

REVISTA CRÍTICA DE DERECHO INMOBILIARIO

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

Año V

Noviembre de 1929

Núm. 59

UNA RÉPLICA

El ilustre Presidente de la Asociación de Registradores, don Fernando Campuzano y Horma, ha contestado a un artículo, que apareció en la Revista *Justicia*, de 10 de Septiembre último, con el siguiente, que publica nuestro estimado colega en el número de 30 de Octubre:

«DE REGISTROS DE LA PROPIEDAD.—Con este mismo título, en esta misma Revista y en su número correspondiente al día 10 de Septiembre último, ha aparecido un artículo en el que su autor, a mi juicio, con mejor deseo que fortuna, pretende señalar los vicios, defectos, anomalías e incluso crueldades (que todo esto ve el articulista) en el régimen de las oficinas de partido liquidadoras del impuesto de Derechos reales, y en los Registros de la Propiedad. Ante diatriba tal, es lógico que los que vivimos desenvolvien- do nuestra actividad en esos y para esos organismos, recojamos la argumentación que se hace en el citado artículo, y con serena imparcialidad, pensando sólo en el servicio público que nos está encomendado, meditemos desapasionadamente sobre la exactitud y justicia de las acusaciones que, públicamente y bajo una firma más o menos conocida, se hacen a la función que realizamos y a los funcionarios que la sirven.

Acaso la réplica que vamos a formular debiera haber sido inmediata y subsiguiente a la acusación, tal vez debiera ir esmaltada en el mismo tono agudo y vehemente con que se han querido exteriorizar supuestos defectos de nuestro régimen inmobiliario, olvidando en cambio otros que positivamente tiene y que claman

por su pronto y eficaz remedio. Pero, con pleno conocimiento de causa, hemos dejado transcurrir el tiempo; en primer lugar, porque queríamos que nuestra impugnación fuera reflexiva y fría, enjuiciando las acusaciones que se hacen en la tranquila perspectiva de las cosas que se alejan sin dejar estela; y, en segundo término, porque no dudábamos que si las desfavorables afirmaciones hechas respecto de los registros y de los Registradores respondiesen a un estado de opinión, no hubiera faltado en otras personas, en otras revistas o aunque sólo fuera entre los aficionados a la vaga y amena literatura jurídica, un eco acogedor del artículo en que se nos fustiga.

No ha sido así; el guante lanzado nadie lo ha recogido. Fuerza es que yo, que por innecesaria benevolencia de mis compañeros ostento su representación, pida la venia al director de esta Revista y desde sus columnas impugne con la sobriedad posible el artículo de referencia.

En tres partes lo divide su autor, ocupándose en cada una de ellas, respectivamente, de la liquidación del impuesto de Derechos reales, del registro y de las subvenciones de los Registradores y algunas otras fruslerías hipotecarias. Nada mejor que seguir este mismo camino; pues que de recorrerle en sentido contrario, es de lo que ahora tratamos.

I. *Liquidación del impuesto de Derechos reales.* — Entiende el articulista que este cometido debe quitárseles a los Registradores de la Propiedad en los lugares donde lo desempeñan, para que en todo caso esté a cargo de los Abogados del Estado. Parecía lógico que sentado este postulado se consignaran sin solución de continuidad los argumentos en que se apoya. Pero el autor de esta tesis se cree dispensado de ello y en vez de razonar su afirmación, lo que hace es lamentarse de que se impongan multas del ciento por ciento. Como si estas multas dejaran de imponerse el día que los abogados del Estado liquidaran el impuesto de Derechos reales, y como si no fuera la ley la que persiguiendo al contribuyente que huye, agrava su peso fiscal, del mismo modo que se agrava siempre la responsabilidad del que no cumple sus obligaciones.

Por otra parte, no hay razón para asombrarse de la presión constante y creciente del impuesto de Derechos reales, que ni por

su cuantía ni sus procedimientos, es más riguroso que los demás impuestos, mansamente y con protestas más o menos íntimas, sufridos por el contribuyente español. Esas multas del ciento por ciento, que tanto asustan al autor del artículo que combatimos, ni son frecuentes como él supone, ni se imponen arbitrariamente ni mucho menos amparándose en la ignorancia y buena fe de los pequeños propietarios.

Muy lejos de eso, para imponer esa sanción se necesita no sólo que el interesado se manifieste remiso en la obligación de pagar, sino que positivamente trate de eludir este deber, después de requerido por la Administración pública y dejando que ésta tome sobre sí la búsqueda y captura del documento liquidable en los archivos notariales, judiciales o en los que sea.

Sobre todo, nunca podrá alegar ignorancia el que contrata. Si lo hace por instrumento público autorizado ante Notario, este funcionario tiene el deber expreso de consignar, entre las advertencias legales, la obligación en que se halla el adquirente de pagar el impuesto de Derechos reales. Si después de advertido así, no paga, podrá ser por mala fe, por falta de recursos, por despreocupación o por cualquier otro motivo menos por el de ignorancia. Lo mismo sucede cuando las adquisiciones tienen lugar a través de actos judiciales, porque los Secretarios tienen igual deber de hacer esa advertencia (artículo 178 del Reglamento del impuesto) y de estamparla por escrito, firmada por los interesados o efectuada con arreglo a la ley de Enjuiciamiento civil. Sólo cuando el acto o contrato sujeto al pago consta en documento privado, no hay autoridad ni funcionario que haga la advertencia; pero entonces, tampoco hay medio de que la Administración se entere y fiscalice esos actos, que en la gaveta de los contratantes pueden permanecer eternamente ocultos a las escrutadoras miradas del Fisco. Las redes del Erario no son tan densas que por ellas no se escapen todavía multitud de actos sujetos. Lo que pasa es que entre la Hacienda pública y el contribuyente hay entablada una lucha que nunca tendrá fin, en la que el último no agota jamás la fertilidad de sus recursos para escapar a la acción de la primera, y ésta cada vez aprieta más los resortes que opone a la ocultación y al fraude.

En el artículo que impugnamos se pretende, además, mejorar

el servicio del impuesto de Derechos reales, exigiendo que los liquidadores remitan a las abogacías del Estado tres clases de certificaciones en las que se consignen los morosos, las multas con su fecha y cuantía, los descubiertos y unas cuantas cosas más, todas muy razonables, muy interesantes y muy dignas de beneplácito. A ellas no podría oponerse otra objeción que su falta de novedad. Sea o no letrado el autor del artículo, puede leer el Reglamento del Impuesto, y allí puede comprobar que sobre las certificaciones que él propone, los liquidadores han de enviar a las abogacías del Estado bastantes más, acompañadas de complicados y detalladísimos estados y con la añadidura de copias literales de las operaciones que diariamente se llevan a cabo en sus oficinas. Es descubrir el Mediterráneo descubrir a estas fechas la utilidad de aquellas certificaciones.

Si el tiempo y el espacio lo consintieran, me sería fácil demostrar que la serie de notificaciones, requerimientos, comprobaciones, revisiones, impugnaciones y recursos que establece la legislación de Derechos reales y los aplazamientos y fraccionamientos que permite, hacen de este impuesto el más equitativo y de más suave exacción de cuantos nutren la economía patria.

II. *Registro*.—La primera y más importante reforma que se le ocurre al firmante del artículo para mejorar nuestro régimen inmobiliario, consiste en rebajar el Arancel de los Registradores. Punto es éste que con gusto silenciaríamos, si el silencio no pudiera interpretarse como asentimiento.

Respecto de tal argumento, baste decir que su índole es de aquéllos que, por probar demasiado, no prueban nada. ¿Qué duda cabe de que rebajando los honorarios de la inscripción se facilitaría ésta? ¿Y siendo gratuita? ¿No sería más fácil todavía?... Esto se le ocurre a cualquier arbitrista y no creo que se necesite muy pulido ingenio para discurrir así.

Está bien que se rebajen los Aranceles si ellos son la causa de que la propiedad no se inscriba y si con la rebaja puede subsistir el servicio.

Por desgracia no es así. Para demostrar que el coste de inscripción no es la barrera que obstaculiza el régimen inmobiliario, basta con comparar lo que han de satisfacer por ingresar en el Registro dos fincas de mil y cincuenta mil pesetas, poniéndolo en

relación con los demás gastos que antes de llegar a esa oficina ha de pagar el adquirente de los inmuebles.

Los dispendios que supone la compra de los dos predios indicados, prescindiendo de los de corredor o agente, reconocimiento, e incluso del precio mismo y limitándonos a las expensas, que pudiéramos llamar jurídicas, son los siguientes :

	FINCA	
	de 1.000 pts.	de 50.000 pts.
Por impuesto de Timbre, calculando dos pliegos de escritura matriz y otros dos de copia.....	6,00	126,00
Por impuesto de Derechos reales y nota del de Utilidades.....	50,21	2.460,21
Por derechos del Notario números 2, 9, 11 y 17 de su arancel	23,50	260,50
<i>Totales.</i>	<u>79,71</u>	<u>2.846,71</u>

Es decir, que previamente al Registro de la Propiedad, hay que gastar antes 79,71 pesetas, si se trata de adquirir una finca de 1.000 pesetas, y 2.846,71 pesetas, si la finca que se compra es de 50.000 pesetas.

Esto, haciendo un cálculo moderado, porque si la adquisición se lleva a cabo por herencia u otro título lucrativo, los gastos son mucho mayores, y si se trata de informaciones posesorias o de dominio, entonces se cae bajo el peso de los Aranceles del secretario judicial, que son más gravosos que los de Notario y que por el expediente de las dos fincas antes citadas cobraría respectivamente 50 y 610 pesetas (número 102 de su Arancel).

Después de todos estos gastos vienen los del Registro, que por la inscripción, incluido el asiento de presentación, devengará lo siguiente: 8,75 pesetas por la finca de 1.000 pesetas, y 37,50 por la de 50.000 pesetas (números 1 y 3 del Arancel). Y esto cualquiera que sea el título y la causa de la adquisición, y debiendo revisar y calificar toda la documentación expedida por los anteriores funcionarios.

En la misma proporción sucede con los gastos de las fincas de mayor valor, habiéndose elegido esas dos, porque son las más típicas en la titulación rural.

Hecho el anterior cálculo, no creo que nadie pueda sostener de buena fe que el Arancel de los Registros es el que dificulta la inscripción, ni que una rebaja del 25 ó del 50 por 100 del mismo pudiera salvar todas las dificultades.

Aparte de que el trabajo de los Registradores, como todo trabajo y como toda mercancía, aunque sólo se mire desde el punto de vista material y económico, tiene un tope mínimo que es infranqueable. Ese tope lo constituyen los gastos de producción, por bajo de cuya cifra no se puede prestar ningún servicio, porque no es discreto, ni siquiera lícito, pensar que los funcionarios de cualquier orden han de trabajar gratis e incluso poner dinero encima.

Y téngase en cuenta que en la actualidad los Registradores de la Propiedad se sufragan todos los gastos de sus oficinas, desde el local, cada día más caro y escaso en los pueblos, hasta el mobiliario, alumbrado, calefacción, limpieza, impuestos siempre crecientes, personal que de continuo aumenta sus exigencias y hasta libros oficiales, que, no obstante ser propiedad del Estado, ha de comprarlos el funcionario, y, dicho sea de paso, pagarlos a precios fabulosos. Dificilmente creará nadie que un libro de 250 folios cueste 43 pesetas, y un diario de trescientos folios, 46 pesetas, pero así es (1).

Después de esto conviene desvanecer la dorada leyenda que con injusta fama envuelve el cargo de Registrador. Con finalidades no todo lo loables que fuera de desear, se lanzan cifras extraordinarias y se hacen comparaciones que, por serlo, son de ordinario odiosas. Es cierto, y no hay por qué negarlo, que existen algunos registros (no llegarán a una docena) de pingües rendimientos. Pero por ellos pasan los Registradores como meteoros, meses antes de su jubilación, sin tiempo para disfrutarlos verdaderamente, y, además de ello, algunos de esos registros los desempeñan personas ajenas al Cuerpo de Registradores.

(1) Recientemente se ha celebrado una nueva subasta que introduce una importante rebaja en estos libros, pero por respetar los derechos adquiridos del contratista anterior, sus beneficios tardarán bastante en llegar al Cuerpo de Registradores.

El Anuario de la Dirección general de los Registros, publicado con el esmero con que este Centro cumple siempre todas sus funciones, publica bajo su garantía la verdadera realidad económica de los Registros, que cualquier profano puede examinar y comprender. Según el últimamente publicado, que es del año 1928, resulta que hay nueve Registros en España cuya utilidad líquida, descontando gastos de material y personal, no llega a 700 pesetas anuales. Bien es cierto que existe una subvención, pero es tan exigua que no remedia la mísera recompensa.

De las demás cifras del Anuario se infiere que de 544 Registros de la Propiedad que existen en la Nación, hay 111 cuya utilidad para el funcionario que lo rige no llega a las 4.000 pesetas; 182 en que no llega a 8.000 pesetas, y 237 en que no llega a 12.000. A la vista de estas cifras, se puede afirmar que, por lo general, para obtener una retribución que equivalga a las 1.000 pesetas mensuales, el Registrador tarda, desde que ingresa en la carrera, unos doce o quince años. Visto esto, no creo que el Cuerpo de Registradores viva con la codicia encendida, ni pueda suscitar envidias de otros Cuerpos que sobre una retribución análoga aproximadamente, gozan además de otras prerrogativas y ventajas.

Por otro lado, conviene no olvidar la responsabilidad enorme que pesa sobre los Registradores, los cuales, con su fianza y con todos sus bienes, responden de los perjuicios que causen a los interesados por inscribir o cancelar indebidamente un asiento, lo cual no sucede en ningún otro Cuerpo ni a ningún otro funcionario. Si al Juez se le revoca una sentencia, o si se casa un fallo de la Audiencia, el litigante no podrá repetir contra su juzgador y, en cambio, si un Tribunal de cualquier orden declara que el Registrador inscribió o canceló sin deber hacerlo, o viceversa, ha de pagar éste, con arreglo a la ley, los daños que ocasionase. Piénsese en el riesgo constante en que viven los Registradores de las grandes capitales, por cuya calificación han de pasar intereses que representan una suma considerable de millones de pesetas. Este riesgo, al menos, bien merece la prima de un seguro.

III. *Sustitución de los Registradores y otros puntos.*—Se lamenta también el articulista de que los Registradores puedan nombrar para sustituirles en ausencias y enfermedades a un oficial al que no exigen condiciones especiales para desempeñar el cargo. En

contra de esto he de decir que dicha afirmación es inexacta. La legislación Hipotecaria no permite nombrar sustituto a cualquier albañil, panadero o pastor, como con aparente gracejo se dice en el artículo que motiva estas líneas; para ocupar aquel puesto se necesita reunir determinadas condiciones que prescribe la ley y el Reglamento hipotecario, y, siempre, se ha de actuar bajo la responsabilidad del Registrador y con la sanción del presidente de la Audiencia territorial, que es el que a través de informes y garantías adecuadas, hace o no el nombramiento, según su sana crítica. Esto es así en la teoría de la legislación, que en la práctica de la vida, la verdad es que los sustitutos de los Registradores son casi siempre oficiales encanecidos en el despacho de los títulos, habiendo consumido en la Oficina hipotecaria dos o tres tercios de su vida, a cuyos conocimientos y a cuya práctica se someten de ordinario la mayoría de los letrados, que sin ser Registradores desempeñan accidentalmente un Registro.

Otros puntos a que se alude en el repetido artículo apenas merecen impugnación: Que al Registrador le sustituya el Juez o el secretario judicial, me parece una incongruencia, como la de que a un oculista le sustituya, por ejemplo, un neurólogo o un especialista en huesos; creo que a los Registradores deben sustituirlos los mismos Registradores, como a los Notarios los sustituyen los mismos Notarios. Que se dé al Catastro toda su importancia, me parece muy bien... cuando haya Catastro, aunque sabido es que en Alemania, donde está más adelantado, adolece de graves inconvenientes y numerosas inexactitudes, que no ha podido evitar una técnica cuidadosa.

En cambio, nada se dice de problemas verdaderamente fundamentales, como son todos los que afectan a la sustantividad de la inscripción, a la fuerza legitimadora de los asientos, a la fe pública del Registro, a los procedimientos hipotecarios y registrales, y a tantas y tantas cosas, hondas y de positiva importancia, que, como interrogaciones incontestadas, esperan una respuesta de los que con seriedad y alteza de miras se preocupan del Derecho inmobiliario.»

FERNANDO CAMPUZANO Y HORMA.

Presidente de la Asociación de Registradores de España.

Formas y ritos matrimoniales^(a)

IV

PUBLICACIONES Y PUBLICIDAD

Nadie pone en duda que desde los primeros tiempos del cristianismo la Iglesia aconsejó, y en la medida de sus fuerzas impuso, a los que intentaren contraer matrimonio, la consulta de los Obispos o Presbíteros que rigieran la comunidad sobre el enlace proyectado (*professio apud Ecclesiam*), y que el expediente o información que, andando los siglos, exigieron las Capitulares de Carlomagno, al mismo tiempo que impedía las uniones incestuosas o viciadas de nulidad, garantizaba la espontaneidad, libertad y seriedad del consentimiento que hubiera de prestarse, así como acreditaba o preparaba la publicidad del matrimonio antes de bendecirlo.

En muchas regiones, sobre todo francesas, se había establecido la costumbre de publicar pregones o bandos (*bañas*, como dicen nuestros antiguos rituales) que constriñeran a declarar la existencia de impedimentos o prohibiciones, y el canon 51 del IV Concilio Lateranense ordenó que los Presbíteros anunciaran el matrimonio y fijaran un término para que se propusieran los impedimentos legítimos. El número de *banna* no se determinó, ni las iglesias en que habían de publicarse, y, sobre todo, la falta de este requisito no anulaba el matrimonio.

No había pasado medio siglo, cuando nuestras Partidas dedicaron a las *desposajas y casamientos que se hacen encubiertos* una de-

(a) Véanse los números 56 y 57 de esta Revista.

tallada y notable reglamentación (tít. III de la cuarta Partida), que principia por distinguir las clases de matrimonios clandestinos o *casamientos ascondidos*: sin testigos ni pruebas, sin permiso de los padres de la novia, ni arras ni *honnras*, y cuando *non lo facen saber concejeramente en aquella Iglesia onde son parrochanos*. Como las demás legislaciones de Europa, pero con una superioridad técnica indiscutible, prosigue la castellana una lucha a muerte con las uniones clandestinas. Hasta donde llegaba la injuria hecha a una familia con el casamiento *a furto* nos lo demuestra el poema de Bernardo del Carpio, recogido por la Crónica del Rey Sabio de un relato del siglo XIII (1), y las costumbres visigóticas encontraron profundo eco en los fueros municipales (Baeza, Cuenca, Fuentes, Cáceres), en las Cortes de Nájera y en las Compilaciones, como el Fuero de Burgos y el Fuero Viejo.

Tampoco se puede negar que la bendición eclesiástica del matrimonio, con sus invocaciones para santificar el amor, alejar la lascivia, espiritualizar la unión y fomentar la castidad conyugal, y, con sus oraciones para pedir la fecundidad del matrimonio, la armonía de los casados y su vida pacífica y caritativa, ponía de relieve el carácter sacramental del vínculo y la importancia espiritual de la nueva vida. Pero ni esta bendición era necesaria para la existencia del sacramento, como hemos indicado, ni iba dirigida a constituir el *matrimonio* que radicaba en el consentimiento mutuo de los contrayentes.

Sin embargo, al terminar la Edad Media hallamos en toda la Europa católico-romana una ceremonia religiosa intercalada entre el requerimiento hecho a los asistentes al matrimonio para que manifiesten los impedimentos que conozcan, y las bendiciones (2), que destaca la parte esencial del acto, o sea las preguntas hechas

(1) «Doña Ximena, hermana del Rey (Alfonso el Casto), casose a furto de él con el Conde San Díaz de Saldaña»... «Mandol el Rey echar en fierros y meterle en el Castiello de Luna». «Desí tomó a su hermana Doña Ximena et metiola en Orden». «Despues desto envió por Bernaldo» (del Carpio, hijo de aquéllos).

(2) En el ceremonial de los Reales Desposorios de D.^a Isabel Alfonsa, Infanta de España, con el Conde de Zamoyski, se separan *los desposorios* (requerimientos, preguntas y confirmación) de *las velaciones* (bendición de arras y anillos y de los cónyuges con la misa votiva).

a los desposados, y a veces la *conjunción* o confirmación sacramental.

¿Cómo se había introducido esta modificación del ritual?

Para Friedberg (1), en el Derecho germánico aparece un director del procedimiento matrimonial (*orator*), que atestigua el consentimiento de los interesados y la perfección del acto jurídico, notificando estas particularidades a los asistentes para que diesen fe y garantizaran el matrimonio.

Las manifestaciones del *orator*, en presencia de los novios, padres e invitados, eran declarativas, recibían su fuerza del consentimiento expresado y respondían al criterio de publicidad. Ahora bien: el sacerdote podía actuar de orador tan bien como un laico, o mejor, porque no sólo colocaba la unión bajo la tutela de la publicidad, sino bajo el manto de la Iglesia, y la sustitución quedó hecha recogiendo en un solo ceremonial la constitución de dote, el consentimiento y la unión simbólica. Por su parte, Sohm pensaba que el orador o *Fürsprecher* era un representante de la autoridad familiar, un tutor (*Vormund*) convencional y previsorio que autentizaba la *desponsatio* y entregaba al novio la novia, como los paraninfos (*paranymphai*) de ciertos rituales.

Desaparecidos los paraninfos, el sacerdote cumple sus funciones y *casa* a los contrayentes.

Brandileone, que, en varios de sus *Ensayos*, ha estudiado los precedentes y la evolución de los *oradores matrimoniales*, llega a la conclusión de que los clásicos discursos nupciales, en que se invocaba a los dioses que presidían al matrimonio, se ensalzaba la nobleza de la sociedad conyugal y las ventajas del estado, se hacían votos por la prole y felicidad de los esposos y se alababa su estirpe, patria y educación; y las oraciones epitalámicas, pronunciadas en el momento de la *traditio* para poner de relieve la necesidad del matrimonio, la belleza de los desposados y la alegría de sus familias, exhortarlos al amor recíproco y vaticinar el himeneo de los hijos venideros, se habían ido transformando con el medio ambiente, y contenían, al lado del discurso retórico, las interrogaciones necesarias para hacer patente la unión conyugal a los oficiales públicos y al mismo pueblo. Autorizados, primero, los Jueces, y luego, los

(1) Trat. del Dir. Ec., E. it. annot. dal Ruffini. Turín, Bocca, 1893, página 620.

Notarios para recibir las manifestaciones de consentimiento, concluyó por intervenir en la celebración del matrimonio un simple orador, que ya no representaba a la autoridad pública. Un traductor y anotador italiano de Friedberg, Ruffini, combate esta opinión y afirma que los Tribunales longobardos sólo intervenían en el matrimonio de las viudas y de las doncellas sometidas a la potestad regia (*mundio palatino*), a los efectos de transmitir al marido la autoridad sobre la mujer. En los demás matrimonios se designaba a veces por los contrayentes, cuando el *mundio* o potestad perdió su importancia, un pariente o tercera persona que recibiese las declaraciones y confirmase la entrega mutua, y a imitación de lo que sucedía tradicionalmente en aquellos desposorios de Palacio, nació en plena Edad Media la costumbre de exigir la intervención de una persona *autorizada*, aunque la ley no la impusiese, y más tarde, la de un funcionario público en toda clase de enlaces. Los antiguos diplomas imperiales, que confieren a los *Missi*, *Comites*, Jueces y Notarios el poder de entregar las mujeres a los maridos o desposados (*mulieres suis viris tradendi vel desponsandi*), y la de preguntarles en los desposorios (*interrogationes in matrimoniis et mulieribus et viris faciendi*), no atienden a una intromisión normal y consuetudinaria en la celebración del matrimonio, sino únicamente a una intervención integrativa en casos excepcionales. La posterior intervención de un oficial público no es, pues, más que una forma acrecida e intensificada de la función atribuida a las personas que realizaban la entrega de los cónyuges, impuesta por los Estatutos, a imitación de aquella atribución legal.

Ya a principios del siglo XIII se redactan en Siena escrituras públicas, donde aparece el novio preguntando a la novia si le quiere por legítimo marido, y viceversa, a lo cual sigue la imposición de anillo y nueva interrogación para fijar la naturaleza de los esponsales de presente, por parte del Notario, que al final acredita la celebración del matrimonio (*coram me Notario et testibus infrascriptis*). Y en vísperas del Concilio de Trento, el Notario pregunta en Roma por tres veces seguidas: «Fulano, ¿quieres por legítima esposa a Fulana y tenerla y honrarla como manda la Santa Madre Iglesia?» La ceremonia religiosa se limitaba a la *missa pro sponsis* y a la bendición.

La influencia de la *ley gótica* mantuvo en nuestro país sepa-

rados los *esponsales* de la *traditio* o *deductio*, intercalando las ceremonias eclesiásticas, sin que sea fácil fijar el respectivo valor constitutivo de estos actos. Martínez Marina (1), de quien se toman la mayor parte de los datos, no está en tales cuestiones a la altura que sus conocimientos y profesión religiosa le imponían. Distingue el *desposorio* con las formalidades prescritas por las leyes civiles, de las ceremonias religiosas en que los novios recibían el *sacramento del Matrimonio*, las velaciones y bendiciones nupciales, y de los regocijos y fiestas populares y domésticas que interrumpían los negocios, oficios y obligaciones de las familias y pueblos. Aparte de la impropiedad de la frase *recibir el sacramento del Matrimonio*, cuando la Iglesia habla de recibir *las bendiciones*, el ilustre historiador cita por nota un instrumento público otorgado en 1055 por Ramón, conde de Pallars, en que éste recibe como esposa (*in uxorem accipio*) a la hija de Arnaldo Mir, y en prueba de que la unión es legítima (*ut legaliter sit factum hoc conjugium*), constituye la dote visigótica. Muy aarevida resultaría la calificación de este documento como simples esponsales de futuro y se comprende las dificultades con que siglos después tropezaron los canonistas al establecer la distinción fundamental del derecho canónico moderno.

En los citados Rituales de Santo Domingo de Silos no aparece la rúbrica *de sacramento matrimonii*, ni las interrogaciones básicas. En cambio, en el *Manuale Hispalense* de fines del siglo xv se encuentran, en un castellano correcto, los pregones o bañas, los requerimientos hechos a los asistentes por tres *vegadas* y la pregunta: «Vos, Fulana, ¿otorgades vos por mujer y esposa de Fulano, segund manda la Santa Iglesia de Roma?» Y diga ella: «Sí otorgo.» E diga el esposo: «Yo assi la rescibo.» Repetida la pregunta al marido, se piden las arras y los anillos y se pasa a su bendición y entrega.

En el Ritual de la diócesis de Valencia (1514), hechas las admoniciones en el dialecto lemosín, viene el juramento de decir verdad el esposo y la esposa y la declaración: «Yo, N., doy mi cuerpo a vos, doña N., y recibo el vuestro, tomándoos por verdadera mujer mía, según Nuestro Señor Dios ha instituido...» Lo mismo dice luego la mujer.

(1) Ensayo histórico-crítico sobre la legislación. 2.^a edic. Madrid, Aguado, 1834. Tomo I, págs. 296 y sig.

Falta también aquí la fórmula de *conjunción*; pero en otro Ritual posterior se encuentra en una forma sencilla: «Yo os uno en matrimonio» (*Ego conjungo vos in matrimonium*), a lo cual sigue la bendición.

En el *Manual Salmanticense* (1532) las preguntas son tres (*queréis, recibís, otorgáis os*), para indicar, no sólo la voluntad, sino la entrega mutua; pero no se impone la conjunción sacerdotal, e inmediatamente (1) el sacerdote puede decir, si quiere, aunque no sea de substancia: «Yo, de parte de Dios omnipotente y de la Santa Madre Iglesia, vos *sponso* y confirmo entre vosotros este sacramento; en el nombre, etc.».

Por fin, en el *Manual Toledano* de 1680, el sacerdote emplea el castellano y declara decididamente: «Os desposo y este sacramento entre vosotros confirmo...»

La evolución estaba cumplida: el matrimonio, no sólo en su esencia y disciplina, sino también en su celebración, era un acto eclesiástico.

Ignoro de dónde haya venido la parte del ritual relativa a las interrogaciones y a la confirmación sacramental, aunque es seguro que los *oradores* y las influencias renacentistas sobre las canciones nupciales y epitalamios carecieron de valor para provocar directamente el cambio. El *Rerum divinarum codex*, ordenado por el Obispo de Avila Alfonso Carrillo de Albornoz, e impreso en Salamanca en 1500, empieza todavía por la bendición de los anillos y de las arras.

Pero el patético y solemne ceremonial de la Iglesia, así como los actos y regocijos populares que proclamaban a los cuatro vientos la celebración del matrimonio, se hallaban a una distancia enorme de las disensiones de los teólogos y canonistas. Y esto constituía la debilidad de la doctrina. Basta echar una ojeada al metódico y magistral tratado sobre los esponsales y el matrimonio que en 1545 dedicó Diego de Covarruvias a D. Fernando Valdés (2) para convencerse de la inseguridad e imprecisión de la materia y

(1) *Et statim sacerdos poterit dicere, si vult, licet non sit de substantia...* El resto sigue en latín.

(2) Se ha tenido a la vista *Op. Omnia*. Ginebra. Frat. de Tournes, 1734.

del desamparo en que se hallaba el interés social en asunto de tan grave trascendencia.

El matrimonio se contrae por el solo consentimiento que, aun los hábiles para hablar, pueden *manifestar por señas o por el silencio, sin ningún signo exterior*. Con arreglo a los preceptos hermenéuticos de la Glosa, debe atenderse al sentido de las palabras y a la condición y calidad de las personas, a fin de precisar el alcance del consentimiento, y cuando se emplea el verbo *querer*, por ejemplo, en la expresión «quiero contraer matrimonio contigo», ha de buscarse la intención en el modo verbal subsiguiente. Si es un infinitivo, por ejemplo, «quiero contraer», «quiero tomarte por mujer» (1), los esponsales son de futuro; pero si al verbo se le posponen palabras que se refieran a la ejecución del acto perfecto, como en la afirmación «quiero haberte por mujer», «quiero tenerte por mujer» (2), entonces existe matrimonio. Aun hecha la discriminación entre esponsales de futuro y de presente, los problemas no pueden resolverse con seguridad, porque los primeros, seguidos de cópula carnal, consentida o no por la mujer, se elevan a la categoría de matrimonio presunto *juris et de jure*. Pero así como en las causas matrimoniales la declaración de los cónyuges tiene escaso o ningún valor, en el Tribunal de la penitencia la afirmación del que se confiesa se halla por encima de testigos y documentos, con lo cual se abre camino a la disparidad entre el fuero judicial y el de la conciencia. El matrimonio válido, en conciencia, es firme, ciertamente, en el fuero externo, y el nulo, en el fuero interno, tampoco es válido exteriormente; pero el Juez, que debe juzgar por signos aparentes, declara matrimonio a la unión que no lo es. Aparte de esto, el consentimiento en la sociedad conyugal, la entrega corporal recíproca, puede sujetarse a condición, cuyo cumplimiento o deficiencia, precedidos o seguidos de cópula, o sin esta circunstancia, presentaba nuevas dificultades y ambigüedades. Multiplicadas así las posibilidades de las uniones clandestinas y de los estados matrimoniales ilegítimos; agudizados los conflictos de conciencia y centrado el consentimiento sacramental sobre situaciones irreflexivas y pasionales, no tardó en provo-

(1) *Volo contrahere, volo te ducere in uxorem.*

(2) *Volo te habere in uxorem, volo te tenere in uxorem.*

carse, dentro de la misma Iglesia, un movimiento de reforma que pasamos a estudiar.

V

EL CONCILIO DE TRENTO

Mejor que nadie conocía la Iglesia, a mediados del siglo xv, las dificultades prácticas que presentaba el sistema matrimonial, lo deficiente de las pruebas aducidas en los litigios y la necesidad de imposibilitar las uniones clandestinas. Pero frente al impulso innovador se presentaban grandes autoridades que sostenían el carácter sacramental del matrimonio no manifiesto u oculto, mostraban una repugnancia extraordinaria a cuanto significara adopción de teorías, defendidas por los protestantes, y evitaban el planteamiento de problemas que pusieran nuevamente en pie la cuestión del límite de las respectivas potestades, eclesiástica y civil.

Los teólogos, o más bien los canonistas, que elaboraban cuidadosamente la discusión procesal, apreciaban la pertinencia e importancia de las pruebas de confesión, documentos y testigos, valoraban las presunciones fundadas en el nombre y trato de los cónyuges y en la opinión de los vecinos (*nomen, tractatus, fama*), y se veían comprometidos a entrar en el delicado terreno de las más íntimas relaciones; concluían por cortar el nudo gordiano, ante la imposibilidad de desatarlo jurídicamente. Ya Santo Tomás, para resolver la situación creada, por quien, después de haber otorgado un consentimiento puramente externo, sin voluntad de contraer, a una mujer, se casase con otra, por palabras también de presente, reconocía que la Iglesia podía obligarle a continuar la vida matrimonial con la primera; pero que él debía sufrir la excomunión, antes que unirse a ella, y huir a lejanas regiones (1). En el juicio interior la conciencia falla y la presunción de cosa juzgada se estrellará contra sus mandatos.

Sin embargo, la tradicional doctrina que centraba en el consentimiento la fuerza sacramental contaba con poderosos defensores en Trento. El Patriarca de Venecia negaba a la Iglesia la potestad

(1) *Summa Theol.* Sup. Qu. XLV. Art. 55, in fine.

de instituir nuevas especies de sacramento y ponía de relieve que nunca se había atrevido a *irritar* los clandestinos, porque ni procedía ni existía causa justa y racional. Otros Prelados, sin negar los graves daños que la clandestinidad provocaba, buscaban el remedio en ordenamientos penales y penitenciarios, o se negaban a anular los matrimonios con tal vicio contraídos para obviar los inconvenientes más graves que traía consigo la falta de este derivativo o válvula de seguridad. Para tocar lo menos posible al sacramento, el Obispo de Brugnato pedía que el Concilio estableciese el modo específico de contraer (*describatur a synodo modus quo contrahendum est matrimonium*), y lo recomendaban igualmente el Obispo de Chioggia y el Aprutino. Los de Ostuni, Caiazzo y Cortona querían elevar la bendición sacerdotal a la categoría de elemento indispensable y esencial para equiparar el sacramento del Matrimonio a los demás conferidos por *ministro* sacro. Muchos otros se contentaban con dar carácter obligatorio a la celebración *in facie Ecclesiae*.

La repugnancia a cuanto significare aproximación a los protestantes, que habían hecho de este tema un arma de combate contra el Catolicismo desde la publicación de la *Christiani matrimonii institutio*, de Erasmo, alejaba de las filas avanzadas a los tradicionalistas, alguno de los cuales expresó con sinceridad su deseo de rechazar la doctrina proclamada por el enemigo.

Por último, no faltaban partidarios de una reglamentación que atendiera igualmente a las costumbres civiles y a las prácticas religiosas, proponiendo que se dejara a los contrayentes la facultad de elegir un funcionario público o un sacerdote para que interviniera en la celebración de las nupcias. Jerónimo Gaddi, Obispo de Cortona, admitía la facultad de declarar írritos los matrimonios clandestinos; pero sugería que se redactase el decreto declarando que se necesitaban tres testigos fidedignos, de los cuales uno fuera *sacerdos aut Notarius*. Nuestro ilustre Antonio Agustín, entonces Obispo de Lérida, después de rechazar la suficiencia de testigos, para no dejar abierta la ventana a las supercherías y complicidades, indicaba que los matrimonios todos debían celebrarse *in facie Ecclesiae* o ante Notario y dos testigos. Más tarde, cuando, como Arzobispo de Tarragona, hubo de aplicar las disposiciones del Concilio de Trento, ordenaba a los párrocos que no casaran a los no-

vios, si no supieran con certeza que habían otorgado capítulos matrimoniales. Todavía ponía el dedo en la llaga con mayor decisión Pedro de Petris, Obispo de Lucera, que desaprobaba las innovaciones *para no irritar contra nosotros a los laicos*, a quienes tocaba más de cerca el asunto.

Frente a estos grupos, que absorbían a los Prelados de nacionalidad italiana, más acostumbrados a la celebración ante un oficial civil o un *orator*, figuraban los franceses, capitaneados por el Cardenal de Lorena, que sostenían la intervención del párroco, y, según Braldileone (1), arrastraron a los españoles. No creemos que nuestros Prelados y teólogos, apoyados ya en aquellas fechas por Felipe II, y conocedores al detalle de los ritos españoles, que en los citados Manuales Hispalense de 1494, Valentino de 1514 y Salmantino de 1532, llegan progresivamente hasta la fórmula sacramental «*Ego... vos sponso et hoc sacramentum inter vos firmo*», pudieran servir de simples acompañantes a la *Ecclesia gallicana*. Obispos, como los dos hermanos Pedro y Antonio Agustín, Pérez de Ayala y Covarrubias; teólogos, como Salmerón (2) y Torres; generales, como Francisco de Zamora y Diego de Láinez (3); canonistas, como Vázquez Menchaca; doctores, como Marchante; licenciados, como Antonio de Covarrubias; catedráticos, como los de Salamanca y Alcalá, y eruditos, como Arias Montano, no era gente a propósito para servir de comparsa (4) en ninguna Asamblea, y menos en la que había de resolver asuntos de mayor trascendencia para el Imperio español que para los demás Reinos.

(1) Loc. cit., pág. 333.

(2) Cuéntase que en 9 de Febrero de 1563 se entabló una célebre controversia entre el jesuita Alfonso Salmerón y el Decano de la Sorbona, Maillard. Este sostenía que el Concilio no podía introducir innovaciones en lo relativo a celebración del matrimonio; que un sacramento legítimo en una época no podía ser invalidado posteriormente y que no debía exigirse la publicidad, porque Adán y Eva se habían casado sin testigos. Por el contrario, Salmerón sostenía que la Iglesia tenía plena potestad para estatuir sobre lo que no fuera de la esencia del sacramento, como las formalidades de la celebración, y que podía, en su consecuencia, exigir la publicidad del matrimonio para su validez.

(3) Habiendo enfermado Diego de Láinez, los Padres del Tridentino suspendieron sus trabajos *quia Laynez infirmatur*.

(4) El batallador Melchor Cano, nombrado Obispo de Canarias en 1852, se hallaba en España desde esta fecha.

La discusión fué larga y laboriosa. En 11 de Marzo de 1562 el Cardenal de Mantua, Hércules Gonzaga, ordenaba en una congregación general la lectura de 12 capítulos *de reformationis*, entre los cuales el X y el XI decían: «Si los matrimonios clandestinos, en lo futuro, han de ser declarados írritos y nulos». «Qué condiciones han de exigirse para que el matrimonio no se diga clandestino, sino contraído *in facie Ecclesiae*». Propuesta a los pocos días a los *theologi minores* la duda relativa a si la *ocultación* podía enumerarse entre los impedimentos dirimientes, nada se hizo de provechoso hasta el año siguiente, en que se planteó de nuevo el problema sobre la posibilidad de *irritar* los matrimonios clandestinos. Terminado este debate preparatorio y nombrada en 21 de Junio de 1563 una Comisión de 14 *diputados* de la Congregación general, éstos redactaron los cánones y decretos, que fueron llevados, por los trámites reglamentarios, a la misma el 20 de Julio siguiente. En el tercero de los cánones se anatematizaba a los que sostuvieran que los matrimonios clandestinos, hechos por el libre consentimiento de los contrayentes, no son matrimonios verdaderos y ratos; y en el decreto correlativo se declaraban írritos y nulos los matrimonios contraídos en lo futuro ocultamente (*clam*), sin la presencia de tres testigos. Tras una discusión vivísima sobre la aparente contradicción de ambos textos se presentó en 7 de Agosto una segunda redacción del decreto que repetía la condena del canon indicado, añadiendo que todas las personas que en lo futuro, ocultamente, sin la presencia, por lo menos, de tres testigos, intentaran contraer matrimonio o esponsales, quedaban declarados inhábiles para contraer en tal forma, y en su virtud todo lo hecho por ellos con tal fin era írrito y nulo.

Al renovar la obligación de las amonestaciones en uno de los cánones sobre abusos en la materia, se ordenaba la celebración *in facie Ecclesiae* con una fórmula conjuntiva, análoga a la que hemos encontrado en el Manual Salmantino.

El citado Cardenal de Lorena, que desde el principio de la discusión había propuesto como inmediato remedio que uno de los testigos fuese sacerdote, y se había visto apoyado por los embajadores de su país, que presentaron al Concilio una cédula pidiendo la celebración pública y solemne en la Iglesia, o, como mínimum, el párroco o un presbítero y tres testigos, insistió, al abrirse el de-

bate sobre la segunda redacción, en su deseo de que se declarasen nulos todos los clandestinos que no se hacen *in facie Ecclesiae*.

Nuevamente se constituyó la Comisión redactora y en 5 de Septiembre de 1563 se presentó una tercera redacción que agrupaba el anatema, la obligación de publicar las amonestaciones y la celebración ante el párroco y tres testigos, con una declaración de inhabilidad de los contrayentes y el decreto de ser írritos y nulos los matrimonios contraídos sin dichos requisitos. El mismo día se presentó también una segunda forma de esta tercera redacción, que no exigía como esencial la presencia del párroco, aunque la imponía con la amenaza de penas, sino la de tres testigos, por lo menos, lo mismo caso de contraer matrimonio que caso de contraer esponsales.

Con leves retoques de la primera forma, de la *tercera* redacción, se propuso la *cuarta* en 13 de Octubre de 1563, que, a pesar de una tenaz oposición, fué aprobada en la sesión XXIV (dedicada, en su primera parte, a los cánones y decretos matrimoniales), según manifestó el Cardenal legado que presidía, en las siguientes palabras: «El decreto sobre matrimonios clandestinos fué del agrado (*placuit*) de la mayor parte de los Padres; en cambio ha desplacido a más de cincuenta Padres, entre los cuales se halla el Cardenal Simonetta, legado de la Santa Sede, que no aprueba el decreto, remitiéndose a la decisión del Pontífice. Yo, también legado de la Sede apostólica, apruebo el decreto, si fuese aprobado por la Santa Sede.»

Conocidísimo es el capítulo primero de la indicada sesión (decreto *Tametsi*). Aunque no puede dudarse de que los matrimonios clandestinos, efectuados con el libre consentimiento de los contrayentes, fueron matrimonios verdaderos y ratos mientras la Iglesia no los ha declarado írritos, y por tal motivo ha de condenarse (como el Santo Sínodo los condena) a los que niegan que sean verdaderos y ratos, así como a los que falsamente aseguran que los matrimonios contraídos por los hijos de familia, sin consentimiento de sus padres, son írritos, y los padres pueden ratificarlos o anularlos, la Santa Iglesia de Dios, no obstante, por justísimas causas, siempre los ha detestado y prohibido. Mas como el Santo Sínodo advirtiera que aquellas prohibiciones, por la desobediencia de los hombres, son ineficaces, y considera los graves pecados que

las uniones clandestinas originan (principalmente las de aquellos que permanecen en un estado de condenación, abandonando a la primer mujer con quien habían contraído en secreto y casándose públicamente con otra para vivir con ella en perpetuo adulterio), y como a tales males la Iglesia, que no juzga de lo oculto, no pueda proveer, si no aplica algún remedio más eficaz, ordena con este objeto, siguiendo las huellas del Sacro Concilio Lateranense, celebrado bajo Inocencio III, que en adelante, antes de que se contraiga el matrimonio, se pregone tres veces por el párroco propio de los contrayentes, durante tres días de fiesta seguidos, en la iglesia y entre las solemnidades de la misa, quiénes son los que han de contraer matrimonio; y hechas estas proclamas, si no se opusiera ningún legítimo impedimento, ha de procederse a la celebración del matrimonio *in facie Ecclesiae*, en la cual el párroco, habiendo interrogado al varón y a la mujer y entendido su mutuo consentimiento, diga: «Yo os uno en matrimonio en nombre del Padre y del Hijo y del Espíritu Santo», o emplee otras palabras, según el rito recibido en cada provincia. Y si alguna vez existiese sospecha probable de que el matrimonio pueda ser impedido maliciosamente, caso de que precediesen tantas amonestaciones, hágase una solamente, o, por lo menos, celébrese el matrimonio en presencia del párroco y dos o tres testigos. Después de esto, y antes de la consumación de aquél, háganse las proclamas en la iglesia, para que si existiese algún impedimento más fácilmente se descubra, a no ser que el Ordinario mismo juzgara procedente la remisión de las indicadas proclamas, lo que el Santo Sínodo deja a su prudencia y juicio. A los que intentaran contraer matrimonio de otro modo que ante la presencia del párroco u otro sacerdote con licencia del mismo párroco o del Ordinario, y dos o tres testigos, el Santo Sínodo los inhabilita (1) por completo para contraer así, y estatuye que esta clase de contratos son írritos y nulos, conforme el presente decreto los hace írritos y anula.

El análisis de este pasaje desde el punto de vista de la técnica moderna, la ponderación de sus inmediatas consecuencias y la discusión relativa al planteamiento de las relaciones entre la Iglesia y el Estado, nos alejarían de nuestro tema y nos sumirían en el proceloso mar de las pasiones políticas y religiosas.

(1) Hace inhábiles (*inhabiles reddit*).

VI

EL MATRIMONIO COMO SACRAMENTO

Aunque este enunciado y las discusiones que ha presidido caigan un poco alejados del ámbito de estos estudios, y mucho más fuera de nuestra capacidad y conocimientos, hemos de vernos precisados a dar las líneas generales de la materia para la mejor inteligencia del tema general.

La Iglesia católica afirma que el matrimonio, como comunidad de vida espiritual y familiar, constituida de un modo indisoluble por un solo varón con una sola mujer para el fin primario de la procreación y educación de la prole y el secundario de mutuo auxilio y remedio contra la concupiscencia, ha sido consagrado con la bendición celestial y elevado por Jesucristo a la dignidad de sacramento. Ciertamente se hallan en el fondo de la institución elementos fisiológicos indestructibles, relaciones naturales determinadas por la diferencia de sexos y las leyes inalterables de la reproducción, así como en el acto constitutivo aparece, abstracción hecha del sacramento, un momento contractual: el consentimiento, libremente manifestado por personas capaces; pero el íntimo enlace de estos factores con los éticos familiares de amor, fidelidad, sacrificio y perfeccionamiento, piden un lugar aparte en las disciplinas jurídicas, un trato separado del general y amorfo del derecho de obligaciones.

En este sentido, para cualificar al matrimonio de contrato, hay que ampliar este concepto hasta que comprenda todo acuerdo de voluntades que engendre obligaciones predeterminadas (contrato obligacional), transferencia, modificación o extinción de derechos patrimoniales (*acuerdo transmisivo, constitutivo o cancelatorio*) o estados jurídicos familiares o sociales (adopción, reconocimiento, etc.). Sólo con esta ampliación conceptual cabe hablar del contrato o acuerdo matrimonial, y no para entender que los contrayentes pueden pactar a su libre albedrío sobre los fines perseguidos, los vínculos proyectados y el régimen familiar, sino para poner de relieve la bilateralidad del acto jurídico inicial.

No han faltado en la Iglesia católica teólogos y doctores que

hayán enseñado ser denominado impropriamente sacramento el matrimonio, aunque sea un signo de cosa sagrada (*signum rei sacrae*, algo distinto de signo de gracia santificante), como otros afirmaban que el sacramento del matrimonio no había sido explícita e inmediatamente santificado por Cristo, sino autenticado por la tradición eclesiástica, y en especial atestiguado por San Agustín, que empleaba la palabra en un sentido místico; pero estas avanzadas opiniones, que buscaban una conciliación de las distintas Iglesias cristianas o de ciertas leyes civiles con la doctrina católica, son de difícil concordancia con la declaración hecha por el Concilio Tridentino (ses. XXIV, cap. I) sobre la naturaleza del matrimonio, verdadera y propiamente uno de los siete sacramentos de la ley evangélica, instituido por Nuestro Señor Jesucristo.

El principal pasaje en que se apoya la doctrina católica es el capítulo V de la Epístola de San Pablo a los efesios: *sacramentum mysticum hoc magnum est* (vers. 32), y la discusión ha girado sobre el valor de la palabra *misterio* del texto griego, o sobre la distinción de sacramento *teorético* (representación sensible de la unión de Cristo con la Iglesia) y sacramento *práctico* (que confiere la gracia), para deducir alguno, que en el texto Paulino se coloca el acento sobre el último punto.

Aparte de este fundamental epifonema que une a los cónyuges con una firmeza, espiritualidad y permanencia sobrenaturales (*ego autem dico in Christo et in Ecclesia*), se citan otros pasajes menos probatorios del mismo Apóstol (I-Thim. 11-15), en que se afirma que la mujer se salvará por los hijos que tuviese, si permaneciese en fe, caridad y santificación con modestia, o en que se contrapone el don de la continencia al de la castidad conyugal (I-C. VII-7). Sin embargo, muchos escritores ortodoxos confiesan que, por las Santas Escrituras solamente, y sin acudir a la tradición, no puede demostrarse racionalmente el punto discutido. La tradición, en cambio, es constante: unos Padres comprenden con términos precisos el matrimonio entre los sacramentos (Tertuliano, Ambrosio, Crisóstomo, Agustín...), otros lo sustraen a la contratación civil (Ignacio, Clemente, Alejandro...), otros conceden a la Iglesia la celebración. Hay quien afirma que la institución corresponde directamente al mismo Jesucristo, y quien fija la fecha con la referencia

a las bodas de Canaán, en el comienzo de la sagrada predicación (San Epifanio, San Máximo, San Cirilo). Un notable argumento a favor de la antigüedad de la doctrina nos lo suministran las sectas orientales y la Iglesia cismática, que cuentan el matrimonio entre los sacramentos. En los siglos XII y XIII—se dice—Santo Tomás, San Buenaventura y Scot no se atrevieron a definir como artículo de fe la naturaleza sacramental del matrimonio; pero, tanto en la *Summa Theologica* (1) como en la *Summa contra Gentiles* (2), la doctrina se presenta sin vacilaciones (3). Después del citado canon del Concilio de Trento la cuestión quedó resuelta entre los católicos.

Por el contrario, la controversia sobre quien sea el ministro del matrimonio, si los contrayentes mismos o el sacerdote, ha dado motivo para que los teólogos y canonistas midieran sus armas y conocimientos. Antes del siglo XIV apenas se puede citar a Guillermo, Arzobispo de París (1248), que defendiera la proposición: *sacerdotem esse ministrum sacramenti matrimonii*. Más tarde, Maldonado sentó que el ministro ordinario es, como en el bautismo, el sacerdote; pero de un modo análogo pueden serlo también los no sacerdotes. Dió gran impulso a la opinión nuestro monumental Melchor Cano con su acostumbrada viveza y agresividad, y encontró enfrente a Soto, Belarmino, Vázquez, Sánchez. La discusión, como la mayoría de las teológicas, se desenvolvió en tonos agrios; Belarmino calificaba de falsa la opinión de Cano; Fagnano, de peligrosa para la fe; Sánchez y otros muchos, de temeraria e indefendible, y hasta aseguraban que nunca había sido probable. Benedicto XIV, imparcial, hizo constar que ambas opiniones tienen sólidos fundamentos, son probables y han sido defendidas por grandes autoridades, aconsejando no se designase ni al párroco ni a los contrayentes como ministros. San Alfonso María de Ligorio, después de extrañarse de que Benedicto XIV, que tan bien había resumido los argumentos contra Cano, llamase probable a su sentencia y la creyese apoyada por la común opinión de los doctores, prefería a esta afirmación, hecha como doctor privado,

(1) Sup. terc. p. Quaest. XLII. Art. 1-3.

(2) Caput. LVIII. De num. sac. Caput LXXVIII. De sac. mat.

(3) Durand decía: *largo modo sacramentum*; Abelardo: *non confert ali-quod donum... sed tamen mali remedium est*.

en el libro *De Synodo*, la declaración que, como Pontífice, había consignado en una Decretal dirigida al Arzobispo de Goa, donde expresamente enseñaba que los ministros del sacramento del matrimonio son los mismos contrayentes.

Todavía más oscuro y debatido se encuentra el problema de la *materia* del matrimonio. Para unos la constituye el contrato civil, que ha sido elevado a la dignidad sacramental. Algunos juristas franceses, que negaban a la Iglesia la facultad de establecer impedimentos, sostenían que ni el sacramento ni ninguna de sus partes son de naturaleza contractual, y antes debe verse la forma del sacramento en la bendición y la materia en la imposición de manos como integrantes del rito nupcial. Los que sostienen que el sacerdote es el ministro colocan la forma en las palabras: «Y yo os desposo...», que en el citado ritual de Salamanca no se consideran sustanciales. En cuanto a los que afirman que los contrayentes son los ministros, las opiniones no son del todo concordantes: unos consideran que la materia está integrada por las palabras, en cuanto atestiguan la tradición de los cuerpos, mientras la forma es la aceptación de la entrega; quíenes distinguen la materia *remota*, derecho recíproco de los esposos sobre sus cuerpos, de la *próxima*, tradición hecha por las manifestaciones de consentimiento, en tanto que la forma es la mutua aceptación, expresada por palabras o signos, al modo que en un contrato de compraventa la cosa vendida es la materia remota, la tradición es la materia próxima, y el consentimiento manifestado por palabras, la forma.

En discusión de perfiles tan escolásticos tomaron parte políticos y letrados para apoyar, sobre la doctrina de Santo Tomás, que destacaba los aspectos natural, contractual y sacramental del matrimonio, la intervención del Estado, en su ordenamiento, y la justificación de las normas civiles que intentasen regular las características temporales de la institución.

Para algunos canonistas esta materia civil, vaga e incierta, dependiente de la voluntad de pueblos y legisladores, no puede ser la del sacramento, y buscan ésta en un acuerdo natural, en el mutuo y libre consentimiento cruzado entre dos personas de diverso sexo y hábiles, según las leyes religiosas, para formar la sociedad conyugal. «El matrimonio—decía Pío VI en una epístola de 11 de

Julio de 1789—es un contrato natural, instituido y confirmado por el derecho divino antes de que existiera la sociedad civil.»

Por interesante que sea el tema para intentar la separación de los campos que corresponden a la jurisdicción civil y eclesiástica, hemos de abandonarlo por tres razones de grave peso: en primer lugar, las cuestiones de materia, forma y ministros del sacramento responden a una evolución teológica muy avanzada; en segundo término, no es nuestro ánimo entrar en el estudio del matrimonio civil, y, en fin, el párrafo segundo del C. 1.012 del Corp. Jur., Can. de Benedicto XV, niega que entre los bautizados haya contrato matrimonial válido que no sea sacramento.

JERÓNIMO GONZÁLEZ.

(Continuará.)

ERRATAS

En el número penúltimo se han deslizado, aparte de otras menos importantes, las siguientes:

<u>Página</u>	<u>Línea</u>	<u>Dice</u>	<u>Debe decir</u>
686	30	Pancapalea.	Paucapalea.
688	3	pacto.	paso.
689	13	imitiatum ratum.	initiatum, ratum.
689	29	casualmente.	carnalmente.

Miscelánea jurídica

LA OBLIGACIÓN DE SEGURIDAD EN EL CONTRATO DE TRANSPORTE DE PERSONAS

HENRI MAZEAUD.—*Revue trimestrielle de Droit civil*, Julio-Septiembre de 1929, páginas 614 y siguientes.

Difícil es de resolver si este contrato crea tal obligación. El problema es el siguiente: ¿Está obligada la Empresa, por el contrato, a asegurar a los viajeros?

Es evidente que el Empresario tiene la obligación de conducir al viajero de un lugar a otro, en el tiempo fijado por los horarios, etc. Si no se cumple alguna de estas obligaciones, y se sigue algún perjuicio, hay desde luego responsabilidad contractual. ¿Pero no nacen otras obligaciones del contrato, entre ellas la de seguridad? La jurisprudencia, al principio, se pronunció por la negativa, sosteniendo que en tal caso la responsabilidad era sólo delictual; pero, posteriormente, en todas sus esferas, ha cambiado de parecer. Efectivamente, el viajero entiende que la Compañía lo ha asegurado; pues lo mismo que exige calefacción y podrá intentar una acción de responsabilidad contra la compañía, si enferma por una calefacción insuficiente, con mucha más razón podrá hacerlo en un choque; claro que ella contestaría que no ha habido acuerdo de voluntades, pero la argumentación es débil, pues desde el momento en que entrega el billete, tiene la intención de que no se produzca ninguna colisión entre sus trenes; no prevé el accidente más que cuando se ha realizado.

Pero, ¿cuál es el alcance de esta obligación?

Puede entenderse que la Compañía responde en todos los acci-

dentos que se produzcan por el hecho del transporte, y faltando la Compañía a su obligación, lo cual tendría que probarse, o de una manera más onerosa para la misma, a saber: que ésta se compromete a conducirlo sano y salvo a su destino, en cuyo caso es la Compañía quien tiene que probar la falta cometida por el viajero o la fuerza mayor.

¿Cuál de las dos interpretaciones elegiremos?

En buena lógica la primera, pues se funda en la distinción entre transporte de cosas y personas; efectivamente, como las cosas son inertes, y si son animales están en la imposibilidad de moverse, toda la responsabilidad será de la Compañía, salvo el caso de fuerza mayor o la falta del expedidor; mas si se trata de personas, como éstas tienen la libertad de sus movimientos, puede suceder que el accidente sea debido a su imprudencia, no pudiéndose presumir que todo accidente causado en el curso del viaje tenga caso el transporte mismo.

Sin embargo, la jurisprudencia francesa ha adoptado la segunda interpretación, porque si la obligación de seguridad ha pasado del dominio delictual al contractual, ha sido para facilitar la acción del transportado, para evitar las dificultades insuperables de la prueba y sólo esta interpretación permite conseguir plenamente el objeto propuesto.

LA OBLIGACIÓN DE SEGURIDAD EN EL CONTRATO DE ENSEÑANZA

Parece, a primera vista, que el padre que lleva su hijo a un colegio y en él le ocurre algún accidente, debe asimilarse este caso al contrato de transporte, debiendo el colegio devolver el hijo sano como lo recibió, a no ser que pruebe que no hubo falta; pero la argumentación es falsa; el contrato comprende sólo la enseñanza, no la seguridad de la persona; de esta manera se extiende abusivamente la convención, se da a las partes una intención que no han tenido, viendo en el contrato una obligación de seguridad.

LA OBLIGACIÓN DE SEGURIDAD EN CUANTO A PERSONAS Y BIENES

Hay que interpretar la voluntad de las partes. ¿Han puesto a cargo de alguna de ellas tal obligación? Sólo en la afirmativa

puede hablarse de responsabilidad contractual. Necesítase, pues, descubrir la intención de las partes respecto al contenido de la convención.

Cuando se consigna en una cláusula expresa la obligación que contraen, nada es más fácil, pudiendo hacerlo, no sólo respecto a las obligaciones esenciales, sino también a las accesorias, sin más límites que no poder ser contrarias al orden público y a las buenas costumbres y que no sean incompatibles con el contrato.

El problema, en cambio, es muy arduo cuando no hay cláusula expresa, correspondiendo entonces a los jueces descubrirla; éstos tendrán en cuenta los usos y las reglas esenciales fijadas por el legislador para los casos en que las partes nada hayan previsto; pero no se pretenda que, siendo creada la obligación por un texto legal, la responsabilidad no es contractual; eso sería olvidar que el texto que crea la obligación es simplemente interpretativo de la voluntad de las partes, que, al no derogarlo expresamente, han incorporado las obligaciones al contrato. A veces, el legislador, no sólo establece reglas supletorias, sino imperativas, las cuales, al ser violadas por los contratantes, por excluir de la convención una obligación que les impone el legislador, provocan la nulidad del contrato; pero si las partes nada han previsto en el contrato, con relación a la obligación impuesta por una regla imperativa, ¿qué ocurrirá? Desde luego, no puede decirse que las partes la hayan aceptado tácitamente, y parece que la voluntad de los contratantes no interviene, porque no tienen la facultad de rechazar la obligación que impone. ¿Entonces será una responsabilidad delictual? No; pues el legislador no hace más que reglamentar el contrato, imponiendo una obligación, pero sólo en el caso de aceptar el contrato; hay casos numerosos en que un texto dispositivo, o aun el mismo orden público, da ciertas consecuencias a un contrato. Luego aunque las partes las hayan omitido, consciente o inconscientemente, tienen que entrar en el molde legal, incorporándose estas reglas al contrato desde el momento en que lo han aceptado.

LOCACIÓN DE OBRAS Y MANDATO EN EL PROYECTO ITALOFRANCÉS DE
LAS OBLIGACIONES Y CONTRATOS

DONATO MAGNO.—*Revista de Derecho Civil, de Milán*, Mayo-Junio, 1929, páginas 210 y siguientes.

En Derecho romano, el criterio de separación entre el mandato y la locación era el de la gratuidad u onerosidad; pero la gratuidad no perjudicaba la estipulación de un honorario, si bien éste no implicase una *actio mandati*, sino sólo *extra ordinem*; varias doctrinas se han formulado para explicar tal antinomia, sin que ninguna se haya impuesto hasta hoy.

En la legislación moderna, el problema de tal distinción ha tomado un nuevo aspecto y una mayor importancia, desde el momento en que la gratuidad no se reconoce como algo esencial al negocio del mandato; de aquí que el problema se haya puesto sobre otras bases y se hayan formulado, para explicarlo, las tres teorías siguientes: 1.^a *Teoría de la gratuidad*, que adopta las siguientes modalidades: A) *Teoría de las Artes liberales*: Se funda en la distinción entre Artes liberales y mecánicas, asimilando aquéllas al mandato y ésta a la locación, pues si ésta contiene siempre un precio, que es el equivalente del trabajo suministrado, el mandato es por su esencia gratuito, y no deja de serlo aunque intervengan honorarios, como la donación remuneratoria no deja de ser donación; el trabajo de la locación puede pagarse con dinero (artes mecánicas); el del mandato, no, porque el móvil que lo produce es más noble y alto que todo el oro de los capitalistas (artes liberales).

B) *Teoría de la inequivalencia en la compensación*: Según ella, el mandato se distinguiría de la locación por su carácter gratuito y una eventual retribución no modificaría su naturaleza, no buscando en ella ninguna equivalencia y prescindiendo por completo de la distinción entre artes liberales y mecánicas.

2.^a *Teoría de la representación*.—El mandato implica siempre representación; el mandato y la representación, sendos términos equivalentes o dos lados de una misma relación; la locación, en cambio, no implica representación. Pero muchos auto-

res critican la teoría tradicional, unos por defecto, otros por exceso y otros por las dos cosas a la vez.

A) *Por defecto* : Se funda esta doctrina en que la representación no es exclusiva del mandato, sino que entra en otros negocios de gestión ; la limitación de la representación al mandato es efecto de una concepción muy estrecha del concepto de la representación.

B) *Por exceso* : La representación y el mandato no son términos perfectamente equivalentes : un mandato es posible sin representación, si bien por otra parte no se concibe una representación sin un mandato. La teoría tradicional es errónea, en cuanto atribuye a la representación un contenido mucho más vasto que el que realmente tiene, considerándola como elemento esencial al mandato, no siendo, a veces, más que un elemento accidental.

C) *Por defecto y por exceso* : El concepto general que está en la base de esta doctrina, es que la representación no es esencial al mandato, ni éste a aquélla ; lo mismo puede existir el mandato sin representación, como ésta sin aquél. La perfecta asimilación de las dos figuras es el efecto de una concepción de la representación doblemente inexacta, en cuanto que, por una parte, se extiende arbitrariamente su eficacia, considerándola esencial a relaciones de las que a veces es elemento accidental, y, por otra, se limita injustamente su extensión negando su existencia, en relaciones en las que figura frecuentemente.

Vemos cómo estas teorías destruyen, de una manera plena y tal vez definitiva, la distinción entre locación y mandato, fundada en la representación.

3.^a *Teoría del negocio jurídico*.—Advirtamos, ante todo, que esta teoría se acepta no porque sea exacta en sí, sino porque se considera la menos inexacta de las que se han formulado.

Hay ciertos titubeos al definirla, pero parece que nadie mejor que Straffa la ha concretado, en los siguientes términos : «El examen de nuestra ley comercial nos demuestra que el carácter que distingue el mandato de la locación, es que el mandato tiene por objeto directo e inmediato el aplicarse a negocios jurídicos, entendiéndose por tales también los actos que los preparan ; en cambio, en la locación se tiene un encargo de cumplir actos materiales, para cuyo cumplimiento es posible que el *locator* tenga la

representación del *conductor*, y tenga, por lo tanto, facultad de dar vida en su nombre a una relación jurídica.

Aplicando esta sistematización, las tres figuras del *locator operis*, del mandatario y del representante, son suficientemente distintas; pensemos en un ingeniero, encargado por una sociedad anónima de la construcción de un edificio (*locator operis*); un consejo de administración, que examina sus proyectos y delibera sobre la adquisición de materiales (mandatario), un director o un consejero delegado, que procede a las adquisiciones (representante). Las tres figuras pueden también reunirse en la misma persona, o combinarse de tal modo que el locator funcione también como representante, como sucedería si el ingeniero se encargase de adquirir los materiales después de la deliberación del consejo.

Teorías mixtas.—Según algunos, la distinción se encuentra en que el objeto del mandato retribuido son las prestaciones de trabajo de naturaleza elevada (las obras liberales), acompañadas de representación casi siempre. Esta distinción coincide con la de las obras, en liberales y mecánicas, pero se diferencia porque en las artes liberales la compensación no está en función de equivalencia, pues las prestaciones liberales son inestimables y, por lo tanto, el contrato es siempre gratuito; en cambio, en las mecánicas, la compensación está en función de equivalencia y el contrato es de naturaleza onerosa. Otros opinan que en el caso de locación el objeto del consentimiento es la cosa que uno se obliga a hacer, y en el del mandato el encargo mismo, frente al cual la obra no es más que un medio; otros afirman que en el mandato es elemento esencial la representación; otros ven la diferencia en la intención de las partes contratantes, de modo que la estipulación de una determinada clase de trabajo, puede, según esa intención, dar lugar al mandato o a locación; *otros*, en la representación, pero no en su sentido técnico jurídico, o sea en el poder de ejecutar negocios jurídicos en nombre de otro, sino como existente siempre que se obre en nombre ajeno, de donde el mandato puede tener por objeto lo mismo prestaciones materiales que actos jurídicos. En la locación, por el contrario, no hay jamás representación, y cuando existe *per accidens*, es que se le ha conectado con un contrato de mandato; otros, en la inequivalencia de la compensación, en la representación y en el negocio jurídico;

otros, en fin, concretan la distinción en tres factores: el ser fijadas las prestaciones en la locación, teniendo en cuenta el tiempo para la merced debida, mientras que en el mandato no cuenta éste; el caracterizarse el mandato por consideraciones de confianza personal, tanto que, por regla general, no se consiente la sustitución del mandatario, lo que no existe en la locación, y el llevar ésta unida ciertos vínculos de subordinación o vigilancia de la persona en cuyo favor se presta el servicio, mientras que el mandatario asume, respecto al mandante, una posición más libre, con ciertas iniciativas y relativa independencia en el obrar.

Propongamos la solución de dos distintas cuestiones: 1.^a ¿Cómo se explica el hecho de que un asunto tan importante no tenga todavía solución adecuada? 2.^a ¿Con qué medios debemos resolverlo?

1.º En Derecho romano la solución era precisa. Se distinguían por su carácter gratuito, no destruyéndose la gratuidad por la estipulación de honorarios. Tan claras son las fuentes de Derecho romano al declarar esto, salvo las eventuales divergencias sobre el modo de concebir la naturaleza jurídica de los honorarios, que la doctrina romanística la admite siempre como criterio distinto de los dos contratos.

Dada semejante tradición, parece que el Código de Napoleón no debiera separarse de tales principios, pero no fué así, sino que de aquí arrancan todas las confusiones. Efectivamente, mientras de una parte, deseando conservar la tradición, había sancionado el principio de la nulidad del mandato, a no ser que fuese gratuito *mandatum nisi gratuitum nullum est*, y que a tal gratuidad no obstaba el hecho de pactarse honorarios *si remunerandi gratia honor intervenit, erit mandati actio*; por otra, contiene disposiciones sustancialmente diferentes: «el mandato o procuración es un acto por el cual una persona da a otra el poder de hacer alguna cosa para el mandante y en su nombre», «el mandato es gratuito, si no hay convención en contrario». Dejando aparte la frase *en su nombre*, que por tanto tiempo ha extraviado a los escritores, llevándoles, con la teoría de la representación, fuera de la realidad práctica y jurídica, lo que ha llegado a conferir al contrato de mandato una naturaleza completamente nueva frente a la tradicional del Derecho romano, hay que fijarse principal-

mente en la disposición que establece de que es gratuito, si no, hay pacto en contrario. No constituyen ya el momento esencial del mandato la amistad y el *officium* : son otros elementos en que la Ley ha querido poner su característica esencial ; no los fijaron los compiladores y ni pudieron sospechar que se pudiera agitar un problema con este motivo, y así ocurrió el extraño fenómeno de dos contratos, que ni aun el mismo legislador sabía ya en que se distinguían.

Pero el hecho más extraño no es haber introducido la forma del mandato oneroso sin voluntad de ello, o, aunque hubiera alguna voluntad, sin tener alguna idea de la función que este nuevo contrato estaba llamado a desempeñar en el sistema jurídico, sino en haber admitido una verdadera y propia presunción de gratuidad en el mandato, como si esto tuviera por objeto una determinada categoría de servicios, en los cuales, contrariamente al principio común, deba presumirse, a falta de una declaración de voluntad de las partes, no ya la onerosidad, sino la gratuidad de la relación. Ciertamente, de las declaraciones de los compiladores franceses se desprende claramente que para ellos la gratuidad del mandato debía reposar siempre en la voluntad de las partes, y la afirmación de que el mandato es gratuito, si no hay pacto en contrario, debía significar solamente que sólo podía haber indemnización cuando las partes lo hubiesen convenido.

Para comprender mejor la extensión real del principio sancionado por el Código de Napoleón y, en su virtud, por el italiano, y convencerse más aún de lo absurdo del sistema de haber despojado al mandato de su carácter tradicional, la gratuidad, sin sustituirla con ningún nuevo elemento que le atribuyese una función específica en el sistema de los contratos, para persuadirnos, en fin, de que la pretendida naturaleza del moderno mandato, según la cual no contradiría al mandato la estipulación de una compensación, no es más que el fruto de una creación de los legisladores modernos, no estará de más que consideremos cómo fué justificada la adopción, en el primer proyecto de Código civil germánico, de un sistema sustancialmente semejante al del Código de Napoleón y, por lo tanto, al del italiano.

En efecto ; en el primer proyecto del Código civil germánico, cualquier clase de servicios podría ser objeto lo mismo del con-

trato de locación que del mandato, con lo que se reconocía claramente un principio que existía en el de Napoleón, y que en todos los modelados sobre él está implícitamente contenido; pero en el texto germánico se admitía la posibilidad de un mandato oneroso, en lo que se diferencia sustancialmente del de Napoleón, no sancionando ninguna presunción para la gratuidad del negocio, pero admitiendo, a semejanza de lo que ocurría en la locación, que la compensación no tenía necesidad de ser pactada, cuando de las circunstancias pueda resultar que la ejecución del mandato no deba verificarse sin compensación.

Los motivos, después de afirmar que la distinción entre los dos contratos corresponde a la ciencia, no a la Ley, agregan que, aunque fuera válido, en otro tiempo, el principio *mandatum nisi gratuitum nullum est*, no puede afirmarse lo mismo para el Derecho moderno, pues resulta estrecho el concepto para los fines del comercio, lo cual siempre es verdad; mas si en la práctica debe admitirse algún elemento para inducir la existencia de un contrato de mandato, será siempre éste, el de la gratuidad. El Proyecto concuerda perfectamente con la legislación vigente, la cual, si bien reconoce que el mandato es por sí mismo gratuito, admite, sin embargo, que no se modifica su naturaleza por la estipulación de una compensación.

Esta era la doctrina de los *Motivos* del Código civil germánico, que al observador más superficial le aparecerá como resultado de las más graves confusiones de ideas. Absurdas y contradictorias las ideas del legislador, así resultó el proyecto, que afortunadamente no llegó a ser Código, siendo acogido en la redacción definitiva del mismo la exactísima doctrina de que el mandato es gratuito, el arrendamiento oneroso, y por ello se distinguen los dos.

2.º ¿Qué sistema debe seguirse en la solución del problema? En abstracto, cualquiera puede ser admitido, porque nada impide, a lo ilimitado de las atribuciones del legislador, construir, sobre cualquier base, la relación diferencial entre los dos; pero, según nuestro parecer, entre tantos caminos como pueden seguirse, uno sólo es el preferible, el seguido por el legislador germánico: «el mandato es siempre y solamente gratuito; la locación es siempre y solamente onerosa».

Fundando en tal criterio la distinción, tenemos, por una parte,

el apoyo de la tradición romanística; por otra, la continuación de un sistema, en parte adoptado por el Código vigente italiano.

Queda sólo por advertir que, aunque querramos concebir el mandato comercial como el civil, convendremos para siempre en que constituye una especie particular del mandato, que tiene sus propias características y una disciplina jurídica también propia, y nada impedirá que se distinga de la locación de un modo diverso del que se distingue el mandato ordinario.

Por consiguiente, en el estado actual de la ciencia pueden establecerse las siguientes conclusiones prácticas:

1.^a El mandato, lo mismo que la locación, pueden tener por objeto cualquier prestación jurídica o material.

2.^a Cuando el objeto consiste en el cumplimiento de un negocio jurídico, puede llevar o no anejo el poder de representación.

3.^a El mandato civil se distingue de la locación, cuando es gratuito, por el elemento de la gratuidad; cuando es oneroso, por un carácter que hasta ahora la doctrina no ha sabido ni podido determinar.

Para evitar los inconvenientes de la existencia de una institución jurídica, cuyo genuino carácter nadie ha sabido indicar, no hay más que proceder a la eliminación del Código civil de la figura del mandato oneroso, y entonces llegará a ser clara la distinción entre mandato civil y la locación, como era en Derecho romano, como es necesario que sea en una legislación racional.

ABUSO O RELATIVIDAD DE LOS DERECHOS

GEORGES RIPERT.—*Revista Crítica de Legislación y Jurisprudencia*.—París, Enero-Febrero, 1929, páginas 50 y siguientes.

El concepto de la relatividad de los derechos constituye una de las piezas maestras de los sistemas jurídicos de todos los países civilizados. El principio de la relatividad aparece dictado por el derecho natural, por la evolución de las ideas, por la solidaridad social.

Si se entiende por tal relatividad la idea banal de que el ejer-

cicio del derecho está limitado por ciertas reglas, el principio es indiscutible; pero cuando se enuncia este principio como la gran regla de las sociedades modernas, no puede uno contentarse con afirmar su existencia y declarar que, aunque desconocido, ha existido siempre. Es preciso demostrar, de una parte, que si el derecho es relativo, el acto abusivo no es realizado sin derecho, y, de otra, cómo, si tenemos el derecho de obrar, puede ser juzgada abusiva esta acción.

Si todo derecho es relativo, el que lo ejerce de un modo contrario a su destino económico y social sale de los límites que se le ha encargado respetar. El abuso del derecho se confunde con el efecto del derecho. Podría citarse aquí la frase de Planiol: «El derecho cesa donde comienza el abuso, y no puede haber *uso abusivo* de un derecho por la razón irrefutable de que un mismo acto no puede ser a la vez conforme y contrario al derecho.» En realidad, si la tesis del abuso de los derechos y las palabras mismas tienen algún sentido, es el de que esta teoría se dirige contra el absolutismo de los derechos individuales. Es la condenación, por la intención delictual, de un acto objetivamente, irreprochablemente; pero si el ejercicio de un derecho supone una justificación por motivos legítimos, la ausencia de tales motivos hace desaparecer el derecho y no se ve la diferencia entre acto ilícito y acto abusivo.

No se ha podido, pues, borrar la diferencia entre actos ilícitos y abusivos y se ha descubierto otra tercera categoría: la de los actos excesivos.

El acto ilícito comprendería la responsabilidad del autor, sin que hubiera que establecer la existencia de un perjuicio, e implicaría una reparación *in natura*. El abusivo no daría lugar más que a daños y perjuicios, probando el perjuicio causado, y el excesivo constituiría un riesgo anormal e implicaría la responsabilidad del que lo realiza.

En cuanto a las diferencias técnicas que se quieran establecer entre el defecto y el abuso del derecho, provienen, en realidad, de la dificultad de la prueba: ya sea el acto ilegal o abusivo, si no hay perjuicio, toda acción caerá por falta de interés del demandante. La única diferencia consiste en la dificultad que pueda haber en reconocer el abuso, cuando la ilegalidad es de prueba fácil;

pero esta dificultad es común a todos los problemas de responsabilidad.

Si se ha dudado en asimilar el abuso y el defecto del derecho, es porque la ley confiere a su titular un poder que no se le puede quitar.

Analizando la sanción del acto abusivo, se han pronunciado generalmente los autores por la sanción *in natura*, esto es, por la anulación del acto y la prohibición hecha al titular del derecho de renovarla; pero con dos excepciones: una, por el carácter perentorio de un derecho; la otra, por la necesidad de proteger los intereses de los terceros; pero el carácter perentorio, destinado a permitir la acción, es el carácter del derecho individual, y el interés de los terceros es la seguridad conseguida por el reconocimiento de los derechos individuales, y el ejercicio de los derechos, así como su validez, no puede depender de un juicio de valor dictado ulteriormente por el juez sobre el interés económico del acto: todos los derechos son perentorios; el ejercicio de todos los derechos interesa a los terceros.

La doctrina clásica va más lejos; ella enseña que el ejercicio del derecho confiere irresponsabilidad; el que usa de su derecho no lesiona a nadie, no debiendo, por tanto, reparación; mas, según doctrinas actuales, el derecho, lejos de ser una causa de exoneración, es origen de responsabilidad, porque supone la acción, y ésta el riesgo; ya no hay, por lo tanto, necesidad de hablar del abuso; todo acto lícito o ilícito, normal o abusivo, por ser creador de riesgos, implicaría obligación de reparación. No se puede desconocer más la tradición de nuestro derecho, y ni aun los partidarios más decididos de la teoría del riesgo han pretendido nunca que todo acto humano obligase a reparación, en caso de perjuicio causado.

¿Qué significaría el derecho individual, si no hubiese libertad de acción y exoneración de responsabilidad? El derecho es un interés jurídicamente protegido, y el que lo ejerce tiene el derecho a la protección legal de su interés y sabe que en el porvenir podrá sacar provecho de él, aunque otros sufran de esta utilización exclusiva.

El reconocimiento oficial del derecho individual es la atribución a un hombre de un poder sobre los demás hombres, la consa-

gración de la desigualdad, la concesión de irresponsabilidad. Si el derecho nace del contrato, el deudor ha aceptado con anterioridad esta sumisión ; si el derecho se ha conferido por la ley, es el legislador quien impone el respeto ; no hay derecho sin obligación, obligación de uno solo u obligación pasiva universal. Declarar, por lo tanto, que todos los derechos son relativos, equivale a negarlos : lo que hay que hacer es limitarlos.

Abuso o relatividad de derechos no es un problema de técnica jurídica ; es la noción de derecho subjetivo, lo que está en juego.

Nuestras sociedades occidentales, que no conocen la igualdad en la comunidad, han organizado el ejercicio de los derechos individuales, para que reine entre los hombres la mayor paz y justicia posibles ; al conceder derechos, han dado poderes, y todo derecho tiende, por su naturaleza, al absolutismo, porque es poder del hombre sobre el hombre.

Esta idea es insoportable para M. Duguit, de quien M. René Capitant, procurando una conciliación, dice que «niega la existencia de los derechos subjetivos naturales, pero no que haya derechos subjetivos asegurados por la regla objetiva».

El derecho subjetivo es, pues, un poder del hombre ; él inclina al deudor ante el acreedor, pero ha sido preciso arrancar a aquél de la esclavitud y la prisión ; inclina los no propietarios ante los propietarios, soberanos de sus fundos, pero limitando esa soberanía ; inclina al obrero ante el patrono, pero protegiendo la legislación industrial al trabajador ; somete el hijo a su padre, la mujer a su marido ; deriva de la gran ley natural de la desigualdad : los que denuncian este poder, desconocen lo que hay de divino en la idea de poder : *Omnis potestas a Deo*.

Este origen impone su carácter ; el poder no debe causar mal. El derecho subjetivo no es necesariamente antisocial e individualista ; la regla moral es, pues, la que nos prohíbe dañar voluntariamente al prójimo. El legislador dará a esta regla su forma jurídica técnica.

La ley moral exigiría que la actividad fuera bienhechora ; pero para constituirse en regla jurídica, sería preciso que fuese susceptible de una definición precisa y de una sanción eficaz, lo cual no es posible casi nunca : todo lo que se le puede pedir al derecho civil es refrenar la inclinación del alma al absolutismo del poder.

Pero el absolutismo del derecho individual no puede ser condenado, porque es la traducción jurídica del deseo del alma de conquistar el poder y la libertad, y este deseo es legítimo. Desarmar a los titulares de sus derechos, es nivelar la sociedad, destruyendo una aristocracia necesaria.

Recientemente, M. Ed. Lambert llamaba a la lucha a las *minorías de hombres de enseñanza*, que quisiesen enderezar el derecho social nuevo contra las *tradiciones nacionalistas de las técnicas jurídicas establecidas*, y no desaprobaba esta definición de la socialización del derecho, dada por un autor extranjero: «una reorientación de la ciencia del derecho y una renovación de las nociones jurídicas, conforme a las ideas sociales extendidas por todo el mundo». ¿Quién crea y pretende imponernos estas ideas sociales? ¿Dónde están sus títulos y sus patronos? Contra este nuevo y peligroso dogmatismo, debe mantenerse el derecho que nuestras sociedades occidentales han formado lentamente, dentro de una comunidad de ideas morales.

FEDERICO BRAVO LÓPEZ,

Del Cuerpo de Letrados de Justicia y Culto.

DE LA AMERICA ESPAÑOLA ⁽¹⁾

«Relaciones Notariales Hispano-Argentinas

DEMOSTRACIÓN AL SR. JOSÉ A. NEGRI

El brillo con que nuestro colega D. José A. Negri ha desempeñado la difícil misión que le encomendó ante el Notariado español el Colegio Nacional de Escribanos, del que es Vicepresidente, ha despertado en el gremio intensa satisfacción, porque ello ha demostrado que existen dentro de los profesionales fuerzas que, puestas en acción, pueden llegar a resultados muy beneficiosos para el prestigio, la autoridad moral y la fuerza efectiva del Notariado argentino.

De ahí que, al regresar a la patria el estimado compañero, surgiera vivamente la decisión de ofrecerle una demostración de aplauso, que se concretó en la comida celebrada en su honor el 14 de Agosto en los salones del Club Universitario de Buenos Aires.

La importancia de esa reunión, en cuanto al entusiasmo con que se llevó a efecto y el número de concurrentes, superó a las previsiones más optimistas.

En el momento oportuno ofreció la demostración, en nombre del Colegio Nacional de Escribanos, su Presidente, Sr. Jacinto Fernández, siguiéndole en el uso de la palabra el doctor Pedro Benjamín Aquino. El Sr. Embajador de España, D. Ramiro de Maeztu, en una brillante improvisación, puso de manifiesto la favorable impresión producida por los actos que motivaron la fies-

(1) Transcribimos de la *Revista del Notariado*, de Buenos Aires, estas páginas, vibrantes de amor filial y de confraternidad profesional, que revelan la profundidad de los afectos y de la confianza que unen a los pueblos argentino y español.

ta, y habiendo agradecido el obsequiado con hermosas frases, y después de unas sentidas palabras del Sr. Eusebio E. Giménez, cerró los discursos el distinguido colega, que habló en nombre del Notariado español, doctor José Pellegrín Falcón.

El Secretario del Colegio, Sr. Aspitia, leyó conceptuosas adhesiones al justo homenaje de los prestigiosos colegas del Uruguay Sres. Héctor Gerona, Eduardo Ravenna y Gerardo M. Romero.

Reproducimos a continuación, en el orden en que fueron pronunciados, los discursos de que hemos hecho mención, lamentando no poder efectuarlo con el del Sr. Embajador de España por no estar escrito.

Del Sr. Jacinto Fernández.

Señores :

La corriente de acercamiento espiritual, en hora propicia acentuada, entre España y la Argentina, con su natural influencia en el Notariado de una y otra nación, una gentil invitación y una coincidencia feliz, determinaron a la Comisión directiva del Colegio Nacional de Escribanos a confiar a su Vicepresidente, señor José A. Negri, la misión de llevar a los colegas españoles el saludo de los Escribanos argentinos y satisfacer con amplitud los deseos manifestados por las autoridades del ilustre Colegio Notarial de Madrid de conocer la organización funcional de la fe pública en nuestro país.

Desde el momento en que el Sr. Negri aceptó esa delicada misión, se tuvo la seguridad de que había de ser satisfactoriamente cumplida, dados los antecedentes que fundamentaban los prestigios del emisor; y bien : esa confianza ha sido ampliamente confirmada con una actuación sobresaliente, que puso de manifiesto la existencia, dentro de nuestro Notariado, de altos valores morales e intelectuales, exteriorizados por el enviado mediante el trato individual y la conceptuosa exposición, ofrecida con hermosas frases, en las conferencias dadas, ante la Academia Matritense, en el Palacio de la institución invitante, con el aplauso caluroso de los profesionales y de altas autoridades españolas, argentinas y de países amigos allí presentes, difundido por su Prensa, cuyos ecos fueron recogidos por la nuestra.

La satisfacción experimentada por los colegas y amigos del señor Negri por su brillante éxito ha sido intensa y ha promovido simultáneamente entre unos y otros la demostración que nos congrega esta noche, que, como era de esperar, constituye un hermoso exponente de sentimientos cariñosos para el distinguido compañero, que ha podido conquistarlos con su carácter noble y afectuoso, complementado con una inteligencia superior e ilustrada.

En cuanto respecta al Notariado, podemos abrigar el convencimiento de que la acción desplegada será provechosa, por cuanto, al destacar la significación de aquél, entre las actividades concurrentes a la obra colectiva de la nación, propenderá a una mayor atención hacia funciones tan importantes como las que constituyen su esencia y que, desgraciadamente, la legislación y las prácticas oficiales han descuidado considerablemente.

El enviado del Colegio, al manifestar modestamente que sólo aceptaba las demostraciones de afecto y alta consideración que le prodigaban nuestros colegas españoles por considerar afortunada coincidencia en su persona la de ser Escribano en el Palacio Notarial y argentino en España, supo interpretar, con justeza de concepto y frase galana, nuestro sentir, al llamar a aquella casa templo del Notariado y a aquella tierra cuna de la hidalguía y puntualizar nuestro reconocimiento por las gentilezas dirigidas hacia quien nos representaba en tan alta tribuna.

También con feliz inspiración demostró, con una espontánea reacción contra posibles consensos públicos, que personalizaba allí la fundamental cualidad del Escribano argentino: tal es la voluntad de anteponer el carácter al talento y la rectitud de miras al brillo intelectual, cuando se quiere valorar la personalidad, porque ésa es, señores, la regla general y condición característica de los que hemos abrazado la carrera notarial.

Con amplitud de espíritu, con noble sentir, con brillo en la expresión, ha cumplido Negri la difícil embajada que llevaba; ha señalado rumbos a los estudiosos de buena voluntad, mostrando que el nombre argentino ha de hacerse conocer en el viejo mundo, no sólo por manifestaciones de la producción, del comercio o del turismo superficial, sino también por demostraciones de intelectualidad, como las que, tan vigorosamente expuestas por nues-

tro amigo, han merecido allí el más entusiasta aplauso de personalidades descollantes, y servirán, sin duda alguna, de estímulo a los hombres de su generación con ideales elevados.

Así ha llenado su cometido; pero, obedeciendo a un imperativo de su carácter dinámico y altruísta, no le pareció ello suficiente; ha querido más: ha estudiado, ha investigado y ha recogido un caudal de observaciones, para ponerlas aquí al servicio de sus puntos de vista en la solución de problemas que puedan preocupar al gremio y de sus propósitos de acción, a fin de perfeccionar la institución del Notariado mediante una organización adecuada para la preparación científica, la selección de sus agentes y la obtención de los medios legales, a efecto de realizar con máxima eficacia su función y robustecer su autoridad.

Amigo y colega Negri: Os habéis hecho acreedor al reconocimiento de la Institución, cuyo cuidado se nos ha confiado, y al de nuestros colegas; habéis proporcionado a vuestros amigos satisfacción intensa; tales sensaciones quedan testimoniadas en esta hermosa fiesta y formulo mis votos por que ella os sirva de estímulo para las tareas que os proponéis efectuar.

Señores: brindemos por la felicidad del obsequiado y de los suyos.

Del doctor Aquino.

Señores:

No hace mucho tiempo, en este mismo lugar, propicio a las expansiones de la camaradería y del afecto, nos reuníamos para despedir al Escribano Negri, que se alejaba de nosotros, en cumplimiento de una misión honrosa y delicada.

El amigo ha vuelto. Ha vuelto triunfador, como todos lo presumíamos; satisfecho, como todos lo deseáramos. Y hoy, como recogiendo el eco de aquella fiesta augural que me cupo el honor de ofrecerle, vengo a darle en esta otra la bienvenida por mandato amable y generoso de los organizadores.

Yo no sé si con ello los Notarios han querido dar fe de la benevolencia con que fueran acogidas en aquel entonces mis palabras, o poner una vez más de relieve su modestia; esa modestia que bien pudiéramos atribuir a todos los Escribanos con sólo re-

cordar que ellos poseen título universitario y—cosa rara en esta tierra—no han pretendido aún llamarse doctores.

Sea como sea, heme aquí de nuevo ante vosotros, al lado del amigo que merece, sin duda alguna, palabras más elocuentes que las mías, y a quien recordaré, siquiera sea para salir airoso del trance, algo que ha venido en mi ayuda, yo no sé de qué rincón de la memoria.

Cuentan de Napoleón que—entre sus muchas genialidades—experimentaba un raro placer ante la vista de los soldados inválidos; cada miembro mutilado era para él como una alabanza a su espíritu guerrero; cada cicatriz, como el signo irrefutable de su cesarismo omnipotente. Y así, a cada paso, en el ajeno defecto que la guerra provocaba, el Emperador no veía más que el trasunto de sus propios méritos, la huella precisa de su camino triunfal.

Y bien: yo le pido a nuestro amigo que en todas las fallas de mi discurso, en la frase vana o en el concepto trivial sólo vea el sello inconfundible de la sinceridad que él imprime a todos sus actos, el reflejo de la simpatía que él irradia sobre todos nosotros, y a cuyo influjo no he podido sustraerme, en ésta como en la otra ocasión, ni podría nunca resistirme; tan seguro estoy que hablaría aún sin que me lo pidieran, como habría venido sin que me invitaran, obedeciendo al natural impulso que me llevó siempre a jugarme entero por la amistad en todos los sitios y a todas las horas, sin cobardías y sin condiciones, tal como lo dice la copla famosa:

*El amigo verdadero
ha de ser como la sangre,
que acude siempre a la herida
sin esperar que la llamen.*

Señores: La evocación del cantar me ha llevado, sin darme cuenta, a tierras de España, tanto por su hálito de belleza como por la gravitación de un sentimiento que a todos nos anima. Es la gratitud, que a ella nos obliga, una vez más, desde que supimos la acogida cordialísima que allá le dispensaran a nuestro buen amigo.

El me ha referido sin tardanza, en una larga carta que tiene el sabor y el encanto de un desahogo íntimo, la impresión imborra-

blé de aquel instante, cuando ocupara la tribuna honrosa. A través de esos párrafos, llenos de reconocimiento para sus colegas de Madrid, yo veía al Escribano argentino iniciar su discurso, dominado por la majestad del ambiente, intimidado por aquella silenciosa expectación, que le hacía pesar más aún la responsabilidad contraída, y luego, fortalecido ante los gestos de aprobación del auditorio, templado al calor del aplauso fraterno, ir recobrando, con el aplomo, la confianza en su propia personalidad, que se agrandaba de esta suerte, al mismo tiempo que su corazón, por obra y gracia de aquella gente hidalga, que, en su afán hospitalario, le brindaba ya un cuadro familiar, haciéndole olvidar poco a poco hasta el hogar ausente y la patria lejana.

Yo no voy a hablar, señores, porque no me corresponde, del éxito de la misión que nuestro amigo cumpliera. Por lo demás, cualquiera puede juzgarlo ante la simple lectura de las conferencias doctas que pronunciara, y a vosotros, sus colegas, os toca decidir a ese respecto.

Afirmo, desde luego, que, por su talento, cultura y caballerosidad, ha honrado en todas partes a sus compatriotas.

Bienvenidas sean todas las misiones que llevarán, como ésta, hacia la madre patria un exponente más digno y más legítimo que nuestros tangos quejumbrosos o nuestros gauchos apócrifos. Y bienvenido sea el fiel ejecutor de tales designios, que logró afianzar otro vínculo espiritual con aquel pueblo de nuestros mayores; que ha paseado después por Europa, abriendo nuevos horizontes a su vida, para robustecer su mente e ilustrar su criterio, que ya iba despojado de toda esa leyenda pueril que aun deslumbra la imaginación de los incautos y despierta el apetito de los mediocres, que sólo viajan a través de los sentidos por la corriente de la vulgaridad, y que todavía acuden a España en procura de manolas o gitanas que se retuerzan a los acentos plañideros del cante jondo; que visitan más tarde Italia para escuchar canzonetas, a la luz de la luna, en los canales de Venecia o en el golfo de Nápoles, y van después a París a epilogar su ingenuidad o su desenfreno ante los altares del vicio que le ofrecen un coro de falsos apaches y hetairas disimuladas.

Sea la confesión de su desdén por todo ello, que he oído de sus

propios labios, el mejor elogio y el más justiciero homenaje que pueda rendirle a nuestro amigo.

¡Pepe Negri, camarada nuestro, amigo nuestro, hermano nuestro! Pues que nos traes, en prenda de valor inestimable, toda una obra, carne de tu corazón, que servirá de alimento a nuestro espíritu y lumbre de tu inteligencia para guía de nuestra acción, llévate de esta fiesta todo el afecto que la consagra y la hace perdurable; todo el afecto que pretendió, cuando te fuiste, trocar la tristeza en alegría con el afán cariñoso de alentarte, y que en la hora de tu despedida puso en nuestros labios la bravata de una sonrisa, que se defendía apenas contra el sollozo, y en las manos bien altos los pañuelos, que ya se rendían a la inminencia de las lágrimas.

Señores : Otra vez por Pepe.

Del Sr. Negri.

Señores :

Permitidme que os declare, antes que nada, aun a riesgo de alterar normas protocolares, que en esta magnífica expresión de solidaridad, que en esta por demás halagadora manifestación de aprecio, que en esta conjunción de voluntades, movidas por el afectuoso empeño de significarme su adhesión, yo no vea sino el deseo sincero y generoso de mis amigos de serme gratos en una ocasión propicia. Asignadle vosotros el carácter que querais, para mí esta fiesta permanece siendo algo más simple y más grande que la celebración de un discutible triunfo personal : ella simboliza ante mis ojos el triunfo de la amistad.

Es, pues, a la amistad a quien debo entonar una vez más un canto de gratitud ; y por mucho que en esta oportunidad pretenda ella ocultarse bajo el nombre solemne y respetado del Colégio Nacional de Escribanos y en la prestigiosa personalidad de los colegas que lo dirigen y constituyen, fácil resulta adivinar su huella decisiva, con sólo comparar la modestia del pretexto que se invoca con la magnitud del homenaje en que se traduce ; y por mucho que ella pretendiera justificarse todavía invocando una misión internacional de relativo mérito, siempre quedaría en pie la cir-

cunstancia' de que la calurosa e inolvidable acogida de mis colegas de allende el mar, sólo se funda, sólo puede fundarse en la profunda amistad y simpatía de España por cuanto sea argentino, con que se corresponde generosamente a nuestra veneración y afecto por la Madre España.

Me parece que fué ayer... Rebosante de concurrencia la magnífica sala magna del magnífico Palacio Notarial, observado con natural curiosidad por centenares de ojos, ordenaba yo mis cuartillas, atendiendo el instante del comienco, mientras llegaba a mis oídos, como un murmullo lejano, la palabra, no obstante cálida y potente, de mi ya grande amigo Mateo Azpeitia, que, en su carácter de Decano-Presidente, hacía mi presentación. No niego la profunda emoción que me embargaba, ni ese estado de ánimo peculiar que petrifica una sonrisa en el semblante del autor al empezar el estreno; pero había en el fondo de mi espíritu una sensación que me alentaba, algo así como la impresión de hallarme en casa, de estar entre los míos, de sentirme rodeado de afectuosa simpatía. Era, señores míos, el producto de la amistad; era, por una parte, el convencimiento de que todos vosotros me acompañabais en espíritu, la certeza de que no afrontaba solo el dificultoso trance; era, por otra parte, el resultado de la generosa hospitalidad madrileña, que me hacía adivinar un amigo en cada semblante, que me evitaba la responsabilidad de ser extranjero en la lejana España. Motivos tengo, pues, para considerar esta fiesta como un homenaje a la amistad: la vuestra, haciéndose presente en toda forma desde el día de mi partida hasta culminar en esta magnífica fiesta; la de ellos, acogíendome a su seno más que como a un colega como a un amigo, más que como a un extranjero como a un hermano.

Sea, pues, por la amistad mi primer brindis; por ella, que nos vincula al suelo patrio, que nos hace grata la vida, que hace más intensa la alegría y más llevadero el dolor, que nos alienta en la lucha, que nos encauza en la acción, que nos sostiene en la desgracia, que nos acompaña en la ausencia y nos sobrevive en la muerte. Brindo por ella, señores.

Sr. Embajador:

Brindo ahora por España. Al honrar esta fiesta con vuestra presencia, como queriendo afirmar una adhesión que por cierto me

halaga y enorgullece, habéis tenido oportunidad de constatar que no fueron vanas ni circunstanciales las expresiones vertidas en Madrid, y si la ocasión se os ofrece de que podáis relatar a los vuestros lo que habéis visto y oído esta noche, decid, os lo ruego, que sólo por evitar repeticiones, no reproduzco mis manifestaciones de entonces, y que, para fortuna mía, han querido vuestros Notarios dejar grabadas en letra de molde, como para que perduren a través del tiempo. Por vuestra España, señor, que es brindar por nuestra Madre.

Sr. Presidente :

Poderes discrecionales me confiasteis para el desempeño de mi misión, y por cierto que a ese grande honor y a esa grave responsabilidad traté de corresponder con mi mejor empeño. Si esta grandiosa demostración, traduce con fidelidad la aprobación de vuestro Colegio, os declaro con sinceridad que el resultado excede en mucho mis más risueñas esperanzas. Halagado por ello, tanto como por vuestra gentil demostración de aprecio, os expreso toda mi gratitud, y, al brindar por vos, como representante legal y expONENTE genuino del Colegio Nacional de Escribanos, entiendo hacerlo por el Notariado argentino, cuyas más elevadas aspiraciones se concentran en vuestro cargo, así como sus más preciadas virtudes se identifican en vuestra persona.

He brindado, señores, por la amistad, por España y su Notariado, por el Colegio Nacional de Escribanos. Brindo también por vosotros.

Del doctor Pellegrín Falcón.

Señores :

Un imperioso deber de gratitud me obliga a levantarme para deciros algunas palabras, pocas, porque, aunque mal sepa escribir por escrito públicamente, mejor o peor dicho, en las columnas de la revista *La Notaría* hemos expresado lo que sentimos y pensamos respecto a la admirable labor del Sr. Negri y al concepto que tenemos del Notariado argentino, institución fundada sobre excelentes principios, pero de hombres mejores, tan mejores, que no han menester del rigor, sino de aquellos para elevarse y conseguir por la virtud de sus personales méritos y acrisolada actua-

ción la alta reputación y prestigio que gozáis, no obstante hallaros faltos de una reglamentación uniforme y sistematizada. Con razón puede decirse de nosotros que la bondad de los principios no es precisamente lo que eleva el nivel de las instituciones, sino la honrada y competente actuación de los hombres que las sirven.

He de confesaros que, al recibir la tarjeta de invitación, que esperaba y deseaba, para asistir a este justo homenaje, he tenido momentos de perplejidad y vacilación, sin saber qué partido tomar, porque, por una parte, anhelaba unir mis entusiastas aplausos a los muchos que merece el Sr. Negri, y, por otra, me asaltaba el temor de ser considerado como intruso entre vosotros; pero, después de haber tenido el placer de leer, mejor dicho, de devorar con avaricia, las hermosas conferencias dadas en la Matritense por el ilustre disertante, he podido persuadirme de que, efectivamente, el Notariado argentino y el español forman una sola familia profesional, y así como el Sr. Negri pudo muy bien decirse al hallarse en el Colegio Notarial de Madrid que se consideraba en su casa, así yo, que me honro en pertenecer al Notariado español, si bien sea el más insignificante de sus componentes y en situación de excedencia voluntaria, puedo considerarme en vuestra casa como en la propia.

Yo no sé lo que ha sido el insigne Sr. Negri a la vista de la Ciudad Eterna, ni menos a la del Trocadero, desde donde nos envió un cariñoso saludo, que agradecemos. Seguramente es en la primera un amante de la historia de la Ciudad de los Césares, y de Justiniano y un admirador de las bellezas de Italia, y un turista más en la última, embelesado en la contemplación del espléndido panorama que desde las alturas de la Torre Eiffel ofrece la gran ciudad, alegre y confiada, anillada por el Sena; pero sí sé lo que el Sr. Negri ha sido en Madrid, porque él mismo nos lo dice en ese precioso librito que, en honor suyo y para regocijo nuestro, ha editado la Academia Matritense del Notariado. En Madrid nuestro caro Vicepresidente ha sido un Místico, un Sacerdote y un Apóstol.

Un místico, porque fué a rezar ante la hora santa de la Madre Patria una oración de amor ferviente, salida del alma, tan tierna y dulce que conmueve todas las fibras, y que yo, fervoroso español, procuraré retener en mi memoria para poderla enseñar a mis

descendientes, y porque fué allí en cumplimiento de un voto o promesa, anhelado de toda su vida: visitar España; y, respecto a ello, así se expresó el hidalgo conferenciante: «¡ Visitar España! ¡ Visitar España es compenetrarnos del fundamento de nuestro gran amor por ella; visitar España es rendir un tributo a lo que llamamos la Madre Patria y explicarnos la razón de nuestras más caras virtudes y de nuestros más preciados dones; visitar España es cumplir una deuda de gratitud por la que nos legó la sagrada herencia del concepto de Honor y Patria, que constituyen la esencia de nuestra grandeza nacional!» ¡ Qué hermosas palabras, gran amigo! Un español no habría ni podría decírlas mejores. Algo más expuso, que fué glosa de los mismos conceptos, y acabó diciendo: «Sed buenos conmigo y perdonarme esta expansión.» Lo mismo digo yo ahora: «Sed benévolo y perdonarme que aquí, ante el sagrado altar de vuestra Patria y ante vosotros, depositarios de la fe pública, para mayor autenticidad de mi culto y de mi gratitud, reproduzca esa excelsa plegaria de un argentino españolizado, de tanto mayor valor, cuanto que, si no estoy mal informado, el Sr. Negri nació en la Argentina, hijo de padres italianos, y para que, siguiendo una frase feliz, como todas las suyas, de nuestro digno Sr. Embajador, resulte más cierta y completa la asimilización del alma argentina a la española, o viceversa, ahí tenéis otro caso de lo mismo a la inversa, de un español argentinizado, en el por tantos motivos venerable Escribano de Bahía Blanca, D. Rogelio Estévez Cambra, quien, en su actual excursión por Europa, acude, en su pueblo natal, Vigo, después de cuarenta y ocho años de ausencia de España, a conmemorar la fiesta patria del 25 de Mayo, y allí, en España, canta un himno de gloria y alabanza a la Patria Argentina. Y yo, que llevo entre vosotros poco más de un año, que entré en este maravilloso y deslumbrador mundo vuestro ciego y en absoluta desorientación, y, gracias a la dirección y guía de mi bondadoso y culto compañero señor Gil Palacios, otro español argentinizado, a quien debo por ello sincera gratitud, en tan poco tiempo voy conociendo vuestras cosas de tal manera que voy compenetrándome en ellas y sintiéndolas como propias, que ni me considero extranjero ni me acuerdo de que el inmenso océano separa ambas Patrias, os declaro que, al paso de vuestra gloriosa bandera, llena de celestial pure-

za, y del histórico regimiento de Granaderos de San Martín, me descubro con unción religiosa, conmovido y electrizado.»

Fué, además de místico, el Sr. Negri en Madrid un sacerdote y un apóstol, porque en su labor científica y de acercamiento espiritual hubo de exponer, con tan diáfana claridad y tal firmeza en sus convicciones, la buena doctrina de la función legitimadora del Notario, que fué vertiéndola en aforismos axiomáticos, para condensarla en seis comprimidas y sustanciales conclusiones, que, como credo notarial, consagró y entonó ante la majestad de la repleta sala, dando en ellas, después de razonarlas cumplidamente, toda la esencia del Notariado.

No importa al caso alguna discrepancia de criterio relativa a la organización, porque no afecta a lo esencial de la función legitimante nuestra, y, por lo mismo, pueden calificarse esas conclusiones al catecismo o evangelio notarial, consagrado y difundido por el Sr. Negri en el viejo mundo, como sacerdote y como apóstol.

Ha fundado el Sr. Negri el primer jalón del intercambio notarial hispanoargentino bajo los más excelentes auspicios, que permiten presagiar provaliosos beneficios para la institución de ambos países, y, en atención a ello, abrogándome en estos instantes la representación del Notariado español, en su nombre y en el mío propio, levanto mi copa por el Notariado argentino.

He dicho.»

NUESTRA REDACCION DE CUBA

REFORMA DEL REGLAMENTO DE LA LEY HIPOTECARIA.—Por el Decreto número 1.570, de 27 de Septiembre último, ha sido modificado el artículo 1.º del Reglamento para la ejecución de la ley Hipotecaria, cuyo precepto, a partir de su publicación en la *Gaceta Oficial* (lo fué en la de 5 de Octubre), regirá redactado en la siguiente forma :

«Artículo 1.º Los Registros de la Propiedad inmueble se dividirán en tres clases, según la importancia de los honorarios que en ellos se devenguen. La clasificación de los Registros podrá alterarse cada cuatro años, con presencia de los resultados que du-

rante los mismos ofrezca la experiencia, observada en las estadísticas, con la única excepción de los de capitales de provincia, que siempre se considerarán de primera clase, y cuyos rendimientos sólo se tendrán en cuenta para determinar el lugar que al Registro corresponda dentro de los de su clase.»

OTRAS NOTICIAS.—Acaba de publicarse por el doctor Félix Pérez Porta una recopilación, extractada de la Jurisprudencia hipotecaria del Tribunal Supremo de Cuba, que contiene todas las Resoluciones del Presidente y Sala de Gobierno de dicho Tribunal, dictadas en materia hipotecaria, desde la fundación de ese Tribunal hasta 31 de Diciembre de 1928, cuyo libro ha sido muy bien acogido por los Registradores, Notarios y Abogados.

Visita que se anuncia.—Según un diario de esta capital, el Gobierno se propone girar una visita de inspección a los Registros de la Propiedad, como consecuencia de varias quejas producidas contra algunos por demoras en los despachos, inconvenientes puestos a los títulos y cobros excesivos.

Los Registradores, en general, por lo menos aquellos con quienes hemos hablado, han acogido con toda tranquilidad la noticia, porque, seguros, como están, de que se procederá con justicia estricta, como cuando se procedió igualmente con los Jueces y Tribunales, ella servirá para evidenciar la sinrazón de la eterna queja contra los Registradores, que, a nuestro juicio, estriba en la esencia misma y oportunidad de sus funciones.

En efecto: por lo que a los inconvenientes puestos a los títulos hace, hay que observar que el Registrador es juez de ellos, que tiene la facultad, el deber, mejor dicho, de su calificación, y que ésta se hace con reposo y atendiendo a todo, en forma y fondo, lo que el título constituye. Es muy frecuente que en ellos se proceda con relativo descuido en la redacción, en la determinación de personalidades, etc.; en el afán de ultimar, con la escritura, hecha a la carrera, una negociación; y esos descuidos, esas omisiones, etcétera, no pueden pasar desapercibidas al Registrador, ni dejarlas sin enmienda—si la tuvieran—; y de ahí la queja, la desazón del interesado, que no ve sancionado con la inscripción su negocio, atribuyéndolo a capricho o a personal criterio del Registrador, y no a la Ley. Pero consúltese la Jurisprudencia, y ella dirá

cuantas veces es la razón del Registrador en los recursos contra sus calificaciones interpuestos.

Por lo que al cobro de honorarios hace, ocurre algo muy digno de examen. El momento de pagar sus honorarios al Registrador es el último en la transacción que al Registro ha hecho ir a los interesados. Estos van ya esquilados, valga la frase; y no ya un exceso, que no se pretende nunca—aunque así se sostenga, vulgar y falsamente, a diario—, sí que, al contrario, la mitad de los honorarios de arancel que se cobraran parecerían excesivos, porque después del corredor, Notario, derechos reales, sellos del impuesto, etc., etc., cualquier erogación parece enorme. Obsérvese también quien se queja. Siempre será el que, con limitadísimos elementos, ha contratado, y llega al fin de la jornada sin lo necesario.

Es cosa sabida que, en toda marcha, el último tramo es el que parece más largo, más cansón, que si fuese cuesta arriba; y el último tramo que anda un interesado en un título registrable es el Registro, y si no tiene fuerza se desmaya y se queja.

El tal cobro excesivo, extraarancel, es un infundio. Un lamento del impotente, que, sin fuerzas para la totalidad del recorrido, emprendió la marcha, y, pues allí cayó, allí se queja.

Y, por último, por lo que hace a la demora de los títulos, no nos lo explicamos, habiendo un término que no puede extravasarse.

La visita anunciada dará la razón a quien la tenga. Esperémosla con confianza. El caso de los Jueces en el período de depuración de los Tribunales es buena muestra del recto proceder y buena intención en tal empeño. La depuración se hizo con la justicia mayor. Si hay un culpable, que caiga; pero nos figuramos que la queja es infundada; acaso un desahogo de quien se vió en el caso que hemos supuesto antes, o que prendió lo imposible y no pudo alcanzarlo.

El Cincuentenario de la ley Hipotecaria.

Síguese tratando de las fiestas que se proyectan para celebrar el Cincuentenario de la implantación de la ley Hipotecaria con gran entusiasmo. Pronto creemos que nos será dable dar a conocer el programa de aquéllas.

DR. ANDRÉS SEGURA CABRERA.

BANCO ESPAÑOL DE CRÉDITO

Capital: 50.000.000 de pesetas

Domicilio social: Alcalá, 14, Madrid

CAJA DE AHORROS

Intereses que se abonan: 4 por 100. Libretas, máximum 10.000 pesetas. Cajas abiertas los días laborables de 10 a 2

Sucursales en España y Marruecos

Corresponsales en las principales ciudades del mundo
Ejecución de toda clase de operaciones de Banca y Bolsa

Cuentas corrientes a la vista con un interés anual de 2 y medio por 100

CONSIGNACIONES A VENCIMIENTO FIJO

Un mes.....	3	por 100
Tres meses.....	3 1/2	por 100
Seis meses.....	4	por 100
Un año.....	4 1/2	por 100

El Banco Español de Crédito pone a disposición del público, para la conservación de valores, documentos, joyas, objetos preciosos, etc., un departamento de CAJAS DE ALQUILER con todas las seguridades que la experiencia aconseja. Este departamento está abierto todos los días laborables desde las 8 a las 14 y desde las 16 a las 21 horas. **Horas de Caja:** de 10 a 14.

Para cuentas corrientes de 10 a 14 y de 16 a 17.



Jurisprudencia de la Dirección de los Registros y del Notariado

PRINCIPIO DE PUBLICIDAD. NO INSCRITAS EN EL REGISTRO UNAS CAPITULACIONES MATRIMONIALES EN LAS QUE EL DONATARIO FALLECIÓ ANTES QUE LA DONANTE, DEBE EL REGISTRADOR INSCRIBIR UN TESTAMENTO POSTERIOR POR EL QUE LA SUPERVIVIENTE DE AQUÉLLAS INSTITUYE HEREDERAS A SUS HIJAS, YA QUE LOS DERECHOS NO INSCRITOS QUEDAN FUERA DE LA TUTELA DEL SISTEMA HIPOTECARIO, Y QUE EL ARTÍCULO 360 DEL REGLAMENTO NOTARIAL AUTORIZA PARA INSCRIBIR LA HERENCIA TESTADA, SEA CUALQUIERA EL CONTENIDO DE LA CERTIFICACIÓN DEL REGISTRO DE ACTOS DE ÚLTIMA VOLUNTAD.

Resolución de 11 de Junio de 1929. (Gaceta de 30 de Agosto de 1929.) (1)

En el Registro de la Propiedad de Villafranca del Panadés se presentó escrito exponiendo que D.^a Josefa Domenech había fallecido, en Barcelona, el 15 de Abril de 1925, bajo testamento otorgado, el 7 de dichos mes y año, ante el Notario de dicha ciudad D. José Barés, en el que instituye herederas a sus hijas doña María, D.^a Josefa y D.^a Antonia, resultando del certificado del Registro de actos de última voluntad que la misma había otorgado capítulos matrimoniales el 11 de Septiembre de 1920 y otro testamento en 15 de Octubre de 1908, y solicitando aquéllas la inscripción indiviso de las tres fincas que constitúan la herencia, sin que

(1) Por extravío de unas enarullas dejó de insertarse esta Resolución antes que la última del número anterior de esta Revista.

a ello pudiera ser obstáculo la existencia de los capítulos matrimoniales, por haber fallecido antes que la testadora el donatario, ya que éste falleció intestado, correspondiendo, por tanto, su herencia a la testadora, y que, como donación que es *mortis causa* la capitulación dicha, no produce efecto hasta la muerte del donador.

El Registrador de la Propiedad puso en el documento la siguiente nota: «Denegada la inscripción que se solicita en la precedente instancia porque, en virtud de la escritura de capitulaciones matrimoniales de 11 de Septiembre de 1920, autorizada por el Notario de esta villa D. José Ignacio Melo, los bienes relictos al fallecimiento de D.^a Josefa Domenech Amat pasan en nuda propiedad a favor de quien sea heredero de D. Pedro Monserrat y Domenech, y en usufructo, a favor de D.^a Josefa Vila Carbonell, por las siguientes consideraciones: 1.^a Porque siendo aquel documento título irrevocable de sucesión contractual a favor de D. Pedro, con pacto de usufructo a favor de D.^a Josefa Vila, no puede ser modificado y de ninguna manera revocado por el testamento de doña Josefa Domenech Amat que, en unión de aquella escritura de capitulaciones se acompaña. 2.^a Porque el heredero contractual que fallece, pendiente término o condición, transmite su derecho a sus herederos. 3.^a Porque la reserva de usufructo a favor de la donante implica transmisión de la nuda propiedad a favor del donatario, ya que el derecho de usufructo sólo puede tenerse en cosa ajena, y la facultad de enajenarlos y gravarlos, a título oneroso, que se reservó la donante, implica una limitación a la nuda propiedad transmitida al donatario. 4.^a Porque la naturaleza contractual e irrevocable de aquellas capitulaciones matrimoniales imponen el más absoluto respeto al derecho de usufructo, pactado a favor de D.^a Josefa Vila Carbonell. Y siendo de naturaleza insubsanable los defectos que se derivan de dichas consideraciones legales, no es admisible tampoco la anotación preventiva.»

El Presidente de la Audiencia declaró que procedía revocar la nota denegatoria, y la Dirección general confirma el auto apelado, por estimar que:

Precisamente por el carácter híbrido de los heredamientos, puesto de relieve por el Tribunal Supremo, es necesario un detenido estudio de las cláusulas en los mismos contenidas para determinar cuándo el Registrador, como Juez territorial, se halla en presencia

de un acto irrevocable que deba producir plenos efectos desde la fecha del testamento auténtico, y cuándo se trata de una disposición *mortis causa*, cuyas consecuencias habrán de regularse principalmente por las normas del derecho hereditario.

La discusión del alcance de las capitulaciones matrimoniales otorgadas por D.^a Josefa Domenech Amat, D. Pedro Monserrat Domenech, D.^a Ramona Carbonell Bolet y D.^a Josefa Vila Carbonell, que hubiera podido desenvolverse con toda amplitud si el instrumento público autorizado por D. Ignacio Melo se hubiera inscrito, únicamente puede servir como antecedente o base para la inscripción de la solicitud suscrita por D. José Fornos y Montané, toda vez que en este último documento sólo se pide la inscripción de las fincas incluídas en la manifestación de bienes relictos por D.^a Josefa Domenech a favor de las hermanas D.^a María, doña Antonia y D.^a Josefa Monserrat y Domenech, instituídas como herederas por su madre en el testamento de 7 de Abril de 1925.

Los términos del artículo 71 del Reglamento hipotecario, a cuyo tenor se considerará defecto que impida la inscripción el no presentar el certificado del Registro general de actos de última voluntad, no relacionarse en el título o resultar contradictorio con éste, han sido atenuados por el artículo 360 del Reglamento notarial de 7 de Noviembre de 1921, que autoriza a los Registradores a verificar el asiento de inscripción de los bienes adquiridos por herencia testada, cualquiera que sea el contenido de la certificación del Registro de actos de última voluntad.

El hecho de que D. José Antonio haya consignado en la solicitud presentada al Registrador de Villafranca del Panadés que en el Registro general de actos de última voluntad aparecen los capítulos matrimoniales otorgados en Villafranca el 11 de Septiembre de 1920, no puede reputarse como una verdadera presentación de los mismos, aunque se hubiera acompañado copia auténtica de la escritura correspondiente, y, en su virtud, ha de estimarse que los herederos de D.^a Josefa Domenech, por entender que su hermano D. Pedro no había adquirido derecho alguno, reclamaban la inscripción de los bienes relacionados, con el apoyo del testamento de 7 de Abril de 1925, sin atribuir al Registrador facultades para tener por inscritas las capitulaciones discutidas.

Si se concede a los Registradores de la Propiedad la facultad

de discutir como contenido de los asientos las declaraciones insertas en los testamentos disposiciones de última voluntad y actos jurídicos de igual naturaleza, no presentados para su inscripción, se quebrantaría el principio de que los derechos no inscritos quedan fuera de la tutela del sistema hipotecario, y se extendería el juicio que deben formar sobre la posibilidad de inscribir un documento a todos los testamentos y actos anteriores al presentado.

Si no se han inscrito las capitulaciones matrimoniales otorgadas en 11 de Septiembre de 1920, ni se ha solicitado su inscripción, ni el artículo 360 del Reglamento notarial autoriza a los Registradores para examinar las cláusulas de todos los documentos *mortis causa* que puedan afectar a una herencia, o siquiera para reclamar la presentación de los mismos documentos, ni tampoco cabe extender el principio de publicidad hasta el extremo de proteger, mediante interpretaciones, más o menos aventuradas, los derechos consignados en títulos no presentados en el Registro para su inscripción, debe decidirse que los razonamientos alegados por el Presidente de la Audiencia sobre la necesidad de atender al día del fallecimiento de la donante para transmitir sus bienes al donatario, y a la supervivencia de éste, para adquirirlos, son suficientes, al efecto de vencer la resistencia que el Registrador pudiera apoyar en el hecho de tener noticia oficial de las capitulaciones matrimoniales en cuestión, y para acreditar la licitud de la petición formulada por las hermanas D.^a Antonia, D.^a María y D.^a Josefa Monserrat y Domenech, con el objeto de obtener la inscripción a su nombre de las fincas relacionadas en virtud de la institución hecha por su madre, D.^a Josefa Domenech y Amat, en el testamento de 7 de Abril de 1925.

* * *

A título de información reproducimos dos artículos relativos a la extractada Resolución, que han visto la luz en *La Notaría*, de Barcelona :

«Hay casos, como el de esta Resolución de la Dirección de los Registros, que por lo demoledora merece un comentario para que llegue su trascendencia al pueblo y éste procure prevenirse contra futuras expoliaciones, cuidando de cumplir cuantos requisitos de *forma* exijan las Leyes, para salvaguardar sus derechos.

Como es materia que afecta muy de cerca a la economía de la familia catalana, nos preocupamos de las consecuencias de dicha Resolución, que niega en *absoluto* todo efecto contractual al usufructo viudal, pactado en capítulos matrimoniales, si esos pactos no se inscriben en el Registro de la Propiedad. Por lo regular, y salvo honrosas excepciones, en los Registros de Cataluña, el usufructo viudal, los heredamientos preventivos y el acogimiento a compras y mejoras no son objeto de operación en dichos libros, con el pretexto de que están sujetos a una condición suspensiva. Ya hemos intervenido, en repetidos casos, en que capítulos con la *Nota* de estar inscritos, al ir al Registro para confrontar que tales derechos han sido mencionados siquiera en los libros, no hay rastro alguno de tales derechos.

Sin duda, el Registro de Villafranca del Panadés es de los que tienen ese absurdo criterio, y con ello ha dado lugar a que la Dirección, cogiéndose de un cabello, desconociera toda la mecánica e importancia de unas capitulaciones matrimoniales en Cataluña: «Verdadera constitución de la nueva familia, que empieza su vida sobre bases previamente estipuladas para tener su traza marcada y con seguridad absoluta del mutuo respeto de los contratantes, a cumplir los diversos fines familiares, en los diversos órdenes que integran el todo familiar.»

El caso sometido a recurso ha sido resuelto mirando solamente una de sus partes y desconociendo en absoluto el usufructo pactado en los capítulos.

El caso es el siguiente:

Doña J. D. A., con motivo del matrimonio del *hercu* don P. M. D. con doña J. V., autorizados en 11 de Septiembre de 1920 ante don J. Melo, hace heredamiento universal a favor de su hijo.

Y pacta con éste y su futura nuera, y los representantes de ésta, entre otras estipulaciones: el usufructo viudal universal sobre los bienes del premuerto. Se inscriben estos capítulos (o aunque no se inscribieran), es un contrato en documento público. Premuere el marido y la madre otorga un testamento en el que nombra herederos a tres hijos, hermanos del heredero. Estos piden la inscripción por terceras partes de los bienes.

El Registrador, encontrarse que existen los capítulos dichos y el derecho de usufructo pactado en ellos, niega la inscripción.

La Dirección, al heredamiento pactado y con cuya condición se contrajo el matrimonio, no le concede valor alguno, no obstante que los tres hijos ya estaban dotados en los mismos capítulos y que éstos no contienen cláusula reversional, sino que sostiene que don P. no ha tenido derecho alguno sobre esos bienes.

Sabemos todos que la nuda propiedad queda transmitida desde el momento de la otorgación de la escritura de capítulos y que el donatario constituye la hipoteca dotal y otras hipotecas y puede disponer de ellos en testamento.

El usufructo pactado, asimismo, a favor de la J. V. y que como estipulado con el consentimiento de la causante J. D. A., es igualmente negado por la Resolución, porque no se ha hecho operación en el Registro.

Queda, por tanto, completamente anulado cuanto se convino en los capítulos, y éstos han sido el señuelo para que la incauta J. V. cayera en esa red y fuera víctima de semejante expoliación.

Creemos que los Notarios de esta región, y el Colegio al frente, deben estudiar detenidamente esta cuestión.

Honradamente deberíamos negarnos a autorizar capitulaciones matrimoniales, si éstas no han de tener, como es visto, ni aun entre las partes contratales, otra finalidad que cobrar nosotros unos derechos y ser el medio de que el Fisco ingrese en sus arcas pingües remanentes por Derechos Reales y Timbre.

R. ASENSIO.»

RECTIFICACIÓN

Hemos recibido de la Dirección general el escrito siguiente, relativo al artículo publicado en el número 11 de este periódico, firmado por el Notario D. Ricardo Asensio, que comentaba la Resolución de 11 de Junio de 1929:

«Aunque la Dirección de Registros no se halla dispuesta a entablar discusiones sobre el fundamento y alcance de sus Resoluciones, y más se preocupa de vigilar para que obtengan el debido acatamiento, no quiere dejar sin una rectificación la noticia publicada bajo la firma de R. Asensio, en la Sección doctrinal del nú-

mero 11 (año LXXI) de *La Notaría*, sobre la Resolución de 11 de Junio de 1929.

Cierto es que, en el caso discutido, doña J. D. A., con motivo del matrimonio de su hijo don P. M. D. con doña J. B., otorgó, en 11 de Septiembre de 1920, unas capitulaciones matrimoniales en que hacía heredamiento universal a favor de aquél. Pero debe completarse esta noticia con la indicación de que doña J. D. A. hacía donación y heredamiento de los bienes que existieran de la pertenencia de la donante el día de su fallecimiento, reservándose, no sólo el usufructo, sino también la libre facultad de enajenarlos y gravarlos a título oneroso, de manera que la donación quedara integrada por los bienes que existieran de la pertenencia de la donante al morir ésta. También debe añadirse que doña J. D. A., muerto su hijo don P. M. D. sin sucesión, otorgó ante el Notario de Barcelona, don José Parés, testamento abierto a favor de tres de sus hijas en 7 de Abril de 1925.

Aunque de la discusión resultaba con claridad que dichas capitulaciones *no estaban inscritas* y que *únicamente se solicitaba la inscripción del testamento*, otorgado por doña J. D. A., se pidió, para mejor proveer, un certificado al Registrador de la Propiedad de Villafranca del Panadés, quien contestó manifestando había examinado los libros del archivo y que de ellos no resultaba que se hubiera practicado la inscripción de las capitulaciones matrimoniales de referencia.

Por tal motivo, el Centro directivo se encontró con que no podía tratar ampliamente la cuestión de si el heredamiento hecho por doña J. D. A. a favor de su hijo era un acto irrevocable que debía producir plenos efectos desde la fecha del documento auténtico o se trataba de una disposición *mortis causa*, cuyas consecuencias habían de regularse, principalmente, por las normas del derecho hereditario.

Por otra parte, la modificación introducida en el artículo 71 del Reglamento hipotecario por el artículo 360 del Reglamento notarial de 7 de Noviembre de 1921, le impedía entrar en el examen comparativo de la solicitud de inscripción del testamento de 7 de Abril (presentada en nombre de las herederas) con las capitulaciones matrimoniales, cuya inscripción nadie había pedido, y de aquí que, sin hacer una declaración explícita sobre el fondo del

asunto, concluyera diciendo que si no se habían inscrito las capitulaciones matrimoniales, ni se había solicitado su inscripción, ni el citado artículo del Reglamento notarial autorizaba la calificación de todos los documentos que pudieran afectar a una herencia, ni siquiera para reclamar la presentación de los mismos documentos, ni tampoco cabía extender el principio de publicidad hasta el extremo de proteger, mediante interpretaciones más o menos aventuradas, los derechos consignados en títulos no presentados en el Registro, debía concederse a los razonamientos alegados por el Presidente de la Audiencia sobre la necesidad de atender al día del fallecimiento de la donante para apreciar la existencia de la transmisión y a la supervivencia del donatario para adquirir los bienes la suficiencia necesaria, al objeto de vencer la resistencia que el Registrador había formulado por un escrúpulo muy digno de respeto.

Nada hay en el fondo de esa Resolución que pueda ir contra las capitulaciones matrimoniales catalanas, y si la afirmación que hace el articulista sobre la costumbre de no inscribir los heredamientos preventivos (*salvo honrosas excepciones*, añade, para poner al descubierto la escasez de sus conocimientos) en los Registros de Cataluña equivale a mantener el carácter revocable de los capítulos matrimoniales discutidos en la Resolución, queda reforzada la decisión del auto presidencial, que la Dirección no se ha atrevido a corroborar de un modo directo y definitivo.

En cuanto a la *respetuosa* indicación de que el Centro directivo *se ha cogido de un cabello* para desconocer la mecánica e importancia de las capitulaciones matrimoniales, basta recordar que en el recurso gubernativo se ha confirmado el auto del Presidente de la Audiencia, dejando intangible la cuestión de fondo y evitando declarar la nulidad de un testamento autorizado por un Notario público de Barcelona.

Se pasan por alto otros equivocados o falseados conceptos, como el de que la Resolución niega *en absoluto* todo efecto contractual al usufructo viudal, porque sobre aparecer a la simple lectura de aquélla que la Dirección reconoce la necesidad de estudiar con todo detenimiento las capitulaciones matrimoniales, antes de pronunciarse sobre su alcance, nada tiene que ver la existencia de una obligación con la de un derecho real.

Es lamentable que un Notario, llamado por su ministerio a dar fe leal y sinceramente de los hechos, por sus estudios a precisar el alcance de las cuestiones jurídicas y por su posición jerárquica a respetar las decisiones de la Superioridad, haya presentado al público el problema discutido en la Resolución de referencia, con términos inexactos, sin precisar el alcance del debate y en forma que parece dirigida a desprestigiar al Centro directivo de que depende.»

TESTAMENTO. CONDICIÓN. ES INSCRIBIBLE EL DERECHO REAL DE NUDA PROPIEDAD AUNQUE SE HALLE SUJETO A CONDICIÓN RESOLUTORIA. EL CÓDIGO CIVIL PERMITE LA ACEPTACIÓN PURA DE LA HERENCIA SUJETA A CONDICIÓN. LAS PARTICIONES FORMALIZADAS POR COMISARIOS PUEDEN SER INSCRITAS SIN EL REQUISITO DE LA ACEPTACIÓN HEREDITARIA.

Resolución de 19 de Junio de 1929. (Gaceta de 16 de Septiembre de 1929.)

Don Adolfo Vázquez Alvar falleció, bajo testamento otorgado ante el Notario de la Palma D. Alejandro Cano, el 19 de Junio de 1922, en el que se contienen las cláusulas séptima y octava, que dicen así: «Es su expresa voluntad que a su sobrino D. Florentino Fernández Vázquez se adjudique en parte de pago de su porción hereditaria en nuda propiedad, cuyo dominio pleno adquirirá, a la muerte de la repetida heredera usufructuaria, la casa-habitación, sita en la calle Reina Victoria, número veintinueve, de esta villa, por la suma de 18.000 pesetas.» «8.ª Del remanente de todos sus bienes, acciones y derechos, presentes y futuros, instituye y nombra heredera usufructuaria a su expresada mujer, D.ª María Aguilar Cepeda, con expresa relevación de fianza, y herederos en propiedad, por iguales partes, a sus sobrinos carnales, D. Florentino, D. Ramón, D.ª Adolfinia, D.ª Emilia, D.ª Eugenia y doña Carmen Fernández Vázquez, quienes lo heredarán con la bendición de Dios y la suya. Si alguno de los nominalmente instituidos falleciere antes que la usufructuaria, sin sucesión, la porción que hubiere de corresponderle acrecerá a los demás coherederos por

iguales partes, excepto en cuanto a D.^a Adolfinia y D.^a Emilia, que heredarán su porción sus respectivos maridos; pero si el fallecido dejare descendencia, será sustituido el premuerto por sus hijos o descendientes legítimos.»

Otorgada escritura particional al heredero D. Florentino, que intervino en dicha operación, se le adjudicó cumpliendo lo dispuesto en el testamento, la nuda propiedad de una casa en la calle Reina Victoria, de la Palma; pero expresándose en el supuesto sexto que, en atención a lo dispuesto en la cláusula octava del testamento, la adjudicación no es cierta y determinada, porque hasta que no ocurra el fallecimiento de la usufructuria no puede conocerse de manera cierta y definitiva quiénes han de ser las personas que, como herederas, han de suceder al testador, por lo que se solicitó y obtuvo el aplazamiento de la liquidación del impuesto.

Dichos testamento y escritura se presentaron en el Registro de la Propiedad de la Palma, y por el Registrador se puso la siguiente nota:

«Denegada la inscripción de la casa de la calle Reina Victoria, número 29, de esta villa, adjudicada en nuda propiedad a D. Florentino Fernández, para la cual ha sido presentado este documento, por hallarse pendiente la adquisición de dicha nuda propiedad, así como toda su participación hereditaria, de la condición de que sobreviva a la usufructuaria, quedando sin efecto la institución a favor de dicho señor, si falleciese sin sucesión antes que dicha usufructuaria»; y, con posterioridad, la nota que dice así: «Denegada la inscripción del anterior documento, en cuanto a la casa en esta villa, calle Reina Victoria, número 29, para la que ha sido nuevamente presentado, por subsistir el mismo defecto apuntado en la nota anterior, o sea el que depende la adquisición; por parte del adjudicatario de dicha finca, de que sobreviva a la usufructuaria, D.^a María Aguilar Cepeda.»

Interpuesto recurso, el Presidente de la Audiencia revocó la nota del Registrador, y la Dirección general confirma el auto apelado en virtud de las siguientes consideraciones:

A tenor de la cláusula séptima del testamento otorgado por don Adolfo Vázquez Alvar en 19 de Junio de 1928, «es su expresa voluntad que a su sobrino D. Florentino Fernández Vázquez se

adjudique en pago de parte de su porción hereditaria en nuda propiedad, cuyo pleno dominio adquirirá a la muerte de la heredera usufructuaria la casa», objeto de este recurso, y, tanto de la letra de esta disposición como de su espíritu que informa también la siguiente cláusula de sustitución, se desprende que D. Florentino resulta en primer lugar instituido heredero, por lo que se refiere a la nuda propiedad, y que, en pago de sus derechos hereditarios, ha de adjudicársele el aludido inmueble.

Por la íntima unión que existe entre la cláusula de adjudicación en pago y la de institución hereditaria, debe afirmarse que la sustitución establecida para el caso de que alguno de los herederos falleciese antes de la usufructuaria sin sucesión, y para el supuesto de que el fallecido dejase descendencia, comprende, sin duda alguna, a D. Florentino como nominalmente instituido, y, en su virtud, la adjudicación que haya de hacerse en pago parcial de sus derechos hereditarios ha de quedar sujeta a las vicisitudes de la condición o condiciones implícitas en la sustitución claramente determinada por el final de la cláusula octava.

El problema relativo a la esfera de aplicación de los artículos 759 y 799 del Código civil es independiente por completo del discutido en este recurso, toda vez que el hecho de inscribir la finca a favor de D. Florentino Fernández Vázquez, como actual titular, no de una expectativa, en el sentido técnico de esta palabra, sino del derecho real de nuda propiedad, sujeto a condición resolutoria, cae fuera del enunciado en el último artículo, y nada prejuzga sobre la posibilidad de que el heredero transmita su derecho, antes de que se cumpla la condición, a sus propios herederos.

Por igual motivo, no es absurdo ni erróneo que el repetido don Florentino acepte derechos hereditarios sujetos a condición, pues lo que prohíbe nuestro Código civil, en su artículo 990, es la aceptación condicional de la herencia, no la aceptación pura de la herencia sujeta a condición, aparte de que las particiones formalizadas por Comisarios, según doctrina reiteradamente sentada por este Centro, pueden ser inscritas sin necesidad del requisito de la aceptación hereditaria.

ERRORES. ES POSIBLE SUBSANAR LAS EQUIVOCACIONES QUE SE HAYAN PODIDO PADECER, AL PRACTICAR UNA INSCRIPCIÓN, CON LA PRUEBA EVIDENTE QUE RESULTE DE DOCUMENTOS AUTÉNTICOS, CON LA EXCEPCIÓN DE TRATARSE DE DECLARACIONES DE VOLUNTAD O DE CONSTITUCIÓN O MODIFICACIÓN DE DERECHOS.

Resolución de 27 de Junio de 1929. (Gaceta de 21 de Septiembre de 1929.)

El Excmo. Sr. D. José Mesía Gayoso, Duque de Tamames, confirió, en escritura ante el Notario de Madrid D. Federico de la Torre, licencia para comprar y vender a su esposa, D.^a María de la Asunción Stuart, y ésta, a su vez, en comparecencia ante el Cónsul de España en Bayona, D. Enrique Gaspar, otorgó, entre otros, poder para comprar a D. Nicolás Santafé y Arellano.

En 18 de Mayo de 1917 falleció dicho Sr. Duque, y, al año siguiente, en 24 del mes de Abril, el Sr. Santafé, obrando como mandatario de la Duquesa, compareció ante el Notario de la Corte D. José M.^a Martín, y compró unas fincas, no haciéndose constar en dicha escritura ni el estado civil de la compradora, ya viuda, ni la procedencia del dinero, pero insertando las mencionadas escrituras de poder.

La escritura de compra fué inscrita en el Registro de la Propiedad de Getafe a favor de dicha señora, y para la sociedad conyugal, por no constar la procedencia del dinero, haciéndose constar en la inscripción que aquélla era casada.

Fallecida la D.^a María de la Asunción, y practicadas las operaciones particionales, que comprenden agrupación y consiguiente división de fincas, entre ellas las que fueron objeto de compra, y presentada tal escritura con otras y solicitud de rectificación, el Registrador de la Propiedad de Getafe puso la siguiente nota: «Denegada la inscripción del documento que precede porque se pretende la agrupación y posterior división de varias fincas, bajo el supuesto equivocado de pertenecer todas ellas en pleno dominio a la Excm. Sra. D.^a María de la Asunción Stuart y Portocarrero, y resulta del Registro de la Propiedad que dos de las fin-

cas objeto de la agrupación y consiguiente división mencionada, o sean las descritas bajo los números 20 y 21 de dicha escritura aparecen inscritas a nombre de la sociedad conyugal de la expresada señora y su esposo, D. José Mesía Gayoso Pando Téllez Girón, entidad o persona jurídica distinta de dicha señora; sin que proceda la rectificación que se solicita de los respectivos asientos de inscripción, porque se ajusta a los términos y cláusulas del título inscrito, que es una escritura pública de venta, otorgada el 24 de Abril de 1918 por D.^a María Rolland a favor de la Excm. Sra. D.^a María de la Asunción Stuart Portocarrero, y otros documentos complementarios, y faltando, además, el consentimiento de los herederos de D. José Mesía Gayoso Pando Téllez Girón, no es posible rectificar legalmente dichos asientos, que están bajo el amparo de los Tribunales.»

El Presidente de la Audiencia, en el recurso interpuesto por el Sr. Santafé, acordó: 1.º Confirmar la nota del Registrador, en cuanto deniega la inscripción de la escritura de agrupación, por aparecer inscritas dos de las fincas agrupadas a favor de persona o entidad jurídica distinta de dicha señora. 2.º Que revocaba la nota recurrida, en cuanto niega la rectificación de los asientos correspondientes, fundando esta negativa en ajustarse aquéllos a las cláusulas del título inscrito. 3.º Que confirmaba igualmente la nota, en cuanto a la necesidad del consentimiento preceptivo para obtener la rectificación; y 4.º Que la parte recurrente debe satisfacer las costas y gastos del recurso.

La Dirección general revoca, en parte, el auto apelado, decidiendo que se lleve a efecto la rectificación solicitada y la consiguiente inscripción del documento calificado, con los aportados al recurso, por las siguientes **razones**:

La cuestión discutida no es propiamente la existencia del error cometido al inscribir ciertas fincas a nombre de D.^a María de la Asunción Stuart y Portocarrero para la sociedad conyugal que formaba con D. José Mesía Gayoso y Pando Téllez Girón, toda vez que, según afirma el Registrador, queda demostrado plenamente que las dos fincas objeto del recurso le pertenecen a ella exclusivamente, sino el procedimiento adecuado para desvirtuar la situación jurídica creada en el Registro por no haber alegado

dicha señora su estado de viudez al otorgar el documento de compra.

Con independencia de la doctrina relativa a la rectificación de los errores cometidos por el Registrador al practicar los asientos en los libros hipotecarios, ha admitido esta Dirección la posibilidad de que se pongan de acuerdo el Registro y la realidad jurídica cuando se hayan padecido equivocaciones en un título inscribible que puedan probarse evidentemente con documentos auténticos, y no se refieran a declaraciones de voluntad ni a constitución o modificaciones de derechos sobre inmuebles.

Para demostrar plenamente que la referida Sra. Duquesa de Galisteo había adquirido las fincas indicadas siendo viuda del señor D. José Mesía Gayoso y Pando Téllez Girón, Duque de Tamames, es necesario probar, primero, el matrimonio entre ambos; segundo, la premoriencia del marido, y tercero, el estado de viudez del cónyuge supérstite en 24 de Abril de 1918.

El matrimonio de dichos excelentísimos señores se halla suficientemente probado, no sólo por los documentos que se han unido a este recurso, sino por el mismo poder otorgado en Bayona, de Francia, el día 24 de Septiembre de 1908, en que compareció D.^a María de la Asunción Stuart y Portocarrero, autorizada para ello en virtud de la licencia marital que le tenía conferida su esposo, el Sr. D. José Mesía Gayoso y Pando Téllez Girón, ante el Notario de Madrid D. Federico de la Torre y Aguado, con fecha 4 de Marzo de 1892, y cuya copia se inserta, de suerte que en el mismo título que ha motivado la equivocación aparecen los datos necesarios para justificar el primero de los extremos enumerados.

En cuanto al fallecimiento del marido, la hijuela formada a la Excm. Sra. Duquesa de Galisteo y de Tamames en las operaciones testamentarias del Excmo. Sr. D. José Mesía Gayoso y Pando Téllez Girón, unida a este expediente, copia íntegramente el certificado de defunción, expedido el 2 de Junio de 1917 por don Ricardo Medina Fernández Juez municipal y encargado del Registro civil del distrito de la Inclusa, de esta Corte, con la firma del Secretario municipal, D. Francisco Alvarez de Lara, acreditando de un modo auténtico que el indicado Sr. Duque de Tamames había fallecido en esta Corte el 18 de Mayo de 1917.

El estado de viudez de la Excmá. Sra. D.^a María de la Asunción Stuart y Portocarrero, en el momento de otorgarse la escritura de 24 de Abril de 1918 queda demostrado: 1.º Por la reseñada escritura de partición de 7 de Febrero de 1919, en donde comparece dicha señora como Duquesa viuda de Tamames, y en donde repetidamente hacen la manifestación de su estado civil todos los interesados en la herencia de su esposo. 2.º Por el testamento que la misma señora otorgó, en Madrid, a 10 de Junio de 1927, en cuya cláusula segunda declara «haber estado legítimamente casada con D. José Mesía Gayoso y Pando Téllez Girón, Duque de Tamames y de Galisteo y otros títulos, que falleció el día 18 de Mayo de 1917», y del cual se denomina viuda. 3.º Por el testimonio de la certificación autorizada por el Cónsul de España en Hendaya, a 26 de Septiembre de 1927, que acredita el fallecimiento de la Excmá. Sra. Duquesa de Galisteo el 12 de Septiembre del mismo año, consignando expresamente que era viuda de D. José Mesía, Duque de Tamames.

El estado civil de la Sra. Duquesa de Galisteo, viuda de Tamames, no constaba en el lugar correspondiente de la escritura de adquisición otorgada por su apoderado en el año 1918, sino en el poder autorizado ocho años antes por la misma señora en Bayona, con mención de la licencia que le había sido concedida por su marido en el documento público autenticado en Madrid el año 1892, y, por lo mismo, la declaración hecha al inscribir aquel título ni siquiera se apoyaba en las garantías que sobre tales particulares exigen las leyes y Reglamentos notariales e hipotecarios.

Acreditados en forma auténtica, y por manifestación de los mismos interesados en la liquidación de la sociedad conyugal formada por los expresados Duques, los requisitos indispensables para modificar la declaración oficiosa hecha en el Registro por el titular respectivo, y puesta de relieve la omisión cometida, tanto por el Apoderado otorgante de la escritura de 24 de Abril de 1918, como por el Notario autorizante de la misma, que se refirieron, sin mencionar el cambio del estado civil, al poder otorgado por la Duquesa de Galisteo el 24 de Septiembre de 1908, procede extender los asientos, rectificandos con las oportunas notas, en la forma reglamentaria.

PARTICIÓN DE HERENCIA. NO ES ADMISIBLE, A LOS EFECTOS DE SU INSCRIPCIÓN, LA FORMA DE ACTA EN LA QUE EL NOTARIO FORMALIZA LAS OPERACIONES PARTICIONALES POR COMPARECENCIA DEL CONTADOR-PARTIDOR, PORQUE, TRATÁNDOSE DE RELACIONES JURÍDICAS, CREADAS MEDIANTE DECLARACIONES DE VOLUNTAD, SÓLO PUEDEN SER AUTENTICADAS EN ESCRITURA PÚBLICA, BIEN POR INCORPORACIÓN AL PROTOCOLO, EN ACTA, DEL CUADERNO QUE AL EFECTO SE PRESENTE, BIEN POR INSTRUMENTO REDACTADO POR EL MISMO NOTARIO.

Resolución de 2 de Julio de 1929. (Gaceta de 22 de Septiembre de 1929.)

Ante el Notario de Castellón D. José Mendoza Ortega compareció D. Lorenzo Sivera, contador-partidor nombrado por doña María García Sivera, su hermana, en el testamento bajo el que falleció, otorgado en la propia ciudad y ante dicho Notario, dispuesto a formalizar por acta las operaciones particionales de los bienes relictos, requiriéndole a ese efecto, teniéndole previamente comunicados los datos e instrucciones pertinentes y dejando formulada dicha operación.

Presentado el documento en el Registro de la Propiedad de Castellón, el Registrador no admitió su inscripción, «por observarse que las operaciones particionales que comprende no han sido practicadas por la persona designada por el testador, realizando por sí mismo el encargo que se le confió, y sustituir al cuaderno particional protocolado en forma con un acta de operaciones particionales, practicadas por el Notario autorizante, aunque requerido por el contador-partidor, y no pareciendo subsanable este defecto, no procede la anotación preventiva».

En el recurso interpuesto confirmó el Presidente de la Audiencia la nota del Registrador, y la Dirección general confirma el auto apelado con los siguientes razonamientos:

Los actos jurídicos, cuya esencia es una manifestación de voluntad hecha personalmente por un sujeto de derecho, pueden desenvolverse por medio de declaraciones verbales o escritas, siempre

que concurren los requisitos y solemnidades legales, y así se encuentra en el Código civil el artículo 670, que llama al testamento un acto personalísimo, cuya formación no puede dejarse, en todo ni en parte, al arbitrio de un tercero, y, sin embargo, en el artículo 675 permite que el testador exprese su última voluntad al Notario y a los testigos y ordena que se redacte el testamento con arreglo a él.

Este criterio aparece igualmente en el artículo 696 del mismo texto, que, lejos de permitir la incorporación al protocolo del escrito presentado por una persona, como minuta de su disposición testamentaria, manda al Notario redactar el testamento con arreglo a ella, y leerlo en voz alta en presencia de los testigos, para que manifieste el testador si su contenido es la expresión de su última voluntad, como si concediese a las manifestaciones de voluntad, filtradas por la técnica notarial, mayor valor que a las espontáneas y acaso incorrectas declaraciones consignadas en el escrito presentado.

Esta orientación, fijada en el Código civil para la formalización de un acto que califica con el superlativo de personalísimo, debe ser tenida en cuenta cuando se trata de las operaciones divisorias formalizadas por un comisario que, si bien ha de cumplir personalmente su encargo, no debe reputarse incapaz por no saber o no poder escribir, ni está obligado a extender por sí mismo el cuaderno particional.

Las garantías requeridas por la legislación notarial para la redacción y escritura de un instrumento público, por lo que se refiere a su estilo, términos empleados, abreviaturas, blancos, adiciones, enmiendas o demás requisitos formales, se hallan muy por encima de las precauciones que suelen adoptarse en la redacción de los cuadernos, así como las formalidades prescritas para asegurar la legitimidad y autenticidad de las declaraciones hechas ante Notario, no admiten comparación con los requisitos de las dictadas a personas ajenas, no sólo a la fe pública, sino al ejercicio profesional del derecho.

Las notas de espontaneidad, libertad, seriedad y deliberación en el consentimiento encuentran un molde más adecuado en el instrumento redactado por el Notario, con arreglo a los datos e instrucciones suministradas, que en la incorporación al protocolo de

un escrito presentado sin preparación de ninguna clase, y los vicios de error, violencia, intimidación o dolo carecen de campo en que desenvolverse cuando el fedatario interviene directamente en la redacción de las mismas operaciones particionales.

Por todas las apuntadas razones debe desestimarse el primer apartado de la nota calificadora, en cuanto declara que las operaciones particionales, comprendidas en el documento presentado, «no han sido practicadas por la persona designada por el testador, realizando por sí misma el encargo que se le confió», y sólo queda por resolver el punto relativo a la clase del instrumento público que deba extenderse en el caso discutido.

A tenor del artículo 188 del Reglamento notarial tendrán el carácter de instrumento público las actas que los Notarios extiendan y autoricen, a instancia de parte, en que se consignent hechos que presencien, siempre que por su naturaleza no sean materia de contrato, y como en la autorizada por el recurrente, a 3 de Mayo de 1927, D. Lorenzo Sivera Escoriola, intentó formalizar las operaciones particionales de los bienes relictos por su hermana D.^a María Gracia, y, después de haber sentado los antecedentes de la sucesión hereditaria, reconocido un débito a favor de la Caja de Ahorro y Monte de Piedad, descrito los bienes muebles y el único inmueble existente en la herencia, y hechas las oportunas bajas, realizó las adjudicaciones pertinentes, ha de reconocerse que todo ello implica la constitución de relaciones jurídicas, mediante declaraciones de voluntad autorizadas directamente por el Notario, en el pleno ejercicio de sus funciones de fedatario y profesional de derecho, que extienden su responsabilidad en la misma medida por encima del concepto de mera protocolización, y que sólo pueden ser autenticados en escritura pública, toda vez que ni en el Reglamento notarial ni en el hipotecario existe disposición concreta y específica que sirva para abrir paso en el Registro a la forma empleada.

LUIS R. LUESO.

Registrador de la Propiedad.

Jurisprudencia administrativa del impuesto de Derechos reales

LXXII

Denuncia de actos no liquidados e impersonalidad y falta de acción del denunciante cuando no se admite aquélla para acudir a la vía contenciosoadministrativa, siendo el Tribunal Supremo incompetente para conocer de la demanda.

Presentada por un demandante una denuncia referente a actos de una Sociedad, ocurridos hace más de cuarenta años, fué desestimada por el Tribunal Central en acuerdo de 10 de Noviembre de 1925 (que no obstante hizo la salvedad de que se siguiera expediente de investigaciones para la averiguación de amortización de unas obligaciones hipotecarias que debieron ser objeto de liquidación y pago del impuesto), fundándose en que había prescrito el derecho de la Administración para investigar actos o contratos celebrados hacía más de quince años; en que no era legal el reconocimiento de los libros de las sociedades mercantiles por prohibirlo el Código de Comercio (artículo 46), salvo en ciertos casos; y en que, aparte de la forma difusa de la denuncia, se comprendían en ella actos concretos, cuales son: amortización de obligaciones, sujetas al impuesto, según el número 66 de la tarifa, y por ello debía averiguarse si se habían realizado en los quince años anteriores para exigir aquel interpuesto recurso ante el Tribunal Supremo, éste se declara incompetente.

Del mismo modo que son ajenas al Tribunal Supremo, según

el artículo 4.º, número 4 de su ley orgánica las resoluciones expresamente excluidas de la vía contenciosoadministrativa por un precepto legal, lo son aquellas otras en que los particulares que las lograron obraron como agentes o mandatarios de la Administración, porque el derecho lesionado que pudieran invocar no es otro que el de la misma Administración cuya personalidad sustituyen al pretender la revisión de lo resuelto definitivamente por ella; el denunciante de que ciertas sociedades no han pagado un impuesto perjudicando a la Hacienda, no puede alegar derecho alguno preexistente a su favor que pueda ser lesionado por la negativa de admisión de la denuncia, porque al presentar ésta aquél obra como agente de la Administración; y por ello el Tribunal tiene incompetencia legal para conocer del asunto, conforme al artículo 1.º de la ley orgánica, debiendo esta excepción ser declarada de oficio, aunque no la alegue el Fiscal. (Sentencia del Tribunal Supremo de 17 de Abril de 1928, *Gaceta* del 12 de Octubre de 1929).

LXXIII

Nacionalidad y extranjería. Herencia. No está sujeta a liquidación del impuesto de derechos reales de España la herencia de un antiguo español que perdió la nacionalidad por virtud del Tratado de París y adquirió la cubana, y sólo procede liquidar sobre el valor de los inmuebles radicantes en España; procede, desde luego, para averiguación de estos extremos, incoar el expediente de investigación por la oficina liquidadora competente.

Caso.—Nacida en España y domiciliada en Cuba una persona y poseedora de bienes muebles e inmuebles en Cuba y en España, falleció en Bilbao, donde residía eventualmente. Instruido expediente de investigación el liquidador, estimando que si bien se había protocolizado en la Habana la testamentaria del causante, y pagado allí el impuesto, no era ello razón de que no se pagase en España por las personas que aquí recibieron los legados y estaban en posesión de los bienes recibidos, acordó: 1.º, que se girasen liquidaciones a los legatarios de España por el valor de esos bie-

nes recibidos; 2.º, que se gire otra liquidación a una parroquia también legataria; 3.º, que contiene la investigación, y 4.º, que se eleve el expediente a la Abogacía, dada su cuantía. Reclamado este acuerdo fué confirmado por el Delegado de Hacienda y por el gubernativo Central, en razón a que el pago en la Habana no era suficiente razón para que el Estado español no cobrase lo que le corresponde por muebles e inmuebles sitios en España y tratándose de una persona nacida en España era preciso justificar la pérdida de la nacionalidad española, haciéndose súbdito cubano, lo que no aparece probado.

El Tribunal Supremo revoca este acuerdo en todas sus partes. Vistos los artículos 1.º y 147 del Reglamento del impuesto de 1911 (aplicable por la fecha), los 1.º y 9.º del Tratado de paz con los Estados Unidos de 10 de Diciembre de 1898, y los 1.º, 2.º y 3.º del Real decreto de 11 de Mayo de 1901, y Real orden de 6 de Octubre de ese año.

Según los artículos citados el impuesto se exige por los actos y contratos referentes a bienes situados en territorio español, sean españoles o extranjeros quienes los otorguen, conceptuándose sitios en ese territorio no sólo los inmuebles que en él radican sino los muebles que materialmente existan en él, aunque pertenezcan a extranjeros, o a españoles avecindados en territorio común, y aunque aquéllos no se hallen en el mismo territorio, así como también los derechos, acciones y obligaciones que hayan nacido, puedan ejercitarse o hayan de cumplirse en territorio sujeto al impuesto o por autoridades establecidas en él, debiendo promover las liquidaciones conforme al artículo 147, promover el expediente de investigación correspondiente y pedir los datos oportunos; según el Tratado de París, los súbditos españoles, naturales de la Península y residentes en Cuba perdían la nacionalidad española si no declaraban en el año siguiente su deseo de conservarla inscribiéndose en el Consulado de España; y una vez perdida podían recuperarla conforme a los artículos 19 y 21 del Código civil y Real decreto de 11 de Mayo y 6 de Octubre de 1901; demostrado, pues, que un español de nacimiento residía en Cuba en la época citada, y además (según certificado consular llevado al pleito) que no fué inscrito en el Consulado español en la época citada, ni recuperó después la nacionalidad española es inexcusable inferir que era

extranjero al morir, aunque residiese eventualmente en territorio español; el Liquidador debió, reglamentariamente, investigar si había pagado el impuesto de derechos reales a la Hacienda española al que, en apariencia, estaba sujeta dado el lugar de su nacimiento y de su defunción; pero demostrado que antes de los catorce años emigró a Cuba, donde residió durante más de cincuenta años, sin inscribirse en el Consulado español, ejerciendo el comercio, era evidente que ya no era español y sólo estaba sujeto a las leyes fiscales de Cuba: los legatarios, por lo tanto, sólo debían pagar en Cuba, ya que por los inmuebles sitos en España se pagó oportunamente el impuesto; y no estaban sujetos los bienes restantes de los legatarios, ya que consistían en cantidades en metálico satisfechas directamente por el heredero desde la Habana sin que esté sujeto el giro del dinero desde dicho punto; la naturaleza de las disposiciones del Tratado de París no pueden ser cohonestadas con las de los artículos 19 y 21 del Código civil: éstas son de carácter general y aquéllas especiales; demostrado, pues, los hechos expuestos no hay posibilidad de exigir el pago (sentencia del Tribunal Supremo de 26 de Abril de 1928; *Gaceta* del 19 de Octubre de 1929).

LXXIV

Timbre de negociación. El Timbre de negociación o circulación de las obligaciones hipotecarias de una Compañía anónima se devenga al ser separados de sus matrices los títulos y el pago en metálico correspondiente a los mismos, que autoriza el artículo 106 de la ley del Timbre (de 1906), se hará precisamente antes de ponerse los títulos en circulación por el importe de los que vayan a constituir la comisión.

Así lo disponen los artículos 167 de la ley de 1906 y 100 del Reglamento de 29 de Abril que agrega ha de solicitarse ese pago en metálico de la Dirección del Timbre por conducto de la Delegación de Hacienda, acompañando la escritura o acuerdo de comisión, de lo cual se infiere que el pago en metálico no puede hacerse al otorgarse la escritura de emisión de los títulos ni al adoptar ese

acuerdo, sino precisamente antes de ponerlos en circulación y después de obtenida la autorización de la Dirección ; el legislador concede un derecho de opción a las Sociedades para determinar el momento del pago del Timbre por sus obligaciones o bonos que emitan, pero si eligen el pago en metálico ha de entenderse que la obligación de hacerlo nace a la vida jurídica después que la Dirección haya otorgado la autorización solicitada por la Compañía ; emitidos, pues, unos valores por acuerdo de 1924, los cuales habían de ser puestos en circulación, por acuerdo del Consejo de Administración de la Compañía y solicitado el pago en metálico en 1926 mientras el acuerdo de circulación no se adopte y no se diese la autorización solicitada, no puede entenderse que antes de esta última fecha estuvieren en condiciones de devengar el impuesto ; y han de estar sujetos a las leyes que rigiesen en esa fecha, entre ellas al Estatuto provincial de 20 de Marzo de 1924, que exige el 10 por 100. Sentencia del Tribunal Supremo de 26 de Abril de 1928 (*Gaceta del 19 de Octubre de 1929*).

LXXV

Errores de hecho y de derecho. Ensanche de Madrid. Revisión a instancia de la Dirección de lo Contencioso del Estado.

La liquidación de una compra de una casa en el Ensanche de Madrid, al tipo ordinario número 15 de la Tarifa, sin tener en cuenta el artículo 26 de la ley de 26 de Julio de 1892, constituye una cuestión de derecho y no de hecho, y la equivocación que al realizarla pueda haberse cometido es igualmente de derecho y no de hecho, puesto que se ha cometido al interpretar una ley general, como es la del impuesto, y otra especial, como lo es la del Ensanche de 1892, y por ello el liquidador es el llamado a precisar, previa la calificación jurídica del contrato por los datos aportados, si se ha de aplicar una u otra, y por ello el error, si lo hubo, sería por aplicación indebida de una ley o por infracción en la apreciación de las pruebas, es decir, siempre de derecho ; y por ello, el plazo para recurrir no es el de cinco años, que señalaba el artículo 167 del Reglamento de 1911, sino el de quince días, que indi-

can los artículos 166 y 170 del mismo, a contar desde la fecha de la notificación. Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de Mayo de 1928 (*Gacetas* de 25 y 26 de Octubre de 1929), en la que se citan, además, las Sentencias de 15 de Enero y 22 de Febrero de 1916, 16 de Mayo de 1921, 21 de Diciembre de 1923 y 16 de Octubre de 1926, y la Real orden de 12 de Julio de 1889.

GABRIEL MAÑUECO.

Abogado del Estado.



Orbis. S.A.

MADRID. Pi y Margall, 18

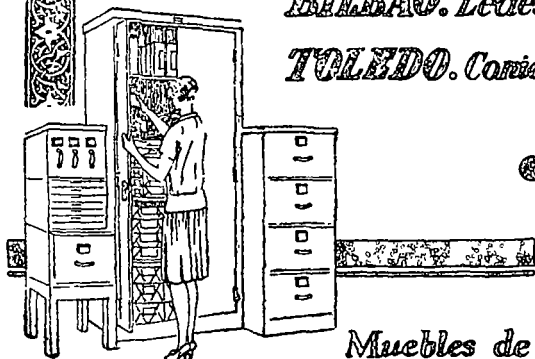
LA MEJOR
MAQUINA
DE
ESCRIBIR

BARCELONA. Claris, 5

SEVILLA. Pi y Margall, 25

BILBAO. Ledesma, 18

TOLEDO. Comercio, 14



Muebles de Acero
para Oficinas



BERLOY

Taller de reparaciones de máquinas
de escribir de todas las marcas