

REVISTA CRITICA
DE
DERECHO INMOBILIARIO

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

Año XXVI

Abril 1950

Núm. 263

La adopción y sus problemas jurídicos

Conferencia del Notario de Madrid
D. BLAS PIÑAR LÓPEZ (1).

S U M A R I O

1. Fuero y primacía del Derecho de Familia.
2. El conferenciante y la elección del tema.
3. Concepto y justificación de la adopción.
4. Dualidad normativa y referencia al Derecho comparado.
5. La adopción en nuestra legislación: esquema histórico.
6. Constitución de la adopción: valor constitutivo de la escritura pública.
7. Problemas de la escritura de adopción: a) Comparecencia del adoptado. b) Delegación de consentimiento. c) Anotación en el Registro civil.
8. Impedimentos personales para la adopción.
9. Efectos de la adopción. Efectos personales: a) En cuanto al nombre. b) En cuanto a la patria potestad. c) *Impedimentum adoptionis*.
10. Efectos patrimoniales: a) Deuda alimenticia. b) Derechos sucesorios.
11. Situaciones finales de la adopción: a) Nulidad. b) Revocabilidad.
12. Conclusión.

1. *Fuero y primacía del Derecho de Familia* —A fines de la última centuria, al cristalizar determinadas tendencias doctrinales en el denominado entonces "socialismo jurídico", fueron frecuentes los ataques a la concepción romana del Derecho privado. Salvioli hizo notar que esta concepción significaba la "autonomía del individuo, sin concesión alguna a la sociedad" (2), y Cavagnari que era necesario susti-

(1) Pronunciada en la Academia Matritense del Notariado el día 31 de enero de 1950.

(2) Salvioli: *I difetti sociali del Codice civile in relazione alle classi non abbienti ed operate*.

tuir el principio negativo "neminem laedere" por el positivo "suum cuique tribuere", a fin de reemplazar el sistema del egoísmo disciplinado", calificación dada por Yhering al Derecho quiritorio, por el de un "luminoso altruismo", según frase de Cosentini (3).

Messedaglia observó que la jurisdicción voluntaria no representaba sino una tutela de bienes, con olvido de la tutela de personas, atendiendo los intereses de las clases pudientes, que cuentan con medios económicos de educación y no curándose de los hijos del pueblo que no poseen bienes que conservar ni medios para proveer a su educación ni aun a su sustento. Pero fué Menger, en su difundida obra, que tanto sedujo a la juventud de principios de siglo (4), quien sentó la tesis de que la legislación civil, desde sus orígenes romanos hasta la codificación del siglo XIX, había sido pensada en beneficio de las clases pudientes de la sociedad y aplicada en su exclusivo provecho. ¿Qué medidas adoptan las leyes—preguntaba el jurista alemán—en favor de los intereses materiales de los pupilos pobres? El único patrimonio de éstos lo constituyen sus fuerzas, su vigor físico; y los abusos en este orden perjudican tanto o más al niño pobre como perjudicaría al rico una mala administración de sus bienes.

En verdad que si sólo pensamos en las instituciones del Derecho privado reguladoras de los bienes y la propiedad, de la sucesión "mortis causa" y aun de las obligaciones y contratos, tendremos que dar la razón a Menger: los Códigos civiles no se han articulado para los que nada tienen, del mismo modo, por ejemplo, que la legislación de sociedades anónimas únicamente se ha concebido y es susceptible de aplicación en un régimen económico capitalista.

Mas el Derecho civil, numen jurídico de la vida toda del hombre, desde antes de la cuna hasta más allá del sepulcro, no se limita a contemplar al individuo sólo como titular de derechos patrimoniales o como sujeto de obligaciones de tal índole, ni como transmisor o sucesor de sustancias económicas, siempre convertibles en unidades pecuniarias. Lo contempla también emplazado en el círculo de sus relaciones afectivas, como miembro de la más natural de las asociaciones humanas: la familiar; y de ahí la regulación prolífica y cuidadosa de la paternidad y la filiación, del matrimonio, de la tutela y de tantas otras

(3) Cavagnari: *Nuovi horizonti del Diritto civile in rapporto colle istituzioni pupillari*.

(4) A. Menger: *El Derecho civil y los pobres*.

instituciones integrantes de la frondosa rama del Derecho civil denominada "Derecho de familia".

Ciertamente, las preocupaciones de nuestra época, agobiada por intrincados problemas económicos y corroída por un demoledor virus positivista, nos orienta con preferencia hacia los temas que guardan conexión con los bienes materiales, con el patrimonio, con la posesión, con las aportaciones capitalísticas, con las cargas tributarias y su posible evasión . hacia todo aquello, en suma, que tiene una *última ratio monetaria* Y que lo que, dentro del Derecho privado, ofrece matices más espirituales y desinteresados—alejados, aunque no del todo ajenos, de los intereses económicos—viene quedando relegado a un segundo plano, en cuya discreta semipenumbra son contados los que se aventuran. Para los juristas contemporáneos, salvo muy honrosas excepciones, el Derecho de familia ha llegado a ser como una "Cenicienta" de los cuentos civilistas.

Y ha sido ahora cuando un Notario joven reivindica para esta rama del Derecho el lugar preferente que por fuero propio le pertenece y ha puesto a contribución sus relevantes dotes de cultura y capacidad para ofrecernos un acabado estudio de una de las instituciones más típicas de aquella rama jurídica, precisamente la institución que mejor desvirtúa la pesimista afirmación de Menger, ya que se proyecta, por regla general, en favor de los económicamente débiles y muchas veces en favor de los desposeídos, no sólo de bienes, sino, lo que es peor, de afectos y vínculos familiares.

Esta institución, del más clásico abolengo y con hondas raíces en el devenir histórico, es la *adopción*; y el Notario joven, que ha dejado a un lado las sociedades mercantiles, los complejos hipotecarios y los problemas sucesorios para poner de relieve en la pantalla de la actualidad los que suscita esa institución de tipo quasi familiar y benéfico, es *Blas Piñar López*.

2. *El conferenciante y la elección del tema.*—Pocas palabras he de escribir sobre el conferenciante. Por un lado, para no herir su modestia sincera, auténtica, y, por otro, para evitar que lo que en intención y en mi pluma es verdad lisa y llana pudiera parecer hipérbole engendrada por amical afecto.

He asistido muy de cerca a su actuación profesional, compatibilizada con el constante estudio de las disciplinas jurídicas, en los textos positivos y en el fluir universal de las doctrinas, e incluso me ha co-

respondiendo aquilatari, desde un Tribunal de oposiciones, la efectividad de su valía, inteligencia, erudición, memoria y palabra.

Posee nuestro Notariado, por la sabiduría de sus turnos de provisión de vacantes, la gran virtud de seleccionar los mejores para buen número de sus más importantes puestos (5). A ello obedece el que la juventud universitaria de mayor valía se oriente hacia el servicio de la fe pública y que, luego de ingresar en el escalafón, vaya escalando, tras duros años de sacrificio y estudio, los más elevados planos. Y por ello ha alcanzado el Notariado español un lugar enviable entre sus congéneres extranjeros y puede enorgullecerse de incluir en sus filas juristas cultos, cultísimos, conocedores al día del movimiento evolutivo del Derecho, en sus distintas ramas, en nuestra patria y fuera de ella.

Blas Piñar, en plena juventud, a esa edad que el romanticismo calificaba con error de "funesta", pero que hoy nos parece temprana, ha ganado en buena lid su "tercer entorchado". En poco más de un lustro, en tres brillantes oposiciones, ha conquistado las sucesivas categorías y es ya Notario de Madrid, meta final de la carrera.

De las lecturas y cultura de Blas Piñar sabemos bien los que conocemos los ingentes ficheros y temas manuscritos con que forjó su preparación. De su capacidad de trabajo, basta subrayar que tan impropia labor de estudio pudo simultanciarla con el desempeño asiduo y personal de Notarías de gran movimiento. Y, por añadidura, a todos esos dones une un corazón profundamente cristiano, saturado de ese cristianismo que arraiga firmemente en la mente y en la conducta y que sabe mantenerse firme, con sus raíces de humildad y caridad, frente a los halagos y éxitos de la vida, mucho más peligrosos para la fe que sus embates y adversidades.

Precisamente, ese sentimiento de caridad cristiana es el que informa desde el exordio hasta las últimas palabras de su conferencia de la Academia Matritense del Notariado—en cuyos anales se va condensando, año tras año, lo más selecto de nuestra producción jurídica—, y es también, a no dudar, el que le ha inspirado la elección de tema. Porque Piñar, para justificar su elección, alude a la virtud de caridad que la adopción representa, incluso la temporal impuesta por la orfandad

(5) Cabe afirmar que el «tercer entorchado» de la carrera lo lleva en potencia, como en su mochila llevaban el bastón de mariscal los soldados de Napoleón, el último Notario rural: a condición de que se apreste a ganar no batallas épicas, pero sí las muy duras y a veces crueles de la oposición.

innumerable que ha producido la última guerra mundial; lamenta el apartamiento de los modernos civilistas del cultivo y sistematización del Derecho de familia, situándose abiertamente frente a esa corriente atomista y disgregadora que pretende la separación de aquél como afín del Derecho público e identifica el Derecho privado con el Derecho patrimonial, y quiere, en fin, oponer dique a la ruptura de la unidad jurídica pretendida por el pandectismo abstracto y mercantilista.

3. *Concepto y justificación de la adopción.*—Arrancando de la clásica definición de las Partidas ("profijamiento es una manera que establecieron las leyes por la cual pueden los omes ser fijos de otros, magüer no sean naturalmente"), Piñar considera a la adopción como un vínculo puramente civil y ficticio que crea entre personas extrañas las relaciones inherentes a la paternidad y la filiación (6).

Plantea el problema surgido en las legislaciones positivas sobre el mantenimiento o abolición de esta institución; y expone concisamente los argumentos políticos, sentimentales y beneficoadministrativos que militan en pro de su admisión, así como los de signo contrario, que pueden sintetizarse en el peligro de la familia legítima, en su progenie aristocrática y en el fraude que con ella se hace a ciertas disposiciones, unas de tipo fiscal y otras de tipo social.

Los Códigos del siglo XIX se diversificaron, y en tanto unos rechazaron la institución, otros la admitieron con dificultad y restrictivamente, como si se tratase de una supervivencia histórica "a punto de consumirse en la hoguera de los siglos", según frase de Robles Sonseca.

Mas en nuestro siglo la reacción es evidente y Piñar la demuestra con breve ojeada al Derecho comparado, acreditativa de la rectificación del criterio pesimista de la centuria anterior. En tal sentido, cita las reformas francesa de 1923 y 1939; el Código italiano de 1942, el de Rumanía de 1939, el polaco del mismo año, la ley belga de 1940, las leyes inglesas de 1926 y 1929; y las soviéticas de 1926. Con razón, Puig Peña afirma que asistimos a la tercera vida de la institución.

4. *Dualidad normativa y referencia al Derecho comparado.*—La adopción puede identificarse de tal modo con la familia *ex sanguinis* que rompa los lazos del adoptado con la familia natural o puede man-

(6) Aun siendo esta la definición doctrinal en boga, puede ponérsele el reparo de que la adopción no siempre vincula a personas extrañas, sino que también puede ligar a personas ya unidas por vínculos de parentesco.

tener un difícil equilibrio conservando estos lazos sin perjuicio de moldearse con arreglo a la pauta de la filiación auténtica.

Ya en el Derecho romano existió ésta diferenciación. La *arrogatio* y la *datio in adoptionem* producían la plena ruptura del vínculo preexistente de filiación, en tanto que la *adoptio minus plena* del Derecho justiniano conserva, salvo excepciones, el vínculo de filiación natural anterior junto al adoptivo nuevo. Las legislaciones inspiradas en el Código de Napoleón siguen esta última dirección, en tanto que las influenciadas por la órbita germánica se orientan, en mayor o menor grado, hacia la primera.

Explica Piñar la legislación actual sobre la adopción en Francia (Ley de 19 de junio de 1923, Código de familia de 29 de julio de 1939 y Ley de 8 de agosto de 1941), en Italia (nuevo Código civil de 1942, que ha creado, junto a la adopción, lo que denomina "afiliación" que, dándose en beneficio de niños huérfanos o abandonados, se aproxima a juicio de Piñar a la tutela; en Alemania (cuyo Código civil, separándose de la doctrina tradicional germánica, concede al hijo adoptivo la situación jurídica de hijo legítimo del adoptante), y finalmente en Suiza (cuyo Código también recoge el instituto de la adopción).

5. *La adopción en nuestra legislación: esquema histórico.*—No es posible conocer bien una institución actual sin conocer sus precedentes en los tiempos pasados. Cita Piñar la opinión de Costa sobre la existencia de la adopción en España antes de la colonización romana; y se refiere a algunos Fueros aragoneses, al Fuero Real castellano y a la legislación de Partidas, cuyos preceptos rigieron hasta la promulgación del Código civil.

En las tareas codificadoras se planteó el problema de si debía o no subsistir la adopción. A pesar de una corriente opuesta, de la que participaban muchos miembros de la Comisión redactora, el Proyecto de 1851 admitió su subsistencia. El Código civil vigente también la admite e incluso la simplifica al suprimir la diversidad específica admitida en el Derecho romano. Sin embargo, su regulación es híbrida y borrosa, lo que explica la poderosa corriente doctrinal que patrocina y pide su reforma.

En demostración del arraigo de esta tendencia revisionista y a la vez como curiosa coincidencia, cita Piñar los preámbulos de un Decreto del Gobierno marxista de 10 de abril de 1937 y de la Ley de 17 de octubre de 1941, porque ambos postulan la necesidad de reemplazar

las normas del Código que no han sabido realizar el propósito de suplir los vínculos paternofiliales fundados en la generación.

La falta de rigor sistemático del Código en esta materia provoca diversos problemas que el conferenciente analiza a continuación.

6. *Constitución de la adopción: valor constitutivo de la escritura pública.* — La doctrina que puede calificarse de clásica (Baudry-Lacantinerie, Colin et Capitant, Mucius Scaevola, Robles Fonseca) encuadran la adopción dentro del molde *contractual*; por el contrario, la doctrina moderna (Renard, Hauriou, Ruiz Jiménez y Peidró y Rodríguez Arias) la conceptúa como acto *institucional*.

La adopción es un negocio eminentemente formal. Así lo evidencian todos los antecedentes históricos y la comparación con las legislaciones modernas, que siempre han exigido determinados requisitos de forma y publicidad.

Sobre el momento en que la adopción se perfecciona cabe señalar tres tendencias. Para quienes ven en ella un acto contractual, el momento de la perfección es el de la prestación del consentimiento de las partes. Para la corriente ecléctica de Bianchi, que ve en la adopción un contrato *sui generis*, se halla sometida a una condición suspensiva y detienen su eficacia hasta el momento de la homologación judicial. Y, finalmente, para la doctrina que segregó el Derecho de familia de la órbita del Derecho privado, la adopción no se perfecciona hasta que recae la aprobación judicial, que es una "conditio juris" del acto, según Diana, o el acto mismo constitutivo, según la más radical opinión de Ruggiero y Cicu.

Pero en nuestro Derecho la concepción publicística y administrativa de la adopción debe ser rechazada sin escrúpulos, a juicio de Piñar. Nuestro Código exige, además del consentimiento inicial de las partes y de la aprobación judicial, el otorgamiento de escritura pública, que en este caso tiene un valor "ab sustantiam". El consentimiento inicial es sólo una necesaria y concorde pretensión procesal; la aprobación judicial un "nihil obtat", que declara que la adopción está ajustada a la Ley y que es conveniente al adoptado; y la escritura pública, por último, recoge el único consentimiento de eficacia creadora. En este particular, puede afirmarse que "forma dat esse rei". Así lo confirman los artículos 178 del Código civil y 1.831 de la Ley procesal.

7. *Problemas de la escritura de adopción.* — El ser esta escritura constitutiva, evidencia su enorme importancia. Y, sin embargo, los tra-

tadistas de Derecho Notarial no han concedido a este instrumento la atención que merece. El Notario se enfrenta en la práctica con arduas dificultades planteadas no sólo por la antinomia existente entre las normas civiles y las procesales, sino también por la redacción parca y algo confusa de los artículos 178 y 179 del Código.

a) *Comparecencia del adoptado.*—La ley de Enjuiciamiento requiere la intervención del adoptante, del padre o madre del adoptado y de éste, si fuere mayor de catorce años. En cambio, el Código dispone que si el adoptado es menor de edad, deberá constar el consentimiento de las personas que debieran prestarlo para su matrimonio.

Podría resolverse esta antinomia considerando que hay una mayoría de edad para ser sujeto pasivo de la adopción: los catorce años, y que desde esta edad se autoriza a emitir en la escritura una declaración de voluntad. Pero esta solución, a juicio de Piñar, no es aceptable. En la escritura de adopción, el menor no tiene intervención alguna. Si cuenta más de siete años, ya habrá explorado su ánimo el Juez en el previo expediente de jurisdicción voluntaria, salvo que se trate de un acogido a un Establecimiento de Beneficencia, en cuyo caso tan sólo cuando haya cumplido catorce años deberá ser oído por la Administración encargada de tramitar el expediente (art. 2.^o de la Ley de 17 de octubre de 1941).

b) *Consentimiento delegado.*—Aunque el consentimiento de las personas llamadas a intervenir en la adopción ha de ser personalísimo, ello no impide que uno de los otorgantes delegue la simple facultad del otorgamiento de la escritura en persona distinta. Tal delegación tendrá un simple carácter administrativo, como cuando haya de comparecer un Presidente de la Diputación provincial, o implicará, más que un negocio de apoderamiento, un caso de actividad de un "nuncius", que no sustituye con su voluntad a la ajena, sino que se limita a transmitir en forma rígida y mecánica una voluntad ya definitivamente formada.

c)¹¹ *Anotación en el Registro civil* — Esta anotación, al margen del acta de nacimiento del adoptado, tiene un valor muy discutido, prevaleciendo la tesis sustentada por Sánchez Román entre nosotros y por Dusi en Italia, de que carece de efectos constitutivos; y ello, no sólo porque el Código no señala plazo para tal nota publicitaria, sino porque para que su omisión produjera el grave efecto de la ineffectuacía sería necesario un precepto expreso que así lo estableciera, aparte de que

los efectos jurídicos de la adopción casi se circunscriben a adoptante y adoptado, y la publicidad registral, a tales efectos, carece de trascendencia.

8. *Impedimentos personales para la adopción.*—Opina Piñar sagazmente que al estudiar los elementos personales de esta institución, debe observarse la pauta seguida al hacer igual estudio en la institución del matrimonio: es decir, abrir un capítulo que analice los impedimentos, referidos, desde luego, en el caso de aquélla, al momento del otorgamiento de la escritura.

El cuadro de los impedimentos para adoptar, muy severo en el antiguo Derecho romano, se fué dulcificando a través de la evolución histórica.

En nuestro Código son impedimentos, siempre dirimentes, del adoptante: *A) Con carácter absoluto:* *a)* No hallarse en el pleno uso de los derechos civiles. *b)* Ser menor de cuarenta y cinco años. *c)* Ser eclesiástico. *d)* Tener hijos legítimos o legitimados. *e)* Y carecer del consentimiento del cónyuge. *B) Con carácter relativo*, esto es, con relación a persona determinada: *a)* Diferencia de edad con el adoptado inferior a quince años. *b)* Ejercer la tutela del adoptado, puesto que hasta que no hayan sido aprobadas sus cuentas el tutor no puede adoptar a su pupilo.

Respecto al impedimento de los eclesiásticos, se extiende también a los profesos en Ordenes religiosas, ligados con voto de castidad. En cuanto a la tenencia de hijos legítimos o legitimados, es de advertir que la superveniente de éstos, después de la adopción, no afecta a ésta ni a su eficacia, aunque con Piñar puede defendérse que la concepción de un hijo legítimo con anterioridad al momento de la escritura de adopción puede producir la ineficacia de ésta. La existencia de un hijo adoptivo no obsta para una nueva adopción. Y en cuanto al consentimiento del cónyuge, fundamentado en la evitación de disensiones matrimoniales, es tan indispensable que debe exigirse aun en caso de separación, sin que sea posible, si fuere denegado, la habilitación judicial. Respecto a la edad de cuarenta y cinco años, en nuestra legislación no cabe la dispensa.

Por lo que se refiere al adoptado, es impedimento absoluto el de hallarse sujeto a otra paternidad civil, y relativo la diferencia de edad con el adoptante, antes mencionada. La adopción conjunta o simultánea

por dos personas es, pues, imposible, salvo que se trate de cónyuges adoptantes.

Quedan dos problemas, en cuanto a los requisitos del adoptado, a saber: si se necesita el consentimiento del cónyuge del adoptado; y si éste ha de ser extraño al adoptante, es decir, no estar ligado con él por vínculo alguno de parentesco.

En el primer problema, si se trata de mujer adoptada, ha de ser necesaria la licencia marital; y si trata del marido, deberá exigirse la aquiescencia de la esposa por razón de analogía con lo exigido al adoptante.

En el segundo problema, se discute si será posible la adopción de hijos ilegítimos e incluso si lo será la de un cónyuge por el otro. Aquí hay evidente bizantinismo o planteamiento de cuestiones domicianas. Pues si se trata de hijos naturales reconocidos, es obvio que no cabe la adopción; ya que la paternidad natural, legalmente sancionada, es más fuerte que la civil y confiere más derechos al hijo (en tal sentido, la Resolución de la Dirección General de los Registros de 23 de octubre de 1947); y si se trata de hijos no reconocidos, cuya paternidad o maternidad no conste, es inexplicable cómo en el terreno jurídico pueda hacerse efectiva la prohibición de adopción. En cuanto a la adopción entre cónyuges, equivaldría a una aberración, pues como interroga Piñar, ¿podría un cónyuge comportarse como hijo de otro?

La adopción entre hermanos, rechazada por la nueva ley argentina, que ha introducido en la República del Plata el instituto, no merece reparos a Piñar.

9. *Efectos de la adopción.*—En términos generales, la adopción no provoca un "status familiae", sino un "status filiationis", sin que surta los mismos efectos que la filiación legítima.

En nuestro Código, que se ha apartado de la tradición histórica y de la pauta seguida por muchas legislaciones modernas, los efectos de la adopción son parcos y con exceso limitados. De los derechos al nombre, a la prestación alimenticia y a la sucesión, que nuestro Código concede al adoptado, solamente el segundo surge como consecuencia ineludible del vínculo adoptivo, pues los otros dos son hijos de la estipulación voluntaria de las partes. Y es que, conforme observa Piñar, el enfoque de la adopción como puro negocio transmisible de la función de guarda ha obsesionado a nuestro legislador; y así lo demuestra el paralelismo existente entre los efectos de la adopción y los de la tutela. Pa-

raelismo que explica que Joaquín Costa conceptuase a la adopción como institución próxima a la tutela y que Sánchez Román la definiese como una curatela especial.

Esto justificaría que en España se introdujese una bifurcación normativa: de una parte, la adopción propiamente dicha, con todas las exigencias y requisitos precisos, pero también con todas sus consecuencias jurídicas, o sea las de crear un verdadero "status" de hijo y de padre; y de otro lado, una institución de guarda y protección similar a la tutela, que podría bautizarse con el castizo nombre de *prohijamiento*.

Efectos personales.—Piñar distingue los efectos personales de los patrimoniales. Entre los primeros incluye el nombre, la patria potestad y el *impedimentum adoptionis*.

a) En cuanto al *nombre*, nuestro Código, a diferencia de los francés, italiano, suizo y alemán, no concede al adoptado automáticamente el apellido del adoptante, sino que en términos poco claros, fuente de diversas dudas, autoriza al adoptado a usar, con el apellido de su familia, el del adoptante, si así se expresa en la escritura de adopción.

La duda estriba en determinar la prioridad de ambos apellidos, es decir, cuál debe anteponerse, si el del padre natural o el del adoptante. La jurisprudencia no fué categórica. En la Resolución de 7 de mayo de 1918 pareció darse prioridad al apellido del adoptante; pero en la Real orden de 23 de julio de 1929 se dió la solución contraria. La Resolución de 11 de mayo de 1946 afronta directamente el problema y establece la doctrina de que debe darse preferencia a los apellidos de la familia natural, por lo que deberá figurar como primer apellido el del padre natural, seguido, en su caso, del del adoptante, y como segundo el de la madre natural. Esta Resolución contiene además normas sobre los casos especiales de adopción conjunta por dos cónyuges y de adopción de hijos naturales reconocidos solamente por la madre; y establece el importante principio de que, por ser norma de orden público, no debe darse validez a ninguna estipulación consignada en la escritura de adopción que suponga desviación o contradicción de lo dispuesto en el artículo 175 del Código.

b) En cuanto a la *patria potestad*. De acuerdo con la línea institucional de la *adoptio minus plena*, la patria potestad del adoptado, si por su edad está sujeto a ella, se transmite al adoptante. Sin embargo, esta patria potestad no es idéntica a la ejercida por el padre natural,

puesto que el adoptante no adquiere el usufructo de los bienes del hijo adoptivo, y tampoco la administración, si no presta fianza. Tampoco extingue de modo definitivo la patria potestad del padre *ex sanguinis*, puesto que éste puede recobrarla cuando fallece el padre adoptante (Resolución de 6 de febrero de 1900).

Este juego transmisor de la patria potestad provocado por la adopción puede engendrar situaciones curiosas y anormales que el conferenciante analiza y desentraña.

c) En cuanto al *impedimentum adoptionis*. Sabido es que no pueden contraer matrimonio el padre o madre adoptante y el adoptado, éste y el cónyuge viudo de aquéllos y aquéllos y el cónyuge viudo de éste; ni tampoco los descendientes legítimos del adoptante con el adoptado, mientras subsista la adopción. Este impedimento, que es dirigente, puede ser dispensado, mediante justa causa, por el Gobierno. Con razón afirma Piñar que este impedimento no se apoya en vínculo familiar alguno, sino en razones de tipo moral y en exigencias sociales.

10. *Efectos patrimoniales*.—Son éstos la deuda alimenticia y los derechos sucesorios.

a) *Deuda alimenticia*.—Adoptante y adoptado se deben reciprocamente alimentos, entendiéndose esta obligación sin perjuicio del preferente derecho de los hijos naturales reconocidos y de los ascendientes del adoptante; y asimismo, como con razón afirma Piñar, de igual derecho de los hijos legítimos y legitimados del padre adoptante, en el caso de que los tuviere después de la adopción.

b) *Derechos sucesorios*.—Nuestro Código niega derechos sucesorios recíprocos entre adoptante y adoptado. Ni aquél tiene derecho alguno a heredar a su hijo adoptivo, es decir, a sucederle *ab intestado* o por vía de legítima en la sucesión testada, ni el hijo adoptivo adquiere derecho a heredar, fuera de testamento, al adoptante. En este último particular, el Código civil se ha apartado de nuestra tradición legislativa (Partidas, Fuero Real, Leyes de Toro) y también de lo que disponen los modernos Códigos francés, italiano, suizo y alemán.

Mas dejando aparte las diversas y encontradas opiniones de los comentaristas frente a la terminante disposición del artículo 177 de nuestro Código, es innegable que éste plantea un difícil problema al aclarar que la exclusión de derechos sucesorios del hijo adoptivo carece de eficacia cuando en la escritura de adopción el padre adoptante se haya obligado a instituirle heredero.

¿Qué derecho tendrá el hijo adoptivo en caso de morir intestado el padre adoptante que se hubiere obligado en la escritura de adopción a instituirle heredero? ¿Y cuál será su derecho en el caso de que el padre, incumpliendo su obligación escrituraria, fallezca bajo testamento en que prefiera al hijo adoptivo?

Cita Piñar la sentencia del Tribunal Supremo de 19 de abril de 1915 que reconoció, en el primer supuesto, el derecho del hijo adoptivo a heredar la totalidad de la herencia intestada, cuando el padre adoptante fallece sin descendientes ni ascendientes legítimos ni hijos naturales reconocidos. Quedan fuera de la solución dada por esta sentencia el segundo supuesto — de testamento con preterición del hijo adoptivo — y alguna variante del primero, como son las referentes a la colisión entre el derecho atribuido al hijo adoptado y los derechos hereditarios atribuidos por la ley en la sucesión intestada a otras personas.

Después de aludir a las opiniones divergentes de Mucius Scaevola; Comas, Robles Fonseca, Castán, Valverde y De Buen, algunas de las cuales niegan derechos al adoptado cuando el padre adoptante incumple su obligación de instituirle heredero, Piñar, para salvaguardar la familia adoptiva, expone su propia opinión, fundada en que el artículo 177 contiene una excepción al principio general que prohíbe los pactos sobre sucesión futura y ve en la obligación de instituir heredero una delación hereditaria contractual, equidistante del testamento y de la Ley, que estima irrevocable para el adoptante. Realmente, el problema es casi insoluble, y cualesquiera soluciones que se apunten son tan fáciles de defender como de criticar.

11. *Situaciones finales de la adopción.*—Hay que distinguir, con Puig Peña, la nulidad de la misma de su revocabilidad.

a) *Nulidad.*—En cuanto a ésta, ante el silencio absoluto del Código, habrá de estarse a las prescripciones generales sobre nulidad de los negocios jurídicos. Respecto a la nulidad formal, por omisión del expediente judicial que debe preceder a la escritura, opina Piñar, por analogía con lo dispuesto en la sentencia de 13 de junio de 1947 y en la Orden de 8 de marzo de 1939, que puede ser objeto de convalidación.

b) *Revocabilidad.*—Sobre ésta, las legislaciones y la doctrina mantienen criterios contrapuestos, pues si para unos la adopción es revocable cuando concurren causas justificadas y graves, especialmente

cuando se infrinja el deber de gratitud, para otros se considera indestructible, por ser un vínculo familiar.

Nuestro Código parece acoger el criterio de la irrevocabilidad como regla general, puesto que sólo por vía de excepción consigna en su artículo 180 el derecho del menor o incapacitado a impugnar la adopción dentro de los cuatro años siguientes a la mayor edad o a la fecha en que haya desaparecido la incapacidad. Sin embargo, Piñar, a falta de un precepto expreso del Código, se inclina a la posibilidad de revocación cuando un cambio de circunstancias hagan penosa o inconveniente la adopción, aparte del mutuo disenso. Confirma este criterio, aunque no lo desarrolla, la Ley de 17 de octubre de 1941, que concede facultad, tanto a la Administración del Establecimiento benéfico como a los padres naturales del adoptado, para dejar sin efecto la adopción.

12. *Conclusión.*—Aun cabría apuntar algunos problemas que la adopción plantea o puede plantear en la práctica. Tales son los relativos a la tutela del adoptado, en el supuesto de testamentos contradictorios de los finados padres, adoptante y natural; o a la emancipación del adoptado por el adoptante, y a si esta emancipación impide, caso de fallecer éste, el recobro de la patria potestad por el padre o madre natural. También ofrece dudas las medidas precautorias que el adoptante pueda tomar, cuando abrigue recelos o desconfianza hacia la familia natural del adoptado, respecto a los bienes que deje a éste, para el supuesto de que el padre o madre natural recobren la patria potestad, de la que no puede privarles aunque la herencia o legado sean de importancia.

Pero como el contenido total de la realidad es inabarcable anticipadamente y la vida ofrece siempre supuestos que ni el legislador ni los exégetas han podido prever, bien puede afirmarse que la conferencia de Piñar ha agotado el tema jurídico de la adopción. Y que las soluciones propias que ha ofrecido a los múltiples problemas estudiados en su brillante disertación responden siempre a un acendrado espíritu de generosidad hacia la parte más débil, en este caso el adoptado, lo cual está en armonía con una concepción jurídica jusnaturalista y con un profundo sentimiento de caridad cristiana.

RAMÓN DE LA RICA Y ARENAL.

Doctor en Derecho y Registrador de la Propiedad.

Revisión de ideas⁽¹⁾

III

LA TRADICIÓN EN EL SISTEMA INMOBILIARIO ESPAÑOL.

Actualmente constituye el más absorbente motivo de preocupación para los hipotecaristas.

Se dice, con razón, que todo pecado lleva consigo su penitencia.

Fué un pecado centrar en la tradición, posesión o apariencia material, sea llamada auflasum—guewere—investidura, o sea el modo de la teoría del título y el modo, la realidad de la transmisión querida en el negocio transmisible, materializándola estérilmente en la busca última de un derecho firme y seguro.

El Registro moderno pretende lograr la seguridad anhelada, directa e inmediatamente, por sí mismo.

Lograda, sobrará la tradición como tal, sustituida por la aplicación y juego directo del sistema inmobiliario, que la hace innecesaria.

Si este sistema es de tipo germánico, en el que los elementos civiles y registrales forman un solo cuerpo, la eliminación de un signo material que simbolizaba la realidad, revestida de todo poder—guewere—por el signo igualmente material de la inscripción en el Registro, armada del mismo poder, no ofrece contradicción alguna. y ambos signos se identifican al encarnar el “dar y recibir el cuerpo de la cosa” en el signo material, devenido requisito ahora.

Mas advirtamos que la fuerza dada a la inscripción nace en el sistema germánico de las formalidades, previsiones y cautelas exigidas para lograrla. Su anhelo de derecho fuerte lo resuelve con su propia concepción jurídica: derecho rígido.

(1) Véanse los números 261 y 262 de esta REVISTA.

En la misma forma, el Derecho inmobiliario español ha de enfrentarse con su problema de la tradición: en su propia realidad y con su propia concepción jurídica.

En el estado actual la posición es clara: el sistema registral, adjetivo, garantiza la preexistencia de titularidad en el transmitente, pero deja al titular protegido sujeto a las contingencias de su propio negocio adquisitivo por vicios internos y externos.

Por lo tanto, vigente la teoría del título y del modo sujeta a la posible nulidad de la adquisición por falta de tradición si el transmitente no pudo efectuar materialmente la entrega por carecer de su posesión anterior. No se negará al titular protegido su carácter de tal, sino el valor jurídico de su adquisición por falta de tradición.

He aquí, prácticamente, el derrumbamiento de todo el sistema registral imaginado, que satisface a los civilistas a ultranza y conmota profundamente a los hipotecaristas.

Argumentan éstos, desesperadamente, en las siguientes direcciones:

a) La tradición, como elemento arcaíco, inútil y artificioso, debe desaparecer del Derecho civil sustituida por la inscripción.

Rechazamos el argumento; si la tradición es inútil debe de ser eliminada como elemento, civilmente; Esto es todo.

b) La inscripción es la moderna tradición. Y al igual que aquélla era necesaria por su virtualidad esencial, ha de ser necesaria la inscripción. Entra en el campo civil sin temor y en el mismo argumenta por la conversión de la tradición en inscripción, devenida así obligatoria, y con ella impone como único régimen inmobiliario el sistema de Registro forzoso.

Argumentación inadmisible. El problema ha de ser resuelto ajustándose a la concepción jurídica española. Y ésta exige, imperiosamente, que el sistema registral obre adjetivamente respecto del sustantivo civil íntegramente subsistente, con el enlace exacto y preciso que hemos dejado expuesto.

Denunciamos aquí el fraude de ideas que envuelve aquella conclusión. Fraude que a nadie se oculta.

Aquel símbolo material ha de subsistir, a menos que se hallen fundamentos para su eliminación. Estos fundamentos nunca serán los del logro, por medio del Registro, de la garantía de la realidad a que aspiraba la tradición porque: a) El Registro español sólo garantiza la preexistencia, pero no la realidad del mismo negocio en sus restantes

elementos; y b) Porque fuera del sistema subsiste íntegramente la vida civil inmobiliaria extrarregional.

La única razón de eliminación habrá de ser la de su inutilidad, no sólo respecto a la vida acogida al Registro, sino a la extrarregional.

Y en tal caso la defensa del sistema registral se basará no en que absorbe a la tradición sustituyéndola, sino en que, eliminada ésta por su inutilidad, logra el Registro la finalidad en que se basó aquélla: certidumbre.

Mejor aún: que es preciso eliminarla para que el Registro logre la certidumbre. Para el propio juego del sistema registral.

Que ha de ser eliminada en el sistema civil.

Y que la eliminación ha de basarse en nuevas concepciones jurídicas que la justifiquen.

Este es el planteamiento preciso del problema, sin desviación de conceptos.

Concretando todavía más: la eliminación ha de conciliarse con la actual regulación jurídica civil y registral inmobiliaria. Ha de dejar a salvo ambos sistemas, que han de desenvolverse con absoluta normalidad. Precisamente como se desenvolverían sin el obstáculo de la tradición que amenaza derrumbar el sistema registral. Subsistiendo éste y el civil en la forma imaginada por los legisladores, a la que se oponen la subsistencia de la tradición.

Parcece que nos hallamos ante un imposible: ante las consecuencias de aquel pecado de materialización del Derecho, cometido en la tradición.

Nos atrevemos a concluir la penitencia que nos redimía del pecado será la espiritualización del Derecho. De ningún modo será la recaída en el mismo pecado de materialización bajo nuevas formas, inscripción obligatoria del sistema germánico, o la pretendida transmutación de aquéllo en la inscripción del sistema español.

El problema, así considerado, cobra para nosotros nueva dimensión.

Porque no nos proponemos ahora romper una lanza para que sea eliminada la teoría del título y el modo en futuros ordenamientos jurídicos patrios, sino a la más ambiciosa, tanto como 'necesaria' si no queremos perecer con escarnio entre los escombros del derrumbamiento anunciado, de darla por eliminada en el Derecho constituido.

Con argumentación que nos satisfaga mentalmente más que la

invocación al sistema registral germano o la repudiación del sistema civil español y justifique a la par la nueva interpretación del Derecho constituido que la dé por eliminada.

En este intento comenzaremos por hacer destacar que el Derecho vive en su infancia. A diferencia de otras ramas de la ciencia, que han progresado incesantemente, la jurídica se ha detenido en el pasado remoto, sin que sirva de excusa afirmar que había llegado a su perfección. Vivimos prisioneros de su prestigio y nos sentimos obligados a edificar las nuevas construcciones sobre aquellas viejas bases que reputamos gloriosas.

Decíamos antes que el descubrimiento de un más perfecto medicamento, como resultado de nuevos avances científicos, relega al olvido los anteriores.

Parece ser que en el Derecho esta regla se quiebra.

Nadie pretenderá, una vez superadas las concepciones de Hipócrates y Galeno de los humores del cuerpo humano en relación con el temperamento, en sus cualidades—calor, frío, sequedad, humedad, reflejo de los elementos primordiales, fuego, tierra, aire y agua—oponerse a una medicación endocrínica dando de lado a Brown, teorías protoplásmicas y demás avances, ante el prestigio indudable de aquellos primitivos maestros.

En Derecho hacemos esto. Mientras vemos construir los casi diabólicos cerebros calculadores, nosotros seguimos en la tradición romana.

Mas los Ticios y Plinios actuales son el ingeniero señor Martínez y el industrial señor Fontcuberta, que viven en una sociedad que se dice existencialista y que habla del radar entre sorbo y sorbo de combinados de licor.

Aun cuando ellos lo ignoren al comparecer ante nosotros para comprar o vender una masía o una plaza de toros, sabemos que el avance de la ciencia jurídica de que somos oficiantes les ha evitado, hasta ahora, el desplazamiento a la finca, el corte de retamas, el salto de la barrera o del seto, la entrega de la llave y hasta la genuflexión precisa para recoger del suelo el pliego timbrado en que extendemos la escritura de compraventa. No prestarán atención, seguramente, a la cláusula de constituto insertada que, si se autoriza en Cataluña, dirá poco más o menos lo siguiente: el vendedor extrae de su poder la finca vendida y la transfiere al poder del comprador, a quien promete entregar posesión real de la misma, dándole facultad para que de su

propia autoridad se la pueda tomar y constituyéndose en el entrantante poseedor en su nombre"; o bien: "hallándose el comprador en posesión de la finca, no obstante en cuanto fuera menester, se la transmite de nuevo desde ahora con la cláusula de constituto", o "la separa de su poder, transfiriéndola al del comprador y los suyos, con promesa de entregarles su posesión real y efectiva y autorizándoles para que de su propia autoridad se la pueda tomar y tomada retenerla, la que en el interín se retiene con la cláusula de constituto, constitución de Procurador y demás del caso".

Mas si por desgracia reparan en ella y solicitan explicaciones, nos veremos obligados a decirles, con mezcla de excusa y convencimiento, que por ser cláusula de estilo ha corrido su suerte general, que va desde tener un significado claramente percibido por los contratantes y el feudatario; pasando luego a no tenerlo para aquéllos, llegando después a desconocerlo éste y careciendo por último de significado en sí misma.

Por otra parte, la misma contestación habríamos de dar si, otorgada la escritura fuera de Cataluña hubiéramos caído en la tentación de insertar una frase similar: "el comprador acepta la venta y la finca cuya posesión se le entiende transmitida, o de que se da por entregada, etc."

No les haremos confidentes de aquel momento lejano en que rechazamos el humorístico pensamiento de lograr un fallo directivo de invalidez de venta por falta de fórmula de constituto, ante la duda de si la reacción redundaría en beneficio o en des prestigio del Derecho.

Y de ningún modo les diremos que con ella hemos logrado evitarles viajes, saltos y genuflexiones, porque nuestro humor no llega a tanto, y tampoco nos sentimos con fuerzas para exponerles seriamente como justificante la teoría de la tradición, máxime teniendo en cuenta que si lo hacemos en la forma sumaria de este trabajo nos expondremos a dejarles sumidos en el desconcierto y hasta desconfiar del mismo Registro de la Propiedad, ya que no les podemos asegurar que la inscripción absorbe la tradición, y los metafísicos conceptos de la "vacua possessió", "ficta", "mediata o inmediata", nos ayudarían muy poco a devolverles la confianza.

Sobre todo tememos que reaccionen prontamente y sin gran esfuerzo mental nos digan: Si, en definitiva, se busca en la tradición el ser o no ser del Derecho, y con ello la seguridad de las relaciones inmobiliarias, y si ésta se logra con sencillez mediante un adecuado sistema de

Registro de la Propiedad será preciso, ante todo, someter a nuevo examen la tradición.

Y si ésta es, en su manifestación material, imposible en unos casos en otros pueril y siempre simbólica, hasta el punto de que puede simbolizarse en una fórmula de estilo y nada se opondrá, por lo tanto, a que el instrumento mismo sea considerado como la mejor fórmula de estilo, todo nos lleva a creer que la tradición sólo puede hallarse en el mismo negocio transmisivo que ahora efectuamos.

Porque parece ser que la cosa encarna en las titularidades reales, jurídicamente. El titular de la titularidad en que encarna la cosa, al transmitir ésta y aquélla transmite su posición de titular al adquirente que le sucede. Transmitirle aquél su titularidad, como adquirirla éste, ha de significar sucederle en su posición de titular, en sus derechos, deberes, cargas y facultades que constituyen el contenido institucional de la titularidad transmitida. En las reglas que fijan y señalan para todos los titulares, en todo tiempo, el contenido de dicha titularidad.

La transmisión de la cosa no puede tener otra expresión jurídica que la expuesta. El hecho material, en sí mismo, no puede serlo porque es precisamente consecuencia de aquel fenómeno jurídico, no como consumación del mismo, sino como consecuencia de su consumación y efectividad, que sólo puede estar en el negocio transmisivo. Ello explica que no exista posesión corporal posible o tradición material en las titularidades que no la llevan en su contenido, no obstante ser transmisibles en la posesión que la misma señala al titular.

El transmitente desocupa la titularidad, se elimina de ella, como el adquirente la ocupa. No se obliga aquél a desocuparla y a entregarla a éste, sino que la ha desocupado y jurídicamente se la ha entregado. No que deba entregarle y si no lo hace no la ha transmitido, sino que por haberla transmitido la ha desocupado y la ha entregado, puesto que la titularidad transmitida lleva consigo necesariamente como contenido esencial el poder de ejercitárla y con él la energía precisa para accionar contra toda ocupación y ejercicio contrario, sea del titular transmitente como del extraño, salvo, respecto de este último, que la base en un mejor derecho que a su favor alegue (traducido en falta de preexistencia anterior).

En este supuesto se planteará la pugna entre dos titulares en torno al mismo derecho o titularidad, sin relación alguna con la tradición.

La trasmisión se torna así en fenómeno de puro derecho. Y el pre-

tendido hecho de la entrega, tradición o posesión, secuela transmisiva, revierte al puro derecho, título o negocio transmisible en el que está. *necesaria y exclusivamente, jurídica y materialmente, por encarnación. el dar y recibir el cuerpo de la cosa.*

Asentiremos a todo ello y objetaremos, no obstante, que la certidumbre del fenómeno transmisible depende de la realidad del mismo negocio en sus presupuestos necesarios: preexistencia, capacidad, consentimiento, causa, formalidades y requisitos.

Suponemos que nos responderán que para lograr tal certidumbre existe el Registro de la Propiedad. Y nos exponemos a más: a que afirmen su voluntad de que sea así, puesto que a ello ajustan su vida jurídica, con convencimiento pleno de su realidad y verdad.

No sólo no sabremos contradecirles, sino que adquirirán a nuestros ojos nuevo relieve, como representantes ahora de toda la sociedad.

¿Qué se opone a la imposición de aquella verdad y realidad?

Además, prácticamente, con ella todo es claro y fácil en el Derecho español.

Se engarzan los sistemas civil y registral con absoluta perfección. En aquél, netamente espiritual, se opera el fenómeno transmisible en formas flexibles, escrituras y documentos privados, revestidos de autenticidad en cuanto a su fecha en evitación de fraude contra tercero. Partiendo, claro está, de la existencia de los presupuestos necesarios, la transmisión se produce en el mismo negocio que la quiere y a cuya finalidad se realiza con carácter general y universal, sin que pueda exponerse al mismo quien no se base en otro derecho contrario a aquél, nacido de otro título de puro derecho, sea negocio. Llamamiento legal o posesión consumada.

Civilmente, eliminada la tradición o encarnada en el título, que es lo mismo, el sucesor de una titularidad real por cualquier título se coloca en el lugar de su antecesor, con todos sus derechos, no los personales, sino los que lleva implícitamente la titularidad por ser contenido normativo de la misma (como con todos sus deberes, facultades y responsabilidades): con el poder de ejercitar la titularidad, que es poseerla, y de reivindicarla de quien la detiene, habiendo de perderla (por no haberla tenido por falta de preexistencia anterior o por vicios propios de la adquisición misma) ante otro titular de derecho preferente o ante el poseedor de hecho contrario que ha logrado ser titular de derecho por usucapión consumada; si no la ha logrado se hallará

ante la prescripción en curso en la misma posición jurídica que el transmitente. Y todo ello limpiamente, sin cesión de acciones, arbitrio que desesperadamente admite la transferencia de una parte de la titularidad y rechaza que la cesión total de ésta lleve consigo la de la propia acción vitalizadora. Esto en cuanto al sistema civil.

En cuanto al juego del sistema registral, proyectándose sobre aquél adjetivamente para el logro de la seguridad inmobiliaria, nos es suficientemente conocido, y actúa también fina y naturalmente.

El único momento en que la proyección del sistema registral sobre él civil puede originar cierta confusión es en el juego de la posesión como institución típica y autónoma que actúa en su propio campo con absoluta diferenciación de la tradición que conceptualmente ha quedado eliminada.

Veámoslo: Según el sistema de Registro, se asegura al titular protegido la preexistencia de la titularidad de derecho en el transmitente. Si existe un poseedor extraregistral, con usucapión consumada, es evidente que éste posee un título de derecho—título de derecho por usucapión—. En puros principios hipotecarios no podrá invocarla, si no la ha inscrito, en perjuicio del titular protegido o tercero que inscriba su adquisición derivada.

Por el contrario, si la posesión extraregistral se halla en curso de prescripción al surgir el titular derivado, correrá contra éste sin descuento alguno la ganada anteriormente, a la que podrá sumar la posterior, salvo que aquel titular derivado la interrumpa antes de la usucapión. Todo ello por tratarse de meros hechos no elevados a título de derecho.

Como se ve, puede darse el caso de que desde la interposición del titular derivado o tercero a la usucapión medie un corto período de tiempo, tal vez unos días. Y en tal supuesto, "dicho tercero se halla en peor posición ante la prescripción en curso que ante la consumada

Frente a esta concepción cabe admitir la de que en todo caso—prescripción en curso y usucapión—se trata de hechos de que no defiende el sistema al titular registral en ningún caso.

Pues bien. El artículo 36 de la Ley sigue un criterio ecléctico.

Si está consumada la usucapión, el titular protegido o tercero tiene un año para darla por ineficaz, año durante el que habrá de utilizar el sistema que le ampara y obtener la entrega o posesión mediante el ejercicio de las acciones y pretensiones correspondientes, incluso utili-

zando el artículo 41 de la Ley. Como se ve, ha salido perdiendo en relación al alcance que le hubieran proporcionado los puros principios hipotecarios.

En cuanto a la prescripción en curso, se le concede un año para interrumpir la anterior a su adquisición, transcurrido el cual no se le descuenta el tiempo de ésta. Como se ve, ha ganado. De todos modos, se nota la falta de un procedimiento inmatriculario, directo y sencillo, para que el poseedor con usucapión lograda tenga acceso al Registro, impidiendo la proyección de posibles monomanías registrales sobre la realidad y logrando la concordancia de ésta con aquél antes de que el sistema le perjudique.

Pues bien. Si el horizonte jurídico aparece tan claro y despejado en las ideas expuestas habrá que examinar si a su admisión se oponen la conciencia jurídica social, la doctrina, la Ley o la Jurisprudencia actuales.

Conciencia jurídica.—En el presente, la vida jurídica española actúa en su normalidad con arreglo a ellas; el más terco precarista depone sus armas ante el título del despojado sin arguir la falta de tradición que pudiera invalidarlo; el adquirente, en caso de posesión contraria, sabe que adquiere las acciones precisas para el logro del ejercicio de su titularidad, cuyo vigor alcanzará a eliminar al perturbador, tanto si adquiere por herencia como por compra.

A estas consideraciones ajusta la sociedad sus decisiones jurídicas cuando no trascienden a la contienda judicial. Y aun en este caso, tal es el ambiente que influye decisivamente en su resolución por estar en el ánimo de los profesionales, abogados y jueces.

Doctrina.—Doctrinalmente los tratadistas no defienden a ultranza la teoría del título y la tradición.

Por el contrario, se trasluce la general insatisfacción que provocan: quisieran unos verla rechazada en futuras reformas legislativas; los hipotecaristas la temen y quisieran absorberla en la inscripción; y su presunta vigencia obliga a todos a esfuerzos mentales con los que no salvan las contradicciones que plantea insoslayablemente, según tenemos ocasión de comprobar.

Por otra parte, salta a la vista que el moderno legislador hipotecario, conocedor de la teoría de la tradición, ha regulado en los artículos 38, 36 y 41 de la Ley supuestos de inexistencia de tradición en el negocio transmisible, que si estimase necesaria en la forma tradicional.

harían ininteligibles aquellos artículos que, para que tengan sentido jurídico, exigen la aceptación por el legislador del desenvolvimiento de las ideas antes expuestas en relación a dicha tradición.

Jurisprudencia.—Sus alternativas son: a) Exigir a ultranza la tradición *material* clásica para la validez de la tradición, en cuyo caso, a falta de posesión previa en el transmitente, la transmisión no se ha efectuado; y b) Dar por realizada la tradición, aun en este supuesto de posesión extraña contraria, sobreentendiéndola jurídicamente en el instrumento público (tradición instrumental). Camino desviado conceptualmente, pero de idénticos resultados prácticos a los que produciría la teoría ideal de su total eliminación por la concepción espiritual que defendemos.

Se basarían en el artículo 1.462 del Código civil en cuanto a la escritura pública, careciendo, en cuanto a los documentos privados, de la base ideológica que con aquella concepción alcanzaría a los mismos.

La Jurisprudencia es contradictoria: afirma en unos casos lo primero y en otros lo último.

Derecho constituido. Ley.—El Código civil español contiene una serie de artículos en los que trata de la adquisición y transmisión de los derechos reales, de la posesión como institución específica y demás materias conexas, a través de las cuales ha de deducirse la posición del derecho constituido en relación a la teoría, del título y el modo.

A su vez, esos preceptos legales están sujetos a interpretación, y ésta, decisiva en última instancia para aquella deducción, será totalmente diferente. a) Si se parte de tener la teoría del título y el modo como un simple fantasma jurídico, error intelectual o arrastre de pasadas imprecisiones Forzará esta concepción a hallar a los textos legales una interpretación que, pese a subsistir éstos, no perturbe el desenvolvimiento jurídico normal de una sociedad desprecocupada del fantasma, error o indecisión, siquiera no pueda ofrecer una acabada teoría del fenómeno transmisor; y b) Si se parte de la idea contraria, valor de la tradición material, el esfuerzo de la interpretación versará sobre la desvirtuación del vigor de los preceptos que la imponen. Y en esta dirección no hallamos base que intelectualmente nos satisfaga, aun cuando, en definitiva, puedan a la postre cruzarse ambos caminos interpretativos coincidiendo en la eliminación práctica de la tradición a efectos jurídicos.

Esta labor es privativa de la Jurisprudencia. Y como tantas otras en que la española ha logrado vencer aparentes obstáculos de las leyes atemperándolas a las nuevas condiciones sociales, políticas y conceptuales de la sociedad cuyo desenvolvimiento jurídico preside, mediante nuevas interpretaciones, confiamos ahora que lo haga también en el aspecto en que tratamos.

Las siguientes líneas tienen por objeto la incitación a la empresa con la fuerza que de prestado tomamos del pensamiento de los maestros representativos de las diversas posiciones jurídicas a través incluso de sus criterios contrarios.

Sintetizando previamente, las posiciones a tomar ante el problema son las siguientes:

1) La tradición material no es necesaria. Carece de valor jurídico. Para la transmisión basta el consentimiento, adornado de los presupuestos necesarios. Idea pura.

2) Además del consentimiento, reflejado en el título, se precisa la tradición o entrega.

Se subdivide: a) La tradición, concebida jurídicamente en la forma que expusimos, única con valor jurídico, se halla contenida en el negocio transmisor. Es posible distinguir en él, teóricamente para dejar a salvo los principios "tabú" de la teoría clásica, los dos elementos, título y tradición. Prácticamente se identifica con la primera posición y permite el desenvolvimiento del derecho en la forma expresada anteriormente; implica una sencilla sucesión de la posición del titular, del transmitente a adquirente, tal como aquél la tiene, con posesión contraria o en pleno ejercicio directo, sin prejuzgar en la lucha posible con la posesión extraña que actúa como institución autónoma sin conexión directa con la tradición, que ya no es entrega material, sino entrega jurídica, a la que no contradice como tal cualquiera que sea su alcance jurídico dentro de su propio campo prescriptorio; y b) La tradición, como entrega material, es precisa, además del título. Para conciliar esta posición con la vida jurídica en su normalidad actual se hace preciso salvar sus fallas conceptuales, las ideas confusas de que nace, los preceptos legales cuya letra, partiendo de ella, no admiten la interpretación espiritual que con la concepción contraria podrían tener. Obliga, sin base lógica ahora que lo justifique, a montar complicadas teorías mediante las que se llegue a aquel resultado. Y no será difícil hallar, en cada una de las ideas y teorías que para ello se esgriman, las

dos corrientes internas que las movilizan: la atracción de la teoría pura espiritual, posición primera, y la repudiación, ataque o desprecio¹¹ de la tradición material. Y la imposibilidad de conciliarlas en las fórmulas ideadas para esta posición última se patentizará en los momentos culminantes y decisivos: en la inexistencia de la tradición material como elemento esencial si caduca ante la "ficta" o se hace compatible con ella, dejando la lucha entre ambas como cuestión independiente de la validez de la transmisión al igual que en la concepción espiritual; en la inconsistencia de la fórmula de constituto, ficción de contacto poseedor mediato que permite el juego de acciones y la ostentación de la titularidad como titular sin aquella entrega material, arbitrios innecesarios en la teoría espiritual con perceptible atracción a su órbita. Entrando en ella ya casi directamente al sobreentender la constituto en la fórmula de estilo y después en el mismo instrumento o título. A un paso ya de hallar la tradición en el negocio transmitivo que representa y es el título.

Paso decisivo que no podrá darse si se considera que el fantasma de la tradición no es fantasma, sino un ser vivo. Si no se da el paso, todo será inútil. Si la tradición material no perece, si es todavía, no prevalecerá contra ella ficción alguna: no habrá transmisión, pese a "fictas", fórmulas y sutilezas mentales; y al titular del derecho desposeído, temporal u ocasionalmente, por cualquier detención, con o sin título de derecho o con título débil e inferior al suyo, se le habrá negado su poder transmitivo privándole¹² de las defensas de su propia titularidad (aunque paradójicamente se diga por algunos que puede transmitir sus acciones sin la titularidad, conservando ésta intransmitida) anarquizando innecesariamente el derecho en aras de una teoría que, con pretensión de útil, muestra ahora la tosquedad que toda materialización encarna como vicio interno.

Nadie escapará al dogal.

Sanz, civilista hipotecaria, en sus comentarios a la nueva Ley Hipotecaria, lanza sus ideas como arietes: "El titular registral de dominio o derechos reales que lleven consigo la posesión de la cosa no puede ser protegido (contra el poseedor de hecho contrario) por la fe pública registral: Primero. Porque le protege frente a situaciones de derecho que no consten en el Registro, pero no frente a problemas físicos o de hecho, entre los cuales está la posesión material de la cosa... Segundo. Porque el único vicio que impide ser dueño a ese titular no

depende del Registro, sino de su misma adquisición, ya que le falta la tradición" (pág. 282). "¿Podrá (el titular inscrito del artículo 41) ejercitar la acción reivindicatoria? La cuestión es bastante difícil y no puede ser resuelta sin apreciar exactamente la verdadera posición del titular inscrito y del dueño extraregistral. El primero tiene a su favor el título y la inscripción; pero le falta uno de los requisitos esenciales para la adquisición del dominio: la tradición, que no puede existir ni real ni fingida y es exigida imperiosamente por el artículo 609 del Código civil" (pág. 295).

Este criterio, ante la posesión consumada, nos interesa tan sólo en cuanto invoca principios que lógicamente deben conservarse inalterables ante la prescripción en curso. Y, sin embargo, veamos su significativa claudicación: "Para hacer cesar la posesión en curso podrá ejercitarse la acción reivindicatoria en cualquier tiempo, siempre que no hubiese llegado la consolidación y dominio por usucapión del poseedor. A primera vista parece que el titular tampoco ha adquirido la cosa por falta de tradición, pero no es así. La tradición instrumental puede considerarse en este caso como verdadera tradición, ya que existe en el vendedor la posibilidad de entregar la cosa mediante el ejercicio de la acción, e igualmente se puede estimar como perfecta tradición simbólica, hecha a base de una cesión expresa o tácita de la acción reivindicatoria" (pág. 298).

Roca Sastre, hipotecarista civilista, en su *Derecho hipotecario*, tomo I, toma posiciones claras y rotundas sin temor a su difícil superación, que no logra en definitiva. Dice "En nuestro derecho rige la teoría del título y el modo y para que exista la transmisión del dominio o derechos reales se requiere un título seguido del modo o tradición" (página 173) "Evidentemente, es irregular el simple planteamiento del problema de si la inscripción suple a la tradición" (pág. 164).

Al interponer el autor en su estudio los efectos registrales de la inscripción no logra desvirtuar la claridad de efectos del sistema civil español señalados por Sanz y, por el contrario, desdibuja las puras líneas del sistema registral español: afirma que si consta la tradición en el mismo título (bien sea por *constitutum* o minimizada por presunción instrumental tácita) subsiste como elemento constitutivo en los actos de transferencia y resulta de los documentos o titulación presentada (salvo que de los mismos conste lo contrario); pero añade que,

aun así facilitada, "es insuficiente para que opere la transmisión si el tradente no se halla en posesión real de la cosa" (pág. 171).

Después de esto pretende salvaguardar el sistema registral por caminos en que éste carece de vigor, con argumentación forzada basada en el tipo germánico impreso a los artículos de la Ley en que se basa: "Se presume que el titular registral es poseedor" (art. 38). "Luego para el tercero del artículo 34 esa presunción deviene incontrovertible y es un propietario poseedor" (pág. 172).

No lo admitimos: el artículo 38 implica una presunción *juris tantum* del negocio inscrito, antes de derivarse otro, que entra de lleno en el juego de la "legitimación", como el mismo autor sostiene acertadamente en la sección VIII del mismo tomo, sin enlace directo con el juego de la fe pública registral que pone en vigor la presunción de *juris et jure* del artículo 34 en beneficio del tercero y en relación al título de derecho del transmitente y no de las situaciones de hecho que puedan afectarle. Y en tal forma, salvado íntegramente el vigor de este artículo 34, caducará el valor del negocio derivado por su propio vicio de falta de tradición.

Señalamos la involucración de ideas. Se trata de saber si la teoría de la tradición clásica vigente permite que los artículos comentados tengan el valor y puedan ser aplicados en la forma pretendida por los legisladores o, por lo menos, por Roca. Este invierte el orden de ideas. Las trastrueca. Parte de aquel valor germánico para su argumentación.

Mas todo será inútil si deja subsistente la tradición clásica en el Derecho civil. Escamoteada registralmente, no podrá hacer lo mismo civilmente. Habrá de sustituirla inevitablemente por la concepción espiritual.

Y sustituída por ésta no hará falta alguna el escamoteo registral, como no fué necesario en el sistema germánico que prescinde de la tradición. Le amenaza el dogal.

Y si su sinceridad le obliga, antes o después, a rechazar aquella presunción posesoria de tipo germánico, por innecesaria y erróneamente concebida, se lo habrá apretado él mismo, arrastrando tras sí el aparato de su argumentación, de que desde el principio estaba insatisfecho, siquiera la esgrimiera desesperadamente en su afán hipotecarista.

Veámoslo. Al hacer historia de las vicisitudes jurisprudenciales de los artículos 38 y 41, señalan un momento en que al titular de este último se permitió la utilización del juicio de desahucio por precario

(página 283), por lo que admite que, a través de la interposición del sistema registral, existe la figura de poseedor mediato que tiene la posesión por mediación de un mediador posesorio que reúne la condición de precarista (pág. 285). Como es natural, no le satisface conceptualmente.

En otros lugares dice: "Si actualmente el artículo 41 (moderno) establece el procedimiento de efectuación posesoria sin apoyarlo en la presunción de posesión de aquélla (art. 41 antiguo 38 moderno) se valió para lograrla, lo más indicado hubiera sido suprimir tal presunción (art. 38)

Le sobra la tradición, pero queda inerme ahora. Y ha de claudicar: "El acuerdo de transferencia, o sea el *animus transferendi et accipiendo domini*, debería ser necesario que se formulase explícitamente en los títulos inscribibles. La tradición pasaría a ser una mera toma de posesión. De no aceptar este sistema, sería preferible seguir francamente el sistema traslativo del Derecho francés" (pág. 178). Cuya simplicidad se desvanece con la teoría del título y del modo ante problemas como el indicado de la vacua posesión" (pág. 179). Y más adelante (pág. 264): "Repetimos, una vez más, que hubiera sido preferible prescindir de dicha presunción posesoria, *llegando su función respecto de la tradición mediante constituir ésta por el negocio de disposición unido causalmente con el contrato de finalidad traslativa*."

Blas Pérez y José Alguer, juristas científicos, en su traducción y adaptación del *Derecho alemán*, volumen I, tomo III, páginas 389, 399 y siguientes, dan una interpretación nueva de los artículos del Código civil español que hacen referencia a la tradición. Espiritualizan el concepto de entrega y revalorizan la posesión mediata hasta considerarla equivalente a la puesta en poder y posesión con que el Código considera aquella entrega cumplida a través del artículo 1.462, no ocultándoseles, por otra parte, que más que una consagración de la figura jurídica de constituto posesorio es una aproximación al modo consensu.

Dicen también significativamente: "El propietario desposeído no por eso deja de serlo ni carece de facultad de enajenar; por lo tanto, si él pudo ser propietario y cedente sin posesión, podrá transferir la propiedad tal y como la tiene, o sea, sin posesión, sin que por eso pueda negarse respecto del cesionario que sea propietario, como no podrá negarse respecto del transferente antes de la transmisión" (pág. 412).

Ofrecen a la jurisprudencia el camino a seguir.

Parece que le anima a seguirlo: "Sobre los preceptos del Código civil es imposible fundamentar la existencia de la teoría del título y el modo." "Frente a todas estas razones sólo quedan en pie los desacreditados prejuicios sobre la añeja teoría del título y el modo." "Si la teoría del título y modo tuviera un fundamento doctrinal claro y seguro, que se impusiera sobre las deficiencias de expresión y de concepto del Código civil, podría aún de servir de preocupación al intérprete, pero su descrédito es evidente."

Y exteriorizan convincentemente la básica razón al tratar del artículo 609 del Código civil: "Si la tradición es consecuencia de ciertos contratos, éstos serán causa y fundamento de tal consecuencia."

Por último, D. Jerónimo González, maestro de todos, en su conferencia acerca de la tradición en la Academia Matritense del Notariado, hace una exposición objetiva y profunda de la figura, que permite a nuestra desenvoltura llegar a conclusiones que sin duda rechazaría su prudente sabiduría.

No se le oculta que en el fondo del problema late la incertidumbre e inseguridad del derecho, la pugna entre la propiedad y sus formas aparentes, entre el "deber ser y el ser", para cuya solución se arbitra jurídicamente el mecanismo de la tradición o traspaso de posesión. Que "entra con ello el problema en un nuevo plano, el posesorio que desde dos mil años sirve de campo de batalla a los teóricos y a los prácticos del derecho sin que se vislumbre la solución de los problemas planteados".

Rechaza resueltamente la posibilidad de sustituir la técnica del Registro por la doctrina de la tradición inscrita, porque "el sistema registral centra su energía más en el dominio que en la posesión" "y mucho más contradictoria resulta la idea de la tradición registral con la intuición popular que confiere al instrumento público una especial fuerza constitutiva en razón a la transmisión del dominio, que la inscripción ratifica. Suponer que el comprador de una finca mediante escritura pública que le pone expresamente en posesión de la misma necesita de la inscripción para justificar los actos y obras de mejoramiento, riego, cierre y aprovechamiento, es desconocer la práctica notarial y la vida agrícola española. Debemos, en su virtud, concluir que, por estrechas que sean las analogías entre el régimen de la tradi-

ción y el de nuestro sistema inmobiliario, nada se adelantaría con una asimilación total de las instituciones".

Hace una afirmación fundamental: "El acto de transferencia (tradición) es distinto de la posesión misma."

Brillante luz que instantáneamente deja apagar. A un paso ya de llegar a su conclusión: a la nítida diferenciación del fenómeno transmisor espiritual y jurídicamente concebido forzosamente en el negocio o título y el juego autónomo e independiente de la posesión como tal. Con lo que llegaría al derecho que deseas.

Al no dar este paso queda aprisionado en el dogal y ante la prueba definitiva, o sea cuando el tercer poseedor no se halla en una relación clara y reconocida con el dueño que transfiere, ve caer todos los simbolismos ideales, *constituto, tradicio, brevi, ficta*, etc., haciéndole decir: "La tradición se desvanece, y si no concedemos al cesionario el papel de un representante en cosa propia (*procurator in rem suam*), concluimos por sancionar la transmisión de las acciones características del dominio por el solo consentimiento de los interesados."

Aun ahora, la sombra de la tradición material clásica le habrá impedido "concluir que sancionamos la transmisión de la titularidad por el solo consentimiento de los interesados".

El no elevarse a la tradición espiritual, implícitamente consustancial en el negocio, y el observar que se manifiesta explícita en las cláusulas de estilo y que esa tradición *ficta* se ofrece como única tabla de salvación a través de la jurisprudencia, sea tal vez lo que le haga invocar la pericia técnica de los Notarios para el vencimiento de las profundas dificultades que percibe.

Ello excede al poder del fedatario, sin duda. Pero respondemos, no obstante, a la invocación.

He aquí nuestra fórmula: "El adquirente Don _____ acepta el dominio (o la titularidad que sea: usufructo, censo, etc.), en cuya titularidad le transmite Don _____ su posición de titular por la presente venta (o donación, adjudicación en pago, etc.)"

Correrá la suerte de todas las fórmulas de estilo.

La fuerza que se le asigne nunca habrá nacido de ella, sino del significado que le den la sociedad, los juristas y, en último término, la jurisprudencia, naciendo de su propia concepción del derecho.

Para nosotros significará exactamente la expresión de la concep-

ción espiritual del fenómeno transmisor del título en que se inserta, y carecerá de significado en cualquiera otra concepción.

Sólo cuando aquella concepción sea la de la sociedad, la de la doctrina y la de la jurisprudencia significará algo la fórmula. Precisamente aquélla. Y entonces carecerá de utilidad y de significado, pues una y otro se habrán desplazado y se hallarán en el negocio transmisor o título mismo.

Preguntamos: ¿No nos hallamos en ese preciso momento histórico que sólo espera la confirmación jurídica de la teoría espiritual, directa e inmediata en las Leyes?

Hemos oído la respuesta del Sr. Fontcuberta.

Entre tanto, tiene la palabra la jurisprudencia.

JOSÉ URIARTE BERASATEGUI.

Notario.

(Continuará.)

Algunas consideraciones sobre el nuevo Código de la Propiedad inmueble de África Occidental Española

Por Decreto de la Presidencia de 10 de diciembre de 1949, publicado en el *Boletín Oficial del Estado* de 13 de enero último, se ha aprobado un nuevo Código de la Propiedad Territorial para las posesiones de África Occidental Española.

Hemos leído esta nueva disposición y en ella encontramos novedades interesantes, que brevemente vamos a reseñar.

Diremos antes de nada que nos parece un acierto esta reglamentación y que significa un adelanto, digno de tenerse en cuenta, sobre nuestra vieja legislación civil.

Así, por ejemplo, el artículo 27, que establece las condiciones generales a que se someten las concesiones de terrenos, establece una especie de inscripción obligatoria cuando nos dice, en la norma 5.^a de dicho artículo, que una de estas condiciones precisas, es la de: Solicitar la inscripción de la concesión en el Registro de la Propiedad, y que posteriormente se haga constar en él el cumplimiento de las condiciones pertinentes, mediante la presentación del documento que lo acredite.

Dicha inscripción es obligatoria hasta el extremo de que, como dispone el artículo 29, en tanto no se acredite y haga constar en el Registro de la Propiedad el cumplimiento de las condiciones a que se sujeta la concesión (entre ellas la de su inscripción), tales concesiones no serán consideradas como definitivas.

Y mientras tengan carácter provisional, no podrán gravarse ni encadenarse por actos intervivos.

Otra novedad interesante la encontramos en el artículo 39. Se refiere este artículo al título provisional de la concesión que surte efecto mientras no se han cumplido aún las condiciones de la concesión. Pues

bien, este título provisional, con los documentos complementarios necesarios, se ha de anotar en el Registro de la Propiedad para que con él se pueda tomar posesión de los terrenos y para el ejercicio de todos los derechos que se desprenden de la concesión para el concesionario y sus derechohabientes. Todos los derechos menos los de enajenación y gravamen por actos intervivos, que requieren el título de concesión definitiva.

También dispone el artículo 39 que: "La certificación del Registro de la Propiedad, expedida en forma literal, de los asientos vigentes referentes a una concesión, sustituirá al título, cuando éste no pudiese presentarse por extravío u otra causa."

En este aspecto se vuelve a buena doctrina de que sirvan de título las certificaciones del Registro de la Propiedad; en mala hora abandonada, por los redactores del Reglamento Hipotecario, al exigir para la iniciación del procedimiento del artículo 41, además de la certificación del Registro, el título, modificando con ello lo dispuesto en los artículos 100 y 101 del Reglamento, debidos a la reforma del 27.

Otra novedad registramos en el artículo 40. Es ella que la extinción de la concesión se hará constar de oficio en el Registro de la Propiedad. Nos parece bien la idea que evita que inscripciones sin contenido sigan ocupando un lugar en los libros registrales, achaque éste que enturbia los libros del Registro peninsular.

En el artículo 46 se determina el contenido del Registro de la Propiedad en estos términos: "El Registro de la Propiedad tiene por objeto: la inmatriculación de fincas y la inscripción o anotación de todos los actos y negocios jurídicos, *disposiciones legales* y decisiones de autoridad competente, consignados en el correspondiente título, y que produzcan de un modo directo la constitución, reconocimiento, declaración, transmisión, modificación o extinción del dominio y demás derechos reales sobre bienes inmuebles susceptibles de tráfico jurídico, sin distinción de la persona individual o jurídica a que pertenezcan.

Quiere ser este artículo una especie de resumen del título primero de la ley Hipotecaria y notamos en él como novedades de bullo las siguientes: A) Declara como uno de los objetivos del Registro la inmatriculación de fincas; y B) Declara inscribibles *las disposiciones legales*.

Es cierto que en nuestro Registro también se inmatriculan fincas, pero es a través de ciertas disposiciones que lo permiten como una excepción del trámite sucesivo. Ahora bien, en la disposición que comen-

tamos, la inmatriculación de fincas es uno de los objetivos del Registro, distinto de la inscripción. En eso precisamente consiste la novedad.

También es cierto que, como consecuencia de la ley, se producen en nuestro Registro algunas inscripciones, pero no es menos cierto que nuestra ley Hipotecaria no se atreve a declarar directamente inscribibles las disposiciones legales.

En el artículo 51 apreciamos otra interesante novedad. Nos referimos a la necesidad de acompañar al título que produzca una inscripción el certificado de inmatriculación, acreditativo del derecho del transferente, que se devolverá al interesado una vez hechas constar en él las operaciones practicadas.

Este procedimiento registral nos recuerda el sistema de Registro Australiano, en cuyo sistema sin duda se ha inspirado el requisito exigido por este artículo 51.

También son muy curiosas e interesantes las novedades que se aprecian en los artículo 57 y 58, que por su extensión y por no hacer demasiado largo este trabajo, no transcribimos. Se refieren ambos al procedimiento registral y notamos en él nuevos matices del sistema australiano.

Se pide la inscripción en un escrito en el que se hacen constar todas las circunstancias de la inscripción; se acompaña un plano detallado de la finca; un certificado del representante de la autoridad, acreditativo de que son ciertos los extremos del escrito solicitando la inscripción: un acta de deslinde de la finca en la forma que resulte del plano, con intervención del Registrador, de la Autoridad pública, del asesor musulmán y en su caso del representante de la Yemáa.

Perfilando más el procedimiento registral, en el artículo 65 se reglamenta la oposición a la inmatriculación y la actuación del Registrador en ese trámite.

En el artículo 67 se reglamenta un curioso proceso judicial contra la inmatriculación. Tampoco le queremos comentar, pero le señalamos como novedad.

Y por fin señalamos como novedad interesantísima la contenida en el artículo 77.

Dice así dicho artículo: "La inscripción del título correspondiente en el Registro de la Propiedad es *necesaria* para que, en virtud de negocio jurídico, se produzca la adquisición, transmisión, modificación o ex-

tinción del dominio y demás derechos reales sobre fincas inmatriculadas."

Por una disposición semejante para nuestro Derecho, hemos estado clamando toda la vida los Registradores que sentimos un poco el rubor del fracaso relativo de nuestro sistema hipotecario, sin conseguir una disposición que arrincone, en cierto modo, la influencia en nuestra legislación hipotecaria de la doctrina del título y modo. Estuvimos a punto de conseguirla en la reforma del 44, ya que en el anteproyecto se hablaba de modificar el artículo 609 del Código civil, que a nuestro parecer es el causante de este relativo fracaso de la institución registral, pero todo se quedó en propósitos. Y cuando ya teníamos olvidado el problema abandonados a la influencia del peso muerto de una tradición milenaria, he ahí que en el Código de la Propiedad Africana se resuelve el problema como nosotros hubiéramos querido que se resolviese en la nuestra.

Con haber añadido un párrafo al artículo 609 del Código civil que hubiese dicho: "En cuanto a la propiedad inmueble inscrita en el Registro de la Propiedad, la tradición se realizará únicamente por la inscripción del título que contenga la transmisión", se hubiera conseguido que la gran mayoría de la Propiedad entrase en el Registro y se hubiera evitado ese constante trágico de entrar y salir las fincas acudiendo a variaciones en los linderos.

Pues eso que nosotros deseábamos para nuestra legislación, lo establece en otros términos ese famoso artículo 77.

Una vez inmatriculada la finca, ya no se puede operar con ella sino a través del Registro.

Se forma con ello dos especies de propiedad: la registrada y la sin registrar, que siguen rumbos distintos.

La idea no es nueva, pues ya nuestro insigne La Rica nos habla también como de especies distintas, de la propiedad inscrita y de la no inscrita.

No deja de ser interesante tampoco la novedad contenida en el artículo 82. Su contenido es parecido al del artículo 34 de nuestra ley con el aditamento de que el tercero será mantenido en su adquisición, *incluso respecto de los límites consignados en el plano reseñado en la inscripción .."*

Es muy conocida la doctrina hipotecaria establecida en multitud de Resoluciones, cuya fecha no citamos, según la cual la inscripción no

acredita ni la extensión ni los límites exactos de las fincas inscritas. Es decir, que si con relación al elemento jurídico la inscripción constituye una prueba preconstituida, en relación al elemento físico es perfectamente impugnable. Sin embargo, tenemos a la vista una sentencia de la Sala 3.^a del Supremo de 14 de marzo de 1930, que no hemos visto citada por ninguno de los especialistas en la materia, en la que se establece la tesis de que la inscripción ampara la extensión y límites consignados en los títulos inscritos. Dice así uno de sus considerandos:

"Considerando que a mayor abundamiento, el recurrente presentó en el expediente títulos dominicales auténticos inscritos en el Registro de la Propiedad, relativos a la finca del Ajenjo, y, en su consecuencia, es obligado reconocerle y ampararle en la posesión de todos aquellos terrenos comprendidos dentro de los *límites, cabida y demás circunstancias consignadas en las inscripciones respectivas*"

Otra sentencia de la misma Sala 3.^a, de 1940, recoge esta misma doctrina. Así y todo no tenemos inconveniente en reconocer que la doctrina hipotecaria corriente, es la establecida por la Dirección en el sentido de que la inscripción no ampara las condiciones físicas de las fincas inscritas. En igual sentido las sentencias de 6 de febrero de 1947 y 5 de diciembre de 1949.

Y como en el artículo 82 de la disposición que comentamos se establece que la inscripción ampara los límites que constan en el plano reseñado en la inscripción, tal disposición la reputamos como una novedad y un adelanto con relación a la legislación peninsular.

Pero donde culminan las modificaciones y novedades es en el artículo 81, trasunto, en este Código, del artículo 41 de la ley Hipotecaria

Tales modificaciones hacen relación a la naturaleza del procedimiento; a la contradicción de la vigencia; a la caución; y a la "litis pendencia" anterior que puede enervar el procedimiento.

NATURALEZA DEL PROCEDIMIENTO.

En cuanto a la naturaleza del procedimiento, nuestra legislación, presionada por las distintas opiniones manifestadas sobre el problema en el campo de la doctrina, ha experimentado profundas variaciones en un corto período de tiempo. Así en el anteproyecto de reforma de la ley Hipotecaria de 1944 se dijo: "Las acciones reales procedentes de

derechos inmobiliarios inscritos podrán ejercitarse mediante los trámites de ejecución de sentencia." En la exposición de motivos de la ley se dice: "No puede darse a la inscripción "prima facie" un valor inferior al de la cosa juzgada." Insistiendo en esta tendencia ejecutiva del proceso, decía el artículo 41 de la ley aprobada por las Cortes: "Las acciones reales procedentes de derechos inmobiliarios inscritos, podrán ejercitarse mediante un proceso de ejecución."

Salta a la vista el carácter ejecutivo que a este proceso quiso darse en todos esos momentos. Pero las discusiones de los técnicos produjeron su efecto, y los refundidores de la ley, influenciados por las tendencias manifestadas en las discusiones surgidas en torno al problema y un poco coaccionados por el informe del Consejo de Estado, eluden el problema con las habilosas frases que constituyen el primer párrafo del artículo 41. Dice así este apartado: "Las acciones reales procedentes de los derechos inscritos, podrán ejercitarse por el procedimiento que señalan los párrafos siguientes..."

¿Y qué habían dicho los comentaristas en relación con la naturaleza del proceso?... Vamos a resumir sus conclusiones. Nos hallamos en presencia de un proceso de carácter ejecutivo con impurezas, pero con predominio de tal carácter. (Roca Sastre.) Es un proceso montado a dos vertientes. (Plaza.) Proceso de naturaleza *híbrida*, mixto de ejecución y de cognición con predominio de este último carácter, aunque con oposición tasada. (Valle Fuentes.) Proceso similar en el fondo al de los interdictos. (Cimiano.) Proceso "sui generis" con caracteres peculiares que le distinguen de los demás procedimientos. (Martínez Corbalán.) Proceso que contiene analogías con el procedimiento de ejecución de sentencia, con los ejecutivos impuros de nuestro derecho, con los de cognición, con los de jurisdicción voluntaria. (Sanz.) Proceso de ejecución procesal de la presunción que la inscripción entraña. (Murias.) Proceso ejecutivo. (Mocholi.) El que estas líneas escribe, en un trabajo comentando la obra de Sanz, le había calificado de proceso ejecutivo español. Le dimos este calificativo porque entendemos que tiene los mismos caracteres que el procedimiento ejecutivo ordinario y que el judicial sumario del artículo 131 de la ley Hipotecaria. Tanto en éstos como en aquél, hay un primer período ejecutivo, en el que puede surgir una oposición tasada, que desemboca en una cognición.

Que este procedimiento no tiene los caracteres que la técnica procesalista tiene señalados a los ejecutivos puros, es indudable, pero no es

menos cierto, que esos específicos caracteres tampoco se dan en los otros dos que hemos mencionado y a nadie se le ha ocurrido discutirles su carácter ejecutivo.

Pues bien, el Código de la Propiedad Africana vuelve por la buena doctrina y proclama de nuevo el carácter ejecutivo del procedimiento. Son éstas sus palabras: "Las acciones reales procedentes de los derechos inscritos, podrán ejercitarse . por el procedimiento especial, de carácter ejecutivo, que señalan los párrafos siguientes."

Es este un alarde de valentía que no podemos menos de alabar.

CONTRADICCIÓN A LA VIGENCIA DEL ASIENTO.

Nuestro artículo 41 contiene en el primero de sus párrafos una frase que dió lugar a una polémica entre el insigne tratadista Sr. La Rica y el que estas líneas escribe. Tal polémica tuvo lugar en torno a la interpretación de una frases del artículo que hacen referencia a la necesidad de acreditar, por certificación del Registro, la vigencia, sin contradicción alguna, del asiento correspondiente.

Entendió este modesto intérprete que en dichas frases no se comprendía la anotación de demanda. En otros términos, que la anotación de demanda, no impide la apertura y sustanciación de este proceso. En contra de tal parecer se había manifestado primero, y como de pasada, el insigne Roca Sastre, y se pronunció después, con abundancia de razones y un estudio completo del problema en todos sus aspectos, La Rica. Nosotros no vamos a transcribir ni estas razones de La Rica, ni aquellas otras nuestras, reforzadas en otro trabajo posterior. Al que le interese conocerlas en detalle puede repasar los números 246. y 253 de la REVISTA CRÍTICA DE DERECHO INMOBILIARIO, y el número de febrero de 1949 de la *Revista de Derecho Privado*.

Pero sí decimos que Cabello, un poco en broma, en una nota a nuestro trabajo "Criterios de autoridad", lanzó una original idea sobre el problema, que va cuajando y se recoge en esta nueva disposición legal. Es un criterio intermedio, que quiso conciliar las dos posturas extremas. Nos dijo que si bien algunas anotaciones de demanda pueden producir el efecto de enervar el procedimiento, ello no puede ser privilegio de todas. Nos dijo también que si el proceso, por razón de las anotaciones de demanda que se refieran a la validez o nulidad del título inscrito, puede quedar paralizado, eso será en relación al demandante,

pero ello no impedirá que se siga utilizando contra los demás perturbadores.

Como decíamos, esta opinión se va abriendo paso. Así el muy inteligente y sagaz comentarista de la Jurisprudencia Hipotecaria, Ginés Cánovas, en un comentario muy sabroso, como todos los suyos, a los decretos de la Presidencia sobre resolución de competencias en relación con el artículo 41, publicado en el núm. 259 de la REVISTA CRÍTICA DE DERECHO INMOBILIARIO, si no se atreve a pronunciarse por ninguna de las opiniones extremas, acoge con cariño esta intermedia postura de Cabello.

Y por si ello fuera poco, la nueva disposición que comentamos también se inspira en esta tesis.

Pues si es cierto que tal vez haciendo eco de nuestra dura crítica a la introducción en el artículo de la imprecisa y desdichada frase, "sin contradicción alguna", se ha retirado del artículo, no es menos cierto que, recogiendo la opinión de Cabello, ha introducido una nueva causa de oposición concretada en estos términos: "4.^a Que antes de la iniciación del procedimiento exista "litis pendencia", entre el titular registral y el opositor sobre nulidad o cancelación del asiento correspondiente, o sobre constitución o reconocimiento de un derecho real que impidiere ejercitar en perjuicio del opositor las acciones reales procedentes de los derechos inscritos."

Nosotros, defensores a ultranza de los efectos de la legitimación registral, de cuyo principio el proceso del artículo 41 no es otra cosa que su desarrollo procesal, no podemos ver con buenos ojos esta nueva causa cuarta de oposición que ha surgido en el nuevo artículo 81, pero no dejamos de reconocer que esta transacción, como todas, tal vez produzca efectos beneficiosos.

Queremos reproducir aquí, sin embargo, porque la ocasión se nos ofrece pintiparada, unas palabras de Roca Sastre escritas en la página 291 del tomo 1.^º de su *Derecho Hipotecario*. Son éstas: "La inscripción es base necesaria y a la vez suficiente para que actúe el principio de legitimación registral y por ende es improcedente querer discriminar tipos donde la ley no distingue. Tanto es así que en rigor la legitimación registral en favor del titular inscrito debe actuar aunque el Registro acuse la existencia de una *anotación de demanda* o de *rectificación*, puesto que mientras no exista resolución, la titularidad, re-

gistrada es la vigente." Esa es la buena doctrina y ella es la que hemos sostenido nosotros.

Ello no obstante, Roca, a renglón seguido, nos dice: "Esto no tiene aplicación en materia del procedimiento del artículo 41, puesto que éste y la regla segunda del artículo 137 del Reglamento exigen que la certificación registral, base del mismo, acredite expresamente la vigencia, sin contradicción alguna, del asiento que faculte al titular para incoar el procedimiento."

A nuestro entender no se ha fijado Roca en que las anotaciones de demanda, ni siquiera las de rectificación del Registro, contradicen la vigencia. Podrán ser una amenaza de contradicción de la vigencia, o si se quiere una efectiva contradicción del derecho inscrito, pero no una contradicción de la vigencia del asiento, que son las que, según las palabras de la Ley y del Reglamento, impiden la apertura del proceso.

Y queremos decir también que ya es un adelanto y una novedad beneficiosa el haber eliminado del primer párrafo del artículo aquellas oscuras palabras que produjeron la confusión y la polémica.

LA CAUCIÓN EN ESTE PROCEDIMIENTO.

Para que el contradictor del titular registral pueda formular su demanda de contradicción, es necesario que antes preste "caución adecuada para responder de la devolución de frutos e indemnización de daños y perjuicios y pago de costas. No será aceptada como caución la fianza personal."

Nos parece bien que se insista en que la caución debe asegurar el pago de los frutos no percibidos, la indemnización de daños y perjuicios y el pago de las costas. Decimos esto porque parece indiscutible que es preceptiva la imposición de costas, no obstante lo cual sabemos de algunos Juzgados que se remiten en cuanto a este problema de las costas a la doctrina general de examinar en cada caso si se da o no la temeridad o mala fe que justifican la condena en costas.

Pero, sobre todo, lo que nos parece magnífico es la decisión de no admitir como caución la fianza personal. Se sale al paso con ella de esa conmiseración que a los Jueces les producen todos los perturbadores de las situaciones registrales; y se pone un límite a la amplitud en la interpretación de la ley. No había más remedio que fijar linderos al campo, pues de lo contrario no se sabe dónde iríamos a parar. Baste decir

que conocemos algunos casos en los que se ha admitido como caución aceptable hasta la caución juratoria.

Ya conozco la objeción. Ya sé que se va a argumentar en contra diciendo, que por falta de bienes en el contradictor del Registro, puede quedar desconocido su derecho. Que es intolerable que sea necesaria una cierta riqueza para defender una posición jurídica, etc., etc.

A tal posible argumentación se puede contestar diciendo que este es procedimiento privilegiado, en el que no son posibles todas las facetas de defensa que en los procesos ordinarios. Y así como en él no son posibles más que contadas causas de oposición, tampoco puede tacharse de tiránico que se limiten y reglamenten las cauciones aceptables. En último caso, al que por imposibilidad de prestar una caución adecuada se le obstruya esta vía procesal, le queda el recurso de promover el juicio ordinario sobre la misma cuestión, en cuyo proceso ya no necesitan caución alguna, e incluso pueden utilizar el beneficio de pobreza, si les asiste (1).

CAUSAS DE OPOSICIÓN.

Salvo la novedad de recoger en la causa 4.^a el problema de la "litis pendencia" anterior, las demás causas de oposición han quedado en este artículo 81 en la misma forma que las tenía establecidas nuestro artículo 41.

Por cierto que ha sido una lástima que no se aprovechase la reforma para expulsar del campo de acción de este proceso el problema de la prescripción, cuando ésta no estuviese declarada en un juicio ordinario anterior.

(1) Abundamos en las razones del auto de 10 de febrero de 1947, dictado por el Juzgado de primera Instancia de Valencia, núm. 6, citado por Sureda en su obra *Derecho Procesal Hipotecario*. Dice así uno de los considerandos de tal auto: «Considerando: Que siendo el presente procedimiento regulado por el artículo 41 de la vigente ley Hipotecaria, especial y sumario, por cuanto en el mismo se tiende solamente a obtener la posesión de un inmueble, no pueden utilizarse en el mismo otros recursos que los que la propia Ley establece, que son, para el demandado, si quiere formular demanda de contradicción, el prestar la caución que el juez le exija, sin que pueda utilizarse el beneficio de pobreza que el demandado pretende utilizar en este expediente, sin perjuicio de tener derecho a ello en el juicio ordinario que se entable».

En contra de esta tesis se pronuncia el señor de la Concha en un trabajo publicado en el número de septiembre de 1949 de la *Revista General de Derecho*. Por cierto que acepta el beneficio de pobreza para el demandante contradictor, pero no le exonera de la necesidad de prestar caución.

Nosotros ya hemos expuesto nuestra opinión sobre tal tema, con machacona insistencia, en varios trabajos publicados en esta REVISTA (1), y a las razones expuestas nos remitimos. Ahora sólo nos toca recordar algunas sentencias que recogen nuestra tesis, entre las cuales merece ser destacada la de la Audiencia Territorial de Pamplona de 16 de mayo de 1947 (2).

También diremos que la prescripción, sin declaración judicial que la estime, en procedimiento adecuado, no existe. Dijimos nosotros en otra ocasión (3): "Es que sin esa declaración judicial, hecha en adecuado procedimiento, se puede decir que la prescripción existe?"

Pues si no existe porque le falta ese requisito que le da vida (que puede decirse que los comprende todos—posesión, tiempo, buena fe—, que no son otra cosa que los presupuestos de dicha declaración judicial), ¿cómo se ha de poder oponer en este procedimiento?..

Se dice de adverso: "Esa prescripción se declarará en la misma sentencia del proceso en que se opone." Entonces — contestamos nosotros —: "Antes de tal declaración de la sentencia, ¿existía la prescripción? ¿Sí? Pues si ya existía, sobra la declaración judicial que la estime. Y si no existía ni actuaba sin dicha declaración, que le dió vida, ¿cómo se pudo fundar en ella una demanda de contradicción? "

Cuando se nos conteste satisfactoriamente a estas preguntas, cambiaremos de parecer.

JOSÉ AZPIAZU.

Registrador de la Propiedad

(1) Ver en los número 204, 224 y 237 de esta REVISTA nuestros trabajos: *Apostillas a unos comentarios, A manera de réplica y Algunos aspectos del proceso de ejecución instaurado en el artículo 41*.

(2) En dicha sentencia se establece que para que la prescripción pueda tener virtualidad suficiente a los fines dc que pueda estimarse la demanda de contradicción que en ella se funde, es necesario que haya sido previamente declarada en un procedimiento ordinario...

(3) Ver nuestro trabajo: *A manera de réplica*, en el número 224 de esta REVISTA.

Jurisprudencia de la Dirección general de los Registros y del Notariado

EL NO ACREDITAR EL EXCESO DE CABIDA DE UNA FINCA, COMO LA ADJUDICACIÓN DE LA MISMA A VARIOS COHEREDEROS DETERMINANDO LA CUOTA IDEAL DE CADA UNO EN PESETAS, SON DEFECTOS DE NATURALEZA SUBSANABLE; SIENDO, POR EL CONTRARIO, INSUBSANABLE LA FALTA COMETIDA EN EL CUADERNO PARTICIONAL, DE INVOLUCRAR LOS DERECHOS DE TRANSMISIÓN Y DE REPRESENTACIÓN, REBASANDO, COMO SECUELA, LAS ATRIBUCIONES ESPECÍFICAS QUE EL ARTÍCULO 1.057 DEL CÓDIGO CIVIL CONFIERE AL CONTADOR-PARTIDOR NOMBRADO POR UN CAUSANTE.

Resolución de 22 de diciembre de 1949. ("B. O." de 18 de marzo de 1950.)

Una señora falleció bajo testamento en el que instituyó herederos por iguales partes a sus siete hijos habidos de su único matrimonio con su anteriormente finado esposo. Con posterioridad a la misma, pues suóbito ocurrió el 17 de noviembre de 1946, esto es, el 4 de abril de 1947, murió uno de sus hijos y herederos, dejando viuda y tres hijos menores de edad. La testadora nombró en su aludido testamento contador-partidor de sus bienes al Letrado D. Gaspar Buforn, quien después de la citación notarial a los seis hijos vivos en la fecha de la diligencia, así como a la nuera, como representante legal de los tres nietos, inventarió los bienes hereditarios y redactó extensamente el cuaderno particional, con cierta oscuridad (son palabras del Boletín Oficial), el cual fué protocolizado mediante escritura otorgada por el contador el 4 de octubre de 1947 ante el Notario de Villajoyosa D. Gabriel Molina Ravello.

En el inventario solamente figuran dos fincas, pues todos los demás bienes son de naturaleza mueble, diciéndose en el cuaderno que la primera de ellas fué formada por agrupación de tres parcelas, cuya cabida inscrita es de 72 áreas y 55 centiáreas, pero que de medición reciente, su extensión superficial es de 1 hectárea, 78 áreas y 80 centiáreas.

En la base primera de las operaciones particionales se consigna que están interesados en la sucesión "los nietos de la causante, como herederos de su padre X. X., representando a éste en la mencionada sucesión de su abuela paterna"; y en la base quinta se expone que el caudal relieto asciende a 68.880 pesetas, añadiéndose textualmente que esta "cantidad se divide en siete partes iguales, por ser siete los hijos y herederos de la causante de esta sucesión, pues sus nietos expresados se tienen aquí presente en cuanto son herederos de su padre X. X., hijo y herederos de la misma causante, como ya va dicho y detallado anteriormente, siendo cada una de dichas séptimas partes la cantidad de 9.840 pesetas; la misma cantidad correspondiente a X. X., se divide a su vez entre sus tres hijos y herederos, que son (se nombran), ascendiendo cada una de estas terceras partes a la cantidad de 3.280 pesetas." En consecuencia de lo expuesto se forman tres hijuelas: una, a la hija de la causante; otra conjunta, "por quintas partes ideales", a los otros cinco hijos, y otra a los tres nietos, sin adjudicación previa al padre de los mismos; adjudicándose en las tres hijuelas las dos fincas a cada hijo y a cada nieto en "una parte ideal en pesetas", sin consignar nada acerca de séptimas partes o de tercera partes de séptima parte.

En la segunda de las disposiciones finales se describen las parcelas que integran la finca agrupada, y tras la referencia de su inscripción, se expresa que correspondían a la causante por herencia de su marido, según escritura de la cual dió fe el Notario de Villajoyosa D. José Valor, en 17 de febrero de 1931, sin consignar concretamente que las tres parcelas que forman la finca agrupada sean contiguas, aunque parece que lo son por datos obrantes en el cuaderno transscrito del título de adquisición de la causante.

Por último, en la séptima disposición final se pide la inscripción de las dos fincas referidas del inventario, sin solicitar expresamente la agrupación de las parcelas que integran la primera.

Presentada en el Registro primera copia de la escritura de protocolización y del acta de presencia de formación del inventario, se extendió la siguiente nota: "Denegadas las inscripciones de las fincas a que

se refiere el precedente documento por los siguientes defectos: 1.º No acreditarse el exceso de cabida de una hectárea, seis áreas y cincuenta y cinco centiáreas de la finca inventariada al número 31, con expediente de dominio, acta de notoriedad o documento de fecha anterior fehaciente, pues siendo dicho exceso muy superior a la quinta parte de la suma de la cabida de las tres fincas agrupadas, no cabe incluir el caso en el número quinto del artículo 298 del Reglamento Hipotecario. 2.º Adjudicarse las dos fincas en proindiviso, sin determinarse la porción ideal de cada condeño con datos matemáticos, haciéndose solamente por unidades de moneda, con infracción del artículo 54 del mismo Reglamento. 3.º Porque habiendo fallecido don X. X. con posterioridad a la causante no cabe el derecho de representación de los nietos de ésta e hijos de aquél, y aunque la partición puede hacerse con intervención de los nietos, no es por derecho de representación, sino como herederos de su padre, debiendo justificarse la defunción de éste, su testamento o declaración de herederos abintestato y el pago del impuesto de derechos reales de la transmisión. Defectos insubsanables, no procediendo tomar anotación preventiva, aunque se solicitase".

Entablado recurso por uno de los interesados, en solicitud de que se declare inscribible el título presentado después de que se haya satisfecho el impuesto de derechos reales correspondiente a la herencia del fallecido X. X. y de que se presenten los títulos fehacientes que acrediten la adquisición de las fincas para que una vez inscritas a nombre del causante pueda verificarse la inscripción a favor de los herederos (y en el caso de que los tres hijos del fallecido X. X. no presenten los documentos necesarios para conseguir la inscripción de la porción ideal que se les ha adjudicado se suspenda éste solamente en cuanto a la porción de los mismos), imponiéndose los gastos y costas al Registrador por "su conducta inexcusable", la Dirección, confirmando en parte el auto apelado, pues el Presidente ratificó en absoluto la nota calificadora salvo en la excepción de falta de personalidad respecto al recurrente se opuso el Registrador, declara subsanables los dos primeros defectos e insubsanable el último, mediante la ajustada y correcta doctrina siguiente:

Respecto al primer defecto, que según el artículo 20 de la Ley Hipotecaria, la falta de previa inscripción de todo o parte de un inmueble motiva, respectivamente, la suspensión total o parcial del asiento solicitado, y el Reglamento Hipotecario, de acuerdo con la jurispru-

dencia de esta Dirección General dirigida a obtener la concordancia entre el Registro y la realidad, facilitó en el número quinto de su artículo 298 la inscripción de los excesos de cabida, cuando no haya fundada acerca de la identidad de los predios, por lo cual procede examinar si alguna de las reglas contenidas en el indicado precepto reglamentario es aplicable al presente caso o si debe tramitarse expediente de dominio o acta de notoriedad;

En el caso debatido concurren las siguientes particularidades
a) Las cabidas de las tres fincas inscritas a nombre de la testadora suman 72 áreas 55 centíreas; b) La extensión total que, según el título, resulta de la nueva medición es de una hectárea, 78 áreas y 80 centíreas; c) La finca que se pretende formar por agrupación carece de linderos fijos o de tal índole que excluyan la posibilidad de perjuicios a colindantes; d) No se acredita la diferencia de medida con base catastral; e) Tal diferencia supera la quinta parte de la superficie inscrita: de todo lo que se infiere, que no procede registrar directamente el exceso de cabida, sino utilizar alguno de los medios prevendidos al efecto en la legislación hipotecaria, entre los cuales pudiera hallarse comprendido el título de adquisición de la causante, aludido en el escrito inicial del recurso, y que, por no haber sido presentado en el Registro, no se puede saber si constan en el mismo los datos indispensables para llevar a efecto la inscripción;

En cuanto al segundo defecto, que, en los casos de comunidad romana, el artículo 70 del Reglamento Hipotecario anterior, normativo del modo en que deben extenderse las inscripciones de parte indivisas de los inmuebles, las cuales forman cuotas negociables y deben aparecer perfectamente distinguidas, dispuso que se precise la porción de cada condeño con datos matemáticos que permitan conocerlas indudablemente, es decir, que aplicó al caso especial de la proindivisión la regla segunda del artículo 9.^o de la Ley Hipotecaria en armonía con el principio de especialidad; pero en vista de que la experiencia demostró que por los complicados procedimientos usados en los títulos se produjeron en muchos casos oscuridades, confusiones y perjuicios en el vigente Reglamento Hipotecario, después de reproducir con el número 54 dicho artículo, se adicionó un segundo párrafo, según el cual no se estimará cumplido el mencionado requisito si la determinación del valor de cada parte indivisa se hiciera solamente con referencia a unidades de moneda, de medida superficial o en otra forma análoga.

Que las operaciones particionales de una herencia constituyen normalmente un ordenado conjunto, en el cual, después del inventario, avalúo, liquidación y división del caudal relicto se transfieren los bienes y cada heredero conforme a lo previsto en el artículo 1.068 del Código civil; y como la adjudicación es el acto que inexcusadamente debe reflejarse en el Registro, y al efectuarla en el documento objeto del recurso se determinaron las porciones ideales de los inmuebles asignadas a los interesados solamente con referencia a unidades de moneda, aparece infringido el artículo 54 en el momento en que el Comisario transformó el derecho abstracto de cada heredero en titularidad concreta;

Respecto al tercer defecto, que existen esenciales diferencias entre el *iustitia representationis* regulado por los artículos 924 al 929 del Código civil y el *iustitia transmissionis* a que se refiere el artículo 1.006 del mismo cuerpo legal; para el primer derecho se requiere la premoriencia al causante del representado, éste no llega a ser heredero y el representante sucede directamente a aquél; y, por el contrario, el segundo de ambos derechos supone la supervivencia al causante del transmitente y es heredero de éste el beneficiado con el derecho de transmisión, de todo lo cual dimana una dualidad de situaciones jurídicas cuya fundamental diferencia doctrinal, y cuya importante consecuencia práctica puso de relieve el Tribunal Supremo al declarar reiteradamente que el nieto que herede al abuelo por derecho de representación del hijo premuerto puede aceptar la herencia de éste a beneficio de inventario y la de su abuelo, pura y simplemente, con lo cual no queda obligado a responder de las deudas del padre sino hasta donde alcancen los bienes heredados del mismo;

Que en el documento calificado se involucran los derechos de transmisión y de representación; y el Comisario, cuyas atribuciones estaban limitadas con arreglo al testamento en conexión con el artículo 1.057 del repetido Código, a "la simple facultad de hacer la partición" de la herencia de la causante, las amplió por su exclusiva voluntad hasta efectuar inválidamente la división de la herencia de un hijo, con evidente extralimitación de funciones que impide en absoluto la inscripción del documento e incluso su anotación preventiva; y, además, incurrió en omisiones de carácter civil, hipotecario y fiscal, entre las cuales figuran el título hereditario a favor de los nietos y de la nuera, la liquidación de la sociedad de gananciales, la adjudicación a la viuda de su cuota legal usufructuaria, la observancia del principio del trato sucesivo nor-

mal o abreviado y el pago del impuesto sucesorio, que reconoce el propio recurrente, por los referidos madre e hijos;

Que de todo lo consignado se deduce que el primer defecto es subsanable y procedería la inscripción de la finca agrupada y del exceso de cabida si se presentare de nuevo el documento calificado acompañado del título de adquisición de la causante, se solicitare la agrupación y resultare que las parcelas son contiguas; y, en el caso de que dicho título no sea suficiente, se empleare cualquiera de los demás medios prescritos por nuestra legislación para registrar excesos de cabida; que el segundo defecto, teniendo presente que el criterio inspirador del cuaderno particional predispone a la admisión del documento en cuanto a la herencia materna, porque excluye la posibilidad de perjuicios a los legítimos, quienes conservan, por partes iguales, la comunidad, podrá subsanarse mediante escritura adicional otorgada por quien corresponda, en la cual se exprese que la cuota ideal en pesetas adjudicada a cada hijo, incluso al fallecido, equivale a la séptima parte indivisa de ambos inmuebles; y que, respecto al último defecto, procede mantener la calificación de insubsanable formulada por el Registrador y por el Presidente de la Audiencia, sin perjuicio de que, para llevar a cabo la partición de la herencia del hijo, sea formalizado debidamente, en su día, nuevo título;

Que, según el artículo 130 del Reglamento Hipotecario, los gastos y costas de los recursos gubernativos deben ser satisfechos por quienes los promuevan y, excepcionalmente, por el Notario recurrente o por el Registrador cuando hayan procedido con ignorancia inexcusable, que no se aprecia en este caso, por lo que no hay necesidad de hacer declaración alguna en cuanto al pago de tales gastos y costas, de conformidad con el citado artículo y con la práctica observada en los autos presidenciales y en las decisiones de este Centro directivo.

* * *

La claridad con que se produce el Centro directivo casi excusa todo comentario. Como en su escrito inicial alegó el recurrente que la primera de las fincas de las dos del inventario fué descrita en igual forma en la cuarta de las declaraciones de la partición de la herencia del marido de la causante, que es el título de ésta, aprobada en 17 de febrero de 1931, se expresa al final del segundo Considerando que dicho título

pudiera ser, una vez se presente en el Registro, el medio adecuado para inscribir el exceso de cabida conforme al párrafo quinto del artículo 298 del Reglamento Hipotecario. Y precisando la cuestión en el penúltimo de tales Considerandos dicta las normas adecuadas para inscribir dicho exceso, como la agrupación, caso de no ser suficiente tal título y subsanar asimismo el segundo de los defectos.

Por lo que respecta al tercero y más fundamental de aquéllos, siquiera la Dirección profile limpiamente uno y otro derecho—el de representación y el de transmisión—que tan lamentablemente vienen en el cuaderno particional involucrados, siguiendo a Roca Sastre—maestro en todas las disciplinas jurídicas—, en sus *Estudios de Derecho privado*. tomo II, añadiremos unas breves líneas sobre los mismos.

Como dice muy bien aquél, el concepto de *representación* es equívoco, por cuanto ofrece el inconveniente de dar a creer que el derecho de suceder a la estirpe se funda, arranca, descansa o lo determina el derecho de suceder del hijo premuerto. El decir que el nieto pasa a ocupar en la sucesión el mismo lugar de su padre premuerto puede arrastrar a la falsa idea de que el derecho de representación implica una *subrogación* traslativa de derechos o una subentrada en un puesto sucesorio *vacante*, cuando nada de eso se produce. Los nietos son llamados *directamente* por la Ley a la sucesión *intestada* de su abuelo causante. Por ello estima nuestro autor que lo mejor sería abandonar el concepto de *representación* sucesoria y ver tan sólo en el caso de premoriencia una delación o llamamiento directo a la estirpe. Así procede el Derecho alemán, recogiendo la impecable doctrina pandectista, reprüfadora de las líneas púras del Derecho romano. No obstante, la denominación de *derecho de representación* ha tomado fuerte arraigo en muchas legislaciones, como en la nuestra, debido seguramente a motivos de comodidad terminológica.

El *derecho de transmisión* es aquel derecho que tienen los herederos del heredero que fallece en el intervalo comprendido entre la delación hereditaria a su favor y la aceptación o adición hereditaria futura, y en virtud del cual hacen suya la facultad de aceptar o repudiar la herencia, o sea, el *ius delationis* atribuido a éste.

Este *ius delationis* es un valor patrimonial integrante del patrimonio del transmitente, y como consecuencia: a) El heredero favorecido por el derecho de transmisión no puede optar por aceptar la herencia objeto del mismo y repudiar la herencia propia del transmitente. La

aceptación ha de ser total (art. 990), pues es fundamental el principio de la indivisibilidad de la aceptación hereditaria; b) Inversamente, el heredero favorecido por el derecho de transmisión que acepta la herencia propia de éste, puede repudiar la herencia objeto del derecho de transmisión, por cuanto adquiere el *ius delationis*, el cual implica la facultad alternativa de aceptar y de renunciar.

De aquí los fundamentales artículos 928 y 1.006 del Código civil que conjugan el mecanismo de los derechos de representación y transmisión y la reiterada doctrina de nuestro más alto Tribunal en cuanto al primero de dichos derechos que pone de relieve el magnífico Considerando quinto.

No queremos terminar sin aludir brevemente a la petición por el recurrente de qué se le impusieran las costas del recurso al Registrador.

¿Es que la nota de éste—salvo en la levedad de considerar como insubsancionables dos de los defectos que eran subsancionables—no es clara, razonada y hasta perfecta? Entonces

GINÉS CÁNOVAS COUTIÑO.
Registrador de la Propiedad.

Jurisprudencia del Tribunal Supremo

HIPOTECARIA

SENTENCIA DE 17 DE ENERO DE 1950.—*Efectos de la inscripción registral.*

Según el artículo 38 de la vigente Ley Hipotecaria, a todos los efectos legales se presumirá que los derechos reales inscritos en el Registro existen y pertenecen a su titular en la forma determinada por el asiento respectivo, y de igual modo se presumirá que quien tenga inscrito el dominio de los inmuebles tiene la posesión de los mismos, y si bien esta presunción admite prueba en contrario, cuando se demuestra que el contenido de la inscripción no responde a la realidad, ha de ser eficaz, en este caso en apoyo del actor, frente a la alegación de un estado posesorio carente de título que pueda oponerse a la escritura inscrita.

SENTENCIA DE 31 DE ENERO DE 1950.—*Presunción de propiedad a favor del titular registral.* (Ver *infra* esta sentencia en Procesal.)

SENTENCIA DE 7 DE FEBRERO DE 1950.—*Presunción de posesión del catálogo de Montes y del artículo 38 de la Ley Hipotecaria.*

No puede admitirse que por la inclusión de un monte en el catálogo entre los de utilidad pública, ha de estimarse como único poseedor a la Entidad a quien aparece atribuida su pertenencia, cualquiera que sean los títulos de Derecho civil que contradigan esa posesión, porque así se da preferencia a la posesión para la que estableció la protección adecuada el artículo 10 de uno de los Reales decretos de 1.^o de febrero de 1901, sobre la posesión civil inscrita en el Registro de la Propiedad.

C I V I L

SENTENCIA DE 20 DE ENERO DE 1950.—*Caducidad y prescripción: naturaleza*

La caducidad o la prescripción de la acción correspondiente a un derecho sustantivo, como es el del arrendador a la resolución del arrendamiento por cesión o subarriendo, afecta directamente a ese derecho, regulado por

las leyes sustantivas, por aplicación de las cuales, y no de las de procedimiento, se ha de resolver la cuestión suscitada.

SENTENCIA DE 31 DE ENERO DE 1950.—Arrendamiento de solares.

El recurrente inicia el primer motivo de su recurso formulado al amparo del número 1.^º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, con la afirmación de que el objeto del contrato de arrendamiento cuya terminación es el motivo del litigio presente, es una finca urbana, un solar con construcciones provisionales, arrendado para fines industriales. Sobre este supuesto dirige su argumentación a demostrar que dicho contrato se halla comprendido en las normas especiales que regulaban, en la época de otorgarlo, y en el momento de presentarse la demanda, los contratos de arrendamientos urbanos, por lo cual estima que han sido infringidos los preceptos que cita, correspondientes a la mencionada legislación especial, al declarar el Tribunal a quo aplicables al caso las pertinentes disposiciones del Código civil. Esta argumentación, que en concreto es la expresión del criterio del recurrente opuesto al del Juzgador, sin atacar las razones en que éste se apoya, cae por su base con sólo tener presente la interpretación que, tanto la doctrina como la jurisprudencia, han dado al concepto de solar como objeto de la relación arrendaticia, diferenciándole con precisión del de local de vivienda o del local para negocio, que son construcciones permanentemente aptas, de modo fundamental, para ser habitadas, en tanto que el término solar hace referencia a una superficie enclavada en efecto en zona urbana o en vías de urbanización, pero inadecuada para ser habitada, aunque existan en su ámbito algunas edificaciones cubiertas o no, y con mayor o menor solidez fabricadas, y por ello la doctrina de esta Sala enseña (sentencia de 2 de marzo de 1948, entre otras) que los Decretos de 29 de diciembre de 1931 y 21 de enero de 1936, invocados como infringidos en varias de sus disposiciones por la Sala sentenciadora, se refieren únicamente a arrendamientos de locales y a relaciones entre inquilinos y propietarios, sin hacer objeto de su especial protección a los arrendatarios de solares, que no pueden ser denominados inquilinos, término que designa a los arrendatarios de una casa o parte de ella, ni tampoco se incluyen en el concepto de arrendatarios de locales, puesto que la relación arrendaticia no se ha establecido de modo principal sobre ningún género de edificaciones, sino sobre una superficie apta para construir sobre ella, y sin que lo que acaso en la misma exista edificado, además de ser accesorio, reúna condiciones de habitabilidad. Así acontece en el caso presente, en que lo convenido entre las partes fué el arrendamiento de un solar para depositar sobre su superficie las mercancías propias del tráfico de los arrendatarios, ocupando una parte reducida lo edificado, que se destina, según revela el resultado de la prueba, a oficinas, resguardo de las dichas mercancías y de la báscula para la comprobación de pesos, y afirmadas expresamente todas estas condiciones por la Sala sentenciadora, sin la adecuada impugnación por el recurrente, es incuestionable que, por no ser aplicable,

no han sido infringidos los preceptos de la legislación especial que se citan, y procede la desestimación del primer motivo del recurso.

SENTENCIA DE 4 DE FEBRERO DE 1950.—Naturaleza del contrato que liga al Letrado con su cliente.

Que la conocida controversia suscitada en la doctrina científica sobre la naturaleza del contrato cuyo objeto es la prestación de actividades peculiares de las profesiones de orden científico o técnico—contrato calificado de mandato por unos juristas, por otros de arrendamiento de servicios, por algunos de contrato de empresa y aun de contrato innominado por algún sector de la doctrina—ha tenido su repercusión en la jurisprudencia de esta Sala, especialmente a lo que atañe a la naturaleza del vínculo contractual que liga al Letrado con su cliente, apareciendo que mientras la sentencia de 14 de junio de 1907 considera la relación como dimanada de un mandato, la sentencia de 27 de diciembre de 1915 estima que nace de un contrato de mandato y servicios; y la sentencia de 16 de febrero de 1935 —que señala la más moderna orientación de la jurisprudencia en la materia—, si bien afirma que los servicios de los Letrados, como los de las personas que ejercen profesiones liberales, no constituyen una modalidad del que la tradición jurídica y nuestro Código civil vienen llamando contrato de arrendamientos de servicios, admite que de manera eventual y accesoria puedan ser encomendados a los Abogados gestiones propias del mandato, y como complemento de esta doctrina, procede advertir que aunque de ordinario se presenta la relación contractual entre Letrado y su cliente como un contrato de servicios, también aparece otras veces como contrato de obra, supuesto que se da cuando mediante remuneración se obliga a aquél a prestar no propiamente su actividad profesional, sino el resultado producido por la misma, cual ocurre, entre otros casos, en el de aceptar el Letrado el encargo de emitir un dictamen.

PROCESAL

SENTENCIA DE 31 DE ENERO DE 1950.—Legitimación activa en el desahucio.

Aunque es verdad que, con arreglo a la jurisprudencia invocada en el recurso, en el juicio sumario de desahucio no pueden resolverse cuestiones sobre propiedad, tampoco es factible que baste la mera alegación de un derecho que pretende ostentar el demandado para impedir al propietario de una finca reintegrarse en el ejercicio de su derecho de propiedad mediante el desahucio en precario, dando a este último concepto de precario el amplio sentido que hoy le reconoce la jurisprudencia, identificándolo no sólo con la situación de persona que posee por mera liberalidad del dueño que tuvo en el Derecho Romano, sino incluyendo la de mera tenencia de la cosa sin un claro derecho a poseer, sin perjuicio de que ésta pueda, en el juicio declarativo correspondiente, destruir mediante la práctica de

las oportunas pruebas la presunción de propiedad que la inscripción en el Registro entraña.

SENTENCIA DE 14 DE FEBRERO DE 1950.—*No es necesaria la reclamación previa en la vía gubernativa para demandar al Patronato Nacional Antituberculoso.*

El requisito formal de reclamación previa en la vía gubernativa, que señala la regla séptima del artículo 533 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, lo exige el citado precepto, en concordancia con múltiples disposiciones administrativas, entre otras, los Reales decretos de 23 de marzo de 1886 y 25 de abril de 1893, como presupuesto procesal de toda demanda civil contra la Hacienda Pública y, en general, contra el Estado, bien como trámite supletorio o equivalente al acto de conciliación, bien como prerrogativa o garantía en favor de los derechos del Estado, pero carece de razón de ser tanto por el tenor literal de la Ley, como por el espíritu que la informa, en casos como el de autos, en que el Patronato Nacional Antituberculoso, demandado, no es un organismo estatal *stricto sensu*, con arreglo a las bases que para su actuación estableció la Ley de 13 de diciembre de 1943, reproduciendo sustancialmente la de 5 de agosto de 1939, pues aunque se le atribuye el carácter de institución de derecho público bajo la dependencia del Ministerio de la Gobernación y llena una finalidad de utilidad pública, la Ley de 1939 le consideraba servicio descentralizado, y la de 1943 inviste al Patronato de personalidad jurídica para adquirir, gravar, enajenar y reivindicar toda clase de bienes, y para contraer obligaciones y ser titular de derechos, incluso los de índole procesal—bases primera y segunda—, reconociéndole además el derecho a poseer un patrimonio privativo que no se identifica o confunde con el del Estado, ni en régimen de gestión, ni en el de disposición, puesto que goza de autonomía expresamente concedida, siquiera sea con limitaciones.

SENTENCIA DE 16 DE FEBRERO DE 1950.—*Representación en el «proceso de cognición».*

Si bien el artículo 3.^º de la Ley de Enjuiciamiento Civil previene con carácter de principio general que la comparecencia en juicio será por medio de Procurador legalmente habilitado para funcionar en el Juzgado o Tribunal que conozca de los autos y con poder declarado bastante por un Letrado, este precepto ha sido modificado por lo que al proceso de cognición respecta, por las normas contenidas en la base 10 de la Ley de 19 de julio de 1944, una de las cuales es que la representación procesal se acreditará por la correspondiente escritura de mandato o mediante comparecencia ante el Juzgado llamado a conocer en el proceso, habiendo conferido el demandante en esta última forma su representación a su Procurador por comparecencia que se celebró ante el Juez Municipal, en la que se hizo constar que le otorgaba poder para que pudiera representarle en el juicio y apelar

de la sentencia, siguiendo en su caso el asunto en el Juzgado de Primera Instancia en el recurso de apelación, e interponiendo también en su caso recurso contra la sentencia de este último Juzgado. No puede admitirse con el recurrente que el mandato o apoderamiento judicial en la expresada forma conferido sea bastante para actuar en el proceso de cognición que se tramita ante los Juzgados Municipales, pero que carezca de eficacia para intervenir en la segunda instancia del juicio, en la que se precisa el poder declarado bastante por Letrado, a que se refiere el artículo 3.^º de la Ley procesal, porque el poder otorgado en la forma exigida por la Ley para comparecer en juicio tiene virtualidad para tales instancias y para todas las diligencias propias de las mismas, fuera de aquellas respecto a las cuales de una manera expresa se exija poder especial, y como en el presente caso no solamente el actor confirió poder a su Procurador para que le representase en juicio, sino que además se lo otorgó expresamente para que lo hiciera en la apelación, carece de toda base el recurso interpuesto.

SENTENCIA DE 22 DE FEBRERO DE 1950.—Prescripción de la acción de nulidad de lo convenido en acto de conciliación.

Si bien el artículo 477 de la Ley procesal prescribe que la demanda en que se ejercite acción de nulidad contra lo convenido en acto de conciliación deberá interponerse dentro de los ocho días siguientes a la celebración del acto, reiteradas declaraciones de esta Sala han interpretado dicho artículo en el sentido de que tal plazo no es aplicable a todos los supuestos de anulación del convenio, y así en la sentencia de 8 de febrero de 1905 se dice que contra lo convenido en acto de conciliación pueden ejercitarse las acciones que para la rescisión y nulidad de las obligaciones concede el Derecho civil, sin que a ello se oponga el término de ocho días que fija el párrafo segundo del artículo 477 de la Ley de Enjuiciamiento Civil para reclamar la nulidad del acto de conciliación, porque esta nulidad debe entenderse limitada a los casos en que se haya faltado a las condiciones o solemnidades exigidas por la Ley rituaria para su celebración, pero nunca extensiva a los demás vicios o causas que puedan anular lo convenido, y adoptado este criterio, es obligado declarar en este caso que la acción para impugnar el convenio de conciliación, no basándose en defectos procesales, sino sustantivos, ha podido ejercitarse dentro del plazo de cuatro años que señala el artículo 1.301 del Código civil para la acción de nulidad de los contratos.

SENTENCIA DE 24 DE FEBRERO DE 1950 —Procedimiento aplicable a la petición de otorgamiento de contrato arrendatario urbano.

La petición de condena a otorgar un contrato de inquilinato, con expresión del precio que se dice por convenido, implica una acción que, aunque propia de la relación arrendaticia urbana, no se fundamenta en derechos reconocidos en la Ley de Arrendamientos Urbanos, ninguna de cuyas

disposiciones regula el derecho del propietario a exigir, ni la obligación correlativa de otorgar contrato de inquilinato, por lo que, conforme a lo dispuesto en el artículo 180 de la citada Ley anterior y en el 181 de la actualmente vigente, es aplicable a tal supuesto la legislación común.

SENTENCIA DE 4 DE MARZO DE 1950.—*Disposición transitoria 17 de la Ley de Arrendamientos Urbanos.*

Al amparo de la legislación común se ha formulado demanda de desahucio fundada en haber expirado el plazo contractual de un arrendamiento de industria, y el demandado, en el acto del juicio verbal, celebrado cuando ya había entrado en vigor la nueva Ley de Arrendamientos Urbanos, promovió artículo de previo y especial pronunciamiento, con invocación de la aludida disposición transitoria 17, para que se declarase que la legislación aplicable al caso en litigio era la especial de Arrendamientos Urbanos y no la legislación común, porque la cosa arrendada no era una industria, sino un local para establecerla, suscitando así una cuestión que ni se contrae a normas procesales ni es propiamente incidental, pues claramente se aprecia que es problema de fondo el encaminado a decidir si ha de prosperar el desahucio de una industria por expiración del plazo convencional, o ha de ser desestimado por virtud de la prórroga indefinida del arrendamiento de locales de negocio, y estos problemas de derecho material, que constituyen la sustancia del pleito, tienen su cauce adecuado de planteamiento por acción o por excepción perentoria en la demanda y en la contestación, respectivamente, y han de ser resueltos por la sentencia que ponga término al pleito, por lo que no cabe promoverlos en trámite de previo pronunciamiento, a menos que se identifiquen los conceptos de cuestión principal y de cuestión incidental, ni cabe decidirlos previamente, antes de ser dictada la resolución final del pleito, por muchas salvedades que se hagan para hacer ver que la declaración de que la cosa arrendada es una industria o es un local de negocio es provisional y no prejuzga la resolución que en definitiva se estima más procedente, pues los temas de fondo no son susceptibles de resoluciones previas ni provisionales.

LA REDACCIÓN.

Jurisprudencia sobre el impuesto de Derechos reales

Resolución del Tribunal Económico-Administrativo Central de 26 de abril de 1949.

A PARTIR DE LA LEY DE 17 DE MARZO DE 1945 LA CALIFICACIÓN FISCAL DE CONTRATO DE SUMINISTRO, APARTADO 2) DEL ARTÍCULO 25 DEL ACTUAL REGLAMENTO, SÓLO ES APLICABLE A LOS QUE SE CELEBREN CON EL ESTADO, CORPORACIONES O ENTIDADES QUE TENGAN A SU CARGO LA EJECUCIÓN O PRESTACIÓN DE ALGUNA OBRA O SERVICIO PÚBLICO Y A LOS DE ABASTECIMIENTO DE AGUA, LUZ Y FUERZA MOTRIZ U OTROS ANÁLOGOS CUALESQUIERA QUE SEAN LAS PERSONAS QUE EN CUANTO A ÉSTOS DISFRUTEN DEL ABASTECIMIENTO. Y ESTA DISTINCIÓN IMPLICA QUE TODA OTRA TRANSMISIÓN DE BIENES MUEBLES, AUNQUE ENCAJE EN LA DEFINICIÓN DE CONTRATO DE SUMINISTRO CONTENIDA EN DICHO APARTADO 2), NO LO ES FISCALMENTE, SINO UNA TRANSMISIÓN DE "MUEBLES", E IMPLICA TAMBIÉN QUE EN ESAS TRANSMISIONES EL OBLIGADO A PAGAR EL IMPUESTO ES EL ADQUIRENTE, MIENTRAS QUE EN LAS CALIFICADAS DE SUMINISTRO EL OBLIGADO AL PAGO ES EL CONTRATISTA A TENOR DEL ARTÍCULO 59 DEL REGLAMENTO, APARTADO 2).

Antecedentes.—La sociedad anónima A. F. fué requerida para presentar a liquidación dos contratos de fechas 15 de junio de 1946 y 15 de junio de 1947 por los que se comprometía a suministrar la S. A. S. L. tejidos en general a plazos en cantidad mínima mensual de 25.000 pesetas y máxima de 60.000.

Tales documentos fueron liquidados por el concepto "muebles". número 46 de la tarifa y girada la liquidación a cargo de la sociedad anónima vendedora.

Esta entabló recurso contra las liquidaciones, fundamentando la reclamación en que el hecho de girar las liquidaciones a cargo de la entidad transmitente necesariamente implicaba que la Oficina liqui-

dadora calificaba los actos fiscalmente en el concepto de contratos de suministro, lo cual no lo consideraba lícito, ya que, reglamentariamente después de la reforma de la Ley de 17 de marzo de 1945, los contratos discutidos son de transmisión de bienes muebles a título oneroso liquidables por el tipo correspondiente con el pago del impuesto a cargo, no del transmitente, sino del adquirente.

Y la razón está clara, dice, con la simple comparación del texto legal del primer apartado del artículo 25 en el Reglamento del 41 y en el vigente, tomado éste de dicha Ley del 45. Aquél sometía a tributación "los contratos de suministro . cualesquiera que san las personas que en el contrato intervengan y el destino o aplicación que a la cosa suministrada haya de darse .", y, en cambio, el vigente no considera fiscalmente como suministros más que a "los contratos de suministro de víveres, materiales u otros bienes muebles de cualquier clase que se verifiquen para el Estado, corporaciones o entidades que tuviesen a su cargo la ejecución o prestación de alguna obra o servicio público, y los de abastecimiento de agua, luz y fuerza motriz u otros análogos, cualesquiera que sean las personas que en éstos intervengan y el destino o aplicación que a la cosa suministrada haya de darse ".

El enfoque del tema no fué compartido por el Tribunal Provincial Económico-Administrativo, y planteado ante el Central con la súplica de que se dejase sin efecto la liquidación discutida en razón de no tratarse de un contrato de suministro y sí de venta de bienes muebles, en el que, por consiguiente, el sujeto contribuyente era la entidad compradora y no la vendedora, dicho Tribunal Central accedió a la reclamación, y dijo en la Resolución que examinamos "que del examen comparativo de los dos preceptos transcritos se infiere claramente que después de la Ley de 17 de marzo de 1945 la forma de tributación como transmisión de bienes muebles establecida para el suministro y que define el párrafo segundo del artículo 25 del Reglamento vigente alcanza solamente, o bien, a los que tengan por materia u objeto víveres, materiales u otros bienes muebles de cualquier clase y, además, que se verifiquen para el Estado, corporaciones o entidades que tengan a su cargo la ejecución o prestación de alguna obra o servicio público, o ya a los de agua, luz y fuerza motriz u otros análogos a favor de cualesquiera clase de personas"; y como el contrato en cuestión no tiene esas características, es visto que no puede ser calificado de suministro a los efectos del Impuesto ni por lo mismo recaer sobre el con-

tratista la obligación del pago del mismo como el apartado 2) del artículo 59 del Reglamento prevé, sino que habrá de seguir la regla general del apartado 1) del mismo precepto, según el cual el impuesto ha de pagarlo aquel a cuyo favor se transmitan los bienes.

Comentarios.—Esta Resolución encierra la relativa importancia de aclarar la duda que sugería la actual redacción de los dos primeros apartados del artículo 25 al compararlos con la que tenían en el Reglamento de 1941.

Efectivamente, en ese Reglamento coordinaban perfectamente esos dos párrafos. El primero decía cómo tributaban los contratos de suministro, y el segundo los definía, mientras que en el actual no ocurre lo mismo, al menos aparentemente.

En efecto, el texto reglamentario vigente reproduce ese segundo apartado, tal como estaba en el anterior Reglamento, diciéndonos lo que fiscalmente se entiende por contrato de suministro, o sea, aquel contrato por el que una persona se obliga a entregar a otra por precio, y en plazos sucesivos, ciertas cosas muebles, luego todo contrato que reuna esas características será fiscalmente suministro. Y, sin embargo, no es así con arreglo a la redacción dada al apartado 1) del mismo artículo 25 como consecuencia de la aludida Ley de 1945, puesto que ese apartado, como puede verse en la transcripción que hemos hecho más arriba, no se refiere más que a los contratos de suministro que se verifiquen para el Estado, corporaciones o entidades que tengan a su cargo alguna obra o servicio público, y a los de abastecimientos de agua, luz y fuerza motriz u otros análogos, cualesquiera que sean los contratantes y el destino de lo suministrado.

Por consiguiente, todos los demás contratos de esa índole que no sean "contratos mixtos" de los comprendidos en los apartados 3) y 4) del mismo artículo 25, aunque conceptualmente, y a tenor del mencionado apartado 2), sean "suministros", no estén comprendidos en ese apartado 1) ni podrán ser tarificados por el número 21 de la tarifa, sino que tendrán que ser conceptuados como transmisión onerosa de "muebles" con aplicación del número 46 de dicha tarifa.

Claro está que el tipo de tributación es el mismo, el 3 por 100, con los aumentos posteriores a esa tarifa, pero, por lo mismo, se ocurre preguntar el porqué de esa innovación reglamentaria y la trascendencia de la misma. El porqué no se alcanza y la trascendencia ahora se ve con la lectura de la presente Resolución: está exclusivamente, no el

importe del gravamen, que es idéntico, sino en el cambio de la persona obligada al pago con arreglo al apartado 2) del artículo 59 del Reglamento, según el cual, como es sabido, es el contratista, cuando de contratos de suministro se trata.

Por tanto, como reglamentariamente no hay más actos de suministro propiamente dichos que los expresados, los demás, aunque de idéntica índole jurídico-económica, serán transmisiones de "muebles" y el obligado al pago será el adquirente.

Dicho esto, no parece ilógico pensar que, al no ser posible atribuir otra trascendencia a la aludida innovación del artículo 25, hubiera sido más sencillo sin necesidad de constreñir el concepto del contrato de suministro, haber modificado el citado apartado 2) del artículo 59, ciñendo la excepción que él mismo establece y haciéndole decir, en cuanto a los contratos de suministro propiamente dichos, que en ellos, cuando uno de los contratantes sea el Estado o las entidades referidas, el obligado al pago del impuesto es el contratista.

De esa manera quedaría el artículo 25 más armónico en sus dos primeros apartados y no como ahora está, pues, definido el contrato como se lee en el segundo de ellos, esa definición es aplicable cualquiera que sea el adquirente, y, sin embargo, la regla de liquidación del otro apartado no alcanza a todos ellos.

Esa falta de armonía engendra aún otra duda de no fácil solución que brota de la lectura del apartado 5) del mismo artículo 25. Dice, en efecto, que "para la liquidación de los contratos a que se refieren los párrafos anteriores se tendrá en cuenta lo dispuesto en los artículos 51 y 59 del Reglamento", y ello hace que se pueda hacer esta pregunta: si no quedan más contratos de suministro propiamente dicho, entendiendo por tales los que no son contratos mixtos, que los del apartado 1), ¿a los demás no regulados en éste y calificables y liquidables, como dice la Resolución de que tratamos, por el concepto de transmisión onerosa de "muebles", les pueden ser aplicables las reglas de aplazamiento de liquidación del artículo 51?

Es el caso que conceptualmente son idénticos a aquellos otros y que también lo son por su forma y contenido económico, pero, como reglamentariamente no son "contratos de suministro", según el razonamiento del acuerdo que venimos examinando, no podrán disfrutar de los aludidos aplazamientos, dada la letra en los apartados 2) y 3) de ese artículo 51. Esta conclusión es lógica, sin duda, pero también

lo es esta otra: por este camino llegamos, en contra del espíritu y de los motivos de tales apartados, a dar distinto trato oficial a contratos fundamentalmente idénticos, lo cual equivale a violar la conocida norma jurídica, que dice que donde hay la misma razón jurídica, debe haber la misma disposición legal.

Resolución del Tribunal Económico-Administrativo Central de 24 de mayo de 1949.

EL PLAZO DE UN AÑO ESTABLECIDO EN EL ARTÍCULO 5.^º DE LA LEY DE 19 DE SEPTIEMBRE DE 1942 SOBRE SUMINISTROS DE ELECTRICIDAD PARA QUE LA ADMINISTRACIÓN PUEDA COMPROBAR LA EXACTITUD DE LAS DECLARACIONES ANUALES QUE HAN DE PRESENTAR LAS EMPRESAS SUMINISTRADORAS ES UNA REGLA DE LIMITACIÓN O RESTRICCIÓN A LA INVESTIGACIÓN COMERCIAL Y NO AFECTA A LA PRESCRIPCIÓN DE LA ACCIÓN COMPROBADORA NI AL DERECHO A LIQUIDAR Y A INVESTIGAR EL IMPUESTO DE DERECHOS REALES.

REITERA ESTA RESOLUCIÓN POR OTRA PARTE LA DOCTRINA DE QUE EN LOS CONTRATOS DE SUMINISTRO Y VENTA DE BIENES MUEBLES AL ESTADO LA EXISTENCIA DE DILIGENCIAS O ACTUACIONES ADMINISTRATIVAS HACE QUE EL CONTRATO NO PUEDA SER CONSIDERADO COMO VERBAL.

Antecedentes.—La Abogacía del Estado formó expediente de investigación contra la H. del C. con motivo de libramientos puestos al cobro en la Delegación de Hacienda para el pago de suministros de gas y energía eléctrica hechos a las Fábricas de Armas de Oviedo y Trubia; y al requerimiento contestó aquella Entidad declarando el importe de lo suministrado, girándose en su consecuencia la liquidación correspondiente al año 1945 por el concepto "muebles" con multa y demora.

La H. del C. recurrió en reposición alegando la exención por tratarse de suministros realizados sin contrato escrito y en forma verbal, y en otro caso que la relación correspondiente al año 1942 presentada oportunamente y declarada exenta no era ya liquidable por haber transcurrido el plazo de un año para comprobarla, señalado en el artículo 5.^º de la Ley de 19 de septiembre de 1942.

La Abogacía del Estado desestimó la reposición diciendo que dicho artículo 5.^º no es obstáculo a la aplicación del artículo 82 del Regla-

mento del impuesto según el cual la prescripción de la acción comprobadora, respecto de los documentos presentados a liquidación, no entorpece el derecho comprobatorio de la Administración, mientras no prescribe la acción para exigir el impuesto, en los casos de diligencias de investigación, porque aquel término de un año se refiere únicamente a la caducidad del plazo para comprobar la exactitud de las cantidades declaradas por las Empresas, comparadas con las que efectivamente suministraron, lo cual es ajeno a la calificación de exento de determinado suministro; y por otra parte, los contratos de que se trata están sujetos por aplicación del artículo 48 del Reglamento del Impuesto de Derechos Reales y del 74 del de Verificaciones Eléctricas de 5 de diciembre de 1933.

Planteada la cuestión ante el Tribunal provincial, la H. del C. insistiendo en que era de aplicación la Ley de 1942 como legislación especial para las Empresas de suministros eléctricos y no armonizable con el artículo 82 citado y en que se trataba de contratos verbales y por lo mismo exentos conforme la Ley del Impuesto de 1941, dicho Tribunal reafirmó los puntos de vista de la Abogacía del Estado.

El Tribunal Central dice, en cuanto al argumento esgrimido con apoyo en la Ley del 42, literalmente lo siguiente: "que el plazo de un año que, como límite máximo, establece el artículo 5.^º de la Ley de 19 de septiembre de 1942 para que la Administración pueda practicar la comprobación de la exactitud de las declaraciones anuales que las empresas formulaen a los efectos de dicha ley es una regla de limitación o restricción a la investigación comercial que no puede hacer variar los términos de prescripción de la acción comprobadora, ni del derecho a liquidar y a investigar el impuesto de Derechos reales que señalan la Ley y Reglamento del impuesto a la sazón vigentes, de 29 de marzo de 1941, por ser preceptos de carácter especial no susceptibles de ser modificados en tal forma, o sea por una disposición legal dictada con distinto alcance"; y en cuanto a la condición de verbales de los contratos en discusión, reitera lo dicho por la Abogacía del Estado, añadiendo que lo verbal puede ser la petición del suministro, pero no el contrato, ya que éste está sometido a las reglas generales de la Compañía, y, por fin, insiste en la aludida aplicación del artículo 48 del Reglamento ya que se trata de contratos sobre bienes muebles con el Estado, en los que la existencia de diligencias o actuaciones escritas hacen que no puedan considerarse verbales en ningún caso.

Comentarios.—Nada hay que decir sobre los dos razonamientos tendentes a demostrar que los contratos en tela de juicio no son reglamentariamente verbales. En ellos no hace la Resolución más que reiterar el criterio de Resoluciones anteriores, numerosas y ya relativamente antiguas por lo que hace a la interpretación del artículo 48 del Reglamento, más modernas en cuanto a los suministros por aquello de que han de sujetarse a las condiciones oficialmente determinadas para las pólizas en el artículo 74 del Reglamento de Verificaciones de 1933, como dice, por ejemplo, la Resolución de 9 de marzo de 1948.

El otro punto objeto de discusión en el recurso estudiado, ofrece al comentarista mayor dificultad. Se trata, como se ve por lo dicho en la exposición de antecedentes, de armonizar el artículo 82 del Reglamento del impuesto con el 5.^º de la Ley de 19 de septiembre de 1942, referentes ambos al plazo de prescripción de la acción comprobadora.

Estos artículos 82 del Reglamento y 5.^º de esa Ley, señalan plazos de prescripción de la acción para comprobar completamente distintos: el 82 nos habla de dos años en su apartado 1) y en el apartado 2) ese plazo se alarga hasta equipararlo al de prescripción para exigir el impuesto, que es de diez años en el vigente Reglamento y era de quince años en el anterior; y en cambio dicho artículo 5.^º dice que “al objeto de que la Administración pueda comprobar la exactitud de las declaraciones anuales que las empresas formulen”, habrán de llevar su contabilidad con los requisitos que preceptúa, y añade que “podrá la Administración extender la comprobación a los copiadores de facturas, talonarios de recibos, pólizas de abono y demás documentos relacionados con la contratación de los suministros y recaudación proporcionada por los mismos. El plazo para poder practicar la comprobación será de un año a partir de cada liquidación”.

Esto supuesto, ¿qué armonía cabe entre ambos preceptos, supuesto que si bien el primero—el artículo 82—es del Reglamento general del Impuesto, también es innegable que dicho artículo 5.^º está contenido en una Ley dedicada, en fecha posterior a aquel Reglamento, a regular el mismo impuesto en casos especiales y específicos? Si ambos textos hablan de prescripción del plazo para practicar la comprobación, el del Reglamento para regularlo de manera general en cuanto a todos los actos y contratos, y el 2.^º de una manera especial en cuanto a un grupo específico de contratos, ¿cómo armonizar dos preceptos irreductibles en

su texto, el uno general y el otro especial, o, si quiere, el uno especial y el otro especialísimo, y ambos sobre el mismo impuesto?

La antinomia la resuelve la Resolución de que se trata diciendo, como anteriormente notamos, que el plazo de un año de la Ley del 42, es "una limitación o restricción de la investigación comercial", que no puede hacer variar los términos de prescripción de la acción comprobadora y liquidadora e investigadora del impuesto establecido en la legislación especial de éste, la cual no es modificable por una disposición dictada con distinto alcance.

Nosotros, ante esa explicación o argumentación, aun dentro del gran respeto que merece el Tribunal Central siempre, tenemos que decir que nos parece que aquellas preguntas quedan enhiestas. No acabamos de comprender esa distinción de comprobación comercial, ni vemos tampoco cómo una Ley dictada concretamente para aplicar el Impuesto de Derechos reales a determinados contratos carece de rango bastante para derogar, en cuanto a ellos se refiere, la legislación general reguladora de ese impuesto. Esta es, sin duda alguna, legislación especial, pero más especial es la que, *a posteriori* y para casos concretos, modifica aquélla.

El panorama dialéctico cambia si se le enfoca con la luz del Reglamento vigente, posterior a aquella Ley de 1942. Efectivamente, el nuevo y vigente Reglamento recoge en los apartados 7), 8) y 9) del artículo 51 gran parte del contenido de esa Ley, especialmente en cuanto a contratos de interconexiones de redes de las Empresas aludidas para el mejor aprovechamiento del exceso de sus disponibilidades, y también el relativo a las relaciones juradas que cada año han de presentar con referencia a los contratos de suministro a sus abonados, pero al hacerlo así no se hace cargo del contenido del referido artículo 5.^º de la repetida Ley de 1942, que era el que regulaba la discutida comprobación y establecía el también discutido plazo de prescripción de un año. Por consiguiente, no está fuera de razonable dialéctica decir que con el nuevo texto reglamentario a la vista, el problema ha cambiado de signo: el nuevo precepto quiso incorporar a sus disposiciones las que acabamos de indicar de aquella Ley y no las de su artículo 5.^º, luego bien podemos decir, acudiendo a elementales principios de hermenéutica, que implícitamente lo derogó y que hoy no se pueden enfrentar con las normas de comprobación y prescripción del artículo 82 del Reglamento del impuesto, las de ese otro artículo 5.^º, y que, en todo caso,

29) JURISPRUDENCIA SOBRE IMPUESTO DE DERECHOS REALES

si unas y otras entran en conflicto aquéllas y no éstas habrán de prevalecer, porque entonces sí que entraría en juego el principio de que la ley especial posterior deroga la anterior por muy especial que ésta sea, estando como está patente la intención del legislador de trasladar a la nueva solamente parte del contenido de la vieja.

Y terminamos esta breve glosa diciendo que en el caso de autos pudo haberse planteado por la Entidad recurrente el problema de exégesis que brota de los dos primeros apartados del artículo 82 del Reglamento cuando dicen, el uno que la acción comprobadora prescribe a los dos años de presentados los documentos, y el otro que ese plazo no obsta a que la Administración compruebe por primera vez o de nuevo, mientras la acción para exigir el impuesto no prescriba, en los casos de denuncia, diligencias de investigación o resolución administrativas o contenciosoadministrativas. La antinomia no está aún resuelta, como tenemos dicho en esta REVISTA CRÍTICA DE DERECHO INMOBILIARIO y en nuestro libro sobre este Impuesto, si bien da alguna luz sobre el caso la sentencia del Tribunal Supremo de 28 de enero de 1946 cuando dice: que la prescripción de los dos años se refiere a los bienes primeramente declarados y no a los no declarados, o a aquellos gravámenes que afectando a los primeros aumentaban la base liquidable y no fueron declarados.

Resolución del Tribunal Económico-Administrativo Central de 31 de mayo de 1949.

Este acuerdo insiste en la doctrina de que los contratos de aprovechamientos de montes consistentes en corta de árboles tienen el concepto de venta de bienes muebles y no el de arrendamientos, siempre que no exista un plan de ordenación o dasocrático para el aprovechamiento, previamente aprobado por la Administración forestal del Estado, sin que tal requisito se supla con la autorización que el Servicio Forestal ha de dar para la corta de árboles en virtud del Decreto de 24 de septiembre de 1938. O sea, que los dos requisitos son independientes, de tal manera que el plan dasocrático hace innecesaria dicha autorización, pero ésta no suple a aquella ordenación indispensable para que el aprovechamiento se califique de arrendamiento a efectos fiscales.

JOSÉ M.^a RODRÍGUEZ-VILLAMIL
Abogado del Estado y del I. C. de Madrid.

V A R I A

Diccionario de Derecho Privado.—Editorial Labor, S. A.—Tomo I. Letras A-F (Derecho civil, común y foral, Derecho mercantil, Derecho notarial y registral, Derecho canónico). 1950.—Directores: Excmo. Sr. D. Ignacio de Casso y Romero e Ilmo. Sr. D. Francisco Cervera y Jiménez Alfaro, catedrático de Derecho civil y Registrador de la Propiedad, respectivamente.

Siempre es agradable poder elogiar un libro, pero cuando este libro reúne las características de este Diccionario, el elogio es innecesario. Basta una inspección ocular en cualquier librería para convencerse de su utilidad y mérito.

Hace tiempo era corriente el empleo de Diccionarios como medio de proporcionar a los lectores un conocimiento suficiente de la materia objeto de la obra. En Derecho se alcanzó algo más. Recordemos a Febrero y a Escriche, que más constituyeron obras de consulta que acopio de elementales ideas al alcance de profanos. Para una rápida visión de conjunto, acaso sean insustituibles, y muchas veces proporcionan la indicación del camino a seguir si se quiere profundizar el estudio. Enseñan y orientan. Con esto está logrado un fin y tienen los autores la satisfacción del deber cumplido y de haber realizado plenamente sus propósitos.

Pero yo no me conformo, y creo que el editor no discrepe, con una vulgar alabanza. Es necesaria la difusión de esta obra, porque su contenido lo merece. Casso, el infatigable trabajador, y mi competente compañero Cervera, con la colaboración de gente joven, entusiasta, decidida, estudiosa y dinámica, han conseguido condensar el saber de una biblioteca de Derecho en comprimidos difíciles de superar en el espacio que ocupan. La doctrina se desenvuelve con palabras precisas, sin prescindir

del antecedente histórico cuando es necesario, y se añade la jurisprudencia (al estilo de Medina y Marañón), para concluir con la indicación bibliográfica y las iniciales del autor, que de esta manera carga con la responsabilidad de sus afirmaciones y garantiza la veracidad.

Me apresuro a salir al paso de una posible equivocada creencia. Que nadie busque una panacea universal y crea que con leer el concepto jurídico correspondiente puede descansar. En Derecho no existe el *non plus ultra*. Si el lector persigue recordar ideas, concretar opiniones, adquirir el conocimiento adecuado en determinado momento, resolver una duda o prepararse en un mínimo de tiempo, este Diccionario le prestará servicios inapreciables. Pero si quiere hacer una monografía sobre un punto concreto o deslumbrar con la extensión de un trabajo, naturalmente que esta obra no puede facilitarle totalmente los materiales que busca. Se encontrará con la eterna diferencia entre generalización y especialización. Aun así, es seguro que encontrará algo utilizable, porque la doctrina está condensada sin omitir la variedad de facetas que se presentan en cualquier punto de derecho, abundan las referencias históricas o de Derecho comparado, y la jurisprudencia no se regatea (hay epígrafes como, por ejemplo, los Cuasi-contratos, en que la jurisprudencia ocupa cuatro páginas completas, y podríamos multiplicar los ejemplos).

Sería un empeño inútil buscar en estas líneas una idea aproximada del valor de la obra. En cualquier otra se puede indicar la materia que trata, el método adoptado por el autor, los capítulos que se destacan por sus aciertos; pero en los Diccionarios es tal el número de voces y epígrafes que se desarrollan por orden alfabético, que sólo cabe confiar en la probidad y honradez del redactor de la nota bibliográfica, cuando éste afirma que la obra emprendida y realizada merece aplauso y que sería lamentable pasase desapercibida. Encontrar en pocas líneas la doctrina, la jurisprudencia, la legislación y alguna bibliografía orientadora, no es despreciable, y más cuando en muchas ocasiones no son tan pocas las líneas dedicadas al estudio del vocablo. Se le dedican las que se han creído necesarias para comprender sus características principales. Es posible que alguna disertación del porvenir no tenga más base que el contenido de este Diccionario si se la despojara de lúricos adornos y de la habilidad e inteligencia del expositor.

El nombre de Editorial Labor, S. A., es garantía de la presentación de la obra. Nos tiene acostumbrados a una primorosa presenta-

ción, buen papel, excelente impresión y fuerte encuadernación en todas sus producciones. Pero con este Diccionario se excede de lo que para ella es vulgar. La encuadernación es en piel (granate mi ejemplar); el papel, blanco y fino (no biblia), y el libro, muy manejable de tamaño ($22 \times 15 \times 5 \frac{1}{2}$ de alto, ancho y grueso); queda abierto por cualquier página, para que se pueda leer cómodamente, sin forzar el cosido o estropear el lomo. Como la obra constará de dos tomos, ocupará poco sitio y se puede tener siempre a mano. Este volumen, de 2.012 hojas, comprende desde la A hasta la F.

Al final del tomo II irán el Indice bibliográfico y el Indice sistemático, ambos de suma utilidad, porque el alfabetismo es insuficiente para la debida coordinación de materias.

Públicamente hago constar, como final de esta nota bibliográfica, que a mí el libro me satisface plenamente, que creo tiene asegurado el éxito y que, a mi juicio, el profesor Casso, a quien debe no poco la juventud universitaria y la ciencia española, y el Registrador Sr. Cervera, pueden estar satisfechos de su acertada dirección, porque han logrado sus propósitos holgadamente y han proporcionado a los profesionales del Derecho un instrumento de trabajo del que hace tiempo carecía nuestra ciencia.

Instituciones de Derecho Fiscal.—Tomo I, por D. Florencio Porpetta Clérigo, Notario de Madrid y Abogado del Estado excedente.—Instituto Editorial Reus, Madrid, 1950.

Hace unos años, creo que en 1946, se proyectaron unas *Contestaciones al Programa de oposiciones a Notarías determinadas*, redactadas nada menos que por Castán (Derecho civil), Sanz Fernández (Derecho hipotecario), Bérgamo (Derecho mercantil), Porpetta Clérigo (Derecho fiscal), González Palomino (Derecho notarial) y no sé si alguno más, de igual talla gigantesca. El éxito estaba asegurado y la expectación fué grande. La realidad no defraudó las esperanzas puestas en los autores, y lo publicado acredita el acierto del promotor de la reunión. Pero existe una rara unanimidad: la llamaremos la manía del tomo I, y el telón de acero del tomo II, celosamente oculto por todos, salvo por Castán. No es censura, sino deseo de ver terminada una labor de tan decisiva influencia en la cultura jurídica patria.

Ahora Porpetta ha terminado su tomo I. No debo, ni puedo, ni

quiero, limitarme al elogio normal que merece su obra, porque resultaría exacto, pero frío, y tratándose de Porpetta, quiero que lleve todo el calor de una amistad muy larga en el tiempo y muy firme en el espacio. Hombre modesto, de gran inteligencia, cultura y laboriosidad, por esfuerzo propio ha escalado alturas de vértigo y ha triunfado en cuantas oposiciones intervino. Aún más; su carácter bondadoso, su seriedad y su lealtad, han conseguido el aprecio de todos sus compañeros y amigos. Prestigio, admiración, afecto y una Notaría acreditada, son bienes que ha conquistado. Que Dios se los conserve y los aumente en la medida que le deseamos.

A cuantos le conocimos antes, nada nos extraña, y acaso sus éxitos me satisfagan más que a ninguno, porque *aprobó por mí el Derecho administrativo*. Seguramente ni él mismo lo sabe. Me apresuro a decir que no se trata de una suplantación de personalidad, sino de algo muy limpio y muy sencillo. Por aquél entonces se podían simultanear asignaturas de distinto curso, como el Derecho administrativo y el Derecho canónico, que tenían señalados los mismos días y horas de clase. Alumno en ambas asignaturas, tenía establecido un turno riguroso de asistencia a cada cátedra y a una partidita de billar en un local cercano a la Universidad de Madrid, denominado "A B C", pues nunca faltó quien aseguraba al profesor que uno estaba en la otra clase si por casualidad era llamado. Pues bien, un buen día me senté al lado de Porpetta en la cátedra de Administrativo, y precisamente aquel día fué preguntado por el profesor (Martín Veña). Me parece que la lección versaba sobre la Expropiación forzosa, y como yo estaba codo a codo con el orador, muy seriecito, con gesto de persona enterada y de muchacho que no ha roto un plato en su vida, no tuve más remedio que tragarme y escuchar cuanto Porpetta dijo. Fué tan clara su exposición y tan ordenado cuanto dijo, que se me quedó grabado en la memoria de tal manera, que cuando dos meses después, por capricho de la suerte, en el examen tuve que desarrollar el mismo tema, mi esfuerzo se redujo a repetir como un loro lo que recordaba había dicho Porpetta. Por eso creo que quien aprobó fué él y no yo.

El autor se ha visto muy apurado para adaptar sus conocimientos en cada tema, por la extensión que éstos tienen, y lo ha conseguido hábilmente, aunque algunos han resultado demasiado amplios para un opositor. Mejor así que no concretar tanto que se obligue a un esfuerzo de memoria, y conviene haya mucho que olvidar en la fatídica silla,

siempre que quede otro tanto para decir. No se crea por eso que la exposición se limite a la Ley y al Reglamento del Impuesto, pues, por el contrario, hay constantes referencias doctrinales, citas de la jurisprudencia y una crítica sucinta de cuanto debe criticarse.

En los temas doctrinales, como el relativo al fundamento del impuesto sobre las herencias, acaso sea donde brilla más la cultura y la preparación del Abogado del Estado, pues generaliza, pone objeciones, señala finalidades y clasificaciones, critica, descubre horizontes y expone las opiniones de tal número de autores españoles y extranjeros, que deja perplejos a los escépticos. Me explicaré, porque me incluyo en el grupo de escépticos. Para éstos el fundamento de los impuestos, de acuerdo con la intuición popular, consiste en que la Hacienda necesita dinero y lo obtiene *como puede, lo más que puede y de donde puede*, importándole un bledo todo lo demás. El criterio no es muy científico, pero desafío a que se me pruebe lo contrario, pues si la Hacienda no agota la capacidad de prestación del contribuyente, no es por consideraciones doctrinales, sino por temor a matar a la gallina de los huevos de oro. Claro que esto no se puede decir ante un Tribunal y, si se dice, ha de ser envuelto en cuanto expone Porpetta, para despistar y por pudor.

Vamos ahora a la sección de palmetazos. No todo ha de ser bueno, y manchas se encuentran hasta en el sol.

Como única falta, la distracción de la página 93, con la referencia exacta de la Resolución de la Dirección de los Registros de 26 de diciembre de 1930, pero cuya doctrina está recogida en el artículo 414 del Reglamento hipotecario. Como se ve, es una minucia, pero así pruebo que he leído el libro que comento. Los demás pecados, que los encuentren los lectores futuros, porque el autor merece la absolución por el mérito de su obra.

Y nada más hay que añadir, salvo una pregunta final. Como mi casa es pequeña, caben pocos libros, y los que tengo, me veo obligado a encuadernarlos por parejas, pues no me gustan en rústica, ¿tendré que esperar mucho a encuadernar el tomo I en unión del tomo II?

PEDRO CABELLO
Registrador de la Propiedad

Revista de Revistas americanas o extranjeras

Revista de direito imobiliário — Vol. V, núm. 11, año II, 1949, Río de Janeiro.

Desapropriação para construção, melhoramento ou conservação de rodovias. — Antonio Saturnino Braga.

Senhorios e Locatário. — Rui Barbosa.

L'Institut International Pour L'unification du Droit Privé, ha publicado, Roma, decembre 1940, un "Avant-projet d'une loi uniforme sur l'arbitrage dans les rapports internationaux en droit privé et rapport explicatif", que contiene: Avant-projet: Domaine d'application de la loi; La convention arbitrale; La juridiction arbitrale; Procédure de l'arbitrage; La sentence arbitrale; Exécution de la sentence; Frais et honoraires; Juridiction compétente; Dispositions complémentaires; Annexe I, Formules de clauses compromissoires; Annexe II, Droit d'enregistrement. — Rapport explicatif: Observations préliminaires; Section I: Domaine d'application de la loi; Sec. II: La convention arbitrale; Sec. III: La juridiction arbitrale; Sec. IV: Procédure de l'arbitrage; Sec. V: La sentence arbitrale; Sec. VI: Exécution de la sentence; Sec. VII: Annulation de la sentence; Sec. VIII: Frais et honoraires; Sec. IX: Juridiction compétente; Sec. X: Dispositions complémentaires; Annexes.

LA REDACCIÓN

DIRECCION GENERAL DE LOS REGISTROS Y DEL NOTARIADO ANUARIO 1948

Un volumen de 640 páginas encuadrado en tela. Precio, 65 ptas.

IMPORTANTE: Incluye una addenda de la Sección 4º (Registro civil) con numerosas Ordenes y Resoluciones no incluidas en los años 1936 a 1949.
Pedidos a la Habitación de la Dirección General de los Registros y del Notariado (Ministerio de Justicia).