya que el Código es preferente en este extremo y no autoriza ambigüedades en la expresión. En este momento de la tramitación es cuando procederá el que se recojan en el expediente las prestaciones del consentimiento para la adopción de todos aquellos que deban darlo, según los casos, y cuya manifestación se hará precisamente ante el Juez. Como personas que tendrán que prestar el consentimiento, según dispone el Código Civil, están: el adoptado, cuando es mayor de edad y no está incapacitado; su cónyuge, en todo caso, y las personas que deban prestar su consentimiento para el matrimonio según el orden establecido por los arts. 46 y 47 del Código, si el adoptado fuese menor de edad o estuviese incapacitado.

Surge aquí el problema de determinar quiénes deberán dar el aludido consentimiento cuando se trate de menores de edad que hayan sido emancipados por matrimonio, concesión del padre o de la madre o habilitados de edad; mejor dicho, el decidir si en esos supuestos bastará el consentimiento del adoptado, como si se tratase de un mayor de edad, o si es necesario el de las personas que deben prestarlo cuando éste es menor. Cuya cuestión reviste gran importancia, en vista de la amenaza de nulidad que envuelve el incumplimiento de cualquiera de las circunstancias expresadas en el párrafo 1.º del referido art. 176 del Código.

Mucius Scévola, uno de los pocos que se plantean la cuestión, aunque lo hace parcialmente, concluye manifestando que el fundamento del consentimiento solicitado al padre, etc., radica «en la incapacidad del menor para regir su persona y obligarse», y siendo la adopción un contrato que, afectando a la posición legal de las personas, no origina ninguno de los actos y contratos señalados en el art. 317 del Código Civil, no será, por tanto, necesario el consentimiento del padre o de las personas que deban darlo para su matrimonio.

Realmente resulta engorroso este afán de encuadrar todo en el ámbito contractual, que culminó en el ya anticuado Contrato Social de Rousseau, del que ya sólo puede hablarse desde un punto de vista histórico. ¿Contratos en los cuales figura como contenido el respeto, la obediencia, el amor filial, el cuidado paternal, las buenas costumbres?, etc. Un poco más de seriedad, ya que resulta hasta inelegante, el tratar como un vulgar contrato a cuestiones tan íntimas y delicadas. Y si no consideramos la adopción como un contrato, ¿qué queda para apoyar la opinión de la capacidad del emancipado, respecto a poder prestar su consentimiento para la adopción? Nada.

No puede negarse que el que ha sido emancipado por alguna de las causas antes indicadas, tiene, o se le supone, un mayor grado de raciocinio que cualquier otro menor de edad, y que sería ilógico el que se pudiese efectuar su adopción en contra de su voluntad; pero esto no lo autoriza nunca la ley, ya que, como hemos visto, al ser mayor de siete años, tendrá que manifestar ante el Juez si está conforme con la adopción, o no la contradice (art. 1.827 de la LEC.), y si lo que hace es oponerse a ella, el Juez no podrá con-

tinuar la tramitación del expediente (art. 1.828 de la LEC.). Esos preceptos de la Ley de Enjuiciamiento, no derogados por el Código, ni aun con su actual redacción, impiden el que la voluntad del menor, sea cualquiera su edad, y siempre que sea superior a siete años, pueda ser menospreciada; pero también revelan, que no le ha bastado al legislador esta voluntad favorable del adoptado, para aplicar sin más la procedencia de la que se solicita, sino que ha apelado también al consentimiento del padre, etc.

Aparte de los razonamientos expuestos y de los que omitimos para no desmesurar el problema, nos encontramos hoy con el texto mismo del art. 176 del Código, no sólo en cuanto a lo preciso de sus términos, que distinguen con toda nitidez entre adoptado «mayor de edad» y el «menor o incapacitado», sino fundamentalmente en cuanto a su párrafo 3.º, en el que sin ninguna clase de sutilezas declara nulas las adopciones en que no se cumplan los requisitos señalados en el precepto. Por ello podremos decir en conclusión, que deberá estimarse como una causa de nulidad, el que tratándose de un menor de edad, sea cualquiera su clase en orden a la capacidad, se preste sólo por él el consentimiento para su adopción, sin que figure en el expediente el de las personas que debieran darlo para su matrimonio.

Continuando la exposición de la tramitación del expediente, hemos de señalar que, con las referidas prestaciones de consentimiento, se inicia la verdadera actuación del Juez. En ese instante admitirá la información que fué ofrecida en la solicitud, con citación del Ministerio Fiscal, para la que deberán concurrir, al menos, tres testigos, que si no fuesen conocidos del Secretario serán identificados con otros dos de conocimiento (art. 1.828 de la LEC.). No se dice nada, ni por el Código ni por la Ley de Enjuiciamiento, sobre los extremos que deberán ser objeto de esta información, antes al contrario, al hacerse la reforma del Código Civil, se ha suprimido incluso la frase de que la adopción sería aprobada «si la cree conveniente al adoptado», pues apenas puede considerarse como tal, la exigencia de la Ley de Enjuiciamiento, de que mediante la información se acreditarán los extremos del escrito que no tengan confirmación documental, a la vez que la «utilidad de la adopción para el adoptado» (art. 1.825); pero esta parquedad concede una mayor libertad al Juez para indagar todas las cir-

cunstancias físicas y morales, que, según el caso planteado, puedan afectar al desenvolvimiento favorable de la adopción solicitada, y es precisamente en este punto en el que puede resultar más importante la intervención judicial para el mismo adoptado, mejor dicho, para el que se trata de adoptar. Por ello, sigue siendo válido el afirmar con Planiol y Ripert, que el juzgador tiene un poder discrecional para apreciar si la adopción está o no justificada y para reflejar su opinión en la decisión que adopte.

Llegada a este punto la tramitación del expediente, es cuando se exige por la Ley de Enjuiciamiento Civil, el que se pasa éste al Ministerio Fiscal durante un plazo de seis días, «para que emita dictamen sobre si se han justificado en forma los requisitos legales para la adopción, o se subsane algún defecto en el procedimiento en el procedimiento (art. 1.829). La necesidad de este requisito no la vislumbramos, y así le ocurre al tan citado Mucius Scévola, que al llegar a la misma conclusión dice al respecto (Tomo III): «En definitiva, ¿a qué se reduce la intervención del Ministerio público? A dar su dictamen. ¿Dónde se dejan entonces las condiciones de ciencia y pericia del Juez, por cuyo realce deben mirar las leyes? ¿Se le ha de escuchar sobre el fondo del asunto o sobre la forma y solemnidades del mismo? ¿Por ventura no tiene el Juez los autos a su vista? La intervención fiscal es un mero trámite del expediente, de todo punto ineficaz, porque la fuerza que puede aportar por la mayor solemnidad que presta, la pierde por su inutilidad notoria, sobre todo cuando discrepen Juez y Fiscal». A lo que podemos añadir nosotros, a la vista ya del flamante Reglamento de ese Ministerio, y concretamente de su art. 1.º. ¿Qué representación del Gobierno existe en este acto? ¿Se cumple mejor la misión encomendada al Ministerio Fiscal por ese Reglamento, de cuidar de que la justicia se «administre pronto», al exigir una dilación de seis días en la tramitación de estos expedientes para no añadirles nada con ella?

Finalmente, según el art. 1.830 de la referida Ley de Enjuiciamiento: «Devuelto el expediente por el Promotor Fiscal, y subsanados los defectos u omisiones que hubiere notado, el Juez llamará los autos a la vista, y dentro de los cinco días dictará auto con la resolución que estime procedente». A lo que se añade por el párrafo 1.º del art. 1.831: «Si el Juez estimare que procede la adop-

ción según derecho, y que es útil al adoptado, concederá la autorización y licencia judicial para que se lleve a efecto, mandando que se libre y entregue a los interesados el oportuno testimonio para el otorgamiento de la correspondiente escritura».

2.º Forma administrativa.

La forma administrativa de la adopción estaba regida por la Ley de 17 de octubre de 1941, que ha sido derogada, salvo en cuanto a su art. 7.º, por el art. 5.º de la Ley de 24 de abril de 1958 reformadora del Código Civil, y siendo sustituida su regulación por las disposiciones de los párrafos 2.º y 3.º del nuevo art. 176 del mismo. Esta forma será la única admisible cuando se trate de adopciones plenas, ya que según el art. 178, sólo pueden ser adoptados plenamente los abandonados o expósitos que, llevando más de tres años en esta situación, tengan menos de catorce años, o si siendo mayores de esta edad, han sido prohijados antes de ella por los mismos que tratan de adoptarlos. Igualmente será admisible esta reforma para las adopciones menos plenas de dichos expósitos o abandonados, cuando no se reúnan los requisitos señalados para la plena.

En cuanto al expediente y la forma en que debe ser tramitado, son bastantes escasas las normas. El Código se limita a manifestar en los párrafos citados del art. 176, que: «Si el adoptado estuviere sometido a la tutela de una Casa de Expósitos u otro Establecimiento de beneficencia, el expediente se tramitará exclusivamente por la Administración de éste, haciendo las comprobaciones necesarias, oyendo al adoptado, si tuviere suficiente juicio, y a sus más próximos parientes, si fueren conocidos. El expediente se elevará al Juez, quien en el plazo de ocho días, y previa audiencia del Ministerio Fiscal, lo aprobará o señalará las causas que lo impidan.

Será nula la adopción en la que no se cumplan estos requisitos.

A su vez, el art. 7.º de la Ley de 17 de octubre, único que se declara subsistente, aunque interesante para esta materia, no añade nada que desarrolle el procedimiento en sí, ya que se limita a manifestar: «Ninguno de los funcionarios que intervengan en estos procedimientos percibirá derecho ni retribución alguna por su intervención, extendiéndose todas las diligencias y escritura en papel de oficio».

Pese a esta carencia de normas, será evidente la necesidad de que en esos expedientes se cumplan ciertos requisitos de tramitación, además de los que son aludidos por el precepto, o sea los de las comprobaciones, audiencia del adoptado, de sus más próximos parientes y aprobación judicial.

Si los extremos referentes al adoptado deberán constar en la Administración del Establecimiento de que se trate y tendrán que ser transcritos, o referidos, en el expediente en forma suficiente para poder indagar si se dan o no los requisitos exigidos para la adopción de que se trate, no ocurre así con los del adoptante, y éstos son igualmente indispensables para poder determinar la procedencia de la adopción y, por ende, para que ésta sea aprobada por el Juez.

En vista de ello, el adoptante tendrá que aportar al aludido expediente, los documentos necesarios para justificar que reúne las cualidades exigidas por la ley para la adopción plena, o menos plena, de que él sea objeto. Pero no debemos olvidar, que siendo la adopción un acto voluntario en cuanto al adoptante, aun cuando este carácter resulte más esfumado respecto al adoptado en ciertos supuestos, no podrá iniciarse ningún expediente sin que conste la petición del adoptante en ese sentido. Siendo de todo punto indiferente el que esta petición pueda revestir la forma de comparecencia, o la de solicitud que se exige para la judicial.

En su tramitación hemos de estimar que la frase utilizada por el Código de que se hará por parte de la Administración del Establecimiento «las comprobaciones necesarias», no puede referirse a las de los documentos justificativos de que concurren los requisitos legales para la misma, ya que para tan corta interpretación, se requiere, el que, aunque hubiese sido mediante una ligera alusión, se expresa en ese sentido el mismo artículo. Ese silencio obliga a dar a esta frase una interpretación amplia, la mayor posible, con lo que podrán estar comprendidos en la misma: la aludida comprobación de los documentos; la de la averiguación de la moralidad y honradez del adoptante a que se refería el art. 2.º de la ley derogada; así como cualquiera otras que se refieran a la utilidad de la adopción para el adoptado, a que hace referencia el art. 1.825 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, y entre las que ocupará un lugar preferente, como allí dijimos, los ofrecimientos del

adoptante respecto a los derechos que en su herencia conceda al adoptado, así como lo referente al uso de sus apellidos, bien que si se tratase de una adopción plena, ésta última es innecesaria, por estar determinado taxativamente este extremo por la misma ley, y en cuanto a la primera, lo será sólo en el caso de atribuirse al adoptado unos derechos sucesorios superiores a los que por vía legal le atribuye el mismo Código en su art. 179.

Hemos de indicar, finalmente, que al elevarse este expediente al Juez para su aprobación, previa audiencia del Ministerio Fiscal, no se le concede para todo ello más tiempo que el de ocho días. Con esta nueva disposición del Código, ha quedado reducido el espacio de tiempo de once días que se fijaba para las dos actuaciones por los arts. 1.829 y 1.830 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, o sean, el de seis días para el informe Fiscal y el de cinco para dictarse por el Juez el auto, aprobando o denegando la adopción.

C) *Requisitos posteriores.*

Sólo son tres los requisitos posteriores exigidos por el Código, y sin que todos ellos merezcan un comentario favorable. Se establece en el art. 177: «Aprobada definitivamente la adopción por el Juez, se otorgará escritura, expresándose en ella las condiciones con que se haya hecho, y se inscribirá en el Registro Civil correspondiente». Expresándose a su vez por el art. 166: «Los padres que reconocieren o adoptaren en forma menos plena no adquieren el usufructo de los bienes de los hijos reconocidos o adoptivos, y tampoco tendrán la administración, si no aseguran confianza sus resultados a satisfacción del Juez del domicilio del menor o de las personas que deben concurrir a la adopción».

El primero de estos requisitos es pues la escritura de adopción y nadie, salvo en el caso de exageraciones partidistas, podrá alabar el que haya sido conservado en la nueva redacción, en contra de lo cual existían poderosas razones. En primer lugar, y lo colocamos en él por ser de más breve exposición, podemos fijarnos en el aspecto económico, y no se requiere en lo más mínimo aludir a lo menguado que él resulta para el cuerpo notarial, no ya sólo por los escasos supuestos de adopción, sino porque según el art. 7.º de la Ley de 17 de octubre de 1941, las adopciones de los recogidos

en Casas de Expósitos u otros Establecimientos benéficos están exoneradas de todo pago, para comprender que su supresión no acarrearía perjuicio apreciable para el Cuerpo. Por el contrario, desde el punto de vista de adoptantes y adoptados, resulta tremendamente injusto el que, cuando se trate de la de alguno de los acogidos a esos Establecimientos, se declare la gratuidad de la tramitación, sin tener para nada en cuenta la posición económica del adoptante, en tanto que, cuando se trate de la adopción de un menor, cuya familia sea económicamente débil y que es realizada por un adoptante que sólo esté atendido a su trabajo como medio de vida, haya de ser ¡premiado! por esta buena obra con unos gastos que seguramente serán considerables para su modesta economía.

Si pasamos a estudiar la finalidad que se pretende con este requisito, llegaremos a la misma conclusión respecto a su inutilidad. Esta finalidad no podrá ser la de su publicidad, ya que a ella se refiere otro de los requisitos, y, principalmente, porque el protocolo notarial está regulado bajo un criterio que precisamente es opuesto al de la publicidad. Tampoco puede estimarse como finalidad la de recoger en la escritura la parte contractual que pueda existir en las adopciones, no ya porque opinemos que ésta no es un contrato, sino porque, aun siguiendo esa opinión contractual, continuaría sin ser necesaria la escritura. La tesis contractual supone diversidad de voluntades que concurren en el negocio jurídico, pero cuya concurrencia puede efectuarse y de hecho es lo mas corriente, previa una disparidad entre ellas, y esto no puede darse en la adopción en el momento en que se redacta su escritura, ya que esas disparidades podrían motivar un disedimiento del negocio jurídico, lo cual si es posible y concebible durante la tramitación del expediente, no lo es en el momento que contemplamos, puesto que en ese instante, la adopción está ya legalmente efectuada, sin que el cumplimiento de los requisitos posteriores lleve aparejada su nulidad, que es reservada por el Código para los previos y coetáneos de que antes tratamos; por ello declara el art. 176 la nulidad, sólo en el caso de no cumplirse los requisitos del expediente; establece el 177 que la adopción está «aprobada definitivamente» con anterioridad a la redacción de la escritura, y establece el 175 el carácter de irrevocable de la misma. En virtud de

esas normas, si la escritura tiene que limitarse a recoger sin alteración el contenido del expediente, ¿podrá justificarse su necesidad manifestando que mediante ella se ratificaba, o elevaba a público, un contrato privado? Creemos que no se requiere más comentario para rechazar la improcedencia de esa interpretación.

Tratando de salvar de alguna manera el requisito de la escritura, podríamos limitar la tesis contractual, entendiendo que el único objeto de la escritura es el de recoger lo referente a los derechos sucesorios en la herencia del adoptante y al uso de los apellidos de éste por el adoptado, lo cual parece estar corroborado por el mismo Código, ya que en él se habla de que «los derechos del adoptado en la herencia del adoptante y establecidos en la *escritura* de adopción, son irrevocables» (art. 174) y de que «el adoptado podrá usar con el apellido de su familia el del adoptante si se expresa en la *escritura* de adopción» (art. 180); pero deducir de ello que es esta la causa por la cual se exige la escritura como uno de los requisitos de la adopción, es guiarse por un vano espejismo. Dejando aparte el hecho de que existen adopciones, como las plenas, en las que es taxativo el uso de los apellidos del adoptante por el adoptado y para las que están fijados por la ley unos derechos sucesorios mínimos, y que, por consiguiente, no permiten la existencia de pactos sobre el uso de apellidos, ni sobre concesión de unos derechos hereditarios inferiores a los que el Código les otorga, en el resto de las adopciones, al resultar potestativos estos pactos sobre apellidos y derechos hereditarios, si no se pactase nada sobre ellos, esa carencia implicaría el que la escritura careciese del contenido que se le atribuye, y, por tanto, el que no se requiriese su otorgamiento. Por ello, si hubiese sido ésta la finalidad perseguida por el requisito de la escritura, no hubiese sido recogida por el Código, como uno más de los de la adopción, sino a lo sumo como uno de los accesorios, aunque indispensable en los casos en que fueran posibles estos pactos y hubiese convenio sobre ellos.

Por último, si la estimamos como una solemnidad final de la institución, con la que ésta quedaria perfecta, resultaría que nos pondríamos en oposición con el contenido mismo del artículo en que ella se establece, ya que él se expresa en «pasado» al referirse a la adopción y no en «presente». Por esto dice que se expresarán

en la escritura de adopción las condiciones en «que se haya hecho», y no dice, por el contrario, las condiciones en que «se haga» la adopción. Es cierto que existen actuaciones judiciales que requieren un otorgamiento posterior de escrituras, o bien el que ellas mismas sean protocolizadas, siendo esto relativamente frecuente en la jurisdicción voluntaria; pero en esos casos se trata unas veces de que el Juez sólo ha intervenido con anterioridad a la escritura como representante de un deudor-vendedor, o bien en otras de negocios jurídicos netamente privados, completamente alejados de una institución tan atendida a normas de carácter público como la presente. Por ello, el criterio de analogía, fundado en «una concurrencia en el lugar», no puede servirnos como argumento para demostrar la procedencia de la escritura.

El que se tenga una opinión contraria a estimar que la escritura sea un requisito más de la adopción, no es óbice para que este requisito exista y haya de ser cumplido. Esa afirmación nos obliga a determinar en qué forma habrá de serlo.

El Código sólo exige el que se exprese en la escritura «las condiciones con que se haya hecho» la adopción, a la vez que autoriza por otros preceptos a que en ella puedan recogerse los pactos sucesorios o los referentes al uso de apellidos del adoptante; pero pese a esa parquedad en las normas, hemos de entender que ellas deben ser completadas con las tres limitaciones siguientes, derivadas de otros artículos del Código: 1.^a Que los pactos relativos al uso de los apellidos del adoptante por el adoptado, no podrán ir contra lo dispuesto para las adopciones plenas por el art. 178, o sea que no podrá pactarse nada en contra del uso de los apellidos del adoptante o adoptantes por el adoptado, con el carácter de únicos apellidos del mismo. 2.^a Que en toda adopción plena habrá de respetarse el mínimo de derechos sucesorios determinados por el art. 179, ya que cualquier pacto en contrario equivaldría a una renuncia de derechos por parte del adoptado, que ni tiene capacidad para ello, ni es susceptible de ser realizada al través de sus representantes por ser esta materia de orden público, sin que ello prejuzgue una renuncia posterior de la herencia ya deferida, que sería plenamente válida, y 3.^a Que si en el expediente constase alguna manifestación del adoptante sobre el uso de apellidos o sobre derechos sucesorios, ellas no podrán ser desvirtuadas por

estipulaciones de la escritura, ya que aquellas fueron tenidas en cuenta al aprobar la adopción, y forman parte del expediente y de esa aprobación, convirtiéndose con ello en una parte de la realizada, la cual, desde el momento de la aprobación judicial, es irrevocable en su totalidad.

La determinación de las personas que deben concurrir al otorgamiento de la escritura es tratada únicamente en el párrafo 2.º del art. 1.831 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Se dice por el mismo: «En ésta intervendrán el adoptante, el padre o la madre del adoptado, y éste si fuera mayor de catorce años». Pero este precepto requiere alguna aclaración.

La Ley de Enjuiciamiento parece no reconocer como intervinientes en la adopción más personas que el adoptante, el adoptado y el padre o madre de éste, que lo tenga bajo su potestad. Por ello, la prestación del consentimiento sólo se refiere a ellas y en la escritura, como lógica deducción, no requiere más intervención que las de esas mismas. Pero ampliado por el Código el número de personas que deben prestar su consentimiento para la adopción, y pudiendo darse el caso de no existir padre o madre del adoptado, si éste es menor de catorce años, deberá seguirse el criterio del Código, reformador de la Ley de Enjuiciamiento, en todo lo que estén en contradicción, o no previsto por ella, y estimar que deberán concurrir las mismas personas que han prestado su consentimiento ante el Juez, ya que admitir una escritura que sólo contuviera una declaración unilateral del adoptante, sería caer en el absurdo.

El segundo de los requisitos posteriores está constituido por la inscripción «en el Registro Civil». La Ley reguladora del mismo es la reciente de 8 de junio de 1957, que aún está falta de desarrollo reglamentario, por lo que ha sido suspendida su vigencia repetidamente, pero que pese a encontrarnos dentro de una de esas prórrogas de su vigencia, será la que seguiremos en esta exposición, pues es la que en definitiva regulará la materia. Del contenido de esa ley y del de varios preceptos del mismo Código, resultan que son dos los hechos referentes a la adopción que deben constar en el susodicho Registro: de una parte, la adopción misma, y de otra, todo lo referente a las alteraciones en los apellidos del adoptado;

aunque no exista obstáculo legal alguno, en que ambas circunstancias sean recogidas en un solo asiento.

Como norma fundamental tenemos la contenida en los párrafos 3.º y 4.º del art. 178 del Código Civil, referentes a las adopciones plenas y en los que se dispone:

«El adoptado, aunque conste su situación, ostentará como únicos apellidos los de su adoptante o adoptantes.

El Registro Civil no publicará, a partir de la adopción, los apellidos impuestos al adoptado en su inscripción de nacimiento ni dato alguno que revele su origen. No obstante, el Juez de primera instancia podrá acordar que se expida certificación literal del acta de inscripción de nacimiento del adoptado, a solicitud de quien justifique interés legítimo y razón fundada para pedirla. La resolución judicial no será necesaria si el solicitante fuese el propio adoptado mayor de edad».

Pasando a los preceptos adjetivos, vemos que la forma de hacerse constar las circunstancias de la adopción está recogida en los arts. 46 y 62 de la Ley del Registro Civil. Conforme a ellos, tanto la adopción, como las alteraciones de apellidos deberán recogerse en ese Registro, mediante inscripciones extendidas al margen de la de nacimiento correspondiente, que evidentemente será la del adoptado, por ser aquél a quien le afecta fundamentalmente la adopción en cuanto a estos extremos; no obstante, entendemos que deberá hacerse una referencia al margen de la de nacimiento del adoptante o adoptantes, como se deduce de la Exposición de Motivos de la referida ley, y lo que seguramente será recogido en su día por el Reglamento que está pendiente de publicación.

Expuesto lo relativo a lugar donde han de hacerse constar esas circunstancias referentes a las adopciones, hemos de hacerlo sobre lo que puede y debe mencionarse, y si bien en este punto no hay que hacer aclaración alguna en cuanto a la adopción misma, no ocurre igual respecto a los cambios de apellidos. Efectivamente, el art. 56 de la Ley del Registro Civil se expresa en cuanto a este extremo, diciendo: «En la escritura de adopción se puede convenir que el primer apellido del adoptante o adoptantes se anteponga a los de la familia natural del adoptado. Los apellidos no naturales pueden ser sustituidos por los de los adoptantes». Y ese

precepto no concuerda íntegramente con los del Código Civil en su moderna regulación.

Realmente el contenido del artículo transcrito no puede ser desconocido en las adopciones menos plenas, respecto a las cuáles no contiene precepto alguno sobre la materia el Código Civil, por tanto, no habrá términos hábiles en ellas para pactar una alteración de apellidos que no sea de las autorizadas en él. En las plenas, la cuestión es distinta. Dicho precepto ha quedado derogado, ¡antes de entrar en vigor!, por los dos párrafos del art. 178 del Código que transcribimos, los cuales, dado su carácter imperativo, no admiten concordancias interpretativas. Ante la antinomia de esos preceptos, el más concreto y substantivo del derecho civil, deroga al más general y adjetivo de la Ley del Registro Civil, por lo que, cuando se trate de adopciones plenas, y siguiendo las normas del Código, será obligatorio el cambio total de los apellidos del adoptado que figuren en el Registro Civil, por los del adoptante o adoptantes, con la única supervivencia, en cuanto a los del primero, que se autoriza por el mismo artículo del Código.

Nos queda por tratar del requisito referente a la administración de los bienes del adoptado por el adoptante, y sin entrar ahora en el problema de si éste adquiere o no solamente la administración, o bien ésta y el usufructo, en el caso de prestar fianza, por tratarse de una materia cuyo encuadramiento procede entre el de los efectos de la adopción, que es objeto de posterior estudio del presente, si hemos de hacerlo ahora sobre la fianza en si, como uno de los requisitos posteriores de la adopción.

Antes de entrar en los problemas que esta cuestión plantea, hemos de hacer dos aclaraciones previas. Una de ellas es la de que la supresión efectuada en la nueva redacción del art. 166 del Código, de dos comas que figuraban en la antigua, contribuyen un tanto a aclarar las dudas que planteó. Se refiere la otra, a que, según esta nueva redacción, las adopciones que quedan atenuadas a este requisito de la fianza son sólo las menos plenas, quedando fuera del mismo las plenas, no ya por referirse de una manera precisa a aquéllas, sino también por que se aprecia con claridad que el padre o madre que adopten plenamente tienen el usufructo y la administración de los bienes del hijo adoptivo, sin requerirse otros requisitos que los que podrían ser exigidos a los padres legi-

timos, en su caso; aunque no dejemos de comprender que en ésta, como en otras materias, el Código no se ha mostrado en su nueva regulación lo preciso que era de esperar.

Entrando en la fianza, hemos de preguntarnos, ¿quién calificará su suficiencia? La contestación parece sencilla. El Juez del domicilio del menor o las personas que deben concurrir a la adopción. Pero al interpretar la frase similar del anterior art. 166, las opiniones no eran unánimes en este punto. Sin realizar muchas citas, bastará ver que Mucius Scévola partía de la base de que debía serlo el Juez, cuando se tratase del hijo natural y las personas que deberían concurrir a la adopción, cuando se tratase del adoptivo; en tanto que Manresa estimaba que la intervención del Juez procedía cuando esas personas no prestasen su consentimiento, lo cual equivale a decir que la comparecencia del Juez lo es siempre en defecto de aquéllas. De esas dos opiniones nos parece más acertada la de Manresa, la cual parece hoy más indiscutible, al haber desaparecido en la nueva redacción la coma que separaba a esos dos términos.

Esta interpretación y lo mismo, aunque más limitadamente en la de Mucius Scévola, requieren el determinar si entre las personas comprendidas en esos términos ha de seguirse cierto orden, o podrá calificar la suficiencia de la fianza cualquiera de ellas. Parece evidente que se impone un cierto orden que no pueda ser alterado por la inmoralidad que supondría el que, al parecerle insuficiente la fianza a alguna de las indicadas personas, pudiese acudir a otra u otras más acomodaticias. Sentado ese punto, tampoco parece que deba dudarse de que esta función le corresponda en primer lugar a las personas que deban concurrir a la adopción y, sólo en segundo lugar, y en defecto de ellas al Juez, siguiéndose en ello la opinión de Manresa, ya que si se aceptase la opinión contraria, esas personas no serían llamadas nunca a esta función, porque siempre existirá Juez que pueda realizarla; lo cual equivaldría a decir que el llamamiento realizado respecto a las personas que deben concurrir a la adopción, era un fraude del legislador, o un precepto inoperante y para la ¡galería!, y esa interpretación no puede ser admitida de ninguna forma, mientras exista cualquier otra igualmente legal y atendible, en la que no se llegue a ese extremo.

Fijándonos más concretamente en cuáles deban ser esas personas, parece que debemos entender que lo serán las que serían llamadas a concurrir a la adopción si ésta se verificase en el momento en que ha de prestarse la fianza, con lo que la interpretación queda atendida en definitiva a una interpretación del contenido del art. 176, en relación con los arts. 46 y 47, todos del Código Civil. En vista de todos ellos, así como de los generales referentes a la capacidad, hemos de descartar en primer lugar, como persona que debiese prestar su consentimiento para la fianza, al mismo adoptado y a su cónyuge, ya que si les correspondiese a ellos la intervención, según el orden señalado por el 176, no podría darse el supuesto que contemplamos, puesto que no podría pedirse por el adoptante la administración de unos bienes que ya lo estaban por el mismo hijo adoptivo, por ser éste mayor de edad, o por estar emancipado por matrimonio, pues aunque en el último supuesto necesitase el complemento de su capacidad para esa administración, por tratarse de un menor de dieciocho años, no por ello habrá duda de que es él el que tiene la administración, que es el hecho que motiva la fianza cuando es recibida por el adoptante. También hemos de descartar los casos en que el hijo adoptivo hubiese estado acogido en el momento de su adopción a una Casa de Expósitos u otro Establecimiento de beneficencia, y siempre que su adopción hubiese sido menos plena, ya que será el Jefe del Establecimiento el encargado de la función calificadora de la fianza, sin que pueda ser atribuída nunca con carácter alternativo al Juez, pues el cargo de Jefe del Establecimiento es por naturaleza inextinguible. Desglosados esos casos, en todos los demás serán las personas que deban prestarlo para el matrimonio del adoptado y por el mismo orden que señala para ello el Código, los que calificarán la suficiencia de la fianza, pero sin que pueda serlo nunca el padre o madre adoptante, puesto que ha de estimarse para la determinación de esa persona como si la adopción se realizara en ese mismo momento; ni el Consejo de Familia, pese a ser llamado por la ley para prestar el consentimiento para el matrimonio, pues dicho organismo, o bien desapareció al realizarse la adopción, o bien no pudo llegar a constituirse por existir ésta. Finalmente, en defecto de todas las personas indicadas, corresponderá al Juez la calificación de la suficiencia de la fianza ofrecida por el adoptante.

Sólo nos queda por tratar de un detalle en cuanto a este punto, y es el de determinar qué Juez es el competente. La referencia que hace el Código, respecto al que lo sea «del domicilio del menor», no es muy afortunada, pues según el art. 64 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, el domicilio de «los hijos constituidos en potestad» será el de sus padres, que en este caso es el adoptante. Podría parecer que, en el caso de no estar terminadas aún las formalidades de la adopción, el menor conservaría su propio domicilio, mejor dicho, tendría como suyo el de la persona bajo cuya potestad estuviese en ese instante; pero ese supuesto es absolutamente imposible. Para pedir la administración de los bienes del hijo adoptivo, se requerirá el que exista una adopción, y no podrá hablarse de ello mientras no haya sido aprobado judicialmente, en cuyo momento, el hijo adoptivo adquiere automáticamente el domicilio del adoptante. Desde luego la cuestión no afecta al fondo, sino a la expresión. El menor tiene un domicilio, el del padre adoptante, que hubiese sido más propio determinarlo así y no al través del de el hijo, es evidente, pero el resultado es, en definitiva, el mismo.

BUENAVENTURA CAMY SÁNCHEZ-CAÑETE

Registrador de la Propiedad

(Continuará.)

La imprescriptibilidad de los censos mallorquines

I.—MOTIVACIÓN.

Hemos sido testigos del impacto que en la vida de un pueblo mallorquin produjo la aparición de unos perceptores de pensiones y alodios, exigidos por cuenta de unos censos, de los que la gente no tenía noticia. Ciertamente la seguridad jurídica salió mal parada de semejante acontecimiento.

En dicha localidad se habían pagado censos en época pretérita, las fincas acensuadas son numerosas, parece que se aproximan a las diez mil. No sería fácil comprobarlo, pero sí es demostrable que en las escrituras que nutren los protocolos notariales, en un elevado tanto por ciento, se contienen negocios jurídicos referidos al dominio útil; referencia que, como es natural, el particular no valora en su verdadera significación jurídica, puesto que los adquirentes de tal derecho se consideran plenos propietarios, al ejercitar sin limitaciones las facultades del dominio.

Los censos son numerosos y antiguos, vieron su luz primera en siglos pasados, y la inactividad de sus titulares bien puede afirmarse que data de tiempo inmemorial, si tenemos en cuenta que las últimas pensiones exigidas lo fueron hace treinta y ocho años, por lo que de hecho habían muerto en la conciencia popular.

Pero fueron resucitados por herederos de censualistas anteriores, al amparo del Fuero mallorquín, que declara imprescriptibles el capital del censo y las veintinueve últimas pensiones y la corriente.

El efecto, ya lo indicamos al principio, fué de sorpresa general, y animosidad frente a la desusada exigencia de unas cargas de cuya vida no se tenía noticia. Porque el ciudadano percibe y vive la costumbre como creación espontánea y popular del derecho, pero no toca tan de cerca la actitud de los Tribunales cuando éstos aplican una norma contraria al uso común. Cabría recordar aquí aquellas palabras de Castro sobre la fuerza social del uso: «Crea hábitos, modos regulares de comportarse, que hacen que la conducta usual sea fácil y la insólita choque automáticamente con la resistencia general» (1). Resistencia sojuzgada en esta ocasión por la aplicación de una norma foral, cuya justicia objetiva tenemos intención de poner en tela de juicio.

No es la primera vez que se habla de la imprescriptibilidad de los censos en Mallorca, y posiblemente no será tampoco la última. La institución ha sido sonada en diversas ocasiones. Pascual y González, en su *Derecho Civil de Mallorca*, reconoce que «este es un punto que ha dado lugar a enconadas polémicas y controversias, las que desbordando el campo jurídico y profesional, llegaron a interesar a la opinión pública» (2). Sus razones habrá para ello, la sensibilidad jurídica del cuerpo social no penetrará particularidades técnicas de la norma, pero registra en lo fundamental la justicia que alienta en ella.

II.—LA IMPRESCRIPTIBILIDAD, PARTICULARIDAD FORAL EN MATERIA DE CENSOS.

El censo es una institución cuya bondad está fuera de toda cuestión, particularmente si la consideramos en su dimensión histórica. Su regulación como la de toda institución verdaderamente jurídica ha nacido respondiendo a determinadas necesidades, cual ha sido facilitar el acceso a la propiedad territorial, extendiendo y

(1) *Derecho Civil de España*. Parte general I, 1955, pág. 418.

(2) Luis Pascual y González *Derecho Civil de Mallorca*, pág. 407.

beneficiando el cultivo de los predios rústicos o favoreciendo la edificación, creándose una relación jurídica que proporciona estabilidad al derecho del censatario y facilitando a éste el pago de la prestación que le corresponde, al adoptar la forma de una pensión anual gravitante sobre los frutos de la finca.

Pero el derecho es, debe serlo, una realidad dinámica como la vida misma, a la que trata de configurar, y necesidades de igual naturaleza que las que determinan la aparición de una norma jurídica, imponen su evolución.

En su origen, el censo se ha estipulado entre partes separadas por un notable desnivel económico, y a veces social, que necesariamente había de dejar en un plano inclinado las relaciones entre censualista y censatario, o por lo menos, signarlas con la vieja impronta señorial que el correr del tiempo lograría borrar del todo.

Ello explica su falta de ambiente en las ideas liberales que presidieron la Codificación. A la modalidad censuaria más notable, la enfiteusis, se le reconocía ascendencia feudal, por lo que fué arrancada del Code de 1804. Nuestro Proyecto de 1851 no la admitió tampoco. No obstante, el Código vigente, respetando y acogiendo lo que de útil pueda ofrecer a la vida jurídica y ciudadana, la reglamenta, pero despojándola de su anticuado bagaje señorial, al igual que los demás censos, como lo demuestra el art. 1.636, que concede el tanteo y retracto, tanto al dueño directo como al útil, quitando al laudemio su carácter de elemento esencial y con referencia a todos los censos declarándoles redimibles en todo caso (art. 1.608) y regulando la prescriptibilidad del capital censuario y de las pensiones (art. 1.620).

Pero es el caso que esta moderna y progresiva regulación no se ha extendido a todo el territorio nacional, porque el Código Civil, como es sabido, ha respetado el Derecho foral, el de Mallorca concretamente, en los términos que resultan del art. 13.

Y entre nosotros hay una norma de derecho particular que sienta la imprescriptibilidad del capital censuario. Así lo establece la ordenación 75 de Pelay Uniz, publicada el 20 de diciembre de 1413, recogiendo con ello el precedente del Styl 26 de la recopilación de Arnaldo de Erill, publicada casi un siglo antes, en 30 de junio de 1344. Ciertamente que no les falta razón a los conser-

vadores foralistas cuando ponderan la antigüedad de esta norma.

La razón de esta peculiaridad, verdadera excepción a la regla general de la prescriptibilidad de los derechos privados, la sitúan en la inexistencia de comiso por falta de pago de las pensiones (3). La ordenación 75 de Pelay Uniz permite al señor directo que, en caso de impago de las pensiones, pueda quitar las puertas del inmueble «sin mandato ni autorización judicial», y si no hubiese puertas, marcar una cruz u otra señal para que el censatario no entre en el predio, sin permiso del señor, hasta que hubiera pagado. Así, pues, a falta de comiso, no puede haber prescripción extintiva del capital del censo en perjuicio del censalista (4).

Visto el origen y la *ratio* de la imprescriptibilidad, indiquemos que, según parece, su vigencia se mantuvo sin contradicción hasta 1900, pero a partir de tal fecha hay cuatro sentencias de la Audiencia de Palma en contra de ella (5), aunque Pascual y González cita un grupo más numeroso de las dictadas a su favor (6). En este punto no cabe silenciar el improbo trabajo del Procurador Miguel Singala Cerdá, verdadero catalogador de la jurisprudencia citada, para probar la vigencia de tal imprescriptibilidad; fruto de cuyos trabajos fué la publicación en 1921 de un opúsculo titulado «Algo sobre Derecho foral mallorquín. Imprescriptibilidad del censo y de las veintinueve últimas pensiones». Ampliado después de una encuesta dirigida a los Juzgados de Primera Instancia y Municipales de Baleares, volvió a publicarlo en 1924 en un tomo en rústica que titula «Nuevos datos sobre la imprescriptibilidad de los censos y de sus últimas veintinueve pensiones».

Las sentencias favorables a la prescripción responden, al parecer, a haberse dudado de la autenticidad de la recopilación de Arnaldo de Erill, de 1344. (Cuando es dudosa la vigencia de una norma foral, la efectividad de la misma sólo se manifiesta en fallos

(3) Pascual, ob. cit., pág. 410.

(4) Pascual, ob. cit., pág. 412.

(5) Son las de veintinueve de noviembre de 1900, 25 de abril de 1902, 16 de febrero de 1903 y 12 de enero de 1920.

(6) En el siglo pasado decretan la imprescriptibilidad o la reconocen implícitamente las sentencias de 4 de abril de 1882, 25 de mayo de 1883, 26 de octubre de 1887, 16 de noviembre de 1889, 8 de octubre de 1890, 26 de mayo de 1891, 6 de noviembre de 1893, 25 de noviembre de 1894, 22 de febrero de 1896, 4 de junio de 1897, 8 de noviembre de 1898, y en lo que va de siglo las de 26 de noviembre de 1903, 24 de agosto de 1904, 25 de abril de 1906, 11 de junio de 1907, 30 de noviembre de 1908, 7 de febrero de 1911 y 27 de diciembre de 1915.

judiciales que atienden primariamente a juzgar un caso y no a sentar una norma general, lo que deja en la penumbra el verdadero contorno de tales instituciones.) Aquella autenticidad se discutíó por Guaps y Socías (miembros de la Comisión redactora del Apéndice de 1903 y autores de un voto particular frente al mayoritario de la Comisión). Aunque dice Félix Pons, «no sea este el único y principal motivo de su oposición a la imprescriptibilidad que tildan sarcásticamente de intangible y sacrosanta, sino la personal convicción de los autores del voto particular, apoyada en la derrota de la institución en otras regiones españolas a través de la doctrina y de cierta jurisprudencia dictada en litigios procedentes de Aragón y Cataluña, en el dictamen emitido por tres juristas mallorquines en la primera mitad del siglo pasado a instancia de la Diputación provincial, y finalmente en el vacilante sentido de la jurisprudencia local, más bien inclinada, según las estadísticas, hasta la fecha, por la prescriptibilidad (7).

Más con posterioridad, y hacia el año 1920, hubo un movimiento de revalorización foral, en cuya línea hay que situar los trabajos de Singala, que se esforzaron para demostrar la vigencia de esta norma, con lo que el menguado cuerpo de Derecho foral mallorquín no perdía una de sus antiguas piezas, y, por tanto, no aumentaban las razones para su desaparición total, amenazando, dada su exigüidad, de ser absorbido por la legislación común. Porque es el caso que aquí sólo quedan las siguientes instituciones particulares: la separación de bienes en el matrimonio; las legítimas, que son las del derecho justiniano; en la práctica notarial la necesidad de institución de heredero; la regla *nemo pro parte testatus...*; la definición de legítima; la cuarta falcidia; la posibilidad de heredero fiduciario y la ley *hac edictali*. Aunque las cuatro últimas son poco usadas.

III.—LA IMPRESCRIPTIBILIDAD EN EL MOMENTO ACTUAL.

Félix Pons, en su agudo y ponderado *Derecho Civil de Mallorca*, de la Enciclopedia Jurídica Española, antes aludido, comentando

(7) Félix Pons Marqués, *Derecho Civil de Mallorca*, en «Enciclopedia Jurídica Española», t. I, pág. 283.

el último proyecto de Apéndice de 22 de febrero de 1949, dice: «Finalmente, el título VII está dedicado a los censos, y es, aplicando la célebre frase de Scaevola, la pequeña sala de momias del Derecho mallorquín, donde figuran archivadas dos singularidades de notorio relieve, que el proyecto registra con firmeza: la imprescriptibilidad del capital censuario y la protección jurídica del estado posesorio del censalista (8).

Esta es, sin duda, la existencia, ya que no la vida, que puede arrastrar en la actualidad la imprescriptibilidad de los censos, como cualquiera otra institución que pretendiera mantener las características bajo las cuales nacieron, en lejano pretérito. Al disponer el Código Civil que «las provincias y territorios en que subsista Derecho foral, lo conservarán por ahora en toda su integridad», mantiene el valor que aquellas normas tenían antes de su publicación, y ello, en colaboración con el espíritu foralista, ha posibilitado la pervivencia de normas jurídicas hijas de épocas pasadas que no se han puesto al compás del tiempo.

¿Cabe sostener en la actualidad, y en un terreno puramente teórico, la imprescriptibilidad de una acción privada como la de censo?

¿Está poco o mucho de acuerdo con el sentido y el espíritu de la legislación vigente?

Cabría verter aquí cuantos argumentos sostienen con base inmovible la prescriptibilidad de toda clase de derechos y acciones; nos consideramos absueltos de semejante necesidad, aunque no de recordar, siquiera sea elementalmente, que la prescripción es institución de carácter general, que se ha entronizado en el Derecho en aras de la seguridad jurídica; que «la economía y la vida social sufrirían grave quebranto si el estado de hecho representado por el ejercicio o no ejercicio de un derecho no viniera a convertirse, por el transcurso del tiempo, en un estado de derecho inatacable» (9). ¿No prescribe la plena propiedad, el más amplio derecho de señorío que cabe sobre una cosa? ¿Qué anacrónica mentalidad civilista puede sostener la imprescriptibilidad de una de sus limitaciones?

(8) Pons, ob. cit., pág. 283.

(9) Castán, *Derecho Civil Español Común y Foral*, 7.ª ed., t. I, pág. 844.

Frente a tales principios, ¿qué alega la imprescriptibilidad de los censos mallorquines para seguir arrastrando su existencia momificada. Ya lo indicamos antes: el Styl 26 de Arnaldo de Erill, que establecía—en 1344—aque! equivalente del derecho de comiso, derecho de arrancar las puertas del inmueble o marcar una cruz u otra señal para que el censatario no entre en el predio hasta que hubiera pagado. Y por falta de comiso no debía haber prescripción. Por cierto que si el citado estilo, conforme parece, quería beneficiar al censatario, el decurso de los siglos le ha cambiado de signo.

Cabe también argumentar con los compiladores de sentencias que la imprescriptibilidad de los censos es una norma que los Juzgados mallorquines aplicaban en la mayoría de los casos.

Frente a aquel sucedáneo del comiso, las leyes actuales, por razón de principio, prohíben la realización arbitraria del propio derecho, nadie puede tomarse la justicia por su mano, ha desaparecido el arcaico derecho de arrancar las puertas; de forma que si se admitiera la racional evolución de la norma, aquel derecho señorial desembocaría en comiso, con lo que desaparece el viejo apoyo de la trasnochada imprescriptibilidad. Por cierto, que si el comiso que se concediera fuera el de los arts. 1.648 a 1.652 del Código, bastantes miramientos tiene para no lastimar los derechos del censatario (lo indicamos porque incluso en la época moderna se ha mirado al comiso con prevención, como resorte poderoso en manos del censalista; así, en la ley de 31 de diciembre de 1945, sobre inscripción, división y redención de censos en Cataluña). Con ello se entraría en el correcto criterio de dejar al arbitrio del titular del derecho subjetivo su propio ejercicio y defensa, sujetándole, a la vez, a las consecuencias que actualmente se atribuyen a su inactividad.

No cabe sostener la perdurabilidad de una norma por aquello de que, en algunos casos, la aplicasen los Tribunales en un momento dado—el de publicación del Código—. La simple observancia o vigencia de un precepto no justifica por sí solo la bondad del mismo. Es misión del Derecho objetivo realizar la justicia, y cuando una norma no cumple tal finalidad es o debe ser derogada o sustituida. Y así viene ocurriendo en la realidad con las normas positivas, a las que el devenir del tiempo ha derruido el apoyo so-

bre el que se cimentaron. (Es reciente la última modificación del Código Civil de 24 de abril de 1958.)

Pero tratándose de normas forales, señala Castro especiales razones para contrastar la posibilidad de su vigencia. Dice el citado profesor: «El encontrarse los Derechos forales en la situación de normas singulares antiguas completadas por un Derecho común más moderno, hará que la posición complementaria del Código sea de mayor alcance que la de los antiguos derechos supletorios. El haber nacido las normas forales conforme a una organización muy distinta de la actual, hará que el influjo de los principios generales se revelen en su máxima eficacia.»

Al no poder hablarse, dado su carácter particular y excepcional, de principios generales forales, se ha de recurrir a los principios generales del Derecho común. Y de éstos unos han encontrado su formulación en el articulado del Código, y otros, los más, permanecen sin escribir.

La especial naturaleza de esta fuente jurídica hace que los principios generales sean tenidos en cuenta para interpretar, completar y *fundamentar* las normas legales y consuetudinarias. Su valor, en el último aspecto señalado, es extraordinario, ya que puede ocasionar la ineficacia de las otras normas. En tal respecto importa distinguir la función supletoria del Código Civil y la más compleja de los principios generales (formulados en el Código o fuera de él). El Código tiene el alcance limitado de un derecho supletorio. Los principios generales del Derecho, en cambio, si chocan con alguna disposición foral, legal o consuetudinaria determinarán necesariamente la ineficacia de ésta (10).

¿Y no alcanza indiscutible categoría de principio general, de los expresamente formulados en el Código, la prescripción en los términos rotundos que la establece el art. 1.930-2.º? También se extinguen, del propio modo, por la prescripción los *derechos y acciones de cualquier clase que sean*.

Sin duda, sería interesante, tal vez definitiva, una declaración del Tribunal Supremo, pero ésta, por desgracia, no se ha producido y hay escasísimas posibilidades de que se produzca en el futuro,

(10) Castro, ob. cit., pág. 285.

puesto que para intervenir el Tribunal de Casación serían necesarias, en primera instancia, de cuantías superiores a ochenta mil pesetas, lo que no suele ocurrir en materia de censos y las que puedan originar litigios de menor cuantía, sólo llegan a nuestro más Alto Tribunal en los limitados supuestos de quebrantamiento de forma.

IV.—LAS CONSECUENCIAS DE LA IMPRESCRIPTIBILIDAD.

A pesar de que, según Félix Pons, no es hoy la imprescriptibilidad de capital censuario cuestión de vida o muerte para la economía patrimonial del territorio (11), si es cierto que ha dado lugar a la perturbación indicada en el caso y supuesto que citamos al principio. Ha permitido un verdadero quebranto a la seguridad jurídica, que por la forma en que se han producido y se producen los hechos adquiere caracteres de permanencia.

No es suficiente a remediarlo el instituto de seguridad jurídica inmobiliaria que es el Registro de la Propiedad. Si el Registrador, fiel a la norma foral de la imprescriptibilidad, inscribe en cualquier tiempo un censo constituido en no importa qué fecha, surge con la autenticidad que proporcionan los libros registrales, la inmediata carga de las treinta pensiones, lo que quiere decir que el problema no es suficiente a obviarlo el órgano registral.

Por otra parte, entre los censos actuales nacidos en época más o menos remota, los que no se han ejercitado desde tiempo inmemorial, alcanzan notable mayoría. El vestigio firme de su existencia lo acusa el tráfico referido al simple dominio útil, pero, aun en el caso de que los particulares lleguen a valorar el verdadero significado del dominio sobre que contratan o incluso que conozcan la existencia de una inscripción antigua del dominio directo, no desaparecería el problema que la imprescriptibilidad crea, porque quien adquiere un dominio útil en tales condiciones, podría saber que de derecho le puede ser exigido el correspondiente alodio, pero desconoce si de hecho, se lo reclamarán o no, y esto produce indeterminación, perturbación en los precios de las fincas, y en definitiva inseguridad.

(11) Pons, ob. cit., pág. 283.

La indeterminación en la titularidad actual del dominio directo obstaculiza sin duda la redención y en el censo que más beneficio objetivo podía ésta reportar (censo con alodio) (12), falta estímulo para desgravar el fundo, puesto que en la realidad quien lo haya satisfecho en una adquisición anterior ha vencido la carga para sí y para sus herederos. Y la caridad no alcanza grado de desarrollo suficiente para preocuparse de futuros causahabientes.

Si, conforme se valora en la doctrina moderna, se considera el dominio directo como una carga del útil y se admitiere la prescriptibilidad cabría aplicar el procedimiento de liberación de gravámenes del art. 209 de la Ley Hipotecaria, para demostrar la prescripción consumada de aquél y liberar con certeza (la extinción registral de la carga sería firme, a diferencia de su vida, insegura como vemos) en beneficio del dominio útil y de la claridad del Registro la carga que así puede vivir indefinidamente en los libros registrales.

V.—CONCLUSIÓN.

Para nosotros es obvia: la derogación de la norma que declara imprescriptible el capital censuario y las veintinueve últimas pensiones. La prescripción del capital censuario por las razones hasta aquí expuestas. La prescripción especial de la acción censuaria tiene oscuro e indeterminado origen y quizá haya que explicar su anormal existencia por el hecho de vivir en simbiosis con la imprescriptibilidad del capital censuario, pues en buena doctrina debía prescribir, hoy, a los quince años. Cedamos la palabra al brillante Decano del Colegio de Abogados de Baleares, autor de la más reciente, imparcial y sazónada síntesis de Derecho mallorquín. «Sobre este punto (facultad de exigir treinta pensiones), es justo reconocer que pueden suscitarse serias dudas, ya que al parecer la antigua *Ordinació*, recopilada por Erill, no señala un término especial de prescripción para la acción censuaria, sino

(12) Las modalidades de censo que más abundan son: el reservativo y el alodial; éste, con dos modalidades de oscura formación; el alodial, reservativo que da derecho a pensión y que en nada se diferencia con el anterior, como no sea en el nombre, y el que en la práctica llaman alodio o dominio directo, que concede el derecho de alodio (laudemio) en las transmisiones onerosas.

que se limita a consignar el plazo como aplicación de la norma general que fijaba en treinta años la duración de las acciones personales en la isla de Mallorca. Si esto es así, no deja de ser muy discutible la posibilidad de mantener como privilegio o excepción la prescripción larga en contradicción con la observancia general e incuestionable del art. 1.964 del Código Civil, y en este sentido no deja de impresionar la opinión del documentado Ripoll (13), que tacha de anomalía la duplicidad de plazos de la prescripción de acciones de idéntica naturaleza y llega a proponer el ajuste de la acción censuaria, en cuanto al lapso prescriptivo, a los términos del derecho común, o sea quince años (14).

¿Existe vehículo para la modificación de la norma cuestionada? No abrigamos ninguna ilusión de que sea el Poder legislativo quien tome la iniciativa. Si recordamos el fundamento que se alegaba de tal imprescriptibilidad, quizá fuera medio adecuado poder aducir algún caso de comiso, si lo hubiere, para admitir por vía deductiva la prescriptibilidad. Más efectiva sería cualquier sentencia de Juzgado Comarcal o Municipal en favor de la prescripción y no había de faltarle al Juez buen apoyo en los principios generales del Derecho que hemos mencionado. Pero los Jueces suelen ser coterráneos nuestros, así como los más influyentes juristas, que suelen simbolizar en el fuero su cariño por el suelo natal. Como dice Castro, este sentimiento noble, como es, no cederá sino ante otro de igual naturaleza. Cabe renunciar al Derecho foral en aras de la unidad nacional, del sentimiento patriótico, o bien por amor a la Justicia, en el deseo de lograr normas más justas y más ajustadas a los tiempos y circunstancias (15).

MIGUEL VAQUER SALORT

Profesor Aux. de Derecho Civil
de la Facultad Central

(13) Pedro Ripoll Palou, *Memorias sobre las instituciones del Derecho Civil de las Baleares*, 1885.

(14) Pons, ob. cit., pág. 283.

(15) Castro, ob. cit., pág. 267.

Base liquidable.-Moneda extranjera

(Temas de Impuesto de Derechos reales)

Acuerdo del 7 de junio de 1955 del Tribunal Económico Administrativo Central.

Considerando que las cuestiones que este expediente plantea y han de ser examinadas sucesivamente, versan: sobre la fijación en moneda nacional de la base liquidable para el impuesto de derechos reales, de lo declarado en moneda extranjera (reclamación 65/52) sobre las liquidaciones núms. 2.585 y 2.586 del año 1952, primeramente giradas y en sustitución, según resolvió el Tribunal de T. (reclamación núm. 71/52) sobre la liquidación núm. 1.034 del año 1954, girada en sustitución de aquéllas (reclamación número 43/54); y sobre las liquidaciones núms. 2.841 y 2.842 de 1952, giradas por el concepto de multa e intereses de demora por falta de pago en plazo reglamentario en las núms. 2.585 y 2.586 (reclamación núm. 44/54).

Considerando que, respecto de la primera de las cuestiones enunciadas, que por haberse notificado en una sola diligencia, la aprobación del expediente de comprobación de valores y la base liquidable fijada a consecuencia del cambio de mercado libre aplicado a la libra esterlina, conviene comenzar por establecer no sólo la distinción—sentada por el Tribunal provincial de T. y acep-

tada por la Sociedad apelante—, entre las diligencias de mera fijación de base liquidable, de cuya naturaleza participa la conversión de valor expresado de moneda extranjera a pesetas, regulada por el art. 63 del Reglamento del impuesto de los bienes objeto de la transmisión, posteriores y compatibles con la primera, hasta el punto de que, como tiene declarado este Tribunal Central, últimamente en resolución de 12 de enero de 1954, el valor resultante de la fijación de la base puede ser comprobado por los medios reglamentarios; sino distinguir también las diversas consecuencias de orden procesal que cada uno de dichos actos producen, pues estando calificados por el párrafo 2.º del art. 207 del Reglamento fiscal, de actos administrativos recurribles en vía económica-administrativa, lo mismo los acuerdos de fijación de base que los de comprobación de valores, ha de tenerse en cuenta que sólo cuando la reclamación se dirija contra un acto de esta última clase, resultan de aplicación las reglas del párrafo 6.º del art. 85 y del artículo 89 del repetido Reglamento, que mandan girar una liquidación provisional sobre el valor declarado, pero no cuando se discute, como en este expediente, exclusivamente sobre la forma en que se operó al fijar la base liquidable, pues como en estos casos no existe la dualidad de valores (declarado y comprobado), sino únicamente el primero, la liquidación ha de practicarse necesariamente sobre la base liquidable que, en vista del valor declarado, se haya determinado en función de la regla que proceda aplicar entre cuantas contiene el capítulo 5.º del título I del Reglamento del Impuesto, y que en el caso de esta reclamación quedó cifrada en 1.114.399.508,52 pesetas.

Considerando que, pasando ya al examen de la forma en que se llegó a fijar en dicha cantidad la base liquidable, que habiéndose impuesto al adjudicatario, según la segunda de las condiciones de la subasta, la obligación de realizar ciertos pagos, que en dicha condición se cifraron en libras esterlinas, resulta obligado, al indicado objeto de fijación de la base, traducir las libras a moneda nacional, cualquiera que sea en definitiva la moneda en que los pagos se efectúen, lo que lleva a tomar en consideración la norma del mencionado art. 63 del Reglamento del impuesto de derechos reales, puesto que se trata de un caso en el que parte del valor de los bienes transmitidos se fijó en moneda extranjera, y el citado

precepto contiene la única regla que dicho Reglamento establece para tales supuestos.

Considerando que, según este artículo, la fijación de la base liquidable debe hacerse por el mayor valor resultante por la diferencia de cambios de moneda extranjera de que se trate en relación a la moneda nacional; norma que, pese a los esfuerzos dialécticos de la sociedad rematante, prevé y admite la posibilidad de que una moneda extranjera tenga varios cambios en relación con la nacional, y manda que, cuando así ocurra, la base se determine tomando en cuenta el mayor valor resultante por la diferencia de aquélla.

Considerando que la disposición de referencia, en cuanto va dirigida a determinar el verdadero valor fiscal de los bienes, que constituye la base de imposición, según el art. 60 del mismo Reglamento, es de carácter imperativo y ha de aplicarse haciendo abstracción de cuál sea el cambio al que hayan conseguido operar las partes contratantes, salvo que por aplicación de una disposición, especialmente dictada para algún caso concreto, deba establecerse la correlativa excepción a esta regla general; sistema que el Reglamento del impuesto de derechos reales estatuye igualmente con las demás reglas de valoración que contienen los restantes artículos incluidos en el capítulo V de su título I («Base liquidable»), y que es también el que rige en la materia de «Comprobación de valores», regulada en el capítulo VI del mismo título, al disponerse en los arts. 80 y sigs., que el valor obtenido por aplicación de alguno de los medios de comprobación reglamentarios, si resulta ser superior al declarado por el contribuyente, sirva de base de liquidación, corresponda o no con el que realmente hubieran conve-nido los contratantes.

Considerando que desde la creación del mercado libre de divisas, regulado hoy por el Decreto de 26 de octubre de 1951 (y la instrucción del 31 de los mismos mes y año), junto a los cambios oficiales generales y especiales de las monedas extranjeras determinados, por decisión estatal, hay que tener en cuenta los cambios, también publicados oficialmente, que las mismas obtengan en dicho mercado libre, a fin de establecer la oportuna comparación y operar la fijación de la base fiscal sobre el más elevado, que será el que permita obtener un mayor valor, conforme al citado

art. 63 del Reglamento del impuesto; y en tal sentido de concurrencia de cambios oficiales generales y especiales y de mercado libre, es como únicamente podrá reconocerse vigor a la Orden de 3 de diciembre de 1948, a través de la declaración general de subsistencia de normas contenida en la regla XVII de la Instrucción de 31 de octubre de 1951, puesto que aquella Orden fué dictada cuando sólo existían cambios oficiales generales y especiales, y es forzoso atemperarla a la creación de los nuevos cambios de mercado libre admitidos legalmente con posterioridad.

Considerando que, correspondiendo al Instituto Español de Moneda Extranjera, según apartado a) del art. 7.º de la Ley de 25 de agosto de 1939, que le creó, centralizar, de modo exclusivo, las operaciones de compra y venta de divisas, y siendo facultad atribuida a su Dirección General por el apartado b), epígrafe c), del art. 6.º de los Estatutos por que se rige dicho Organismo, aprobados por Decreto de 24 de noviembre de 1939, la de fijar los cambios oficiales de las monedas extranjeras; obró acertadamente el liquidador al solicitar de la nombrada Dirección que le manifestase cuál fuera el cambio aplicable, comunicándole, a tal objeto, el texto literal de la condición 2.ª que rigió la subasta, y al criterio notificado por el Director General del Instituto debe estarse, por razón de la autoridad que, como queda dicho, le corresponde en la materia, o sea al cambio del mercado libre.

Considerando que este criterio, de información de cambios, a través del Instituto Español de Moneda Extranjera y de aplicación de los correspondientes al mercado libre de divisas, concuerda con el que ha establecido la Orden del Ministerio de Hacienda, de 15 de junio de 1954, al disponer, respecto de la contribución sobre las Utilidades de la Riqueza Mobiliaria, que en lo sucesivo los cambios que deberán aplicarse para la reducción a pesetas de la correspondiente moneda extranjera, en las liquidaciones que hayan de practicarse por dicha contribución, siempre que sean consecuencia de devengos para el Tesoro, posteriores al 25 de noviembre de 1951, serán los que semanalmente fije el Instituto nombrado y figuren en las relaciones que se publican en el *Boletín Oficial del Estado*, de acuerdo con las normas de la Instrucción de 31 de octubre del citado año, tomándose al efecto, los últimos inmediatamente anteriores a la fecha en que se produzcan los devengos

correspondientes; y que cuando la moneda extranjera en que estuviesen expresadas las bases impositivas no figurase en las aludidas relaciones, las oficinas liquidadoras solicitarán de la Dirección General de Contribuciones y Régimen de Empresas la pertinente información, que de aquel Instituto habrá de recabarse: disposiciones que ponen de manifiesto la autoridad que corresponde al Instituto Español de Moneda Extranjera en el cumplimiento de su cometido y la necesidad de tener en cuenta, juntamente con los distintos tipos de cambio que antes existían, los del mercado libre de divisas desde que éste fué creado.

Considerando que, frente a la anterior motivación fiscal y específica, son inoperantes las personales interpretaciones extensamente consignadas por la sociedad reclamante en sus alegaciones de primera instancia y en el correlativo escrito de apelación, referente a la aplicación del comúnmente denominado cambio oficial; siendo además de tener en cuenta que pretendiendo conseguir una excepción a los preceptos legales mencionados, le correspondía, conforme al art. 63 del Reglamento de procedimiento, probar los correspondientes extremos de hecho que pudieran justificar la procedencia de aplicar el cambio que pretende y no el del mercado libre, exponiendo detallada y justificadamente cuales hayan sido las operaciones realizadas por su parte para cumplir la obligación que contrajo en la subasta, a fin de que, en vista de ellas, la Dirección General del Instituto Español de Moneda Extranjera, hubiese fijado el cambio oportuno, y es lo cierto que, en vez de obrar así, «F. E. de C.» se ha limitado a expresar vagamente las distintas soluciones que, en su opinión, podía adoptar para realizar los pagos que le incumbían, sin afirmar siquiera si los tenía efectuados o no, cuando se fijó la base de liquidación discutida.

Considerando que, por cuanto queda dicho, procede desestimar la apelación interpuesta contra el fallo que dictó el Tribunal de T., en el expediente de reclamación que tramitó con el núm. 65 del año 1952, el día 30 de abril de 1954, confirmando la base liquidable fijada en 1.114.399.508,52 pesetas.

Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de enero de 1958.

Considerando que al relacionarse, en el correspondiente pliego, las condiciones con sujeción a las cuales había de realizarse la enajenación, en pública subasta, de los bienes mercantiles propiedad de «Barcelona Traction», cuya venta fué ordenada por resolución del Juez especial de la quiebra de esa Sociedad, se hizo constar: que los órganos legítimos de la indicada quiebra enajenaban la propiedad, posesión y pertenencia de la Sociedad quebrada sobre los bienes señalados en el apartado 1.º de la parte 1.ª del aludido pliego. con cuantos derechos, privilegios y ventajas eran inherentes a ellos; que los expresados bienes se vendían con la obligación de liquidar y pagar las deudas garantizadas con los gravámenes a que están afectos; que el tipo alzado mínimo de la subasta sería el de 10.000.000 de pesetas, siendo además de cuenta y cargo del adjudicatario liquidar y pagar 9.591.857 libras esterlinas, importe de las obligaciones emitidas por la Sociedad quebrada y de los cupones de las mismas no pagados; que el remate sería adjudicado al mejor postor; que, acreditado por el rematante el cumplimiento de sus obligaciones, se procedería a la adjudicación definitiva de los efectos mercantiles vendidos; que por el Corredor de Comercio designado para la subasta sería intervenida la transmisión de los expresados efectos mercantiles vendidos, y, finalmente, que la celebración del remate tendría lugar en la Sala audiencia del Juzgado de primera instancia de Reus.

Considerando que, esto sentado, y habida cuenta, además, que del acta de la subasta aparece que ésta se celebró en presencia del Juez de la quiebra, con la concurrencia de Corredor de Comercio, y que dicho Juez aprobó el remate provisionalmente, es obligado reconocer que la enajenación y adquisición de los bienes de que se trata se efectuó en la indicada subasta, ya que allí se realizó el convenio sobre la cosa y el precio, y quedó, por tanto, con arreglo a los arts. 1.445 y 1.450 del Código Civil, perfecto el contrato de enajenación, aunque posteriormente se solemnizase con la intervención del Corredor de Comercio y la expedición de la correspondiente póliza.

Considerando que tampoco puede ofrecer duda que el acto de

la enajenación de bienes o valores mercantiles llevado a cabo judicialmente por el organismo de la quiebra de «Barcelona Trac-tion», ni puede ser equiparado a las negociaciones catalogadas como exentas en el número 7.º del art. 6.º del Reglamento de Derechos reales, pues esa disposición se refiere únicamente a las operaciones propias del tráfico mercantil entre particulares, ni deja tal acto de encajar, como sujeto a aquel impuesto, en los preceptos del apartado 6.º del art. 20 y del apartado 2.º del artículo 48 del repetido Reglamento, preceptos que someten a tributación la transmisión de valores mercantiles e industriales mediante documento judicial.

Considerando que para la decisión de la segunda de las cuestiones del recurso ha de tenerse presente que el art. 63 del tan citado Reglamento de Derechos reales, prescribe que «si el valor de los bienes o derechos se fijare en moneda extranjera y nacional, el mayor valor resultante por la diferencia de cambio, con relación a la última, deberá tomarse en cuenta para la determinación de la base liquidable»; es decir, que cual ya declaró la sentencia de 25 de abril de 1911, el verdadero valor de lo que se fija o calcula en moneda extranjera es, en relación con la unidad monetaria española en que se verifique la liquidación, la diferencia en más que acuse el cambio del día en que se causó el acto que motiva la exacción.

Considerando que la discrepancia que al hacerse aplicación de ese precepto reglamentario ha surgido entre la Administración y Fuerzas Eléctricas de Cataluña obedece a la circunstancia de que hasta el reciente Decreto de unificación de cambios de 5 de abril de 1957, en materia de cambios de moneda extranjera, nuestra política monetaria venía desenvolviéndose a través de los llamados «cambios oficiales» de publicación diaria en el *B. O. del Estado* y «cambios especiales, establecidos por el Decreto de 3 de diciembre de 1948 para la exportación e importación de determinadas mercancías y otras operaciones comerciales o financieras, y, posteriormente, por el Decreto de 26 de octubre de 1951 y disposiciones complementarias sobre mercado libre de divisas en la Bolsa de Comercio de Madrid; circunstancia la expresada que dió lugar a que, al convertir en pesetas las libras esterlinas que juegan en la operación o acto liquidado, la Administración toma-

se como cambio adecuado el del mercado libre de divisas, y a que, por el contrario, la recurrente haya sostenido y sostenga que la conversión debe hacerse al cambio oficial que regía al causarse dicho acto liquidado.

Considerando que la Orden de 3 de diciembre de 1948, desarrollando lo dispuesto en el Decreto de igual fecha, que fijó el sistema de cambios especiales, prescribe, en el párrafo 2.º de su norma 1.ª, que, «a todas las transacciones, cualquiera que sea su carácter, para las que se encuentre en vigencia un cambio especial, oportunamente publicado, les serán aplicables los cambios oficiales».

Considerando que no existe disposición que directa o indirectamente autorice la aplicación, en el impuesto de Derechos reales, de algunos de los mencionados cambios especiales, a diferencia de lo que ocurre respecto del impuesto de Emisión y Negociación de valores mobiliarios, en donde los arts. 11 y 12 de la ley de 13 de marzo de 1943 ordenan que se apliquen los cambios de exportación, y, a diferencia también de lo establecido, para la contribución de Utilidades, por la Orden de 15 de julio de 1954, que previno que para lo sucesivo la reducción en pesetas de la moneda extranjera se hará de acuerdo con los cambios que resulten del mercado libre, orden ésta que, aunque se hubiese dictado, no para la contribución de Utilidades únicamente, sino para los impuestos en general, nunca sería aplicable a las liquidaciones discutidas, por ser las mismas de fecha anterior a la de la Orden.

Considerando que, de cuanto queda expuesto, claramente se deduce la procedencia de revocar el acuerdo impugnado, en cuanto a efectos del art. 63 del Reglamento de Derechos reales, estimó aplicables a la transmisión de bienes a que el litigio se refiere, un cambio distinto y superior al oficial vigente al tiempo de dicha transmisión, y, la procedencia, asimismo, de confirmar en lo demás aquel acuerdo,

Fallamos que debemos revocar y revocamos el acuerdo del Tribunal Económico-Administrativo Central de 7 de junio de 1955, en cuanto por él se estimó aplicable, para la conversión en pesetas de las libras esterlinas que juegan en la subasta celebrada el 4 de enero de 1952, de los bienes mercantiles que pertenecieron a la «Barcelona Traction Light and Power», el cambio a que a la

sazón regía para el mercado libre de divisas, y, en su lugar, declaramos que el cambio que debe aplicarse a la indicada conversión es el de 30,66 pesetas por libra esterlina, cambio que en la fecha de aquella subasta figuraba como oficial para la aludida moneda extranjera. Confirmamos en todo lo demás el expresado acuerdo, y mandamos que las liquidaciones motivadas por la citada subasta y confirmadas por el acuerdo recurrido, se rectifiquen en lo necesario para que las mismas resulten ajustadas a los pronunciamientos de la presente resolución.

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en el *B. O. del Estado* e insertará en la *Colección Legislativa*, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

* * *

Observación.—El Tribunal Supremo casi no alude al extenso razonamiento utilizado por el Tribunal Central para demostrar la procedencia del cambio del mercado libre. Ni siquiera cita al Instituto de Moneda Extranjera, tan importante para el Central, y aunque se refiere a la orden de 15 de julio de 1954, omite que, según dice el Central, tal orden determina la aplicación del cambio del mercado libre a las liquidaciones sucesivas, pero *respecto de devengos posteriores al 25 de noviembre de 1951*, lo cual parece indicar que dicha orden, más que fijar un cambio, se limitó a resolver que, desde el establecimiento del mercado libre, el resultante de éste es el que decidió aplicarse.

No deja de resultar curioso que, cuando ya no se discute la cuestión de si se presentó o no el documento en plazo, por haber resuelto el Tribunal Provincial que sí y desistido la Dirección del recurso que entabló, diga el Tribunal Supremo que la enajenación y adquisición de los bienes se efectuó en la subasta, y que allí se realizó el convenio sobre la cosa y el precio y quedó perfecto el contrato de enajenación. Esto mismo consideró el Liquidador para estimar que el documento había sido presentado fuera de plazo.

M. B. G.

Jurisprudencia de la Dirección General de los Registros y del Notariado

¿EL PROCEDIMIENTO ESTABLECIDO EN EL ART. 70 DEL REGLAMENTO HIPOTECARIO CONSTITUYE EL MEDIO IDÓNEO PARA HACER CONSTAR EN EL REGISTRO EL DERECHO AL APROVECHAMIENTO DE AGUAS PÚBLICAS, ADQUIRIDAS POR PRESCRIPCIÓN, CUANDO EN EL ACTA SE HACE CONSTAR QUE NO SE DISFRUTARON LAS AGUAS DURANTE SEIS O SIETE AÑOS, ANTERIORES AL DE LA FECHA EN QUE SE INICIÓ EL EXPEDIENTE?

Resolución de 2 de mayo de 1958. («B. O. del E.» de 6 de septiembre.)

Doña María Ana Vallcorba Ruiz, en su propio nombre, y como mandataria de su hija doña Eugenia María Ana Madridano Vallcorba, requirió al Notario de Colmenar Viejo, don Joaquín Gutiérrez Segura, para acreditar que disfrutaban desde tiempo inmemorial del derecho a regar con las aguas de los arroyos Matadero, Navalosa y Plaza, que venía siendo perturbado por propietarios de otras fincas, que distraían las citadas aguas de su curso natural y tradicional. Aceptado el requerimiento se inició acta de notoriedad para justificar la adquisición, por la inscripción del correspondiente aprovechamiento. El Notario requerido, acompañado de la señora requirente y de los testigos don Telesforo Gómez

de Valle y don Bonifacio Bartolomé Martín, recorrieron los cauces de los citados arroyos, manifestando los últimos que las aguas se consumían desde tiempo inmemorial en las fincas de la requirente y su hija, y apreciaron que se hallaban secos los antiguos cauces, y que por las nuevas obras observadas se habían desviado las aguas hacia fincas de otros propietarios, que las consumían actualmente; publicados edictos, formularon oposición don Francisco Gallego Peñalosa; en propio nombre y en el de su padre don Vicente Gallego Franco, y doña María Hernán García; inspeccionadas ocularmente las fincas de estos señores, se aprecian en ellas obras de aprovechamiento de las aguas de los arroyos citados, manifestando el señor Gallego Peñalosa que desde siempre las viene utilizando, y que, incluso al ser privados de ellas por obras de urbanización realizadas por el Ayuntamiento, interpusieron recurso de reposición, siendo reconocido su derecho por la Corporación municipal, y en cuanto a unos pozos existentes en la finca de su padre, que fueron construidos para recoger y encauzar aguas subterráneas, que antes humedecían difusamente una ladera, y que ahora, por obras realizadas, van a parar a otro pozo que se alimenta exclusivamente de las aguas expresadas; ofrecida información testifical por doña María Hernán, los testigos presentados declararon que desde siempre se vienen gastando en las fincas de los señores Gallego y señora Hernán las aguas procedentes de los arroyos Matadero, Navalosa y Plaza, sin que alcance a las de las señoras Vallcorba, sino cuando por la abundancia de lluvias hay un gran aumento en el caudal de dichos arroyos, lo que rara vez ocurre, por lo que no pueden considerarse de regadío sus fincas; el señor Gallego ofreció igualmente información testifical, que viene a coincidir con la anterior; además, formularon oposición el Ayuntamiento de Colmenar y otros diez propietarios de dicho lugar. El Notario autorizante pidió declaración a varios vecinos, casi todos de bastante edad y algunos de ellos que ya habían intervenido como testigos presentados por los opositores, quienes manifestaron que las fincas de las requirentes del acta se venían regando por las aguas sobrantes de los indicados arroyos, pero que últimamente, desde hacía seis o siete años, por el aumento de huertas aguas arriba de dichos arroyos y por la pertinaz sequía, había disminuido grandemente el caudal, siendo tales sobrantes muy escasos; y

examinadas las pruebas practicadas, previas unas consideraciones sobre prescripción adquisitiva, dió por terminada el acta el 13 de septiembre de 1950, haciendo constar que, a su juicio, doña María Ana Vallcorba Ruiz y doña Eugenia María Madridano Vallcorba tienen adquirido, por prescripción, el derecho de regar sus fincas con el sobrante que quede de las aguas de dichos arroyos, después de ser aprovechadas por los que tengan ese preferente derecho.

Presentada en el Registro de Colmenar Viejo primera copia del acta referida, fué calificada con nota del tenor literal siguiente: «No admitida la inscripción del precedente documento por los defectos siguientes: 1.º No se acompaña el certificado de hallarse inscrito el aprovechamiento de aguas en el Registro administrativo, organizado por el Real Decreto de 12 de abril de 1901, según exigen los arts. 69 y 70 del Reglamento Hipotecario. 2.º No expresarse las circunstancias señaladas en la regla tercera del citado art. 70 del Reglamento, pues siendo posible consignar alguna de ellas, son éstas indispensables para determinar la naturaleza y extensión del derecho que se trata de inscribir, según exige el art. 9.º de la Ley Hipotecaria. 3.º No constar qué hechos, a juicio del Notario, están acreditados en el acta como fundamento del derecho adquirido, conforme preceptúa el repetido art. 70 del Reglamento Hipotecario, en su regla sexta, y no ser procedente la declaración de derechos que en la misma se hace, ni dicha declaración de derechos asunto propio del acta regulada por el ya citado art. 70 del Reglamento Hipotecario. Los tres defectos señalados impiden la inscripción del documento, y los dos últimos, calificados de insubsanables, la anotación del mismo».

Interpuesto recurso por el Notario autorizante, la Dirección confirma el auto del Presidente de la Audiencia, ratificatorio de la nota del Registrador, mediante la ajustada e irrefutable doctrina siguiente:

Que suprimidas en la reforma 1944-1946 las informaciones de posesión, que constituían el único procedimiento para que lograsen inscribir sus derechos los titulares de los aprovechamientos de aguas públicas, y por no regular la nueva ley el acceso al Re-

gistro de tales aprovechamientos, para atender tal finalidad con las actas de notoriedad, el Reglamento Hipotecario estableció el procedimiento del art. 70, que, fundado en la posesión y disfrute de las aguas, requieren, entre otras circunstancias, que se haga constar el volumen del agua aprovechable, horas, minutos y días que en su caso se utilicen, y el tiempo en que el interesado las haya poseído en concepto de dueño.

Que, aunque la frase «en cuanto sea posible», contenida en la regla tercera del referido artículo, concede cierta flexibilidad al Notario para prescindir de algunos datos, no le faculta para autorizar dichas actas en casos como el que motiva este recurso, en que la falta total del agua impide consignar debidamente, por su apreciación directa y la de los testigos, ninguna de las circunstancias de referencia indispensables para que el aprovechamiento quede descrito con cuantos datos contribuyan a su más perfecta determinación e identificación.

Que, conforme a la regla séptima del art. 70 del Reglamento Hipotecario, no es necesario, para la práctica de la anotación preventiva, presentar la certificación de que el aprovechamiento se halla inscrito en el Registro administrativo, organizado por el Real Decreto de 12 de abril de 1901, toda vez que, practicada la anotación, se podrá iniciar el expediente, y mientras éste no se haya tramitado no podrá convertirse la anotación en inscripción, y en el caso de que el certificado se presente una vez caducada dicha anotación, podrá extenderse directamente la inscripción solicitada.

Que, conforme al art. 209 del Reglamento Notarial, las actas de notoriedad sirven para comprobar y fijar hechos notorios en un determinado lugar y tiempo, sobre los que pueden ser declarados derechos, y por ello deben ser utilizados con estricta sujeción a los requisitos legales, para que el juicio del fedatario se funde sobre la notoriedad del hecho, y cuando se trata de aprovechamientos de aguas públicas hay que estimar inadecuado su empleo, y que no serán inscritas en el Registro si resultan de las manifestaciones recogidas en el acta y del juicio del funcionario autorizante la inexistencia actual de las aguas, base del posible aprovechamiento, aunque pueda haber sido probado que las requi-

rentes utilizaron esporádicamente las sobrantes en épocas en que la abundancia de aguas pluviales lo consintió.

(Ver Resolución 8 noviembre 1955, con nuestra nota a la misma, en esta Revista, págs. 399 a 407, año 1956.)

TÍTULO.—EN EL CORRESPONDIENTE PARA CANCELAR PODRÁ PRESCINDIRSE DE ALGÚN REQUISITO DESCRIPTIVO DEL INMUEBLE GRAVADO, SIEMPRE QUE, ATENDIDAS LAS CIRCUNSTANCIAS, NO HAYA DUDA RACIONAL ACERCA DEL ASIENTO QUE DEBE SER CANCELADO.

Resolución de 31 de julio de 1958. («B. O. del E.» de 15 de diciembre.)

El 16 de junio de 1951 los señores don Anastasio y don Nicolás Barragán Madariaga entregaron en calidad de préstamo a don Mariano Atucha Expósito cincuenta mil y veinticinco mil pesetas, respectivamente, con garantía hipotecaria, según se hizo constar en escritura autorizada por el Notario de Guecho don Ignacio María de Beristain, inscrita en el Registro de la Propiedad de Guernica; el 26 de agosto de 1955 don Nicolás Barragán Madariaga otorgó ante el citado fedatario otra escritura de cancelación parcial de la referida hipoteca, en la que consta literalmente: «Dice: Primero, que mediante escritura autorizada por el infrascrito Notario, con fecha 16 de junio de 1951, don Anastasio Barragán Madariaga y el compareciente, don Nicolás Barragán Madariaga, entregaron a don Mariano Atucha Expósito, mayor de edad, labrador, casado en segundas nupcias con doña Valentina Azcue Bilbao y vecino de Lauquiniz, en concepto de préstamo, las cantidades siguientes: Don Anastasio Barragán, cincuenta mil pesetas, y don Nicolás Barragán, veinticinco mil pesetas, que en junto hacen la suma de setenta y cinco mil pesetas. Dicho préstamo se hizo por plazo de seis años y con el interés del seis por ciento.—En garantía de la devolución de las expresadas setenta y cinco mil pesetas de principal y de otras siete mil quinientas pesetas para costas y gastos, en su caso, el deudor, don

Mariano Atucha constituyó una sola hipoteca a favor de los dos acreedores, sin orden de prelación entre éstos, sobre la finca siguiente: Lado oeste de la casa de labranza llamada «Aguirre de Medio o Erdicoa», señalada con el número cuatro, sita en la anteiglesia de Lauquiniz; dicho lado de casa comprende la mitad (de arriba a abajo) de toda la casa, y tiene su entrada independientemente para ella y sus doce pertenecidos. Inscripción Registro de la Propiedad de Guernica, folio 193, tomo 145 del Archivo, libro 2.º de Lauquiniz, finca 143, inscripción 2.ª. Responsabilidad: Dicha finca responde con las cantidades siguientes: de cincuenta mil pesetas de principal y de otras cinco mil pesetas para costas y gastos, a favor de don Anastasio Barragán Madariaga, y de veinticinco mil pesetas de principal y de dos mil quinientas pesetas para costas y gastos a favor de don Nicolás Barragán Madariaga.—Segundo. El compareciente, don Nicolás Barragán Madariaga declara tener ya recibidas las expresadas veinticinco mil pesetas que él le prestó a don Mariano Atucha, así como también los intereses correspondientes, por lo que otorga a favor del señor Atucha la conducente carta de pago por dicha suma, y consiente que se haga constar la presente cancelación parcial en el Registro de la Propiedad.—Tercero. Por virtud de esta cancelación parcial la meritada hipoteca no sufre ninguna otra alteración, y, por tanto, la finca de referencia queda respondiendo tan sólo de cincuenta mil pesetas de principal y de cinco mil pesetas para costas a favor de don Anastasio Barragán Madariaga.

Presentada en el Registro primera copia de la anterior escritura, fué calificada por la siguiente nota: «Suspendida la cancelación parcial a que se refiere el anterior documento, por el defecto subsanable de no describirse la finca gravada con la hipoteca objeto de la cancelación parcial, conforme lo prevenido en el artículo 9.º de la Ley Hipotecaria y 51 de su Reglamento, requisitos necesarios según el art. 21 de la citada ley. No se ha tomado anotación preventiva, por no haberse solicitado.

Interpuesto recurso por el Notario autorizante, la Dirección, con revocación del auto del Presidente de la Audiencia, confirmatorio de la nota del Registrador, declara inscribible la escritura en cuanto no adolece del defecto señalado por éste, mediante la doctrina siguiente.

Que el problema suscitado por el presente recurso consiste en determinar si el título para cancelar parcialmente una hipoteca debe contener la descripción del inmueble gravado con todos los requisitos del artículo 9.º de la Ley y 51 de su Reglamento, o si, por el contrario, puede estimarse suficientemente identificada la finca por su nombre propio, el número de población, la localidad en que está sita y los datos concretos de la inscripción cuya cancelación se pretende.

Que la exigencia legislativa de que los inmuebles consten perfectamente identificados en el Registro, traducida en la regla primera del artículo 9.º de la Ley y en las reglas primera a cuarta del artículo 51 del Reglamento se halla fundada en el principio de especialidad de los derechos reales y en los que la finca constituye la entidad básica del sistema inmobiliario, puesto que sobre ella han de recaer los derechos inscribibles, sin perjuicio de que en algún supuesto excepcional de cancelación, como el contemplado en el recurso, su identidad pueda obtenerse sin consignar en el título su completa descripción.

Que tanto para la doctrina como para la legislación hipotecaria las cancelaciones constituyen inscripciones en sentido amplio, por lo que deberá ajustarse a los requisitos legales establecidos para las mismas, si bien por su especial naturaleza encaminada a privar de efecto a determinados asientos registrales, cuando en los títulos éstos aparezcan indicados con la debida precisión, podrá prescindirse de algún requisito descriptivo, siempre que, atendidas las circunstancias, no haya duda racional acerca del asiento que debe ser cancelado.

Que de conformidad con lo anteriormente expuesto, los artículos 103 de la ley y 193 del Reglamento para su ejecución no establecen como circunstancias necesarias para cancelar un asiento la descripción del inmueble con todos los requisitos establecidos para las inscripciones primeras, con lo cual se evitan innecesarias repeticiones en los libros del Registro que perjudicarían la claridad y visibilidad de los asientos, por todo lo que cabe concluir que se halla correctamente extendida la escritura en la que se describe la porción principal de la finca, sin que sea necesaria, además, la descripción de los doce pertenecidos

que con ella forman un solo inmueble plenamente determinado por las circunstancias expuestas.

* * *

De lo consignado como encabezamiento, fácilmente se desprende nuestro criterio en cuanto a la interpretación de la doctrina precedente sentada por nuestro Centro.

Esto es, que debe hacerse de modo muy restrictivo y siempre teniendo en cuenta que al funcionario calificador no le quede la más leve sospecha respecto a la identidad en relación al título del asiento cuya cancelación trata de provocar. Es justificable, pues, la nota del Registrador y notable su defensa con su exégesis de la Resolución de 9 de noviembre de 1934, que bien puede decirse vino a romper la línea tradicional marcada en las de 23 de junio de 1874 y 30 de abril de 1886, en cuanto a la necesidad de describir totalmente el inmueble en las escrituras de cancelación.

Por otra parte, ¿no debe el Notario, conforme al art. 174 de su Reglamento, extender los títulos en los que se transmita, modifique, grave o *libere* un inmueble o derecho real, con arreglo a los que al efecto se le presenten?

GINÉS CÁNOVAS COUTIÑO,
Registrador de la Propiedad.

Jurisprudencia del Tribunal Supremo

CIVIL

III.—Obligaciones y contratos.

SENTENCIA DE 6 DE FEBRERO DE 1958.—*Daños y perjuicios causados por deficiencia en los servicios de una entidad dedicada a Asistencia Médica o Sanitaria.*

El actor estaba abonado a los servicios de la U. M. E. Solicitó indemnización de daños y perjuicios causados por fallecimiento de una hija suya, en ferma de apendicitis, y derivados por deficiencia en los cuidados médicos en el sanatorio del demandado. Este se opuso, alegando que no era responsable de las posibles deficiencias del médico que intervino en la operación, y que contra éste, en su caso, debía dirigirse la reclamación de daños y perjuicios. El Juez de primera instancia dictó sentencia, desestimando la demanda. La Audiencia Territorial la revocó, y condenó al demandado a satisfacer la cantidad de 25.000 pesetas como indemnización de daños y perjuicios, ocasionados por incumplimiento de contrato. Interpuesto recurso de casación, se declaró no haber lugar a él, con base en los siguientes argumentos:

Es evidente la conducta culposa del demandado que se ratifica por su propia confesión judicial, en la cual reconoce que no tenía establecidos servicios médicos de urgencia, ni guardia permanente. Esta conducta no puede justificarse con la invocación de los arts. 1.104 y 1.105 del Código Civil, pues resulta de lo expuesto, clara la culpa o negligencia del demandado, que faltó a los más elementales deberes que el cumplimiento del contrato le imponía en las graves circunstancias que concurrían en la enferma, precisada de inmediata asistencia que negligentemente no tenía prevista. No concurren tampoco elementos para calificar de fortuitos o de fuerza mayor los hechos acaecidos.

Hay, además, relación de causalidad entre el hecho de la infracción con-

tractual y el daño causado, pues la Sala sentenciadora reconoce que por no haberse prestado la asistencia médica urgente a la hija del actor, «nace para la parte demandada la obligación de satisfacer una indemnización de daños y perjuicios, a quien se le han causado, y que en este caso resultan evidentes, ante la forma en que se originaron y sus consecuencias en autos acreditadas», que no pueden ser otras que las manifestaciones de la defunción de la niña, las cuales fija soberanamente en la cuantía, no impugnada, que estimó procedente.

SENTENCIA DE 6 DE FEBRERO DE 1958.—*Reitera la doctrina de la posibilidad de compensación de culpas.*

Reitera esta sentencia la doctrina de que para la obligación que encierra el art. 1.902 del Código Civil, es necesario la existencia coincidente de: 1.º De un agente que por acción u omisión ilícita incurra en culpa. 2.º De un daño real ocasionado. 3.º De un nexo causal entre la conducta del agente y la producción del daño que haga patente la imputabilidad a aquél de la obligación de repararlo. Que, cuando a la producción del daño haya concurrido con la culpa del agente, la propia conducta del perjudicado, se plantea el problema de si desaparece el deber de indemnizar o cabe que los Tribunales, teniendo en cuenta las circunstancias del caso concreto, puedan compensar, comparándolas, las culpas de ambas partes, para imputar las consecuencias del hecho dañoso de manera exclusiva a una de ellas, o para repartirlas equitativamente entre las dos.

En el caso juzgado, se llega a la conclusión de que procede estimar la culpa del demandado (que no moderó la marcha al llegar cerca de una bifurcación), como en un plano de mayor gravedad que la que pueda achacarse al actor que llevaba el coche a marcha moderada, pero no hizo uso de las señales acústicas.

SENTENCIA DE 13 DE FEBRERO DE 1958.—*Simulación Sus clases Alcance eficaz de la fe notarial.*

En varios casos se ha ocupado nuestro Tribunal Supremo del negocio jurídico simulado. Esta sentencia es un breve, claro y enjundioso estudio de él. Veamos:

Son hechos recogidos en la propia sentencia y admitidos por las partes: 1.º Que el 14 de enero de 1941, don José María M. L., hermano de la demandante otorgó escritura pública de mandato a favor del demandado, don Alejandro P. V., en la cual le confirió, entre otras, las siguientes facultades: Compre, venda, ceda, permute, o de cualquiera otra forma adquiera o enajene toda clase de bienes, muebles e inmuebles, derechos y acciones, por el precio, plazo y condiciones que juzgue oportuno y cuyo precio percibirá en el acto del otorgamiento de la escritura, confesará su recibo de todo o parte del mismo, o aplazará su entrega, constituyendo o exigiendo, según los casos, las hipotecas u otras garantías, represente al mandante en todas las testamentarias o abintestatos en que tenga interés... 2.º Que en carta dirigida por don José María M. L., el 4 de noviembre de 1941, a don Alejandro P. V., le dice: «Por el poder que te mandé y lo que te repito en todas mis cartas, ya sabes

que todo lo que tú hagas doy por bien hecho, así que no hace falta que tú me consultes nada, pues con esto se pierde el tiempo y se pueden perder oportunidades». 3.º Que, ausente en Méjico don José María M. L., su apoderado intervinó cerca de la demandante en la formalización de las operaciones particionales de la testamentaria de doña Ángela L. P., otorgando el correspondiente cuaderno particional el día 1 de julio de 1944, que aceptaron y protocolizaron el día 12 del mismo mes y año, adjudicándosele al poderdante en pago de su haber 28 inmuebles. 4.º Que el día 28 de julio de 1944, don Alejandro P. V., ejerciendo las facultades que en dicha escritura de mandato le había conferido don José María M. L., otorgó escritura de compraventa, en virtud de la cual, dice transmitir a su hijo, a la sazón soltero, don Manuel P. A., también demandado, los 28 inmuebles que su mandante había adquirido por herencia de su fallecida madre, doña Ángela L. P., por el precio global de 40.000 pesetas, las cuales don Alejandro P. V. confesó haber recibido de su hijo, don Manuel, en dinero efectivo de circulación corriente. 5.º Que el día 27 de octubre de 1949, falleció en Méjico don José María M. L. por herida de arma de fuego. Y, 6.º Que por Auto de 11 de marzo de 1952, la demandante fué declarada heredera abintestato de su hermano don José María M. L.

Demandados en juicio declarativo de mayor cuantía sobre nulidad de escritura de compraventa el apoderado referido y su hijo, el comprador, por la expresada heredera, el Juez de Primera Instancia estimó la demanda y declaró simulado y carente de valor y efecto el contrato de compraventa reseñado, y decretó la nulidad de los asientos causados por él en el Registro de la Propiedad. Apelada la sentencia, fué confirmada por la Audiencia Territorial. Interpuesto recurso de casación, por infracción de Ley, se declaró no haber lugar a él.

El Tribunal Supremo razona así:

Que de la prueba practicada se deduce que el referido contrato no existió por faltarle los requisitos esenciales del art. 1.445 del Código Civil, y, por consiguiente, no puede producir efecto por inexistencia y debe declararse nulo y sin ningún valor, como ya se hizo en Primera Instancia. En efecto, se llega a tal conclusión, al tener en cuenta las circunstancias que han concurrido en el otorgamiento del contrato, tales como la precipitación con que se efectuó la venta, que tuvo lugar apenas pasaron las fincas al patrimonio de don José María M., sin dar tiempo a la busca de un mejor precio, con lo que se hubiese tratado defender mejor los intereses del poderdante, a la vez que debiera acreditar el apoderado una atención ponderada, de acuerdo con la confianza que en él se había depositado; la ocultación que se hizo al poderdante, no sólo de los propósitos de realizar la venta, sino la de comunicarle la consumación de la misma, hecho inverosímil, si se tiene en cuenta la correspondencia cruzada entre aquél y don Alejandro P., así como las noticias intrascendentes que éste le daba sobre particulares sucedidos en el pueblo, porque lo lógico, dada la confianza y amistad que entre ambos existía, es que le hubiera participado un hecho que tanto afectaba al señor M.; la fijación de un precio, evidentemente inferior al valor real de las fincas, conforme se demuestra en el informe pericial; la ausencia de una entrega real y efectiva del precio fijado, extremo tan importante, que no se justifica, así como la inversión dada al dinero, en el supuesto de que se hubiera percibido, pues de haber sido así, don Alejandro, forzosamente hubiera dado cuenta al señor M., poniendo a su disposición la cantidad recibida o rindiendo cuenta de su destino; la falta, en fin, de patrimonio personal de don Manuel P., como ele-

mento indispensable para acreditar debidamente que disponía del dinero para el pago del precio.

En los primeros considerandos de la sentencia que estudiamos, se sienta, además, la siguiente doctrina de indudable interés general:

Que, negocio simulado es el que tiene una apariencia contraria a la realidad, sea que no existe en absoluto sea que es distinto de aquel que se muestra al exterior, habiendo un marcado contraste entre la forma extrínseca y la esencia íntima, pues el negocio que aparentemente parece serio y eficaz, es, por el contrario, mentiroso y ficticio, porque, o no fué perfeccionado el negocio, o lo fué de modo diferente a aquél expresado, siendo un disfraz para encubrir un negocio diverso.

Por tanto, la simulación puede ser *absoluta*, cuando se finge un negocio, mientras no se entiende en realidad concluir ninguno, de modo que esta especie de simulación sirve de medio para alcanzar fines extraños a los negocios, operando con frecuencia, aunque no necesariamente, con fin de fraude; y *relativa*, cuando se finge un negocio (negocio simulado) para enmascarar otro que verdaderamente se entiende realizar (negocio disimulado), pudiendo también decirse, que se finge perseguir una causa negocial, mientras la voluntad real es dirigida a otra causa, y no es necesaria tampoco, la intención de fraude.

Que los efectos de la simulación en el derecho actual son distintos, según sea absoluta o relativa, ya que el negocio *absolutamente simulado es nulo, no quedando nada de él* al desaparecer la apariencia falaz que lo mostraba serio, no operándose ningún cambio jurídico por el acto simulado, quedando como antes la posición de las partes, no teniendo ninguna realidad ni contenido efectivo; mientras la simulación *relativa* tiene por efecto la nulidad del negocio aparente, pero como la simulación no se agota en la simple producción de la apariencia, sino que ésta sólo es un medio para ocultar un negocio verdadero que se concluye entre las partes, la ineficacia de la forma externa simulada, *no obstaculiza la validez eventual del negocio verdadero encerrado*. La demostración de la simulación hace desaparecer la relación fingida que media entre las partes con el fin de enmascarar, pero deja intacta la relación verdadera que las partes han concluido secretamente, la cual será eficaz, en tanto en cuanto reúna las condiciones necesarias para su existencia y validez.

Expuesto lo anterior, y conforme ha declarado el Tribunal Supremo, en sentencias de 15 de febrero de 1944 y 8 de mayo de 1957, por ser la simulación absoluta, mera apariencia y fórmula sin contenido obligacional, que no da al contrato simulado más que fingida existencia, ninguna vitalidad puede recibir dicho contrato de la forma solemne o no solemne en que se haga constar. Una vez apreciado por el juzgador que el contrato es simulado, nada significa en contrario, ni puede desvirtuar la eficacia de dicha apreciación, el hecho de estar otorgado ante Notario, porque si bien el art. 1.218 del Código Civil dispone que los documentos públicos hacen prueba, aun contra tercero, del hecho que motiva su otorgamiento y de la fecha de éste, y el art. 1.º de la Ley del Notariado atribuye al Notario la función de dar fe de los contratos y demás actos extrajudiciales, esta facultad y el pleno crédito que a lo testificado en uso de ella se ha de conceder, sólo alcanza en materia de contratos a aseverar lo que los contratantes han realizado o declarado en presencia del fedatario, pero no a la veracidad intrínseca de tales declaraciones, ni a la intención o propósito que oculten o disimulen, porque éste y

aquella escapan a la apreciación notarial. Por ello, reiteradamente tiene declarado la Jurisprudencia, que sin desconocerse la fuerza probatoria de un documento público, puede estimarse, en concurrencia con las demás pruebas aportadas al pleito, la simulación de un contrato que en él conste, y es equivocado afirmar que mientras no recaiga declaración de falsedad por parte del Notario, al dar fe de cuanto se dice en la escritura que ocurrió en su presencia, hay que reconocer como verdadera la existencia del contrato. El testimonio notarial que se ajusta a lo ocurrido o manifestado por los contratantes es verdadero, y, no obstante, puede el contrato ser simulado, por no testificar el Notario sobre la veracidad de las partes.

Poco tenemos que añadir a la clara doctrina de esta sentencia. Únicamente que algunos tratadistas, al referirse a la simulación relativa (véase Planiol y Ripert), se ocupan de los llamados «contra documentos», o sea de aquellos documentos, secretos entre las partes, por virtud de los cuales se modifica lo pactado en un documento público anterior, los que vienen a declarar y detallar el negocio disimulado que el documento público encubre. La doctrina sostiene que para que el contradocumento o negocio secreto sea eficaz, es necesario que se den las condiciones requeridas para su validez. Las partes no pueden desconocer la existencia de la verdadera situación y de los derechos que correspondan a su voluntad real. Respecto de los terceros, el acto secreto no puede perjudicarle, sino cuando reúna las condiciones de validez necesarias no sólo respecto de las partes, sino también respecto a dichos terceros. También se sostiene que el acto secreto, el disimulado, puede invocarse y alegarse por el tercero, en cuyo favor se ha celebrado.

SENTENCIA DE 10 DE MARZO DE 1958.—*Enriquecimiento torticero. Diferencias con la indemnización por daños y perjuicios.*

La demanda origen de los autos terminados por esta sentencia, tiene por base las enajenaciones realizadas por los demandados en los años 1939 a 1942, de material del Ejército, consistente en alambres de espinos y piquetas de hierro, abandonado en el que fué campo de combate de nuestra Guerra de Liberación, en la provincia de Guadalajara. Se pretendía la devolución al Estado de las cantidades que los vendedores recibieron. Demandadas determinadas personas por el Abogado del Estado, el Juzgado de Primera Instancia las absolvió de la demanda, fallo que fué confirmado en parte por la Audiencia Territorial. El Abogado del Estado interpuso recurso de casación, formalizado al amparo del núm. 1.º del art. 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, por inaplicación del principio de derecho de que nadie debe enriquecerse «torticeramente», con daño de otro, reconocido por sentencias, entre otras, de 8 de octubre de 1957, 1 de febrero de 1928, 8 de enero de 1929, 6 de junio de 1931 y 15 de febrero de 1957, y por aplicación indebida de los artículos 1.902 y 1.968 del Código Civil. El Tribunal Supremo declaró haber lugar al recurso interpuesto, y dictó segunda sentencia por la que estimó la demanda.

Se basó en las siguientes razones:

No es aplicable a este caso el art. 1.902 del Código Civil. La aplicación del art. 1.902 del Código Civil, predice la preexistencia de una disposición de protección, que normalmente será simple coerción y previsión legal o reglamentaria del principio *alterum non laedere*, como demuestran, entre

otras muchas, las sentencias de 31 de mayo de 1910, 19 de enero de 1916, 10 de noviembre de 1924 y 24 de febrero de 1928. En el caso de autos, la venta del expresado material se verificó con anterioridad a la promulgación de la norma de protección, que fué en Decreto de 7 de mayo de 1942, señalando normas para la recuperación de esta clase de material. Por ello, se estima la aplicación indebida de dicho artículo, y como consecuencia, la del 1.968 del propio Código, que se limita a regular la prescripción de la acción por las obligaciones derivadas de la culpa o negligencia de que trata el 1.902.

Si se estima aplicable la acción de restitución por enriquecimiento torticero. Como ha declarado la sentencia de 12 de abril de 1955, la acción de restitución por enriquecimiento torticero, tiene sustantividad propia frente a la indemnización de daños y perjuicios, de la que la independizan múltiples notas diferenciales que la doctrina científica ha señalado. Conviene destacar, por su aplicación al caso de autos, que la acción aquiliana requiere en el provocador la concurrencia de un hecho ilícito, y la «condictio» puede surgir por el solo hecho del desplazamiento patrimonial indebido, incluso con ignorancia o de buena fe por parte del que lo provoca. Doctrina científica muy numerosa repudia la tesis de que la «condictio» funciona siempre como norma subsidiaria de derecho, y aunque así no fuese, el resultado práctico sería el mismo, ya que a pesar de las múltiples manifestaciones que el Código Civil contiene respecto al empobrecimiento ilícito, no hay norma legal ni consuetudinaria que en forma sistemática, general o específica, gobierna la acción de enriquecimiento ilícito, y así pasa a primer plano, de fuente jurídica, el principio de que a nadie es lícito enriquecerse a costa de otro, reconocido únicamente como derivación de Derecho natural por la legislación romana, por la tradicional española, por la doctrina científica y por la jurisprudencia.

Como la ley, en determinados casos, por razones de seguridad del tráfico, reconoce validez a las disposiciones o actos de transmisión de personas que obran sin derecho, y no le es posible al verdadero titular reclamar contra el tercero que ha adquirido en firme, ha de existir una acción dirigida contra dicho disponente sin derecho, fundada en el principio de que nadie puede enriquecerse a costa de otro. La ventaja patrimonial que haya obtenido dicho disponente, dinero o prestación de otra naturaleza, debe entregarse al verdadero titular.

Sentado lo anterior, dice la sentencia, es indudable que el fallo recurrido ha infringido por no aplicación, el principio del enriquecimiento injusto.

Sabido es que se entiende por «condictio» (terminología derivada del Derecho Romano) la acción o pretensión que se dirige contra el enriquecido, para que entregue aquello con que se enriqueció injustamente.

Esta doctrina del enriquecimiento sin causa tiene su origen en el Derecho Romano. En el Derecho Justiniano, expone Roca, alcanza un valor de principio general, si bien para sancionarlo se utilizan varios tipos de acciones y medios jurídicos. Además de determinadas «condictiones» especiales, existía en Derecho Romano, la «condictio sine causa», que era un tipo general.

La sentencia que se ha resumido, sigue las más modernas opiniones doctrinales, en cuanto a reconocer que el principio o doctrina del enriquecimiento sin causa no es de carácter subsidiario. Frente a la jurisprudencia francesa, mantenedora de que la acción por empobrecimiento injusto sólo es viable cuando el empobrecido carezca de otro remedio o acción; Núñez Lagos sos-

tuvo su carácter de doctrina legal, no subsidiaria, de fuente jurídica de primer plano, como dice la sentencia.

MERCANTIL

I.—Comerciantes y auxiliares.

SENTENCIA DE 23 DE ENERO DE 1958.—*Prueba de los libros de los comerciantes.*

El efecto de una contabilidad regularmente llevada es la fe comercial, esto es, la fuerza probatoria que le reconoce nuestro Derecho positivo. La Ley de Enjuiciamiento Civil se limita a mencionar los libros de comercio entre los medios de prueba de que se puede hacer uso en juicio y se remite a lo ordenado en el Código de Comercio, el cual, después de determinar los casos en que podrá decretarse la exhibición de los libros y la forma de practicarse el reconocimiento establece una medida o graduación de la fuerza probatoria de los mismos (art. 48), cuyas reglas pueden resumirse, diciendo: Que los libros de los comerciantes producen prueba plena contra aquel a quien pertenecen; que la fe de los mismos es indivisible, y así, no cabe aceptarla en una parte y rechazarla en otra; que prevalecen los adornados de los requisitos legales sobre los defectuosos, salvo prueba contraria; que la no presentación o la carencia de libros por parte de un comerciante le somete al resultado que arrojan los llevados debidamente por su adversario, con igual salvedad o con la de haber concurrido fuerza mayor; y que si fueren contradictorios los libros de los comerciantes que tuvieran todos los requisitos legales, el Juez o Tribunal juzgará por las demás probanzas, calificándolas según las reglas generales del derecho.

III.—Letras de cambio, libranzas, etc.

SENTENCIA DE 28 DE ENERO DE 1958.—*El tenedor de un cheque carece de acción directa contra el librado.*

Resumen de antecedentes: Don Juan P. R. libró un cheque contra la Banca F., de Barcelona, por 79.700 pesetas y lo entregó a «Sales y P. E. E., S. A.» para saldar un suministro de primeras materias. El mismo día que esta entidad tomó el cheque que fué presentado al cobro en una de las ventanillas de Banca F., de Barcelona, en la que el librador tenía cuenta corriente abierta con saldo disponible, libre y suficiente para atender el pago de dicho talón-cheque, y en tal acto, un empleado del Banco, aparentando querer dar facilidades al empleado de la Sociedad que presentó el talón, consiguió que este último aceptara y admitiera el pago del tan repetido cheque con otro cheque librado y firmado por un apoderado de la Banca F. contra el Banco de España. Acto seguido el aludido empleado de «Sales y P. E. E.» se personó en el Banco de España,

y presentado al cobro el talón-cheque que se le había entregado, no le fué pagado y se le devolvió. Posteriormente, presentado el día 24 de febrero, tampoco fué pagado; en vista de ello se protestó, y en el acto del protesto el cajero de metálico del Banco de España contestó que no se pagaba dicho talón por hallarse en suspensión de pagos la Banca F. El día 21 de febrero, cuando la primera presentación, la Banca F. no se encontraba en suspensión de pagos.

Sales y P. E. E., S. A., entabló demanda contra el Banco de España; en su defecto, contra don Juan P. R., y, finalmente, para el caso de insolvencia de éste, contra la Banca F., hoy Banca I., de Barcelona, aun quedando sujeto su crédito, en este caso, a los términos del convenio aprobado en expediente de suspensión de pagos de Banca F.

El Juez de primera instancia desestimó la demanda. La Audiencia confirmó la sentencia del inferior y el Tr. S. declaró haber lugar al recurso de casación y absolvió al Banco de España; pero condenó a don Juan P. R. a pagar a la Sociedad actora la cantidad de 79.700 pesetas con los intereses legales de mora desde la fecha del emplazamiento del demandado.

Las razones de todo ello son las siguientes:

Que los mandatos de pago llamados cheques, a los cuales se hallan sustancialmente equiparadas las órdenes de pago en cuenta corriente de los Bancos y Sociedades mercantiles, conocidas bajo el nombre de talones, presupone necesariamente la existencia del librador o persona que los emite, del librado o sujeto que ha de atender el pago con fondos disponibles de aquél y del tomador del efecto en forma nominativa, a la orden o al portador con trascendencia a la regular transmisión del título creado, cumpliéndose con ello la función económica de servir de medio del pago de las obligaciones, aunque no representen el pago mismo de la prestación en los términos convenidos en el nexo precedente o causal, salvo cuando han llegado a buen fin, según frase conocida en el tráfico, lo que quiere decir que se han convertido en especie numeraria u otra prevista por los contratantes en el vínculo originario de que dimanen. Tienen la particularidad, entre otras, frente a las letras de cambio, de que su regular tenedor carece de acción directa contra el librado para exigir el pago, ya porque éste no asumió la obligación mediante el acepto, ya porque los derechos que entrañan sólo pueden ejercitarse, previo el protesto, por la vía de regreso contra los endosantes, si los hubiere, y contra el librador, único responsable además en los cheques al portador, responsabilidad de naturaleza cambiaria a tenor del art. 542 del Código de Comercio, sin perjuicio de que el librador pueda proceder contra el librado, conforme al derecho común, para obtener la indemnización de daños y perjuicios al dejar inatendido el efecto, pese a la efectiva y suficiente previsión de fondos en su cartera.

Que la hoy recurrente y actora pide se condene al Banco de España a pagarle la cantidad de 79.700 pesetas, valor del talón-cheque librado contra dicha entidad por la Banca F. en 21 de febrero de 1950, y basta para desestimar tal pretensión lo dicho anteriormente respecto a que el portador de tal título carece de acción directa contra el librado, argumento que se refuerza al observarse que dicha Banca F., libradora, el día de presentarse al cobro el talón, 24 de febrero de 1950, se hallaba en suspensión de pagos, circunstancia que vedaba al librado realizar cualquiera prestación liberatoria sin el consentimiento de los Interventores, como previene la regla 2.ª del art. 6.º de la Ley de 26 de julio de 1926. Estos irrefutables elementos de juicio implican la desestimación del primer motivo del actual recurso, invocado al amparo del núm. 7.º del art. 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, error de hecho y de derecho en la aprecia-

ción de las pruebas, aun en el supuesto de ser auténtica la póliza intervenida por agentes de Cambio y Bolsa, dado que con fondos disponibles y bastantes en poder del Banco de España, a éste, como queda expuesto, no le vincula con el portador del cheque ninguna relación jurídica exigible, razones valederas también para rechazar el tercer motivo, fundado en idéntico artículo y número—error de hecho en la aprobación del elemento probatorio—, no combatido satisfactoriamente, por otra parte, en casación.

Que por los fundamentos anteriores debe estimarse la demanda contra don Juan o Juan Agustín P. R., por la cantidad líquida invertida de 79.000 pesetas importe del precio de la mercancía por él adquirida a título de compra de la Sociedad actora, con los intereses legales de mora a contar de la fecha del emplazamiento, de conformidad con el art. 339 del Código de Comercio y de los arts. 1.100 y 1.108 del Civil.

Es evidente que ninguna acción tenía la Sociedad demandante, tenedora del cheque librado contra el Banco de España. Como dice Garrigués en nuestro Derecho, la emisión de un cheque sólo da lugar a dos relaciones jurídicas: la que liga al librador con el tomador, cuyo contenido consiste en garantizar el pago del cheque, y la que liga al librador con el librado, cuyo contenido consiste en la obligación que éste asume frente a dicho librador de pagar el cheque. Entre tenedor y librado no media relación jurídica alguna. El librado, como no ha aceptado el cheque, no asume ninguna obligación de pago frente al tenedor.

BARTOLOMÉ MENCHÉN

Registrador de la Propiedad.

Jurisprudencia sobre el Impuesto de Derechos reales

*Resolución del Tribunal Económico-Administrativo Central de 5
de noviembre de 1957.*

EL APLAZAMIENTO DE LAS CONTRAPRESTACIONES EN UN CONTRATO DE SUMINISTRO, SUPEDITADAS A QUE LA ADMINISTRACIÓN CONCEDA CIERTAS LICENCIAS DE IMPORTACIÓN Y DETERMINADA CANTIDAD DE DIVISAS, NO ES OBSTÁCULO PARA LA EXACCIÓN DEL IMPUESTO, SIN PERJUICIO DE LA DEVOLUCIÓN QUE EN SU DÍA SEA PROCEDENTE, DE ACUERDO CON LAS PREVISIONES DEL ART. 58 DEL REGLAMENTO.

Antecedentes.—En escritura pública de 12 de enero de 1956 la Dirección General de Correos contrató con la Sociedad «S. I. E.» el suministro de teleimpresores por precio cuantioso, y obligándose la Sociedad a realizar el suministro con sujeción estricta a las condiciones aprobadas por Orden ministerial, y a entregar los aparatos en los plazos de dos, cuatro y seis meses, contados a partir de la concesión del permiso de importación y de las divisas correspondientes, debiéndose efectuar el pago del precio al adjudicatario una vez recibidos y aceptados los artefactos contratados.

Presentado el documento a liquidación, la Oficina liquidadora

calificó el contrato de «suministro» y lo liquidó obteniendo una elevada cantidad, dada la considerable cuantía del contrato.

La entidad suministradora, no conforme con la exacción, recurrió ante el Tricunal Económico-Administrativo Provincial, alegando que la efectividad del contrato había quedado supeditada a la condición de que el Ministro de Comercio concediera el permiso de importación y además las divisas necesarias para el pago en el extranjero de la maquinaria en cuestión, cuyo permiso había sido denegado el 26 de enero del mismo año de 1956 por resolución del Director general de Comercio, como lo acreditaba el traslado de la misma, unido al escrito de interposición del recurso. En definitiva, se pedía la nulidad de la liquidación, o bien que fuera dejada en suspenso hasta la concesión del aludido permiso; todo ello con apoyo en el artículo 6.º de la Ley y en el apartado 6) del art. 57 del Reglamento, ambos de 7 de noviembre de 1947.

El citado Tribunal Provincial desestimó la reclamación, fundado en que la estipulación contractual en que se fundamenta el recurso no encierra una condición suspensiva, de cuyo cumplimiento dependa la exigibilidad del contrato, sino que testifica una obligación a plazo, ya que la concesión del permiso de importación y de las divisas servirían para comenzar a contar el plazo de entrega de las mercancías convenidas.

La entidad recurrente reiteró su pretensión y sus razonamientos ante el Tribunal Central, y éste empieza por decir que la contienda gira alrededor de la aplicación del art. 6.º de la Ley del Impuesto de 7 de noviembre de 1947, que establece que toda adquisición de bienes cuya efectividad se halla suspendida de derecho por la concurrencia de una condición, un término, un fideicomiso o cualquiera otra manera de limitación, se entenderá siempre realizada el día en que la limitación desaparezca, ateniéndose a esta fecha, tanto para determinar el valor de los bienes como para aplicar los tipos de retribución, cuya disposición está reproducida en el art. 57 del Reglamento de dicha fecha y matizada en su apartado 1), diciendo que en los actos y contratos en que medie alguna condición, su calificación se hará con arreglo a las prescripciones del Código civil, y si fuere suspensiva no se liquidará el impuesto hasta que ésta se cumpla.

Eso supuesto, añade el Central que, vistas esas disposiciones y teniendo en cuenta que la liquidación en litigio se giró sobre un contrato de suministro, la aplicable es la norma del reseñado apartado 1) del artículo 57, como más adaptada al supuesto de hecho contenido en las estipulaciones del contrato, y de acuerdo con tal norma y con la general del artículo 41 del mismo Reglamento, lo precedente es acudir a los preceptos del Código civil para determinar la calificación jurídica que inexcusablemente tiene que servir de fundamento a la exacción del impuesto.

Y ya en este camino, la Resolución que analizamos dice que el contrato de suministro motivador del recurso ha de entenderse perfeccionado y obligatorio, conforme al artículo 1.278 del Código civil, por concurrir en él todas las condiciones y requisitos esenciales para su validez; en este caso, las de la compraventa, ya que el suministro es una modalidad de ella; puesto que —artículo 1.450 de dicho Código— la venta se perfeccionó entre comprador y vendedor, y es obligatoria, con la consiguiente transmisión de derechos y obligaciones, si se conviene en la cosa y en el precio, como en el caso ocurre, aunque ni aquella ni éste se entreguen de momento; de donde se deduce, añade el Central, que la existencia de cualquier condición que deje en suspenso la perfección y eficacia del contrato no produce el aplazamiento de la liquidación, previsto en el apartado 1) del citado artículo 57; así como tampoco el sólo otorgamiento de la escritura impuso la inmediata consumación del contrato, puesto que las contraprestaciones quedaron aplazadas y pendientes de la obtención de la licencia de importación y de las divisas necesarias para el pago de lo importado.

Comentarios.—No nos podemos adherir a la conclusión a que llegó la Resolución que comentamos, dicho sea guardando al Tribunal los respetos que merece, porque nos parece que no deja a salvo los momentos que median en la gestación de los contratos desde su nacimiento hasta su consumación, cuales son su nacimiento y perfección, su ejecución y su consumación y extinción: el contrato, como es sabido, «existe desde que una o varias personas consienten en obligarse, respecto a otra u otras, a dar alguna cosa o prestan algún servicio», artículo 1.254 del Código

civil, y «se perfeccionan por el mero consentimiento, y desde entonces obligan al cumplimiento de lo pactado, artículo 1.258, es decir, a ejecutar los actos o realizar las prestaciones que su cumplimiento encierre, pero esa ejecución o puesta en práctica de las recíprocas prestaciones pueden quedar supeditadas a que se den ciertos acaecimientos o supuestos, ajenos a la voluntad exclusiva de las partes, sin perjuicio, claro es, de que aquella perfección y obligatoriedad permanezcan, surgiendo así la condicionalidad capaz de suspender y aun anular la efectividad del pacto.

Y es también exacto, como la Resolución dice, que la venta se perfeccionó en los términos que el mismo Código expresa en su art. 1.450, aunque ni la cosa ni el precio se entreguen, pero de esa simple perfección del contrato no puede nacer la obligación de tributar si sus efectos quedan en suspenso, y aquí quedan, evidentemente, supeditados a la obtención del permiso de importación y a la concesión de las divisas que han de servir para pagar las mercancías que la suministrante tiene que adquirir fuera de España para entregarlas al organismo comprador.

No se trata, pues, de algo que interfiera la perfección del contrato, sino de ciertos actos o hechos que hacen que, pese a su perfección, paralizan su ejecución y en definitiva su consumación, que es precisamente lo que caracteriza a las condiciones suspensivas.

En el caso, estamos claramente ante una condición de este género, cuya esencia, en su aspecto subjetivo, consiste, como dice la jurisprudencia, por ejemplo, en la sentencia de 21 de junio de 1932, en la querida subordinación de la eficacia del negocio a la realización de un determinado acontecimiento, de tal manera que mientras tal acontecimiento no tiene lugar, el acto jurídico no produce efecto y vive solamente como en germen y larvado.

Esta doctrina, aplicada al caso, conduce a la inexorable conclusión de que la convención cuestionada me pudo producir efectos económicos tangibles de intercambio de patrimonios, y por lo mismo la liquidación no debió girarse reglamentariamente y sí suspenderse; a tenor del invocado apartado 1) del artículo 57 del Reglamento, en tanto no desaparecieran las trabas aludidas, entorpecedoras de la entrega de las mercancías contratadas, y en definitiva de la ejecución y consumación del contrato.

Resolución del Tribunal Económico-Administrativo Central de 12 de noviembre de 1957.

ADQUIRIDO CIERTO INMUEBLE URBANO POR UNA INSTITUCIÓN DE CARÁCTER BENÉFICO PARTICULAR, HACIENDO CONSTAR QUE UNA PARTE DE AQUÉL. ESTÁ DESTINADO A FINES BENÉFICOSOCIALES Y EL RESTO DEL EDIFICIO A ALQUILER DE VIVIENDAS, EL TIPO DE LIQUIDACIÓN APLICABLE NO ES EL DE «COMPRVENTA», SINO EL TIPO BENEFICIOSO DEL NÚM. 9.º DE LA TARIFA.

Antecedentes.—A medio de una escritura pública, una Caja de Ahorros adquirió una casa, haciendo constar que la planta baja y el piso primero serían destinados a los fines benéficosociales de la institución y los pisos restantes a viviendas.

La Oficina liquidadora liquidó el impuesto por el concepto comprventa núm. 15 de la Tarifa al 6 por 100, y la representación de la Caja de Ahorros interpuso reclamación pidiendo que se declarase que el concepto y tipo aplicable era el beneficioso del núm. 9 de dicha Tarifa, alegando que, conforme a la Ley de 29 de julio de 1880, al Real Decreto de 14 de marzo de 1899, al Decreto de la misma fecha de 1933, las Cajas de Ahorro y Montes de Piedad están consideradas como instituciones de Beneficencia; y, a mayor abundamiento, que el artículo 2.º de la Ley de 20 de julio de 1955 dispone que las adquisiciones a título oneroso o lucrativo que realicen los establecimientos de Beneficencia devengarán el impuesto de derechos reales al tipo del 0,50 por 100, salvo que por la naturaleza del acto en sí les corresponda un tipo inferior de tributación.

El Tribunal Provincial Económico-Administrativo confirmó la liquidación, fundado en que sólo una parte del inmueble transmitido reunía las condiciones de aplicabilidad del tipo beneficioso y no los restantes de aquél; y, por consiguiente, al no especificarse en el contrato la parte de precio que a una y otra porción del inmueble correspondía, era de inexcusable aplicación el art. 41 del Reglamento, y exigible el impuesto por el tipo más elevado de los correspondientes a dichas dos adquisiciones.

La entidad recurrente reprodujo ante el Central sus alegatos

y su pretensión, y éste, después de afirmar que en el caso no hay para qué tener en cuenta ni el destino de los bienes transmitidos ni su productividad cuando de este impuesto se trata, en relación con las instituciones benéficas, como ocurriría si se tratara, por ejemplo, de la contribución territorial, revoca el acuerdo del inferior, porque el precepto específicamente aplicable al caso es la mentada Ley de 1955, y ésta, en sus párrafos 2.º y 3.º, con idéntica redacción que la de los números 5.º y 6.º del artículo 28 del Reglamento del impuesto, de 7 de noviembre de 1947, no se refiere a la necesidad de justificación de ninguna clase, en relación con el destino o aplicación de los bienes que los dichos establecimientos adquieran para gozar del aludido tipo beneficioso, y no contiene otra limitación, en cuanto al mismo, que la que nace cuando la adquisición o transmisión tiene lugar en favor de personas o Sociedades, y no de los establecimientos mismos, en cuyo caso se aplica el número de la Tarifa que corresponda, según el concepto de la transmisión de que se trate y sin perjuicio de las rectificaciones a que pueda haber lugar cuando en el plazo y forma que tales preceptos determinan se justifique que los bienes quedaron adscritos directamente a los fines benéficos específicos de la institución.

En definitiva, el Tribunal Central revoca el acuerdo recurrido, anula la liquidación y manda girar otro aplicando el tipo reducido.

La cuestión es tan clara que excusa todo comentario.

Sentencia del Tribunal Supremo de 3 de noviembre de 1958.

SE TRATA DE UNA INTERPRETACIÓN RESTRICTIVA DEL ARTÍCULO 18 DEL REGLAMENTO EN SU APARTADO 5), EN RELACIÓN CON EL APARTADO 4) DEL 25, ESTO ES, CUANDO EL CONTRATO DE SUMINISTRO ESTÁ INVOLUCRADO CON EL DE EJECUCIÓN DE OBRAS, SOSTENIENDO LA SALA, EN CONTRA DE LA LETRA DE TALES APARTADOS, QUE EL TIPO DE LIQUIDACIÓN ES EL DE SUMINISTROS Y NO EL DE COMPRAVENTA.

Antecedentes.—Las Sociedades SEAT y SIEMENS, S. A., celebraron, mediante carta-contrato, un convenio de pedido por el que la segunda había de suministrar a la primera veintiún transformadores monofásicos de características especiales con sus piezas com-

plementarias, precio unitario, materiales a emplear, forma y plazos de entrega y condiciones de pago del importe total de 2.379.489 pesetas, cuya carta-contrato fué complementada, una vez presentada en la Oficina liquidadora, con otra carta de aceptación del pedido, girando aquélla liquidación por el concepto de suministros, número 21 de la Tarifa, a cargo de la SIEMENS.

Ambas entidades recurrieron la liquidación, alegando que se trataba de una simple compraventa celebrada por correspondencia y exenta, por tanto, a tenor del número 8.º del artículo 6.º del Reglamento del impuesto de 1947, y sosteniendo que en el caso de estimarse que la liquidación era de cargo de la Sociedad compradora, debía aplicarse la bonificación del 50 por 100.

El Tribunal Provincial desestimó el recurso, por entender que el contrato no tenía las características de los celebrados por correspondencia, ni le era, por tanto, aplicable la exención, ni tampoco era calificable de compraventa, dado que las partes lo conceptuaban como suministro, y por añadidura el pacto establecía la entrega del material en plazos sucesivos.

Los dos Sociedades se alzaron ante el Central, y éste acordó: 1.º, revocar el acuerdo; 2.º, anular la liquidación y sustituirla por otra a cargo de la misma contribuyente, por el concepto de «compraventa de muebles»; 3.º, desestimar la reclamación de la SEAT, por carencia de acción, y 4.º, desestimar el recurso de la SIEMENS en todo lo que no resultase modificado por los anteriores pronunciamientos; todo ello además de negar la aplicación de la exención del número 8.º del artículo 6.º del Reglamento de 1947, referente a los contratos por correspondencia.

En cuanto a esta exención, dice el Tribunal Central que no es aplicable al contrato cuestionado, porque está circunscrita, conforme al artículo 24 del Reglamento, al mero pedido de géneros para cuya venta esté debidamente matriculado el comerciante, y esta característica claramente se ve por la simple lectura del documento liquidado, que no concurre, ya que, lejos de limitarse al mero pedido de géneros, tenía por objeto múltiples y variadas estipulaciones aceptadas mutuamente e incompatibles con la interpretación restrictiva imperante en la materia de exacciones fiscales. Así, se observa que el encargo se refería a la construcción de varios transformadores monofásicos de características especiales,

no prefabricados ni destinados a la venta normal, con plazos de construcción y entrega y de pago.

De ello deduce, además, la Resolución que el contrato debe ser calificado como de ejecución de obra de cosa mueble, con prestación o suministro de todos los materiales por el contratista, el cual, por añadidura, se dedica habitualmente a la confección de obras o productos análogos, todo lo que engendra esa figura fiscal regulada específicamente en el apartado 5) del artículo 18 del Reglamento citado, liquidable según el mismo por el tipo de las compraventas.

Por otra parte, sigue diciendo el Central, aun en el caso de que el contrato se calificase como suministro, habría de tenerse en cuenta que el apartado 4) del artículo 25 del mismo texto reglamentario impone que al suministro con prestación de obras o servicios se le aplique el tipo de las compraventas, y hace además expresa referencia a los apartados 4) y 5) del antedicho artículo 18; y, en su consecuencia, debió aplicarse el número 46 de la Tarifa, y no el 21.

De aquí se desprende otra importante consecuencia, dice la Resolución, cual es la de que así calificado el contrato, la persona obligada al pago es el contratista, porque así lo dispone expresamente el mismo Reglamento en el segundo apartado del artículo 59, es decir, la Sociedad SIEMENS, y no la SEAT; lo cual quiere decir que no hay para qué tratar de la exención que esta última pretende; cosa, por otra parte, improcedente, por cuanto carece de acción para recurrir al no figurar como contribuyente.

Ambas entidades, no conformes con la decisión reseñada, acudieron ante la Sala, sosteniendo sus puntos de vista y recayendo sentencia, en la que, después de delimitar el concepto reglamentario del contrato de suministro, llega a la conclusión de que el Tribunal Central, al revocar la liquidación impugnada, no interpretó acertadamente el texto reglamentario, y en su consecuencia dice que aquélla era la procedente.

Empieza por sentar que el contrato presenta claramente los requisitos de la aludida figura jurídico-fiscal, esto es, que se trata de la transmisión de una pluralidad de bienes muebles en plazos sucesivos y precios unitarios con características predeterminadas, y además no prefabricadas, a lo cual es de añadir que la entidad

contratista o suministrante se dedica habitualmente a la construcción de los aparatos y útiles contratados.

La Sala, eso sentado, trata, en primer término, del aspecto relativo a la exención invocada, con apoyo en que se trataba de un contrato por correspondencia, y la desecha, fundada en que la clara conceptualización de contrato de suministro que en la convención concurre, excluya la posibilidad de admitir que se trate del contrato por correspondencia a que el Reglamento de 1947 se refiere en el número 6.º del artículo 8.º, porque tal clase de contratación y consiguiente exención, supone que la correspondencia cruzada se refiera a objetos o efectos prefabricados, catalogados o anunciados, conocidos previamente por el adquirente, cosa completamente distinta de que éste sea el que fije las características, condiciones y circunstancias a que haya de ajustarse el constructor al proceder a la posterior fabricación.

Trata, después la Sala de los otros dos puntos relativos a la persona obligada al pago y a la bonificación invocada por la SEAT, y dice que, determinado el concepto tributario «suministros», ambas cuestiones quedan sin contenido, dado que el obligado al pago, a tenor del apartado 2.º del artículo 59 del Reglamento, es el contratista, en este caso la Sociedad SIEMENS, que es la constructora; y añade, como consecuencia de esa misma conceptualización, que, tratándose de un contrato de «suministro» y teniendo la tarifa un tipo específico para tal calificación, la liquidación aplicada por la Oficina liquidadora fué formulada y girada con arreglo a derecho. En conclusión, revoca el acuerdo del Tribunal Central, en cuanto éste ordenó que el tipo aplicable era el de compraventa y no el de suministro.

Comentarios.—Las dos cuestiones referentes a la exención y a la bonificación, no merecen comentario alguno, porque son claras y está patente, en cuanto a la primera, que quien por carta pide la construcción de determinados artefactos y maquinaria con sujeción a especiales características y plazos de entrega y pago, no celebra un contrato por correspondencia de los que el Reglamento quiso exceptuar del impuesto; y en cuanto a la segunda, no es menos indiscutible que si la beneficiada con la bonificación no es la persona obligada al pago del impuesto, el beneficio no es invocable.

En cambio, si merece comentario el extremo fundamental de la «contienda, relativo al tipo de liquidación aplicable y, consecuentemente, la decisión que la Sala tomó al revocar, en este punto, la doctrina que el Tribunal Central tomó.

Pese al respeto con que siempre acogemos las sentencias del Alto Tribunal, en este caso no podemos compartir su doctrina, y vamos a razonar nuestros puntos de vista.

Estamos de completo acuerdo con la Sentencia en que, sin la menor duda, el contrato controvertido es un contrato de suministro, prefigurado en el apartado 2) del art. 25 del Reglamento con precisión, al decir que es aquél por el que «una persona se obliga a entregar a otra, en plazos sucesivos y mediante precio o compensación de otra especie, una pluralidad de objetos muebles...», pero, con decir o admitir eso, no está dicho todo, porque el contrato de suministro así definido, va frecuentemente unido a ciertas modalidades que sirven para matizar la calificación fiscal, y hacen que el tipo aplicable sea distinto.

Fundamentalmente el «suministro» es una compraventa, pero si va enlazado con una ejecución de obra o con un arrendamiento de servicios, entonces nace la figura jurídico-fiscal de «contrato mixto», y si a esto se añade que el contratista confecciona la cosa con sus propios materiales, el conjunto que transmite es una cosa mueble. Un ejemplo esclarecerá estos conceptos a primera vista un poco sutiles: el que provee de vestidos o zapatos, que él ha confeccionado, a un Regimiento, con los elementos que éste le ha proporcionado, hace un suministro, pero al mismo tiempo es un arrendador de servicios o de ejecución de obra, esto es, realiza un contrato mixto; el que realiza esa misma operación poniendo todos los materiales, en realidad, lo que hace es enajenar la cosa, si quiera en ella vaya comprendido el valor de todo ello; y el que se limita a proveer a dicho Regimiento, de patatas, por ejemplo, lleva a cabo un suministro propiamente dicho.

Conforme a esto, la Sociedad «Siemens», contratista en nuestro caso, está claro que, en principio, realiza un «contrato mixto», cuya figura específicamente está gravada en la Tarifa, pero la Ley y el Reglamento contienen una norma complementaria especial, de la que ha prescindido la sentencia, cual es la contenida en el apartado 4) de los arts. 18 y 25, que dice que si «el contratista pone la

totalidad de los materiales y se dedica habitualmente a la confección de productos análogos, el contrato se liquidará como compraventa».

Por lo demás, la cuestión de si se trata de un «contrato de suministro», como la Sala lo califica, o de una convención que, no obstante esa cualidad, debe ser tarifada como compraventa, bien se puede decir que es bizantina, porque por uno y otro camino el tipo aplicable es el del 3 por 100, a tenor de los núms. 21 y 46 de la Tarifa.

Así, pues, y en conclusión, somos de parecer que la Sala está acertada en rechazar la demanda en cuanto a la exención y a la bonificación propugnadas por las entidades demandantes, pero no lo está al prescindir de los mencionados apartados de los artículos 18 y 25 del Reglamento, de específica aplicación al caso debatido, no ya solamente con arreglo a las normas doctrinales expuestas más arriba, sino por aplicación de la letra de los aludidos preceptos.

Sentencia del Tribunal Supremo de 22 de noviembre de 1958.

Se refiere a las deducciones de deudas en las sucesiones hereditarias, justificadas con letras de cambio, que al fallecimiento del causante no eran ejecutivas, y dice que no son deducibles por carecer de fuerza ejecutiva, a tenor del art. 1.429 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Al mismo tiempo reitera la doctrina de la sentencia de 28 de enero de 1955, diciendo que las facultades que concede a la Administración el apartado 3) del art. 101 del Reglamento para decidir sobre la deducción de las deudas comprendidas en sus dos primeros apartados, son puramente discrecionales, y, por tanto, las decisiones de aquélla al respecto, no son susceptibles de revisión en vía contencioso-administrativa.

JOSÉ MARÍA RODRÍGUEZ VILLAMIL.

V A R I A ⁽¹⁾

LA PRENDA A DOMICILIO

«Nada hay nuevo sino lo que está olvidado.»

PÉREZ DE AYALA.

(A B C 2-1-1959.)

Nuestro Código civil asigna a la prenda, como derecho real, las características propias a todo derecho real de garantía: poder, responsabilidad, realización de valor, agregando además las siguientes: que la cosa sea mueble; se halle en el comercio; sea susceptible de posesión; se traspase al acreedor o en poder de un tercero; la retención de la cosa mientras no se extinga la obligación asegurada, y la modalidad anticrética de aplicar los frutos de la cosa, si los produce, al pago de intereses, y, en su caso, a la amortización del capital.

Así configurada la prenda, centrado su instituto, por decirlo así,

(1) Reanudamos esta sección, que una afección de la vista, corregida mediante una operación, ha impedido, durante largo tiempo, fuese publicada. Perdon por el involuntario retraso. También hemos de hacer una advertencia a quienes bondadosamente nos envían separatas de artículos publicados en otras revistas; por acuerdo del Comité de Redacción, se ha decidido no publicar reseñas de las mismas en esta sección: sólo la referencia de título y autor. En este caso están: *La estructura del Estado y el Derecho privado*, por Pascual Marín Pérez (catedrático y de la carrera judicial), y *La propiedad de pisos*, por Emilio Attard Alonso (abogado), ambos trabajos de mérito apreciable.

en la desposesión del deudor, ¿no puede afirmarse que ofrecía más inconvenientes frente a muy pocas ventajas?

No es esto solo. El mismo Código en otros preceptos: el extensivo concepto de cosas inmuebles; la extensión de la hipoteca a cosas que por su naturaleza son muebles; la inembargabilidad de ciertos bienes establecida con miras proteccionistas (de lo que ya se había hecho eco don Benito Gutiérrez en sus *Estudios fundamentales sobre Derecho civil*: al no poderse embargar—señaló—los aperos de labranza, el acreedor pierde uno de los medios de que puede disponer para reintegrarse del dinero dado en préstamo, y, por tanto, se disminuye el crédito del labrador, eludiendo esa prohibición con la venta); todo esto de consuno era o parecía, mejor, un valladar insuperable para el crédito del agricultor en su expresión más apropiada de la no desposesión.

Así, indudablemente, en la letra. Pero ¿también en su espíritu?

Tal fué la pregunta que en su batallar incesante por la implantación de la que prefería llamar «la prenda a domicilio», se formuló desde sus más mozos años don Rafael Ramos Bascufiana, Registrador de la Propiedad, honra y prez de nuestro Cuerpo, de imperécedera memoria.

Y con fina visión jurídica escribía: «Todo contrato es el acuerdo de dos voluntades sobre un hecho, sobre una prestación para la consecución de ciertos fines. Si esto es así, ¿podrá la ley contrarrestar de tal modo la voluntad que la fuerce a admitir ciertas fórmulas que sean la negación del fin que se persigue en ese contrato? No; la ley pone un límite general a la voluntad: todo aquello que sea lesivo para los derechos del individuo lo prohíbe terminantemente, expresamente; todo lo demás es lícito, es honesto, es legal. Así, pues, ¿cómo podremos justificar que sea opuesto al Derecho el concierto de dos voluntades, por las que al dar una cierta cantidad en metálico, por ejemplo, y estipulando su devolución para un plazo determinado, acuerdan que ciertos objetos propiedad del deudor responden con su valor del dinero entregado; que si el deudor necesitase enajenar esos objetos, el precio sea entregado al acreedor, y que si, vencido el plazo, no se hiciera la entrega, se venda, y, por último, que la cosa obligada permanezca en poder del deudor en vez del acreedor? ¿Es lícito ese convenio? ¿Puede estimarse como lesivo? No, en modo alguno. Pero se dirá que exis-

te un contrato de préstamo con una garantía, pero no un contrato de prenda, puesto que ésta no cabe en los moldes del Código. Pero en éste existen otros contratos que pueden adaptarse al fin propuesto: uno es el de préstamo y el otro el de venta... Otra forma indirecta sería estipular que las cosas vendidas quedaban almacenadas en poder del deudor... Complemento de todo ello, el Registro...»

Hombre de acción, de realidades, el señor Ramos Bascuñana, y haciendo resaltar que de hecho existía la prenda a domicilio, la cual era perfectamente conocida del usurero, plasmó sus ideas en las conclusiones presentadas al Congreso Agrícola de la Federación de Levante, celebrado en Alicante los días 14 a 17 de noviembre de 1907. Por ellas, y para proceder al planteamiento de la prenda agrícola, proponía la reforma de los arts. 1.863, 1.865, 1.866, 1.870 y 1.872 del Código civil; los núms. 5, 6 y 7 del art. 334 del mismo, restringiendo el concepto de bienes inmuebles, y los números 2 del art. 1.921 y 3 del art. 1.926, referentes a créditos y su prelación.

Igualmente se modificarían los arts. 108, 110 y 111 de la Ley Hipotecaria y 1.149 de la procesal civil, que prohíbe el embargo de instrumentos de labranza, y se establecería el Registro de la Prenda Agrícola, tal como se estatuye en el proyecto de Ley de Montero Ríos, de 22-XII-1886; todo ello complementado con la creación de Sociedades de Seguros, para los efectos que han de constituir la prenda agrícola, auxiliadas por el Estado por medio de subvenciones.

La bondad de estas ideas es que se barajan, aceptan o discuten hoy en día por nuestros juristas más prestigiosos al ocuparse del problema.

Según Vallet, a quien parece seguir Roan, es requisito a través del cual se estructura la prenda sin desplazamiento regularmente constituida, la constitución del pignorante en depositario de la cosa pignorada. Constitución que, en unión con el *status loci*, confiere a la garantía la plenitud de sus efectos frente a terceros adquirentes. También será eficaz—dice Vallet—aun cuando el tercero sea de buena fe, si la prenda continúa en el lugar donde se entiende depositada (es decir, si continúa en su *status loci*), pues en este caso—que corresponde al de la posesión del acreedor o

a la del tercero designados en la prenda ordinaria—la prenda sin desplazamiento despliega toda su eficacia posesoria, a través de la ficción del depósito, y actúa el *jus praeccludendi*—reconocido en el art. 60, ley actual— paralelo al *juris retentionis* de la prenda manual.

«Tenemos dos contratos—escribía Ramos Bascuñana—: el primero, el préstamo garantizado por la prenda, el acreedor según el Código, tiene la posesión de la cosa; ya perfeccionado ese contrato, el acreedor, por serle más ventajoso, no quiere retener la prenda y la deposita en poder del deudor; éste, por tanto, se encuentra ligado con el acreedor con dos contratos, uno el de prenda, otro el de depósito que de la prenda hace el acreedor.»

No es éste lugar de hacernos eco de las opiniones contrarias de Sanz Fernández y Lacruz Berdejo.

Nuestra finalidad es rememorar un nombre, que fué gloria de nuestro Cuerpo: el del repetido don Rafael Ramos Bascuñana, del que otro Registrador insigne, don Carlos López de Haro, escribiera: «Este es un hombre que no luce vanamente su título profesional, ni hace al Cuerpo de Registradores a que pertenece el hurto de limitarse a resbalar de una a otra categoría empujado con dulzura por los años o por los méritos apócrifos; éste es un hombre que supo y pudo, y puede y sabe darse cuenta de que tiene cada cual el deber de contribuir trabajando, fuera de las lindes del adocenamiento a que la ciencia patria prospere, continuando aquella tradición gloriosa de nuestros jurisconsultos, que hasta como tradición va a morir, ahogada en un ambiente perezoso, propicio nada más para existencia de castradas intelectuales energías.»

* * *

Rafael Ramos Folqués, querido amigo, admirado compañero, ha publicado un libro que titula *Cartas de principio de siglo sobre el no desplazamiento de la prenda* (Biografía de su padre). Es un libro íntimo, pleno de fervor, emotivo, entrañable.

De él hemos extraído como *leit motiv* que presidió la vida del insigne biografiado, las líneas que anteceden, apenas completadas con las referencias últimas al movimiento doctrinal presente sobre la materia.

Pero no se crea que ello es todo. Prescindiendo de páginas en que aparecen vividos trozos de picaresca española: tal las referentes a la usura, al caciquismo, a los Pósitos..., síntesis jurídicas verdaderamente ingeniosas (tal, por ejemplo, las que inspiradas en Cicerón y Laferier, inducen al señor Ramos Bascuñana a creer que la no desposesión no es más que la trasposición de la teoría del *nexum* a las cosas en su primer obra sobre Derecho romano en cuadros sinópticos), encontramos en el libro de Ramos Folqués, en el que se va reseñando, además, no ya la lucha tenaz de su padre para la implantación de sus ideas, si que también el orden de aparición de sus obras, en que aquéllas se exponen.

Y así, a la citada sobre Derecho romano, sigue la de *Crédito Agrícola. Cajas Rurales de Préstamo y Ahorro*, y tras una labor copiosa de prensa y cartas cruzadas con políticos y especialistas en la materia (entre la que es de destacar la recibida por el señor Ramos Bascuñana de otro Registrador, don Miguel de Liñán, fecha 14 de marzo de 1909, que revela un tecnicismo jurídico que se puede parificar al de nuestros días), publica su libro fundamental, *La prenda agrícola, o hipoteca mobiliaria*, que, como dijimos, tanto ha inspirado a la moderna doctrina.

A éstas pueden añadirse las que llevan por título Bancos Agrícolas; Legislación Hipotecaria, Capacidad de los menores para contratar, Tratado de las sucesiones, Capacidad de los menores según las legislaciones forales, y Crédito Agrícola..., todo lo cual revela lo que fué una vida que nadie mejor que su hijo nos hace recordar, cumpliendo con ello—como dice su prologuista, señor Ogáyar y Ayllón—el precepto del Decálogo, «Honrar padre y madre».

GINÉS CÁNOVAS COUTIÑO,
Registrador de la Propiedad.

De los autores que por nosotros se citan. puede verse:

SANZ FERNÁNDEZ, *La prenda sin desplazamiento*, «A. A. M. N.», II.

VALLET DE GOYTISOLO, *Introducción al estudio de la hipoteca mobiliaria y la prenda sin desplazamiento*, «R. D. P.», junio 1953.

EL MISMO, *La Ley de 16 de diciembre de 1954*, «A. D. C.», 1955.

ROAN, «Revista de Derecho Notarial», XI, 1956.

LACRUZ BERDEJO, *La forma constitutiva en la hipoteca mobiliaria y la prenda sin desplazamiento*, «Estudios de Derecho civil», Bosch. Barcelona, 1958.

LÓPEZ MEDEL, JESÚS, *A las puertas de la Universidad*. Cuadernos del C. E. P. Euroamérica. Madrid, 1958, 184 págs.

El autor del trabajo que se reseña, bien conocido de los lectores de esta Revista, enfoca en este su último (?) libro un tema de singular interés universitario, y, por consiguiente, nacional. Se trata quizá—no sabemos si por coincidencia o por plan preconcebido—del reverso de su anterior y completo estudio: *El problema de las oposiciones en España*; en cuanto que entonces miraba al universitario «al salir de la Universidad», al paso que ahora lo contempla «a sus puertas».

Pedagógicamente, por su estructura acogedora y comprensiva, su finalidad, eminentemente práctica, y su redacción cordial, periodística, persuasiva, el libro reúne muchos méritos que no vamos a destacar aquí; preferimos que, sin prejuicio alguno, los aprecien sus lectores. Dos notas, sin embargo, nos permitimos destacar: Una, el carácter inédito y la necesidad patente que esta monografía viene a satisfacer. Su prologuista, el actual director general de Prensa, señor Muñoz Alonso, la subraya en los siguientes términos: «Nuestro autor *orienta e informa* en su libro (el subrayado es nuestro). Con una honradez de estilo y sanidad de doctrina que ya quisieran para sí tantos escritores solemnes, que parece como si al hablar de la Universidad se calzaran coturno y ensayaran lenguajes extraños.»

Otra, es la visión que como padre—y aun abuelo—de familia me ha producido. Y dispensen mis lectores esta apreciación tan personal, por lo que tiene de sincera. Se trata de un libro en el que se nos dice—y recuerda—qué es la Universidad, cómo ha sido, cómo son las Universidades extranjeras, cómo se vive y qué pasa en el ámbito universitario, y qué problemas tienen planteados, etc. Hasta temas tan interesantes—como el de la Universidad de la Iglesia o, si se prefiere, Universidad Libre—, la enseñanza técnica, las oposiciones, etc., son explanados para «nuestros» hijos. Pero ha venido muy bien que se nos «recuerden» a nosotros los ascendientes, estas cuestiones vivas, pues con estas luces podremos ayudarles a resolver su «futuro» universitario y profesional.

Por eso creo que si *A las puertas de la Universidad* interesa a los:

estudiantes, no debe dejar de ser leído, y, a ser posible, comentado y aplicado por quienes pasamos hace tiempo por la Universidad—tan distinta la que fué de la que es—. Incluso con afán egoísta, ahora que este móvil tanto se acentúa, pues los valores informativos y actuales que encierra dicho libro para los hijos, repito y concluyo, que son tanto o más útiles para quienes tenemos la grave responsabilidad de su orientación en la vida.—R.

Ley del Registro Civil, revista «Prefor». Colección de textos legales. Madrid, 1957.—Texto de la ley de 8 de junio de 1957, concordada y anotada con comentarios y bibliografía.

En el epígrafe aparece cuanto es menester conocer de una ley que ha empezado a regir al nacer el año en que vivimos. La Redacción de la revista sabe hacer las cosas y se orienta decididamente al aspecto práctico, al igual que hará con el nuevo Reglamento.

Comprende el tomo, que cabe holgadamente en un bolsillo, el discurso del Ministro del ramo en la sesión de Cortes de 28 de mayo de 1957, la exposición de motivos de la ley y el texto completo de la misma, aderezado con cuanto se ha expuesto en el encabezamiento. Lo que los autores llaman concordancias históricas al pie de cada artículo (seguidas de las concordancias sin adjetivos, y que se limitan a señalar números de artículos concordados), no se conforman con referencias históricas, sino que entran en el campo doctrinal y ofrecen sugestivas indicaciones. Son un extracto de una monografía, por su valor y su densidad, sin omitir, naturalmente, la jurisprudencia aplicable. Aclaran, explican e ilustran tres palabras fáciles y sencillas, pero que son el mejor elogio de un trabajo.

Viviendas de renta limitada. Su regulación, auxilios económicos, beneficios fiscales, tramitación, etc., por Narciso Nadal Oller. abogado. Bosch, Casa Editorial. Barcelona, 1957.

Profusa, confusa y difusa es la legislación sobre la vivienda. Casas baratas, económicas y para funcionarios. Viviendas de clase media. Viviendas protegidas. Viviendas bonificables. Viviendas de

renta limitada, etc. Cada una con un lugar en el tiempo y otro distinto en el espacio, sin regulación escalonada, ni seleccionada, ni codificada, ni ordenada, con plazos, beneficios, regulaciones y sanciones distintas y a veces contradictorias, maraña que a su vez complica la legislación fiscal, suprimiendo beneficios concedidos por las leyes especiales acerca de la vivienda, y ocasionando con ello un perjuicio incalculable a los propósitos del legislador, porque da lugar a la desconfianza, y la desconfianza, tratándose del dinero, ha de dar al traste con los mejores propósitos. Examínese el apartado 59 del art. 6.º de la ley de 21 de marzo de 1958.

La última de las leyes, de 15 de julio de 1954, seguida de un brillante cortejo de disposiciones posteriores, que se insertan en el libro, constituye el objeto de la obra que anotamos. Y bien merece una obra para ella sola, porque requiere bastante ordenación y explicación después de vigente el Reglamento de 24 de junio de 1955 y las disposiciones a que se ha hecho referencia, mucho más cuanto que la ley es de enorme importancia para la resolución de problema tan acuciante como la falta de viviendas familiares, y merece la divulgación que ha tenido.

Dos aciertos conviene destacar: uno, la ayuda que presta el Estado, decisiva y efectiva, aun cuando en la práctica la escasez a veces impide el cumplimiento de promesas estatales; otro, la revisión legal y periódica de la cuantía de la renta, porque la congelación de la misma es una de las principales causas que nos ha llevado a esta situación. Por eso hay que tener cuidado exquisito en mantener ambos beneficios, pues si los promotores, como les llama la ley, se aperciben que el mismo Estado que prometió falta a su palabra, lo que está empezando a ocurrir, por las razones que sean, al recortar los beneficios fiscales, y recuerdan lo sucedido con la renta en especie de los arrendamientos rústicos, que se decidió fuera el precio del trigo, para arrepentirse luego y señalar un precio a la venta oficial y otro, la mitad ya, a la renta congelada, es muy posible empiecen abstenciones perjudiciales.

El autor, con excelente visión, ordena las dispersas normas legales, sujetándolas a epígrafes que siguen el articulado de la ley, con lo que el lector encuentra clasificados, plenos de datos y explicados, el régimen de protección, las categorías de las viviendas, las funciones del Instituto Nacional de la Vivienda, el plan, los

regímenes normal y excepcional, las disposiciones generales, las exenciones y bonificaciones tributarias, los anticipos sin interés, los préstamos complementarios, la entrega de los auxilios económicos, las primas a la construcción, la ejecución de las obras, el suministro preferente de materiales, lo relativo a la expropiación forzosa, la tramitación de los proyectos, la calificación definitiva, el uso y conservación de las viviendas, el arrendamiento y cesión de ellas, los desahucios, la organización administrativa central, provincial y local y las infracciones y su sanción. Todo seguido de las disposiciones complementarias, de enorme interés también. En una palabra, cuanto interesa acerca de esta clase de viviendas y de otras anteriores, por lo que no dudamos en felicitar al autor y al editor por la publicación en momento oportuno de un trabajo tan práctico y de tanta actualidad.

Instituciones de Derecho fiscal, por Florencio Porpeta Clérigo, Notario de Madrid, abogado del Estado, excedente. Instituto Editorial Reus. Madrid, 1957. Tomo II. Contestaciones al Programa de Notarías, temas XXV al XLII.

Del primer tomo de estas Contestaciones dimos cuenta en la página 293 del número 263 de esta Revista, año 1950, y ahora hemos de confirmar cuanto entonces expusimos, corregido y aumentado, porque, a nuestro juicio, Porpeta se ha superado a sí mismo en materia más compleja aún que el impuesto de Derechos reales, puesto que trata de impuesto del Timbre, de las contribuciones Territorial y de Utilidades de la riqueza mobiliaria, con injeritos de la Industrial, de la renta y del arbitrio de plusvalía, aparte de dos temas relativos al procedimiento administrativo y al recaudatorio, ambos de trascendental importancia.

En el impuesto del Timbre, a que se dedican mayor número de temas, regulado por la ley de 14 de abril de 1955 y Reglamento de 1956, con algunas modificaciones posteriores de importancia. Porpeta se ha esmerado en aclarar las normas de este impuesto, a veces poco claras y detallistas con exceso, agravadas ahora con un sistema de referencia a números finales que obliga a pasar páginas y a remirar en sitios distintos, con mengua de la sencillez, de la ra-

pidez y de la seguridad; novedad que hemos oído censurar y a cuya opinión nos adherimos. La tarifa del impuesto de Derechos reales, que indudablemente ha servido de antecedente para esta novedad, encierra una ordenación por epígrafes amplios, alfabética de conceptos, bien hecha y muy clara. En la que quiere ser tarifa del Timbre, ni hay orden, ni hay conceptos, ni hay alfabético. Hay una numeración que ni siquiera sigue el orden sucesivo del articulado, aunque procure guardarlo, y que sólo tiene de ventaja el perder tiempo en buscar en otro lugar. Acaso sea más estético que el estar imprimiendo constantemente «equils pesetas», pero es más engorroso, y, por tanto, menos recomendable. Siempre se olvida que las leyes se publican *más para quien tiene que cumplirlas que para quienes han de cuidar de su aplicación*, pues éstos tienen, al menos teóricamente, una especialización de que aquéllos carecen, y por eso la claridad es indispensable.

La doble cualidad de Notario y de abogado del Estado de Porpeta, ha significado inapreciable beneficio para los lectores, porque interpreta al estudiar los textos. No es el funcionario fiscal, frío, atento solamente a la cuantía recaudatoria, con olímpico desprecio a normas humanas e inmutables del romano derecho de gentes y del sentido civilístico innato en todo jurista, sino el funcionario envuelto en la atmósfera del más puro derecho civil y especializado en los más recomendables principios del Derecho fiscal, que, además, ha tenido que cumplir una ley como cualquier hijo de vecino, según se dice vulgarmente, y se ha encontrado con los vacíos y las inseguridades de unos preceptos inorgánicos poco flexibles. Tomemos un tema como ejemplo, el XXVI, que trata del timbre correspondiente a las matrices de las escrituras y actas:

Comienza por distinguir los documentos de cuantía y los de timbre fijo. Sigue con el timbre aplicable a matrices y copias, timbre gradual (con elevación tan excesiva que llega al treinta por uno) y timbre fijo, personas obligadas a presentar los documentos en la Oficina liquidadora y plazo, explica el reintegro por deficiencia de timbre, no estudiado sino en el articulado concerniente a la comprobación de valores, y concluye señalando los distintos documentos sujetos al timbre fijo, todo en seis hojas.

No sólo la claridad, sino también la sistematización más perfecta y la concreción, resplandecen en el texto. Nada sobra y nada

falta y todo se explica y se comprende. Ya no afecta sólo a los estudiantes, a los opositores, sino al lector en general. La contribución de Utilidades (hoy con cambio de nombre y de regulación, en parte), la de la Renta y el arbitrio de plusvalía, son igualmente anotados y constituyen un resumen más que interesante para quienes, por obligación o por profesión, están cogidos en las mallas, sutilísimas a veces, de preceptos financieros con terminología legal poco vulgar, y que necesitan ser traducidos del modo y forma y en los términos en que Porpeta ha planteado y ejecutó sus *Instituciones de Derecho fiscal*.

El subarriendo de viviendas y locales de negocio en la vigente Ley de Arrendamientos urbanos de 13 de abril de 1956. Tratado de vulgarización, por José Miura Casa, Magistrado jubilado, y Domingo Lozano López, abogado. Madrid, 1957.

Esta obrita, de unas 76 páginas, se dedica a comentarios y aclaraciones de los artículos relativos al subarriendo, jurisprudencia de aplicación general y cien casos prácticos, en forma de preguntas y respuestas, relacionados con distintas materias de la ley vigente, y con un Apéndice comprensivo del Decreto de 30 de noviembre de 1956 sobre aumentos de renta.

Cuanto se haga por aclarar cuestiones candentes que se refieren a arrendamientos, en sus múltiples manifestaciones, es una obra benéfica, como integrada dentro del precepto cristiano de la caridad, y cuando la extensión de lo tratado, más que por el número de preceptos por el número de afectados, atañe a todo el territorio nacional, hay que mirarla con respeto.

Si el comentario y la jurisprudencia inserta son adecuados, los casos prácticos están elegidos con verdadero acierto, y las preguntas son las que se oyen en todos y cada uno de los despachos profesionales por toda clase de público y clientes. Ejemplo: ¿Es necesaria autorización escrita o basta el consentimiento tácito para subarrendar? ¿Si se prorroga el contrato de arriendo, se considera prorrogada también la facultad de subarrendar? Y así sucesivamente, con las modalidades más corrientes que pueden presentarse en la realidad. Corta, pero buena, la obra recuerda la opinión del Arci-

preste de Hita sobre las mujeres: las pequeñas, como el azúcar en poca cantidad, nunca cansan; en tanto que las grandes y extensas, como las tomas de azúcar en cantidad, probablemente empalagan. Repito que la opinión es ajena.

El derecho real de subhipoteca. por Antonio Gullón Ballesteros, profesor adjunto de Derecho civil en la Universidad de Sevilla. Bosch, Casa Editorial. Barcelona, 1957.

La hipoteca sobre la hipoteca. Derechos sobre derechos. Jinetes de plomo sobre caballos de papel, según frase certera de un jurista germano. El art. 107, núm. 4, de la Ley Hipotecaria española, y el 175, núm. 4, de su Reglamento, constituyen la fuente y el marco de donde mana y donde se encuadra la figura. Nacimiento y extinción, y nada más. La doctrina tampoco ha completado el estudio. Díez Pastor, Cossio y Vallet de Goytisolo, destacan entre los pocos que han detenido su mirada en aquélla, mencionada ya en textos de Paulo y Marciano, y que ha sido objeto de varias resoluciones del Centro directivo (en especial la de 14 de septiembre de 1927).

La explicación de ser prenda de créditos, *subpignus*, o cesión de créditos hipotecarios, no convence. Gullón estudia detenidamente cuanto es de interés en este problema, con inclusión de las legislaciones y de la doctrina comparada, y examina el gravamen de la hipoteca a través del crédito, el gravamen de la hipoteca independiente, el gravamen del crédito hipotecario, como efectos de la subhipoteca, para pasar al contenido de la misma y a las solemnidades que precisa, para terminar con la extinción (desaparición de la subhipoteca o conversión en hipoteca: renuncia de la hipoteca, denuncia de la hipoteca y ejecución y cancelación de la hipoteca), que es donde, a nuestro juicio, se presentan más agudos los conflictos.

Hacía falta una monografía que ordenara estos materiales y sentara bases y sugerencias de muy estimable valor para quien haya de profundizar en este estudio. El autor cumple su propósito brillantemente, merece plácemes por su documentado trabajo y proporciona a los especialistas la solución o al menos una orien-

tación, en caso de necesitarla, en asuntos profesionales o doctrinales.

La renta en los arrendamientos urbanos, por Gregorio Pascual Nieto, Juez municipal de Valencia (Legislación vigente y tablas de determinación de la renta legal), 1957. Madrid.

Traspaso de local de negocios, por José Peré Raluy, Juez municipal de Barcelona. Madrid, 1957.

Ambos trabajos forman parte de la Colección Técnica de Derecho de la revista «Pretor» (Ediciones y Publicaciones Jurídicas), y sus títulos indican suficientemente la razón de su publicación y el aspecto eminentemente práctico de las cuestiones tratadas.

La renta es esencial en el arrendamiento, y el Decreto de 30 de noviembre de 1956 exige consideración especial, que el autor examina en periodos que abarcan: hasta 1920, desde 1920 a 1936, desde 1936 hasta mayo de 1956, y a partir de mayo de 1956, según las distintas disposiciones aparecidas entre las indicadas fechas, para concluir con unas tablas completísimas, según la fecha de los contratos, disipando dudas y fijando cifras. Cualquier propietario que sabe los sudores que proporciona cada modificación legal, agradecerá se les despeje el camino y se le facilite un instrumento que asegure sus derechos sin vacilaciones. Textos y cifras nada más, pero ¡qué elocuentes!...

El traspaso del local de negocio, tan frecuente, a su vez es estudiado, señalándose su concepto, sus antecedentes y su fundamento, así como los arrendamientos a que es aplicable, para después indicar las modalidades, los requisitos, los efectos del traspaso irregular y del regular, del consentido por el arrendador y del forzoso, con mención del derecho de tanteo y de retracto del arrendador y del derecho internacional. Termina con los formularios y la biografía. Como se ve, poco puede quedar omitido, según corresponde a fruto de la actividad de funcionarios competentes.

Estos cuadernos, 1 y 2 de la Colección técnica de «Pretor», prometen otros libros prácticos de continuo manejo y muy aleccionadores por la experiencia que tienen los autores.

Actividad funcional del titular mercantil, por Luis Benítez de Lugo y Reymundo, abogado del Estado, profesor Mercantil. Colegio Oficial de Titulares Mercantiles de Madrid, 1956.

Este cuaderno es una conferencia pronunciada en el Instituto de Graduados Mercantiles de Madrid el 27 de enero de 1956, con motivo de la inauguración del curso académico. Previa distinción del Peritaje, Profesorado, Intendencia y Actuariado Mercantil, centra su atención el autor en el segundo, en orden a la contabilidad y administración de la empresa y actividad funcional de estos técnicos profesionales, que deben diferenciarse de la dirección.

Ello no excluye que se estime de la competencia de aquellas otras muchas funciones, derivadas del estudio y análisis de la vigente legislación normativa y fiscal, pero la función principal es la contable, la revisión y verificación de contabilidades, lo que motiva agudas observaciones del autor y un análisis total de las distintas facetas de los órganos de vigilancia y control, según la doctrina científica española y comparada y las correspondientes legislaciones. Es un rosario de nombres y de citas, en apoyo de sus afirmaciones y de la importancia que tiene tal cargo, delicado y de gran responsabilidad, por lo que requiere una exquisita preparación, rigurosas normas de actuación profesional, un Estatuto del Profesor Mercantil y una eficiente organización corporativa.

PEDRO COBELLO,
Registrador de la Propiedad.