

REVISTA CRITICA DE DERECHO INMOBILIARIO

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

DEPÓSITO LEGAL: M. 968.—1968.

Año XXXV

Marzo-Abril 1959

Núm. 370-371

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

(Continuación.)

CONSENTIMIENTO

Las fórmulas de Australia Occidental y Sur Australia consignan la aceptación del adquirente. En este último Estado, el art. 96 a, añadido en 1939, la exige expresamente, aunque faculta al Registrador para dispensarla en casos de dificultad o imposibilidad de obtenerla. También en Nueva Gales del Sur, donde la fórmula incluye el certificado de corrección a los fines de la ley, que también es necesario en Sur Australia, Tasmania y Queensland, y que en Nueva Gales está redactado en la siguiente forma: «Aceptado, yo certifico que esta transferencia es correcta para los fines de la ley»; declaración que puede ser firmada por un «solicitor» u otro especialista en transferencias cuando no puede obtenerse la firma del adquirente (puede verse sobre ello Baalman, pág 375). En Victoria, donde las fórmulas incluyen la firma del adquirente, fué resuelto en *Tierney v Halfpenny* (1883), que no constituía una parte esencial del instrumento. «Una transferencia, conforme al

modelo legal, ejecutada por el cedente, pero no por el cesionario, y no registrada antes de la muerte de este último. es válida, y una vez registrada desviste la propiedad del cedente» (Wiseman, página 160).

Lo corriente es que las partes celebren, primero, lo que llaman el contrato (19), y realizadas las investigaciones pertinentes, otorguen después el acto dispositivo, que es lo que se refleja en el Registro. No obstante, el Registrador puede expedir una orden dando efecto al contrato para la venta y practicar la inscripción cuando se ha pagado todo el precio y se está en posesión y no se puede obtener la firma de la transferencia, porque el transferente ha muerto, está ausente o por cualquier otra razón (art. 47 de Victoria y 183 de Australia Occidental).

Respecto a la «consideration» (contraprestación), el art. 121 de la ley de Victoria de 1928 establecía, como sigue disponiendo el art. 82 (2) de Australia Occidental, que cuando la «consideration» para una transferencia no consiste en moneda, las palabras «la suma de», en las fórmulas de transferencia, no serán utilizadas para consignar la «consideration», pero la verdadera «consideration» será concisamente establecida. Dice Currey, *Manuel de Titles Office practice en Victoria*, pág. 51, que «probablemente ninguna disposición de la ley ha causado más molestia y conducido a más discusión, respecto al Registro, que la contenida en el citado artículo»: «la verdadera «consideration» debe ser concisamente establecida». (Puede verse también sobre ello, Wiseman, pág. 161.) Pero no entramos en detalles sobre el asunto, por referirse a especialidades del derecho inglés, principalmente la especie de hipoteca tácita que tiene el vendedor sobre la finca en cuanto al precio no pagado, y además de poca importancia práctica, debido a las leyes tributarias que exigen conste, limitándonos a hacer notar que los escrúpulos de la doctrina y jurisprudencia de Victoria (en especial Putz v Registrar of titles, 1928), no son compartidos en Sur Australia (Currey, pág. 58), ni en Nueva Gales del Sur,

(19) Wiseman incluye en su obra fórmulas de contratos para inmuebles sometidos al Registro, y la Ley de Victoria de 1954, en su apéndice séptimo. y la de Australia Occidental, en el apéndice 26, consignan las condiciones generales de venta de inmuebles bajo la ley del Registro. Pueden verse más fórmulas en Evatt and Beckenham, págs. 17 y sigs. y en Moerlin Fox, *Student's Conveyancing Precedents*, pág. 53.

donde dice Baalman (págs. 341 y 194), que el punto de vista del Registro es que el establecimiento de una «consideration» no es un requisito esencial de fórmula alguna, y que a un instrumento no le puede ser rehusada la registración meramente sobre la base que la referencia a la consideración ha sido tachada u omitida, práctica que fué reconocida judicialmente en *Lapin v Abigail* (1934).

El art. 45 de la ley de Victoria de 1954 ha suprimido la expresión de que la «consideration» debe ser concisamente establecida, y refiriéndose a ello dice Moerlin Fox, *The Victorian Transfer of Land Act of 1954*, que esta omisión, si bien a primera vista puede parecer que simplifica la tarea del especialista en transferencias y puede significar que las cuestiones de «consideration» no concernirán en el futuro a la oficina del Registro, no hay que olvidar las disposiciones de las leyes tributarias, que exigen consten todos los hechos y circunstancias que puedan influir en el importe del impuesto.

El acto dispositivo ha de formalizarse mediante los modelos de instrumentos establecidos, no sólo en cuanto a su texto, sino en cuanto al tamaño, clase de papel y márgenes, para facilitar así el archivo de dichos instrumentos (Baalman, pág. 339, y Baalman y Wells, págs. 211 y sigs.). En dichos instrumentos hay que consignar la relación de todos los gravámenes que afecten al inmueble, relación que también consta en los duplicados de certificado de título (art. 96 de Sur Australia, 46 de Nueva Gales del Sur y fórmulas de Victoria y Australia Occidental) (20).

Los instrumentos se han de firmar a presencia de un testigo, quien en Nueva Gales del Sur consigna la siguiente diligencia: «Firmado a mi presencia por el dicho X X, quien me es personal-

(20) En este último Estado la tercera de las fórmulas permitidas de transferencias es extendida sobre el mismo duplicado de certificado. Sobre si es suficiente referirse en el contrato de venta a los gravámenes que resulten del Registro, dado que éste es público y el comprador puede informarse allí de los que existen, o hay que especificarlos, aunque sea con una breve referencia, puede verse el artículo de Moerlin Fox, *The disclosure of encumbrances*, en «*Australian Law Journal*», enero de 1952, pág. 468, quien se decide por lo último, si bien las investigaciones hay que realizarlas dentro del plazo fijado en el contrato, pues tratándose de un certificado de título en el que aparecía un gravamen, en el reciente caso *Nirens v McGinness* (1952), se decidió que, transcurrido éste, había que estimar que el comprador había aceptado el título sujeto a tal gravamen y no podía rescindir el contrato y obtener la devolución del depósito.

mente conocido.» Cuando el instrumento se otorga dentro del Estado, si no ha sido atestiguado por el Registrador general o Delegado del mismo, Notario público, Juez de paz o comisionado para recibir declaraciones (21), entonces el testigo ha de comparecer ante una de dichas personas, que tomarán declaración al testigo, conforme a la fórmula que consigna el art. 108, y extenderán un certificado con la siguiente fórmula: «Compareció ante mí (lugar y fecha) el testigo de este instrumento, y declaró que él personalmente conocía a (circunstancias personales) la persona firmante del mismo, y cuya firma allí él ha atestiguado, y que el nombre aparentando ser tal firma del dicho X X está escrita de su propia mano, que él se hallaba en su sano juicio, y que libre y voluntariamente firmó» (22). Pero el Registrador puede dispensar de esta autenticación, que no tiene carácter obligatorio (23).

En Australia Occidental el art. 145 consigna una larga lista de personas que pueden ser testigos o certificar, cuando el testigo es otra persona no comprendida en la enumeración. La misma relación consignaba la ley de Victoria de 1928 (art. 191). Pero la ley de 1954 ha omitido dicho artículo. Refiriéndose a ello, dice Moerlin Fox que, desde el punto de vista práctico, la más importante omisión de la nueva ley es la del requerimiento contenido en el art. 191 de la ley de 1928, que los testigos debían pertenecer a cierta calificada clase de personas, distinta si el instrumento es firmado dentro o fuera del Estado. Bajo la ley de 1954 cualquier persona será competente para actuar como testigo donde quiera sea firmado el instrumento y los profesionales de otros Estados

(21) Las mismas son las personas autorizadas en Sur Australia (art. 267)

(22) Sobre la interpretación de estas fórmulas puede verse la respuesta del Registrador general de Nueva Gales del Sur, T. Wells, a una consulta que se le formuló en A. L. J., febrero 1953, pág. 534, en la que dice es impracticable dar rígidas normas a observar por el atestiguante en cuanto a la identificación de la persona firmante del instrumento, pero que en orden a estar seguro que un instrumento ha sido otorgado propiamente, es necesario cerciorarse de que el titular registrado vive, que el instrumento es *genuino* y que ha sido realmente otorgado por la persona a que se refiere.

(23) Art. 269 de Sur Australia y apartado 7) del 145 de Australia Occidental. (Kerr, pág. 124. Para más detalles puede verse Baalman y Wells, *Land Titles Office practice*, págs. 221 a 225.) Pero hay que tener en cuenta que con posterioridad a dicha obra, por ley de 1953, que entró en vigor el 25 de septiembre de 1953, se ha modificado la relación de personas ante quien un juramento, declaración o certificación requerida para la registración de cualquier instrumento puede ser hecha fuera de Nueva Gales del Sur, y aquellos que pueden atestiguar los instrumentos ejecutados fuera de dicho Estado.

bien pueden envidiar esta libertad que los practicantes de Victoria gozan ahora. Omitiendo el art. 191, Victoria ha seguido la dirección marcada por Inglaterra, donde la ley del Registro no requiere que los testigos sean calificados en forma alguna.»

LEGALIDAD

Dados los trascendentales efectos que la inscripción produce en el sistema australiano, y que luego examinaremos, se comprende la necesidad de aplicación de un riguroso principio de legalidad. De aquí la reiteración con que las leyes condicionan el ejercicio de las facultades de disposición concedidas al titular registrado al cumplimiento estricto de sus preceptos y de los que es tipo el art. 54 de Sur Australia y 39 de la ley de Nueva Gales del Sur, que disponen: «El Registrador general no registrará instrumento alguno que se proponga transferir o de otro modo tratar con cualquier propiedad o derecho alguno de inmuebles, bajo las disposiciones de esta ley, o afectarles, excepto del modo en ella dispuestos, ni a menos que tal instrumento esté de acuerdo con sus disposiciones. Si bien, en cuanto a las fórmulas, el apartado 2 del art. 103, admite variaciones no sustanciales de las mismas, como el 238 de Australia Occidental y el 275 de Sur Australia, donde además el artículo 247 faculta al Registrador para dispensar fórmulas y requisitos.

El exceso de celo desplegado algunas veces por el Registro ha motivado la intervención de la autoridad judicial, la que en la decisión de los recursos entablados ha mostrado un criterio de mayor laxitud, del que citamos como muestra el primero, en cuanto al fondo, y el segundo en cuanto a la forma, los dos casos siguientes (24):

En *In re British Bank of Australia and Evans' Transfer* (1899) referente a si debían protegerse determinados derechos de equi-

(24) Pueden verse los diversos casos resueltos en Kerr, págs. 52 y sigs., y en Baalman, págs. 109 y sigs., agrupados bajo los epígrafes: 1.—*Separación de las fórmulas prescritas*; 2.—*Violaciones de «trust»*; 3.—*Protección de derechos de equidad*; 4.—*Falta de poder respecto a personas jurídicas*. Y últimamente: Ex parte Little (1958), en «*Australian Conveyancer and Solicitors Journal*», noviembre de 1958, pág. 174.

dad que se inferían del Registro, el Tribunal, sin decidir si tales derechos de equidad existían o no, sentó que el Registrador estaba equivocado en rehusar la transferencia, y también en no haber permitido a las partes reñir sus propias batallas.

En *Perpetual Executors and Trustees Association of Australasia Ltd. v Hosken* (1912), Griffith expresó su punto de vista de que las fórmulas son buenos sirvientes, pero malos amos, y adoptó las expresiones de Cockle en *R v Registrar-General ex parte Roxburg*: que era más razonable suponer que las operaciones de la oficina del Registro debían ser adaptadas a las transacciones, que éstas adaptadas a la conveniencia de la oficina del Registro: que el objeto de la ley era facilitar y no dificultar las operaciones con los inmuebles, y la intención, que el Registrador debía ser el servidor del público, y no el público servidor del Registrador.

Esta amplitud de criterio está representada legislativamente no sólo por el art. 247 de Sur Australia, antes citado, sino por la ley de Victoria de 1954, que en su art. 103, apartado 2.º, permite al Registrador corregir errores en cualquier instrumento, y por la ley de Nueva Gales del Sur de 1956, que ha enmendado el art. 39, antes expuesto, permitiendo al Registrador general registrar un instrumento, no obstante cualquier error u omisión en la relación de gravámenes anteriores, y corregir un patente error contenido en cualquier instrumento mediante una nota marginal en el mismo.

La mayor garantía para el Registro de la legalidad de las operaciones que se presentan al mismo, está en que las transacciones inmobiliarias continúan siendo conducidas por juristas, garantía que alcanza su mayor grado en los casos en que ellos firman el certificado de que el instrumento es correcto a los fines de la ley y al que antes nos hemos referido. En un reciente informe del Registrador general de Nueva Gales del Sur (citado por Dowson y Sheppard, *Land Registration*, pág. 144), en aquel Estado, el 99 por 100 de las transacciones presentadas para registración son actualmente preparadas por profesionales juristas.

Refiriéndose a ello, dice Baalman (pág. 158), que las aproximadamente mil operaciones que llegan diariamente a la Oficina del Registro de la Propiedad de Nueva Gales del Sur están atendidas por un cuerpo numeroso de oficiales, a quienes no es requerido tener calificaciones profesionales. Sólo una proporción pequeña de

operaciones llegan a manos de los empleados legalmente calificados, y estos están ocupados sobre todo con interpretación de testamentos y otros instrumentos de «trust». La situación por la cual los oficiales supervisan el trabajo de especialistas calificados en transferencias es anómala; pero parece ser económicamente inevitable. Aunque los oficiales adquieren un grado considerable de conocimiento especializado, ellos están obligados hasta cierto punto a confiarse en la pericia de los especialistas en transferencias que preparan los instrumentos presentados para el Registro.

Jessup (pág. 4) dice, respecto a la registración inicial, que aunque esta importante fase de la ley no fué prohibida a los «brokers» (corredores de fincas calificados), sin embargo, como es natural, ha permanecido siendo casi de la exclusiva competencia de los juristas. Es muy interesante la detallada exposición que hace dicho autor (en págs. 539 y sigs.) de la práctica seguida por el Registro de Sur Australia en el despacho de los documentos presentados, y donde, tal vez por la intervención de los corredores calificados, del 30 al 35 por 100 de los documentos tienen defectos y son devueltos para su corrección.

PRINCIPIO DE PRIORIDAD

El art. 41 de la ley de Victoria de 1954 (y análogamente el 35 de Tasmania, 53 y 58 de Australia Occidental, el 56 y 58 de Sur Australia y el apartado 3.º del art. 36 y el 2.º del 41 de Nueva Gales del Sur), dispone que, salvo disposición expresa en contrario, todo instrumento entregado para la registración será registrado por el orden, y desde el tiempo en que sea presentado con ese fin y los instrumentos afectantes a la misma propiedad o derecho tendrán entre ellos prioridad según el orden de presentación para registración, y no según la fecha del instrumento o cualquier otro factor. Si dos o más instrumentos firmados por el mismo titular y afectantes a la misma propiedad o derecho, son presentados para registración al mismo tiempo o aproximadamente, el Registrador registrará y anotará el instrumento presentado por la persona que exhiba el duplicado de la concesión de la Corona, certificado del título, hipoteca, carga o arrendamiento, según el caso.

Los instrumentos—dicen Baalman y Wells (*The practice of the Land titles office* («New South Wales»), pág. 225)—es requerido que sean presentados manualmente. Los instrumentos enviados por correo no serán en general aceptados para registración. Una transferencia—dicen en pág. 425—debe ser entregada manualmente para la registración.

Pueden obtenerse reservas de prioridad mediante dos procedimientos: uno, regulado por las legislaciones de todos los Estados australianos, y otro establecido de antiguo en Victoria y Australia Occidental, y recientemente, en Tasmania, por ley de 19 de diciembre de 1947 (25). El primero es el «caveat». El segundo es el aplazamiento de registración (*Stay of registration*), que continúa regulado en la ley de Victoria de 1954 (art. 93), conjuntamente con los certificados de busca (art. 92), como en Australia Occidental por los arts. 146 a 150, y con independencia de los certificados de busca en Tasmania por el art. 157, añadido en 1947.

Establecen las disposiciones primeramente citadas, que quien desee saber si un titular registrado puede disponer del inmueble libre de cualquier «caveat» o instrumento presentado para registración, de cualquier mandamiento judicial o de otra causa conocida del Registrador, pero no apareciendo en el certificado de título, puede solicitar un certificado de busca. Y que cualquier persona, proponiéndose adquirir à título oneroso del titular, puede, con el consentimiento por escrito de dicho titular o su representante, y exponiendo los particulares de la adquisición propuesta, presentar en la solicitud de un certificado de busca una petición para aplazar la registración. Si el resultado de la busca muestra que el titular está libre para disponer, el Registrador firmará una orden aplazando la registración de cualquier instrumento afectante al inmueble, por cuarenta y ocho horas desde la hora mencionada en el certificado de busca, y unirá la orden al certificado y dará una copia al solicitante. Si dentro de dicho periodo de cuarenta y ocho

(25) Wiseman (pag. 355) decía en 1931 que similar protección es ahora dada en Sur Australia por Real Property Act Amendment (Act 1927). Pero actualmente debe no estar en vigor, pues no he podido encontrarlo en la edición oficial de la ley, que, según manifiesta en su portada, incorpora todas las modificaciones realizadas con anterioridad al 1 de junio de 1956; ni tampoco en Jessup (*Forms and practice of the Lands titles office of South Australia*, 1948.)

horas es debidamente presentado para registraci3n un instrumento realizando el propuesto acto de disposici3n, tal instrumento tendr3 prioridad sobre cualquier otro instrumento presentado para registraci3n despu3s de la hora fijada en el certificado de busca, y ser3 registrado, no obstante cualquier «caveat», mandamiento judicial o solicitud de inscripci3n de «trustee», en caso de quiebra.

Dice Currey (p3g. 135) que raramente se hace uso de este procedimiento.

«C A V E A T S »

Los «caveats» (dijo Isaacs, en *Barry v Heider*, 1914) son colocados, no registrados. La presentaci3n de los mismos se anota en el libro registro, no en el duplicado del certificado, a no ser que se presente para ello, y es meramente para notificaci3n de los que examinen el Registro, pues el «caveat» tiene efecto desde que se present3 en el Registro. Aunque se haya hecho constar en el Registro su caducidad, el «caveat» conservar3 su fuerza hasta que haya transcurrido el plazo, como fu3 decidido en *Re N. Jobson and the Real Property Act 1900* (1951), en que por error fu3 inscrita una transferencia y se admiti3 la facultad del Registrador para rectificar el Registro (puede verse en «*Australian Conveyancer and Solicitor Journal*», marzo 1952, p3g. 40, y «*Australian Law Journal*», febrero 1951, p3g. 399).

Los «caveats» est3n regulados en diversos lugares de la ley. Pueden ser colocados por particulares o por el Registrador general en los casos previstos por la ley, en especial en materia de «trust» y para impedir fraudes u operaciones impropias. Los colocados por particulares pueden ser referentes a registraci3n inicial o a transacciones posteriores. En la ley de Nueva Gales del Sur, el apartado f) del art. 12, adicionado en 1938, permite tambi3n al Registrador asentar en el libro-registro notificaciones para la protecci3n de cualquier persona interesada en el inmueble (puede verse, sobre estas notificaciones, Baalman, p3g. 30).

Adem3s, hay lo que Kerr, p3g. 469, llama un cuasi-«caveat», creado por el asiento de un mandamiento de ejecuci3n (26).

(26) Sobre los efectos de estos asientos, as3 como de las ventas judiciales, puede verse el interesante y completo art3culo de Edward I Sykes, *The effects*

El principio general de ambas clases de «caveats» colocados por particulares—dice Baalman—es el mismo: suspender el proceso de la registración hasta que el Tribunal haya decidido sobre la reclamación. En los referentes a registración inicial, el plazo es en Nueva Gales del Sur, Tasmania y Queensland tres meses; en Victoria, Australia Occidental y Sur Australia, treinta días y comienza a correr desde su colocación, siendo relativamente raros en la actualidad (puede verse Kerr, pág. 106; Baalman, pág. 67). Y en adición, los «caveats» contra operaciones han venido a ser considerados también como una clase de registración provisional, cuando los derechos no registrados del reclamante no están en discusión.

El Consejo Privado, en *Abigail v Lapin*, expresó que para la protección de derechos de equidad, la ley del Registro dispone que un «caveat» puede ser colocado por cualquier persona reclamante como beneficiario de «trust», o bajo cualquier instrumento no registrado o cualquier otro derecho; el efecto del «caveat» está en vigor, afectando al inmueble o derecho hasta después de un cierto aviso a la persona que haya colocado el «caveat». Así, aunque el derecho legal está en general determinado por la transferencia registrada y está en derecho sujeto solamente a «mortgages» registrados u otras cargas, el registro puede llevar en su faz una notificación de reclamaciones de equidad para advertir a las personas, tratando respecto del inmueble y capacitando al reclamante para proteger su reclamación mediante una acción judicial.

Pero un propietario registrado puede también colocar un «caveat» contra el inmueble de su propiedad, como sucedió en el caso *Barry v Heider*, 1914, en que el actor alegó que había sido inducido, por fraude, a firmar una transferencia, y colocó un «caveat» para prohibir la registración. Es también frecuentemente utilizado por propietarios que han perdido su certificado de título.

Según Moerlin Fox (*Students' Conveyancing Precedents*, pág. 75).

of judgments on land in Australia, parte II, Torrens Title Land (en «Australian Law Journal», septiembre de 1953, pág. 306). Disipando la extendida idea de que el certificado de título expedido al comprador en ventas judiciales no era tan conclusivo como el del adquirente directo del propietario registrado y podía ser atacado por los que tuvieran derechos de equidad contra el ejecutado, la Ley de Victoria de 1954, en su art. 52, apartado 4, les atribuye expresamente los mismos efectos.

el «caveat» presentado por un comprador bajo el contrato de venta es la reclamación más usual. Son «caveats» menos corrientes los presentados por el propietario registrado, que ha perdido su certificado de título, el titular de una opción de compra bajo un testamento, el vendedor que no ha cobrado el precio y que tiene en equidad un «lien» (especie de hipoteca tácita).

En el mismo sentido dice Baalman (*The Drafting of Caveats*, «Australian Law Journal», mayo de 1957, pág. 17), que en la actual práctica un «caveat» ha venido a ser mirado más como una forma de registración provisional, cuando el derecho no registrado del reclamante no está en disputa y ninguna parte se halla a la vista de litigio. En este aspecto, un «caveat» simplemente preserva el «status quo» hasta que el «caveator» es hábil para presentar el formal instrumento ejecutado por el propietario, que transformará su derecho de equidad en propiedad registrada. En su básico concepto, un «caveat» es un completo sustituto de la doctrina del conocimiento, abrogada por las leyes Torrens.

El efecto del «caveat» está en la necesidad de notificar al que lo presentó, a la dirección expresada en su solicitud, la presentación de cualquier transacción sobre el inmueble, la cual no se inscribirá hasta el transcurso de un plazo (de catorce días en la ley de Nueva Gales del Sur, Tasmania y Australia Occidental, y treinta en la ley de Victoria de 1954), plazo que puede ser prorrogado por los Tribunales.

El propietario, si le interesa, puede acudir a los Tribunales pidiendo la remoción del «caveat», pero tiene el inconveniente de que entonces pesa sobre él la carga de la prueba.

Entre estos dos remedios, escribía Baalman, no hay término medio. Esta es una de las graves deficiencias del sistema. Cualquier propietario está expuesto al peligro de un «caveat» por ese tipo de excéntrico, cuyo derecho al inmueble descansa en una base, no mejor que el que le fué dado en concesión a un antepasado suyo que llegó con la primera Flota. El propietario debe, o bien demandar al «caveator» (usualmente un hombre de paja), o si no permitir que su inmueble permanezca bajo una nube. Tales contratiempos no son de ninguna manera desconocidos. La enmienda de 1938, que tenía por objeto relevar al propietario de esta clase de inconvenientes es sólo una indiferente solución al

problema. El poder del Registrador general para dispensar con el servicio de una notificación de una transacción en conflicto con él, no puede ser ejercitado hasta que tal transacción ha sido presentada.

Pero, con posterioridad a la obra de Baalman, la ley de 1956 ha añadido un artículo, el 73 A, el cual dispone que, queda facultado el Registrador cuando estime que el derecho reclamado por cualquier «caveator» ha cesado de existir, a solicitud de cualquier persona interesada respecto del inmueble afectado, notificar al «caveator» y disponer, que a menos que le sea demostrada causa de que el «caveat» no deba ser removido, dentro del plazo de catorce días del servicio de tal notificación, será estimado que el «caveat» ha caducado. La misma disposición contiene el apartado b) del artículo 106 de la ley de Victoria, salvo que el plazo es de treinta días y que el Registrador puede proceder de oficio.

La ley de Sur Australia, en los apartados V, VI y VII del artículo 191, faculta al titular para solicitar por escrito del Registrador general que sea removido el «caveat», en cuyo caso, transcurridos veintiún días desde la notificación por escrito al «caveator» del requerimiento de cancelación, será éste removido del libro registro, salvo que el plazo fuera prorrogado por los Tribunales. Análoga disposición contiene el art. 141 A. de Australia Occidental, añadido en 1950, que fija el plazo en catorce días.

Las opiniones han sido diversas respecto de si un «caveat» podría suspender la inscripción de una disposición ya presentada en el Registro antes de la presentación del «caveat». Escribía Kerr (pág. 481), que la práctica en Nueva Gales del Sur, Queensland y Sur Australia, admitía que si podía detener la registración de una operación ya presentada y que él encontraba fundada esta práctica. Wiseman (págs. 332 y 342) entendía que no, por la razón de que la registración, una vez realizada, se retrotrae al tiempo de la presentación del instrumento, y si entonces se hubiera realizado una busca, habría aparecido el registro limpio, y que ésta era la práctica en Victoria. Y en el mismo sentido, Currey (pág. 36) dice que si la doctrina de Kerr fuera aceptada, ninguna persona estaría segura en tratar con el titular sobre la fe del estado del registro, revelado por la inspección en el momento de presentar una operación.

Respecto a Sur Australia, dice Jessup (pág. 292) que lo que Kerr establecía en su tratado debe ser ahora leído a la luz de la ley de 1927, que complementó el apartado III del art. 191, y da autoridad legal a la práctica de tratar los «caveats» como instrumentos ordinarios, o sea en sentido contrario al punto de vista de Kerr. También en Nueva Gales del Sur, en 1930, fué enmendada la ley, añadiendo un párrafo al art. 74, disponiendo que la colocación de un «caveat» no impediría la registración de las operaciones ya presentadas, susceptibles de serlo. Y lo mismo disponen expresamente el apartado 2) del art. 139 de Australia Occidental añadido en 1950; la ley de Victoria de 1954, en el apartado 2.º del art. 91, y la de Tasmania, en su art. 84, adicionado en este sentido por ley de 1926.

Se quejaba Baalman en su tratado de que no había términos medios respecto a los «caveats» contra operaciones. Ellos radicalmente prohibían o no, y que un más flexible sistema permitiría la registración de operaciones, expresando estar sujetas al derecho reclamado por el «caveator» y hechas con el consentimiento del mismo, pero que, conforme a la ley, sólo cabía para expresar este consentimiento el cancelar el «caveat».

Pero este punto ha sido también reformado por la ley de 1956, que autoriza la registración con el consentimiento por escrito del «caveator» o su agente, lo cual ya permitía la de Victoria de 1928, y ha conservado la de 1954, añadiendo que será suficiente el consentimiento del agente del «caveator», punto este último que había suscitado dudas respecto a la ley anterior.

La ley de Victoria de 1928 autorizaba «caveats» condicionales, permitiendo el registro de otras operaciones sujetas a la reclamación del «caveator»; análoga disposición contiene el art. 137 de Australia Occidental. Wiseman (pág. 333) decía que el método de que consienta por escrito el «caveator», es más conveniente que la práctica anterior de hacer la operación, sujeta a la reclamación del «caveator». La ley de 1954, art. 89, permite que la prohibición se establezca ya absoluta ya condicionalmente, sin especificar la condicionalidad, con lo que, como dice Moerlin Fox (pág. 77), en adelante no hay restricción alguna sobre el tipo de condición, como existía en la ley de 1928. El art. 191 de Sur Australia también admite que puedan presentarse «caveats» prohibiendo las operacio-

nes ya absolutamente, o a menos que fuera expresado estar, sujetas a la reclamación del «caveator» o a cualesquiera condiciones conforme a derecho allí expresadas.

Según las leyes de Sur Australia, art. 191, apartado XI, y Victoria, art. 90, apartado 4.º), un «caveat» caducado no puede ser renovado sobre el mismo asunto.

LEGITIMACION

El sistema australiano descansa en una recia legitimación.

De todos los principios, el que más resalta, por su fuerza, comparado con otros sistemas, es el principio de legitimación, hasta el punto de que puede considerarse como el característico del mismo. Se concede al titular registral una intensa legitimación, destacando la energía de las expresiones empleadas por el legislador para consagrarla y de las que se hace eco la doctrina y la jurisprudencia.

El art. 41 de la ley de Victoria de 1954 (correspondiente al 40 de Nueva Gales del Sur, 32 de Tasmania, 33 de Queensland, 63 de Australia Occidental y 80 de Sur Australia, completado con la parte final del 70), dice: «Ninguna concesión de la Corona o certificado de título bajo esta ley será impugnada o destructible por razón o a causa de cualquier informalidad o irregularidad en cualquier petición o instrumento o en cualquier procedimiento previo a la registración del certificado; y toda concesión de la Corona o certificado de título registrado bajo esta ley será recibida en todos los Tribunales como prueba de los particulares contenidos en el mismo y de su asiento en el libro registro, y será prueba concluyente de que la persona nombrada en dicha concesión o certificado como el titular, o tener cualquier derecho, o poder de designación o disposición del inmueble en él descrito, está investido o posesionado de tal derecho o tiene tal poder.»

Este artículo y sus concordantes de las otras leyes, aun referido al libro-registro (del duplicado ya tratamos), son conocidos por algunos autores como los artículos referentes a la prueba, y así se desprende de su contexto; pero no suelen centrar en ellos

la indestructibilidad del título, sino principalmente en el artículo siguiente respecto a la ley de Victoria, el 42, que corresponde al 42 de Nueva Gales del Sur, 44 de Queensland, 69 y 70 de Sur Australia, 68 de Australia Occidental y 40 de Tasmania, conocidos como los artículos superiores o preferentes. Dicho artículo dispone, en su primer párrafo: «No obstante la existencia en cualquier otra persona de cualquier derecho (ya derivado por concesión de Su Majestad o de otra forma). el cual, si no fuera por esta ley, podría ser estimado como preferente o que tiene prioridad, el propietario registrado de un inmueble, excepto en caso de fraude, poseerá el inmueble sujeto a tales gravámenes, como sean notificados en la concesión de la Corona o certificado de título, pero absolutamente libre de todos los otros gravámenes, cualesquiera que sean», con las excepciones que a continuación detalla y de las que luego trataremos (27).

Baalman (pág. 132) dice que este artículo ha sido calificado como el artículo clave de la ley. El es la fuente de la que mana la cualidad conocida como indestructibilidad del título.

En cambio, Harrison, *Indefeasibility of Torrens Title*, en «The University of Queensland Law Journal», diciembre 1954, dice que aunque uno de los más importantes de la ley, no concierne tanto a declarar el título de un propietario respecto a un derecho, que tiene registrado, como a indicar en qué posición se encuentra en relación a los derechos de otras personas. Dispone que, con ciertas excepciones, el propietario registrado poseerá sujeto a los derechos registrados y libre de los no registrados.

A pesar de la rotundidad con que se expresan los artículos primeramente relacionados, de hecho están sujetos, en primer lugar, como reconocen los autores y la jurisprudencia, a las excepciones contenidas en los artículos últimamente citados de que luego trataremos.

Esto—dice Harrison—es sólo una de las muchas mal redactadas disposiciones en las leyes; y de aquí que para la propia interpretación de las leyes debe de tenerse en cuenta el hecho de que ellas están en muchos casos mal redactadas. Dicho autor pro-

(27) El párrafo 1.º del art. 69 de Sur Australia, expresa, además, que el título del propietario registrado será absoluto e indestructible y sujeto solamente a las excepciones que a continuación enumera y de las que luego trataremos.

pone una interpretación restrictiva de los artículos citados en segundo lugar, en el sentido de que no se refieren a los derechos de equidad, y aun respecto a los legales, sólo a los registrables, lo cual salvaría las dificultades resultantes de una interpretación literal, que produciría, entre otros, el resultado de que los derechos de equidad creados por el titular registrado (como los derivados de un contrato de venta celebrado por él) no pudieran ejercitarse contra el mismo. La interpretación de Harrison es muy estimable y lógica, tanto más cuanto que las leyes dictan otras disposiciones que concretamente se refieren a derechos de equidad y no debe suponerse que la ley incurre en repeticiones y falta de sistema. Son los arts. 43 de las leyes de Victoria de 1954 y Nueva Gales del Sur, 109 de Queensland, 134 de Australia Occidental, 114 de Tasmania y 186 y 187 de Sur Australia. Dice el primero de los citados artículos que: «Excepto en el caso de fraude, ninguna persona contratando o tratando con, o tomando o proponiéndose tomar una transferencia de un propietario registrado de un inmueble, será requerida o de alguna manera concernida en investigar o asegurarse de las circunstancias o de la «consideration», porque tal propietario o cualquier previo propietario fué registrado, o informarse de la aplicación del precio o será afectado por conocimiento real o presumible de cualquier «trust» o derecho no registrado, no obstante cualquier regla de derecho o equidad en contrario; y el conocimiento que exista de tal «trust» o derecho no registrado no será de por sí imputado como fraude.»

Sin embargo hay que reconocer que no es ésta la dirección seguida por la generalidad de la doctrina y de la jurisprudencia que interpreta el artículo clave en el sentido de que comprende tanto los derechos legales como los de equidad, y salva la indicada dificultad (como en *Cuthbertson v Swan*, 1877, y *Jossphson v Mason*, 1912), diciendo que este artículo se refiere solamente a los derechos existentes antes que el propietario llegue a ser registrado, y no a los derechos que el mismo ha creado. La ley de Sur Australia establece expresamente que «nada en aquellas disposiciones será interpretado como que afecte a los derechos creados por un contrato de venta u otra operación con el inmueble o los derechos del beneficiario de un trust».

En relación con la legitimación existen en la ley de Nueva Gales del Sur, el art. 124, el 123 en la de Queensland, el 124 en la de Tasmania y el 199 en la de Australia Occidental, que establecen que no procederá la acción reivindicatoria contra el titular registrado, excepto en los casos que expresa. Pero esta disposición, a la que tanta importancia ha dado la doctrina española, siguiendo a la francesa, la considera sin resultado especial alguno la doctrina australiana (Wiseman, pág. 401), afirmando Harrison (pág. 209), «que la disposición parece ser innecesaria», y prueba de lo acertado de su juicio, es que fué suprimida en la ley de Sur Australia, y la omite también la ley de Victoria de 1954.

FRAUDE

Dice Kerr (pág. 195): «La principal salvedad legal a la indestructibilidad del título registrado es que, si el titular ha sido registrado con fraude, entonces es anulable su título, a petición de la persona defraudada. En caso de fraude, cualquier persona defraudada tiene los mismos derechos y remedios que hubiere tenido si el inmueble no hubiere estado bajo el sistema.»

Ahora bien, dice Harrison (pág. 216), conforme al derecho general, una persona que por fraude se procura una transferencia a su favor puede o no puede adquirir el título legal, según las circunstancias; y la situación será la misma si el inmueble está bajo la ley. Si el fraude es tal que hace el instrumento de transferencia nulo «ab initio», no pasa ningún título. Este será el caso cuando el fraude consiste en falsificación o cuando las circunstancias hacen una demanda de «non est factum» asequible. Por ejemplo, si X hace que A, un propietario registrado, firme una transferencia en la cual él está descrito como transferente, cuando él cree que está firmando como testigo, y en tales circunstancias el Tribunal dice que A no está ligado por este acto, la registración por X no le dará título legal. En este caso, A podrá, como propietario legal, recobrar su inmueble por acción de recobrar la posesión, y en el mismo acto tendrá su nombre de nuevo en el Registro.

Las leyes, dice Harrison, no definen lo que constituye fraude.

aunque la mayor parte de ellas contienen la disposición antes consignada de que conocimiento de un «trust» o derecho no registrado no debe por sí solo ser imputado como fraude.

La dificultad en relación con esta disposición de las leyes, dice Kerr (pág. 196), no es tanto de definición abstracta como de determinar si un cierto conjunto de circunstancias llega a constituir fraude, lo que es en todo caso cuestión de hecho. Kerr dedica más de cuarenta páginas de su obra a relacionar sentencias sobre el asunto, sin llegar a más conclusión que el fraude implica falta de honradez o de honorabilidad en alguna forma. Kerr y Baalman (pág. 163) exponen un grupo de casos en que el mero conocimiento se estimó que implicaba fraude. El mismo autor (pág. 162) expresa que, como dijo Starke en *Stuart v Kingston* (1923), ninguna definición de fraude puede ser intentada, tan variadas son sus fórmulas y métodos. Los Jueces han intentado a veces no definir fraude, sino precisar su significado en un particular conflicto, sustituyéndolo por algunas sinónimas y más fácilmente comprensibles expresiones, como falta de honradez, engaño, real fraude, vileza... Pero cada sustituto tiene un significado solamente relativo, y, como dijo también Starke, en la citada sentencia, casos deben necesariamente surgir en que las opiniones diferirán en cuanto a si la probada conducta es o no fraudulenta, aunque ya no hay duda de que el fraude que puede invalidar un título registrado bajo estas leyes es fraude real de parte de la persona cuyo título está impugnado, y fraude real es «fraude en la significación popular ordinaria de la expresión», es decir, «deshonradez de alguna clase», llevando consigo el fraude una culpa moral grave, y no lo que se ha llamado algunas veces fraude legal, o fraude presumible, o fraude a los ojos de un Tribunal de Derecho común o de Equidad.

En *Assets Co. v. Mere Roihi* (1906), el Privy Council fué de la opinión de que por fraude se entiende fraude real, es decir, falta de honradez, deshonorabilidad de alguna manera, no lo que se llama fraude presumible o de equidad: una expresión desafortunada, y que induce fácilmente a error, pero a menudo usada, a falta de término mejor, para denotar transacciones con consecuencias en derecho de equidad similares a las que derivan del fraude. El fraude que debe ser probado para invalidar el título de un adquirente a título oneroso registrado (se trataba de

una registraci3n inicial) debe proceder de la persona cuyo t3tulo registrado es impugnado, o de sus representantes agentes. El mero hecho de que 3l hubiera podido encontrar un fraude si hubiera sido m3s vigilante y hubiera hecho m3s indagaciones, que 3l omiti3 hacer, no prueba de por s3 que haya fraude de su parte. Pero si se demuestra que fueron despertadas sus sospechas y que 3l se abstuvo de hacer indagaciones por miedo de conocer la verdad, el caso resulta muy distinto, y se le puede atribuir fraude con raz3n. Una persona que presenta para su registro un documento falso o que ha sido obtenido fraudulenta o impropiamene, no es culpable de fraude si 3l cree honradamente que es un documento genuino con el que puede actuar propiamente.

No obstante, Harrison entiende (p3g. 214), y su posici3n es muy l3gica dentro del sistema de la ley, que, dejando a salvo el caso de registraci3n inicial, que fu3 el que motiv3 *Assets Co. v Mere Roihi*, la posici3n de una persona que se encuentra registrada en el lugar de un anterior propietario registrado no es necesariamente la misma. Si el t3tulo del propietario registrado es inv3lido a causa de su propio fraude, de manera que con los principios ordinarios de derecho 3l no podria transmitir su t3tulo a un cesionario, no est3 claro que el art3culo sobre superioridad en s3 mismo tenga diferente resultado. El cesionario de 3ste tiene un t3tulo bueno, «excepto en caso de fraude», pero esto bien puede ser considerado como caso de fraude; pues aqu3 hay un t3tulo registrado que muy directamente tiene su origen en el fraude, mientras que en el caso de registraci3n inicial la registraci3n del solicitante inocente no viene directamente y como si fuera mec3nicamente del fraude, sino que depende de la decisi3n del oficial examinador. Evidentemente el legislador no consider3 que el art3culo de superioridad proteg3 al cesionario (lo que hubiere hecho si el fraude mencionado all3 ten3a que ser fraude por parte de la persona registrada), pues hay disposiciones subsiguientes completamente inconsistentes con esta idea.

El art3culo que protege un adquirente *bona fide* a t3tulo oneroso favorece la misma construcci3n, pues al restringir la protecci3n a esta clase de cesionario, muestra que otros cesionarios pueden no ser protegidos, aunque no sean personalmente culpables de fraude. El resultado es que no se puede decir que el fraude en la

disposición sobre superioridad significa solamente fraude causado por la persona registrada. La excepción puede cubrir otros casos.

Esta posición aparece clara en la ley de Sur Australia, la que dispone (en el apartado I del art. 69): «Que en caso de fraude cualquier persona defraudada tendrá todos los derechos y remedios que hubiese tenido si el inmueble no hubiese estado bajo las disposiciones de esta ley: disponiéndose que nada de lo incluido en este apartado afectará al título de un propietario registrado que ha adquirido *bona fide* a título oneroso, o cualquier persona *bona fide* que de él traiga causa. Y el núm. 1.º del art. 44 de la ley de Victoria de 1954 dispone que, cualquier certificado de título o asiento, alteración, remoción o cancelación en el libro-registro procurada o realizada por fraude, será nula en cuanto a cualquier persona defraudada o intentado ser defraudada, y ninguna parte o cómplice en el fraude tendrá algún beneficio de ello.

ERROR

Inmediatamente tras la excepción de fraude hay que colocar la de error. Fraude o error eran ya expresas excepciones a la indestructibilidad del título en la primitiva ley Torrens (art. 33). Las leyes de Victoria, Australia Occidental, Tasmania y Nueva Gales consignan como excepción a la superioridad o preferencia en el repetido artículo clave y la de Sur Australia a la indestructibilidad en el art. 69, apartado III, la referente a cualquier parte de una finca que por descripción inexacta de parcelas o lindes esté incluida en la concesión, certificado de título o instrumento probando el título del propietario. El art. 44 de Queensland se refiere a indebida descripción del inmueble o sus linderos.

Pero la excepción no queda reducida a los errores expresamente consignados en dichos artículos. Hay que tener en cuenta que en todas las leyes australianas se conceden al Registrador facultades para corregir errores en certificados de título, en el libro-registro o en los asientos allí hechos y para suplir asientos omitidos.

En la ley de Victoria de 1954, bajo el título de «Enmienda del

libro registro», trata de enmiendas referentes a descripción o identidad de parcelas.

En Sur Australia la ley de 1945 ha adicionado la parte XIX A, que con el título «Rectificación de certificados», regula en sus artículos 223 *a* al 223 *l*, la referente a lindes, superficie, situación y descripción de las fincas. Pero el apartado 4 del art. 230 concede facultad al Registrador para corregir errores en certificados, en el libro-registro o en asientos hechos en aquéllos, y suplir asientos omitidos, y el art. 60, para exigir la entrega del certificado u otro instrumento fraudulenta o indebidamente obtenido para su cancelación o corrección. Análogas disposiciones contienen los artículos 76, 188 (*ii*) y 189 de Australia Occidental. En Nueva Gales del Sur, la ley, en su art. 136, se expresa también en términos amplios y se refiere a cancelación o corrección respecto: *a*) cualquier certificado de título u otro instrumento que ha sido expedido con error o contiene cualquier descripción falsa de una finca o de los lindes; *b*) cualquier asiento o nota que ha sido hecho con error en cualquier concesión, certificado de título u otro instrumento; *c*) cualquiera de tales concesiones, certificados, instrumentos, asientos o endosos que han sido fraudulenta o falsamente obtenidos; *d*) cualquiera de tales concesiones, certificados o instrumentos fraudulenta o indebidamente retenidos.

Y en el art. 12, apartado *d*), establece que el Registrador puede, ante tal prueba, que a él le parezca suficiente, corregir errores en concesiones, certificados de título, o en el libro-registro, o en los asientos hechos allí respectivamente, y puede suplir asientos omitidos que deban ser hechos bajo las disposiciones de esta ley.

Toda concesión o certificado de título así corregido, y cada asiento así corregido, tendrá la misma validez y efecto, como si tal error no se hubiere cometido, o tal asiento omitido, excepto en cuanto a algún asiento hecho en el libro-registro anterior al momento de la corrección de error o adición de asiento omitido.

En «*Re N Jobson and the R. P. Act*» (1950) fué interpretado el precedente apartado ampliamente, estableciendo que, en virtud del mismo, el Registrador general está facultado para remover enteramente de un certificado de título o del libro-registro un asiento que ha sido allí hecho erróneamente.

A juicio de Baalman, el poder de corregir errores no es un poder

absoluto. No podrá ser ejercido para destruir o alterar un derecho que se ha vuelto indestructible, sin la concurrencia de la persona interesada. Es comprensible que el subpárrafo final del art. 12 d) impida el ejercicio del poder de corrección cuando haya perjuicio de terceras partes que hayan adquirido derechos *sobre la fe* de un título erróneo, pero no es fácil extraer este concepto de las mismas palabras usadas. Cuando un instrumento ha sido fraudulentamente obtenido, no hay conflicto entre indestructibilidad y el poder de demandar cancelación o corrección, porque si ningún nuevo derecho ha surgido, el registro no es conclusivo, pero puede haber formas de impropiedad que no sean fraudulentas, y es probable que en esta contextura, «indebidamente», no es meramente sinónimo de «fraudulentamente», sino que describe lo que no es recto o propio. No puede ser recto para una persona buscar el Registro basándose en un falso título, aunque él honradamente cree que es uno bueno. Por tanto, el hacerlo hay que considerarlo indebido, aunque no sería tortuoso. Sea o no correcta la asunción, sería un error por parte del Registrador general registrar un mal título; por tanto, en ambos casos sería atraído el poder conferido por el art. 136. Es probable que cualquier registración sería obtenida indebidamente si fuera basada en un instrumento calificado como correcto para los fines de la ley cuando ese instrumento no era correcto. La registración de un instrumento será obtenida indebidamente si después de su otorgamiento se hacen alteraciones o adiciones sustanciales por una persona no autorizada para ello.

Harrison tiene en esta materia un criterio más restrictivo. A su juicio (pág. 218), estos errores son aquellos en que ha incurrido el Registrador o sus oficiales respecto a la redacción de certificados o realización de asientos en ellos. Es decir, son sus propios errores los que pueden corregir, no los errores de otros. Por ejemplo, si la descripción de los lindes de una finca en un certificado varía de la descripción en la solicitud de registración inicial o en el instrumento de transferencia, como sea el caso, hay un error que el Registrador puede corregir. Pero si el error fué cometido por una parte o partes en la solicitud o en el instrumento de transferencia, el cual el certificado copia correctamente, no hay error dentro de los límites de la disposición. También, si el Registrador registra un documento de una clase que no es registrable bajo la ley o sin efecto

en cuanto a su finalidad, aun bajo el derecho común, será un error que puede ser corregido. Similarmente, la registración de un instrumento falsificado aparecería como un error, el cual podría corregir el Registrador al comprobar que ha sido una falsificación. Por otra parte, si un poder público se propone expropiar un terreno, y el documento apropiado es registrado, y entonces aparece que la expropiación fué *ultra vires*, este error, siendo hecho por el poder público y no por el Registrador, no es un error que él pueda corregir. En cuanto a este último asunto, el punto de vista opuesto fué expresado en alguna ocasión. Pero un poder de corregir errores en esta clase de casos, asume un poder en el Registrador, para decidir cuestiones de derecho y hecho que pueden muy bien ser difíciles e importantes; y no está claro que el legislador tenía intención de conferir tal poder judicial al Registrador.

El caso de un error que puede ser corregido, dice Harrison, es otra excepción a la concluyencia del registro, pues en cuanto a la extensión del error, una persona registrada no puede confiar en su registración.

REGISTRACION DE INSTRUMENTOS NULOS

La opinión judicial, dice Harrison (pág. 219) ha sido profundamente dividida sobre la cuestión de si la registración bajo un instrumento nulo da un título indestructible. Un instrumento puede ser nulo por razón de falsedad, o porque la parte que lo ejecutó estaba bajo un error en cuanto a su naturaleza, o porque no estaba dentro de la capacidad, poder o autoridad de la parte que lo ejecutaba. En algunos de estos casos (ejemplo, falsificación o falta de capacidad), el Registrador puede estar en posición de negar el registro; pero en otros (por ejemplo, error en cuanto a la naturaleza del documento), él puede no tener la ocasión de sospechar de ello. y en otras (por ejemplo, *ultra vires*, expropiación gubernamental) puede ser impropio para él examinar la validez del acto gubernamental. La cuestión es si en estos casos un instrumento nulo aceptado por el Registrador es tan efectivo como uno válido.

En algunos de los primeros casos se adoptó el punto de vista

de que, sujeto a las excepciones especificadas por la ley, la registración da un título indestructible, aunque el instrumento registrado fuera una falsedad. Esta opinión fué expresada, «obiter», en *Bailey v Cribb* (1884), y en *O'Connor v O'Connor* (1887), resuelto entre las decisiones del Tribunal en pleno de Victoria y del Privy Council en *Gibbs v Messer*; «mortgages» registrados bajo un instrumento en que un copropietario falsificó la firma del otro, se estimó conferirían titularidad.

Desde *Gibbs v Messer* (1891), sin embargo, ha sido aceptado en general, que una persona registrada bajo un instrumento falso está sujeta a que el asiento a su favor sea removido del Registro. En dicha sentencia se contienen las siguientes declaraciones:

«Aunque una transferencia o «mortgage» falso, que es nulo en derecho común, cuando esté debidamente asentado en el Registro, llegará a ser la raíz de un título válido, para un adquirente *bona fide* a título oneroso, por fuerza de la ley, no hay disposición que haga indestructible el derecho registrado de un adquirente o acreedor hipotecario bajo un instrumento nulo. Los acreedores hipotecarios no podían disfrutar de la protección de la ley, porque la hipoteca que registraron era nula. El resultado es lamentable, pero es debido a haber tratado no con un propietario registrado, sino con un agente y falsario, cuyo nombre no aparecía en el Registro, confiando en su honradez. En la opinión de sus señorías, el deber de cerciorarse de la identidad del principal, por quien un agente pretende actuar con la persona que conste en el Registro como titular, y de ver que se logra un *genuino* instrumento ejecutado por aquel principal, descansa sobre los mismos acreedores hipotecarios; y si ellos aceptan una falsedad, ellos deben cargar con las consecuencias.»

En la discusión de la sentencia (puede verse Harrison, *Cases on Land Law*, págs. 662 y sgs.), Lord Watson dijo: «Las disposiciones de esta ley (la de Victoria) parecen ser perfectamente consistentes, si ustedes admiten lo que a mí me parece ser la idea de la legislatura, que bajo este punto, ellos están tratando exclusivamente con *genuinos documentos*. Lord Herschell dijo: «La ley, como yo la entiendo, admite que en muchos casos, aunque haya sido expedido un certificado, uno puede ir detrás de él y dejarlo de lado, a menos haya intervenido alguno que haya obtenido un derecho sin cono-

cimiento sobre la fe de la registraci3n. Uno puede siempre dejar de lado una transferencia que ha sido impropiaamente obtenida.» El Lord Canciller: «Entre las mismas partes». Lord Herschell: «Entre las mismas partes». Lord Watson: «Yo no conozco que haya algo que expresamente diga que uno est1 titulado a mantener su posici3n en el Registro, si 6l no puede demostrar que ha derivado t6tulo de alg6n modo». Sir H. Davey: «No». Lord Watson: «El mero hecho de la registraci3n no es conclusivo como una defensa en aquellos casos. Lo es derivando t6tulo de una persona que es aparente propietario mientras est1 inscrito en el Registro, y ello es un buen t6tulo, aunque su propiedad pueda ser aparente.»

Esta excepci3n a la indestructibilidad, dice Harrison, no es una de aquellas reconocidas expresamente en la ley. Descansa sobre una interpretaci3n judicial de la ley como un conjunto, asumi6ndose que el legislador al conceder la indestructibilidad a un t6tulo registrado, obtenida por la registraci3n de un instrumento, se referia s3lo a instrumentos genuinos. Ello implica interpretar la ley, consistentemente con un principio general del derecho com6n de que los documentos falsos no pueden tener efecto, con la asunci3n de que si el legislador hubiere tenido intenci3n de separarse de 6ste hasta entonces principio fundamental, 6l hubiera expresado sus intenciones m1s claramente de lo que lo ha hecho.

Esta implicada excepci3n, siendo admitida en un caso de nulidad, es dif6cil ver c3mo puede ser rechazada en otros casos de nulidad.

Hogg (p1g. 143), examina como excepciones a la concluyencia del registro la de falsos o inv1lidos instrumentos, y dice:

Cuando el propietario registrado ha falsificado 6l mismo el instrumento con la fe del cual se ha efectuado el registro, el caso es de fraude, y el falseamiento es s3lo una circunstancia. Otras consideraciones se aplican cuando no hay fraude en la persona que tome el derecho, pero su vendedor, acreedor hipotecario, etc... le ha dado un instrumento consintiendo sea registrado, que est1 falseado o es de otra manera inv1lido.

La regla es, en efecto, que una inscripci3n obtenida por medio de un falso o de otra manera inv1lido instrumento, no es concluyente; y examina como casos de esta indole, la ejecuci3n de un documento bajo poder insuficiente o por personas bajo alguna

incapacidad legal, tales como menor edad o locura, y dice que la inscripción no será concluyente, aun cuando la persona registrado no tenga conocimiento de la invalidez».

Kerr (pág. 171), considera como excepciones de la indestructibilidad las operaciones impropias, y dice que un adquirente debe cerciorarse de la identidad y capacidad del transmitente y de la suficiencia del poder en caso de representación y que parece no existir duda que si una persona acepta una transferencia de un menor de edad, el adquirente queda sujeto al principio general de que al llegar a la mayoría, pueda repudiar su transferencia».

Ruoff (*An Englishman looks at the Torrens System*, «Australian Law Journal», junio de 1952, pág. 119), escribe: «Que en términos amplios es verdad decir que si una transacción es nula o anulable bajo el derecho general (28), el mero acto de registrar una transferencia, no afectará a los derechos de equidad personales subsistentes entre las partes (ver *Barry v Heider*, 1914), así que si la propiedad registrada es puesta a nombre de una indebida persona, el legal propietario tiene un derecho de equidad personal contra él, al que el Tribunal dará fuerza, para compeler a la remoción de la mancha, y si, por ejemplo, el título es adquirido por violencia, el Tribunal ordenará al cesionario retransmitir al concedente (*Campbell v Jarset*, 1881). Es de observar que si solamente todas las clases de rectificación pudieran ser reducidas dentro del ámbito de una simple fórmula como ésta, las dificultades que al presente, tan frecuentemente surgen, porque los poderes de rectificación del Registrador no pueden ser reconciliados con la teoría de un indestructible registro, se desvanecerían. Sin embargo, los argumentos expuestos son suficientes para demostrar que la indestructibilidad del título no es absoluta, aunque muchos de los factores que han sido indicados, descansan sobre

(28) Sobre la distinción entre contratos y actos de disposición nulos y anulables, es interesante la reciente sentencia del Alto Tribunal de Australia en el caso *Gibbons v Whright*, 23 de abril de 1954, y que puede leerse en «*Australian Law Journal*», junio de 1954, pág. 111. A juicio de Harrison, *Cases on Land Law*, pág. 677, en caso de nulidad no existe transferencia de título, y procederá rectificación directa del Registro, mientras que en el de anulabilidad hay transferencia de título y originando sólo un derecho de equidad, lo apropiado será ordenar una retransferencia. Encuentra apoyo para esta distinción en el caso *Loke Yew v. Port Swettenham Rubber Co. Ltd.*, resuelto por el Privy Council en 1913.

relaciones personales, y así no pueden ser considerados como intrusiones. Pero que muchas inconvenientes separaciones del principio ocurren es indiscutible».

En cambio, sustentan el punto de vista contrario F. P. Hennessy, refiriéndose concretamente a hipoteca por menores de edad (*Mortgages of Land by Infants*, en «The Australian Law Journal», noviembre de 1950, pág. 279), y en términos más amplios, Baalman, quien dice (pág. 133), «que la inscripción es indestructible, aunque el registrador actúe erróneamente al hacer su calificación y registre un título que, bajo el derecho general, sería nulo, que esta indestructibilidad es inmediata y no diferida, y que el hacer depender el derecho del propietario registrado sobre la validez de su instrumento de adquisición, expone el Registro a una amenaza latente, que continúa hasta el momento de la disposición por aquel titular, e inmediatamente vuelve a actuar contra su sucesor. Que no hay razón para pensar que el derecho de un titular registrado, quien adquiere título bajo un instrumento que, por razón de la incapacidad de la parte con quien trató, sería nulo o anulable en derecho, es menos indestructible que un título adquirido por un instrumento que sufría cualquier otra forma de imperfección»; y, concretamente respecto a disposición por menores de edad (página 103), dice: «Que el Registrador general rehusará registrar una operación de un menor de edad que esté fuera de sus facultades». Pero si tal operación es inadvertidamente registrada, por ejemplo cuando la incapacidad del titular ha sido ocultada, hay razón para pensar que ella es completamente tan eficaz como cualquiera otra registración.

El mismo autor reconoce que de los dos objetos que se consignan en el título de la ley (y cuya influencia en la interpretación de la misma es unánimemente reconocida por la doctrina y la jurisprudencia), «la declaración de título de inmuebles y la facilidad de su transferencia», el principal objetivo es el segundo, siendo la declaración de título meramente un medio para facilitar las transferencias; y que este objeto se lograría igualmente bien, dejando un título registrado sujeto a cualquier existente estado de vulnerabilidad y confinando el beneficio de la indestructibilidad a los sucesores del titular registrado. Pero que es futil en la presente etapa especular sobre lo que podría haber sido la

política del Legislador. Dicho autor se apoya fundamentalmente en las declaraciones de la sentencia, en el caso *Assets Co Mere Roihi*, antes expuesto, al tratar del concepto del fraude y que se refiere a un asunto de registración inicial en Nueva Zelanda, pero Harrison dice, que *Assets Co v Mere Roihi* no hay necesidad de leerlo como declarando que no pueden haber otras bases de invalidez, y aunque aquel pasaje hubiera de ser leído así, ello es solamente «obiter», y si es inconsciente con cualquier parte de la «ratio decidendi», en *Gibbs v Messer*, puede difícilmente ser considerado como derogándolo.

Tampoco la jurisprudencia ha sido uniforme en la resolución de esta cuestión.

El Tribunal de Apelación de Nueva Zelanda, por una mayoría de tres a dos, decidió en *Boyd v Mayor of Wellington* (1924), que, aun admitiendo que la expropiación por la que se investía la propiedad en la Corporación Wellington era nula, su inscripción confería a la Corporación, en ausencia de fraude, un título indestructible. La mayoría consideró a *Assets Co v Mere Roihi* como decidiendo que, en ausencia de fraude, y cuando no hay falsedad como en *Gibbs v Messer*, el hecho de la registración era concluyente (29).

La minoría adoptó el punto de vista que *Assets Co v Mere Roihi*, no concernía con la cuestión que surgía en este caso y que él era regido por *Gibbs v Messer*, no existiendo diferencia entre instrumentos nulos por falsedad y aquellos nulos por otra razón. Salmond y el otro de los magistrados disidentes estimó que un instrumento que era nulo antes de la inscripción, permanecía igualmente nulo «inter partes», no obstante la inscripción, y no creaba título indestructible, hasta que los derechos de alguna tercera persona adquiriendo de buena fe, y a título oneroso, sobre la fe del registrado instrumento, sobreviniera; que una registra-

(29) F. L. Stow. en su estudio *Torrens Titles, original and derivative* («*Australian Law Journal*», agosto de 1932. pág. 120), dice: «Que aplicar la doctrina de inmediata indestructibilidad a títulos derivativos, en la forma que parece intentada por la mayoría del Tribunal, supondría colocar a todos los adquirentes al nivel de los a título oneroso y de buena fe, contrariamente a la disposición de la Ley tal como es interpretada con autoridad, y conferir a un adquirente, a título gratuito, inmunidad frente a destacados derechos de equidad, lo que es contrario a lo que ha sido derecho fijado hace años» (*Crow v Campbell*, 1884).

ción inicial está sujeta a una cuasi judicial investigación, y cualquiera que pudiera ser la posición respecto al titular propietario, inicialmente registrado, de ello no se desprendía que una subsiguiente errónea registración era concluyente e inexaminable, resumiendo su opinión con las siguientes palabras: «El título registrado de A no puede pasar a B, excepto por la registración contra el título de A, de un válido y operante instrumento de transferencia. No puede pasar por la sola registración sin un instrumento válido, algo más que pueda pasar por un válido instrumento solamente, sin registración.»

En *Clements v Ellis* (1934), en que el Alto Tribunal de Victoria se mostró dividido, con igualdad de dos frente a dos, Dixon aceptó el punto de vista de Salmond, que calificó como un admirable establecimiento de la verdadera posición, y expresó que, aun cuando fuere verdad que la registración inicial es en todos los casos conclusiva e inexaminable, a demanda de anteriores propietarios de derechos no registrados, de ello no se deduciría que una subsiguiente errónea registración es concluyente e inexaminable a demanda de un anterior titular registrado, cuyo título ha sido indebidamente removido o gravado por la registración de un inválido instrumento. «El principio, en mi opinión, dice Dixon, es que un derecho registrado, para cuya remoción del registro no hay autorización, sino un falso o nulo instrumento, no es destruido, a menos que después una persona que de acuerdo con el estado del registro está facultada para hacerlo, otorgue un instrumento registrable que es aceptado de buena fe, a título oneroso y registrado. La justificación para destruir un derecho legal existente, que ha sido ya debidamente establecido sobre el registro, es, en otras palabras, fundado solamente en la necesidad de proteger a aquellos que subsiguientemente tratan de buena fe y a título oneroso, de forma que la faz del registro aparece autorizar, y quienes luego obtienen registración» (Harrison, *Cases on Land Law*, página 660).

En otro caso de Victoria, *Percy v Youngman* (1941), Martin, resolvió: «en mi opinión la regla de derecho que un menor de edad que contrata, está facultado para anular el contrato antes de alcanzar su mayoría no prevalece cuando tal contrato ha sido seguido por una transferencia debidamente registrada por uno que

no tenía conocimiento del hecho de la menor edad, y a quien ha sido concedido un certificado de título libre de gravámenes».

Por el contrario, en Queensland, en el caso *Cores v Webb Hoare* (1942), referente a una hipoteca registrada, constituida por un menor de edad, sin que el acreedor hipotecario conociera esta circunstancia, Philp entendió que la concluyencia de una registración, está entre las inmediatas partes sujeta, «inter alia», a la validez del documento sobre el que la registración se basa.

En 1951, el pleno del Alto Tribunal de Apelación de Nueva Gales del Sur, en el caso *Cadwell v Rural Bank of New South Wales* (puede verse «*Australian Law Journal*», octubre de 1952, página 317), referente a una expropiación que fué declarada inválida, resolvió que el registro debía ser rectificado. Owen, siguiendo el juicio de Dixon, en *Clements v Ellis*, dijo que como allí no había habido intervención alguna de derechos de inocentes terceras partes, el registro podía ser rectificado y que el titular registrado en las circunstancias de este caso, no era una tercera parte inocente. Roper, dijo que, aun admitiendo que el Ministro fuera un propietario registrado había dos bases para conceder remedio al demandante. Una era que el asiento en el Registro fué hecho erróneamente, porque la notificación remitida al Registrador general no era una notificación de expropiación, puesto que ninguna expropiación había sido válidamente efectuada, y en virtud del apartado D) del art. 12 de la Ley del registro (que antes hemos transcrito), el Registrador general tenía poder para corregir el error. La otra base era que el demandante tenía un derecho de equidad contra el Ministro; si el Ministro tenía la propiedad, era una propiedad adquirida por un error, y él era propiamente un simple «trustee» para el demandante; si él no tenía la propiedad, él había, por un error, colocado una mancha sobre el título del demandante que él debía de haber removido.

Esta sentencia, posterior a la publicación de la obra de Baalman, inclina el balance de autoridad, como dice Harrison, en favor de la más amplia interpretación de la nulidad y del principio de que un instrumento nulo no transfiere título a la persona que llegue a ser registrada bajo él.

Las cuestiones tratadas están resueltas legislativamente en Sur Australia, donde el apartado II del art. 69, consigna como excep-

ciones a la indestructibilidad del título registrado, «el caso de un certificado u otro instrumento de título obtenido por falsificación o por medio de poder insuficiente, o de una persona bajo alguna incapacidad legal, en cuyo caso el certificado u otro instrumento de título será nulo».

Por todo lo expuesto, se ve claramente que en el sistema australiano no rige el principio de inscripción sustantiva, en virtud del cual—como dice Núñez Lagos (*El Registro de la Propiedad español*, en REVISTA CRÍTICA DE DERECHO INMOBILIARIO, abril de 1949, pág. 244)—el «dictum» del asiento se sobrepone a todo y a todos, incluso a las partes. Los asientos son la verdad única, la verdad impuesta (fe pública absoluta). Art. 7.º del Estatuto de Hamburgo de 1605 y régimen semejante de Lubeck; derechos en los que, como dice Wolff (*Derecho de Cosas*, volumen I, pág. 136), «para la modificación jurídica bastaba con la inscripción en el registro (principio de la eficacia jurídica formal del registro inmobiliario: Lo que está en el Registro es exacto porque el registro lo dice). La validez del acuerdo no era requisito para la modificación jurídica hasta el punto que, incluso el que había conseguido mediante falsificaciones una inscripción a su favor, adquiría sin más el derecho correspondiente a aquella inscripción».

Tampoco puede decirse que en materia de legitimación rija el simple principio de presunción de la exactitud del registro, del art. 891 del Código Civil alemán. El sistema australiano parte de un principio de concluyencia del Registro y excepciones tasadas, pero al admitir las que hemos examinado, prácticamente resultan unas consecuencias jurídicas análogas a las derivadas de la presunción «*juris tantum*» establecida por el sistema alemán.

En este sentido dice Hogg (pág. 78), refiriéndose a excepciones a la conclusividad basadas en la posesión por otra persona, y de las que luego trataremos, que en el caso de que el propietario registrado plantee judicialmente una acción para recobrar la finca, el registro será suficiente, «*prima facie*», prueba de su título y de su derecho a posesión.

Ahora bien: aunque la inscripción esté viciada por alguna de las excepciones expuestas: fraude, error, falsedad, o, en general, nulidad del instrumento que la motivó, dichas excepciones no

afectarán al que sobre la fe del registro adquiere a título oneroso y de buena fe, e inscribe.

En este sentido los apartados I y II del art. 69 de la Ley de Sur Australia de 1886, antes citado, después de consignar las excepciones a la indestructibilidad antes expuestas, añaden: disponiéndose que el título de un propietario registrado, quien ha adquirido *bona fide*, y a título oneroso, no será afectado por razón de que un certificado u otro instrumento de título, fué obtenido por cualquier persona, mediante la cual él reclama título, de una persona bajo incapacidad o por cualquiera de los medios antedichos.

Por ello, ya Hogg decía (pág. 94), que la indestructibilidad de la inscripción es relativa, pudiendo existir respecto de la misma finca para un propietario y no para un predecesor o sucesor en el título; lo que a veces se expresa diciendo que la concluyencia del registro o la indestructibilidad del título existe para el beneficio de un comprador más bien que de un vendedor.

Pero con ello entramos en el principio de fe pública registral, del que a continuación vamos a tratar.

PRINCIPIO DE FE PUBLICA

Dejando aparte la registración inicial, de la que luego trataremos, la situación jurídica, a la que el sistema australiano concede la mayor protección es la del que confiando en los asientos del registro adquiere de buena fe y a título oneroso, e inscribe.

El apartado 2) del art. 44 de la Ley de Victoria de 1954 (correspondiente a los arts. 135 de Nueva Gales del Sur, 126 de Queensland, 207 de Sur Australia, 126 de Tasmania y 202 de Australia Occidental), dispone: «Pero nada en esta ley será interpretado como que puede quedar sujeto a una acción reivindicatoria o para indemnización de daños, o para privación de la propiedad o derecho respecto del que está registrado como titular, cualquier *bona fide* adquirente a título oneroso de inmueble sobre la base de que el titular de quien trae causa fué registrado como titular mediante fraude o error; y esto si tal fraude o error consiste en

inexacta descripción de los linderos o de las parcelas de cualquier inmueble o de otra forma cualquiera.»

Este es el artículo, dice Harrison (pág. 229), que por directa disposición da protección al *bona fide*, adquirente a título oneroso. La supresión de la acción para indemnización de daños y la acción recuperatoria de la posesión, da solamente una limitada protección, pero la eliminación de la privación de derechos parece de aplicación a todos los casos que puedan surgir.

Wiseman (pág. 409), en su comentario a ese artículo, que tenía el número 247 en la ley anterior, consigna la sentencia del Consejo Privado en el caso Gibbs v Messer, que ya expusimos, y que por las trascendentales declaraciones que contiene, conviene recordar:

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

Kerr (pág. 164), formula el principio de indestructibilidad del título registrado, diciendo que: «Todo adquirente a título oneroso y de buena fe puede confiar absolutamente sobre el título como aparece en el libro registro, y, en llegando a ser registrado respecto de tal título, no puede ser destruida su adquisición, no obstante cualesquiera defectos puedan haber existido en el título de

su vendedor». «Incumbe, sin embargo, a tal comprador asegurarse él mismo de la identidad y capacidad de su vendedor».

Ya hemos tratado anteriormente de la cuestión de la falta de capacidad del titular registrado en relación con el principio de legitimación, y las diversas posiciones de la doctrina y de la jurisprudencia, pero ahora corresponde enfocarla desde el punto de vista de la fe pública cuando se trata de circunstancias que deban constar en el registro.

Conforme al art. 32 de Tasmania, 33 de Queensland, 77 de Sur Australia, 59 de Australia Occidental, apartado 1.º del art. 30 de la Ley de Victoria de 1954 y 2.º del art. 33 de la de Nueva Gales del Sur: Si un certificado de título es expedido a un menor o a una persona, bajo cualquier otra incapacidad el Registrador expresará la edad de tal menor o la naturaleza de la incapacidad en cuanto fuera a él conocida (30).

Los autores australianos no destacan este aspecto de la cuestión, ni aún Hennessy, en su trabajo especial sobre hipotecas por menores de edad de inmuebles sometidos al sistema, que antes hemos citado (publicado en «The Australian Law Journal», noviembre de 1950, pág. 278 y sigs.), pero en el caso *Coras v Webb* (1942), también antes citado, Philp tuvo en cuenta este aspecto, al decir que «hay una diferencia entre la posición de una persona adquiriendo de un menor de edad, cuya minoría no consta en el registro y la posición de uno que adquiere bajo una falsificación. La última posición depende de materias fuera del registro. Y el adquirente no es en forma alguna engañado por el registro. Pero que él no pensaba que la redacción del art. 33 de la Ley de Queensland (requiriendo al Registrador a consignar la edad de un menor), fué con la intención de hacer el registro concluyente respecto a la capacidad del titular registrado y entendía que la redacción de dicho artículo era tal como para poner a la persona tratando con el titular registrado en averiguaciones en cuan-

(30) Dicen Baalman y Wells, en *Land Titles Office Practice*, pág. 207, que una transferencia u otra operación a favor de un menor de edad expresará el día y año de su nacimiento. Y en pág. 288, que cuando una operación en favor de un incapacitado mental ha sido aceptada en su nombre por el «Master in Lunacy», y el incapacitado no ha sido descrito como tal en la operación, referencia a la incapacidad no será hecha en el memorial de registración, ni en cualquier nuevo certificado de título a expedir.

to a su capacidad y que en la contienda entre el privilegio del menor de edad y la concluyencia del registro, el primero prevalecía».

En cambio, la fe pública del registro se extiende a los datos descriptivos de las fincas, que como antes hemos visto, constituyen excepción en cuanto al principio de legitimación: Así se desprende, no sólo de la parte final de este art. 44 y sus concordantes de otras leyes, sino del art. 42 y concordantes antes expuestos, pues la excepción a la concluyencia del certificado en él consignada: «excepto en cuanto a cualquier parte de una finca que por inexacta descripción de parcelas o linderos esté incluida, en la concesión, certificado de título o instrumento, probando el título del propietario», lleva la contra excepción: «no siendo un adquirente a título oneroso o causahabiente del mismo», y aunque no consigna aquí las leyes de Victoria, Nueva Gales del Sur y Australia Occidental adquirente de buena fe, doctrina y jurisprudencia están de acuerdo en la necesidad de este requisito, conforme al art. 44 y sus concordantes (31).

En *Hay v. Holling* (1895) fué resuelto que un adquirente que conocía que el inmueble estaba indebidamente descrito en el certificado de título; no era *bona fides*. En *Karepa v. Sannders and District Land Registrar* (1930), referente a Nueva Zelanda, fué establecido que prueba extrínseca de las circunstancias concurrentes en el otorgamiento de la transferencia, era admisible para demostrar que no era la intención de los transmitentes, que el área en discusión debiera ser incluida en la transferencia, y que, aunque los adquirentes habían logrado la inscripción sin fraude, ellos no tenían un título indestructible, sino que estaban en la posición de «trustees» para el transmitente».

Torrens concedía gran importancia a que el Registro garantizara los lindes de la finca, tanto que después de retirado del cargo de Registrador general, y habiendo sido elegido miembro de la Cámara de los Comunes inglesa, dijo: «Yo tenía intención de colocar mis fincas bajo la ley inglesa del Registro (*Lord Cairns*

(31) La ley de Sur Australia consigna expresamente la necesidad de *bona fide* en el apartado III del art. 69.

Son casos de aplicación de este principio a datos descriptivos, *Pleasance v. Allen*, 1887 (Wiseman, pág. 99) y *Western Australian Fresh Food and Ice Company v. Freccorns*, 1904 (Kerr, pág. 240).

Act de 1875) hasta que me di cuenta de que ella no otorgaba título en cuanto a los linderos (*Land Registration*, por Dowson y Sheppard, pág. 82).

Baalman (en sus trabajos *The Medium Filum Rule is out of place* y *The Medium Filum Rule and The Torrens system*, en «*Australian Law Journal*», noviembre y diciembre de 1951, págs. 449 y 538), considera dicha presunción del derecho común completamente fuera de lugar y dice que sería difícil imaginar un mas deliberado asalto al principio fundamental del sistema Torrens, de establecer un conclusivo libro registro que la imposición de esta presunción, como norma de interpretación, lo que ha realizado en Nueva Gales la enmienda de 1930, al establecer el art. 45 A. la presunción de que, cuando como linde de la finca se indica una corriente de agua no afectada por las mareas o un camino, la finca se extiende hasta la línea media de la corriente o camino. Moerlin Fox (en su artículo *The Medium Filum Rule*, en «*Australian Law Journal*», marzo de 1952, pág. 678), aun admitiendo que la regla está fuera de lugar, dice que su aplicación no es necesariamente inconsistente con el sistema Torrens. Cree que es un deber del Registrador hacer constar la oportuna nota en el título, precisando si la finca se extiende hasta la mitad del camino lindante y cancelar en cuanto a esta parte el título del transferente. Respecto a Victoria, dice que hace más de medio siglo que es costumbre excluir la aplicación de dicha norma en los contratos de compraventa como una cláusula de estilo, y sugiere que lo mismo se haga en Nueva Gales en los contratos o en las transferencias. Replica Baalman (en otro artículo, *Estoppel and the Torrens System*, en «*Australian Law Journal*», octubre de 1952, página 303), quien dice que el Registrador no tiene un oculto poder de adivinación para detectar las circunstancias en que se aplica o no tal norma.

En un reciente caso referente a Victoria, *Symes v Pitt* (1952), el titular del certificado reclamó la posesión de un trozo de terreno que resultaba comprendido en su certificado, de acuerdo con la longitud expresada y que poseía su vecino. Este se opuso y alegó que de los contratos de venta del demandante y sus predecesores, se desprendía que habían comprado sólo el trozo que ocupaba, y el Juez admitió la prueba y procedió a examinar los contratos de

venta. Ello es censurado por Baalman (en su trabajo *Torrens System Wrong Description of parcels. Indefeasibility*, en «Australian Law Journal», enero de 1953, pág. 474), aduciendo el principio de que el contrato queda absorbido por el instrumento dispositivo, y que si el titular registrado tiene la obligación de retener todos los contratos de compraventa, ¿para qué tenemos el sistema Torrens? Y al que contesta A. D. G. Adam (en la misma revista, marzo de 1953, pág. 584), quien dice que el adquirente a título oneroso, una vez registrado, no tiene que conservar los contratos y puede apoyarse en el certificado de título de su vendedor, sin que aquella sentencia infunda temores respecto a este asunto.

En Nueva Gales del Sur las consecuencias del principio de fe pública en cuanto a los datos descriptivos, más rigurosas en este Estado, por no admitir, como veremos, la prescripción adquisitiva contra el Registro, han sido templadas respecto a los edificios que ocupan terrenos pertenecientes a otra persona, por *The Encroachment of Building Act. 1922*, que permite acudir a los Tribunales para la determinación de los lindes verdaderos, los que, mediante el pago de la compensación que estimen adecuada, pueden ordenar que el terreno sea transferido al dueño del edificio o pueden ordenar que le sea concedida una servidumbre de soporte (Re. W. H. Marsh (1941). Puede verse también el art. 231 de Australia Occidental.

Habiendo indicado el campo de aplicación del principio de fe pública, vamos a continuación a examinar los requisitos que determinan la situación jurídica protegida por este principio.

1.º Transaccionar sobre la fe del Registro, como se dice en *Gibbs v Messer*, o confiar en el título, como aparece en el libro registro, como dice Kerr.

El art. 43 de la Ley de Victoria y sus concordantes citados dice que excepto en caso de fraude, ninguna persona, contratando o tratando, o tomando o proponiéndose tomar una transferencia del titular registrado...

Bajo el epígrafe *Tratando con el titular registrado*, escribe Baalman (pág. 167), lo siguiente: «Hay dos distintas escuelas sobre la interpretación de la misión general que desempeña el art. 43. El conflicto entre estas dos escuelas es ilustrado por los respec-

tivos juicios expresados por Rich y Dixon, en el caso *Clemens v Ellis* (1934):

Una escuela considera que el art. 43 es meramente explicativo de la extensión de la indestructibilidad y en incremento del procedimiento de obtenerla. Como Rich dijo: «Yo pienso que el artículo opera como una parcial aclaración del art. 42 (el llamado por Baalman «artículo clave», antes consignado), y que ninguna consecuencia adversa al fin de dicho artículo puede ser deducida del hecho de que la aclaración es solamente parcial». La otra escuela considera que este artículo restringe la extensión de la indestructibilidad; que tratar con el titular registrado es algo de la naturaleza de una condición suspensiva para la consecución de un título indestructible.

La primera escuela da al artículo la interpretación que, si uno trata con el titular registrado, entonces, no obstante el conocimiento, etc., logrará un título indestructible mediante la registración; pero que tratar con el titular registrado no es la única manera de lograr un título indestructible.

La segunda escuela sostiene que no se logra un título indestructible mediante registración, a menos se haya tratado con el titular registrado. Eso fué realmente la médula del razonamiento que dejó a *Clements v Ellis* en su estado de indecisión. En la opinión de Dixon, tratar con un inregistrado cesionario del titular registrado, no es tratar con el titular registrado, aun cuando el cesionario deba momentáneamente estar registrado con el fin de estar capacitado para transmitir un derecho registrado a la persona que trata con él. Los pertenecientes a esta escuela, que derivan su filosofía de *Gibbs v Messer*, tienen dificultad en explicar el principio sobre el que un inscribente inicial (que no tiene titular registrado con quien tratar indiscutidamente logre un título indestructible (ver *Assets Co. v Here Roihi*). Es también difícil explicar por qué la ley desea discriminar en contra de un titular que inscribió a consecuencia de una orden judicial; o por una transferencia de el «sheriff», o de un «Trustee Público» en una venta por atrasos de contribuciones; o sobre cualquier otra forma de cesión delegada que alude al titular registrado.

Pero el problema que ahora tratamos, se destaca de la cuestión general de la necesidad de un consentimiento válido del ti-

tular registrado y se concreta, en que si hay que entender que negocia sobre la fe del registro, el que trata con el titular registrado no directamente, sino a través de un cesionario aún no registrado, o confiando en la liberación de un gravámen que consta en el registro, pero cuya cancelación, aunque sea momentáneamente, precede a la inscripción de su adquisición.

Desde este punto de vista, Harrison sostiene una posición distinta a la adoptada por Dixon, en *Clements v Ellis*. En dicho caso los hechos en escencia fueron los siguientes: V., que estaba registrado como titular, pero con la carga de una hipoteca a favor de H., convino con C. venderle la finca libre de cargas. Un agente de H. falsificó un instrumento de cancelación de hipoteca que fué presentado al Registro, juntamente con el de transferencia de la propiedad, siendo inscritas en el Registro, primero la cancelación y después la transferencia.

La cuestión que surgió con estos hechos, dice Harrison (página 234), es si H. podía tener su hipoteca restaurada en el Registro y ejercitarla contra C. El análisis de la ley demuestra que él no podía hacerlo. La cancelación de la hipoteca, habiendo sido registrada antes que la transferencia, V. estuvo, al menos, momentáneamente registrado libre de la hipoteca, y estaba así registrado mediante fraude. Pero C. tenía la protección del artículo que dispone que el adquirente de buena fe, a título oneroso, no está sujeto a una acción para la privación de su derecho, sobre la base de que su vendedor fué registrado mediante fraude (que es el art. 44 de la Ley actual de Victoria). O para colocar el asunto en términos más generales, la ley muestra el propósito general de dar protección al adquirente de buena fe, a título oneroso, y sobre esta base C. está protegido. Esto es ciertamente asumiendo que la cancelación no opera directamente como una transferencia o renuncia en favor de C. Un adquirente a título oneroso no es invulnerable si él adquiere bajo un instrumento nulo; y en este caso, si la cancelación operó juntamente con la transferencia como un instrumento ejecutado en favor de C., C. sería vulnerable al ataque. En realidad, sin embargo, es admitido que la cancelación en este caso opera entre H. y V.

En *Clements v Ellis*, sin embargo, el art. 44, antes citado, fué ignorado. Dixon se apoyó, para decidir en favor de H., en el ar-

tículo 43, y sostuvo que en este caso C. no trató sobre la fe del Registro. Pero, en primer lugar, este artículo, que está dictado meramente con el fin de que una persona que trate con el titular registrado no necesite averiguar cómo llegó a estar registrado (cuyo fin es de protección), no contiene alguna implicación bastante fuerte para limitar el fin de otros artículos más precisos. En segundo lugar C., en el caso expuesto, no trató de otro modo que sobre la fe del Registro. El Registro concierne al título, y tratar de otro modo que sobre la fe del Registro debe significar tratar con la otra parte sobre la base de que el Registro no muestra la verdadera posición, C. no esperaba lograr un título de otro modo que de acuerdo con el Registro. El esperaba que el Registro estuviera o fuera puesto en tal estado que él lograra una propiedad libre de cargas por la inscripción de su instrumento de transferencia. Y en el momento en que la transferencia a su favor operó, el Registro estaba, de hecho, en el estado en que él esperaba que estuviera. Debe tenerse cuidado en no establecer una proposición en un sentido y después aplicarla en otro. Mas esto es lo que ocurre, si se dice, que cuando un adquirente espera que un gravámen esté cancelado antes de la transferencia a su favor, que él no trata sobre la fe del registro. Confianza en que sea efectuada alguna operación preliminar en orden a alterar el registro, no significa carencia de confianza en el registro, como la base del título. Aun cuando desde un principio, el título del propietario registrado esté libre de gravámenes, un adquirente no confía solamente en el registro; él también confía en la validez del instrumento de transferencia que él recibe. Y él no confía menos en el registro, porque un caso como éste la operación demanda dos instrumentos y no solamente uno (32).

En *Heron v Broadbent* (1919), B., falsificando la firma de H., propietario registrado, falsificó una transferencia a su favor, que entregó juntamente con el certificado de título a X., con quien

(32) Tal vez debido a esta sentencia, en la que McTiernan consideró registrados simultáneamente los dos instrumentos (puede verse su voto en *Harrison, Cases on Land Law*, pág. 671), el art. 134 de la ley de Australia Occidental, tal como quedó redactado en 1950, se refiere a tratar con persona que es o llegue a ser el titular registrado y a la cancelación o remoción del Registro de hipoteca u otro gravamen, en cualquier tiempo, con anterioridad o simultáneamente con la registración de la transferencia.

tenía una deuda. Más tarde B. otorgó un documento de hipoteca sobre la finca a favor de X. La transferencia falsificada y la hipoteca fueron registradas al mismo tiempo. Después X. cedió la hipoteca como garantía a un Banco. Entablada acción por H. contra B., X. y el Registrador general, fué sentado por el Juez Owen, que como X. había tomado las garantías de buena fe y por valor, el art. 135 de la Ley de Nueva Gales (44 de Victoria), claramente libera a X. de cualquier responsabilidad por daños; X. y su cesionario habían conseguido un título indestructible respecto a la hipoteca. La registración fraudulenta era la inscripción de B., como titular propietario y que podía ser anulada en favor de H., pero sujeta a la hipoteca. Como B. había desaparecido, el fondo del seguro era responsable en la cantidad necesaria para cancelar la hipoteca. El Registrador general arguyó que X. no logró protección, porque había tratado, no con el titular registrado, sino con un falsificador. Pero este punto no fué discutido en el juicio.

Es interesante contrastar esta doctrina, con la establecida para los derechos de equidad, en *Great West Permanent Loan Co. v Frisen* (1925) y *Barry v Heider* (1914), que antes expusimos, al tratar de la inscripción constitutiva y de la subsistencia de los derechos de equidad, y conforme a la cual un instrumento de transferencia no registrado, opera como una «representación» (declaración o afirmación sobre cuya base se contrata) frente a terceros.

2.º Adquirir a título oneroso.

En cuanto a la exigencia de este requisito que tiene su base en el derecho general inglés, y en especial en el de equidad, hay unanimidad, tanto en la doctrina como en la jurisprudencia.

En ese sentido, Canaway (pág. 82), consigna la excepción del adquirente a título gratuito al tratar del art. 43, que se refiere fundamentalmente como vimos, a derechos de equidad. Hogg (*Australian Torrens System*, pág. 919, dice: «Si la transacción es una *bona fide* y a título oneroso, el nuevo propietario logrará el título que el Registro establece tener su predecesor; si la transacción no es a título oneroso, o no *bona fide*, el título del nuevo propietario solamente será indestructible en la misma extensión en que lo era el de su predecesor; el de hecho tomará meramente el título que su predecesor, realmente tenía, y no el título que el Registro

establecía tener él». Y en *Registration*, pág. 108, que el caso del adquirente a título gratuito, es realmente cubierto por la doctrina de «resulting trusts» y que ha sido sentado en muchas jurisdicciones que esta doctrina, surgiendo del hecho de que no fué pagada «consideration», se aplica a fincas registradas y a propietarios registrados.

Beckenham y Harris (págs. 93 y 94), se expresan así: «Aunque no hay ninguna referencia expresa en toda la ley, en cuanto a la posición de un adquirente a título gratuito, se presta una protección especial a un adquirente a título oneroso, *bona fide*, bajo especiales circunstancias, en diversos artículos de la ley». Por estos artículos, se infiere que la intención de la ley era, como en el derecho general, que un cesionario, a título gratuito registrado, no puede ocupar una posición mejor que su cedente. La doctrina de los «trusts», que surgen del hecho de que el propietario no pagó precio, ha sido aplicada a los inmuebles registrados.

Baalman (pág. 149), al tratar de las excepciones implícitas de indestructibilidad, dice que el art. 42 no hace distinción expresa entre la medida de indestructibilidad disfrutada por un adquirente a título gratuito y la de un propietario registrado que adquirió el título bajo una transferencia a título oneroso. Pero a lo largo de la ley hay referencias significativas a «compradores» y «a título oneroso», que dejan poca duda de que se tenía intención de esta distinción. Este punto de vista es apoyado por el art. 135, que protege en forma negativa a un adquirente o acreedor hipotecario, *bona fide*, a título oneroso, que ha sido registrado como titular, de las consecuencias de fraude u otra vulnerabilidad que pueda haber afectado al título de su vendedor. Este punto de vista está sostenido por las decisiones de los Tribunales en *Biggs v McEllister* (1880), *Crew v Campbell* (1884), *Hamilton v Iredale* (1903), *Imperial Bank Esakin* (1924). El resultado general es que, al registrar una transferencia a título gratuito, el cesionario (como en el caso del adquirente a título gratuito en el derecho general) no ocupa mejor posición que la que tenía su cedente. Pero una vez registrado, él ocupa una posición igualmente buena; su título es indestructible frente a toda acción, excepto aquella que hubiera prevalecido contra su predecesor inmediato. Ello está de acuerdo con el principio general de derecho, que un adquirente, a título gra-

tuito, no se encuentra en mejor posición que su inmediato predecesor. Si el predecesor derivaba título por fraude, entonces el título de un propietario registrado, adquiriendo de él de otro modo que a título oneroso y de buena fe, es vulnerable.

Para comprender bien el alcance de esta exigencia y las que a continuación se trata, conviene recordar que, además de los derechos legales (plenamente reales), existe en el derecho inglés la categoría de los derechos de equidad. derechos que, si bien tienen su base en los derechos personales, producen ciertos efectos reales, pueden ejercitarse contra todos, excepto contra el que ha adquirido un derecho legal a título oneroso y de buena fe, sin conocer su existencia, derechos derivados en general de «trusts» a favor de los beneficiarios y de especial relieve respecto al derecho registral, los derivados de los contratos de venta de inmuebles, a los que la jurisdicción de equidad concede el remedio de cumplimiento específico, actuando como derechos «ad rem» y ligando en consecuencia a un adquirente a título gratuito los realizados por su causante, aunque no se haya otorgado el acto dispositivo bajo el derecho general, ni se haya realizado la inscripción bajo el derecho registral.

En el presente año se ha dictado una sentencia sobre este requisito, interpretando la moderna ley de Victoria de 1954 (King v Smail, 1958, que puede verse en «Australian Conveyancer and Solicitors Journal», julio de 1958, pág. 111). La demandante sostenía que por razón del art. 42 de la Ley de Victoria de 1954, en ausencia de fraude (que allí no fué alegado) un adquirente a título gratuito de un propietario registrado con la inscripción a su favor adquiere igual que un adquirente a título oneroso un título libre de derechos de equidad que afecten a su cedente. El Juez Adams resolvió que, aunque el art. 42 en sí mismo, no suministraba base para la distinción entre el adquirente a título gratuito y el a título oneroso y parecería dar preferente efecto al título registrado en ambos casos, otros artículos en la ley trazan una distinción entre el adquirente a título gratuito y el a título oneroso y parecen justificar la conclusión que respecto a la registración de transacciones subsiguientes a la registración inicial, bajo la ley, es sólo a los adquirentes a título oneroso, a quienes se tenía la intención de conceder el beneficio del art. 42.

Esta sentencia, indirectamente, refuerza la opinión de Stow (en su estudio *Torrens Titles, original y derivative*), respecto a la registración inicial de un adquirente a título gratuito, y que luego expondremos al tratar de los efectos de la registración inicial.

3.º Adquirir de buena fe.

La buena fe implica, conforme al derecho general, no conocer realmente o no tener conocimiento por no haber realizado las investigaciones normales, de los vicios del título y derechos de equidad que pueden afectarle. Por lo que acabamos de recordar en cuanto a los derechos de equidad, se comprende que si este concepto se aplicara en el derecho registral, quedaría debilitado todo el sistema. De aquí la disposición del art. 43 de la Ley de Victoria y sus concordantes, «que el adquirente no está en modo alguno obligado a inquirir o cerciorarse de las circunstancias por las que sus antecesores fueron registrados, ni será afectado por conocimiento real o presumible de cualquier «trust» o derecho no registrado, no obstante cualquier regla de derecho o equidad; y el conocimiento de un «trust» o derecho no registrado, no será por este solo hecho imputado como fraude» (33).

Ahora bien: dice Harrison (pág. 236), que una persona puede ser establecido que adquiere sin buena fe, aun cuando las circunstancias no le hagan culpable de fraude. Si un derecho anterior es solamente de equidad, y un cesionario adquiere un subsiguiente derecho legal con conocimiento del mismo, él puede adquirir, libre del derecho de equidad, bajo la disposición antes consignada. Porque conocimiento en sí mismo no demuestra fraude. Pero cuando el derecho anterior es un derecho legal, algo menos que fraude es suficiente para impedir que sea anulado por el subsiguiente título legal. Esta disposición no requiere que un adquirente a título oneroso de un derecho legal, sea considerado como adquiriendo de buena fe, en circunstancias en que de otro modo el conocimiento afectaría a su buena fe. Por ejemplo, si como en *Hay v Solling* (1895), conoce o puede conocer que un certificado de título, por

(33) En la ley de Sur Australia hay otro precepto, el art. 72, que establece que: Conocimiento de la existencia de cualquier propiedad, derecho, contrato o «trust» no será por sí solo prueba de falta de *bona fides* en cuanto a afectar al título de cualquier propietario registrado

error, incluye terreno al que un tercero tiene derecho, no será necesariamente fraude para él aceptar una transferencia, pero él no estará adquiriendo de buena fe. Si por otra parte la excepción de fraude, aquí se extiende a fraude porque el cedente llegó a ser registrado, un adquirente debe siempre hacer investigaciones en caso de que hubiera tal fraude. En conjunto, el artículo parece expresarse con tal falta de precisión, que, aparte de las disposiciones sobre conocimiento de los derechos de equidad, no puede considerarse que tiene algún específico efecto normativo.

Wiseman (pág. 313), cita «Colonial Bank of Australasia v Pal» (1880), que declaró que si el adquirente tiene conocimiento del fraude de su vendedor (que su título fué adquirido por fraude), es afectado por él.

Beckenham y Harris (pág. 280), escriben, que la cuestión de si un registrado propietario es un adquirente de buena fe, dentro del significado del apartado 5.º del art. 115 de R. P. A., debe ser determinado en la mayor parte de los casos por averiguaciones de si tal adquirente tenía conocimiento o medios de conocer que la finca transferida a él o una parte de ella era por equivocada descripción de lindes indebidamente incluida en el certificado de su transferencia (Darley, en *Hay v Solling*) (1895).

Gibbs v Messer, sentó, que un adquirente que sospecha que su vendedor es un falsario (que logró su inscripción mediante una falsificación) se coloca en la obligación de realizar investigaciones y puede encontrar su título manchado con fraude. Y en *Assets Co v Mere Roihi* no obstante tratarse de una registración inicial—que tiene un trato especial—, que si se demuestra que fueron despertadas sus sospechas y que se abstuvo de hacer indagaciones por miedo de conocer la verdad, el caso es muy distinto y se le puede atribuir fraude con razón.

Por lo demás, la existencia de buena fe queda a la apreciación de los Tribunales, según las circunstancias del caso. En *Butler v Fairclough* (1917), fué declarado, que cuando es cuestión de *bona fide*, el carácter, grado de educación y cualidades personales del individuo, y todas las circunstancias que le rodean se han de tomar en consideración; qué clase de hombre puede ser la persona cuya conducta es discutida y el modo con que él relata su caso todo es importante.

4.º Inscripción a favor del adquirente.

La necesidad de este requisito es patente, toda vez que hasta que la inscripción no se realice no se adquiere un derecho legal, sino sólo un derecho de equidad; y, por otra parte, el sistema australiano centra en principio la fuerza de la indestructibilidad en la inscripción misma a favor del adquirente, como hemos visto al tratar de la legitimación del titular.

Está más allá de discusión, dice Baalman (pág. 170), que hasta que un adquirente ha realmente llegado a ser registrado como propietario, él no puede reclamar un legal título indestructible.

Pero hasta que la inscripción se verifique, puede proteger su derecho no registrado, que es meramente de equidad, frente a otros derechos análogos, mediante un «caveat». Esta fué la cuestión tratada en *Lapin v Abigail* (1930).

Abigail había hecho un préstamo y aceptado un documento de «mortgage» de Mrs. Heavener, titular registrado de la propiedad, libre de gravámenes. El Juez de primera instancia había sentado como un hecho que Mrs. Heavener había sido registrada bajo una transferencia absoluta formalmente, pero que había sido dada por los Lapin como una garantía solamente. En consecuencia, los Lapin tenían un derecho de equidad anterior al «mortgage» de Abigail, pero ellos, en la fecha del «mortgage» no habían presentado un «caveat» para proteger su derecho de equidad. El «mortgage» de Abigail *no estaba registrado, pero sí protegido por un «caveat»*. Los Lapin entablaron una acción en equidad contra Abigail y Mrs. Heavener, reclamando estar titulados a ser registrados como propietarios de la finca libre del «mortgage» no registrado de Abigail. Abigail no tenía conocimiento del derecho de equidad de los Lapin. El no había consultado el registro antes de hacer el préstamo, pero no hubiere encontrado nada contrario a su seguridad, si él lo hubiera realizado. El Juez desestimó la demanda, y su sentencia fué unánimemente confirmada por el Pleno del Tribunal Supremo de Nueva Gales del Sur. Apelada esta sentencia ante el Alto Tribunal de Australia, fué revocada por una mayoría de tres contra dos y apelada, el Consejo Privado inglés, en sentencia de 1934, dijo que en este conflicto de eminente opinión judicial, sus señorías se encuentran de acuerdo con la minoría, tanto respecto a su razonamiento como a su conclusión. La parte fundamental de

este razonamiento fué que como los Lapin habían armado a mister Heavener con todos los indicios de absoluta propiedad, y no habían utilizado el conocido método de proteger sus derechos por medio de un «caveat», su derecho de equidad debía ser pospuesto a la equidad posterior de Abigail, *quien había tratado con el titular registrado sobre la fe de un claro registro*.

Abigail v Lapin—dice Baalman, pág. 171—no va tan lejos como el establecer el amplio principio que entre derechos de equidad en colisión, su prioridad será determinada por el momento de la presentación del «caveat». Pero el Consejo Privado aprobó en términos generales la decisión en Butler v Fairclough (1917), en la que este principio había sido formulado.

En el mismo sentido escribe Hogg (*Registration...*, pág. 126), que la inmunidad que el adquirente ha de gozar en cuanto a los efectos del conocimiento, solamente es concedida a él, cuando llega a estar registrado, pues antes está expuesto a cualquier reclamación adversa, y para que ella fuera decidida judicialmente, podía ser detenida su registración por «caveat» o de otro modo.

Este dictamen fué citado y aprobado, considerándolo de acuerdo con el general criterio de autoridad en Nueva Gales del Sur y Victoria por Knox, en Templeton v Leviathan Pty. Ltd. (1921).

Sin embargo, esta situación ha sido modificada en Nueva Gales del Sur, por la adición a la ley, en 1930, del art. 43 A.

Para comprender el efecto de la reforma, es necesario examinar, dice Harrison (pág. 239), el derecho general, en cuanto a las consecuencias del conocimiento de los derechos de equidad. Si una persona conviene comprar un inmueble, y si al tiempo en que él pagó el precio o parte de él, no tenía conocimiento de un derecho de equidad anterior, él adquiere libre de este derecho de equidad, siempre que él haya adquirido el derecho legal. Pero hasta que él tenga otorgado a su favor el acto dispositivo, el derecho de equidad anterior es preferente al suyo, y aquel a quien pertenece puede entablar procedimientos para ejercitar su derecho. Sin embargo, parece que en caso de un «trust», a diferencia de otros derechos de equidad, el adquirente estará ligado por el conocimiento, aun cuando éste llegue a él después del pago del precio, y hasta tanto no se le haya otorgado el acto dispositivo. Así, excepto en el caso de un «trust», un comprador que ha adquirido el derecho legal, queda

libre de un derecho de equidad, si el conocimiento del mismo advino a él, solamente después que él pagó el precio o parte de él (34).

Ahora, el art. 43-A dispone que para el fin de protección contra este conocimiento vinculante, el derecho adquirido por una persona mediante un instrumento registrable (que hasta su inscripción es un derecho de equidad), será estimado ser un derecho legal. Es decir, si el instrumento fué otorgado antes que el adquirente tuviera conocimiento del otro derecho de equidad, él adquirirá libre del mismo. Para éste fin, la obtención del instrumento equivale a la inscripción del derecho legal, y de ello parece desprenderse que un «caveat», presentado después del otorgamiento del instrumento, no demorará su inscripción. Sin embargo, esto no se aplicará cuando el transferente sea un «trustee».

El precepto es de difícil interpretación y presenta diversos problemas, como pone de relieve P. R. Watts, en su artículo, *Protection against notice under the (N. S. W.) Real Property Act*, en «Australian Law Journal», julio de 1932, pág. 85.

Para terminar esta exposición de los requisitos requeridos para la situación de máxima protección, vamos a reproducir la reseña que consta en «Australian Law Journal», febrero de 1952, pág. 649, de una reciente sentencia relativa a Victoria, en la que se aborda el juego de varios de los requisitos expuestos, y aún la cuestión del valor de la inscripción realizada en virtud de un documento falso, y de la que nos ocupamos al tratar del principio de legitimación.

En *Davies v Ryan* (1951), el demandante Davies, propietario registrado de cierta finca, confió su certificado de título a una antigua amistad, Mrs. Clayton. Mr. Clayton (al parecer su esposo) vendió la finca al demandado Ryan, haciéndose pasar como Davies y falsificando su firma en la transferencia, que fué debidamente registrada. Ryan vendió al matrimonio Ford, pero antes de que la transferencia a ellos fuese registrada, el demandante se percató de los hechos y presentó un «caveat».

El Juez Dean, siguiendo *Gibbs v Messer* (1891), sentó que Ryan, no habiendo tratado con el titular registrado, no estaba protegido por la registración, y siguiendo *Clements v Ellis* (1934), que, como los Ford, no estaban todavía registrados, su posición frente al de-

(34) En el mismo sentido, Millard, pág. 347, nota 85. quien cita, en apoyo, a *Wigg v Vigg* y *Tourville v Naish*.

mandante era simplemente la de reclamantes de derecho de equidad, pretendiendo atacar al propietario legal. En aquellas circunstancias es proverbial que «cuando los derechos de equidad son iguales, el derecho legal prevalece». Su señoría rehusó considerar la conducta del demandante, permitiendo a Mrs. Clayton tener la custodia de su título y otros documentos, como suficiente para hacer su derecho de equidad inferior al de los demandados, y, en consecuencia, el actor venció contra los demandados.

Como un resultado de *Clements v Ellis*, la Ley de 1939, sobre falsificaciones (*Transfer of Land «Forgeries» Act*), dispuso que si una persona reclama un inmueble, en virtud de la registración de un instrumento falsificado, y el libro registro es subsiguientemente rectificado para remover el efecto de ese instrumento falsificado, él puede recobrar su pérdida del fondo del seguro.

Su señoría procedió a considerar una reclamación por los Ford, bajo estas disposiciones. El sostuvo que ellos no podían reclamar, en virtud de la registración del instrumento falsificado, la transferencia de Davies a Ryan, sino en virtud de subsiguientes transacciones, y el rechazó la reclamación.

Como resultado de esta sentencia, la ley antes citada respecto falsificaciones, fué enmendada para cubrir tal caso, por la ley de 1951, y fué concedida expresamente compensación a los Ford.

Es de resaltar—añadimos por nuestra cuenta—que la Ley de Victoria de 1954, en su art. 110, apartado d), concede derecho a ser indemnizado al que sufre pérdida o daño, ya por privación del inmueble o de otra forma, por razón de «cualquier pago o precio entregado a cualquier persona *sobre la fe de un asiento en el libro registro*». Con lo que sienta un amplio principio de indemnización, que da a los Tribunales facultades para concederla en un extenso campo.

JOSÉ MARÍA CASADO PALLARÉS,
(Notario.

(Continuará.)

La adopción y figuras similares ante la nueva regulación

(Continuación.)

CAPÍTULO III

EFECTOS DE LA ADOPCION

Son tan múltiples los efectos de la adopción, y algunos de ellos de una naturaleza tan delicada, que su exposición sería casi imposible. Ahora bien: para nuestro estudio sólo nos interesan los efectos civiles, o sea aquellos que se derivan de la ley misma, y los cuales pueden ser mantenidos en cualquier contienda ante un Tribunal, aunque estos efectos civiles rocen con frecuencia con los morales, por ser éstos de naturaleza más amplia.

Pese a la concreción apuntada, aún resultan de cierta extensión, por lo que su estudio será más eficiente si los agrupamos sistemáticamente. El orden de clasificación que parece más interesante, y que es el que seguiremos en el presente, es el que los reúne en los tres grupos siguientes: efectos con relación a las personas: efectos con relación a los bienes, y efectos con relación a los derechos sucesorios. Esta clasificación no obsta, para que a su vez, subdistingamos dentro de cada grupo aquellos efectos que podemos

denominar generales, de los especiales que corresponda a una y otra de las dos modalidades de adopción, o sea, a la plena y a la menos plena, y a que se amplíe el estudio de esos extremos a lo referente a los efectos que produce la adopción en cuanto a la familia natural del adoptado, o lo que es lo mismo, a determinar qué derechos conserva éste en relación con su familia natural una vez efectuada la adopción.

Como preliminar a toda esa exposición, hemos de recordar que ya dijo muy acertadamente Manresa (Tomo III), al comentar la regulación anterior de la adopción, que el Código se inspiraba en el axioma romano, *adoptio est aemula naturae, sed naturae imago*. Y de ese principio podemos decir que resulta más reforzado en la reciente regulación de la materia, con la novedad de mantener una situación intermedia entre la filiación natural y la adoptiva, entendida ésta en el concepto antiguo, como ocurre con la adopción menos plena, pero cuya situación evoluciona a una asimilación casi total con la familia natural, cuando se trata de la adopción plena.

Esta orientación, si bien deducida del mismo articulado, es puesta de relieve en la Exposición de Motivos, como lo revela bastantes párrafos de ella, entre los que entresacamos como más destacados los siguientes:

«Se ha considerado oportuno declarar en el propio capítulo dedicado a la adopción, que ésta confiere al adoptante la patria potestad, por ser éste uno de los efectos más típicos.»

«La adopción plena se ha configurado reforzando el vínculo adoptivo, cuanto la prudencia permite. Así la situación jurídica del adoptado plenamente se asemeja a la del hijo respecto a su padre. Sin embargo, el adoptado, aunque lo sea plenamente, no adquiere propiamente el carácter de hijo legítimo del adoptante. Otra cosa es que, con profundo respeto a la delicadeza con que la generalidad de los adoptantes de expósitos llegan a los mayores sacrificios para que el adoptado viva como hijo legítimo, se hayan arbitrado fórmulas que faciliten tan encomiable deseo; pero, en último término, cuando razones graves así lo aconsejen, no se veda la investigación y demostración de la realidad de la situación adoptiva.»

Todas esas consideraciones generales son suficientes para justificar el sistema que vamos a seguir en la exposición de la materia a que se contrae el presente capítulo.

EFECTOS CON RELACIÓN A LAS PERSONAS.

Son tan numerosos los efectos personales de la filiación, cualquiera que sea su clase, que ni aun el Código, al tratar de la natural, puede desarrollarlos en toda su integridad. Por ello, trataremos aquí respecto a la adoptiva de aquellos que parecen más importantes.

Como repetidamente hemos dicho, la adopción crea un estado de filiación más o menos similar a la natural, según sus clases. Y esa afirmación está desenvuelta por el articulado del Código, que, refiriéndose a la adopción en general, o sea, mediante normas aplicables, tanto a la plena como a la menos plena, establece en el párrafo 7.º del art. 174: «La adopción produce parentesco entre el adoptante, de una parte, y el adoptado y sus descendientes legítimos, de otra; pero no respecto a la familia del adoptante, con excepción de lo dispuesto sobre impedimentos matrimoniales».

La aludida excepción se recoge y desarrolla por los números 5.º y 6.º del art. 85, referente al matrimonio civil, siendo el impedimento consignado en el núm. 6.º, de aquellos que son susceptibles de dispensa, conforme a lo establecido por el art. 86.

Se determina por los números citados. Que no podrán contraer matrimonio entre sí:

«5.º El padre o madre adoptante y el adoptado; éste y el cónyuge viudo de aquéllos, y aquéllos y el cónyuge viudo de éste.

6.º Los descendientes legítimos del adoptante con el adoptado, mientras subsista la adopción».

En el contenido de esos números parece haberse omitido un caso que, no obstante, hemos de considerar como comprendido en ellos, y, más concretamente, como incluido en el núm. 5.º. Nos referimos al del matrimonio entre el adoptante y los descendientes del adoptado.

En un sentido literal, habrá que convenir en que no está comprendido dentro de los señalados como impedimentos para el matrimonio; pero, si están comprendidos entre ellos el parentesco por afinidad, como lo es el existente entre el cónyuge del adoptante o del adoptado y aquél o éste, respectivamente; si se estima también como tal, bien que como dispensables, a los comprendidos en el

núm. 6.º; si la proximidad en el parentesco es el motivo determinante en la regulación de los impedimentos matrimoniales, con mayor o menor rigidez, según la proximidad de aquél; si la ley recoge como únicos lazos de parentesco nacidos de la adopción, los existentes entre el adoptante de una parte, y el adoptado y sus descendientes de otra, y a pesar de ello llega más lejos de ese parentesco, en lo referente a los impedimentos, o sea que reconoce la existencia de éstos, donde no admite parentesco; ¿no va a ser entendido como tal impedimento el que hemos planteado, y considerar que él debe considerarse incluido entre los no dispensables que recoge el núm. 5.º?, ¿se impediría el matrimonio a los descendientes legítimos del adoptante con respecto al adoptado y no va a serlo en cuanto a los de éste con aquél? Olvido fundado en el poco cuidado que se puso siempre en el desarrollo legal de esta institución, que ha sido regulada siempre bajo la idea de ser más bien un tema jurídico que una realidad práctica, pero cuyo olvido podrá originar un serio problema, pues lo evidente de las razones que hemos expuesto, no anulan el hecho de que el art. 85 recoge unas prohibiciones, y como tal es de interpretación restringida, y entre ellas no se encuentra la que motiva esta duda. Sin que, por otra parte, nos resuelva la cuestión el Código Canónico, que en este punto se limita en su canon 1.080 a remitirse a lo regulado por la legislación civil.

Otra consecuencia del parentesco, nacido en virtud de la institución que comentamos, es la recogida en el párrafo 6.º del mismo art. 174. Se dice en el mismo: «En orden a la tutela y a la representación y defensa del ausente, adoptante y adoptado serán considerados como padre e hijo, pero los hijos legítimos y los naturales reconocidos, si existiesen, serán preferidos a los adoptivos.» Se ha omitido en la enumeración a los hijos legitimados, aunque esa omisión no parece fundamental, ya que están comprendidos entre los legítimos y, corrientemente, al aludir a ambos se lo hace mediante aquel calificativo, sin precisar cuál es la clase de la legitimidad; pero sí puede originar dudas la determinación de si la aludida equiparación, o sea la del adoptante y adoptado como padre e hijo, procederá sólo cuando la ley se refiere a los hijos en general, u operará también cuando llame sólo a los legítimos, cuya cuestión merece desarrollo independiente.

Si el precepto no hubiese determinado las instituciones en las que procede la equiparación, tendríamos que adoptar la solución de que sólo debería entenderse que son llamados los adoptivos cuando la ley hable de hijos en general, ya que la segunda solución nos llevaría a consecuencias imposibles de sostener; pero fijadas esas instituciones, determinadas en qué materias habrán de estimarse como padre e hijo al adoptante y al adoptado, la segunda interpretación es la procedente, por ser ella la única admisible en vista del contenido de la reforma. Para ello nos basta con un solo ejemplo. El art. 184, referente a la representación del ausente, que es uno de los comprendidos en la reforma del Código de que venimos tratando, hace un llamamiento a los hijos legítimos para esa representación; adoptando la interpretación de que no procede la equiparación, por no tratarse de hijos en general, sino sólo de los legítimos, resultarían excluidos los adoptivos de la representación del padre ausente, en contra del llamamiento expreso que para la misma se realiza por el párrafo transcrito. Por ello, la única interpretación posible es, como ya dijimos, la de equiparar entre sí a los legítimos y a los adoptivos, tanto si el llamamiento reviste una forma general, como si lo es sólo para los legítimos.

No dejamos de notar que la anterior interpretación, la única lógica en realidad, hace surgir otro problema en el ejemplo planteado, puesto que al llamar como representantes del ausente a los hijos legítimos, y al entender que a la vez se realiza la de los adoptivos, la posible existencia de algún hijo natural reconocido, que no es llamado a esa representación por el art. 184, pero que tiene para ella un carácter preferente, según el párrafo copiado del art. 174, nos obligará a precisar la interpretación del precepto en el sentido de que la preferencia a que se refiere no es absoluta, sino que operará únicamente en cuanto a los hijos con quienes pueda concurrir el adoptivo, según el llamamiento que en cada caso efectúa la ley, sin que tenga lugar en todos sus grados más que en el caso de que, por llamarse por la ley a los hijos en general, o a los legítimos y naturales reconocidos, puede darse el supuesto contemplado por el precepto. Por ello podemos concluir diciendo que, siempre que en las instituciones enumeradas se haga un llamamiento a los hijos, bien sea éste general, o bien concretamente a una sola de su clase, se entenderán llamados también los adoptivos, pero

entre los llamados, se guardará la preferencia determinada en el art. 174, la cual tendrá o no aplicación en todos sus términos según los que concurran en virtud de ese llamamiento, sin incluirse a los que no lo sean, aunque hubiesen gozado de preferencia en el caso de que la ley los hubiera incluido en su designación.

En el uso de apellidos, que es también otra consecuencia de la filiación, es donde más claramente se manifiesta la distinta separación que efectúa el Código entre la filiación adoptiva y la natural, según que la adopción de que se trate sea la plena o la menos plena.

En la adopción plena, ya vimos con anterioridad que se ordenaba por los párrafos 3.º y 4.º del art. 178, el que la sustitución de los apellidos del adoptado, por los del adoptante o adoptantes, sea total, cuya obligación se lleva a sus últimas consecuencias al prohibirse incluso el que el Registro Civil revele los apellidos que tenía el adoptado con anterioridad a la adopción y desde el momento de inscribirse ésta, con las dos excepciones siguientes: que se pida la certificación literal de la inscripción de nacimiento por el mismo adoptado mayor de edad, o que se acuerde así por el Juez de primera instancia, en virtud de existir un «interés legítimo y razón fundada para pedirla».

En la adopción menos plena, el uso de apellidos pasa de la categoría de obligaciones-derechos, a la de derecho permitido con ciertas restricciones. El art. 56 de la Ley del Registro Civil transcrito en el capítulo anterior, autoriza a pactar el que, «el primer apellido» del adoptado, e igualmente a que los apellidos de éste que no sean los naturales, puedan ser sustituidos por los del adoptante. Por su parte dispone el Código Civil para estas adopciones en el párrafo 3.º del art. 180, que: «El adoptado podrá usar con el apellido de su familia el del adoptante si se expresa en la escritura de adopción, en la que en tal caso se establecerá el orden en que haya de usarlos». Entre los dos preceptos no existe contradicción, y como el del Código es permisivo y no excluyente, caben los pactos relativos a la sustitución de los apellidos no naturales del adoptado por los del adoptante o adoptantes.

Como la adopción menos plena es aplicable a toda clase de personas, incluso a los abandonados o expósitos, la posibilidad apuntada de pactarse la sustitución de los apellidos no naturales

del adoptado por los del adoptante o adoptantes, podrá hacer surgir un problema si con posterioridad a ella fuese reconocido o legitimado el hijo adoptivo por sus padres naturales, ya que al imponérsele los apellidos de éstos, en virtud del reconocimiento o legitimación, serán éstos los apellidos naturales del adoptado, que, según lo dicho, no podrán ser sustituidos por los del adoptante y si sólo pospuestos a ellos. La solución nos parece que está contenida en el párrafo final del art. 175, ya que al disponer que el reconocimiento de la filiación natural del adoptado, o su legitimación, no afectarán a la adopción, sienta el criterio de inamovilidad de todo lo referente a ese estado. Armonizando esos dos criterios, podemos sentar el principio de que el reconocimiento o legitimación del adoptado realizado con posterioridad a la adopción, obligará a añadir al primer apellido, o apellidos, del adoptante, o adoptantes, los de la familia natural que lo ha reconocido o legitimado. Quedando así respetado el criterio del art. 175 del Código de que no se altere la adopción, sin que a su vez se vulnere el 56 de la ley del Registro Civil, ya que no se sustituyen los del adoptante a los de la familia natural, sino que, de conformidad con él, sólo resultan pospuestos los de esta última.

El derecho a los alimentos, que también está incluido en el presente grupo, está recogido por el párrafo 2.º del art. 174. Según ese precepto: «Adoptante y adoptado se deben recíprocamente alimentos, sin perjuicio del preferente derecho de los hijos legítimos, legitimados o naturales reconocidos.» Quedando sujeta toda esta materia a las normas generales contenidas en el Título VI del Libro I del Código Civil. La única novedad introducida por la nueva regulación se refiere a la concurrencia de alimentistas, y es recogida en el apartado final del precepto. En su vista y conforme a lo dispuesto por el también apartado final del art. 144, el orden de presentación de alimentos, cuando el que deba darlos no tenga fortuna bastante para atender a los de todos los que tengan derecho a ellos, será el siguiente, sólo respecto a los primeros grados de la escala, que son los que resultan afectados por el contenido del art. 174 transcrito:

1.º A los hijos legítimos, legitimados o naturales reconocidos sujetos a su patria potestad.

2.º A los hijos adoptivos sujetos también a su patria potestad.

3.º A su cónyuge.

4.º A los hijos legítimos, legitimados o naturales reconocidos no sujetos a su patria potestad.

5.º A los hijos adoptivos, en las mismas circunstancias, de no estar bajo su patria potestad.

6.º A los restantes descendientes. Etc., etc.

Hemos de entrar finalmente en la institución más importante de todas las derivadas de la filiación, pero que por su propia naturaleza es la de contenido más impreciso. Nos referimos a la patria potestad, y dado que su contenido es el de derecho-obligación personalísimo y único, que no puede ser transferido, duplicado o compartido, el hijo adoptivo tendrá que estar situado dentro de una de las dos posibles, bien sea la derivada de su filiación natural, o bien la de su filiación adoptiva. La ley tenía que decidirse forzosamente por la última, so pena de dejar sin contenido ni finalidad a la adopción, pero tampoco podía desconocer que no todo el contenido de la patria potestad derivada de la filiación natural podía quedar extinguido, y esa doble afirmación le ha obligado a moverse entre ambas, acentuando la tendencia hacia una u otra, según la especie de adopción de que se trate, pero sin extinguir del todo la derivada de la filiación natural, aunque de nombre pueda parecer otra cosa, si bien dejándola reducida a una mínima expresión.

Las disposiciones de carácter general sobre este extremo están contenidas en el art. 154 y en el párrafo 1.º del 174. Dispone el primero de ellos:

«El padre, y en su defecto la madre, tienen potestad sobre sus hijos legítimos no emancipados; y los hijos tienen la obligación de obedecerles mientras permanezcan en su potestad, y de tributarles respeto y reverencia siempre.

Los hijos naturales reconocidos y los adoptivos menores de edad están bajo la patria potestad del padre o de la madre, que los reconoce o adopta, y tienen la misma obligación de que habla el párrafo anterior.»

Y expresándose más concretamente el segundo manifiesta: «La adopción atribuye al adoptante la patria potestad respecto del adoptado menor de edad.»

Los derechos y deberes derivados de esta institución son dic-

tados con un carácter general y rigen igualmente para la patria potestad de que aquí tratamos. Por tanto, los de instrucción, educación, protección de la persona del menor, dirección, vigilancia, prestación de licencia para el matrimonio, etc., en cuanto a los adoptantes y los de obediencia, respeto y reverencia en cuanto al adoptado, son aplicables al presente caso. Y esto sin aludir al contenido patrimonial de la institución, por reservar este extremo para su estudio en el grupo de los efectos con relación a los bienes.

La única excepción a lo dicho, el único caso en que la adopción no opera esta transmisión de la patria potestad, a la cual aludimos al principio del presente, es la contenida en el párrafo 1.º del art. 180. Dispone ese precepto: «Cuando uno de los cónyuges adopte al hijo legítimo, legitimado o natural reconocido del otro consorte, la patria potestad se atribuirá a ambos por el orden establecido en el art. 154.» Esta norma, que sólo es aplicable a los casos expresamente referidos en ella y que sólo podrán darse en ciertas adopciones menos plenas, no es realmente una excepción absoluta, ya que la patria potestad se le atribuye también de derecho al cónyuge adoptante, pero en cuanto a su ejercicio, al poder subsistir—según cual sea el adoptante—la natural, queda suspendida hasta que falte aquélla, lo cual ocurrirá cuando cese la del padre, si la que realizó la adopción fué la esposa.

Para concluir el estudio de estos efectos, hemos de entrar ahora en el de la parte más imprecisa de la exposición, o sea en el de cuales sean los que, de todos los derechos y obligaciones aludidos, conserva la familia natural del adoptado en el caso de que ella sea conocida.

El primer extremo, referente al parentesco, no hay duda en que se conservará en su totalidad respecto a la familia natural. El parentesco nacido de la sangre y las consecuencias inmediatas que de él se derivan, no pueden ser borradas por la adopción, pues aun cuando nada se dice al respecto de una manera expresa por el Código, es ello tan evidente, que la ley sólo se ha preocupado de regular los casos en que las actuaciones derivadas de una y otra clase de parentesco pudiesen entrar en colisión. Que es de lo que virtualmente vamos a tratar en relación con los restantes efectos del presente grupo.

El uso de los apellidos naturales del adoptado, está conside-

rado por el Código como el hecho normal, y por ello se preocupa únicamente de regular cuándo éstos pueden ser pospuestos o cuándo deben ser sustituidos por los adoptivos, como supuestos de excepción a la continuidad en el uso de los naturales, que estima como regla fundamental.

Casi similar doctrina sigue en cuanto a los alimentos entre parientes, puesto que deja subsistentes los derivados del parentesco natural. Es cierto que no se refiere para nada a esa subsistencia al tratar de las adopciones menos plenas; pero como al regular las plenas es precisamente estos alimentos entre parientes una de las pocas cosas que deja subsistente en cuanto a lo efectos derivados de la filiación natural, con mayor razón aún hemos de estimar su conservación en las adopciones menos plenas, ya que en esta clase son menores los derechos y obligaciones del adoptante y los del adoptado con éste y más importantes en contenido los que conserva la familia natural en cuanto al adoptado. La regla dictada en cuanto a las adopciones plenas está contenida en el art. 179, en el que se expresa que el adoptado conservará el derecho a los alimentos por parte de la familia natural «cuando no los pueda obtener del adoptante en la medida necesaria», y que los padres, por naturaleza, conservarán los derechos «por razón de la deuda alimenticia cuando se dieren las circunstancias expresadas en el art. 175 para extinguir la adopción.»

Se aprecia con facilidad en el precepto que la determinación de cuándo pueden pedirse alimentos por el hijo está expuesta con gran claridad, en tanto que la fijación de cuándo pueden pedirlos de éste los padres por naturaleza, es bastante confusa, pues la referencia a lo dispuesto por el art. 175 es demasiado amplia, como veremos al estudiarla con más detalle.

Si se dan alguna de las causas que deban producir la extinción de la adopción, y éstas son las que motivan la incoación de oficio de ella por parte del Ministerio fiscal, sólo cabrá el que se tramite y declare que la adopción ha quedado extinguida, en cuyo momento dejan de ser aplicables al adoptado las reglas dictadas para la adopción y renacen nuevamente todas las aplicables a los derechos y obligaciones derivadas de la filiación consanguínea, quedando con ello inoperante la disposición contenida en la adopción en cuanto a los alimentos que correspondan a la familia natural, cuya

materia pasa a ser regida por las reglas generales del Código. Si las causas de extinción de la adopción son aquellas que puede esgrimir el adoptado en plena posesión de su capacidad, como las de desheredación de los ascendientes, no vemos cómo podrá plantearlas el padre natural que intente la prestación de alimentos por el hijo que fué adoptado por un tercero; ya que las causas de desheredación son personalísimas, y en el caso de que tratamos sólo se las atribuye la ley al hijo adoptivo «que goce de plena capacidad», por lo que al no poderlas alegar el padre natural, carecerá éste de base para la petición de los alimentos. Sólo queda comprendido de una manera neta dentro de ese precepto el caso de que, siendo la causa originadora de la extinción de la adopción la de poderse justificar por los padres naturales, su falta de culpabilidad en el abandono del hijo adoptado, así como su buena conducta desde ese instante, no se quiera utilizar para su efecto normal de extinción de la adopción, pues en el caso de utilizarse para ella, quedaríamos automáticamente fuera del presente supuesto, y pasaríamos a los de la patria potestad normal, sino que se haga uso de ella sólo para esta petición de alimentos, o también cuando no pueda servir para solicitar la extinción de la adopción por ser ya el adoptado mayor de edad o haber recobrado la capacidad. No parece necesario el aclarar que la petición de alimentos irá dirigida contra el patrimonio del hijo, si éste lo tuviese, pero nunca contra el del adoptante.

Entramos, por último, en el estudio de la patria potestad, y si las disposiciones de que antes tratamos parecen suponer su transmisión íntegra al adoptante, esto no así de una manera absoluta, por lo que se requieren algunas aclaraciones.

Si la adopción es plena, a todo lo que hemos venido exponiendo hay que añadir lo que dispone el art. 174, en el que se expresa que «el adoptado está exento de deberes por razón de parentesco con sus ascendientes o colaterales por naturaleza», y que «los parientes por naturaleza no conservarán ningún derecho». Llegándose aún más lejos por el art. 147, pues al tratar de la licencia para el matrimonio del adoptado, la atribuye, en primer lugar, al adoptante, como era lógico, pero por su falta no autoriza para esa función a la familia natural, sino que, suponiendo extinguido todo vínculo del adoptante con ella, llama al Consejo

de Familia como en los supuestos de carecerse de familia por el que pretende contraer matrimonio.

Esta postura no es, por ello, injusta. Si nos fijamos en esta clase de adopciones, vemos que antes de producirse no correspondía ya la patria potestad a los padres por naturaleza, puesto que el adoptado era abandonado o expósito. Por ello, si demostrasen su falta de culpabilidad en el abandono o exposición, y esa demostración se realizase durante la menor edad o incapacidad del adoptado, aquel vínculo natural es tan fuerte, que el legislador no ha podido desconocerlo y ha recogido este supuesto en su art. 175 como una de las causas que pueden producir la extinción de la adopción, permitiéndose así el que la patria potestad vuelva a los cauces naturales.

Si la adopción es menos plena, nos atreveríamos a decir que la patria potestad por naturaleza está suspendida en tanto que viva el adoptante y sea válida la adopción y que al faltar ésta, vuelve automáticamente esa función a los padres por naturaleza. Por esto se dice en el párrafo 2.º del art. 180, que, «en defecto del adoptante, la patria potestad pasará a los padres por naturaleza». Debiendo entenderse que al referirse al adoptante lo hace también a los adoptantes cuando lo son dos esposos por tratarse de una adopción conjunta, ya que el término es claro y el criterio general del Código es el de que esa función pase a la madre en defecto del padre, lo cual es válido en este caso.

Todo lo que hemos ido exponiendo concuerda con la idea que ha inspirado a los redactores de la reforma, los que en su Exposición de Motivos dicen al efecto:

«El arreglo de los intereses contrapuestos, que existen entre los parientes naturales, con los que el adoptado está unido por vínculos de sangre, y la nueva familia adoptiva, consituye la dificultad mayor con que la reglamentación legal de la adopción tropieza. La solución que se da en el caso de la adopción plena es, sin duda, radical, pero no podía ser de otro modo si se quiere cortar de raíz el temor de interferencias abusivas de la familia natural en el círculo de la familia adoptiva. La estricta regulación de los requisitos de la adopción plena y la posibilidad de impugnación concedida a los padres totalmente inculpables del abandono o exposición justifican el que, después, se regule con tal radicalismo la efi-

cacia de la adopción plena. En consecuencia, al fallecer el o la adoptante, si el adoptado fuere menor de edad la patria potestad se extingue. Los ascendientes y colaterales del adoptado no son llamados a la tutela legítima. El quedar tan notablemente restringido el número de éstos llamados, y no habiéndose, en su caso, dispuesto nada sobre la delación tutelar por el testamento del adoptante, serán frecuentes los supuestos de designación judicial del Consejo de Familia y los de Tutela dativa. El legislador que ha excluido a los parientes del adoptado de los deberes o potestades que ordinariamente tendrían como tales parientes, en la organización tutelar, no los ha excluido, sin embargo, de estos llamamientos supletorios, para los que, en principio, son hábiles todas las personas, en contemplación de las circunstancias de cada caso, tales llamamientos se harán con amplia libertad, eligiendo las personas que para ello se consideren idóneas, ya pertenezcan a una u otra familia, ya no formen parte de ninguna de las dos.»

EFFECTOS CON RELACIÓN A LOS BIENES.

Al ser la patria potestad una de las relaciones jurídicas más extensas y delicadas entre dos personas, sus efectos en cuanto a los bienes se producen, tanto respecto a los bienes del padre en cuanto al hijo como sobre los de éste respecto a aquél, siendo igualmente válido el postulado cuando la relación paterno-filial está derivada del vínculo adoptivo. Pero las anteriores afirmaciones son ciertas únicamente cuando nos referimos a las relaciones entre las personas y los bienes en un sentido amplio, o sea, como efectos económicos de la institución, pero no como efectos directos sobre los bienes mismos. En el primero de los indicados sentidos, el patrimonio de los padres será el destinado a sufragar los gastos que ocasionen los deberes inherentes a la patria potestad, pero en un sentido restringido, que es el usual y el que vamos a considerar aquí, no existe relación directa alguna entre el hijo y los bienes de su padre, salvo al fallecimiento de él, aunque exista una indirecta al través de la protección de los bienes, y salvaguardia del cumplimiento de las obligaciones, que supone la solicitud de declaración de prodigalidad del padre, ya que la protección de su

patrimonio del despilfarro por él realizado, se encamina también a posibilitar al cumplimiento de las obligaciones económicas que se derivan de la patria potestad. Resulta así que sólo podemos hablar con propiedad de relaciones directas entre los bienes de los hijos y los padres que los tiene bajo su potestad y a ellas tenemos que limitar nuestra exposición, bien que en la modalidad de la adopción, que es el supuesto que venimos contemplando en el presente.

Tres son los efectos que podemos estudiar en cuanto a las facultades de los padres sobre los bienes de los hijos que están bajo su potestad: los relativos al usufructo; a la administración y a la enajenación. Si bien en cada uno de ellos surgirán especialidades y excepciones, que tienen tanta importancia como la regla general.

A) *Usufructo.*

La regla general establecida por los arts. 160, 161 y 162, es la de que los padres son los usufructuarios de los bienes de los hijos que están bajo su potestad, exceptuándose el de aquellos que adquiriera el mismo hijo, con su trabajo e industria, si vive independiente de sus padres, con el consentimiento de ellos, así como el de los donados o legados al mismo hijo para atender a los gastos de su educación e instrucción. Resulta así que hay que sentar la presunción de que toda patria potestad lleva anejo este usufructo legal, mientras no se disponga otra cosa por la ley. Encontrándose precisamente dentro de esa presunción la patria potestad que surge en virtud del vínculo adoptivo, la cual tendrá atribuida en principio ese usufructo, con las referidas excepciones, por ser también éstas de carácter general.

La cuestión a plantear queda reducida a indagar si existe algún precepto legal por el que se prive de ese usufructo al adoptante que ejerce la patria potestad sobre su hijo adoptivo, cuya cuestión se resolvía por el art. 166 del Código en su anterior redacción, en el sentido de que la patria potestad inherente a la adopción estaba privada de todo usufructo legal sobre los bienes del hijo adoptivo. Aunque había que reconocer con Mucius Scaevola que la redacción gramatical del precepto no era lo clara que sería de desear, por lo que surgía la duda de si esta privación era

general o estaba limitada al caso de que el adoptante no prestase la correspondiente fianza.

Hoy ha sufrido ese precepto una profunda reforma por la ley de que venimos tratando, a la vez que se le han suprimido dos comas existentes en la anterior redacción, quizá con el propósito de perfilar su interpretación y de que ésta no pueda ya motivar las dudas expresadas por aquel tratadista. Se dice en la nueva redacción del art. 166: «Los padres que reconocieren o adoptaren en forma menos plena, no adquieren el usufructo de los bienes de los hijos reconocidos o adoptivos, y tampoco tendrán su administración, si no aseguran con fianza sus resultados a satisfacción del Juez del domicilio del menor o de las personas que deben concurrir a la adopción.»

El estudio de su contenido revela, en primer lugar, que la limitación que en él se impone, o, lo que es lo mismo, el cercenamiento de las facultades inherentes a la patria potestad, sólo se opera respecto a las adopciones «menos plenas», con lo que las plenas siguen la tónica general del Código y en ellas tendrá el adoptante el derecho de usufructo legal sobre los bienes del hijo adoptivo, por no haber sido incluido su caso entre los excluidos de él por el referido precepto.

En cuanto a la adopción menos plena, creemos que hoy no ofrece duda la cuestión. El padre adoptivo queda privado siempre del usufructo, sin que podamos siquiera intentar el malabarismo de relacionar esa prohibición con la que expresa a continuación referente a la administración, para así tratar de aplicar al usufructo la posibilidad de que sea atribuido al adoptante que haya prestado fianza suficiente. Ni con fianza ni sin ella podrá atribuirse al adoptante aquél usufructo legal, y si un tercero hubiese dejado al hijo adoptivo algunos bienes con la condición de que los usufructuase el padre adoptante mientras conserve la patria potestad, ese usufructo podrá tener, en verdad, un contenido muy similar al legal, e incluso su finalidad puede ser la misma, pero estarán separados por la profunda diferencia que existe entre los usufructos legales y los voluntarios, barrera muy marcada e imposible de atravesar.

Una consecuencia directa de lo expuesto, es la de que si en las adopciones menos plenas no tiene el adoptante el usufructo de

los bienes del hijo adoptivo, el disfrute de ellos le corresponderá a éste. El hijo tiene la propiedad de unos bienes, y a este derecho hay que atribuirle todas las facultades que la ley le concede, salvo aquellas de que le priva de una manera expresa, y si al adoptado, en la adopción menos plena, no se le reducen sus facultades dominicales mediante la atribución del usufructo legal al padre adoptante, el disfrute seguirá en aquél como una facultad más de las que forman parte de su derecho. Y no se nos diga que en este caso se conservará el usufructo legal por el padre o madre por naturaleza. Este usufructo legal, como atributo del ejercicio de la patria potestad, fué perdido por los padres en el mismo momento en que perdieron la patria potestad en virtud de la adopción del hijo.

Esta tranquilidad de haber llegado a una solución, es sólo aparente si se observa el caso con más detenimiento. Efectivamente, surge rápidamente la pregunta de que ¿cuándo y cómo realizará el hijo adoptivo ese disfrute?, ya que no podemos olvidar que los deberes de guarda, alimentación, instrucción, etc., son consustanciales con la patria potestad y le corresponde su satisfacción al que la ejerce, bien se incremente o no el peculio del mismo con los productos de los bienes que pudiera tener el sometido a esa patria potestad. Son estos dos caminos diferentes, que si bien no pueden ser confundidos, pueden tener ambos un mismo punto de llegada, cual es la utilidad y el beneficio del hijo sujeto a la patria potestad.

Que el adoptante ha de satisfacer los gastos que el ejercicio de la patria potestad lleva consigo, es cuestión indiscutida. Por tanto, el disfrute de los bienes del hijo adoptivo, cuando por ser menos plena la adopción son conservados por éste, se polariza en un sentido económico, suponiendo un incremento de su patrimonio o utilizando una imagen, se verificará una acumulación de disfrutes no utilizados, para poderlos realizar en el momento de su emancipación. Por otra parte, si el adoptante no puede cumplir el contenido económico que aquellos derechos-deberes traen consigo, por haber venido a peor fortuna, pongamos como ejemplo, y el hijo adoptivo posee bienes bastantes para sufragarlos, ¿podrán quedar intocados los frutos de esos bienes?; ¿quedará el menor sin la educación que puede y merece, por ese respeto estricto a la letra

de la ley?; ¿deberá pedirse en este caso alimentos por el menor, entendidos éstos en el amplio sentido que respecto a los menores de edad le atribuye el Código, precisamente a su familia natural, al carecer de medios para ello la adoptiva? Para llegar a una contestación negativa nos bastará fijarnos en el último de esos casos. Si el adoptante no puede darle esa educación e instrucción; si el adoptado no puede pedirlos a la familia natural, ya que por tener bienes propios no se encuentra en el supuesto previsto por el artículo 148, de que «la obligación de dar alimentos será exigible desde que los necesitare para subsistir», y si los frutos de los bienes propios fuesen intangibles, hasta que llegue el momento de que puedan ser administrados por el mismo hijo, por haber llegado éste a la mayoría de edad o haber resultado emancipado antes de ella por alguna de las formas que la ley autoriza, nos podríamos encontrar con una situación similar a la del «asno de Buridán», lo cual no sería admisible ciertamente. Podría alegársenos que la Ley de Enjuiciamiento Civil autoriza la enajenación de esos bienes y precisamente para atender a las necesidades del menor, pero no puede siquiera plantearse seriamente la cuestión, pues sería absurdo el que un Juez autorizase la enajenación de los bienes de un menor, para atender a necesidades que pueden ser satisfechas con el producto de esos mismos bienes.

Concluyendo, podemos resumir la solución diciendo que podrá destinarse el producto de esos bienes a la satisfacción de las aludidas necesidades, cuando se esté en el supuesto contemplado, pero como ese usufructo no está atribuido al padre o madre adoptante, por tratarse de adopciones menos plenas, la disposición de esos frutos, para ese fin, requerirá la autorización judicial, cual si se tratase de una enajenación, puesto que los frutos, desde el instante en que son percibidos, pasan a incrementar el patrimonio del menor y su utilización por el adoptante equivale a una enajenación parcial del patrimonio de aquél. Cualquier opinión distinta a permitir ese destino de los frutos, podría dar lugar, con justeza, a algunas ironías, que el excesivo afán de literalidad en las interpretaciones de los preceptos legales nos hace merecer a veces a los profesionales del Derecho.

B) *Administración.*

Se expresa respecto a esta materia el Código, en su art. 159, que «el padre, o en su defecto la madre, son los administradores legales de los bienes de los hijos que están bajo su potestad». Y como en el usufructo, esta regla general incorporadora de la administración de los bienes de los hijos al ejercicio de la patria potestad, tiene como excepciones concretas las de los bienes que el hijo adquiera por su trabajo o industria, cuando viva independientemente de sus padres y con el consentimiento de ellos (artículo 162), y la de aquellos bienes donados o legados al hijo para su educación e instrucción, cuando el donante o testador hubiese dispuesto que su administración no se ejerza por los padres del favorecido con la liberalidad (art. 162).

Continuando aquí las analogías con el usufructo, hemos de dejar sentado que esta administración incorporada a la patria potestad sólo puede ser independiente de ella, con un carácter general, en aquellos casos en que expresamente se disponga así por la ley, los cuales están contenidos en el art. 166 del Código, que transcribimos al tratar del usufructo.

El contenido de ese artículo no es idéntico en cuanto a esas dos facultades. A semejanza de lo dispuesto en cuanto al usufructo, la privación de las facultades de administrar sólo alcanza a los padres adoptantes cuando se trate de las adopciones menos plenas, quedando equiparados en las plenas a la patria potestad derivada del parentesco natural. Pero la similitud en la regulación cesa aquí, pues si en las adopciones menos plenas la privación del usufructo es permanente, la de administrar procederá solamente, como expresa el apartado final del precepto, cuando no se aseguren sus resultados con fianza, a satisfacción del Juez del domicilio del menor o de las personas que deban concurrir para la adopción.

De las varias cuestiones que origina este precepto, ya tratamos de algunas de ellas al hacerlo de los requisitos formales de la adopción, dejando las restantes para el presente, que podemos decir que se reducen a dos: determinación de si se requerirá el formar inventario de estos bienes, así como los requisitos del mismo en su caso, y la de señalar quiénes serán los que tengan la

administración de dichos bienes en el caso de no prestarse fianza por el adoptante, o entre tanto que no se haya cumplido ese requisito.

En toda esta materia no podemos olvidar que estamos tratando de efectos derivados de la patria potestad, así como de que las normas del Código relativas a ella son aplicables íntegramente al caso presente, mientras no exista disposición expresa en la que se disponga otra cosa. En virtud de ese axioma, hemos de indagar entre las que dedica el Código a este punto, en la que encontraremos a la primera ojeada la solución del primero de los problemas que antes apuntamos. Dice, al efecto, el párrafo 2.º del art. 163: «Se formará inventario, con intervención del Ministerio Fiscal, de los bienes de los hijos en que los padres tengan sólo la administración; y a propuesta del mismo Ministerio, podrá decretarse por el Juez el depósito de los valores mobiliarios propios del hijo.»

Para el segundo de esos problemas, no encontramos solución en los artículos del Código dedicados a los efectos de la patria potestad en cuanto a los bienes de los hijos. Es cierto que en el mismo se prevén algunos casos en los que el detentador de la patria potestad no tiene a su vez la administración de los bienes del sometido a ella, pero como en ellos no se refiere a una privación total de la facultad de administrar, sino sólo parcial y limitada a determinados bienes, al ir tratando de cada una de esas excepciones alude a su vez a quién debe atribuirse la administración. Así, determina que le corresponderá al mismo hijo, respecto a los bienes que adquiera con su trabajo e industria, en el caso de vivir independientemente de sus padres con el consentimiento de ellos y la atribuye a la persona designada por el testador o donante, respecto a los bienes legados o donados para la educación e instrucción del hijo, cuando se haya realizado esa liberalidad, con la prohibición de que tenga su administración el padre o la madre que ejerza la patria potestad.

Esta carencia de normas nos aboca a una verdadera laguna legal, que hemos de procurar colmar, deduciendo de otros preceptos del mismo Código cuáles puedan ser las reglas aplicables al caso que ahora nos ocupa.

Si se tratase de bienes que ya poseía el adoptado con anterioridad a su adopción, al analizar el contenido del art. 166, veremos

que éste parte de la base de que la administración de esos bienes estaba ejercida por alguna persona hasta el momento en que el adoptante prestaba la fianza y era calificada su suficiencia, y esto, a pesar de haber tenido ya lugar su adopción en la modalidad de menos plena, o sea que los bienes continuarán administrados por el que los tenía en ese concepto, aún después de realizada la adopción y hasta tanto que el adoptante no haya prestado fianza suficiente.

Si el problema de la tenencia de bienes por el adoptado se plantea con posterioridad a la aprobación definitiva de su adopción menos plena, por haber correspondido entonces al hijo algunos bienes, la interpretación del art. 166 parece inducirnos a sostener que esa administración deberá corresponder a quien la hubiese ejercido de no existir la adopción, y hasta tanto se preste la fianza aludida. Pero tendremos que ser muy precavidos en cualquier interpretación analógica. Por esto, no acudiendo a ella, sino en último extremo, podemos encontrar la solución del caso sin recurrir a la analogía, en el contenido del art. 165 del Código, cuya solución no sólo será aplicable a este supuesto, sino también al anterior, cuando se tratase de un tutor, que al ser adoptado el menor y cesar todo el organismo tutelar, pierda su cualidad de tal, a la vez que el título por el que era llamado a esa administración.

En el art. 165 se regula el nombramiento de un defensor judicial del menor o incapacitado, para que lo represente en juicio y «fuera de él», siempre que en algún asunto tuviese intereses opuestos a los de su padre o madre. Con esta base, si lo que el Código trataba de evitar en las adopciones menos plenas, al negarle al adoptante el usufructo de los bienes del hijo adoptivo y limitarle su administración al supuesto de prestar fianza suficiente, era el que ella pudiese convertirse en un medio de lucro para el adoptante, ¿no es ello un reconocimiento de la existencia de una contradicción de intereses, al menos presunta, entre adoptante y adoptado?, y ¿no se revela como real esa contradicción de intereses cuando el adoptante no quiera prestar la fianza? No olvidamos ante la solución apuntada, que el Tribunal Supremo, en sentencia de 17 de abril de 1933 atribuye a este defensor una misión meramente representativa y le niega por el contrario la de vigilancia y administración permanente, pero también tenemos en

cuenta, que al realizarse cualquier interpretación de un precepto referente a la patria potestad, es tradicional el olvidarse de la adopción, que tan escasa, vida práctica ha tenido hasta el momento presente, así como también el que la permanencia en el cargo, que trata lógicamente de evitar el Tribunal Supremo con la finalidad de que este defensor no se convierta en algo similar a un tutor, no se daría al aplicar esa institución al caso presente, ya que en cualquier momento podrá prestarse la fianza por el adoptante, con lo que cesaría automáticamente la función administrativa encomendada al defensor, siguiendo así sujeto el cargo a la idea de la temporalidad, bien que sin poderse precisar el espacio de ella.

C) *Enajenación.*

Hemos de continuar aplicando en este punto, como en los anteriores, la norma de la similitud de efectos en la patria potestad, ya se derive ésta de la filiación legítima, ya lo sea de la adoptiva, y como en la adopción plena esta similitud es total en cuanto a los bienes, las reglas dictadas por el art. 164 del código, relativas a los requisitos de las enajenaciones de los bienes de los sujetos a patria potestad, de exigirse para ello el que padre o madre obtenga la autorización judicial correspondiente, es igualmente aplicable a las adopciones plenas, en las mismas formas y circunstancias que se expresan por dicho artículo, salvo que tendremos que sustituir la referencia que en él se hace a los padres naturales, por la de padre o madre adoptivos.

En las adopciones menos plenas, ya hemos ido viendo que la equiparación es menos profunda. El adoptante no tiene nunca el usufructo de los bienes del hijo adoptivo, ni tampoco la administración, salvo en el caso de que asegure confianza suficiente su gestión. Esta postura no es obstáculo para que puedan surgir las causas de necesidad o utilidad que justifiquen la enajenación de los bienes del hijo adoptivo menor de edad, para lo que podríamos citar bastantes ejemplos, como el que planteábamos al tratar del usufructo, incluso con una mayor exageración en sus términos. Resulta así, que si bien puede surgir la causa de necesidad o de utilidad que aconsejen y justifiquen la enajenación de los bienes

del hijo adoptivo, como el Código sólo le concede esa facultad al padre o madre que tengan el usufructo de ellos, o bien la administración, y aún ello, exigiendo que se obtenga la autorización judicial oportuna, al no tenerse nunca el usufructo por el adoptante en las adopciones menos plenas, ni aún siquiera la administración, salvo que haya prestado la fianza de que antes tratamos, parece que nos encontramos sin preceptos reguladores respecto a las susodichas enajenaciones, y así resulta efectivamente, por un olvido incomprensible, teniéndose que acudir por ello a otros cuerpos legales, para en su vista resolver esta cuestión, o para dejar sentado que ella no tiene solución en nuestra legislación.

Siguiendo esa idea, vemos que la Ley de Enjuiciamiento Civil es, por el contrario, lo suficientemente amplia al respecto y dedica su título XI, del libro III, a «la enajenación de los bienes de los menores e incapacitados y transacciones acerca de sus derechos». Y es a los artículos comprendidos en dicho título a los que hemos de acudir para resolver este extremo, los cuales no pueden estar alterados en su aplicación a estas adopciones por ningunos otros del Código Civil, ya que, como hemos dicho, en él se omite este supuesto.

Resumiendo la doctrina contenida en ese grupo de artículos, podemos sentar como reglas claves en el problema:

1.ª Que las enajenaciones requerirán autorización judicial (artículo 2.011).

2.ª Que para concederlas se requerirá petición al efecto del que obste la patria potestad y justificación de la necesidad o utilidad de la enajenación (art. 2.012).

3.ª Que la enajenación tendrá que realizarse mediante subasta pública, a la que habrá precedido un avaluo de los bienes (arts. 2.015 y 2.016), pudiéndose eximir del requisito de la subasta, a aquellos casos en que se hubiesen celebrado ya tres sin haberse presentado en ninguna de ellas postor admisible (art. 2.021). Y

4.ª Que una vez realizada la enajenación, se justificará la inversión del precio obtenido ante el Juez que concedió la autorización (art. 2.024).

EFECTOS CON RELACIÓN A LOS DERECHOS SUCESORIOS.

La reforma llevada a cabo en la parte del Código Civil, dedicada a la adopción, ha sido más profunda en la materia objeto del presente epígrafe que en ninguna otra, además de que en su contenido, se ha precisado con gran nitidez la separación entre las dos especies de adopción admitidas por la nueva regulación, la plena y la menos plena. Su exposición no por ello podrá hacerse basándose sólo en esos dos términos, sino que tendremos que distinguir varios grupos en atención a la clase de la sucesión en sí, sin perjuicio de que en cada uno de ellos distingamos a su vez, según la especie de la adopción. Por ello expondremos separadamente la sucesión forzosa, la intestada, la testada y la contractual.

A) *Sucesión forzosa.*

Apartándose radicalmente en esta especie de sucesión, de la tónica que informaba a la anterior normación de ella en cuanto a la institución de la adopción, se ha inclinado la reforma a una solución más en armonía con su verdadero espíritu, aprovechándose a la vez para marcar con ella la diferencia entre las dos especies de adopción regualadas ahora, la plena y la menos plena.

En la adopción menos plena no se le reconoce ni al adoptante ni al adoptado ninguna clase de derechos como herederos forzosos en sus respectivas herencias, con lo que esta especie de sucesión queda excluida de esas adopciones. En tanto que en la plena, los equipara a este respecto con los padres e hijos naturales reconocidos, no habiéndose llegado aún más lejos en la equiparación, porque, como dice la Exposición de Motivos, no se ha querido dar un mayor contenido al vínculo adoptivo que al natural, lo cual indica que lo que no se estimaba acertado, no era el darle mayores derechos a los padres e hijos por adopción, sino el que éstos fueran superiores a los concedidos a los parientes naturales en virtud del reconocimiento del hijo.

Se establece a este efecto por el art. 179, en su párrafo 1.º, referente únicamente a las adopciones plenas por estar compren-

dido en la sección que el Código dedica a las mismas, que «por ministerio de la ley, el adoptado, y, por representación, sus descendientes legítimos, tendrán en la herencia del adoptante los mismos derechos que el hijo natural reconocido, y el adoptante en la sucesión de aquél los que la ley concede al padre natural». En esa expresión, se lleva a efecto una equiparación total de los dos parentescos en cuanto a los derechos sucesorios, y no solamente en cuanto a las cuotas, por esto, las reglas dictadas para la atribución a la parte de legítima de las donaciones hechas al hijo natural, las relativas a la desheredación, indignidad, etc., en ese parentesco, serán igualmente aplicables al nacido de las adopciones plenas.

La exégesis del artículo es clara en cuanto a los derechos legítimos del adoptado, o de sus descendientes legítimos, en la herencia del adoptante, pues incluso la concurrencia con otros hijos naturales no producirá otro efecto que estimar al adoptivo como a uno más entre ellos. Lo que sí motivaría alguna dificultad interpretativa, sería la concurrencia en la herencia del adoptado, de padres adoptivos y de padres naturales; pero la cuestión ha sido resuelta por el párrafo 3.º del mismo artículo, en el que se expresa que «los parientes por naturaleza no conservarán ningún derecho» en cuanto al hijo adoptivo, salvo el de alimentos, del que tratamos con anterioridad en el presente trabajo.

Esa claridad no compensa, sin embargo, de la oscuridad en que queda la determinación de los derechos legítimos, y demás conexos con ellos, del adoptado en su familia natural, y de ésta en la herencia de él; pues si bien el primero de esos aspectos es objeto de regla expresa por parte del Código Civil, el segundo no lo ha sido, o a la sumo, lo está en una forma bastante imperfecta.

Los derechos sucesorios del adoptado en su familia natural se mantienen indemnes, pese a la adopción. Con ella no ha querido el legislador que el adoptado sufra perjuicio alguno, antes al contrario, es la idea de su beneficio lo que informa toda su regulación. Así se dice con un carácter general por el párrafo 4.º del art. 174, que por ello es de aplicación a las dos especies de adopción, para lo que, a mayor abundamiento, ha sido encuadrado en la sección dedicada a las normas generales aplicables a las dos especies, que «el adoptado conservará los derechos sucesorios que le correspon-

dan en la familia por naturaleza». Una derivación de este principio, en relación con los derechos legitimarios, atribuidos al adoptante en las adopciones plenas, será el de la aplicación en su caso de la reserva establecida por el art. 811 de nuestro Código Civil. Efectivamente, al contemplarse de una manera preponderante por esa reserva la procedencia de los bienes, los que por ministerio de la ley adquiriera el adoptante en la herencia del hijo adoptivo y que éste hubiese adquirido a su vez por título lucrativo de un ascendiente o un hermano que lo sean por naturaleza, tendrán que ser reservados en favor de los parientes de esta última clase, que estando dentro del tercer grado, pertenezcan a la línea de donde los bienes procedan.

La cuestión que venimos examinando es distinta cuando observamos los derechos de la familia natural en la sucesión del hijo que fué adoptado. En las adopciones menos plenas, al no existir precepto que derogue esos derechos, ni oposición con los posibles derechos por parte de la familia adoptiva, ya que a ésta no se le concede ninguno en la sucesión del hijo adoptivo, los de la familia natural serán los generales regulados por el Código.

En las adopciones plenas la cuestión se presenta con una faceta distinta. Al adoptante se le atribuye en la herencia del hijo adoptivo los mismos derechos que un padre natural, y además de ello, se excluye expresamente de esta herencia a la familia natural del hijo. La cuestión que origina las dudas en este punto, no es por ello la concurrencia entre las dos familias, sino la determinación de si la privación de los derechos hereditarios de la familia natural es definitiva o si cesa al extinguirse la adopción, y dejando aparte los supuestos de extinción por petición fundada en una de las causas determinadas por la ley, en cuyo caso es ella misma la que no autoriza más subsistencia de sus efectos que los ya producidos, queda aún por determinar el supuesto de extinción normal, o sea por haber ocurrido el fallecimiento del adoptante, en el que a pesar de que no volver la patria potestad a la familia natural, sino que se constituye el organismo tutelar, hemos de entender que los derechos sucesorios de esa familia vuelven a cobrar vigor desde ese fallecimiento y tendrán una aplicación plena en caso de que fallezca el hijo.

Reconocemos que la tajante determinación de que los parientes

por naturaleza no conservan ningún derecho en los supuestos de adopciones plenas, no parece admitir subdistinciones y tiene la misma justificación que las causas de indignidad para suceder, de los padres que abandonen a sus hijos y que se señalan por el número 1.º del art. 756 del Código; pero también debe tenerse en cuenta que sería injusto el ir más allá de esa declaración tan precisa, o sea el continuar manteniendo esta desheredación legal, o indignidad para suceder, cuando no exista el abandono que la justifica y en cuya presunción se apoya. El mismo precepto legal que declara la privación de los derechos de la familia natural lo comprende así, y por ello le concede alimentos a los padres por naturaleza que justifiquen su falta de culpabilidad en el abandono o exposición, como sucedería si los pidiera un padre incapacitado, que precisamente por ello no pudo asentir ni oponerse al realizado por su cónyuge. ¿Por qué iba a privársele de su legítima y precisamente cuando faltaba el adoptante que legalmente lo excluiría? Y ¿por qué iba a privársele de ella a los demás ascendientes que no pudieron tener ninguna intervención en el abandono? Comprendemos que esta interpretación es un poco forzada, pero es desde luego tan justa y tan absurdo por el contrario, el que pudiese ser heredero de ese causante el Estado, cuando existían ascendientes naturales que serían llamados por el mismo Código de no haber existido los adoptantes, que nos parece que con ella se inclinará nuestro Tribunal Supremo si el caso llegara a plantearse.

B) *Sucesión intestada.*

Los problemas y sus soluciones en esta especie de sucesión, son idénticos a los de la sucesión forzosa, ya que ambas están comprendidas en los amplios términos utilizados en la redacción del precepto que transcribimos al tratar de ella. No obstante, existen en ésta algunos problemas típicos, de los que vamos a tratar, pero sin entrar en el detalle de los mismos, por reservar el estudiarlos con mayor precisión al hacerlo de la sucesión contractual, donde tiene mejor encuadramiento.

El adoptado plenamente tiene en esta sucesión los derechos de un hijo natural del adoptante, mientras que, por el contrario, en

las adopciones menos plenas no tiene ninguno, pero tanto unos como otros pueden ser modificados en virtud de la existencia de pactos sucesorios, los cuales proyectan sus efectos en esta materia de la sucesión abintestato.

Dice el párrafo 3.º del art. 174: «Los derechos del adoptado en la herencia del adoptante y establecidos en la escritura de adopción, son irrevocables y surtirán efecto aunque éste muera intestado, salvo que el adoptado incurriere en indignidad para suceder o causa de desheredación o se declare extinguida la adopción.»

El contenido de ese párrafo es claro en cuanto al extremo que nos ocupa, sin que tengamos que entrar ahora en la determinación que hace otro del mismo artículo sobre el límite máximo a que pueden ascender estos derechos. Sólo conviene señalar: Que al ser estos pactos una verdadera sucesión contractual, el fallecimiento abintestato del adoptante concedente no puede ser completo, pudiendo abrirse esta clase de sucesión en cuanto a la parte que no esté comprendida en la contractual. Que si el pacto sucesorio hubiese sido estipulado en una adopción plena, no podrá desvirtuarse con él el derecho de equiparación al hijo natural que se atribuye al adoptivo por la ley en cuanto a la herencia del adoptante. Y que las causas de indignidad operarán, si proceden, tanto en relación con la sucesión contractual como en la intestada, rigiéndose esta materia por las normas generales del Código dedicadas a la misma.

Si de lo que se tratase fuere de la sucesión intestada del hijo adoptivo, también tendremos que aplicar las normas expuestas al tratar de la forzosa, pero las razones que entonces alegamos para sostener el derecho de los padres por naturaleza a su porción legítimaria en defecto de los adoptivos, y siempre que se trate de adopciones plenas, es aún más marcado en esta especie de sucesión, pues constituiría, como ya dijimos, un absurdo jurídico el que pudiese ser llamado como heredero abintestato el Estado, existiendo parientes del hijo adoptado tan próximos como los ascendientes o los hermanos naturales. Hemos de insistir, en consecuencia, en que el precepto derogatorio de los derechos de la familia natural del que ha sido adoptado plenamente, sólo puede tener validez mientras subsista alguno de los adoptantes, teniendo que ser interpretado como una norma encaminada a evitar la concurrencia

entre ambas clases de familia, pero no a impedir que renazcan los derechos; mejor dicho, ciertos derechos de familia natural en defecto de la adoptiva, como se pone de relieve en el párrafo de la Exposición de Motivos que copiamos al tratar de los efectos en relación a las personas, y en el que reconoce el mejor derecho de la familia natural a la tutela del adoptado al faltar los adoptantes, si bien estimando que esa preferencia podrá operar al través de la tutela dativa, la cual concede mayor libertad para la exclusión de aquel pariente que resulte indigno de ser llamado para esa función, sin necesidad de tenerse que dictar para ello unas reglas de exclusión que serian forzosamente casuísticas, como ocurriría de haberse adquirido la tutela legítima.

Si la adopción hubiese sido menos plena, la sucesión abintestato del hijo adoptivo es la normal regulada por el Código. Ella no se encuentra impedida por ninguna norma especial de la adopción, ni tampoco podrá serlo por la existencia de pacto sucesorio, ya que esto no se permite del adoptado en favor del adoptante, sino sólo de éste en favor de aquél.

C) *Sucesión testada.*

Pocas especialidades podían legislarse en cuanto a esta sucesión. El respeto a la legítima del hijo adoptivo, con adopción plena; el respeto también a los posibles pactos sucesorios contraídos al realizar la adopción, y la probable intervención de las causas de indignidad para suceder o de las de desheredación a que se refiere el párrafo transcrito en el apartado anterior, constituyen las únicas normas especiales de la adopción respecto a las generales aplicables a toda sucesión testada. Como única regla típica dictada expresamente para la sucesión testada en esta institución, tenemos la referente a la designación de heredero, ya que se ha dispuesto por el párrafo final del art. 772 del Código, que «en el testamento del adoptante la expresión genérica hijo e hijos comprende a los adoptivos»; cuya disposición, dado su carácter general, será aplicable a todas las especies de adopción, tanto si se trata de la plena, como de la menos plena.

D) *Sucesión contractual.*

Las dudas sobre la especie de sucesión a que se refería el antiguo art. 177 del Código, han quedado hoy desvanecidas en el sentido de tratarse de una verdadera sucesión contractual. Criticando la frase utilizada anteriormente por ese artículo, dice la Exposición de Motivos de la vigente reforma, que su redacción era ambigua. pretendiéndose con ella, al parecer, dejar a salvo el principio prohibitivo de los pactos sucesorios, por lo cual se ha decidido el darle la redacción actual, que hace desaparecer toda duda, mediante la regulación de una sucesión contractual que constituirá una verdadera excepción a la doctrina del párrafo 2.º del art. 1.271 del Código, sobre la prohibición de celebrar contratos cuyo objeto sea una herencia futura. Pero esto es casi lo único que se ha conseguido en virtud de la nueva redacción, no habiéndose llegado a «regular tan delicada materia con la deseable precisión», como en frase literal propugna la citada Exposición de Motivos. Con esto queda demostrado una vez más la validez del principio de que es mucho más difícil la labor creadora que la censora, el que también reconocemos como aplicable a nuestro trabajo, con mayor motivo aún.

Las reglas dictadas por el nuevo articulado del Código en la presente materia, son solamente tres: dos de carácter general, aplicables a todas las especies de adopción, y otra de carácter particular dictada especialmente para las adopciones menos plenas.

Las normas generales se recogen en los párrafos 2.º y 3.º del art. 174, en los que se expresa:

«Los derechos del adoptado en la herencia del adoptante, y establecidos en la escritura de adopción, son irrevocables y surtirán efecto, aunque éste muera intestado, salvo que el adoptado incurriera en indignidad para suceder o causa de desheredación, o se declare extinguida la adopción.

El pacto sucesorio no podrá exceder de los dos tercios de la herencia del adoptante, sin perjuicio de los derechos legitimarios reservados por la ley a favor de otras personas.»

La regla de carácter particular se recoge a su vez por el último párrafo del art. 180, que es el único de la sección dedicada a la adopción menos plena. Según el mismo: «El adoptado, como

tal, sólo tendrá en la herencia del adoptante los derechos pactados expresamente en la escritura de adopción, sin perjuicio de la legítima de los hijos legítimos, legitimados o naturales reconocidos que pudiere tener el adoptante.»

Basta una lectura apresurada de esos párrafos para apreciar que la prudencia con que alude a los legitimarios en general el artículo 174 hubiese sido conveniente de ser mantenida en la redacción del 180. Parece evidente la intención del legislador de que el pacto sucesorio no sea preferente a las legítimas de los hijos legítimos, legitimados o naturales reconocidos del adoptante, cuando se trate de las adopciones menos plenas; pero es sólo esto lo que realmente queda a salvo de esos preceptos.

Los términos tan precisos utilizados en su redacción ponen de relieve, repetimos, a cuáles legítimas no podrán perjudicar los derechos sucesorios establecidos mediante los pactos que se consignen en la escritura de adopción; pero, ¿perjudicarán a las legítimas del cónyuge viudo y de los ascendientes, las cuales no están comprendidas en la enumeración del art. 180? ¿Qué ocurrirá si en la herencia del adoptante, en las adopciones menos plenas, concurriesen hijos legítimos, cónyuge viudo e hijos adoptivos a los que mediante pacto sucesorio se les hubieran concedido los derechos hereditarios máximos que autoriza el art. 174?

No son fáciles, no, los problemas que en sustitución de los antiguos plantea la nueva redacción, y para intentar al menos su solución, conviene recordar unos postulados que están contenidos en el articulado del cap. V del Libro I, que ha sido objeto de una reforma total. Estos postulados son los siguientes:

1.º Que en las adopciones plenas, el vínculo que ellas crea es más intenso y de un contenido más extenso que el regulado para las menos plenas.

2.º Que, pese a esa afirmación, no ha querido pasarse de una equiparación del hijo adoptivo con el natural reconocido, y en algunos casos, como en los de la tutela, ni aún eso, pues declara preferentes en estos extremos a los naturales reconocidos sobre los adoptivos, cualquiera que sea la clase de éstos; y

3.º Que en ningún supuesto, y éste es un postulado deducido, cuya admisión puede resolver la cuestión, se le conceden más de-

rechos a los adoptados con adopción menos plena, que a los que lo hayan sido en adopciones plenas.

Con esos postulados a la vista, podemos pasar a desarrollar las soluciones de cada uno de los casos que pueden plantearse, según cuales sean los herederos concurrentes, y en los cuales podrá surgir la antinomia entre los nuevos preceptos del Código sobre los derechos sucesorios en las adopciones y los preceptos anteriores sobre legítimas cuya redacción ha sido respetada, e incluso con otros de él que también han sufrido modificación en virtud de esta ley.

Concurrencia de hijos legítimos o legitimados, con adoptivos favorecidos con pactos sucesorios, concurriendo o no a la vez cónyuge viudo. Si los derechos concedidos en el pacto no exceden del tercio de la herencia, no existirá problema. Si excediesen, habrán de ser reducidos los del hijo adoptivo hasta quedar limitados, como máximo al tercio de libre disposición. Si además concurriese cónyuge viudo, la solución no se alteraría, ya que al recaer su legítima sobre el tercio destinado a mejora, afectará únicamente a los hijos legítimos, sin que pueda plantearse contraposición con los derechos de los adoptivos.

Concurrencia de hijos legítimos o legitimados, pertenecientes a distintos matrimonios del causante, con cónyuge viudo e hijos adoptivos favorecidos con el referido pacto sucesorio. En cuanto a los derechos de todos esos hijos, la solución es la misma que en el supuesto anterior, pero no ocurre así en cuanto a la legítima del cónyuge viudo, que en el supuesto presente habrá de recaer sobre el tercio de libre disposición, aunque ello pueda disminuir el haber que en el mismo le corresponda al hijo adoptivo. Esta solución es la correcta. En la adopción plena, porque así lo dispone el art. 174, y en la menos plena, además de por ese mismo precepto, que es de carácter general, porque el silencio que de la legítima del cónyuge viudo se realiza en la enumeración del art. 180, que es de carácter especial, no puede equivaler a una derogación de unos preceptos tan tajantes como el del art. 836. A mayor abundamiento, al declararse por este último artículo que la legítima del viudo es preferente a la del hijo natural, que es quien en definitiva sufre la reducción en los casos normales, de no existir adoptivos y al establecer el art. 180 que la legítima del hijo

natural será preferente a los derechos sucesorios del hijo adoptivo, ha de deducirse forzosamente que no puede sufrir modificaciones esas preferencias y que la del cónyuge se antepone a la del hijo adoptivo.

Concurrencia de hijos naturales y adoptivos, éstos con pacto hereditario en la cuantía máxima autorizada, o sin la del cónyuge viudo. Si no concurre viudo, no existirá problema, por no plantearse colisión entre ambas clases de hijos; a lo sumo podrá plantearse la cuestión de cuál será el derecho que como máximo podrá atribuirse al adoptivo, en cuya cuestión la solución es doble, pues si el adoptado lo es menos pleno, ese derecho podrá ser lo que reste después de detraer la legítima del natural reconocido que declara preferente el art. 180, y si lo ha sido con adopción plena, al equiparar el art. 179 a los adoptados en esta forma, con los hijos naturales reconocidos, sus derechos podrán ser los mismos que en el caso anterior, incrementados con la parte proporcional que pueda corresponderle en la porción legítima reservada para los naturales. Si concurriese a la vez cónyuge viudo, también tendremos que subdistinguir las dos especies de adopción, y siguiendo en la menos plena la tónica del art. 180, estimar que la legítima del viudo se detraerá de la parte no atribuible al natural reconocido cuyo derecho es preferente al del adoptivo, recayendo así sobre la del adoptivo con derechos máximos; en tanto que en la plena la equiparación que entre los naturales reconocidos y los adoptivos se realiza por el art. 179, obliga a estimar que, en cuanto a la parte de herencia comprendida dentro de la legítima de los naturales, la parte del adoptivo, uno más entre ellos, sigue la suerte que a ella se le atribuya, pero en cuanto a los derechos que hayan podido concedérsele sobre el resto de la herencia, como en esa parte lo será dejando a salvo las legítimas, el usufructo del cónyuge viudo se detraerá de ella, por ser preferente a los derechos del adoptivo.

Concurrencia de ascendientes con hijos adoptivos favorecidos con el pacto referido, con o sin la del cónyuge sobreviviente. La legítima, dice el Código, es la porción de bienes de que el testador no puede disponer por haberla reservado la ley a determinados herederos, denominados por ello herederos forzosos; por ello, si el legislador ha fijado un orden de preferencia entre los parientes a

quienes reserva la «legítima», la de los llamados en primer lugar será más intangible que la de los llamados en lugares posteriores. La legítima de los ascendientes se regula como más preferente que la de los hijos naturales reconocidos, aunque doctrinalmente se pueda disentir de las razones de esa preferencia, por lo que esos hijos sufren una disminución en la que pueda corresponderle cuando concurren con ascendientes. Además de esa razón de preferencia, hemos de recordar que la legítima de los ascendientes, como toda legítima, se declara preferente a los derechos sucesorios de los hijos adoptivos por el art. 174. Por todo ello, bien por cuando concurren con ascendientes. Además de esa razón de preferente la del hijo natural reconocido, a la cual lo es a su vez la de los ascendientes, según las reglas generales del Código, o bien porque en las plenas se efectúa una equiparación entre estas dos clases de hijos, naturales reconocidos y adoptivos, con lo que los derechos preferentes respecto a unos habrán de serlo igualmente respecto de los otros, hemos de concluir afirmando la preferencia de la de los ascendientes sobre los derechos del hijo adoptivo por cualquier título sucesorio, a cuyo efecto se reducirá en lo que fuere necesario los pactados en favor de los adoptados mediante adopción menos plena, o bien los de éste y los de los naturales, en proporción a sus respectivos derechos, si la adopción fuese plena. Y este mismo razonamiento será igualmente válido cuando a la vez concurrea cónyuge viudo, ya que su legítima sólo podrá gravar a lo sumo la de los hijos naturales, pero en ningún caso la de los ascendientes.

Hasta aquí no hemos tenido necesidad de tener en cuenta el posible contenido del pacto sucesorio en sus varias modalidades. Si los derechos que se le conceden al hijo adoptivo, en virtud de esos pactos, lo fuesen mediante la designación de cuotas o en otra cualquier forma que no consista en la de precisar los bienes concretos a que el pacto se contrae, la cuestión ofrecerá relativamente pocas dificultades; pero si se efectúa esa designación en una forma concreta, indicando los bienes en que consista, o si los derechos se establecieren mediante fórmulas tan vagas como la «de instituirle heredero», que era la utilizada por la anterior redacción del Código, surgirán una serie de problemas que no han sido aludidos, ni menos aún regulados en la reforma de que estamos

tratando. Hay que creer que, en el caso de vivir actualmente Dumoulin (Molinaeus), hubiese reservado los calificativos que dió a la divisibilidad e indivisibilidad de las obligaciones, para esta materia de los pactos sucesorios en la adopción.

La cuestión está ligada a la esencia misma de los pactos sucesorios, de los que ya dijimos que constituyen una sucesión contractual. Es definida ésta por Colin y Capitant, como «una convención por la cual una persona (instituyente) promete a otra (instituido) dejarle a su fallecimiento toda su herencia o una parte de ella, o un objeto determinado». Pero generalmente ninguna definición permite precisar mucho la institución definida, se acude a ese efecto, por los autores citados, al criterio de eliminación, manifestando en tal sentido: que la sucesión contractual no es una donación, puesto que no transmite ningún objeto al instituido durante la vida del disponente, creándose con ella un sucesor, pero no un donatario; no es tampoco una institución de heredero, pues podrá consistir en un objeto determinado, y tampoco es legado, no sólo por su carácter contractual, sino también por la irrevocabilidad que la caracteriza.

Si pretendiésemos comparar la sucesión contractual recogida por los preceptos del Código referentes a la adopción, con la de otras legislaciones, podríamos seguir la exposición de los referidos tratadistas franceses. Si de lo que se tratase fuere de estudiarla desde un punto de vista doctrinal, la de ellos mismos o la de tantos otros podría servirnos a ese fin. Pero como lo que pretendemos conseguir es el averiguar el desarrollo legal de esta clase de sucesiones en nuestra patria, hemos de acudir a los preceptos legales, no encontrando en ellos otra cosa que esos tres raquíticos párrafos, con los que el tratar de construir todo un sistema jurídico sobre estas sucesiones, nos parece que será una labor similar a la de construir una gran pirámide apoyándola solamente en su vértice. Y esa labor es la que tendrá que realizar la doctrina tras un farragoso tejer y destejer, lo que hubiese podido ser evitado con sólo haber añadido algunas pocas ideas a las escasas que ahora se le dedican. Y..., pasemos a la cuestión.

Si el pacto sucesorio consistiese en una institución de heredero, o en un legado de parte alicuota, su carácter de irrevocable; su validez, pese a la muerte intestada del adoptante; el lími-

te máximo que se señala para su cuantía, y el variable dependiente de la posible existencia de legitimarios, permitirán resolver la mayor parte de los problemas que puedan plantearse, al completar esas normas con las generales sobre las sucesiones y con las particulares sobre la institución de heredero. Como problema especial nos surgirá, el de determinar las acciones de protección que podrá ejercitar el instituido frente a los actos del instituyente que vayan encaminados a hacer ilusorio aquel derecho. Y para ello, el carácter irrevocable de esta sucesión, unido a la equiparación de padres e hijos que se realiza en orden a la tutela por el párrafo 6.º del mismo art. 174, podrán autorizarnos a resolverlo sin tener que acudir a interpretaciones demasiado forzadas, admitiendo que el hijo adoptivo podrá solicitar en este supuesto la declaración de prodigalidad del padre adoptante.

Sólo nos queda por añadir en cuanto a esa protección, que ella no podrá conseguirse al través de la inscripción del pacto sucesorio en el Registro de la Propiedad, en el caso de existir inmuebles en el patrimonio del adoptante, ya que estos pactos no pueden estimarse como comprendidos entre los títulos inscribibles a que se refiere el art. 7.º del Reglamento Hipotecario, pues si bien es cierto que modifican las facultades «futuras» del dominio de los inmuebles o de los derechos reales, no afectan de momento a bienes determinados, o sea que carecen del requisito de especialidad que es el nervio de nuestro sistema hipotecario, y cuando lleguen a adquirirla, es en el momento del fallecimiento del instituyente, en cuyo instante pasan a ser títulos sucesorios inscribibles de carácter normal, que se refieren a bienes que, sin esos títulos, no pueden ser alterados en su estado registral, conforme dispone el art. 14 de la Ley Hipotecaria, pero ocurriendo ello en un momento en que la protección es ilusoria. o sea cuando ya no se requiere protección. Podría alegarse que la especificación se conseguirá en el mismo momento del otorgamiento del pacto al través de las disposiciones contenidas en el art. 16 de la misma ley, pero su inaplicación al presente caso es evidente. Ni el hijo adoptivo es «dueño» de ningunos bienes, ni éstos le han sido transmitidos aún, ni podrá saberse hasta el fallecimiento del adoptante cuáles serán los bienes sobre los que recaerá el pacto sucesorio, ni aún la cuantía real de la participación concedida al adoptivo, pues el

patrimonio es en vida de su titular un ente vivo, que rehusa cualquier concreción.

Si el pacto sucesorio se refiriese a bienes concretos y determinados, la cuestión de la protección de los derechos del instituido, que es la más interesante para nuestro estudio, no podrá consistir ya en una declaración de prodigalidad, que pueda no remediar lo que precisamente se trata de evitar, por haberse realizado la enajenación de los bienes a que el pacto se refiere y no existir términos hábiles para poder obligar a una sustitución de ellos. De otra parte, pese a que la institución consiste en una cosa determinada; el juego de las reglas generales sobre las sucesiones: liquidación de la herencia; legítimas, etc., así como el de las causas que se recogen por el mismo precepto, en cuyo comentario nos encontramos, como la desheredación, indignidad para suceder y extinción de la adopción, podrán motivar una ineficacia del pacto sucesorio, que impidan el que su eficacia sea absoluta desde el instante de su concesión. En vista de todas esas consideraciones, entendemos que la solución del problema podrá consistir:

1.º En una inscripción del pacto sucesorio en el momento de su otorgamiento, al amparo del art. 7.º del Reglamento Hipotecario, por haber dejado de existir en esta modalidad la inconcreción que motivaba la inscribibilidad del supuesto anterior.

2.º En que esta inscripción operará de una manera similar a la de un derecho sujeto a condición suspensiva. Con lo cual no se obstaculizarán las facultades dispositivas del instituyente, si bien habrán de quedar sujetas a la amenaza de resolución que implica aquella inscripción condicional.

No son únicamente los expuestos los problemas que plantean estos pactos sucesorios, pero su exposición, y dada la novedad que suponen en nuestra legislación, requieren un estudio destinado exclusivamente a ellos, que por su enfoque y extensión no podemos hacer aquí, teniendo que limitarnos a aludir brevemente a algunos de ellos.

El criterio de irrevocabilidad atribuido por la ley al contenido de estos pactos, motivará el que deba entenderse reformado el orden de reducción establecido por el art. 820 del Código, en el sentido de que lo que en él se dispone respecto a las legítimas tendrá que ser ampliado a esta sucesión contractual, sin perjuicio

de que la equiparación quede limitada solamente a estos efectos, ya que las soluciones de las relaciones entre las legítimas y los pactos sucesorios, tienen las que antes hemos apuntado.

El derecho de representación en esta clase de sucesión tendrá que ser admitido solamente respecto a los descendientes legítimos del adoptado. Así se deduce del art. 174, que limita el parentesco nacido de esta institución al adoptante, de una parte, y al adoptado y sus «descendientes legítimos» de otra, y del art. 179, que al establecer el derecho de sucesión forzosa en cuanto a la herencia del adoptante, en las adopciones plenas, lo atribuye al adoptado, «y por su representación a sus descendientes legítimos». Podrá decirse que deberíamos seguir, respecto a la representación, el criterio de asimilar la sucesión contractual a la testada, pero esta postura no la estimamos acertada. Las diferencias entre ambas clases de sucesiones son de la misma importancia que las que pueden existir entre la presente y la intestada, ya que en definitiva, la contractual es una especie típica con analogías y diferencias con las restantes y la solución de sus problemas no podrá efectuarse basándose precisamente en las analogías, sino en la esencia de la institución en si, en cuanto sea posible, y ésta obliga a estimar la aplicación del derecho de representación a la presente sucesión, a los que debe inclinarnos lo que se apunta en las escasas normas sobre la materia y el hecho de que es un contrato el originador de ella, y un contrato cuya eficacia pende de las condiciones suspensivas que antes hemos apuntado, sin que haya inconveniente en que se use en vez de esa denominación, la de transmisión de los derechos adquiridos por el adoptado, aunque pueden ser muy distintas las consecuencias jurídicas que ello puede implicar, ya que el cónyuge del adoptado tendrá o no derecho a la masa de bienes que constituyan el pacto sucesorio, según optemos por el derecho de transmisión o por el de representación, y es precisamente la no admisión de ese derecho en favor del cónyuge, lo que nos ha llevado a configurarlo como derecho de representación.

La aplicación de las causas de desheredación o de las de indignidad para suceder, al referirse a ellas el art. 174, en una forma amplia, nos obligará a estimar que serán de aplicación todos los artículos que el Código dedica a esas dos materias, y por ello, los

descendientes del adoptado deberán adquirir los bienes en que el pacto consiste y de los que su causante se haya hecho indigno de heredar o para cuya desheredación haya dado causa.

La existencia de esta sucesión contractual, no deberá impedir la actuación de albaceas o contadores partidores en la forma ordinaria, ya que los efectos de aquella sucesión se limitan a servir de título base para las operaciones particionales, además de que el causante podrá disponer testamentariamente de otros bienes de su herencia, para lo que ya da motivo el límite que para la sucesión contractual se ordena por la ley, y en esos supuestos, habrá que admitir plenamente a los albaceas o contadores designados por el testador, cuya misión, no sólo no obstaculiza la sucesión contractual, sino que podrá facilitarla en bastantes casos en cuanto a su concreción práctica.

Y así podríamos continuar la enumeración de las cuestiones que deja pendientes la actual regulación de esta sucesión contractual, la que por el momento es sólo un injerto, aún no prendido, en el frondoso árbol de nuestra legislación civil.

CAPÍTULO IV

EXTINCION DE LA ADOPCION

Se razona en cuanto a este extremo por la Exposición de Motivos de la Ley reformadora del Código en la materia, diciendo: «La adopción ha de gozar de la mayor estabilidad, pues afectando profundamente al estado y condición de las personas, sería perturbador dejar su subsistencia supeditada a la voluntad concorde o unilateral de los interesados. Atendiendo a tan fundadas razones se ha declarado irrevocable. Sin embargo, se establece la posibilidad de impugnación por motivos especiales dejados a la apreciación judicial, ya a petición del Ministerio Fiscal, durante la menor edad o incapacidad del adoptado, ya a petición del adoptado, dentro de los cuatro años siguientes a la mayoría de edad o a la fecha en que haya desaparecido la incapacidad.»

A este preámbulo sólo hemos de añadir una consideración, que por otra parte no requería el que fuese aludida por él, por ser de aplicación general a todas las instituciones jurídicas y a todas las emisiones de voluntad. Nos referimos a la doctrina de la nulidad, y es evidente que ésta podrá ser otra de las causas de extinción de la adopción, cuyos efectos no serán, por otra parte, los mismos que los determinados especialmente para la rescisión por el art. 175, que es el dedicado por el Código a esta materia, en lo referente a la adopción.

A) *Nulidad.*

No insistiremos en este punto, del que ya tratamos al hacerlo de los requisitos formales, un grupo de los cuales la producirá, si faltase algunos de los que en él se comprenden, según expresa el párrafo 3.º del art. 176, al decir: «Será nula la adopción en la que no se cumplan estos requisitos.» En virtud de ello, la existencia de alguna de las causas allí referidas producirá la nulidad de pleno derecho e imposibilitará el que la adopción pueda producir algún efecto.

B) *Anulabilidad.*

No está declarada de una manera expresa por los artículos del Código dedicados a esta institución, pero la necesidad de que concurran determinados requisitos para ella, así como la no existencia de algunas de las prohibiciones que fueron señaladas al tratar de los elementos personales, no podrá tener otra configuración si no se cumpliesen aquéllos o se realizase la adopción pese a la existencia de alguna de éstas. Igual calificativo merecerá la extinción de la adopción derivada de la nulidad del matrimonio de los adoptantes, cuando la adopción sea conjunta, y a la que también se aludió en el apartado que hemos indicado.

Respecto a los efectos que debe producir la anulabilidad, no podremos seguir la misma tónica señalada para los casos de nulidad. La carencia de una norma expresa nos obligará a aplicar la general contenida en el párrafo 3.º del art. 175, expresiva de que, «en los casos en que se declare extinguida, la adopción quedará

sin otros efectos que los ya consumados». Esta solución parece aún más correcta, si consideramos que es idéntica a la que regula el Código respecto a los hijos habidos de un matrimonio declarado nulo, por ser ambos supuesto de una analogía casi total.

Señalaremos por último, en relación con la anulabilidad de las adopciones, que por el párrafo 4.º del mismo art. 175 se excluyen de una manera expresa varios casos que hubiesen podido ser discutidos como originadores de la anulabilidad de las adopciones en que ellos se diesen, si no hubiera sido previsto por el legislador, ya que afirma dicho precepto, que «el reconocimiento de la filiación natural del adoptado o su legitimación no afectarán a la adopción».

C) *Rescisión.*

La rescisión de la adopción ha sido regulada con bastante precisión por la nueva reglamentación legal, aunque con algún error en la redacción del art. 175, que no afecta a su interpretación.

Consiste el error en manifestar que se podrá pedir la extinción de la adopción del «menor e incapacidad», señalando un primer caso en el que efectivamente es la de un menor o incapacitado la extinción de la adopción que se pide, en tanto que en el segundo, al determinar que podrá pedirla el mismo adoptado cuando haya llegado a la mayor edad o recobrado la capacidad, resultará imposible que lo que pida sea la extinción de su adopción, como si él fuese menor o incapacitado. Nos parece que pese a ello es clara la voluntad del legislador. Este lo que quiere es que solamente puedan pedirse las extinciones de aquellas adopciones llevadas a efecto mientras el adoptado era menor de edad o incapacitado y autoriza a pedirlas a determinadas personas; unas, mientras duren esas circunstancias, y el mismo adoptado, cuando sea mayor o capaz. Pero lo que no parece admitir, es que pueda ser pedida la de una persona cuya adopción se realizó siendo ya mayor de edad y en plena capacidad, ya que al darse esa circunstancia no se permitirá el que la solicite más que el mismo adoptado, el que a su vez tiene como fecha de caducidad de su acción la de cuatro años a contar desde su mayoría de edad o desde que reco-

bró la razón, cuyo plazo puede estar de sobra transcurrido en el instante de su adopción.

Como declaración general se sienta por el párrafo 1.º del artículo 175, la de que «la adopción es irrevocable». Cuya regla va dirigida a limitar la voluntad de las partes intervinientes. Estableciendo a continuación una serie de casos en los que autoriza a solicitar la extinción de la adopción y de los que ahora recogere-mos los referentes a la rescisión.

Se dice por el párrafo 2.º: «Podrán pedir judicialmente que se declare extinguida la adopción del menor o incapacitado:

Primero... Y el Ministerio Fiscal, cuando lleguen a su conocimiento motivos graves que afecten al cuidado del adoptado.

El Juez ponderará los motivos graves alegados..., oyendo al adoptado si su estado de razón lo aconseja, y resolviendo lo que estime más conveniente para éste.

Segundo. El mismo adoptado, dentro de los cuatro años siguientes a la mayoría de edad o a la fecha en que la incapacidad haya desaparecido, siempre que se funde en alguna de las causas que den lugar a la desheredación de los ascendientes.»

Los efectos de la extinción se señalan en el párrafo siguiente, diciendo: «En los casos en que se declare extinguida la adopción quedará sin otros efectos que los ya consumados.»

Lo más importante de la parte del artículo que hemos transcrito, es sin duda la amplísima facultad concedida al Fiscal y al Juez; al primero, para proponer la extinción de la adopción, y al segundo, para acordarla en todo lo referente a las causas que deban producirla, lo cual permitirá apreciar matices que no podrían ser recogidos en una ley, la cual, y por su misma naturaleza, tiene que seguir el criterio de las generalizaciones, sin poder llegar hasta cada una de las peculiaridades de los distintos casos que la práctica puede presentar, salvo exagerando un criterio casuista, con el que quedarían siempre muchos supuestos sin ser incluidos y de tanta importancia como los que se consignasen.

D) *Restantes causas de extinción.*

El criterio de irrevocabilidad de la adopción (art. 175) y el de requerirse para su perfeccionamiento la aprobación definitiva por

el Juez (arts. 176 y 177), impiden el que pueda aplicarse a la presente institución muchas de las causas de ineficacia de los negocios o de los actos jurídicos. Quedarán así fuera de toda posible aplicación; la condición, tanto suspensiva como resolutoria; la voluntad tácita o inejecución por parte de uno de los intervinientes, y el mutuo disenso. La revocación está recogida, sin embargo, por el mismo art. 175, que si bien no lo realiza en la forma clara a que nos tiene habituados la de las donaciones, si lo es en sentido real; ya que lo realmente revocado, aquello de que «se vuelve atrás» el interesado, no es precisamente del consentimiento para la adopción de su hijo, sino del abandono o exposición de él, aunque ese volverse atrás de este hecho produce como consecuencia el efecto de poder pedir la extinción de la adopción, o mejor dicho, revocarla, puesto que deja sin contenido el consentimiento que para ella prestó el jefe del establecimiento, que presuntivamente sustituye a la voluntad de los padres del abandonado, los cuales pueden después confirmar la adopción mediante su consentimiento tácito o ejercitar la acción de extinción. Insistimos en que esto no ocurrirá más que en los supuestos de falta de culpabilidad en el abandono o exposición, pues en otro caso, la voluntad del jefe del establecimiento opera a semejanza de la de un tutor y no como presunta de la de los padres del menor.

El art. 175 determina a este efecto, que podrán pedir la extinción de la adopción «el padre o la madre legítimos o naturales durante la minoría o incapacidad del adoptado si el hijo hubiese sido abandonado o expósito, y ellos acreditaren suficientemente su falta de culpabilidad en el abandono y su buena conducta a partir de éste». La tramitación se limita a la ponderación por el Juez de los motivos alegados «y muy especialmente la moralidad de los padres», además de ser de sobra sobrentendido que previamente apreciará la identidad del hijo, en el caso frecuente de que ésta no constare de los datos que obran en el expediente del establecimiento y en el de adopción que en él se instruyó.

Como efectos que producirá esta extinción, serán los ya expresados de dejar a salvo los consumados hasta el instante en que sea declarada la extinción. Debiéndose añadir únicamente que, entre ellos, deberá encontrarse el uso de los apellidos de adoptante, para lo cual procederá que la declaración judicial de extin-

ción sea recogida en el Registro Civil, donde se hizo constar la alteración de los apellidos al tiempo en que fué aprobada, y sin que ello pueda afectar a los actos realizados con aquellos apellidos, respecto a los cuales servirá de enlace, una vez realizada la alteración de apellidos, la inscripción del Registro Civil referente a las dos alteraciones.

Hemos de considerar, por último, como una causa de extinción de la adopción, la del fallecimiento del adoptado sin dejar descendencia, en el caso de que se trate de una adopción menos plena, ya que desde ese instante no pueden derivarse nuevos efectos de la adopción. Si la adopción fuese plena, no podrá seguirse idéntico criterio, puesto que si bien se extinguirán algunos de los efectos que la adopción produce, como es el de patria potestad, entre otros, existen por el contrario algunos que nacen precisamente en virtud de ese fallecimiento y que están fundados en la adopción, como ocurrirá con los derechos sucesorios del adoptante en la herencia del adoptado, que la ley le ha concedido, independientemente de los voluntarios que pueda atribuirle un testamento.

En relación con esta última causa, es interesante el problema de determinar si tendría lugar el derecho de reversión regulado por el art. 812 del Código, y lo mismo que el art. 772 considera incluidos a los hijos adoptivos en la expresión genérica, hijo o hijos que se utilice por un testador, podrá sostenerse la inclusión de los padres adoptivos entre los comprendidos en el término ascendiente y a los cuales les concede aquel artículo el derecho de reversión, puesto que no lo acompaña de ningún calificativo que precise a qué clase de ascendiente se refieren y la inclusión de los adoptivos, no sólo no constituye una interpretación forzada, sino que viene apoyada por aquel criterio de analogía, al que desgraciadamente habrá que acudir en tantos casos referentes a las adopciones, además de estar fundada en un alto sentido de justicia y equidad.

CAPÍTULO V

EL PROHIJAMIENTO Y EL ACOGIMIENTO FAMILIAR

El problema de los huérfanos desprovistos de toda familia, el de los abandonados y el de los expósitos, es quizá el de mayor importancia de los que pueden plantearse a los poderes públicos, aunque pueda pensarse otra cosa. Estos niños serán en el futuro una parte integrante del Estado, o mejor dicho, serán parte de la Nación misma. Su formación espiritual, moral y de trabajo, sólo es posible de una manera eficiente durante su menor edad, y más concretamente, durante su infancia, dependiendo de ella toda su posterior actuación, la cual influirá en la marcha del país. Siendo así evidente la relación de causa a efecto en estos problemas, y por tanto, el que la afirmación que antes sentamos no resulte ya desorbitada.

La adopción de la que hemos venido tratando, es sin disputa la institución a cuyo través pueden conseguirse mejor esos fines, pero no basta con ella, y más si tenemos en cuenta que ésta podrá llegar en un momento en el que ya resulta difícil corregir la educación perniciosa que el niño haya podido adquirir durante su abandono. Esto motivó, no sólo la existencia de instituciones más flexibles y de menor responsabilidad para los que se encargan de ese cuidado y educación, además de no ir acompañadas del carácter de perpetuidad durante la vida de aquellas, sino también la creación de un organismo cuya única finalidad consiste en cuidar, proteger y encauzar a estos seres.

La aludida protección está encomendada hoy al servicio de Protección de Menores, con su Consejo Central, Juntas Provinciales y representantes locales, que la ejercen mediante dos órdenes de funciones: El cuidado, asistencia y educación de los acogidos, mediante instituciones destinadas al efecto, que pueden ser, o bien propias de ese organismo o bien mediante convenios con otras de carácter oficial o particular, llegándose incluso a fomentar su creación con carácter benéfico, regulándose todas esas

cuestiones por los arts. 60 al 70 de la Ley de Protección de Menores, texto refundido de 2 de julio de 1948. Y la representación de estos huérfanos, establecida en el núm. 8.º del art. 5.º de la referida ley, el que dice al efecto: «Ostentar la representación legal de los menores protegidos que carezcan de ella, o, en su caso, en tanto que no se confiera aquélla a los Organismos establecidos a este respecto por la legislación civil, entendiéndose corresponderá a la Junta Provincial de la naturaleza del menor de que se trate.»

No por ello olvida el legislador que esa protección no puede suplir el cuidado y afecto que supone la adopción y las seguridades y garantías que ésta concede, respecto a las derivadas del acogimiento familiar o del prohijamiento, por ello ha dispuesto en el art. 248 del texto refundido de la Ley de Administración Local, que «las Diputaciones procurarán la adopción de los niños expósitos o huérfanos, por personas de reconocida solvencia moral y económica». Y esto que no es, ni podía ser más que una recomendación solemne realizada por la ley, a la que le es difícil precisar en tan delicada materia, honra al pensamiento de su redactor, o diciéndolo con un símil muy español, es una idea producto de un gran corazón, con el mérito de haber permanecido su autor en el anonimato.

PROHIJAMIENTO.

No puede definirse con propiedad esta institución, respecto a la cual se manifiestan necesariamente con mucha vaguedad todos los civilistas que a ella aluden. El contenido es más impreciso aún, y no digamos nada en cuanto a su regulación legal, respecto a la cual acopiaríamos copiosísima legislación, pero en la que sólo se alude a ella, y esto como de pasada.

Todos están conformes en atribuir su paternidad a la Real Cédula de 11 de diciembre de 1796, así como en que las Leyes de Beneficiencia de 23 de enero de 1822, la de 1836, la de 20 de junio de 1849, el Reglamento de la misma de 14 de mayo de 1852 y otras varias leyes administrativas, especialmente el Decreto de 2 de junio de 1944, dictan algunas normas en la materia, sin que lleguen a constituir un todo orgánico, como se reconoció por la sen-

tencia del Tribunal Supremo de 27 de septiembre de 1889, en la que se declaró que la edad, condición, formas y requisitos del pro-hijamiento quedaban al arbitrio de la Junta Provincial de Beneficencia, sin que pueda producir otros efectos que los señalados por las leyes.

Pese a todas esas consideraciones, vamos a pretender definir esta institución, si bien haciéndolo con ciertas reservas mentales, diciendo: que es el acto administrativo solemne y revocable, mediante el cual se le atribuye a una persona por la Junta de la Casa de Expósitos que corresponda y previo informe de la de Protección de Menores, uno de los acogidos en la institución, para que ejerza respecto de él los deberes y los derechos derivados de la patria potestad, sin comprender ninguno de los que tienen un fundamento más o menos remoto en la misma (tutela, derechos legitimarios, etc.), y con las peculiaridades que se determinen en cada caso por aquella Junta, quedando en su ejercicio bajo la vigilancia de la Protección de Menores.

Resulta de aquí, que es en definitiva el documento expedido por la Junta de la Casa de Expósitos el que indicará los derechos y obligaciones del prohiante respecto al prohiado, si bien su interpretación se realizará en atención a las normas civiles y administrativas que regulan la patria potestad, fundada la filiación legítima, siendo la postura del prohiante algo intermedia entre la del tutor y la del adoptante, en todo lo referente a la guarda, alimentación, educación, etc., y quedando sustituida la vigilancia que en la tutela se ejerce por el Protutor y por el Consejo de Familia, por la de la Junta Provincial de Protección de Menores, ya que el párrafo 2.º del art. 7.º del citado Decreto de 1944, dice a este respecto: «La vigilancia de ésta se mantendrá en todo caso sobre los prohiados, y si apareciere que éstos incumplen sus obligaciones, dará cuenta a la Junta del Tribunal Tutelar de Menores para la instrucción en su caso del expediente de protección de menores.»

ACOGIMIENTO FAMILIAR.

La misma imprecisión de contenido que hemos señalado para el prohijamiento, campea en la presente figura, pero paliada en parte por el mayor desarrollo jurídico que suponen la Orden de 1 de abril de 1937 y el Decreto de 2 de junio de 1944, los que sin realizar una construcción jurídica armónica, permiten, no obstante, el que podamos movernos con una mayor precisión, aunque con la incertidumbre que supone la existencia de dos disposiciones con idéntica finalidad, pero en la que son distintos los organismos que intervienen en su aplicación.

Podría definirse el acogimiento familiar, como la entrada temporal o indefinida de un menor en una familia ajena, para recibir de ella los alimentos, vestidos y educación procedentes, mediando o no retribución para ello y conservándose su tutela por el Estado.

Los menores que pueden ser objeto de acogimiento familiar serán los hijos de padres desconocidos (art. 1.º, D. de 1944), los huérfanos, los abandonados sin familia y los simplemente abandonados, a los que se asimilarán aquellos menores a cuyos padres se les haya privado de los derechos de patria potestad (art. 3.º y 13 de la O. de 1937).

Para acoger a alguno de los referidos menores, no se requiere ninguna circunstancia especial, salvo la general de tratarse de personas de moralidad, pero como para concedérseles el acogimiento se exige un informe previo sobre la moralidad y solvencia del protector, que será llevado a efecto por las Juntas Locales y Provinciales de Protección de Menores, cuando se trate de hijos de padres desconocidos (art. 2.º, D. de 1944) y por las Juntas Locales de Colocación familiar en los restantes casos (art. 4.º, O. de 1937), del resultado de él dependerá el que sea o no otorgada la entrega del menor, quedando así un amplio campo a esas Juntas para la apreciación de las circunstancias del protector en orden a la función que se le va a encomendar.

La duración de la función de que tratamos es variable; pero sin olvidar que, por referirse siempre a menores de edad, su emancipación producirá inmediatamente el efecto de que aquélla cese.

Con la indicada salvedad, podemos distinguir varios supuestos de acogimiento familiar en relación con su duración:

1.º Si se tratase de hijos de padres desconocidos, la función protectora tendrá una duración indefinida, pudiendo quedar sin efecto en cualquier momento en que la Junta lo estime conveniente para el menor, atendida la forma en que se esté desempeñando (arts. 2.º y 5.º del D. de 1944).

2.º En los restantes casos podrá ser permanente, o con carácter temporal hasta la edad, o momento, que en cada caso se estipule, pero en ambas modalidades podrá quedar extinguido el acogimiento cuando la Junta Provincial de Beneficencia así lo estime oportuno en virtud de causas fundadas, o cuando aparezca el padre o el tutor legal del acogido y reclame su entrega, si pueden hacerlo por no estar privado legalmente de sus derechos sobre el menor (arts. 1.º, 10, 12 y 13 de la O. de 1937).

Como requisitos formales tenemos únicamente la solicitud del protector (arts. 6.º O. de 1937 y 2.º del D. de 1944), el informe de que antes hablamos y la diligencia de entrega. Esta diligencia se realizará mediante acuerdo del Presidente de la Junta de Protección de Menores, en el que se expresarán las facultades y obligaciones del protector, así como los alimentos que hayan de prestarse al acogido, bien con cargo al protector o bien al presupuesto de la Junta, cuando se trate de hijos de padres desconocidos (art. 4.º del D. de 1944); o mediante acta extendida en el Libro de la Junta Provincial de Beneficencia, en la que deberán constar los requisitos especiales del caso y de la que se librarán testimonios para ser remitidos a diversos organismos, así como un ejemplar para el protector, aunque ello no se diga expresamente en la disposición, en todos los demás casos de acogimiento (art. 7.º de la O. de 1937).

En cuanto al contenido de esta institución, se muestra muy parco el Decreto de 1944. Por esa carencia de regulación, tendrá que estimarse que las normas dictadas por la Orden de 1937, más precisas en la materia y con las variaciones oportunas en cuanto a los organismos a que ella se refiere, según sea la clase de acogimiento, deberán ser aplicadas con carácter general a todos los acogimientos familiares.

Según la Orden aludida, podemos decir que la persona que re-

cibe al menor está obligada a alimentarlo, vestirlo, educarlo y darle instrucción escolar hasta la edad de doce años como mínimo, todo ello dentro de «los más sanos principios de religión y moral cristiana, amor patrio», etc., y prestándolos con los cuidados de un buen padre de familia, sin que bajo ninguna causa ni pretexto pueda hacerlo objeto de explotación de ninguna clase (arts. 8.º y 10º de la O. de 1937).

Finalmente, la vigilancia para el cumplimiento de todas las obligaciones que han sido aludidas, así como la tutela de todos estos menores corresponderá al Estado, quien la ejercerá al través de las Juntas locales de Colocación Familiar, Juntas Provinciales de Beneficencia y Presidente, o Vocal designado al efecto, de las Juntas de Protección de Menores, siendo el Ministerio Fiscal el encargado de representar en juicio a todos esos organismos en relación con la función tutelar de que se les encarga (arts. 9.º de la O. de 1937 y 5.º del D. de 1944); pero teniéndose en cuenta que si alguno de los menores que se encontrasen en estas situaciones llegasen a tener bienes, será preciso el constituirles el oportuno Consejo de Familia, el cual se encargará de la guarda de los bienes de que se trate (art. 11 de la O. de 1937).

BUENAVENTURA CAMY SÁNCHEZ-CAÑETE,

Registrador de la Propiedad

La mujer casada y las escrituras de cancelación de hipotecas

(Notas a una propuesta de Pascual Lacal)

Mi compañero Pascual Lacal, en el núm. 368-369 de esta Revista (enero-febrero de 1959), con la salsa y salero de su castiza prosa, rompe una lanza a favor del criterio restrictivo en la interpretación del reformado art. 1.413 del Código civil; y nos invita, a los que pudiéramos tener razones en contra de su postura, a que las demos a conocer. Y en verdad, que el tema es interesante y que la reforma nos crea a los que hemos de aplicar el Derecho (que debe siempre servir a la Sociedad, y no ésta a aquél), no desde el punto de vista teórico, sino pulsando las necesidades de nuestros clientes, un buen número de disgustos y una no pequeña dosis de vacilaciones y dudas.

Una de ellas es la que plantea Lacal.

Veamos el caso: Nuestro buen amigo don Pedro, casado con doña Juliana, tenía sus ahorritos. Dándole vueltas al asunto de poder conseguir una renta superior a la que el Banco pudiera proporcionarle, decidió, antes de la reforma del Código, dárselos a don Gervasio, con una garantía hipotecaria de las buenas y un interés del 6 por 100. El recuerda que cuando fué a la Nota-

ría a constituir la hipoteca, sólo le pidieron que dijera el nombre de su mujer, y así lo hizo. Pero llegó el momento en que don Gervasio le pagó a don Pedro hasta el último céntimo que le debía y le exigió que le otorgara la escritura pública de cancelación, cosa que encontró perfectamente lógica; mas como ya había pasado el día de San Isidro de 1958, se llevó la inmensa sorpresa de que el Notario le pidió que viniera doña Juliana a prestar su consentimiento, y he aquí la dificultad, porque mientras la hipoteca había estado vigente, ocurrió que don Pedro y doña Juliana se habían separado amistosamente, no querían saber nada el uno del otro y procuraban ayudarse lo menos posible.

La cosa no era fácil, porque decían:

Don Gervasio: «Yo he pagado, y me tiene sin cuidado que don Pedro y doña Juliana hayan reñido; yo he pagado a don Pedro y me dicen que he pagado bien, y por tanto tengo un perfecto derecho a que se me otorgue la escritura de cancelación, para que desaparezca la carga del Registro.»

Don Pedro: «No comprendo para qué hace falta mi mujer, porque si lo peligroso para ella es que yo me quede con el dinero, y parece que puedo quedarme con él, sin darle cuenta si quiera, ¿a santo de qué tiene que venir ella a darme el consentimiento para cancelar?»

Doña Juliana, a la que había llegado la noticia: «Que no piense mi marido que yo voy a darle por las buenas ese consentimiento; ¿para qué? ¿Para que él se quede con el dinero y yo no participe de él?» Y como era un poco chulesca, añadía: «¡Pues arreglado está!».

Claro es que adoptando la posición de mi compañero, el problema no surgía: el marido hubiera otorgado la escritura de cancelación sin más consentimiento que el suyo propio, y no había dificultades ni resistencias que vencer.

Pero la cuestión, a mi entender, no es tan sencilla.

Leamos el art. 1.413 del Código civil, después de la reforma:

«El marido, además de las facultades que tiene como administrador, podrá enajenar y obligar, a título oneroso, los bienes de

la sociedad de gananciales; pero necesitará el consentimiento de la mujer, o, en su defecto, autorización judicial a solicitud fundada del marido y del modo previsto en el párrafo siguiente, para actos de disposición sobre inmuebles o establecimiento mercantiles...» «En todo caso, no podrán perjudicar a la mujer ni a sus herederos los actos de disposición que el marido realice en contravención de este Código o en fraude de la mujer, sea cual fuere la condición de los bienes afectados.»

Copiamos este tercer párrafo del artículo, porque de él parece deducirse que el marido podrá realizar actos de disposición sin consentimiento de la mujer, o sea *contraviniendo* lo dispuesto en el Código, siempre que estos actos no perjudiquen a la mujer ni a sus herederos. La interpretación literal de este párrafo nos lleva directamente a ello, pero en este caso la reforma sería totalmente innocua y las cosas habría que haberlas dejado como estaban.

Prescindiendo de esta digresión, resulta que el marido continúa siendo el *dueño* de los bienes gananciales, pero *en menor cantidad* que lo era antes; porque antes de la reforma, el marido compraba, vendía, permutaba, hipotecaba, cancelaba, en suma, disponía y gravaba, sin más limitaciones que la de no ocasionar con sus actos un perjuicio o fraude a la mujer o sus herederos. Poco más o menos que lo que ocurre ahora, conforme a lo establecido en ese último párrafo del art. 1.413. Pero, como decimos antes, para que las cosas continúen como estaban no hay necesidad de reformar.

Es cierto, completamente cierto, que las leyes no pueden ser un producto de la mente, de perfección teórica, sino que han de acomodarse a la realidad vital de la nación de que se trata en un momento determinado de su historia. Pero no lo es menos que sólo desde un punto de vista crítico podemos entrar en la necesidad o conveniencia de la reforma o en su acierto. Nuestra opinión personalísima, derivada de los datos que la experiencia profesional nos van proporcionando, es contraria a ella; pero desde el punto de vista del derecho positivo, hemos de supeditarla al imperativo mandato del legislador, y tomando al mismo por base, hemos de razonar:

El consentimiento de la mujer que impone el art. 1.413, re-

quiere como presupuestos de hecho de su aplicación los siguientes:

- A) Actos de disposición, sobre
- B) Inmuebles.

A los efectos de estas notas, los demás requisitos no interesan. Discurramos sobre ellos:

A) *Actos de disposición*.—¿Lo es la cancelación de una hipoteca?

El problema está intimamente unido al de la consideración de la hipoteca como un derecho accesorio al de crédito o no. No puedo tratarlo aquí extensamente, porque excedería de los límites y concreción que quiero imprimir a estas cuartillas. Lo cierto es que, si bien la doctrina tradicional estimaba la hipoteca, como derecho real de garantía que es, como accesorio del de crédito que garantiza, hoy día ni en la doctrina, ni en el articulado de la legislación hipotecaria, ni en la interpretación jurisprudencial, está claro este absoluto carácter de accesoriedad.

La doctrina (y tomamos como ejemplo el trabajo del propio Lacal, *El mito de la accesoriedad de la hipoteca*, «Revista de Derecho Privado», núm. 392, pág. 936), nos llega a decir que «la hipoteca en todos los supuestos es sustantiva, pues no vive sometida a la obligación personal. Por el contrario, es ésta la que se convierte en elemento accesorio y dependiente de aquélla». La Ley y el Reglamento hipotecario, al dar acceso al Registro al derecho real de hipoteca, con independencia de las vicisitudes del crédito, hasta el punto que, una vez inscrita, nace y muere, no cuando se extingue el crédito, sino cuando se cancela la inscripción en el Registro, respecto a terceros, da vida propia al derecho real vida autónoma e independiente. La Dirección General de los Registros, basada en los preceptos legales y reglamentarios, llega a declarar que la cancelación es acto de desprendimiento de derechos, siendo cosas distintas la facultad para cobrar crédito garantido con hipoteca y la facultad para consentir la cancelación de ésta, para la cual se necesita capacidad para disponer (Resolución de 22 de julio de 1936).

Pues bien: en principio parece ser que ni don Pedro ni mi

compañero Lacal van teniendo razón por ahora; porque don Pedro tenía facultades indudables para cobrar el crédito, pero no parece que las tuviera tan claras para proceder a la cancelación de la hipoteca.

Y volvemos a preguntar: ¿Es la cancelación un acto de disposición? Creo que la contestación no puede ser más que afirmativa. Cancelar es «anular, hacer ineficaz un instrumento público, una inscripción, una nota o una obligación que tenía autoridad o fuerza», y también «borrar de la memoria, abolir, derogar». Esta es su significación gramatical. Juridicamente nos dice, por ejemplo, Roca Sastre: «La cancelación es un asiento accesorio y definitivo, por el cual se extingue un asiento anterior, y a consecuencia del cual se presume extinguido el derecho a que se refería el asiento cancelado.» Y antes de esto: «La vida o subsistencia del derecho inscrito es, pues, en cierta manera, independiente de la cancelación del asiento que lo publica. Frecuentemente la cancelación se operará a consecuencia de haberse extinguido el derecho registrado, pero los efectos de la cancelación se producen con independencia de si tal derecho se ha extinguido o no en la realidad jurídica...» «Cancelar, en el orden hipotecario, es dejar sin efecto un asiento. Equivale a destruir o aniquilar un determinado contenido registral.» ¿Para qué más? En las líneas anteriores encontramos las siguientes palabras referidas al concepto y contenido de la cancelación: anular, hacer ineficaz, abolir, derogar, extinguir, destruir, aniquilar... En suma, disponer.

Quien cancela, dispone. Dispone de lo que antes tenía; y por su declaración de voluntad de cancelar, se desapodera, se desprende, como decía la Dirección General de los Registros, de un derecho, de un algo que antes le pertenecía; de un derecho, de un algo que antes estaba en su patrimonio, y que por el hecho de la cancelación ha dejado de existir en el mismo. Y no podemos negar que, aunque se admitiese a ojos cerrados el carácter accesorio de la hipoteca en relación con el crédito que se garantiza, la extinción del crédito tiene una vida propia e independiente de la extinción de la garantía hipotecaria. No muere en el Registro un asiento de inscripción de hipoteca porque el acreedor diga que ha cobrado, si no va unida a esa declaración otra de con-

tenido positivo, la de que consiente en que la cancelación se practique.

Por tanto, el acreedor hipotecario que emite esta declaración de voluntad extintiva de un derecho que antes le pertenecía, *dispone* de ese derecho, realiza un *acto de disposición*.

Coincidimos, en la apreciación anterior, con la Academia Granadina del Notariado, la que en un trabajo comprendido en su Boletín de junio de 1958, entiende comprendidos dentro del concepto de actos de *disposición*: la enajenación, el gravamen, la renuncia y la *cancelación*.

Por esta parte, pues, como decíamos antes, no tiene razón don Pedro, sino doña Juliana, a pesar de que en el caso que hemos relatado ésta se produzca en su pensamiento con los calores de su resentimiento; pero hay muchas otras *Doñas Julianas* que tienen razón más que sobrada para pensar así, por ser las víctimas de un marido poco consciente de sus deberes.

B) Que el acto de disposición lo sea sobre *inmuebles*. ¿Qué quiere decir el Código cuando emplea esta palabra?

Aquí sí que hemos de acudir forzosamente al mismo Código, porque la acepción gramatical del adjetivo «inmueble», aunque también pueda utilizarse como sustantivo, por abreviatura de la locución «cosa o bien inmueble», se remite por la Academia a su pura significación jurídica. Y el art. 346 nos dice que «cuando por disposición de la ley, o por declaración individual, se use la expresión de cosas o bienes inmuebles, o de cosas o bienes muebles, se entenderán comprendidos en ella, respectivamente, los numerados en el capítulo I y en el capítulo II». Y en el capítulo I, en su primero y único artículo, el 334, nos dice: «Son bienes inmuebles: «... 10. Las concesiones administrativas de obras públicas y las servidumbres y demás *derechos reales sobre bienes inmuebles*». Concepto éste repetido en la propia definición de la hipoteca y en la admisión para su inscripción en el Registro de la Propiedad, porque, bien sabido lo tenemos, sólo pueden ser objeto de inscripción los títulos traslativos y declarativos de dominio de los *inmuebles* o de los *derechos reales impuestos sobre los mismos* (art. 2.º de la Ley Hipotecaria).

Pues bien, si el derecho real de hipoteca tiene la considera-

ción de inmueble, si su cancelación es un acto de disposición, podemos ya concluir; sin temor a errar la interpretación, que cuando el derecho real de hipoteca tenga la consideración de bien ganancial, para cancelarlo, es necesario, conforme al art. 1.413 del Código civil, que al marido, titular y dueño del dinero que cobre, le preste su consentimiento la mujer.

¿Que parece un contrasentido? Pues sí; pero recordemos otro no menor, y que parece ser que por nadie se discute: que para cancelar un crédito hipotecario ya cobrado, titularizado en unos menores de edad, el padre o madre que tenga la patria potestad ha de recabar la autorización judicial. Porque ésta, que pudiera pensarse era precisa para evitar que un padre poco escrupuloso cobrara el crédito y se lo gastase alegremente, sin beneficio para los hijos, cosa que impediría la autoridad tuitiva del Juez, siguiendo requisito preciso, aunque el crédito estuviera ya pagado con anterioridad a titularizarse en los menores, por ejemplo por haberlo adquirido éstos por herencia de un causante que lo tuviera ya cobrado; y entonces parecería lógico que al exigir el deudor que se cancelara lo que ya no tenía razón de subsistir, bastase la simple representación del padre o madre para cancelar, sin necesidad de la autorización judicial.

Queda, pues, apuntada mi posición, que la creo acertada; pero ante la imprecisión legislativa, cualquiera otra pudiera serlo; porque estamos en un caso semejante al de aquel del cuento que González Palomino nos relataba en uno de sus amenos e interesantes trabajos (*Una nueva cláusula de estilo: la de no estorbar*, «Anales», tomo II): «Es que para este caso, el jefe tiene siete soluciones distintas.» Pues el jefe nuestro, que somos cada uno de los que hemos tenido que enfrentarnos con el problema, lo ha resuelto así:

A) No exigiendo el consentimiento de la mujer, en ningún caso.

B) Exigiéndolo, en todos.

C) Exigiéndolo solamente en aquellos supuestos de cancelación de hipotecas que se constituyeron después del 15 de mayo de 1958, fecha de entrada en vigor de la ley de reforma.

D) Exigiéndolo solamente en aquellos supuestos en que el vencimiento de la hipoteca era posterior a la fecha de entrada en vigor de la ley, pero no a las hipotecas que, vencidas antes, se pretenda su cancelación con posterioridad.

Y otras soluciones, más o menos justificadas, que, como se solía decir en las crónicas de sociedad, sentimos no recordar.

Cada uno defiende su tesis con razones más o menos convincentes, cosa que suele ocurrir siempre que una ley venga a derrocar con carácter particularista, o sea basándose en casos de excepción, un principio general que se mantiene, a pesar de todo, intangible.

En fin, mi criterio de que en todo caso debe exigirse ese consentimiento, quizá sea el más incómodo; y aunque personalmente tienda a interpretar las leyes con suficiente elasticidad para evitar la *summa iniuria* que representa el *summum ius*, en este caso que he tratado a vuela pluma, debo decirle a mi querido compañero Pascual Lacal: Su solución es muy humana, pero, a mi entender, no ajustada al Derecho positivo: *Dura lex, sed lex*.

MIGUEL BORRACHERO.

Notario.

Jurisprudencia de la Dirección General de los Registros y del Notariado

REGISTRO MERCANTIL.—1.º JUNTAS UNIVERSALES: HALLÁNDOSE EXCEPTUADOS DEL CUMPLIMIENTO DE LAS FORMALIDADES DE CONVOCATORIA, AUNQUE NO DE CIERTOS TRÁMITES DE LEGITIMACIÓN DE LOS ACCIONISTAS, LA CALIFICACIÓN DEL REGISTRADOR EN EL CASO EN CUESTIÓN—NECESIDAD DE HACER CONSTAR EN EL ACTA LA LISTA DE ASISTENTES, ASÍ COMO JUSTIFICAR HABERSE PRACTICADO EL DEPÓSITO PREVIO DE ACCIONES—TIENE SUFICIENTE APOYO EN LA DECLARACIÓN DEL ACTA, BAJO FE DEL SECRETARIO, COMO RESUMEN Y RESULTADO, DE «ESTAR REPRESENTADA LA TOTALIDAD DEL CAPITAL SOCIAL», Y QUE POR UNANIMIDAD LOS SOCIOS PRESENTES ACUERDAN CONSTITUIRSE EN JUNTA, CON LO QUE QUEDAN CUMPLIDOS LOS ÚNICOS Y ESENCIALES REQUISITOS ESTABLECIDOS EN EL ART. 55 DE LA LEY PARA LA VÁLIDA CONSTITUCIÓN DE TALES JUNTAS UNIVERSALES.

2.º APROBACIÓN DEL ACTA: EXPRESANDO EL APARTADO 2.º DEL ART. 62 DE LA LEY QUE AQUÉLLA «TENDRÁ FUERZA EJECUTIVA A PARTIR DE LA FECHA DE SU APROBACIÓN», NO CABE PRESUMIR QUE HA SIDO HECHA EN UNA DE LAS DOS MANERAS QUE EL MISMO ARTÍCULO SEÑALA.

3.º DESEMBOLSO DE CAPITAL: NO CONSTANDO DE LOS ACUERDOS RECAÍDOS QUE EL DESEMBOLSO DEL CAPITAL SUSCRITO SE HAYA LLEVADO A CABO

BIEN EN EFECTIVO METÁLICO, BIEN MEDIANTE APORTACIONES NO DINERARIAS (NÚM. 4, ART. 11 DE LA LEY), LA MODIFICACIÓN DE DETERMINADO PRECEPTO ESTATUTARIO, EXPRESANDO «QUE EL CAPITAL ESTÁ TOTALMENTE DESEMBOLSADO», NO JUSTIFICA LO ACORDADO POR LA JUNTA SOBRE EL PARTICULAR.

- 4.º EMISIÓN DE ACCIONES: SI BIEN LA ORDEN DE 26 DE MARZO DE 1952 PERMITE A LOS NOTARIOS AUTORIZAR LAS ESCRITURAS EN QUE SE FORMALICEN ACUERDOS SOCIALES DE EMISIÓN O PUESTA EN CIRCULACIÓN DE ACCIONES, CON DERECHO PREFERENTE DE SUSCRIPCIÓN, AUN ANTES DE QUE POR EL JURADO DE UTILIDADES SE HAYA FIJADO LA CUANTÍA DE LA APORTACIÓN SUPLEMENTARIA QUE ESTABLECE EL ART. 8.º DE LA LEY DE 31-XII-1946—DISPOSICIÓN VIGENTE CONFORME AL DECRETO DE 14-XII-1951—, ES PRECEPTIVO, SIN EMBARGO, QUE TALES ACUERDOS NO PUEDAN SER INSCRITOS EN EL REGISTRO MERCANTIL, SEGÚN LA ORDEN DE 19-I-1952, HASTA TANTO NO SE ACREDITE, POR PARTE DE LA SOCIEDAD INTERESADA, HABERSE DADO CUMPLIMIENTO A LO ESTABLECIDO EN LA DISPOSICIÓN LEGAL MENCIONADA.

Resolución de 23 de julio de 1958. («B. O.» de 28 de octubre.)

Por escritura de 28 de marzo de 1947 fué constituida la Sociedad «Abastecimientos Generales de Material Sanitario, S. A.» (A.G.E.M.S.A.), que fué inscrita en el Registro Mercantil. Posteriormente se otorgaron otras escrituras adicionales a la primera y se adaptaron los Estatutos a la Ley de Sociedades Anónimas, inscribiéndose todas en el Registro. El 2 de junio de 1956, don J. B., en representación de la mencionada entidad, otorgó, ante el Notario de Barcelona don Eloy Escobar de la Riva, escritura de aumento de capital social, modificándose, en consecuencia, el correspondiente artículo estatutario. Incorporada a la escritura figura la siguiente acta: «Don J. B., como Secretario de la Junta general extraordinaria de accionistas celebrada por la Compañía «Abastecimientos Generales de Material Sanitario, S. A.», domiciliada en esta ciudad de Barcelona, calle Provenza, núm. 159, tienda, certifico: Que en la Junta general extraordinaria de accionistas celebrada en el domicilio social el día primero de junio

de mil novecientos cincuenta y seis se adoptaron por unanimidad los siguientes acuerdos: Primero. Acuerdan constituirse en Junta general extraordinaria, por estar representada la totalidad del capital social, con arreglo a las facultades previstas para el caso en los Estatutos sociales. Preside la Junta don M. Z., y se acuerda nombrar Secretario a don J. B. Segundo. El Presidente declara abierta la Junta general extraordinaria y procede a exponer el objeto de la misma, que es el de ampliar el capital social, que actualmente es de quinientas mil pesetas, hasta la cifra de dos millones de pesetas. Expuestas las razones que aconsejan esta medida, se aprueba por unanimidad. Tercero. Asimismo se acuerda por unanimidad que la ampliación del capital social esté representada por mil quinientas acciones al portador, de pesetas mil cada una, numeradas del quinientos uno al dos mil, ambos inclusive. Estas nuevas acciones tendrán, a todos los efectos, la misma calidad y derecho que el capital primitivo, y participarán de los beneficios que se obtengan en los ejercicios de mil novecientos cincuenta y seis y siguientes, en completa igualdad con las acciones primitivas. Cuarto. De acuerdo con la Ley de Régimen Jurídico de las Sociedades Anónimas, se preceptúa que las tres cuartas partes de las nuevas acciones han de ser intransferibles a extranjeros, y a este fin se decide que las acciones números quinientos uno al mil seiscientos veinticinco, ambos inclusive, sean estampilladas con la siguiente inscripción: «Esta acción es intransferible a extranjeros, conforme a la Ley de 24 de noviembre de 1939.» Quinto. De acuerdo con lo preceptuado por la ley, se acuerda conceder a los actuales accionistas el derecho preferente de suscripción de las nuevas acciones, lo que todos aceptan, acordando suscribir entre todos la totalidad de las nuevas acciones, en la proporción siguiente: don J. B., ciento sesenta y siete acciones; don J. S., quinientas ochenta y tres acciones; don M. Z., setecientas cincuenta acciones. Sexto. Se acuerda también autorizar a don J. B. para llevar a cabo este acuerdo, otorgando la correspondiente escritura ante Notario, tramitarla en las oficinas públicas, firmar las nuevas acciones y, en suma, ejercer, en nombre de la Sociedad, todos los actos necesarios para ejecutar los acuerdos de esta Junta. Séptimo. El pago por los suscriptores de las acciones que suscriben se hará efectivo

en su totalidad contra entrega de las nuevas acciones. Y para que conste...»

Presentada en el Registro la anterior escritura, causó la siguiente nota: «Suspendida la inscripción del precedente documento por los motivos siguientes: 1.º Del certificado del acta de la Junta general, en que se tomaron los acuerdos que motivan esta escritura, no resulta la lista de asistencia y demás circunstancias que exige la ley. 2.º No se justifica haberse practicado el depósito de las acciones como acto previo a la celebración de la Junta general. 3.º No consta la aprobación del acta de la misma Junta. 4.º En contradicción con el artículo cuarto de los Estatutos, que se redacta de nuevo, no resulta, del contenido del acta de la Junta ni de la otorgación, haberse practicado el desembolso de las acciones inscritas. 5.º No se determina en la escritura ni en el acta de la Junta si las acciones se emiten al tipo de la par o con prima de emisión, a los efectos del cumplimiento de lo que establece el artículo octavo de la Ley de 31 de diciembre de 1956. Siendo subsanables los defectos, no se ha tomado anotación preventiva, por no haberse solicitado.»

Interpuesto recurso por el Notario autorizante, la Dirección confirma los defectos 3.º, 4.º y 5.º de la nota del Registrador, declarando, en consecuencia, que la escritura no es inscribible; añadiendo que, que por ser las faltas subsanables y no existir oposición, pudo tomarse de ella anotación preventiva, como arguyó el recurrente, conforme al párrafo 3.º del art. 64 del Reglamento del Registro Mercantil de 20 de septiembre de 1919, hoy, por cierto, modificado, pero aplicable al caso en cuestión, mediante la doctrina siguiente:

Que las cuestiones a resolver en este expediente hacen referencia, fundamentalmente, a:

1.º Si en el acta de Junta universal sea necesario hacer constar la lista de asistentes, así como justificar haberse practicado el depósito previo de acciones. 2.º Si para la inscripción en el Registro Mercantil de los acuerdos tomados se requiere que el acta aparezca aprobada. 3.º Si de la escritura resulta haber tenido lugar el desembolso de capital. 4.º Si se cumplió lo ordenado en el

artículo octavo de la ley de 31 de diciembre de 1946; y 5.º Toma de anotación preventiva no solicitada.

Que la práctica de formar la lista de asistentes antes de entrar en el Orden del día, y como acto preparatorio de la Junta, ha sido elevado a categoría de norma, en virtud del artículo 64 de la ley, pues su formación sirve, entre otras finalidades, para determinar si se consiguió o no el quórum legal de presencia; comprobar quiénes, por no asistir a la Junta, pueden, conforme al art. 69, impugnar los acuerdos tomados o ejercer el derecho de separación establecido en los artículos 135 y 144 de la misma ley, y que si las llamadas Juntas Universales—de hecho posibles sólo en Sociedades de reducida base personal, en que el capital se halle en manos de pocas y conocidas personas—, que suponen presencia de todo el capital y unanimidad de los asistentes acerca de su celebración, y se hallan, desde luego, exceptuadas del cumplimiento de las formalidades de convocatoria, aunque no de ciertos trámites de legitimación de los accionistas, sin embargo, lo cierto es que en el caso cuestionado huelga toda otra discriminación teórica, y la calificación del Registrador tiene suficiente apoyo en la declaración del acta, bajo fe del Secretario, como resumen y resultado, de «estar representada la totalidad del capital social», y que por unanimidad los socios presentes acuerdan constituirse en Junta, con lo que quedan cumplidos los únicos y esenciales requisitos establecidos en el artículo 55 de la ley para la válida constitución de tales Juntas Universales.

Respecto a la segunda cuestión, que si, también en puro terreno teórico y olvidando—lo que no es admisible—el párrafo segundo del artículo 62 de la ley podía llegarse a estimar que la aprobación del acta sólo significaba la expresa confirmación o reconocimiento por parte de la Junta, no de los acuerdos tomados, sino de que han sido reflejadas fielmente en los libros la deliberación habida y aquellas decisiones, virtuales ya desde el momento del acuerdo, constituido precisamente con la redacción del acta, bajo la fe del Secretario, con que el mecanismo volitivo de la Sociedad se hace expresión literal, viniendo, pues, a ser uno y lo mismo acuerdo y acta, y si cabe una rectificación de ésta al someterla a aprobación, tal rectificación nunca puede ser sustancial en cuanto a los acuerdos, que subsisten hasta que otro lle-

que a revocarlos, y esto ya es otro problema; de manera que, o la certificación del acta presume dicha aprobación o ésta había de ser irrelevante desde el punto de vista notarial y registral en la ejecución del acuerdo; sin embargo, la correcta redacción del precepto legal citado, que indudablemente halla su razón de ser en las impurezas de la realidad, excusa de semejante interpretación, que había de vulnerar lo que de modo tan terminante declara aquél, a saber: que el acta «tendrá fuerza ejecutiva a partir de la fecha de su aprobación», y ésta, por propia declaración del recurrente, no cabe ya siquiera presumir que ha sido hecha en una de las maneras que el mismo artículo señala, a continuación de celebrarse la Junta y como mero trámite agregado a ésta o dentro de los quince días en forma especial.

Que, en efecto, de los acuerdos recaídos no consta formalmente el desembolso del capital suscrito o, al menos, la forma en que se ha llevado a cabo este desembolso, bien en efectivo metálico, bien mediante aportaciones no dinerarias, según establece el núm. 4 del artículo 11 de la ley, por lo que con la modificación dada a la redacción del artículo 4 de los Estatutos, al aparecer que el capital está totalmente desembolsado, el contenido de tal artículo resulta, si no en contradicción, al menos no justificado en relación con los acuerdos tomados por la Junta sobre el particular.

Que si bien es cierto que la Orden de 26 de marzo de 1952 permite a los Notarios autorizar las escrituras en que se formalicen acuerdos sociales de emisión o puesta en circulación de acciones, con derecho preferente de suscripción, aun antes de que por el Jurado de Utilidades se haya fijado la cuantía de la aportación suplementaria, que establece el artículo octavo de la ley de 31 de diciembre de 1946—disposición vigente, conforme al Decreto de 14 de diciembre de 1951—, sin embargo es preceptivo también que tales acuerdos no puedan ser inscritos en el Registro Mercantil, según la Orden de 19 de enero de 1952, hasta tanto no se acredite, por parte de la Sociedad interesada, haberse dado cumplimiento a lo establecido en la disposición legal mencionada.

Por último, que, en efecto, como arguye el Notario recurrente, según precepto—hoy, por cierto, modificado—del párrafo tercero del artículo 64 del Reglamento del Registro Mercantil de 20 de

Septiembre de 1919, aplicable al caso en cuestión, los Registradores, cuando el título contenía faltas subsanables, debían—aparte, claro es, de suspender la inscripción—, extender anotación preventiva—aquí de problemática eficacia—. siempre que el presentante del título no se oponga a ello, actitud no producida en este caso, según el propio Registrador viene a reconocer.

* * *

Entiende la doctrina que, exigiendo tan sólo el precepto legal —art. 55—, respecto a las Juntas Universales, la presencia del capital desembolsado (y no de los socios), pueden suscitarse dificultades, ya que si se satisface el desembolso mínimo, presupuesto de la fundación, sólo con algunas series de acciones, y otras se presentan suscritas y no desembolsadas, resultaría que, aunque la ley lo diga, esa Junta no sería Universal, ni aun referida sólo a la hipótesis de que lo relevante fuera el voto, desconociendo la relevancia del derecho de asistencia aun sin voto, ya que la suspensión de éste sólo se produce en el supuesto de morosidad en desembolsos exigidos; por otra parte, como la índole de los acuerdos no sufre limitación, de manera que en Juntas de esta naturaleza se pueden adoptar sobre cualquier materia, lo mismo que si se tratara de otro tipo de Juntas, se concluirá que podría decidirse sobre derechos de accionistas sin su presencia contra la regla *non de re mea sine me*, verbigracia, acerca de modificaciones estatutarias. Por ello la *ratio* de estas Juntas debe venir en ayuda de la interpretación y exigir, en todo caso, que el presupuesto al que sirve la convocatoria regular se satisfaga, exigiéndose siempre la presencia de todos los socios para que la Junta Universal lo sea.

Es por lo que dice el Registrador en su dictamen que, al no constar en el acta la expresa relación de los accionistas, con el número de acciones propias o representadas, en su caso, se elude tan vital problema, que la Dirección parece dar por resuelto con la declaración en el acta, bajo fe del Secretario, de estar «representada la totalidad del capital social». Lo que—sin duda—podría interpretarse también en el sentido de no ser pre-

cisa, a su juicio (del Centro directivo) la presencia física de los accionistas en esta suerte de Juntas.

Por otra parte, si, como dice bien el Centro rector, tales Juntas se hallan exceptuadas del cumplimiento de las formalidades de convocatoria, «aunque no de ciertos trámites de legitimación de los accionistas», ¿cuáles son éstos y cómo comprobarlos el Registrador? Según expresa el del recurso, la no relación de aquéllos en el acta nos lleva a suponer que para una Junta del art. 55, será suficiente la manifestación verbal de los asistentes de que son poseedores cada uno de un número determinado de acciones, lo que no puede acreditar en forma alguna su condición de socio, mucho más si, como en este caso, las acciones son al portador...

¿O es que—inducimos nosotros—también esos trámites de legitimación de accionistas están exceptuados para esta clase de Juntas de la calificación registral, o inmersos, si se quiere, en la fe del Secretario de ellas, siquiera ésta solamente se halla referida al capital social?

(Véase: Girón Tena, *Derecho de Sociedades Anónimas*, pág. 273. Garrigues y Uria: *Comentario a la Ley de Sociedades Anónimas*, t. I, pág. 535.)

REGISTRO MERCANTIL.—1.º FALTA DE CONCURRENCIA DE TODO EL CAPITAL SOCIAL EN LA SESIÓN GENERAL CELEBRADA PARA PROCEDER A LA AMPLIACIÓN DEL MISMO, TODA VEZ QUE AL HACER RECuento DE LAS ACCIONES CONCURRENTES SE OBSERVA LA FALTA DE REPRESENTACIÓN DE LAS COMPRENDIDAS ENTRE LOS NÚMEROS 408 AL 418.

2.º SI BIEN LA VIRTUD EJECUTIVA DE LOS ACUERDOS PRESUPONE LA APROBACIÓN DEL ACTA, DE LOS ANTECEDENTES DEL CASO PRESENTE—ESCRITURA DE AUMENTO DE CAPITAL Y SU COMPLEMENTARIA DE DISTRIBUCIÓN DE ACCIONES—SE DESPRENDE QUE DICHO ACUERDO, QUE AFECTA EXCLUSIVAMENTE A LOS ACCIONISTAS, NO FUÉ LLEVADO A EFECTO POR LOS MISMOS SOCIOS, SINO SIMPLEMENTE POR EL PRESIDENTE Y CUATRO VOCALES DEL CONSEJO DE ADMINISTRACIÓN EN SESIÓN DE ESTE ORGANISMO.

- 3.º NO APARECER DEL CONTENIDO DE LAS CITADAS ESCRITURAS LA FORMA COMO SE HA EJERCIDO EL DERECHO DE SUSCRIPCIÓN POR PARTE DE LOS ANTIGUOS ACCIONISTAS, POR LO QUE LA DECISIÓN DEL CONSEJO DE ADMINISTRACIÓN DE DISTRIBUIR LIBREMENTE LAS ACCIONES NO SE JUSTIFICA.
- 4.º TAMPOCO CONSTA EL DESEMBOLSO Y, COMO CONSECUENCIA, LA CUANTÍA QUE SE HAYA INGRESADO EN LAS CAJAS SOCIALES DE LAS ACCIONES EMITIDAS.
- 5.º FALTA DE AUTORIZACIÓN PARA MODIFICAR DETERMINADO ARTÍCULO ESTATUTARIO, MÁXIME CUANDO POR LA MODIFICACIÓN EFECTUADA QUEDA SUPRIMIDO UN PÁRRAFO DEL MISMO.
- 6.º SI BIEN LA ORDEN DE 26 DE MARZO DE 1952 PERMITE A LOS NOTARIOS AUTORIZAR LAS ESCRITURAS EN QUE SE FORMALICEN ACUERDOS SOCIALES DE EMISIÓN O PUESTA EN CIRCULACIÓN DE ACCIONES, CON DERECHO PREFERENTE DE SUSCRIPCIÓN, AUN ANTES DE QUE POR EL JURADO DE UTILIDADES SE HAYA FIJADO LA CUANTÍA DE LA APORTACIÓN SUPLEMENTARIA QUE ESTABLECE EL ART. 8.º DE LA LEY DE 31 DICIEMBRE 1946—DISPOSICIÓN VIGENTE CONFORME AL DECRETO DE 14 DICIEMBRE 1951—, ES PRECEPTIVO, SIN EMBARGO, QUE TALES ACUERDOS NO PUEDEN SER INSCRITOS EN EL REGISTRO MERCANTIL, SEGÚN LA ORDEN DE 19 ENERO 1952, HASTA TANTO NO SE ACREDITE, POR PARTE DE LA SOCIEDAD INTERESADA, HABERSE DADO CUMPLIMIENTO A LO ESTABLECIDO EN LA DISPOSICIÓN LEGAL MENCIONADA.

Resolución de 1 de agosto de 1958. («B. O.» de 22 de diciembre.)

Por escritura autorizada el 10 de febrero de 1955 por el Notario don Eloy Escobar de la Riva se constituyó en Barcelona la Sociedad Anónima de Servicios Siderúrgicos, con un capital de quinientas mil pesetas, según consta en el artículo 2.º de los Estatutos sociales, cuyo texto, según el recurrente, era del tenor siguiente: «El capital social es de quinientas mil pesetas, representado por quinientas acciones al portador, totalmente desembolsado e ingresado en efectivo metálico de a mil pesetas nomi-

nales cada una, iguales en derechos y obligaciones, pudiéndose transferir a extranjeros el veinticinco por ciento, como señala la ley». En Junta general extraordinaria, celebrada el 22 de julio de 1956, se acordó aumentar el capital social en dos millones de pesetas, y así figura en el acta de la misma, en que se dice: «En Barcelona a veintidós de julio de mil novecientos cincuenta y seis, se reúnen en Junta general extraordinaria los señores accionistas de Sociedad Anónima de Servicios Siderúrgicos, en su domicilio social de Via Layetana, 30, tercero, letra L, concurriendo el total del capital social, conforme a lo que previene la Ley de Sociedades Anónimas a que alude concretamente el apartado décimo de nuestros Estatutos sociales. Preside la reunión don Manuel Caruncho Banet, asistido de los señores Consejeros accionistas anotados al margen, y como Secretarió don Manuel Manso. El Presidente ordena el recuento de acciones que concurren, apareciendo como sigue: Don Manuel Caruncho Banet, del 84 al 165 inclusive; don Manuel Manso, del 1 al 83 inclusive; don Antonio Mariño, del 334 al 407 inclusive; don Luciano Cervera, representado por don Manuel Caruncho, según carta que al final se transcribe literalmente, del número 418 al 500 inclusive (estos números son también los que figuran en la carta); don Félix Fernández Manso, representando las acciones de Intercontinental Color, del 166 al 333, inclusive. Hecho el censo de las acciones existentes, y por concurrir la totalidad de las mismas, el Presidente declara válida la Junta general y da comienzo la sesión con la consiguiente orden del día. Ampliación del capital social por dos millones de pesetas en acciones ordinarias al portador de valor nominal de mil pesetas cada una, que con el anterior importe escriturado y desembolsado de quinientas mil pesetas elevarán el capital social de la empresa al total nominal de dos millones quinientas mil pesetas. Como previo informe a los reunidos, el Presidente da lectura a la Memoria-balance del último ejercicio... En consecuencia, se toma el acuerdo de ampliar el capital social en dos millones de pesetas, que hará ascender el total nominal del capital social de la empresa a dos millones quinientas mil pesetas. Se autoriza para que otorguen la correspondiente escritura de elevación de capital social por dos millones de pesetas a don Manuel Caruncho Banet y a don Félix Fernández Manso, suscribiendo

do cada uno en su nombre respectivo y de terceros el total importe nominal, quedando el mismo totalmente desembolsado. No habiendo más de qué tratar, el Presidente declara terminada la reunión de esta Junta general extraordinaria, una vez cumplidos los fines de la misma» En la escritura de aumento de capital, otorgada el 6 de agosto de 1956, ante el Notario don Eloy Escobar de la Riva, y en que figura el anterior acta, se cambió la redacción del art. 2.º estatutario, cuyo nuevo texto es el siguiente: «El capital social es de dos millones quinientas mil pesetas, representado por dos mil quinientas acciones al portador, numeradas correlativamente del uno al dos mil quinientos inclusive, totalmente desembolsado, de a mil pesetas nominales cada una, iguales en derechos y obligaciones, pudiendo ser transferibles a extranjeros el 25 por 100, como señala la ley». Y el 23 de octubre de 1956 don Manuel Caruncho Banet, como Presidente del Consejo de Administración de la Sociedad Anónima de Servicios Siderúrgicos, otorgó ante el repetido Notario señor Escobar de la Riva escritura de protocolización y elevación a documento público de un acta de la reunión del citado Consejo, celebrada el 27 de agosto anterior, para la distribución de las acciones emitidas en la ampliación de capital realizada, con el siguiente texto: En la ciudad de Barcelona, a 27 de agosto de 1956, se reúne el Consejo de Administración de la Sociedad Anónima de Servicios Siderúrgicos, integrado por los señores al margen, en el domicilio social, Vía Layetana, 30, tercero, letra L, siendo las once treinta de la mañana. El Presidente declara abierta la sesión. Acto seguido se procede por el Secretario a la lectura del acta anterior, que es aprobada por unanimidad y a la orden del día, que dice: distribución de acciones, de conformidad a la ampliación de capital realizada el 6 de agosto de 1956. El Señor Presidente da a conocer la escritura de ampliación del capital por dos millones de pesetas, realizada ante el Notario de esta plaza don Eloy Escobar de la Riva, y para efectos de su inscripción en el Registro Mercantil se procede a la distribución de acciones, en la forma siguiente: setenta y cinco acciones, don Manuel Caruncho Banet, del número 501 al 575 inclusive; setenta y cinco acciones, don Félix Fernández Manso, del número 576 al 650, inclusive; setenta y cinco acciones, don Manuel Manso Rodríguez, del número 651 al 725 inclusive; cincuenta acciones, don

Julián Azofra Herreria, del número 726 al 775 inclusive; cuatrocientas acciones, doña Francisca González Lorente, del número 776 al 1.175 inclusive; veinticinco acciones, don Antonio Mariño González, del número 1.176 al 1.200 inclusive; veinticinco acciones, don César Alvarez Alvarez, del número 1.201 al 1.225 inclusive; veinticinco acciones, don Luciano Cervera Zanón, del número 1.226 al 1.250 inclusive; doscientas acciones, doña Julia Strak Chassin, del número 1.252 al 1.450 inclusive; doscientas diecisiete acciones, don Francisco Lipperheidé Henke, del número 1.451 al 1.667 inclusive; cuatrocientas dieciséis acciones, don Luis Bejarano Murga, del número 1.668 al 2.083 inclusive; setenta y cinco acciones, don José Mercader Guasch, del número 2.084 al 2.158 inclusive; setenta y cinco acciones, doña Montserrat Mercader Guasch, del número 2.159 al 2.233 inclusive; doscientas setenta y siete acciones, don José Mercader Recaséns, del número 2.234 al 2.500 inclusive. De la presente acta se extenderá por el Secretario la debida certificación, al objeto de que se protocolice por el Notario don Eloy Escobar de la Riva y éste proceda a su inscripción en el Registro Mercantil. El contenido de la presente acta se aprueba con la unanimidad de los reunidos. No habiendo más asuntos que tratar, el señor Presidente levanta la sesión, que se extiende en la presente acta, que firma con el Presidente el Secretario».

Presentadas en el Registro Mercantil primera copia de las referidas escrituras, puso en ellas el Registrador estas notas: «Denegada la inscripción del precedente documento y de la escritura de distribución de acciones autorizada por el mismo Notario, don Eloy Escobar, a 23 de octubre último, que se acompaña como complementaria, por los siguientes defectos: 1.º No resultar del acta de la Junta general, transcrita directamente del libro correspondiente por el señor Notario autorizante, la concurrencia a la sesión de todo el capital social, por no incluirse en la relación que en la misma se hace, las acciones números 408 a 417 inclusivos, ni expresarse el propietario de las mismas. 2.º No constar la aprobación del acta de la misma Junta: 3.º Del contenido de ambas escrituras no resulta la forma cómo se ha ejercido el derecho de suscripción a favor de los antiguos accionistas. 4.º No aparece debidamente justificado el desembolso de las acciones ahora emitidas. 5.º El nuevo texto del art. 2.º de los Estatutos sociales debe ser aprobado

por la Junta general, mucho más teniendo en cuenta que en la nueva redacción que hacen por sí los señores comparecientes, sin especial delegación para ello de la Junta general, queda suprimido un párrafo del mismo artículo estatutario; y 6.º Falta determinar si las acciones se emiten a la par o con prima de emisión, a efectos del cumplimiento de los requisitos que se establecen en la Ley de 31 de diciembre de 1946. Y no siendo subsanable el primero de los defectos consignados, no procede anotación preventiva, aun en el caso de haberse solicitado; denegada la inscripción del precedente documento, por los defectos consignados en la nota al pie de la escritura otorgada en Barcelona, a 6 de agosto de 1956, ante el Notario don Eloy Escobar de la Riva, extendida con esta fecha.

Por el Registrador se acompañó al recurso una certificación referente a la inscripción de la Sociedad Anónima de Servicios Side-rúrgicos, en la que se dice que el art. 2.º de sus Estatutos se halla literalmente redactado como sigue: «El capital social es de quinientas mil pesetas, al portador, totalmente desembolsado e ingresado en efectivo metálico en la caja social, de a mil pesetas nominales cada una, iguales en derechos y obligaciones, pudiendo ser transferibles a extranjeros el 25 por 100 que señala la ley. Se cortarán de libros talonarios y serán firmadas por el Presidente del Consejo de Administración, quien podrá hacerlo con estampilla y uno de los miembros de dicho Consejo».

Interpuesto recurso por el Notario autorizante, la Dirección confirma la nota del Registrador y declara no inscribible la escritura, mediante la doctrina siguiente:

En cuanto al primer defecto que, aun cuando la declaración en el acta por el Secretario, como resumen y resultado de estar representada en la Junta la totalidad del capital social haya de estimarse suficiente para constancia de haberse cumplido las prevenciones que establece el art. 64 de la Ley, según tiene declarado este Centro en Resolución de 23 de julio de 1958, lo cierto es que, al no sujetarse el certificante a esa forma de expresión, deja al descubierto una innegable contradicción en el contenido del acta autorizada, pues si de una parte se declara por el Secretario haber concurrido la totalidad de las acciones, por otra, al hacer

el recuento de las concurrentes, se observa la falta de representación de las comprendidas entre los números 408 a 418, y aunque esto fuera debido a error material—como hace constar el recurrente—, siempre sería necesario, al menos, proceder a su rectificación, ya que por tratarse de la Junta Universal—que requiere para quedar válidamente constituida la presencia de todo el capital desembolsado y que los asistentes acepten, por unanimidad, la celebración de la Junta—se hace preciso extremar las precauciones y exigir que conste en forma indubitada que se han cumplido los requisitos del art. 55 de la Ley, a fin de que no quepa ninguna duda acerca de la existencia y validez de todos y cada uno de los acuerdos tomados, que *ab initio* serían ineficaces en el caso de no concurrir aquel pleno de asistencia.

También que, si la virtud ejecutiva de los acuerdos, según la expresión legal del art. 62, presupone la aprobación del acta, como ha declarado la Resolución de 23 de julio de 1958, en este caso concreto ni siquiera cabe aducir, con la problemática pretensión de salvar las dificultades que un examen parcial de la cuestión desde luego suscita, el que dicho acuerdo, que afecta exclusivamente a los accionistas, haya sido llevado a efecto por los mismos socios, toda vez que la escritura calificada de aumento de capital, complementada por la distribución de acciones, objeto propio de la inscripción que ahora se solicita, descubre, por el contrario, que a dicha distribución de acciones y ejecución del acuerdo permanecen ajenos los socios, por llevarla a cabo simplemente el Presidente y cuatro Vocales del Consejo de Administración en sesión de este organismo.

Que el art. 92 de la Ley, al desenvolver la forma de ejercitar el derecho de suscripción preferente que a los accionistas reconoce el párrafo 2.º del art. 39, establece que en toda elevación de capital con emisión de nuevas acciones podrán aquéllos, dentro del plazo que a este efecto les conceda la Administración de la Sociedad, y que no podrá ser inferior a un mes, suscribir en la nueva emisión un número de acciones proporcional al de las que posean, y aunque este derecho pueda ser renunciado por sus titulares, bien expresa o bien tácitamente, dejando transcurrir el plazo concedido para la suscripción, e incluso ser negociado por ellos, de los antecedentes de este expediente y de la escritura calificada no resulta

que tal renuncia o negociación haya tenido lugar, ni, lo que es más grave, que el mismo trámite de ofrecer en preferente suscripción se haya realizado, ya que ni se menciona, por lo que no aparece justificada la decisión del Consejo de Administración de distribuir las nuevas acciones libremente en la forma que lo ha realizado.

En cuanto al cuarto defecto, que en los casos de aumento de capital de una sociedad anónima por emisión de nuevas acciones supuesta la necesidad legal de que se suscriba íntegramente el nuevo capital y, al menos, se desembolse el 25 por 100 del mismo —y esto no sólo como consecuencia de la remisión que el art. 90 de la Ley hace a los preceptos relativos a la fundación de toda sociedad de esta clase, sino también porque, de lo contrario, se podría burlar con facilidad aquella finalidad de la Ley, que exige, en beneficio de acreedores y terceros, que en los Estatutos no figure una cifra de capital que no corresponda a la realidad social—, lógicamente debe constar, de modo claro e inequívoco en la escritura, que el desembolso y, como consecuencia, la cuantía que haya ingresado en las cajas sociales, como valor de las acciones, ha tenido lugar, sin que, en efecto, de los títulos aportados al recurso resulte ninguna declaración en tal sentido.

Respecto del quinto defecto, que entre los acuerdos adoptados por la Junta general, figura el de autorizar al Presidente y Secretario para que, en nombre de la Compañía, otorguen la escritura de aumento de capital, pero tal delegación no se ha extendido a modificar la redacción de uno de los artículos el segundo de los Estatutos, si bien éste se refiera a la cifra de capital social, y en este sentido podría entenderse—lo que sería problemático—que una autorización de tal género por parte de la Junta comprendería los dos actos, siempre resultaría que los otorgantes no se limitaron a alterar la cifra de capital, sino que también—y para ello carecerían, desde luego, de atribuciones—suprimieron otro de los párrafos del mencionado artículo.

En cuanto al sexto defecto, que, conforme tiene declarado también la Resolución de 23 de julio del año en curso, si bien es cierto que la Orden de 26 de marzo de 1952 permite a los Notarios autorizar la escritura en que se formalicen acuerdos sociales de emisión o puesta en circulación de acciones, con derecho preferente

de suscripción, aun antes de que por el Jurado de Utilidades se haya fijado la cuantía de la aportación suplementaria que establece el art. 8.º de la Ley de 31 de diciembre de 1946—disposición vigente, conforme al Decreto de 14 de diciembre de 1951—, sin embargo, es preceptivo también que tales acuerdos no puedan ser inscritos en el Registro Mercantil, según la Orden de 19 de enero de 1952, hasta tanto no se acredite, por parte de la sociedad interesada, haberse dado cumplimiento a lo establecido en la disposición legal mencionada.

(Véase la precedente Resolución de 23 de julio de 1958 y nuestra nota a la misma, y por el acertado estudio de los problemas que plantea en su calificación, los informes del Registrador en este recurso y el anterior.)

REGISTRO MERCANTIL.—EL ART. 2.º DE LA LEY DE 17 DE JULIO DE 1951 ESTABLECE—A DIFERENCIA DEL 152 DEL CÓDIGO DE COMERCIO—EL SISTEMA DE LIBERTAD DE ELECCIÓN DE NOMBRE SOCIAL, SIN MÁS LIMITACIONES QUE LA DE FIGURAR NECESARIAMENTE EN ÉL LA INDICACIÓN DE «SOCIEDAD ANÓNIMA» Y LA DE NO PODERSE ADOPTAR NOMBRE IGUAL AL DE OTRA SOCIEDAD PREEXISTENTE.

NO EXISTE VAGUEDAD E INDETERMINACIÓN CUANDO EN LOS ESTATUTOS SE HAGA CONSTAR QUE EN LO NO RECOGIDO POR ELLOS, LA COMPAÑÍA SE REGIRÁ «POR LAS DISPOSICIONES DE LA LEY DE 17 DE JULIO DE 1951 Y DEMÁS DE APLICACIÓN».

Resolución de 16 de septiembre de 1958 («B. O. del E.» de 25 de diciembre.)

Por escritura de 10 de enero de 1957, otorgada en Valladolid ante el Notario don Virgilio de la Vega y García, se constituyó por los cónyuges don T. G. T. y doña M. D. R., doña T., don L., don T. y don J. G. D. y don V. M. S. la Sociedad Anónima «Vinos de Rueda, S. A.», a la que se agregaba el nombre comercial «Sucedores de Valeriano Moro». En la cláusula segunda de la citada es-

critura se dispone que la Sociedad «se regirá por los siguientes Estatutos o normas, y en su defecto, por las disposiciones de la Ley de 17 de julio de 1951 y demás de aplicación». Entre las normas de los referidos Estatutos figuran las siguientes:

«10. Las Juntas generales son de dos clases: ordinarias y extraordinarias, y sus acuerdos adoptados, conforme a los Estatutos y normas legales serán válidos y obligatorios, incluso para los accionistas que no asistan, se abstengan de votar o voten en contra. En las Juntas generales ordinarias y extraordinarias, cada acción da derecho a un voto. Respecto a las acciones en usufructo y nuda propiedad, a que se refieren el art. 4.º, la representación de las mismas con voz y voto corresponde a los usufructuarios, pero sólo cuando se trate de discutir y votar sobre asuntos de administración y orientación del negocio, pues si se trata de modificación del capital o liquidación de la Sociedad y demás asuntos de análoga naturaleza, la representación la ostentará el nudo propietario.

11. Las Juntas generales extraordinarias tienen por objeto la extinción y liquidación de la Compañía, el aumento o disminución del capital, la fusión o modificación de la Sociedad y la de sus Estatutos y los demás que concede la ley. Para tales acuerdos se requiere la participación de accionistas y de capital que determina el art. 58 de la ley. 12. Las Juntas generales ordinarias tienen por objeto los demás asuntos no reservados a las extraordinarias, y especialmente la aprobación de cuenta y balances que por el Presidente del Consejo se presentarán todos los años dentro de los tres meses siguientes al cierre del ejercicio económico, para su examen y aprobación. 13. La convocatoria para las Juntas de ambas clases se hará por el Presidente del Consejo, que presidirá las sesiones, citando con antelación y en la forma que previene el art. 53 y concordantes de la ley se extenderá el acta correspondiente, que autorizarán el Presidente y el Secretario.»

Presentada en el Registro la anterior escritura, fué calificada con la siguiente nota: «No admitida la inscripción del precedente documento por lo siguiente: 1.º, la expresión «Vinos de Rueda, S. A.», o bien es comprensiva de un apellido o nombre patronímico, y en este caso deben añadirse más datos y circunstancias que permitan individualizarle en la persona o entidad que lo detente, o bien hace relación a los frutos o productos que se obtengan en una región, y

en este supuesto los reglamentos vigentes en la materia prohíben que las procedencias de origen puedan servir de base a la denominación de sociedad alguna; 2.º, son demasiado vagas las referencias que en los Estatutos que anteceden se hacen a la vigente Ley de Sociedades Anónimas: Para la reunión de la Junta general extraordinaria a petición de los socios; la aprobación del acta de las Juntas; la formación del balance y distribución de beneficios, y el nombramiento de censores de cuentas. Y no se dice nada acerca de la disolución y liquidación en su día de la Sociedad. Por la índole del defecto contenido en el punto primero no procede tomar anotación preventiva.»

Interpuesto recurso por el Notario autorizante, la Dirección revoca la nota del Registrador, mediante la doctrina siguiente:

Que el art. 2.º de la ley de 17 de julio de 1951 establece—a diferencia del art. 152 del Código de Comercio—el sistema de libertad de elección de nombre social, sin más limitaciones que la de figurar necesariamente en él la indicación de «Sociedad Anónima» y la de no poderse adoptar nombre igual al de otra sociedad preexistente, y que, por tanto, nunca debe constituir obstáculo para la inscripción de aquél en el Registro Mercantil una pretendida contradicción con alguna de las normas sobre marcas y nombre comercial—aparte de que, sin duda, ello no ocurre en el presente caso—, dados los términos del art. 32 del Decreto de 8 de septiembre de 1932, que tan sólo establece, en justa defensa de los productos de determinada región, no poder aplicarse a un vino el nombre de un determinado lugar geográfico, a pretexto de ser aquél análogo o similar en composición o calidad a los que se producen en ese lugar—supuesto precisamente distinto al contemplado—, ya que tales normas se refieren a la inscripción de dicho nombre comercial en el Registro de la Propiedad Industrial, inscripción que es potestativa e independiente, según declara expresamente el art. 199 del Estatuto de 26 de julio de 1929, de la que, con arreglo al Código de Comercio, deben llevar a efecto los comerciantes.

En cuanto al segundo defecto, que al determinar la ley las normas fundamentales por las que debe regirse toda Sociedad Anónima

nima, junto a disposiciones de carácter coactivo, faculta a las partes para que establezcan, dentro de ciertos límites, otras reglas que desarrollen, complementen o suplan las legales, y que—unas y otras, debidamente ensambladas—vienen a constituir la forma a que se ha de ajustar la Compañía en su actuación, por lo que, en cuanto necesarias, deben ser recogidas en los Estatutos, conforme al art. 11 de la ley, a fin de que quede así fijado en el momento de la constitución, de manera cabal y precisa, directamente o por remisión general o particular a la ley, el régimen de Sociedad y suplido negocialmente cualquier vacío normativo existente. mas sin que sea necesario establecer—reproduciéndolas—reglas fundamentales idénticas a las legales, cuando en los mismos Estatutos, como ahora ocurre, se haga constar que en lo no recogido por ellos la Compañía se regirá «por las disposiciones de ley de 17 de julio de 1951 y demás de aplicación.»

Que, de conformidad con lo expuesto, en la escritura calificada no se advierte la vaguedad e indeterminación a que hace referencia la nota, por aparecer cumplido el citado art. 11 de la Ley que fija los requisitos mínimos de escritura y Estatutos sociales, y porque: a), los arts. 10 a 15 de los Estatutos regulan la convocatoria, objeto de las Juntas extraordinarias y, al no establecerse nada acerca de tal convocatoria a petición de los accionistas, en virtud de lo dispuesto en la cláusula II de la escritura, regirá el art. 56 de la Ley, que exige un mínimo de socios que representen la décima parte del capital desembolsado; b), lo mismo hay que entender respecto del acta en el art. 19 de los Estatutos, para cuya aprobación también regirá el art. 62 de aquélla; y otro tanto respecto a balance y distribución de beneficios, disolución y liquidación de la Sociedad—art. 20 de los Estatutos—, y c), por lo que respecta a los censores de cuentas, es obvio que, por la misma naturaleza de las cosas, no pueda llevarse a efecto lo prevenido por el ar. 108 de la Ley, y proceder en tal forma a su nombramiento—dos propietarios y dos suplentes—, dado que el escaso número de socios de la Compañía lo impida. puesto que, de los siete que la constituyen, seis de ellos forman parte del Consejo de Administración.

Como dice Girón Tena, *Derecho de Sociedades Anónimas*, la ley, preocupada por la distinción entre Escritura y Estatutos, no ha querido seguir la técnica legislativa de otros ordenamientos, en los cuales se exige un contenido mínimo en los Estatutos, de carácter obligatorio.

Sin embargo, y aunque cuida el Centro Directivo de puntualizar en relación a la nota del Registrador que las lagunas señaladas por éste en el apartado 2.º de aquélla se hallan completadas con los preceptos legales pertinentes que se citan en el Considerando último, no hay que olvidar que, ampliado un tanto el procedimiento con las referencias a la ley, llegaría a sobrar la intervención notarial, y esto sin olvidar—como señala igualmente el funcionario calificador—que uno de los fines esenciales del Registro Mercantil es el de la publicidad, debiendo reflejar sus asientos con toda claridad la reglamentación de las Sociedades, para que cuantas personas acudan a él puedan comprenderla con facilidad, sin necesidad de acudir a asesoramientos especiales.

Véase también Garrigues, *Comentario a la Ley de Sociedades Anónimas*, pág. 232, t. I, edic. 2.ª

FUERO DE VIZCAYA.—DONADAS DETERMINADAS HEREDADES A UN HIJO, CON LA CONDICIÓN DE QUE SI AL FALLECIMIENTO DE AMBOS CÓNYUGES NO HUBIERAN DISPUESTO POR CUALQUIER TÍTULO INTERVIVOS O MORTIS CAUSA DE LAS MISMAS, SE ENTENDERÍAN DONADAS A DICHO HIJO; LA FALTA DE DISPOSICIÓN POR PARTE DEL PADRE QUE MURIÓ INTESADO Y POR PARTE DE LA MADRE, QUE AL TESTAR SE LIMITÓ A INSTITUIR HEREDERO A OTRO HIJO SIN HACER EXPRESA DISPOSICIÓN DE AQUÉLLAS, HA DE ESTIMARSE COMO CUMPLIMIENTO DE LA CONDICIÓN IMPUESTA.

SIENDO NECESARIA, A PARTIR DE LA CELEBRACIÓN DEL MATRIMONIO, LA GESTIÓN CONJUNTA DE AMBOS ESPOSOS PARA CUALQUIER ACTO DE DISPOSICIÓN DE BIENES DE LA SOCIEDAD CONYUGAL, LA VOLUNTAD MANIFESTADA POR LA ESPOSA, DE CONSENTIR LA DONACIÓN HECHA SOLAMENTE POR EL MARIDO, PREVIA SU LICENCIA, DEBE REPUTARSE BASTANTE PARA LA EFECTIVIDAD DEL ACTO REALIZADO.

LOS REGISTRADORES NO PUEDEN NEGAR LA REINSCRIPCIÓN DE LOS TÍTULOS QUE HUBIESEN SIDO YA INSCRITOS, LIMITÁNDOSE CUANDO NOTAREN ALGUNA FALTA INSUBSANABLE A HACERLA CONSTAR PARA EVITAR TODA RESPONSABILIDAD.

Resolución de 4 de octubre de 1958. («B. O. del E.» de 14 de enero de 1959.)

El 26 de enero de 1924 don Fermin de Renteria y Ugalde y su esposa, doña Brigida de Armendáriz y Mendizábal, con licencia marital, otorgaron ante el Notario de Bermeo, don José Nieto Méndez, escritura por la que donaron determinados bienes a su hijo don Ignacio, con ocasión de su matrimonio con doña Nicolasa de Gaubeca y Menchaca, a la que en el mismo instrumento donaron también sus padres otros bienes; en dicha escritura se dice que «si las heredades llamadas Zubilleta-Sacona, que se reservan los donantes, quedaren al fallecimiento del último de ellos sin haber dispuesto de las mismas, por cualquier título intervivos o mortis causa, se entenderán también donadas al don Ignacio, para que las reintegre a la casería» de Gaubeca; en el otorgamiento los comparecientes «aprueban y dan carácter contractual a las exposiciones que anteceden». Don Fermin de Renteria y Ugalde falleció sin testar el 7 de diciembre de 1930, y su esposa doña Brigida de Armendáriz y Mendizábal, el 23 de enero de 1955, bajo testamento otorgado en Munguía el 14 de mayo de 1931, ante el Notario don Luciano Laita Laborda, en el que dispuso de sus propios bienes, no dé los que habían sido de su marido, en favor de su hijo don Román Renteria Armendáriz; y el 19 de julio de 1955, don Ignacio Renteria Armendáriz otorgó ante el Notario de Bilbao, don José Osorio Samaniego, escritura por la que donó a su hijo don Santiago Renteria Gaubeca, entre otros bienes, el caserío denominado «Gaubeca», en el que figuraba incluída la heredad «Zubilleta-Sacona», y su esposa, doña Nicolasa Gaubeca Menchaca, que compareció al acto, presta su consentimiento expreso a la donación que acaba de verificar su esposo a favor del hijo de ambos, don Santiago Renteria Gaubeca».

Presentadas en el Registro las escrituras de 26 de enero de 1924 y 19 de julio de 1955, puso en ellas el Registrador las notas si-

guientes: En la primera: «Reinscrito el anterior documento, conforme al art. 13 de la Ley de 15 de agosto de 1873, menos en la parte que se dirá, al folio 167 del tomo 184 del archivo, libro IV de Baquio, finca núm. 305, reinscripción 1. No se ha practicado operación alguna en cuanto a las heredades «Zable-Luce», «Harrecosolo» e «Harretachu», por solicitarlo así el presentante; así como tampoco en cuanto a las heredades «Zubilleta-Sacona», por no estar comprendidas en la donación y no ser el documento presentado apto para practicar la inscripción de las mismas»; y en la segunda: «Suspendida la inscripción del anterior documento por los defectos siguientes: 1.º En la donación realizada por don Ignacio Rentería a su hijo Santiago no basta el consentimiento de la esposa de aquél, Nicolasa Gaubeca, sino que tiene que donar también la esposa citada, por virtud de la comunicación foral. 2.º Las heredades «Zubilleta-Sacona», pertenecido del caserío «Gaubeca», no fueron objeto de donación por la escritura otorgada el 26 de enero de 1924, ante el Notario de Bermeo, don José Nieto Méndez, con el núm. 16 del protocolo. En consecuencia, dichas heredades pertenecen a la herencia intestada de don Fermín Rentería y a la testada de su esposa, doña Brígida Armendáriz, según los antecedentes de los documentos calificados; necesitándose para disposición de tales fincas o heredades la concurrencia de todos los condóminos o de los adjudicatarios de las mismas. 3.º Falta la previa inscripción de dichas heredades «Zubilleta-Sacona» en el Registro; y no puede realizarse por los defectos señalados con el título objeto de calificación. Siendo estos defectos, al parecer, subsanables, no se ha tomado anotación preventiva, por no haberse solicitado».

Interpuesto recurso por el Notario autorizante de la segunda escritura, y estimada la personalidad del mismo al efecto, por lo que respecta al primer documento que en un principio señaló el Registrador, aunque por su conexión con el segundo, la admitía posteriormente, el Presidente de la Audiencia confirmó las notas puestas por dicho funcionario, las cuales rechaza la Dirección, revocando, en consecuencia, el auto apelado en méritos de la doctrina siguiente:

Que en este recurso las cuestiones a discutir son: 1.º Si deben estimarse transmitidas a don Ignacio de Rentería y Armendáriz las heredades «Zubilleta-Sacona», que se reservaron sus padres al hacerle donación de bienes, en la escritura de 26 de enero de 1924, con la condición de que si al fallecimiento de ambos cónyuges no hubieran dispuesto por cualquier título intervivos o mortis causa de dichas fincas, se entenderían éstas donadas a Ignacio, dado que el padre falleció intestado y la madre bajo testamento, en el que dispuso de sus propios bienes a favor de otro hijo llamado Román; y 2.º Si la voluntad manifestada por la esposa de consentir la donación hecha por don Ignacio, su marido, previa la licencia marital, puede reputarse eficaz para el fin propuesto, habida cuenta de la comunicación de bienes establecida por el Fuero de Vizcaya.

Que la comunicación establecida en la Ley 1.ª, título XX del Fuero, bien constituya una verdadera comunidad o una especie de sociedad que tiene por objeto el disfrute de los bienes durante el matrimonio y el reparto de utilidades al tiempo de su liquidación, con indudable unanimidad de criterio, se reputa existente si al tiempo de la disolución del matrimonio por muerte de uno de los cónyuges quedaran hijos, y, por el contrario, cuando éstos faltasen, no existe tal comunicación y los bienes vuelven a la rama de donde procedían, y únicamente serán distribuidos los que tengan carácter de gananciales.

Que al no contener el Fuero un precepto en donde terminantemente se establezca el momento, a partir del cual tiene lugar la comunicación de bienes entre los esposos, los escritores se hallan divididos, puesto que unos estiman que es a partir de la celebración del matrimonio y otros, por el contrario, entienden que no tiene lugar hasta el momento de la disolución, porque la Ley 1.ª del título XX, tanto en su rúbrica como en su texto, no se refiere más que a dicho momento y, además, la Ley 6.ª del mismo título, al regular los gananciales, parece circunscribir la comunidad sólo a esa clase de bienes, toda vez que si se comunicaren todos los bienes propios del marido y mujer habría que estimar también incluidos los bienes gananciales, y habría perdido su razón de ser la regla especial, según la cual se aplicará a éstos el derecho común.

Que por la circunstancia de que la Ley 1.ª regule la situación

de los bienes de los cónyuges en el caso de disolución del matrimonio no cabe estimar que con anterioridad no exista comunicación de bienes entre los esposos, que cabría deducir: a), del precepto contenido en la Ley 7.^a del título XX, según el cual, vendida constante matrimonio por deuda, delito o fianza, la mitad de los bienes pertenecientes al marido, será la otra mitad enteramente de la mujer, y la habrá en posesión y propiedad una vez disuelto el matrimonio si hubiesen hijos de consuno; b), de la Ley 9.^a del mismo título, que prohíbe al marido vender constante matrimonio bienes algunos que no sean ganados, pertenecientes en su mitad a la mujer, aunque los bienes provengan de parte del marido; c), de la Ley 6.^a del título XXI, que dice que marido y mujer, cada uno por sí o conjuntamente, podrán disponer de su mitad; d), de la constante práctica notarial, que exige la comparecencia de la mujer en las escrituras de bienes propios del marido.

Que, donadas las heredades «Zubilleta-Sacona» al hijo Ignacio, para que las reintegre a la casería, sólo en el caso de que al fallecimiento del último de los donantes no se hubiese dispuesto de ellas, la falta de disposición por parte del padre que murió intestado y por parte de la madre que al testar se limitó a instituir heredero a otro hijo sin hacer disposición expresa del pertenecido, que era propiedad exclusiva del marido y que había sido condicionalmente donado por ambos cónyuges, es justo estimar cumplida la condición impuesta en la escritura de 26 de enero de 1924 y eficaz la donación otorgada, con lo cual se afirma la indivisibilidad del «caserío» con todas sus partes, que forma una explotación racional de cultivo, enraizada desde tiempo inmemorial en la conciencia pública y en la vida rural de estos territorios.

Que es necesaria la gestión conjunta de ambos esposos para cualquier acto de disposición de bienes de la sociedad conyugal, admitida a partir de la celebración del matrimonio la comunicación foral, y aunque en la escritura de 19 de julio de 1955 se debiera haber reflejado con más exactitud la voluntad conjunta de marido y mujer de donar, por la comparecencia de ambos cónyuges y la consiguiente manifestación hecha por la mujer de consentir expresamente la donación realizada, deben reputarse cumplidas las exigencias del Fuero para la efectividad del acto realizado e inscribible la mencionada escritura.

Respecto del tercer defecto, que como el art. 8.º de la ley de 15 de agosto de 1873 dispone que los Registradores no podrán negar la reinscripción de los títulos que hubieren sido ya inscritos, y que cuando notaren alguna falta insubsanable se limitarán a hacerla constar para evitar toda responsabilidad, presentada en el Registro la escritura de 26 de enero de 1924, debió reinscribirse sin alterar sustancialmente los términos de la calificación anterior.

* * *

Acaso tenga razón el Registrador cuando al principio de su informe dijera que en el presente caso existen en realidad dos recursos perfectamente diferenciados: el motivado por la escritura de 26 de enero de 1924, que fué presentada a reinscripción, y el que origina la escritura de 19 de julio de 1955.

En su opinión—y de ahí deriva, *unitariamente*, el problema de fondo planteado—, según estampó en la escritura presentada a reinscripción, las heredades «Zubilleta-Sacona» no estaban comprendidas en la Donación. Por tanto, dicho documento no era apto para la *inscripción* (fijémonos bien: *inscripción* no *reinscripción*) de dichas heredades.

Hay que leer su Informe para encontrar cumplida justificación a su aserto. Y en él hallamos que en la repetida primera escritura que nos ocupa, existe (afirma, insistimos, el Registrador, pues nada de ello se expresa por la Dirección en los Hechos del recurso) un supuesto—el segundo—que dice textualmente que don Fermín y doña Brigida donan a su hijo Ignacio, el caserío «Gaubeca», *excepto las heredades llamadas «Zubilleta-Sacona»*.

Este *excepto*—a su juicio—excluye dichas heredades de la fórmula del art. 639 del Código Civil, pues para estar comprendidas en su ámbito debía haberse donado la totalidad del caserío, reservándose los donantes la facultad de disponer de las mismas por cualquier título intervivos o mortis causa.

¿Contradice lo expuesto la cláusula cuarta—transcrita en los hechos del recurso—de la escritura que dice que «si las heredades «Zubilleta-Sacona», que se reservan los donantes, quedaren al fallecimiento del último de ellos sin haber dispuesto de las mismas, por cualquier título intervivos o mortis causa, se enten-

derán también donadas al don Ignacio, para que las reintegre a la casería de "Gaubeca"»?

De esta cláusula—en opinión del Registrador—no puede deducirse que las tales heredades fuesen transmitidas, por ser ello propio de un testamento o de un acto de última voluntad, condiciones que no reúne la repetida primera escritura, por lo que la calificó de no ser apta para la inscripción de las meritadas heredades, que no fueron transmitidas. (insiste con reiteración).

Sin duda, el problema es delicado. Como dijo con precisión Díez Pastor, la donación es acaso la figura más proteica de todo el derecho patrimonial. Desde su forma más pura y sencilla, la entrega manual de cosas muebles con ánimo de liberalidad, pasando por la donación *promisoria*, hasta aquellos casos en que la donación puede operarse, aun sin que llegue a mediar negocio jurídico entre donante y donatario, la gama es tan variada que no tolera una definición unitaria, como no sea concebida en términos de tal extensión que la prive de toda eficacia. La donación *promisoria*, que es el tipo más afín a las situaciones meramente obligacionales, ni comprende toda donación, ni siquiera es la fórmula más normal de donar, aunque sea la que los Códigos parecen haber tenido a la vista al incluir la donación entre los contratos bilaterales. Y aun de su propia naturaleza habría mucho que hablar; no en vano la llama gráficamente Sohon, «donación de promesa». Pero tampoco es lícito reducir a ella la donación traditoria, que es el tipo normal del negocio jurídico de donación...

Refiriéndose al art. 639, dice Vallet de Goytisolo, que él mismo al examinar el supuesto de reservarse el donante la facultad de disponer de alguno de los bienes donados o de alguna cantidad con cargo a ellos, si el donante muriese sin haber hecho uso de este derecho, pertenecerán al donatario los bienes o la cantidad que se hubiese reservado. Es decir, la titularidad de la cosa reservada, o la correspondiente a la cantidad reservada sigue siendo del donante, el donatario sólo adquiere provisoriamente el usufructo. La imposibilidad—por muerte del sujeto—del incumplimiento de la condición negativa—de no disponer de ellos—purifica la donación—la condición negativa se tiene por cumplida. conforme al art. 1.118 del C. C.—y con ella se perfecciona *automáti-*

camente—«pertenerán», dice el art. 639—la transmisión del dominio pleno de la porción reservada.

¿De las opiniones transcritas podríamos deducir que la cláusula 4.^a de la escritura embebe—por decirlo así—o enerva la 2.^a de la misma, y que el verbo «entenderán» empleado en aquello puede equipararse al de «pertenerán», que utiliza el Código? (art. 639).

Pero si se *reservaron* los donantes (cláusula 4.^a) las heredades «Zubilleta-Sacona» parece que ese *usufructo provisorio* de que nos habla Vallet, como transmitido al donatario (ámbito, art. 639) quedó inoperante.

Que no ya la *titularidad*, sino la cosa fué excluida del acto o negocio de donación. Y entonces podría decirse con Manresa, que si los bienes sobre que quedó reservado el derecho siguen en poder del donante, en realidad no existe donación entre vivos, pues no produce efectos, ya que *ni el donatario disfruta de los bienes, ni el donante se desprende irrevocablemente de ellos...*

Mas sea ello lo que quiera, ya que la cláusula 4.^a en cuestión, aun prescindiendo de la 2.^a, induce a interpretaciones varias (por ejemplo, la expresión «reintegrar»: ¿de lo que no es nuestro, de lo que ya lo era?), es lo cierto que si dadas las conjeturas o dudas, mejor, a que las mismas se prestan, el hallarse inscrita la escritura sin salvedad, cortapisa o advertencia alguna, mueve a considerar que para el Registrador que la llevó a cabo no las hubo, y en consecuencia, al presentarse a reinscripción, el actual o implicado en el recurso, no podía negarse—como dice el Centro Directivo, último considerando—a efectuarla, limitándose a hacer constar la falta o faltas insubsanables de que el documento, a su juicio, adolecía (art. 8.^o de la Ley de 15 de agosto de 1873).

* * *

Ahora bien (y pasamos a la segunda fase o lo que pudo ser, como al principio indicamos, siguiendo al Registrador, segundo recurso), si dicho funcionario, en vez de considerar no donadas, como parece suponer la expresión final, que consignó en su nota a la escritura presentada a reinscripción («no se practica operación en cuanto a las heredades «Zubilleta-Sacona», por no estar comprendidas en la donación»), hubiera reinscrito totalmente, pero

advirtiendo este defecto insubsanable (en su criterio, claro), ¿variarían los considerandos de la Dirección? Parece que no, según el considerando 5.º. Pero destruido el Registro, ignoramos en qué términos quedó redactada el acta de inscripción. Difícilmente vemos pudiera ser caso de consulta (art. 273 L. H. y 481 de su Reglamento). Y siempre, además, habrá de tenerse en cuenta el párrafo final del art. 1.º.

Acaso pensando en todo esto fuera por lo que el Registrador del recurso, en su loable celo, abordó la cuestión de lleno en la escritura de reinscripción, primero; como en la de 1955, después (apartado 2.º de la nota a la misma). Mas la Dirección, al decir «debió reinscribirse sin alterar *sustancialmente* los términos de la calificación anterior (*in fine* último considerando)» reafirma su criterio ya expresado, como dijimos, en el quinto de sus considerandos.

En cuanto a la comunicación foral o fomento en que queda establecida, ante todo, ¿rectifica o ratifica la Resolución de 13 de junio de 1956? (véase esta Revista y nuestra nota, págs. 671 a 677 de dicho año). Estimamos que, prescindiendo de lo que dicen los 3.º y 4.º, expresándose en el considerando 6.º rotundamente que... «admitida a partir de la celebración del matrimonio la comunicación foral», la *ratificación* al respecto de aquella Resolución, es indudable.

Por lo demás, ese considerando 6.º parece equiparar la gestión conjunta de ambos esposos para cualquier acto de disposición de bienes de la Sociedad conyugal, o sea los *gananciales* y los *comunicados*, lo que si para los primeros hoy, con la reforma del artículo 1.413 C. C. podría, hasta cierto punto, estimarse idóneo (es más, para ellos, ya vigente la reforma, sería perfecto. Así, Rodríguez Adrados), en cuanto a los *comunicados*..., harto expresivo es el mismo: *Consentir* no es donar, ni aun apoderar para ello. Y muy difícilmente puede estimarse como ratificar.

Sin embargo hay que recordar la equiparación práctica del *consentimiento* y la *disposición* que ya hiciera la Resolución de 19 de diciembre de 1933, al decir que el marido «era el único que podía gravar con la hipoteca las dos fincas referidas, prestando su consentimiento del modo claro y preciso que exigía la naturaleza del contrato, ya directamente, siendo él quien hipotecaba, o indirectamente, siendo el otro quien hipotecaba».

tamente, dando el consentimiento a su mujer para obligar los bienes de la sociedad de gananciales».

Por un lado—como dice muy bien Rodríguez Adrados—hay, pues, disposición propia; por otro, consentimiento propio a la disposición ajena; en el primer caso, dispone el marido; en el segundo, la mujer, con el consentimiento del marido.

La distinción entre disposición y consentimiento—sigue diciendo Rodríguez Adrados—puede parecer inútil, en cuanto que han de producir los mismos efectos transmisivos; no lo es en muchos detalles; citemos de momento uno, referente al derecho no reformado—continúa—: si el marido dona un bien ganancial con consentimiento de la mujer, es de *gran interés el determinar si la mujer sólo ha prestado su consentimiento a la donación del marido, o si ella también ha dispuesto; en el primer caso sólo hay un donante; en el segundo, dos. Las consecuencias en materia de imputación, colación, etc., son evidentes.*

GINÉS CÁNOVAS COUTIÑO,

Registrador de la Propiedad

VÉASE: Díez Pastor, *La donación al no concebido*, «Anales A.M.N.T.», VI, página 125.

- Vallet de Goytisolo, *Donación, condición y conversión jurídica material*. Separata, nota 75, pág. 32.
- Manresa, *Comentarios al Código Civil*, «T. V.», pág. 131, edición 1896.
- Rodríguez Adrados: *Disposición onerosa de Inmuebles gananciales*, «Revista de Derecho Notarial», págs. 194 y sgs., julio-diciembre. 1956.

Jurisprudencia sobre el Impuesto de Derechos reales

Resolución del Tribunal Económico-Administrativo Central de 28 de enero de 1948.

NO EXISTIENDO DOCUMENTO EN EL QUE EL CONTRATO SE HAGA CONSTAR, ÉSTE NO ES LIQUIDABLE, AUNQUE EXISTAN FACTURAS Y OTROS DOCUMENTOS ACCESORIOS, RELATIVOS A SU EJECUCIÓN Y CUMPLIMIENTO.

NEGADA LA EXISTENCIA DEL DOCUMENTO CONTRACTUAL, LA ADMINISTRACIÓN ES LA OBLIGADA A PROBAR QUE EL CONVENIO SE FORMALIZÓ POR ESCRITO.

Antecedentes.—Ante la Abogacía del Estado fué presentada una certificación de la Inspección de Buques Mercantes, haciendo constar que la misma había procedido al reconocimiento de las obras efectuadas en un buque para la instalación de quemadores de fuel-oil, y que las obras de mejora importaban 783.577,00 pesetas, y la de entretenimiento y conservación, 1.256.439 pesetas. Al documento se unían copias de las facturas extendidas por la Sociedad ejecutora de las obras, y como complemento otras copias especificando los trabajos realizados con el detalle numérico del importe de cada uno de ellos.

A la vista de la predicha documentación la Abogacía del Estado giró a cargo de la Entidad constructora, liquidación por el con-

cepto de «contrato mixto», importando una respetable cantidad, cuya liquidación fué recurrida por la interesada, alegando la inexistencia de contrato escrito, sujeto al impuesto, y diciendo que los documentos aludidos habían sido presentados a la Abogacía del Estado, porque así lo exigió la Comandancia de Marina antes de proceder a practicar la inscripción del buque en el Registro correspondiente.

El Tribunal provincial no estimó la reclamación, fundado en que los documentos tenidos a la vista por el liquidador y la necesidad de llevar constancia de las obras efectuadas en el navío a los Registros Mercantil y de la Comandancia de Marina, constituyen un reflejo documental del contrato que implica la formalización por escrito del pacto inicial, siquiera éste pudiera haberse estipulado de modo verbal.

Planteada la controversia ante el Tribunal Central, éste empieza por sentar que versa sobre la consideración de verbal o escrito que deba merecer, a efectos fiscales, el contrato mixto de obras con suministro de materiales de que se trata; calificación que debe hacerse a la vista de los documentos de que dispuso la Oficina liquidadora, sin que pueda suponerse la existencia de otros distintos, porque a quien corresponde probar la existencia del documento sujeto al pago es a la Administración, cuando los contribuyentes nieguen que se haya otorgado; cuya doctrina está reconocida por el propio Tribunal, en Resolución de 26 de junio de 1956, en consonancia con la del Tribunal Supremo en su sentencia de 22 de febrero de 1955.

Esto sentado, añade el Central, hay que tener en cuenta el criterio del expresado Tribunal, en sentencias, entre otras, de 1 de febrero de 1956 y 7 de marzo, 27 de mayo y 1 de julio de 1957, y del propio Central en diversas Resoluciones concordantes con dicho criterio. Y según ese criterio, el sólo hecho de que la cuantía de las prestaciones de un contrato sea superior a 1.500 pesetas no es suficiente para que deba ser calificado de escrito, por lo que dispone el artículo 1.280 del Código Civil, en relación con el 1.279 del mismo texto legal, puesto que aunque carezca del requisito formal de constar por escrito, es perfecto y obligatorio, sin perjuicio del derecho de los contratantes a compelerse a la formalización escrita; y, además, conforme al número 5.º del artículo 3.º de la

Ley del Impuesto y al artículo 44 de su Reglamento, ambos de 1947, la constancia de los contratos y sus estipulaciones en documento público privado, según los casos, es indispensable para su sujeción al impuesto, salvo en el caso de los actos deducidos por modo tácito de las convenciones y voluntad de los contratantes; de tal manera que, fuera de esos casos, la carencia de expresión documental no se subsana fiscalmente con referencias o alusiones, ni con todo aquello que constituya diligencias de ejecución o consumación de un contrato previamente perfeccionado, como son las facturas de precios y gastos, hasta tal punto, que si no consta expresa o tácitamente la aceptación, las facturas no tienen más valor que el de diligencias de aceptación de un contrato celebrado verbalmente.

En definitiva—sigue diciendo la Resolución que comentamos—, tales diligencias y documentos no implican la forma escrita del contrato, requerida por la Ley para que éste sea liquidable, porque fueron extendidas al solo fin de conseguir la inscripción del buque en los Registros Mercantil y de la Comandancia de Marina y tienen carácter unilateral; y en todo caso, como antes queda dicho, mientras la Administración no pruebe la existencia de algún documento que por sí mismo acredite la celebración del contrato, no es exigible el impuesto y ha de aplicarse la exención de los artículos 3.º de la Ley y 6.º del Reglamento, ambos de 7 de noviembre de 1947.

Comentarios.—Estamos de completo acuerdo con la doctrina que brillantemente sienta el Tribunal, la cual fué sostenida por nosotros desde que aparecieron la Ley y el Reglamento de 1947 y después reiteradamente en los comentarios de esta REVISTA CRÍTICA DE DERECHO INMOBILIARIO.

En esos textos fué donde apareció, como es sabido, la reforma de la exención del número 5.º de los artículos 3.º de la Ley y 6.º del Reglamento referida a «los contratos verbales cuando su cumplimiento no requiera que consten por escrito», mientras que hasta entonces la exención se refería a los «contratos verbales, mientras no se eleven a documento escrito»; siendo de notar que esa nueva redacción de la legislación de 1927 perdura en la actual de 1948 y aparece literalmente trasladada con el número 9.º a los mismos

artículos 3.º y 6.º, respectivamente, de la Ley y su Reglamento. Ello es, ciertamente, de difícil comprensión y de más difícil explicación, sobre todo después de la unánime y criticada oposición a la innovación de 1947, expresada en la doctrina, en la jurisprudencia y ahora categóricamente en la Resolución que comentamos por el Tribunal Central Económico-Administrativo con su indiscutible autoridad y competencia.

Es incuestionable que los redactores de la Ley olvidaron al redactar la reforma del texto de la debatida exención que los contratos verbales o no, son de obligado cumplimiento con independencia de su forma escrita, desde que el Ordenamiento de Alcalá dijo que «sea valedera la obligación o el contrato que fuesen hechos en cualquier manera que parezca que alguno se quiso obligar a otro é facer contrato con él». Quizá estaba en su ánimo sujetar al impuesto los dichos contratos verbales, siempre que su cuantía excediera de 1.500 pesetas, pensando en que la forma escrita la impone el artículo 1.280 del Código Civil a los de tal cuantía, pero no tuvieron en cuenta que esa imposición no afecta a la validez y eficacia de la convención, y que su trascendencia queda limitada, conforme al 1.279 del mismo Código, a que los contratantes puedan competirse reciprocamente a llenar el requisito de la forma escrita.

Lo cierto es que, aunque los comentaristas sostuvieron desde el primer momento la incongruencia del texto de la mencionada exención, la jurisprudencia, tanto del Tribunal Económico-Administrativo Central, como de la Sala 3.ª, estuvieron vacilantes ante la difícil armonización de la letra de la exención con el derecho sustantivo civil, hasta que dicha Sala se pronunció decididamente por la verdadera interpretación del precepto, señaladamente a partir de la sentencia de 29 de septiembre de 1951. Y ya en esta trayectoria apareció, entre otras sentencias, la de 2 de febrero de 1955, digna de ser destacada para la mejor comprensión de la exención trasplantada a la Ley y Reglamento actuales con el número 9.º de sus artículos 3.º y 6.º, respectivamente. Dice, pues, la sentencia, además de afirmar que los contratos verbales están en todo caso exentos, que la exacción del impuesto requiere que la convención esté «expresamente consignada por los contratantes», de tal manera que, afirmada por el contribuyente la modalidad

verbal del contrato, la obligación de acreditar la existencia de la forma escrita, como hecho determinante de la imposición, recae en la Administración.

Así, pues, y en conclusión, esta doctrina y esta interpretación, con la modalidad que acabamos de enunciar, es la que decididamente acoge la Resolución que nos ocupa; tanto más de destacar y aplaudir, cuanto que la nueva legislación de 1958, no modificó el texto de la exención y lo reiteró. Es de esperar que la aplicación de tal doctrina por las Oficinas liquidadores sea una realidad que evite los numerosos recursos que la interpretación literalista del precepto venía produciendo.

Resolución del Tribunal Económico-Administrativo Central de 14 de febrero de 1958.

EN EL CASO DE CONSTRUCCIÓN DE UN BUQUE PESQUERO, EN COPARTICIPACIÓN INDIVISA DE SUS DUEÑOS, NO ES APLICABLE LA PRESUNCIÓN DE EXISTENCIA DE SOCIEDAD ENTRE LOS COPROPIETARIOS, A QUE SE REFIERE EL ARTÍCULO 589 DEL CÓDIGO DE COMERCIO, NI APLICABLE POR EL CONCEPTO LIQUIDABLE DE «SOCIEDADES», PREVISTO EN EL APARTADO 27 DEL ARTÍCULO 19 DEL REGLAMENTO DE 1947, PORQUE TAL PRESUNCIÓN AFECTA, EXCLUSIVAMENTE, A LOS BUQUES MERCANTES.

Antecedentes.—Presentada a liquidación una escritura en la que una Empresa constructora declara que por encargo de tres personas individuales y para la propiedad de ellas, construyó una embarcación pesquera con un coste de 9.000.000 de pesetas, que pasa a ser propiedad de aquéllas por terceras partes indivisas, la Oficina liquidadora giró liquidación por el concepto «sociedades», aplicando el apartado 27 del artículo 19 del Reglamento de 1947.

Los interesados reclamaron contra la liquidación, fundados en que lo dispuesto en el mencionado apartado al sujetar al impuesto a las Sociedades que se presumen constituidas entre los copropietarios de un buque, según lo previsto en el artículo 589 del Código de Comercio, solamente es aplicable cuando de buques mercantes se trata, y no comprende a embarcaciones que, como las de pesca,

están destinadas a fines distinto del comercio marítimo; añadiendo que, aun en el supuesto de que se estimara la existencia de Sociedad, la liquidación debiera haberse girado con la reducción del 50 por 100, establecida en la Ley de 12 de mayo de 1956.

El Tribunal Provincial desestimó la reclamación, diciendo que la invocada presunción es aplicable a toda clase de embarcaciones y aplicable, por tanto, al caso del citado precepto del artículo 19 del Reglamento, y afirmando, en cuanto a la pretendida reducción del tipo de liquidación, que la invocada Ley de 12 de mayo de 1956 no puede hacerse extensiva a actos o contratos distintos de los previstos por el legislador.

Planteado el tema ante el Tribunal Central, éste estimó el recurso y anuló la liquidación.

El punto relativo a la interpretación que haya de darse al citado artículo 589 en relación con el apartado 27 del artículo 19 del Reglamento del Impuesto, en cuanto el primero presume la existencia de sociedad entre los copropietarios de un buque y el segundo somete a la misma al impuesto, lo resuelve diciendo que son varias las razones que abonan la tesis de los recurrentes a favor de la no aplicación al caso del repetido artículo del Código de Comercio, porque el texto del mismo se refiere a los buques mercantes, o sea a los destinados a explotación comercial; porque el libro 3.º de dicho Código, al que pertenece el artículo, se refiere sólo al buque en cuanto sirve a los fines del comercio marítimo, que es la rúbrica del expresado libro; y porque el artículo 148 del Registro Mercantil, al definir el buque, supliendo así el vacío del Código de Comercio, menciona como tales, a los efectos del mismo Código, además de las embarcaciones de altura o cabotaje, los diques flotantes, pontones, dragas, gánguiles y cualquier otro aparato flotante destinado a servicios de la industria o comercio marítimos, concepto dentro del cual no es posible comprender a las embarcaciones pesqueras.

Respecto a la bonificación pretendida subsidiariamente, dice la Resolución que no tiene para qué entrar en el tema, supuesto que queda acogida la no sujeción del acto al impuesto.

Comentarios.—Estimamos que estamos excusados de hacerlos, dada la claridad y consecuencia de los razonamientos de la Reso-

lución anotada; y únicamente anotamos que en el vigente Reglamento de 1958 el apartado 27 del Reglamento de 1947 ha pasado al número 28.

Resolución del Tribunal Económico-Administrativo Central de 14 de febrero de 1958.

LA APLICACIÓN DE LA BONIFICACIÓN DEL 50 POR 100 DEL IMPUESTO CONCEDIDO POR LA LEY DE 23 DE OCTUBRE DE 1939 A LAS INDUSTRIAS DE INTERÉS NACIONAL, REQUIERE UNA DISPOSICIÓN CONCRETA PARA CADA EMPRESA, QUE DETERMINE SU ALCANCE Y EXTENSIÓN, INCUMBIENDO LA PRUEBA DE SU EXISTENCIA A LA SOCIEDAD INTERESADA.

Antecedentes.—En la correspondiente escritura pública, la Sociedad «H. N. G., S. A.», acordó la puesta en circulación de acciones por aumento del capital en 50.000.000 de pesetas, girando la Oficina liquidadora la oportuna liquidación por el concepto «sociedades» al 1 por 100, reteniendo el despacho del documento en tanto que se justificase si era aplicable la calificación de industria de interés nacional o la de contribuyente.

Fué interpuesto recurso económico-administrativo limitado al escrito de interposición sin expresión de los motivos en que se apoyaba la impugnación por no haber sido evacuado el escrito de alegaciones; y el Tribunal Provincial desestimó la reclamación, estimando incumplida la obligación de formular alegaciones en el escrito correspondiente en el que apareciesen los razonamientos que sirvieron de apoyo al derecho invocado, junto con las pretensiones concretas, y siendo, por tanto, desconocidos los motivos en que se fundaba la oposición, ello era razón suficiente para la desestimación.

Apelada la resolución sin razonamiento alguno, se limitó la recurrente a pedir que se le exhibiese el expediente para hacer alegaciones, y a ello no accedió el Central, fundado en que el Reglamento de Procedimiento no autoriza tal trámite más que en el caso de ser varias las partes litigantes.

No obstante la extraña manera de pedir, limitada a decir que la

liquidación no estaba ajustada a derecho y a instar su anulación, el Central, haciendo uso de la facultad de los artículos 20, 68 y 93 del aludido Reglamento que le permite examinar todas las cuestiones que del expediente dimanen, entró en el fondo del asunto y resolvió la cuestión en la forma que dejamos anotada en el encabezamiento, diciendo que la bonificación requiere, a tenor de la Orden de 10 de febrero de 1940, una disposición concreta sobre aquélla, cuya existencia ha de ser acreditada por la entidad que pretenda que el beneficio se le aplique.

Resolución del Tribunal Económico-Administrativo Central de 18 de febrero de 1958.

LA INSTITUCIÓN TESTAMENTARIA, MEDIANTE LA QUE CIERTOS BIENES PASAN EN USUFRUCTO A UNA HIJA DEL TESTADOR Y EN PLENA PROPIEDAD A LOS DOS HIJOS MAYORES DE ELLA CUANDO FALLEZCA, POR PARTES IGUALES, Y SI UNO DE ELLOS FALLECE SIN SUCESIÓN, PASARÁN A LOS HIJOS DEL OTRO; Y SI EN AMBOS CONCORRE ESA CIRCUNSTANCIA, HEREDARÁN LOS DEMÁS HIJOS DE DICHA HIJA DEL TESTADOR, NO ENCIERRA UN FIDEICOMISO.

Antecedentes.—La causante mejoró en el tercio y en el remanente del quinto de todos sus bienes, a su hija doña Adelaida y a uno o más de los hijos de ésta en la siguiente forma: la mejora la disfrutaría esta señora en usufructo vitalicio, y después de su muerte pasaría a los dos hijos mayores de la misma señora en plena propiedad por iguales partes; pero si alguno de ellos falleciera sin descendientes legítimos, su parte acrecería al otro, y si ambos fallecieran sin esa descendencia, la mejora pasaría a los demás hijos legítimos de la expresada señora.

En su consecuencia, los correspondientes bienes fueron adjudicados a los hijos de la mejorada en nuda propiedad, y al morir esa señora los nudo propietarios consolidaron el pleno dominio, y más tarde, por medio de la oportuna escritura, dividieron los bienes y extinguieron la comunidad.

Posteriormente, uno de los nudo propietarios, hija de la dicha

doña Adelaida, hizo constar en escritura pública que su hermano había fallecido sin descendencia, y, fundado en el testamento del abuelo, padre de doña Adelaida, se adjudicó en pleno dominio los bienes que el fallecido había adquirido por el expresado título de mejora, si bien haciendo constar que si ella falleciera sin sucesión legítima los bienes pasarían a los demás descendientes legítimos de la doña Adelaida.

Tal escritura fué liquidada a cargo de la mencionada hija de doña Adelaida, sirviendo de base el pleno dominio de los bienes, siendo recurrida en reposición la liquidación, con la pretensión de que fuese sustituida por otra con la base del valor del usufructo vitalicio de los bienes en función de la edad de sesenta y nueve años de la recurrente, puesto que la disposición testamentaria del causante, su abuelo, contenía un fideicomiso, que implica una sustitución fideicomisaria sucesiva, condicionada o que los fiduciarios, también sustituidos recíprocamente, murieran sin descendencia legítima y con la obligación de conservar los bienes para tal supuesto; cuya condición ha de producirse, ya que la recurrente ni tiene ni ha de tener descendientes, dado lo avanzado de su edad.

La Abogacía del Estado, desestimó la reposición, teniendo en cuenta los términos de la aludida escritura, en la que categóricamente estaban adjudicados los bienes en pleno dominio, si bien con la condición resolutoria de que la adjudicataria recurrente falleciera sin sucesión legítima, cuya circunstancia no tiene otra trascendencia jurídico-fiscal que la de dar lugar, en su caso, a la devolución del impuesto, prevista en el artículo 57 del Reglamento.

Ante el Tribunal Provincial se planteó la cuestión en los mismos términos y fué resuelta confirmando la liquidación con fundamento en que para que pudiera ser calificado el acto como sustitución fideicomisaria, conforme al orden de suceder, establecido por el abuelo testador, faltaba la obligación de conservar los bienes, ya que fueron adjudicados en pleno dominio, y, además, hasta que ocurra el fallecimiento de la reclamante no será una realidad indudable y evidente el hecho de su carencia de descendencia.

Reiterados los alegatos ante el Central, éste confirmó el acuerdo del inferior, sentando que el primer llamamiento del causante a favor de su hija doña Adelaida, a título de usufructuaria, no fué interpretado como institución de heredera fiduciaria, cual lo de-

muestra el hecho de que al partir y adjudicar la herencia del testador se adjudicó a los nietos la nuda propiedad de los bienes, y de ahí que al morir la doña Adelaida, madre de ellos, éstos consolidaron como tales nudo propietarios el pleno dominio de los bienes, llegando incluso a distribuirlos por escritura que extinguió la comunidad preexistente; y ahondando en el mismo criterio, al morir uno de aquéllos, su hermana, hoy reclamante, se los adjudicó en concepto de mejora de su abuelo en pleno dominio, aunque, según va dicho, con la condición de que si ella fallece sin descendencia legítima, pasarán en plena propiedad a los demás hijos y descendientes legítimos de su madre doña Adelaida.

Además, la tesis sosteniendo la existencia de la institución fideicomisaria, no solamente va contra los actos propios antes mencionados, sino que está disconforme con las instituciones de usufructo y pleno dominio ordenadas por el testador, lo cual sería suficiente para rechazar aquella tesis, porque, conforme al art. 675 del Código Civil, las disposiciones testamentarias han de entenderse en su sentido literal mientras que no aparezca claramente que fué otra la voluntad del testador.

Aunque se entendiera que el testador ordenó una sustitución fideicomisaria, no se estaría ante una institución pura de esa naturaleza con la ineludible obligación en el fiduciario de conservar y transmitir los bienes, porque el llamamiento de la reclamante sería el final a título de fideicomisaria con plena facultad dispositiva por actos intervivos y mortis causa, y sólo por excepción podría resultar otro llamamiento más, si dicha señora fallece sin descendencia legítima, o sea que se trataría de una sustitución fideicomisaria sujeta a condición resolutoria, cuyo cumplimiento o incumplimiento no puede, hoy por hoy, afirmarse ni negarse, puesto que depende de un hecho que ha de constatare cuando la referida señora muera, cualesquiera que sean las presunciones que en el momento se puedan hacer en relación con su edad.

Ambas situaciones jurídicas, por otra parte, conducen a la misma titularidad actual de pleno dominio de los bienes afecto a una condición que, mientras no se cumpla, no impide aplicar el artículo 32 del Reglamento en su apartado 1), que manda que el impuesto se pague con arreglo al parentesco entre el sustituto y el causante y, al mismo tiempo, impide aplicar el apartado 2), que

prevé la posibilidad de considerar como usufructuarios a los herederos cuando no tienen derecho en ningún caso a disponer de la herencia, cuyo impedimento o inaplicación tuvo rectamente en cuenta la Abogacía del Estado.

Después de lo razonado creemos que huelgan los comentarios.

JOSÉ MARÍA RODRÍGUEZ VILLAMIL

V A R I A

LA REFORMA DEL CÓDIGO CIVIL, por *Arturo Majada*.—Bosch. Barcelona.

La favorable acogida dispensada al «Código Civil comentado y Concordado» de Rimblas y Majada, indujo a este ilustre Abogado, no bien aparecieron las leyes de 24 de abril y 17 de julio de 1958, modificativas de varios artículos de dicho cuerpo legal, a ampliar su trabajo para poner en manos del jurista un comentario eficaz de las mismas con remisiones a los principales tratados de la materia que sobre complementarlos los actualizasen.

Con lo expuesto, queda manifestado el propósito que—en tesis general—puede considerarse cumplido, pues si en alguna de las materias tratadas acaso el especialista las encuentre falta de debido desarrollo, el más acabado estudio de otras y la visión de conjunto—repetimos—de la reforma hacen merecedora de alabanza la obra realizada.

Sin duda que los lectores de una Revista como ésta (y con ello aludimos al escaso desenvolvimiento que encontramos en la nota o comentario a determinados preceptos), lo primero que buscarán, ávidos, es lo referente al art. 1.413 reformado.

Dos interesantísimos estudios: uno de carácter genérico, de la citada Ley de 24 de abril de 1958, y otro de manera expresa, referido al repetido artículo («Disposición onerosa de bienes gananciales»), debidos a los Notarios, don Aurelio Díez Gómez y don Antonio

Rodríguez Adrados, aparecidos ambos en la «Revista de Derecho Notarial», núm. julio-diciembre de 1958, nos permitirán, para información de los lectores de ésta, CRÍTICA DE DERECHO INMOBILIARIO, llenar—aunque de forma escueta—la laguna observada en el libro de Majada.

Y como apunta Díez Gómez, la primera cuestión a resolver que nos presenta el art. 1.413 es ésta: ¿Es el marido el que enajena con consentimiento de su mujer, o enajenan ambos conjuntamente?

Y aunque dicho autor escribe que será prudente que el Notario proceda pensando en la posibilidad de que la no intervención de la mujer dé lugar a la ineficacia absoluta de la enajenación, no parece muy convencido de tal afirmación (que más adelante reitera al decir que faltando el consentimiento de la mujer en la enajenación de inmuebles no se puede hablar de *fraude*, sino de *nulidad*, pág. 385), al añadir que, desde el punto de vista práctico, esta solución es poco deseable. Rodríguez Adrados, luego de un detenido estudio sobre los actos de administración y disposición, y sobre las diferencias y analogías de ésta y el consentimiento, dice en cuanto a éste (pág. 194), que o se trata de un verdadero consentimiento a la disposición ajena o de una propia disposición; en este caso dispondrán marido y mujer en el mismo plano; en aquél, dispondrá el marido, y la mujer consentirá esta disposición marital.

Planteadas así las cosas, agrega que no le cabe duda de que el consentimiento exigido por la reforma es un consentimiento a la disposición ajena, no una codisposición. Este consentimiento de la mujer está dentro de los negocios llamados de *asentimiento*. Consecuencia de esta postura es que pueda más tarde rotundamente afirmar (pág. 206) que los actos de disposición llevados a cabo por el marido sólo, no son inexistentes ni radicalmente nulos.

El negocio—efectuado sólo por el marido—será en sí válido, pero por faltarle el consentimiento de la mujer, no produce ni siquiera *prima facie* los efectos correspondientes. Su catalogación sistemática es evidente: se trata de un caso de ineficacia en sentido estricto, vecino al acto de disposición verificado sin poder de disposición y un poco más alejado del acto de disposición sobre cosa ajena y del realizado en nombre de otro sin poder o con poder insuficiente.

La carencia de efectos del acto dispositivo se refiere sólo a los efectos juridico-reales perseguidos; al ser el acto válido, produce

efectos obligatorios entre las partes; la situación viene a ser la prevista en el art. 597 del Código Civil.

La naturaleza jurídica del consentimiento de la mujer queda así perfectamente perfilada como *condición juris* de eficacia.

La mujer siempre podrá convalidar; no así el Juzgado, pues no se trata de *aprobación*, sino de *autorización*—cuando a él recurre el marido—, que supone intervención previa.

Afirma Rodríguez Adrados, que aunque el marido quede *obligado*, podrá negarse a ejecutar el acto dispositivo, si no lo ha hecho, fundándose en la falta de consentimiento de su mujer; sin perjuicio—dice más tarde, pág. 215—de que pueda verse en el acto por él verificado, un precontrato por el que resulte vinculado a la celebración ulterior del negocio (cita al respecto, por analogía, en nota, la S. 9-XII-1953).

En cuanto a la mujer, como la disposición puede haberse ejecutado y producido el correspondiente traspaso posesorio, tendrá la acción de *constatación*—que el Supremo compara a la información *ad perpetuam*—que antes de la reforma le había reconocido la jurisprudencia (pero sin pedir anotación preventiva—S. 12-XII-1929, citada por Majada. ¿Y hoy? Dice el profesor Batlle: «Observaciones sobre la reforma del Código Civil»—R. G. L. J., octubre 1958—que «El Juez podrá determinar que el importe de las enajenaciones fraudulentas realizadas se asegure con fianza personal o real, que para las enajenaciones futuras se necesite el consentimiento de ambos cónyuges, mandando la práctica de las *oportunas anotaciones* en los Registros»).

En cuanto la forma del consentimiento de la mujer, expresa Díez Gómez que cualquiera es en principio válido. Así, la comparencia personal de la mujer, la autorización expresa de ésta para enajenar gananciales, su actuación como apoderada del marido, aunque no haga constar expresamente su consentimiento, incluso cabe entender que el poder dado por la mujer al marido para que enajene sus bienes propios, debe comprender la facultad de disponer de los gananciales, a menos que otra cosa se produzca del tenor del apoderamiento. (Respecto a los Poderes Generales para enajenar, otorgados antes de la reforma entendemos habrán de ser ratificados.)

¿Podrá dar el consentimiento la mujer de manera irrevoca-

ble? No, según Díez Gómez, salvo que se haga en Capitulaciones matrimoniales.

¿Y, en general, para todos los actos que el marido lo precise? A nuestro juicio habrá que examinar cuidadosamente el Poder de que dimane. (Creemos que, por el contrario, la autorización judicial supletoria debe ser singular para cada acto.)

Como el art. 1.413 no distingue entre mujer mayor o menor de edad, o de dieciocho años, entiende Díez Gómez que toda mujer está capacitada para dar el consentimiento. (*¿Y si en vez de consentir codispone con el marido?*) Pero el acto es personalísimo, de modo que en caso de incapacitación no puede ser suplido. Habrá que oír—como indica Rodríguez Adrados—a su organismo de defensa y ser el Juez el que autorice.

Este autor cree—contra lo afirmado por Díez Gómez—que si la menor tuviera menos de dieciocho años no puede prestar su consentimiento, en virtud del art. 59, II, y es procedente autorización judicial.

Este consentimiento de la mujer o la subsidiaria autorización judicial deben extenderse—en el parecer de Rodríguez Adrados—a todas las modalidades de la disposición, que a su vez entren en el concepto de disposición, que produzcan un efecto *juridico real* sobre un inmueble o una obligación de llevarlo a cabo en lo futuro (y así, preguntamos: «¿*Quid* en cuanto a las cancelaciones de hipotecas de tipo ganancial? Dudoso el problema, ver art. 178 Reglamento hipotecario, por analogía cancelación de hipotecas a favor de menores, y lo expuesto por Lacal, contrariamente, en esta Revista, núm. enero-febrero año actual. Esperamos ver resuelto el problema en la modificación, ya aprobada, de dicho Reglamento); pero no a los meros pactos obligacionales de distinto contenido: aplazamientos en la entrega de la cosa o precio (punto a meditar, sin embargo, el garantido con condición resolutoria expresa y hasta con hipoteca, decimos nosotros). lugar de la entrega, gastos del contrato, etc.

En cuanto a la modificación cuantitativa de fincas gananciales, entendemos hoy resuelta—con Rodríguez Adrados—la dudosa cuestión en sentido negativo, o sea que sin el consentimiento de la mujer pueda agrupar el marido una finca suya con otra ganancial, aunque esté inscrita a su favor. Creemos, con el mis-

mo autor, que las declaraciones de obras nuevas puede hacerlas por sí solo el marido, salvo, claro—como apuntara Camy—, que la finca, aunque ganancial, esté inscrita a favor de la mujer.

Estudia también Rodríguez Adrados lo referente a la constitución de servidumbres por destino—art. 541 C. c.—. Pero no estimando el acto de disposición. cree podrá surgir la servidumbre si se separan las propiedades, aunque la mujer fuera incapaz, estuviera ausente, hubiere ignorado la destinación o se hubiera opuesto a ella.

Finalmente (pues por fuerza hemos de dejar de recoger diversos problemas que en su casi exhaustivo trabajo Rodríguez Adrados plantea, por ejemplo, las adquisiciones con *deductio* de un derecho real por el transmitente que contrata el marido sólo), por lo que respecta a los actos dispositivos forzosos, siguiendo la pauta marcada por la R. de 22-XII-1956, llega no sólo a admitir la validez de aquéllos sin que intervenga la mujer en virtud de procedimientos o expedientes, sino cuando tal cumplimiento sea voluntario por derivación lógica (ver, en cuanto a esto, nuestra nota a dicha Resolución, esta Revista, núm. septiembre-octubre 1957, aunque exceptúa la expropiación forzosa en caso de convenio.

Siguiendo inalterado el art. 1.408, 1.º del Código—como en otro lugar, pág. 179—, reconoce en su estudio Rodríguez Adrados, ello produce una desarmonía, en cuanto que los inmuebles gananciales podrán ser ejecutados para el pago de las obligaciones contraídas sólo por el marido... Esperamos algún freno o correctivo a esta desarmonía en la modificación aprobada del Reglamento hipotecario.

* * *

Volviendo al libro de Majada, por lo que se refiere al derecho matrimonial, señalemos su extenso y acertado comentario al art. 42, entendiendo con él, respecto al 45, que se debía haber aprovechado la reforma para afirmar de modo concreto que el menor emancipado tampoco necesita consentimiento para contraer matrimonio.

Muy acompañados de jurisprudencia, los importantes arts. 67 y 68, conviene remitir, como complemento a lo expuesto por Ma-

jada a la crítica que de la reforma de tales preceptos hace el ya citado Díez Gómez.

Después de un acertado estudio del art. 166 (usufructo y administración de los bienes de los hijos reconocidos o adoptivos) señala Majada, por lo que se refiere al art. 168, la nueva modalidad de emancipación que el mismo introduce, en la que la normal intervención del padre o la madre viene sustituida por la del Juez.

En cuanto a la adopción, es de resaltar, afirma Majada, cómo la reforma, de acuerdo con las modernas tendencias, consagra una resuelta desviación del principio fundamental de la prohibición de los pactos sucesorios, que tan aparatosamente proclamara el legislador de 1889. Pero el pacto sucesorio—dice—se concreta a la llamada legítima larga del derecho común, cuando hubiera sido deseable una fórmula más flexible, en consonancia con el distinto sistema sucesorio de los territorios de Derecho Foral, en tanto la jurisprudencia no perfile si está vigente en ellos la nueva regulación de la adopción.

Crítica que, proclamado el principio de irrevocabilidad de la adopción, no se hayan recogido, sin embargo, las ponderadas afirmaciones de Puig Peña respecto a la impugnación del adoptante, que al cerrársele el paso puede llevar a graves injusticias.

En cuanto a la adopción plena—únicamente para abandonados y expósitos—, no se resuelve el problema, dice Majada, con razón, de si los nuevos apellidos del adoptado se transmitirán a sus hijos.

Sin podernos detener, por falta de espacio, en las distintas sugerencias que a otros artículos hace el autor, es de destacar las valiosas que aporta al derecho sucesorio, en donde—como observa el profesor Batlle en su trabajo antes citado—hubiera sido afortunado tratar de resolver en la ley, de un modo claro, la posibilidad de las disposiciones universales hechas voluntariamente a favor del cónyuge en su relación con el derecho de los otros legitimarios, hoy tímida e incompletamente amparadas en la imperfecta fórmula del núm. 3 del art. 820 del Código, reflejo de la antigua cautela gualdense.

GINÉS CÁNOVAS COUTIÑO,
Registrador de la Propiedad.