

REVISTA CRÍTICA
DE
DERECHO INMOBILIARIO

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

Año V

Octubre de 1929

Núm. 58

EL NOTARIADO ALEMAN

CONFERENCIA DEL DOCTOR ERICH SIMÓN, NOTARIO DE BERLÍN, DADA
EN LA ACADEMIA MATRITENSE DEL NOTARIADO, EN LA TARDE DEL DÍA
21 DE OCTUBRE DE 1929.

Señores: En primer lugar, permítanme cumplir un deber que me honra en alto grado. La Asociación de Notarios Alemanes, de la que forman parte casi todos los Notarios que ejercen en Alemania, envía por mi conducto los más amistosos saludos al Notariado español en su totalidad, a todos los muy estimados colegas españoles y, en particular, a los hoy aquí reunidos.

Cuando, hace aproximadamente un año, el muy apreciable señor don Mateo Azpeitia Esteban, ex Decano y Presidente del Ilustre Colegio Notarial de Madrid, tuvo la feliz idea de entrar en relación con el Notariado alemán, despertó ello entre nosotros una gran satisfacción y alegría. El Presidente de la Asociación de Notarios Alemanes, señor Consejero privado doctor Oberneck, que, con razón, es considerado como el mejor conocedor del Derecho notarial alemán, comenzó con sumo placer y entusiasmo la correspondencia con el Ilustre Colegio Notarial de Madrid. Con el mayor agrado estamos dispuestos los Notarios alemanes a colaborar con nuestros colegas españoles para ampliar la para todos los países civilizados tan importantísima especialidad del Derecho notarial y hacerla universal. Dicha colaboración nos es tanto más grata cuanto que nosotros tenemos una sincera y profunda sim-

patía por España y los españoles, por ser España la noble nación preferida por nosotros los alemanes, que jamás olvidaremos lo que este país y sus habitantes hicieron por los alemanes durante la guerra mundial y los servicios de verdadera amistad que nos prestaron.

Para mí, que durante y después de esos sangrientos años catastróficos he vivido en este hospitalario país, es una extraordinaria satisfacción y honra encontrarme hoy ante tan ilustrada asamblea de la Ciencia española y poder demostrar así, por lo menos en algo, la gratitud que por todo el bien con que se me ha colmado durante casi cinco años de mi permanencia, debo a este hermoso país.

* * *

Voy a tratar de explicar, a grandes rasgos, la legislación alemana del Notariado, y, en lo posible, compararla con la española. No es un problema muy fácil, porque, desgraciadamente, no tenemos en Alemania, como vosotros en España, el Derecho notarial común ni Aranceles notariales uniformes. Conocido de todos será que Alemania no forma un Estado único como España. El «Reich», imperio alemán, se compone de dieciocho «países» y cada uno de ellos tiene su propia Constitución y sus propias leyes estatales. En dos de los mismos, si bien los más pequeños, no existe la institución notarial. Los otros dieciséis tienen diferentes Regímenes del Notariado, dieciséis distintos Aranceles notariales y dieciséis Reglamentos, independientes uno de otro, acerca del procedimiento para dar fe de los contratos y demás actos extrajudiciales.

Desde muchos años ha, está estudiándose el problema de crear una ley uniforme del Notariado alemán, y es la obra vital de nuestro estimadísimo Presidente de la Asociación de Notarios Alemanes, el doctor Oberneck, la confección de un nuevo Reglamento del Notariado del Reich, que derogará los dieciséis Reglamentos «regionales» existentes en la actualidad. El doctor Oberneck ya tiene terminado el Proyecto de dicho nuevo Reglamento del Notariado del Reich, y nosotros los Notarios alemanes esperamos y deseamos que le sea dado finalizar su obra vital de modo que, en tiempo no muy lejano, volvamos a poseer una legislación notarial

válida para toda Alemania. El señor doctor Oberneck me ha manifestado que con mucho gusto estará dispuesto a dar el año próximo ante vosotros, mis muy distinguidos señores colegas, una conferencia acerca de la Ley notarial alemana, que está a punto de crearse. A mí me permitireis hablar de la actualmente vigente en el mayor de los «países» alemanes, o sea de la de Prusia.

* * *

La legislación del Notariado está diseminada en un abundísimo número de diferentes leyes estatales y del Reich, a veces muy difíciles de encontrar. La base del actual Derecho notarial la encontramos, en primer término, en leyes del Reich (Imperio alemán), relativas a los asuntos de la jurisdicción voluntaria del 17 de Mayo de 1898, así como en el Código civil alemán, especialmente en los capítulos que tratan de los testamentos y contratos sucesorios, y, además, en el Código de comercio y Legislación sobre letras de cambio. A todas esas disposiciones legales hay que añadir prescripciones del Enjuiciamiento civil acerca de la fuerza probatoria y ejecución de documentos notariales; del Código penal, de la Legislación de impuestos del Reich y de los Convenios o Tratados de Alemania con otras naciones.

* * *

Vamos a ocuparnos primero de la posición legal del Notario prusiano en su calidad de funcionario público y veremos que ya en este punto fundamental existen muy considerables diferencias entre las legislaciones española y alemana.

En Prusia el Notario no es una autoridad pública ni la Notaría una oficina oficial, independiente del cambio de su titular, en la que el nuevo Notario se hace sucesor del que hasta su posesión venía desempeñándola, recibiendo del mismo, en su calidad de antecesor, el cargo y el archivo. Al contrario: el Notariado prusiano consiste en una autorización dada a una persona determinada para ejercer una profesión particular respecto a la fe pública. El Notario prusiano no es órgano del Poder público, sino que ejerce sus atribuciones exclusivamente en virtud del cargo

que le ha sido confiado personalmente. El Estado no pone a su disposición ni oficinas, ni personal, ni sello oficiales. No percibe sueldo del Estado, y su beneficio consiste únicamente en los derechos establecidos en los Aranceles notariales en proporción a su trabajo.

Las funciones del Notario prusiano, respecto a la fe pública, son oficiales; sus facultades emanan del derecho de soberanía del Estado. De ello resulta que el Notario no es un órgano del Estado, pero sí, realmente, funcionario público.

* * *

Para poder ejercer el cargo de Notario, es preciso poseer la aptitud para el desempeño del de Juez alemán, y para obtener esta última, se necesita haber estudiado la jurisprudencia durante tres años en las Universidades, sometiéndose entonces a un examen teórico y práctico, el así llamado examen de Referendario, aprobado el cual, el Referendario tiene que trabajar prácticamente durante tres años en los Juzgados de primera instancia y Audiencias con un Abogado, con un Notario y con un Fiscal, y, al cabo de dicho período de prácticas, aprobar un segundo examen teórico y práctico, que se llama en Alemania el «examen de Asesor». A dicho examen sigue, por el Ministro de Justicia, el nombramiento del candidato para «Asesor judicial», y con ello la habilitación para poder ejercer funciones de Juez alemán. No se exigen otras condiciones. No se necesita el título de Abogado ni hacer oposiciones para el Notariado como ocurre en España.

El aspirante a la Notaría ha de ser mayor de edad; claro es que debe poseer las necesarias condiciones físicas y mentales para poder desempeñar el cargo de Notario sin impedimento alguno. Así, por ejemplo, no podrá ejercer funciones de Notario quien, a causa de una parálisis, esté permanentemente imposibilitado de escribir.

Con arreglo a la ley del Reich de 11 de Julio de 1922, artículo 1.º, están admitidas, en general, las mujeres para todos los cargos y profesiones de la administración de la justicia, y, por lo tanto, una señora puede ser nombrada Notario.

Cuando alguien que, poseyendo la habilitación para desem-

peñar el cargo de Juez alemán, desee ser nombrado Notario en Prusia, ha de presentar la correspondiente solicitud al Presidente de la Audiencia Territorial de la Región (Oberlandesgericht) a que pertenece. El nombramiento lo hace el Ministro de Justicia, que entrega al interesado el título correspondiente. El Notario comienza a ejercer en el momento en que, en forma oficial, se le comunique su nombramiento. El Notario ha de prestar ante el Presidente de la competente Audiencia (Landgericht) juramento de fidelidad a la Constitución del Estado y entregar al mismo su firma oficial, es decir, la que usará en los documentos que autorice. En Prusia no conocemos el signo ni la rúbrica que usan los Notarios en España.

En su mayoría, los Notarios en Prusia ejercen a la vez la profesión de Abogado. Eso está permitido en nuestro país. Los Abogados pueden obtener, a su petición, una Notaría, siempre que hayan practicado la profesión diez años estando inscritos en el Colegio de Abogados respectivo y residiendo ese plazo de tiempo en la población donde deseen la Notaría.

Por regla general, los Notarios son nombrados por toda la vida. Este principio no tiene aplicación a los Abogados que al mismo tiempo desean ejercer funciones de Notario. Estos últimos son nombrados Notarios tan sólo por el tiempo que están admitidos en determinado Juzgado a ejercer la Abogacía. Desde el momento en que son tachados del Registro de Abogados, pierden automáticamente su cargo de Notario.

El Notario prusiano no tiene título especial; tampoco tiene uniforme ni distintivo oficial, tal como se conoce en España.

* * *

A parte del caso de muerte, el cargo de Notario termina:

Primero. Cuando por procedimiento disciplinario se condene a pérdida del cargo.

Segundo. Cuando por sentencia firme de un Tribunal el Notario sea condenado a presidio o pérdida de la facultad de ejercer cargos públicos.

Tercero. Por dimisión voluntaria.

Cuarto. (Tratándose de Abogados que a la vez son Notarios.)

Al darse de baja en el Registro de Abogados o por separación forzosa de la Abogacía.

También podrá ordenarse la suspensión forzosa por defectos físicos del Notario (por ejemplo, por ceguera, sordera, debilitación de las fuerzas físicas o mentales).

Cuando cesa un Notario, se hará cargo de su archivo el Juzgado de primera instancia (Amtsgericht), en cuyo distrito tenga su residencia oficial. En este caso, dicho Juzgado expedirá las copias, etc., del Protocolo notarial del Notario que ha cesado. En Alemania desconocemos la institución del Archivo general como existe en España.

El Notario alemán tiene residencia oficial fija, en la que ha de establecer su despacho. No es necesario que su domicilio privado esté en el mismo punto que el de su residencia oficial.

El Notario ha de ejercer sus funciones en la Notaría durante las horas de servicio ordinarias y, a petición de parte interesada, también fuera de la misma, así como, en casos de urgencia, durante la noche y los domingos y días festivos.

El cargo de Notario prusiano ha de ejercerlo el Notario personalmente. Su sustitución no es admisible más que en los casos previstos por las leyes. El sustituto ha de poseer, como el Notario mismo, la aptitud para ejercer como Juez alemán, no necesitando presentar otras pruebas de su capacidad.

El Notario, como funcionario del Estado, está obligado al secreto en los actos en que interviene, por lo que puede negarse a declarar como testigo. Para que un Notario pueda ser interrogado como testigo, es precisa la previa aprobación de la autoridad de que depende, o sea, del Presidente de la Audiencia. Por lo demás, hay que distinguir entre su declaración como testigo en un proceso civil y en el proceso criminal. En el proceso civil, la declaración del Notario como testigo, depende también de que sea exonerado, por las partes interesadas, de su obligación de guardar secreto. En el proceso criminal, El Notario no tiene derecho a denegar su declaración como testigo cuando el Presidente de la Audiencia, de que depende, ha permitido su declaración.

Para aceptar y desempeñar ocupaciones y empleos accesorios, el Notario necesita la previa autorización del Presidente de la Audiencia Territorial Regional (Oberlandesgericht). No precisa tal

autorización cuando se trata de empleos honoríficos (sin remuneración) de la administración municipal o de tutelas o del ejercicio de las funciones de Diputado.

* * *

El Estado, por el establecimiento de los Notarios públicos como empleados directos del mismo y por la obligación que impone de que determinados actos sean autorizados por los Notarios, *asume*, en principio, la responsabilidad por los daños que dichos Notarios, por contravención de sus deberes, originen a los interesados en el ejercicio de sus funciones. Prusia, no obstante, rechaza la responsabilidad del Estado en cuanto a aquellos funcionarios que no perciben sueldo, sino solamente derechos de los interesados, es decir, también en cuanto a los Notarios; pero ejerce una severa vigilancia sobre los mismos, y tiene el derecho de castigarles disciplinariamente. Autoridades inspectoras son el Ministro de Justicia, con respecto a todos los Notarios; los Presidentes de las Audiencias Territoriales Regionales (Oberlandesgerichte), con respecto a los Notarios en el distrito de la respectiva Audiencia Territorial, y los Presidentes de las Audiencias (Landgerichte), con respecto a los Notarios que tienen su residencia oficial en el distrito de las mismas.

La inspección de dichas autoridades se muestra, en primer lugar, en el examen y comprobación regular periódica de la actividad profesional del Notario. El Notario está obligado a presentar al Inspector judicial, cuando lo pida, los documentos y el Protocolo para su inspección. Estas inspecciones se verifican en Berlín, en intervalos de tres a cuatro años.

Las correcciones disciplinarias pueden ser impuestas por las autoridades superiores del Notario o por procedimiento disciplinario. Las primeras podrán ser: amonestación y represión, en cuyo último caso el Notario podrá solicitar que se le someta al juicio del Tribunal disciplinario. El Notario incurre en una transgresión de sus deberes en el sentido de la ley disciplinaria, cuando falta a las obligaciones que le impone su cargo o cuando su conducta, dentro o fuera del local de su Notaría, le hiciere desmerecer la consideración, decoro o confianza que requiere su profesión.

Tribunal disciplinario de primera instancia en Prusia es el Senado Disciplinario de la Audiencia Territorial Regional (Oberlandesgericht); el de segunda instancia para todos los Notarios prusianos, el Gran Senado Disciplinario del «Kammergericht», que es el Tribunal Supremo de Prusia.

Las correcciones que puede imponer el Tribunal disciplinario, son: apercibimiento, represión por escrito, multas de hasta 3.000 marcos, solas o juntas con la represión, y pérdida del cargo.

* * *

El Notario prusiano está obligado, en determinados límites, a prestar ayuda a las Oficinas de Hacienda en la recaudación de impuestos y timbres, dirigiendo a aquéllas las correspondientes comunicaciones. Los Notarios prusianos no estamos obligados, como los españoles, a emplear papel timbrado para todas las escrituras notariales; en cambio, es nuestro deber cuidar de que se reintegre el timbre en las escrituras sometidas a ese requisito. Por regla general, el reintegro se verifica mediante el empleo de pólizas. En Prusia no están sometidas al reintegro todas las escrituras otorgadas ante Notario.

Cada tres años, la Oficina de Hacienda competente procede a una revisión del Protocolo notarial, con objeto de comprobar si las pólizas han sido empleadas debidamente y si el Notario dió a las autoridades de Hacienda conocimiento de las escrituras sometidas al pago de impuestos.

También están sujetas al reintegro de pólizas las escrituras otorgadas en el extranjero, siempre que los contratos o actos en ellas autorizados se refieran a objetos situados en Alemania o cuya realización deba cumplirse en este país.

* * *

El Código penal alemán considera en su artículo 359 al Notario como funcionario del Estado, y de este hecho se derivan varias consecuencias para la protección del cargo, del ejercicio y del titular de una Notaría, que en casi todo coinciden con los análogos preceptos legales españoles.

* * *

Vamos a dedicarnos un poco a la posición legal del Notario prusiano en relación con sus clientes.

En Prusia se ha discutido mucho acerca de la construcción jurídica relativa a la posición en derecho entre el Notario y la persona que requiere sus servicios oficiales. En dicha relación se veía unas veces un «contrato de obra» y otras uno de «arrendamiento de servicios». Hoy día nuestro Tribunal Supremo alemán, el Reichsgericht en Leipzig, ha resuelto, en la práctica continua, que el cumplimiento de una diligencia de oficio del Notario, no puede ser objeto de una convención. En tanto en cuanto los Notarios perciben derechos arancelarios de los interesados, este derecho se base en la ley, y sólo en un contrato o convenio, cuando existe un acuerdo acerca de los derechos a satisfacer (acuerdos que sólo están permitidos en determinados casos excepcionales), o cuando el Notario ha hecho un trabajo extraoficial sujeto al pago de honorarios, como, por ejemplo, cuando ha expedido un dictamen de derecho.

* * *

El derecho al pago de honorarios del Notario se basa en que sus servicios oficiales o extraoficiales han sido requeridos por terceros. Para el nacimiento de dicho derecho no es indispensable el que acto notarial propiamente dicho haya llegado a ser otorgado.

* * *

El Notario posee el derecho de retención sobre los documentos por él autorizados y los que se le han exhibido, hasta que estén pagados los derechos establecidos. El derecho de reclamación del Notario sobre estos últimos prescribe a los dos años.

Los Aranceles notariales regulan los derechos del Notario prusiano. La fijación del valor depende del valor del objeto del contrato o acto. El mínimo de los derechos a percibir es de dos reichsmark. Para la fijación de los derechos, sirve de base la así llamada «base de los derechos», que asciende, por ejemplo,

tratándose de un valor de	100 marcos, a	3 marcos
—	1.000	—
—	10.000	—
—	50.000	—
—	100.000	—

y así sucesivamente.

El Notario puede pedir una anticipación adecuada de los derechos y denegar sus servicios cuando no se le pague la misma.

* * *

El Notario fija el valor del objeto ateniéndose a las disposiciones legales; esta tasación puede ser revisada por el Presidente de la Audiencia oficialmente, así como a petición de parte interesada, o a la del propio Notario.

* * *

En consideración a sus atribuciones oficiales, el Notario responde con arreglo a las prescripciones del artículo 839 del Código civil alemán; quiere decir, que cuando el Notario, intencionadamente o por negligencia, falta a sus deberes con respecto a terceros, está obligado a indemnizarles del daño originado por dicha falta. Si el Notario ha incurrido solamente en negligencia, sólo puede ser requerido cuando el dañado no pueda conseguir de otra manera indemnización.

La obligación de indemnizar no existe cuando el perjudicado, con intención o por negligencia, ha dejado de emplear los medios legales para evitar el daño.

Esta responsabilidad del Notario no puede ser limitada ni excluida por convenio. En cambio, en cuanto a sus negocios extraoficiales, el Notario sólo responde con arreglo al contrato o mandato recibido. En Prusia está completamente excluida la responsabilidad del Estado en cuanto a los daños que origina a los interesados el Notario o su sustituto en ejercicio de su cargo por falta a sus deberes.

Como ya he dicho antes, los Notarios en Prusia no tienen derecho a pensión del Estado. El Estado no se cuida de ellos cuando han llegado a estar imposibilitados para el desempeño de sus funciones notariales, ni paga renta o pensión a las viudas y huérfanos de los Notarios fallecidos. En la falta de esta ayuda y protección del Estado, veo yo un defecto muy grave de la legislación actual, que, esperemos, quedará eliminado en la nueva ley alemana del Notariado del Reich.

Desgraciadamente no poseemos las superiores y benéficas disposiciones contenidas en el artículo 46 de la Ley Orgánica del Notariado español y en el 409 y siguientes del Reglamento. Hemos intentado llenar ese hueco, fundando instituciones y asociaciones de carácter privado y de cajas de pensiones.

* * *

Después de haber ensayado de explicar brevemente la posición legal del Notario prusiano en su calidad de funcionario público y con respecto a sus clientes, trataré, a grandes rasgos, de la técnica notarial propiamente dicha, principalmente del procedimiento a observar por los Notarios prusianos al dar fe de los documentos notariales.

Como ya he dicho, el Notario es nombrado para un determinado distrito, o sea para el de la Audiencia Territorial Regional (Oberlandesgericht), que, en general, abarca en Prusia el territorio de una provincia. Los Notarios podrán ejercer en cualquier punto de dicho distrito. Cuando el Notario ejerce fuera del distrito de la Audiencia Territorial en que tiene su residencia oficial, el acto notarial por él autorizado tiene validez, siempre que la población en que ha sido otorgado se halle dentro del territorio prusiano; sin embargo, el Notario que así lo autoriza, se expone al peligro de incurrir en corrección disciplinaria.

* * *

Con arreglo al artículo 198 del Reglamento español, la autorización y protocolización de toda clase de actos y contratos prevenidos por las leyes, corresponde exclusivamente a los Notarios. En Prusia, desgraciadamente, no es así, pues el artículo 31 de la Ley sobre la jurisdicción voluntaria la atribuye a los Notarios y a los Juzgados de primera instancia (Amtgerichte) por igual. Por consiguiente, en Prusia el público puede acudir al Juez, en lugar de al Notario, y otorgar ante el mismo los actos sujetos a autorización, siendo en este caso los derechos a satisfacer iguales que los notariales.

Asimismo existen considerables diferencias entre la legislación

española y la alemana respecto a las disposiciones acerca de las incapacidades e incompatibilidades de los Notarios.

Con arreglo a la legislación alemana, el Notario no puede autorizar las escrituras otorgadas por él mismo ni por su actual o antigua esposa, ni por ascendientes o descendientes suyos, parientes dentro del cuarto grado civil de consanguinidad, o del segundo de afinidad, o cuando en las escrituras se consignen derechos a favor de dichas personas o del Notario mismo.

Tampoco puede ser otorgante de una escritura con la antefirma «por mí y ante mí», como ocurre en España, aun cuando en dicho documento se establezcan sólo obligaciones.

Cuando el Notario tenga que llamar testigos o intérprete en un acto notarial, no podrá servirse de personas con las que tenga parentesco en el sentido arriba indicado.

Está permitido a las mujeres actuar como testigos o intérpretes.

Sordos y ciegos no podrán ser testigos, puesto que no pueden comprobar la protocolización, lectura y ratificación de la escritura. Tampoco podrán serlo extranjeros que no conocen el idioma alemán.

Exactamente igual que en España, el Notario prusiano ha de cerciorarse de la capacidad legal de los interesados para el otorgamiento del acto o contrato a que la escritura se refiera, y asimismo comprobará su facultad de disponer. Además, el Notario tendrá que examinar, si existen cualesquiera dudas respecto a la validez del acto o contrato. A dicho fin tendrá que tratar con los otorgantes.

Los protocolos deberán estar escritos en el idioma alemán y en letra alemana o latina. El Notario ha de protocolizar personalmente la escritura. Cuando el aspecto del compareciente dé lugar a dudas acerca de su mayor edad, el Notario estará obligado a aclararlas. Si el otorgante, evidentemente, no tiene la capacidad legal necesaria o sólo la posee limitadamente, el acto o contrato no tendría validez, por lo cual el Notario ha de negarse a autorizarlo. Sin embargo, la mera duda acerca de la capacidad legal para el otorgamiento, no da derecho al Notario a dicha denegación.

Las leyes prusianas no prescriben que el Notario haga constar en la escritura que los otorgantes tienen la capacidad legal nece-

saria para otorgar el acto o contrato a que aquélla se refiera. Tampoco conocemos en Prusia la cédula personal. Cuando el Notario conoce personalmente al compareciente, basta hacer constar esta circunstancia. No siendo así, el compareciente habrá de legitimarse ante el Notario mediante cualquier documento personal, siendo, en este caso, preferible los documentos provistos de fotografía de su portador.

Hay que distinguir entre capacidad legal y facultad de disponer libremente. Así, por ejemplo, una mujer casada que tiene capacidad legal, puede carecer de la facultad de disponer, por no poseer la licencia del marido para el acto que desea otorgar. El Notario alemán, sin embargo, no podrá negarse a autorizar un acto o contrato por falta de dicha facultad de disponer, pero advertirá previamente a los otorgantes la eventual ineficacia material de la escritura.

Cuando los comparecientes obren en calidad de apoderados o representantes legales, el Notario se asegurará, mediante pruebas bastantes, de su facultad para representar, pero no podrá negarse a autorizar un instrumento por defectos de dicha facultad cuando los interesados, advertidos de esta circunstancia, insisten en su pretensión.

* * *

En las escrituras se hará constar expresamente: el lugar y fecha del otorgamiento, la relación exacta de los comparecientes, su declaración y final. No es preciso que el protocolo lo escriba el Notario personalmente; para ello puede servirse de la ayuda de otras personas, y también puede emplear impresos. También se designarán todas las personas que intervengan en el otorgamiento, pues de lo contrario, el documento no tendrá validez. En cambio, no será nulo el instrumento en que el Notario haya omitido la comprobación de la identidad de los comparecientes.

* * *

El original ha de ser leído en alta voz a los comparecientes, y éstos han de ratificarse en su contenido y firmarlo de propio puño y letra, haciendo constar el cumplimiento de estos requisitos, pues,

de lo contrario, el documento será nulo. A petición de los otorgantes, se pondrá a su disposición el protocolo para que lo puedan leer por sí, y aun cuando no lo pidan, será válido.

La firma de los otorgantes ha de ser puesta de propio puño; los interesados firmarán con el apellido con que estén designados en la escritura. No son suficientes signos, abreviaciones del nombre o nombres escritos a máquina, ni la firma con estampilla. El representante legal firmará con su propio nombre; el comerciante podrá firmar con el de su razón social.

* * *

Las escrituras otorgadas por sordos, ciegos, mudos o imposibilitados por otros defectos del uso de la palabra, pero que saben o pueden escribir, se protocolizarán en presencia de un segundo Notario o de dos testigos, llamados por el Notario autorizante. La decisión acerca de si realmente existe incapacidad del otorgante, es de exclusiva competencia del Notario. Cuando se trata de otorgantes con los defectos físicos arriba mencionados, pero que no saben o pueden escribir, no se necesita la asistencia de un testigo especial, puesto que la protocolización se verifica ya por sí mismo en presencia de dos testigos o de un segundo Notario.

Tratándose de un otorgante no incapacitado físicamente, pero que no sabe escribir, asistirá un testigo al proceder a la lectura y ratificación de la escritura, y en el protocolo se hará constar que el otorgante no sabe escribir. En todos los demás casos no se necesita la concurrencia de testigos, como ocurre en España.

Cuando se trate de extranjeros que no sepan el alemán, otorgarán la escritura con asistencia de intérprete oficial, a menos que el Notario declare conocer el idioma del otorgante. Las escrituras matrices se redactarán y leerán en idioma alemán, y se traducirán verbalmente a los interesados en el de su país por el intérprete oficial o por el Notario que conoce dicho idioma.

* * *

Mientras que en la autorización de documentos intervivos se requiere la presencia de testigos tan sólo en casos excepcionales,

el Código civil alemán prescribe la asistencia de dos testigos o de un segundo Notario al otorgar testamentos y contratos sucesorios. Por lo demás, el otorgamiento de testamentos está sometido a disposiciones formales especiales. El otorgamiento de un testamento deberá ser redactado en alemán, y sólo se admitirá su redacción en lengua extranjera, cuando todas las personas que intervienen en el mismo declaren poseer el idioma que emplea el testador en el acto de testar.

En el testamento figurarán necesariamente el nombre de la población y la fecha del otorgamiento, nombres y apellidos y demás datos relativos a las personas que intervienen en dicho acto y del testador mismo, así como las declaraciones de este último. El Notario leerá el documento en presencia de las personas que concurren al acto y del testador, y lo sellará con el sello oficial, poniéndole una inscripción especial relativa al testamento, que será firmada por el Notario. Acto seguido se guardará en depósito oficial.

En Alemania no conocemos la institución del Registro General de actos de última voluntad, sino que el Notario entrega inmediatamente los testamentos al Juzgado (Amtsgericht) de su residencia en depósito oficial, y el Juzgado expide al testador un certificado de haber depositado allí el testamento.

* * *

Como en España, conocemos también en Alemania las actas que los Notarios extienden y autorizan, a instancia de parte, en que se consignan los hechos y circunstancias que presencian. Para dar fe de dichas circunstancias y hechos (se trata, principalmente, de la autorización de resoluciones de juntas generales de las sociedades anónimas), pueden aplicarse, proporcionalmente, las disposiciones relativas a la autorización de declaraciones, que por su naturaleza son materia de contrato. Pero también basta que el Notario, apartándose de dichas disposiciones, redacte un documento, en el que se describa el hecho. No se precisa la lectura, ratificación, ni firma, ni la concurrencia de testigos, ni hace falta escribir el instrumento en el mismo lugar donde el Notario presencia los hechos y circunstancias.

El Notario prusiano no deberá proceder a la legalización de

una firma o signo manuscrito, más que cuando éstos se hayan puesto de propio puño en su presencia o sean reconocidos como auténticos por el firmante.

* * *

En lo que respecta a la forma exterior del documento notarial, hay que observar lo que sigue:

A los Notarios prusianos nos está permitido emplear para las matrices y sus copias impresos, litografía y autografía. El tenor de la legalización puede ponerse con estampilla. El papel ha de ser de buena calidad y la tinta de color negro. Claro es, que está permitido el uso de la máquina de escribir.

Los protocolos y demás documentos han de estar escritos de manera clara y legible; en cambio, no es necesario escribir las escrituras notariales de modo que no tengan espacios en blanco o huecos. Se evitarán abreviaciones. No está prohibido tachar algo en las matrices de los protocolos, pero en este caso, el Notario subsanará lo tachado en el margen del documento. En las escrituras no es preciso expresar las cifras en guarismos; se deja a la consideración del Notario escribirlas en letras o en números, según la importancia que tengan. Las modificaciones de índole insignificante no necesitan ser firmadas por las personas concurrentes.

Las matrices quedarán en depósito y bajo la custodia del Notario, y cuando termine su cargo, se entregarán al Juzgado competente a título de depósito, como ya he dicho antes.

* * *

Tratándose de escrituras que por su naturaleza son materia de contrato, tendrán derecho a pedir y obtener copia de las mismas los que las otorgaron en su propio nombre y las personas en cuyo nombre se otorgaron, y sus sucesores en derecho. En principio, cada interesado obtiene una sola copia, pero todos juntos pueden convenir que cada uno de ellos reciba varias.

* * *

Vamos a hablar ahora de los así llamados documentos notariales ejecutables.

La ejecución, en virtud de documentos notariales, fué creada en los Estados italianos en los siglos VIII y IX como consecuencia de sus amplias relaciones comerciales, y ha sido aceptada en muchos países de Europa. En Alemania se hace mucho uso de la institución del documento ejecutorio, especialmente, al constituir hipotecas. La cláusula ejecutoria, cuando la convienen las partes, la añade el Notario al final del documento y le da dicha fuerza al mismo, pues es la prueba oficial de haberse cumplido las condiciones que dan derecho a proceder a la ejecución.

* * *

Es atribución y deber del Notario prusiano tomar en depósito documentos, sumas de dinero, valores, joyas y objetos análogos. El Notario cuidará de un depósito apropiado y de la debida vigilancia.

* * *

Los efectos de la fe pública notarial se manifiestan, principalmente, en dos sentidos, que son: la fuerza probatoria del instrumento público y su ejecutabilidad. Ya hemos tratado de esta última. En lo que atañe a la fuerza probatoria del documento notarial alemán, éste posee la presunción de autenticidad y, por lo tanto, tiene fundamento bastante para considerarle como prueba amplia de lo que en él se expresa y da fe el autorizante. En cambio, existe diferencia esencial entre los documentos públicos nacionales y extranjeros en cuanto a la autenticidad de la firma del Notario y de su calidad oficial. La comprobación que se necesita para que haga fe un documento de esta índole, se regula por disposiciones legales y Convenios internacionales, y se conoce con la palabra técnica de legalización. El procedimiento para la legalización puede dividirse en tres grupos.

Pertenecen al primero los distintos «países» de Alemania. Con arreglo al artículo 1.º de la ley del Reich de 1.º de Mayo de 1878, no necesitan legalización los documentos protocolizados, expedidos o legalizados por un Notario alemán, cuando hayan de surtir efecto en el Reich. En este grupo figura también Austria. Por consiguiente, los instrumentos autorizados por Notarios alemanes o austríacos y provistos del sello oficial notarial, así como la lega-

lización notarial en un documento privado, no necesitan más legalización de otras autoridades para que tengan validez en Alemania y en Austria.

El segundo grupo lo comprenden las naciones en las que la autenticidad de la firma del Notario y su calidad oficial han de ser comprobadas mediante legalización judicial. Dicha comprobación se efectúa por medio de la firma y sello de un Tribunal de justicia del país, donde el Notario autorizante tiene su residencia oficial, correspondiendo en Prusia ese servicio al Presidente de la Audiencia (Landgerichte). Forman parte de este grupo todos los territorios separados de Alemania, en virtud del Tratado de Versalles, así como Checoeslovaquia, Polonia, Hungría y Bulgaria.

El tercer grupo abarca los demás Estados, y, por lo tanto, también España. En todos ellos rige la costumbre internacional de la legalización diplomática o consular de la firma del Notario.

* * *

Ya no me queda más que decir algo acerca del servicio interior del Notario prusiano y, especialmente, sobre las disposiciones relativas a su archivo.

El Notario prusiano ha de llevar los siguientes libros, actas y listas:

Primer. El Protocolo de los instrumentos públicos con un índice de nombres por orden alfabético.

Segundo. El libro de depósitos.

Tercero. Las actas notariales propiamente dichas.

Cuarto. Las actas relativas a protestas de letras de cambio.

El Protocolo notarial comprenderá los instrumentos públicos protocolizados por el Notario, los documentos legalizados notarialmente previa firma de los interesados y los certificados de firmas y signos manuscritos. En cambio, no se registrarán en el Protocolo las legalizaciones de copias ni las protestas de letras de cambio.

El Protocolo y demás actas notariales, se guardarán cuidadosamente y se ordenarán por años. Caso de perderse la matriz de una escritura, se repetirá su protocolización, siempre que sea posible.

* * *

Con esto he llegado al final de mis explicaciones. Tal vez habré abusado de vuestra atención más de lo que era mi intención. De mis palabras habréis podido deducir que entre la legislación notarial española y la alemana existen diferencias bastante considerables. No tengo derecho a decidir cuál de ambas legislaciones es la más preferible. Me parece que ambas tienen sus ventajas y desventajas. La comparación de la legislación de un país con la de otro, siempre servirá para reconocer con más facilidad los defectos de la propia legislación y eliminarlos, y me causaría gran placer y satisfacción si mis explicaciones pudieran contribuir a ello.

* * *

Los Notarios alemanes nos alegraríamos infinitamente si, en breve, y en correspondencia a mi conferencia de hoy, uno de los colegas españoles quisiera someterse a la molestia de visitarnos en Berlín, y aprovechar esa ocasión para darnos una conferencia acerca de la legislación notarial española. Y podéis tener la más perfecta seguridad de que a él y a todos vosotros, señores, os recibiremos con los brazos abiertos y con la mayor cordialidad y amistad.

La partición hereditaria, ¿es acto traslativo o declarativo de propiedad?

Por nuestra parte, creemos sin vacilación que la partición es, en nuestro derecho positivo, un acto de efectos declarativos o determinativos, y a esta solución conducen las siguientes consideraciones :

a) Que la comunidad hereditaria no es tratada en nuestro derecho como una comunidad de tipo romano, sino germana, mancomunada o «*in solidum*», y para confirmar esta opinión que puede parecer precipitada, creemos que es lo más prudente avalarla con las declaraciones de nuestra jurisprudencia del Tribunal Supremo y de la Dirección general de los Registros, de la cual resulta: «Que entre las distintas personas llamadas a la sucesión de otra fallecida, se establece por el hecho de la muerte del causante y aceptación pura, sin distribución de la herencia, una *comunidad forzosa de caracteres específicos*, que liga a los interesados en forma *mucho más enérgica* que la pro indivisión ordinaria, tanto por las consecuencias derivadas de la *representación* del «*de cuius*» y de la *solidaridad* con que responden de sus obligaciones, como por la *indeterminación* de los derechos que a cada coheredero pertenecen en las cosas hereditarias (1); y la comunidad formada por los herederos «que recogen su patrimonio con arreglo a las normas establecidas en la ley y en el testamento, responden intimamente de las deudas y cargas de la masa relictiva, encarnan en ciertos momentos la personalidad del causante común y son propietarios «*in potentia* de cada uno de los bienes y de todos ellos, sin tener partes expresamente adjudicadas, no puede compararse con las situaciones de la copropiedad romana» (2); y que mientras «no se hace la correspondiente adju-

(1) Resolución de 21 de Febrero de 1923.

(2) Resolución de 22 de Septiembre de 1924.

dicación de lo que a aquel (el coheredero) le corresponde, carece de verdadero título de dominio y, por consiguiente, *no puede enajenar ni gravar bienes concretos y determinados*» (1), y que «el heredero, posesionado de determinados bienes de la herencia, sigue poseyendo en comunidad con relación a la *herencia en conjunto* y no se le confiere sobre ellos dercho específico, cierto y efectivo, *ni sobre una cosa, ni en parte indivisa de ella*, mientras por la partición legalmente hecha no se le haya adjudicado, con arreglo a lo que dispone el artículo 1.068 del Código civil» (2). «Qué durante el tiempo en que la herencia permanece indivisa, los bienes pertenecientes a ella en cuyo disfrute se hallan los interesados en la misma, los posee *en precario* y por mera tolerancia de los partícipes» (3); y que «la situación jurídica de una masa hereditaria correspondiente a varias personas, se distingue de la copropiedad «pro indiviso» inscribible por cuotas: primero, en que se refiere a un *patrimonio* y no a un objeto singular; segundo, en que el coheredero *no puede disponer* hipotecariamente de la parte de un inmueble que acaso haya de pertenecerle cuando se realice la partición, y tercero, en que está admitida la inscripción sobre una finca cualquiera de las cuotas que a los coherederos se atribuyen en la unidad patrimonial, aunque ésta pueda contener inmuebles inscritos en diferentes Registros» (4); y «que el derecho hereditario, en el sentido de conjunto de facultades que del causante de una herencia pasan al heredero o herederos sobre la totalidad del patrimonio relicto, se refiere *directamente* a la masa hereditaria, «universum jus», como a una entidad independiente en cierto modo de sus elementos económicos, y única en tal aspecto, aunque en funciones de *denominador* permita la configuración de cuotas o fracciones pertenecientes a varias personas...; que el derecho hereditario así entendido *no se concreta* en los bienes, derechos, acciones o deudas que constituyan la herencia, de suerte que pueda hablarse de la cesión del derecho hereditario que recaiga sobre *una cosa determinada*, o al

(1) Sentencias de 13 de Junio de 1902, 4 de Abril de 1905, 26 de Enero de 1906, 12 de Junio de 1911, 24 de Junio de 1916 y 7 de Mayo de 1924.

(2) Sentencia de 18 de Noviembre de 1918.

(3) Sentencia de 24 de Junio de 1921.

(4) Resolución de 29 de Agosto de 1925.

menos, en esta forma, no tiene acceso al Registro de la Propiedad, que sólo *por excepción* admite la transferencia y gravamen de las cuotas hereditarias» (1); que el cesionario del derecho hereditario de un coheredero, inscrito sin adjudicación de bienes, puede exigir que se constate en el Registro su posición jurídica, o sea su adquisición, aunque «los principios fundamentales del sistema no fueran directa y absolutamente aplicables a esta transferencia, como no lo serían en el *supuesto de que se sustituyese a una persona que forma parte de una Sociedad por otra distinta*» (2); y que las normas del derecho romano clásico que «no concedían autonomía jurídica al patrimonio hereditario, ni se oponían al reparto automático del dominio desde el momento en que se abría la sucesión, ni establecían otras relaciones entre los coherederos, por razón de la «*pro indivisión*», que las características de toda comunidad de bienes, ni les impedían disponer de su cuota ideal... por razones de organización familiar de la *limitación que los derechos de un participante imponían a su copropietario*, de la relación «*cuasi contractual*» en que la adición de la herencia les colocaba, del pago o aseguramiento de las deudas de «*de cuius*» y de la liquidación en juicio universal del patrimonio relicto, así como por la influencia de los llamados *efectos declarativos de la partición* y de la *retroacción* específica de las sucesiones «*mortis causa*» al momento de la defunción, fueron sustituidos por las reglas propias de una tenencia *en mancomún*, que si no elevan a la categoría de persona jurídica la universalidad hereditaria, *unen estrechamente* a los coherederos en una comunidad patrimonial y les atribuyen una cuota ideal en la *totalidad de la masa* (3).

Esta jurisprudencia, acorde con el artículo 71 del Reglamento hipotecario, que establece que el derecho hereditario (estado de indivisión) es incompatible con el supuesto de adjudicación de bienes, a no ser que *consientan todos los interesados*, en el caso de adjudicarse solamente una parte del caudal, refiriendo las cuo-

(1) Resolución de 1 de Diciembre de 1927.

(2) Resolución citada de 29 de Agosto de 1925.

(3) Resolución de 6 de Diciembre de 1926.

tas al patrimonio hereditario y no a las cosas que lo integran (1), si bien por exigencias de técnica registral (sistema de registración por fincas) tengan que constatarse en ellas las cuotas, es lo suficiente elocuente y clara para no insistir más en sus puntos esenciales y viene a confirmar la existencia en nuestro derecho de una forma de propiedad mancomunada, aplicada a la comunidad hereditaria (2).

Por lo tanto, faltando en esta clase de comunidad la adjudicación de una cuota sobre cada cosa singular de la masa relicta, que es precisamente la base del sistema traslativista, es imposible el cambio, conmutación o traslación recíproca de partes indivisas entre los comuneros, surgiendo entonces lógicamente el fenómeno de eliminación o de retroacción de condiciones de la fórmula declarativa, antes expuesta.

b) La esencia constructiva de la figura *patrimonio*, considerada como relación jurídica abstracta, comprensiva y sintética entre un titular y el conjunto o universalidad de todos sus elementos patrimoniales activos y pasivos e independientes de estos mismos elementos en sí considerados (3), figura adaptable a la herencia, que no es más, cuando concurren varios herederos, que un patrimonio relicto en comunidad, confirma lo antes dicho.

c) En nuestro Código civil, no hay un artículo como el 883 del Código francés, que, de una manera explícita, consagre los efectos declarativos de la partición hereditaria, pero tenemos el artículo 450 que puede equivalerle. Este artículo 450, aunque referido al caso de coposesión, creemos es perfectamente aplicable a la comunidad hereditaria, puesto que, además de que la amplitud de la situación de comunidad a que el mismo se refiere autoriza tal aplicación, entendemos con Manresa (4) que el tal precepto sirve de complemento a la presunción del artículo 449 y confirma la doctrina del 1.068.

(1) Este artículo 71 del Reglamento hipotecario recuerda los artículos 2.032 y 2.033 del Código civil alemán.

(2) Es de notar el artículo 1.051 de nuestro Código civil, en su párrafo segundo, al equiparar la comunidad hereditaria a la sociedad.

(3) Ved mi trabajo «El Patrimonio», en la REVISTA CRÍTICA DE DERECHO INMOBILIARIO, núm. 15, Marzo de 1926.

(4) Ob. cit., tomo IV, pág. 242.

Todos los partícipes—continúa diciendo dicho tratadista—constituyen una sola personalidad que posee. Esa personalidad se descompone en tantos cuantos sean los partícipes al cesar la indivisión, como el objeto se hace también tantas partes cuantos sean esos mismos partícipes. Por una ficción de derecho se supone que cada poseedor ha poseído exclusivamente durante todo el tiempo que duró la indivisión, la parte determinada que al dividirse la cosa común le haya correspondido, o, lo que es lo mismo, el momento de la división se retrotrae a la época en que empezó la pro indivisión. Si hubo gravamen de parte alícuota de uno de los poseedores, se entiende que lo que se gravó fué la porción determinada adjudicada a ese coposeedor, salvo el derecho reservado a los acreedores en el artículo 403.

Para Valverde (1) este artículo resuelve si la división de una cosa común es declarativa o traslativa, pues al considerarse la posesión del comunero después de la división, no como una nueva posesión, sino como una continuación de la posesión indivisa, no cabe duda que dicha división no hace más que *declarar* la propiedad, no *trasladarla*.

Como vemos, dicho artículo 450 tiene gran parentesco con el 883 del Código Napoleón, coincidiendo hasta en la necesidad de establecer una ficción o presunción, para poder explicar los efectos declarativos de toda división.

d) Viene también a corroborar nuestra tesis el artículo 399 de nuestro Código civil, que, si bien referido a la comunidad ordinaria, es de más intensa aplicación a la mancomunada, y, por ende, a la hereditaria. Este artículo 399, en su párrafo segundo, constituye otra consagración legal de los efectos declarativos de la partición, quedando los actos de disposición verificados por un partícipe durante la indivisión, afectos a la retroacción de aquélla. Por esto se califican de condicionales tales actos, porque dependen, en sus efectos, del hecho futuro de la división.

Confirman la doctrina de este artículo, el 490 del Código civil, y más concretamente a la comunidad hereditaria, el número 12 del

(1) Ob. cit., tomo II, pág. 253, nota.

164 del Reglamento hipotecario y la Sentencia de 4 de Abril de 1905.

e) Los artículos 657, 661, 440, 989, 784 y 881 del Código civil, coincidentes todos en referir al momento de la muerte del causante, los efectos todos de la adquisición hereditaria, afirman el criterio retroactivo en materia particional.

f) Si la partición fuera acto traslativo de propiedad, en la que se operara el supuesto cambio o cesión recíproca de partes indivisas, estaría equiparada por nuestra legislación a todo acto traslativo, principalmente cuando afectara a bienes inmuebles, y que no es así, lo prueban los artículos 1.060 y 164, 59 y 317, interpretados por la jurisprudencia, de modo que ni el padre o madre necesita autorización judicial, ni el emancipado y habilitado de edad el cumplimiento de los artículos 59 y 317 (1).

En cambio, cuando no se trata de actos puramente particionales, sino de adjudicaciones en pago o para pago a extraños, por envolver entonces un acto traslativo o de enajenación, necesitan los padres y los menores emancipados cumplir las formalidades exigidas por dichos preceptos (2).

También el artículo 1.057, con la interpretación que la jurisprudencia ha dado a sus palabras, «...la *simple facultad* de hacer la partición...», conduce a la afirmación de los efectos declarativos de la partición, pues únicamente está facultado para realizar actos meramente particionales y no de traslación, como son las adjudicaciones a extraños en pago o para pago, pues, según la Resolución de 10 de Enero de 1919, la adjudicación en pago es una enajenación por causa onerosa y por la que una finca es transferida de un patrimonio hereditario a una persona extraña, y, por lo tanto, no puede el acto reputarse de partición, por no tener por inmediata y directa finalidad *hacer cesar la indivisión* creada por la pluralidad de herederos, ni descansa sobre las *facultades declarativas, de efectos retroactivos* que al contador competen. De ejecutivas y pe-

(1) Resoluciones de 4 de Noviembre de 1896, 7 de Enero de 1907, 30 de Enero de 1911, 1 de Julio de 1916 y 28 de Mayo de 1917.

(2) Sentencias de 1 de Abril de 1899, 30 de Septiembre de 1905, 31 de Mayo de 1909, 22 de Enero de 1916 y 1 de Octubre de 1921, y Resoluciones de 10 de Septiembre de 1881, 9 de Febrero de 1887, 26 de Diciembre de 1893 y 24 de Noviembre de 1898.

riciales, tanto como *declarativas*, considera la resolución de 23 de Julio de 1925 las funciones del contador (1).

g) La legislación del impuesto de Derechos reales, íntimamente ligada con el Derecho privado, teniendo que acomodarse a ella y pudiendo considerarse, en muchos casos, como su interpretación auténtica, viene a corroborar el carácter no traslativo de la partición. Así, la partición de herencia, como tal, no es acto sujeto al impuesto, porque siendo éste un tributo sobre transmisiones de bienes, no ve transmisión alguna en el acto meramente particional y no sólo ni en el artículo 2.^o de la ley de 28 de Febrero de 1927, ni en el 5.^o de su Reglamento de 26 de Marzo de igual año, ni en la tarifa, se comprende el concepto partición, sino que el párrafo 27 del artículo 19 del Reglamento la excluye del impuesto, no como exención, sino como un caso de no sujeción. En cambio, cuando no se trata de un acto verdaderamente particional, lo sujeta al impuesto. Así sucede cuando se adjudica al heredero bienes que exceden del importe de su haber, pues entonces sujeta a tributación el exceso adjudicado (2), excepto en los casos previstos en los artículos 1.056 y 1.062 del Código civil.

Por supuesto, que las adjudicaciones en pago o para pago a extraños están sujetas al impuesto.

h) Que un estudio serio de la jurisprudencia del Tribunal Supremo conduce a tener por declarativas las particiones hereditarias en nuestro Derecho, pues si bien las Sentencias dichas de 11 de Junio de 1897 y 29 de Enero de 1916 declaran que es traslativa, dichas decisiones no hacen mas que exponer en un considerando la doctrina repetida de que la partición es traslativa, según la ley 1.^o, título XV de la Partida sexta, aplicándola, en la primera, en un caso de prescripción, y rechazando su aplicación en la segun-

(1) Respecto a las adjudicaciones en pago del haber hereditario a un coheredero de todos los bienes, con la obligación de satisfacer a los otros su parte en metálico, la Resolución de 10 de Enero de 1903 la estima como enajenación. No obstante, la de 23 de Julio de 1925, en un caso excepcional, resuelve lo contrario. El artículo 1.056 del Código civil lo considera este caso como un supuesto de mera partición.

(2) Art. 6.^o, pár. XIV; art. 9.^o, pár. VIII; art. 24, pár. X, del Reglamento del impuesto. La Sentencia del Supremo de 13 de Diciembre de 1922, confirma esta doctrina.

da, sin penetrar en ambas, por razones del planteamiento del recurso, en el fondo de nuestro problema.

En cambio, el Supremo, en Sentencia de 18 de Noviembre de 1879, declaró que la facultad de hipotecar no legitima la hipoteca de parte fija y determinada de un inmueble que el condómino designe a su arbitrio, sino 11 de aquello que le pueda pertenecer luego que se haga la división, acto que es el verdaderamente declarativo de la propiedad en favor de cada partícipe y que el testamento—dice la Sentencia de 31 de Enero de 1903—constituye, por si sólo, título traslativo del dominio, sin necesidad de que para esta transmisión se otorgue escritura de partición de bienes, la cual sólo es necesaria para poner término a la comunidad inherente a la indivisión.

También las Sentencias de 4 de Abril de 1905, 26 de Enero de 1906, 7 de Mayo de 1924, etc., al negar a cada coheredero derecho específico, cierto y efectivo sobre bienes singulares de la herencia, ni en cuotas de los mismos, vienen a corroborar nuestra tesis, pues inutilizan la premisa base de la conclusión traslativa, del cambio de partes indivisas.

i) Ni del artículo 1.068 puede deducirse que, según el Código, la partición sea traslativa, ni tampoco de la citada ley de Partidas (1), pues además de que de esta última no se deduce tal solución, el término opuesto a la palabra *exclusiva* de aquél no es necesariamente el concepto de coparticipación, sino que puede también ser la noción de un estado de limitación, restricción o compresión recíproca, que la partición resuelve, y que si bien establece el artículo 1.069 la evicción y saneamiento en la participación, esto no atribuye naturaleza traslativa, pues no tiene otra finalidad que mantener la proporcionalidad de las cuotas, y por esto, al sufrir un lote una evicción, la igualdad o exactitud que debe reinar en la partición está perturbada, dice Pothier (2), y es preciso restablecerla. Por esto, los autores extranjeros consideran el caso como una *garantía de cuota*. Además, el que las legislaciones de sistema declarativo, y principalmente el Código francés, la admitan (artículo 884), prueba

(1) «Partición, es departimiento que fazen los omes entre sí de las cosas que han comunalmente por herencia o por otra razón... e tienese cada uno por pagado con su parte...», ley 1.º, tít. XV, part. 6.º.

(2) «Successions», cap. IV, pár. III del art. 5.º.

que siempre procede en la partición, independientemente de que ésta sea traslativa o declarativa. Así lo estima Manresa (1), al decir que es indiferente para la procedencia del saneamiento en caso de evicción, que la partición se considere traslativa de propiedad o simplemente declarativa.

j) Los partidarios de la teoría traslativa, al conceder exagerada importancia al papel del coheredero durante la indivisión, llegan a atribuirle el doble carácter de causahabiente en la indivisión y de transferente y adquirente en la partición, y aparte que esto es inadmisible a todas luces, y sería, de suceder así, pródigo en sorpresas e insospechadas consecuencias, es preciso hacer constar que el período de indivisión constituye un estado incidental y transitorio, una situación jurídica excepcional, aniquilable por la retroacción de la partición, de modo que hasta del trago sucesivo hipotecario se puede prescindir, sin que haya solución de continuidad, y que no sólo el asiento del derecho hereditario, al inscribirse la adjudicación particional, queda al aire y sin virtualidad, sino que cabe, y generalmente así sucede, que el título hereditario y la partición acudan simultáneamente, provocando una inscripción única y directa del causante al coheredero adjudicatario, sin traducirse en los libros hipotecarios aquella situación de indivisión o comunidad hereditaria.

k) Las vacilaciones y contradicciones de algunos autores patrios, que al tratar este punto, después de considerar nuestra partición de efectos traslativos, consideran, como Muscius Scaevola (2), nuestro artículo 1.068 análogo al 883 del Código francés y al 1.034 italiano; o como Manresa (3), hallan en el artículo 450, a su modo de ver de efectos declarativos, la confirmación del artículo 1.068 según él de doctrina traslativa; o como Covián (4), añaden que acaso pueda afirmarse que en substancia, aun dadio nuestro sistema, la partición sea declarativa de la propiedad, al menos por lo tocante a los efectos que produce en relación a terceros, llegando a dudar hasta que los romanos siguieran la teoría

(1) «Successions», tomo VII, pág. 712.

(2) Ob. cit., tomo XVIII, págs. 51 y 68.

(3) Ob. cit., tomo IV, pág. 242.

(4) Ob. cit., tomo XIV, pág. 374.

traslativista ; o siguen a Sánchez Román (1), para el cual también la partición es un procedimiento jurídico, un medio de delimitación y ejecución del tránsito jurídico de la personalidad patrimonial del difunto a los herederos, constituyendo el conjunto ordenado de operaciones particionales, el acto traslativo y declarativo y justo título de adquisición para todos los efectos de derecho, y como Valverde (2), ven en el artículo 450 del Código, la solución declarativa en la partición de una cosa común, si bien concretamente no se refiere a la comunidad hereditaria.

Estas dudas, así como la jurisprudencia contradictoria del Tribunal Supremo y hasta la opinión ahogada de Trebacio en el Derecho romano, son prueba del poco sostén de la teoría traslativista.

Consideramos suficientemente demostrada la posibilidad de construir en nuestra legislación civil una teoría declarativa de los efectos generales de la partición hereditaria, no concibiéndose como a pesar de los artículo 450, 989 y 657 del Código civil y con tanto imitar al Código Napoleón y al italiano, no hubieran trasladado; en su articulado (de no tomar otra fórmula más técnica), el artículo 883 del Código francés, sino por una de tantas inconsecuencias en que nuestros codificadores incurrieron.

RAMÓN M. ROCA,
Registrador de la Propiedad.

(1) Ob. cit., tomo VI, págs. 1.922 y 1.923.

(2) Ob. cit., tomo II, pág. 238.