

REVISTA CRÍTICA

DE

DERECHO INMOBILIARIO

Año I

28 de Febrero de 1925

Núm. 2

La teoría del título y el modo

En una carta fechada en Archena el 14 de Mayo de 1893, que el eminente maestro e historiador del Derecho, D. Eduardo Pérez Pu-
jol dirigió al inolvidable D. Bienvenido Oliver (1) con motivo de
la publicación del primer tomo de Derecho inmobiliario, se conden-
san de un modo impecable las doctrinas corrientes en nuestra pa-
tria, a fines del pasado siglo, sobre adquisición de la propiedad a tí-
tulo derivativo:

«Cuando el derecho real se adquiere de otro que lo posee, de
quien se deriva, los elementos jurídicos se complican: hay un su-
jeto activo, el adquirente, y dos sujetos pasivos, el cedente y todas
las personas individuales y sociales; hay dos relaciones jurídicas:
una entre el adquirente, sujeto activo, que tiene la facultad de exi-
gir del primer sujeto pasivo que le entregue y mantenga en la po-
sesión del derecho real cedido, lo que constituye una obligación
personal del cedente; y hay, además, otra relación jurídica entre
el adquirente, que tiene la libre facultad de disponer, y la sociedad,
el público, todos, que tienen la obligación de respetar el ejercicio
de esa facultad.»

«A este concepto se ajusta perfectamente la teoría latina de la
distinción entre el título y el modo. El primero engendra la obliga-
ción personal del transferente, el segundo produce la obligación
general negativa de respetar el derecho constituido. La teoría latina

(1) Como precioso legado del sabio y modesto Azcárate guardo una copia
en 24 páginas.

en su origen estaba bien fundada ; la tradición, la entrega de la posesión, siendo ésta en los inmuebles un derecho ostensible, sobre todo en Estados municipales, como lo era la Roma primitiva, justifica perfectamente la obligación general negativa como efecto de un hecho que todos pudieran apreciar. El principio se bastardeó cuando la posesión pudo transmitirse por un cambio de intención, sin mudarse aparentemente el poseedor ; entonces hubiera debido buscarse otra forma de aplicación del principio, como se buscó en Grecia para la hipoteca (porque esta distinción entre el título y el modo está en la naturaleza de las cosas).»

¿Será cierto que la teoría es latina, se refiere a las adquisiciones derivativas, se confunde con el principio de publicidad y se impone a todo ordenamiento jurídico como mecanismo indispensable para el derecho de cosas ?

I

ORÍGENES DE LA TEORÍA

«Nuestras leyes, dice la exposición de motivos de la ley Hipotecaria, siguiendo a las romanas, adoptaron la diferencia entre el título y el modo de adquirir, y establecieron que el título sólo produjera acción personal, pero que la propiedad y los demás derechos en la cosa, y por lo tanto las acciones reales que se dan para reivindicarlos, sólo nacieran de la tradición, o lo que es lo mismo, de la posesión de las cosas inmuebles.»

La teoría del *título* y del *modo* de adquirir tiene, en efecto, sus raíces más hondas en los requisitos de la *traditio* romana, pero han sido necesarias poderosas corrientes filosóficas e influencias características del derecho medieval para que asumiera la forma absorbente y dogmática que presenta a fines del siglo XVIII en la técnica jurídica (1).

Dos principios fundamentales regulaban la adquisición por acto jurídico de las cosas en el derecho romano clásico : el primero de-

(1) Vide Hofmann, *Die Lehre vom titulus und modus adquirendi*, Viena, Manz'schen Buchh., 1873, págs. 3-42.

claraba que el dominio de las mismas no se transfería por el nudo pacto, sino por la tradición y la usucapión.

L. 20 C. de pactis 2,3.

Traditionibus et usucapionibus dominia rerum, non nudis pactis transferuntur.

El segundo exigía para la transferencia del dominio por medio de la tradición, que ésta fuese precedida de una venta o de otra *justa causa*.

L. 31 D. de Adq. rer. dom. 41,1.

Nunquam nuda traditio transfert dominium, sed ita si venditio, aut aliqua justa causa præcesserit, propter quam traditio sequeretur.

Pero este último texto de Paulo, como otros de Ulpiano (1) y Gayo (2), tan solo enseñaba que la tradición, como cualquier acto jurídico necesitaba, aparte de su forma, una legitimación del consentimiento, un fundamento psicológico, de índole subjetiva (*causa*).

La comparación de este elemento con el correlativo de la prescripción contribuyó a dar un carácter objetivo y autónomo a la causa, asimilándola al título, hasta el punto de que uno de los pasajes del Código Justiniano (3) que principia *Nullo justo titulo præcedente* se ha entendido (4) aplicable a ambos modos de adquirir (*traditio y usucapio*).

Las llamadas *Petri excepciones* emplean ya la palabra *título* en vez de *causa* (*Aliquo titulo alii tradat*) (5), y el Braquilogo, después de definir el justo título como aquel en cuya virtud se transfiere el dominio de las cosas, distingue con técnica demasiado moderna los títulos de compra, permuta y donación (6).

(1) Ulp. fragm. tit. 19, par. 7: *Scilicet si ex justa causa tradita sunt nobis*

(2) Gayo, II, par. 20, *Itaque si tibi vestem vel aurum vel argentum tibi tradidero, sive ex venditionis causa sive ex donationis, sive quavis alia ex causa, tua fit ea res sine ulla juris solemnitate.*

(3) L. 24. C. de rei vind. 3,32.

(4) Vide Kindel. *Das Recht an der Sache*, pág. 112. Las Glosas correspondientes hacen tan sólo referencia a la usucapión y a la prescripción.

(5) Liber II, cap. 13, que al referirse a la doble venta indica que *si postea aliquo titulo alii tradat vendendo aut donando, facit eum dominum.*

(6) *Las Petri exceptiones legum Romanorum*, de cuyo autor sólo se sabe el nombre, fueron escritas en Valencia de Francia antes del siglo XII (vid. Savigny. *Hist. du droit Romain du M. A.* Trad. Guenoux, II, 82) *El Braquilogo (Brachylogus juris civilis)* es un compendio didáctico, cuya técnica pre-

De aquí que en las escuelas se usasen indistintamente las expresiones *justa causa* y *justus titulus*, tanto para desenvolver la doctrina de la tradición como para exponer la de la usucapión, que en cierto modo la completaba.

La teoría recibió un nuevo impulso que más tarde había de desnaturalizarla, con el desarrollo de los categorías de posibilidad y efectividad, que los aristotélicos árabes y europeos habían de poner en boga, relacionándolas con la substancia y la existencia. «En este sentido Alberto el Grande (1193-1280) enseñaba: la forma es el complemento de la posibilidad (*actus et complementum*), por ella lo general se transforma en lo efectivo (el ser concreto). Juan Scoto Erigena decía: todo lo real, con excepción de Dios, tiene una existencia limitada en el espacio y en el tiempo; y denominaba a esto ser de algún modo, subsistir (*aliquo modo esse (subsistere)*). Salta a la vista como había de influir este concepto en el *modus adquirendi*. Todavía ha de indicarse que, partiendo de las distinciones aristotélicas, con cualquier ocasión, oportuna o no, se establecían divisiones de las causas (*causae*) y especialmente entre la *causa efficiens proxima* y la *causa efficiens remota*, y tras ello entre la causa de la potencia (*causa potentiae*) y la causa del acto (*causa actus*). Y esto no solamente en los escritos filosóficos, sino en todas las disciplinas que caían dentro de la investigación escolástica. No necesitamos asegurar que los juristas no iban a ser una excepción de esta moda» (1).

Así la Glosa después de preguntarse: ¿Luego el dominio se adquiere por diversas causas? Responde: «mira la *causa próxima*, esto es, la tradición o adquisición de la posesión, no la *remota*, o sea la causa por la que lo tradición se hace» (2). Con lo cual el título, causa próxima de la tradición (*causa sc. traditionis seu titulus*), resulta causa remota del dominio, y la misma adquisición de lo posesión (*traditio*), causa próxima del dominio, contenida todavía en los límites de la técnica romana, aparece ya en aptitud

cisa hace muy sospechosa la antigüedad que en un principio se le ha atribuido (Senckenberg lo cree del tiempo de Justiniano. *Savigny*, op. cit., II, pág. 161).

(1) Hofmann, op. cit., pág. 37.

(2) Landsberg (*Die Glosse des Accursius*, pág. 105), censura a Hofmann por haber atribuido esta Glosa (*Nec enim sicut, ad leg 3, par. 4 D. de adq. vel. am. poss, 41,2*) al jurisconsulto Azón.

de ser generalizada como *modo* a casos diversísimos. La Glosa, sin embargo, no pensaba en centrar la *causa remota* sobre una obligación de transmitir, y se contentaba con exigir para la *traditio*, dada su naturaleza de negocio bilateral, un acuerdo de voluntades. Ahora que este acuerdo no se concebía en la forma moderna, contrato real de naturaleza abstracta, sino basado en una causa anterior, ya en el orden del tiempo, ya en el de la razón (*tempore vel ratione precedens*), con arreglo a las cánones aristotélicos.

La cristalización objetiva de la *justa causa precedens* se encuentra con precisión en Jason de Mayno, que después de definir el título, causa hábil para transferir el dominio, lo identifica con el contrato independiente (causal) y le niega energía suficiente para producir la transmisión si no va acompañado de la entrega (*apprehensio possessionis*) (1).

Pero no resulta inexplicable que la obligación de dar, nacida del contrato, que no tiene ningún elemento de naturaleza real, al unirse a la posesión, que carece de substancia jurídica, engendre el dominio, derecho real perfecto?

El lazo que une a estas dos esferas (real y personal) y que sirve de fundamento a la expansión medieval del dogma estudiado, ha sido puesto de relieve por las investigaciones que desde hace medio siglo se han realizado sobre el *jus ad rem*, tipo jurídico intermedio del *jus in re* y del *jus obligationis*.

II

JUS AD REM

Se ignora cuáles fueron los precedentes jurídicos inmediatos del *jus ad rem*; el derecho romano medieval, el derecho canónico y el feudal, las orientaciones germánicas y la especulación escolástica han sido citados según las aficiones o inclinaciones de los juristas (2).

(1) Véanse los textos en Hofmann (Op. cit., pág. 40).

(2) V. Zur Geschichte des *jus ad rem* von Erns Heymann, en Festschrift Glerke, Weimar, Böhlhaus, 1911.

En el derecho germánico se conocían relaciones jurídicas de carácter personal, dirigidas a la adquisición de una cosa, que engendraban por sí un derecho real relativo o potencial (*Werdendes Sachenrecht*), o por lo menos estaban dotadas de efectos obligatorios contra tercero. Tal es el precepto (que ha originado el artículo 1.473 del Código civil español), en cuya virtud el segundo comprador de una casa, después de efectuada a su favor la tradición, debía ceder ante el ejercicio de la acción correspondiente al primero, si hubiera tenido noticia de esta compraventa.

Pero el concepto preciso del *jus ad rem* surge al resolver un problema de derecho feudal. Sabido es (porque la Ley IV, tít. 26 de la Partida 4.^a fija con claridad los datos) que para adquirir el feudo, el vasallo se ponía de rodillas ante el Señor, «jurandol e faciéndole pleyto e omenaje, que le sería siempre leal e verdadero », y después debía el Señor «envestirle con una sortija, o con lua o con vara o con otra cosa de aquello que le da en feudo ; e meterle en possession dello por si o por otro ome».

Había, por lo tanto, una investidura con posesión, llamada propia y real, según lo reconoce la glosa de Gregorio López, y otra meramente verbal o abusiva (1) cuando se entregaba tan sólo el signo de jurisdicción. Ahora bien ; Baldo, refiriéndose a la afirmación corriente de que la adquisición del feudo tiene lugar por medio de la investidura perfecta (esto es, con entrega de la posesión), añade, como opinión de Jacobo de Ravanis (nacido entre 1210 y 1215 y muerto en 1296) : «Pero ciertamente juzgo que aun por la investidura verbal y entrega del báculo (que como se ha dicho se llama abusiva), se adquiere el feudo antes de la entrega de posesión, en cuanto el Señor puede ser forzado a realizarla. Pues aunque el investido antes de habersele entregado la posesión no tiene un derecho real (*jus non habeat in re*), tiene, sin embargo, un derecho a la cosa (*jus ad rem*)».

Por otra parte, Sinibaldo Flisco, más tarde Inocencio IV, en sus Comentarios sobre los cinco libros de las Decretales, distingue el derecho real adquirido por la colación como último acto transitorio de un beneficio o prebenda (*plenum jus*), del conferido por

(1) Investitura quidem proprie dicitur possessio : abusivo autem modo dicitur investitura, quando hasta, vel aliud corporeum quilibet porrigitur a domino feudi re investitura facere dicentem... *Liber Feudorum*, 2, 2.

la mera designación (*tenue jus*), y defiende al primero con una especie de acción confesoria, mientras concede al segundo (*ius ad petendum beneficium*) una acción personal ejercitable no sólo contra el *collator*, sino también contra ciertos terceros poseedores. En el comentario de Bernardo Compostelano (1260), capellán del mismo Inocencio IV, la acción para pedir el beneficio se ha transformado en real, análoga a la confesoria, y se designa al derecho, que afecta a la cosa en donde quiera que se encuentre, *ius ad præbendam*, *ius ad beneficium*. Por último, en el Sexto de los Decretales (1298), se encuentran ya muchos pasajes que fijan técnicamente la división *ius in re*, *ius ad rem*.

Para hacerse cargo de la enorme importancia que la distinción presenta en materia de reservas y expectativas, basta echar una ojeada a los Comentarios de mi homónimo Jerónimo González (1), indiscutible autoridad en la misma Rota romana. El elegido o presentado para un beneficio eclesiástico goza de un *ius ad rem*, el que ha recibido la colación canónica tiene un *ius plenum et perfectum in beneficio*, porque la colación confiere un *plenum ius in re* (2).

Como hemos anticipado, resulta así introducido entre la obligación y el derecho real un tercer término, el *ius ad rem*, que no domina perfectamente a la cosa, pero que la afecta en forma mucho más enérgica que el derecho personal. Ni la Glosa ni nuestro inmortal Código de las Siete Partidas conocen el término técnico, y los jurisconsultos españoles del siglo pasado que lo vulgarizaron no parecían sospechar su especial densidad jurídica.

Esta puede determinarse con cuatro afirmaciones fundamentales: 1.^a El *ius ad rem* es un lazo jurídico de origen obligatorio, que adquiere matiz real, por virtud de su especial finalidad; 2.^a El ejercicio de la acción correspondiente se traduce en una ejecución real o en una actuación del derecho potencial, como si se tratase de algo inacabado que se perfeccionase; 3.^a El *ius ad rem* anterior vencía al *ius in re* posterior e incompatible, cuando éste hubiere sido adquirido del mismo autor con mala fe, es decir, con noticia

(1) Muerto en Roma el 30 de octubre de 1609. Era natural de Arnedo, diócesis de Calahorra, y escribió doctamente (*scripsit docte*, dice Nicolás Antonio). Se han hecho diversas ediciones en Colonia, Francfort y Lión de sus «*Glossema sive commentationem ad Regulam VIII Cancellariæ, de reservatione mensium et alternativa Episcoporum*». Par. I de la gl. 15, núm. 15.

(2) Par. II de la gl. 15, núm. 1, y III proem 28.

de la primera adquisición (1), y 4.^a Igualmente era preferido el *jus ad rem* adquirido a título oneroso, al *jus in re* posterior adquirido a título lucrativo.

De tales concepciones se derivó la teoría germánica, a cuyo tenor todo derecho personal dirigido al señorío de una cosa puede revestir naturaleza real mediante la posesión o la inscripción (2). Con ella se rompe el estrecho círculo de los Derechos reales romanos y se llega al amplio desenvolvimiento del Derecho Prusiano: El acto o acontecimiento por el que alguien adquiere un derecho sobre una cosa, se llama modo (*Erwerbungsart*). La base jurídica, en cuya virtud este acto o acontecimiento toma su energía adquisitiva, se denomina título. La adquisición de un derecho sobre cosa ajena presupone en el adquirente un anterior derecho a la cosa. Este derecho personal, que con el modo adquisitivo engendra un derecho en la cosa, se llama título del derecho real. Cuando el titular de un derecho personal a una cosa adquiere la posesión de la misma fundado en tal derecho, nace un derecho real sobre la cosa (3).

(1) Sin hacer supuesto de la buena o mala fe, Jerónimo González concede la prioridad al *jus plenum*: «Por la sola colación, dice, se adquiere un derecho pleno y perfecto en el beneficio. Así, aunque si una cosa se hubiere vendido dos veces, primero a uno y luego a otro, y a este segundo se le hubiere hecho tradición antes, será preferido al primer comprador (según el texto de la ley *quotiens C. de reivindicacione*); sucede lo contrario en la colación de beneficios; porque aquel a quien primero se hizo colación, debe ser preferido, aun siendo posterior en la posesión, por ser anterior en la colación y haber adquirido en su virtud un derecho pleno y perfecto (Gl. XV, § I. núm. 15). En la ley citada (15, C. 32, 3.^o) se había ya introducido el supuesto de buena fe (*bona fide, vel sine dolo*) por la glosa *ad jure*.

(2) Gierke. Op. cit., II, pág. 611.

(3) Preuss. L. R. 1, 2, párr. 131-135. Bajo el influjo de las representaciones germánicas los derechos de crédito ocuparon el primer puesto en la adquisición de la propiedad y de los Derechos reales como *títulos*. De aquí surgió la doctrina, más tarde extendida a todos los modos de adquirir, que exigía para la adquisición de un derecho real la concurrencia de un *titulus acquirendi* con un *modus acquirendi*. Como títulos para la adquisición jurídica de naturaleza real, se introdujeron en el derecho de cosas los derechos de crédito. Por una parte perdieron éstos su peculiar significación, pero por otra aparecen como elementos constitutivos del derecho de cosas. El Derecho nacional prusiano (1-7-11) y el Código Napoleón (711 y sig.) van tan lejos que únicamente consideran a las obligaciones como títulos y olvidan en este momento la obligación personal pura. En su consecuencia, el negocio real pierde su substantividad, y en cuanto no es parte integrante del acto jurí-

Como veremos más adelante, el término técnico *jus ad rem* pierde su específica significación en los romanistas del siglo XVIII y se confunde durante el siguiente con la obligación.

III

PERFECCIÓN DEL DOGMA

Antes de la redacción del último texto legal citado, la teoría del título y modo, gracias a las contribuciones jurídicas y filosóficas, se había consumado. Juan Apel (1486-1536), en su obra *Isagoge per dialogum in IV lib. inst.*, censura a los que incluyen la donación entre los modos de adquirir, porque lógicamente debe figurar al lado de la compra y del mutuo, y exponiendo la doctrina de la tradición, aconseja no se confundan los modos de adquirir con los contratos, delitos, cuasi-contratos y cuasi-delitos. Con mayor energía en la *Methodica dialectices ratio ad jurisprudentiam adcommodata*, repite el consejo y agrega: una cosa es el dominio y otra la obligación; el primero es algo perfecto; la segunda, en verdad, cosa imperfecta. Así como también son diferentes la causa del dominio (es decir, el modo de adquirir) y la causa de la obligación (por ejemplo, el contrato). No hay nada de común entre los modos de adquirir y la obligación, a menos que no nos refiramos a que los contratos frecuentemente son causa de la tradición. En su consecuencia, la tradición es un modo de adquirir el dominio de naturaleza más débil (*infirmitas*). Todo lo cual si hubiese venido a la mente de Bartolo, no le habría permitido distinguir entre el título singular y el universal, sino más bien entre contrato y modo de adquirir.

La ocupación, hallazgo, tradición, etc., son causas próximas y generales del dominio, el contrato es causa remota título de dominio (1).

A pesar de que Apel fué considerado como el inventor de la teo-

dico que engendra la obligación, se perpetúa únicamente como modo de adquirir. Pero en el Derecho francés se amalgama por completo con el acto obligacional (Gierke. Op. cit., pág. 109.)

(1) Vide Hofmann. Op. cit., pág. 21.

ría, se ve que la limitaba a ciertos casos de adquisición derivativa, advirtiéndole que fuera de la tradición, aprehensión o retención no había lugar a distinguir los dos elementos. Pero recogidas estas nociones por metafísicos eminentes, cuando la jurisprudencia se hallaba decadente, y en unos tiempos que daban más valor a las distinciones escolásticas que al estudio de las fuentes, sufrieron una verdadera deformación por hipertrofia.

Nuestro Domingo de Soto, en su tratado de *Justitia et jure* (1), contesta a la pregunta «*Quid sit titulus*»: Verdaderamente el título es la base del dominio, la raíz de la que brota. Es, pues, título del dominio la naturaleza, la ley, el contrato, la elección... El título del obispo es la elección. El título por el cual alguien posee una casa, es la herencia natural, la compra, la prescripción.

Luis de Molina amplía la idea: los jurisconsultos llaman título del dominio o del derecho la raíz de donde sale el dominio o un derecho cualquiera público o privado, mientras la tradición es una condición de su existencia regular (2).

Siguiendo en el mismo camino, aunque con mayor precisión, señala I auterbach (3) la diferencia entre causas y modos de transferir el dominio. La causa precede, como eficiente, menos principal e impulsiva, provocando el *jus ad rem*, la acción personal para exigir la tradición. El modo es el acto o instrumento mediante el cual se adquiere el *jus in re*. Otra cosa pasa en los modos originarios, donde no pueden separarse la causa y el modo, que coinciden.

Un momento detenida la evolución del dogma por los primeros juristas de la escuela de Derecho natural y por los grandes comentaristas franceses, que apenas conceden valor a la distinción, surge con tal fuerza en las obras de Wolff, que Thibaut lo considera producto (*Philosopheme*) de su escuela.

Efectivamente, en el fondo de su filosofía palpita el pensamiento escolástico de que todo cuanto está libre de contradicción, o es posible, encuentra en la existencia o actualidad su término natural. En cierta manera, confunde la representación de lo no contradictorio con la realidad de su contenido. Así, pues, el modo de adquirir es el hecho por el cual nos hacemos partícipes de un derecho

(1) Libro IV. Quæstio. I.

(2) Vide los textos en Hofmann (op. cit., pág. 18).

(3) Ibidem., pág. 16.

cualquiera. El título, la razón legal por cuya virtud un hecho puede provocar tal derecho. El concepto no sólo se extiende a los modos originarios, por ejemplo, a la ocupación, en donde funciona como título la ley natural (1), y a la prescripción, en donde la nuda posibilidad equivale al título, sino que se refiere a todos los derechos subjetivos y a las situaciones jurídicas en general. Así, Wolff habla de los modos de adquirir la patria potestad. El modo equivale a un mero acontecimiento jurídicamente cualificado por el título, de suerte que en cualquier modificación del estado de derecho operan ambos elementos como un par de fuerzas. Inútil añadir que en este sistema mediante el *jus ad rem* (título) se adquiere el *jus in re*.

Prestan su decisivo apoyo a la doctrina Daries (1714-1791) y Heinecio. El primero, a quien Stahl llama el más significado y consecuente discípulo de Wolff, concreta los principios generales sentados por su maestro, en la especial materia de la adquisición de los derechos reales, y afirma categóricamente que sin título y modo de adquirir nadie puede tener un derecho real. (*Sine titulo absque modo acquirendi nemo jus in re quadam habere potest*). Quien alegue la adquisición de un derecho real, debe probar primero el hecho adquisitivo y después que tal hecho contiene la razón suficiente de aquella adquisición. Esta razón es la *causa remota* de la adquisición. Aquel hecho se llama causa próxima. *Causa remota vocatur titulus, proxima vero modus acquirendi*. Pero el nombre del citado autor, muy poco conocido en nuestra patria, apenas si puede ponerse al lado del que durante los dos primeros tercios del pasado siglo ha resonado constantemente en nuestras cátedras de Derecho Romano, y a quien se debe la póstuma divulgación de un dogma que ya se descomponía en los sepulcros doctrinales. Heinecio, cuyas Instituciones, Relaciones y Elementos tantas ediciones alcanzaron en nuestras imprentas (2), entra en el estudio de la que llama causa del dominio, distinguiendo la remota de la próxima: aquélla se dice título hábil para transferir el dominio (*veluti pro emto, pro legato, pro donato, pro dote, pro suo, pro derelicto, pro permutato, pro transacto, pro adjudicato*) y confiere

(1) *Quod occupatione rerum nullius adquiratur dominium*. Es el punto de vista que más tarde ha de adoptar el Código civil austriaco, artículos 380-385.

(2) «Las recitaciones a los elementos de Heineccio son el texto seguido generalmente en las Universidades». (Gómez de la Serna. Prólogo al Curso Histórico-Exegético del D.^o R.^o, VII, tercera edic., Madrid, 1863, Sánchez)

inmediatamente (1) sólo un *jus ad rem*, no el dominio, mientras la última, modo de adquirir, constituye el *jus in re*. Ambas distan entre sí tanto como el cielo de la tierra (2).

El título no confiere un *jus in re* si no va acompañado de tradición; pero son excepciones de esta regla: 1) El derecho de hipoteca; 2) Las servidumbres negativas; 3) Las cosas adjudicadas en los tres juicios divisorios, y 4) Las adquisiciones por última voluntad.

Al terminar el segundo tercio del siglo XVIII, esta teoría se ha generalizado en los países germánicos, y su influencia en la cátedra es incontrovertible. Sobre ella se moldea el Derecho Nacional Prusiano (3), como más tarde el Código civil austriaco. En cambio, la doctrina francesa, siguiendo las huellas de Cuyacio y Donello, no se deja influir por la distinción. Pothier la desconoce y con él los redactores del Código Napoleón.

Todavía no había comenzado el siglo XIX cuando Hugo y Thibaut, a los cuales siguieron Schöman, Konopak, Bucher y Seuffert, atacaron con tal energía la doctrina, que bien pronto fué reputada falsa e insostenible (4) y relegada a las notas eruditas de los libros doctrinales.

¿Cómo se verificó esta renovación técnica y perdió su cetro una teoría que todavía en nuestra patria rige los destinos del derecho hipotecario?

En otro artículo intentaremos dar una idea de la reñida y aun no acabada discusión que llevó a nuestra técnica desde el título y el modo al llamado principio del consentimiento.

JERÓNIMO GONZÁLEZ.

(1) *Qui omnes ad rem tantum, non dominium operantur.* Elem. Jur. Civ. Ed. nova Hosp. Mat. Boix, 1846, pág. 132.

(2) Recitaciones del Derecho civil Romano. Trad. de Collantes. Séptima edic., tomo I, Valencia. Aguilar, 1879, pág. 223.

(3) Preussisches Allgemeines Landrecht de 1794.

(4) El estudiante español que casi considera de derecho divino la teoría del título y modo, se desorienta cuando, tratando de profundizar la materia, se halla con esas frases de Arndts, u otras parecidas: «La doctrina es teóricamente insostenible y prácticamente inútil» (Strohhal); «atacada esta teoría en el año 1790 por Hugo, después por Thibaut, Schöman, y de nuevo por Hugo, quedó reducida a la nada, desapareció por completo de los libros doctrinales y a todo más es citada desde entonces como una curiosidad histórica (Krainz-Pfaff-Ehrenzweig).

El Catastro parcelario y su sentido histórico

Juicio crítico expositivo de los sistemas usados en España
para obtenerlo

I

INTRODUCCIÓN

De dos caminos generalmente siguen los escritores para exponer sus ideas. Prefieren unos encabezar sus obras con la definición del asunto que van a exponer. Gustan otros de dar comienzo a sus trabajos, analizando en sus diversos aspectos la materia objeto de estudio y siguiendo un camino bordeado por rigurosa lógica para llegar al final, estableciendo la definición. Construyen los primeros, por síntesis pura, sujetando en todo momento sus raciocinios a la verdad doctrinal establecida, cristalizada o sintetizada en la definición objeto de estudio. Presenta este método la ventaja de resumir en breves oraciones el resultado final de la serie de operaciones mentales llevadas a cabo en un ciclo analítico, dando a conocer al lector, *a priori*, el punto adonde se dirige. Los segundos, partiendo de ideas universales, van analizando las soluciones adecuadas para cada una de las necesidades o exigencias presentadas, polarizando en una sencilla fórmula que satisface todas aquéllas, llegando, por deducción, a establecer la definición. Este procedimiento tiene la ventaja de conducir al lector, paso a paso, hacia la verdad deducida. Es el método de

los desarrollos propio para colmar más adecuadamente las exigencias del espíritu investigador. Así, pues, nosotros, utilizaremos en lo posible este último, que consideramos más apropiado a nuestro modesto objeto, ya que desconocemos las dificultades que encierran las definiciones por exactas, claras y acertadas que sean.

II

EL CATASTRO : SENTIDO Y DESARROLLO HISTÓRICO EN GENERAL

La palabra Catastro se deriva, al parecer, del griego *Katastizo*, distinguir por puntos, y según otros del latín *Capitastum*, que significa cabida, capacidad. Pero bien tenga su origen en una u otra raíz, lo cierto es que a través de los siglos, de las fronteras y de las razas; esta palabra tuvo siempre en medio de los diversos estados políticos que la usaron un sentido sustancial y propio de *ubicación* de la propiedad inmueble. Tal es así, que aun por remotas que sean las civilizaciones, siempre encontramos en ellas descripciones más o menos detalladas sobre los principios que informan este sentido. Los conceptos cardinales de deslinde y mensuración se hallan prescritos en los libros sagrados de todas las religiones, por viejas que se nos presenten. Tanto en la antiquísima civilización egipcia como en la asiria y la caldea, hallamos pruebas documentales, a pesar de tantos siglos, que corroboran esta afirmación. Si de estas civilizaciones pasamos a la no menos venerable por su ancianidad de la India, encontraremos también en las leyes de Manú preciosos detalles a este objeto. No existe en las leyes escritas de ningún pueblo de la antigüedad una legislación tan detallada y completa como la que constituyen las leyes de la India, las célebres leyes de Manú que escribiera Manava-Dharma-Sastra. En el libro VIII dedica veintitún artículos a reglamentar los deslindes y amojonamientos de los términos municipales y de las propiedades por disposiciones más detalladas y más previsoras que ninguna otra legislación. Pero si hemos de consolidar aun nuestra tesis, séanos permitido pasar una sucinta revista sobre la clásica civilización de la Roma Augusta.

Sabida es la importancia que los romanos concedían al deslinde

y amojonamiento de las propiedades. El admirable pasaje de Siculius Flaccus es una prueba concluyente de este aserto. Y así vemos también la importancia concedida al establecimiento de los *finis* o espacios que servían generalmente de límites a las propiedades rurales, sobre las cuales vagaba vigilante el dios Término, a cuya custodia consagraba la religión pagana los campos de las familias romanas.

Es difícil, al parecer, que lleguemos a obtener modernamente una organización territorial tan completa en este sentido, como la que alcanzó Roma en su época de culminante esplendor.

El precepto sobre límites estatuido en la ley de las XII tablas, que forma la base del derecho romano es, constructivamente hablando, tan completo, que al correr de los tiempos constituye en nuestros días el signo de más alto valor ideal sobre esta materia.

Como ya es sabido se ordenaba en aquella ley previsoramente, sabia y justa, que los campos pertenecientes a propietarios distintos, debían ser separados por un espacio libre de cinco pies—*finis quinque pedum*—, del que se tomaba la mitad de cada una de las propiedades contiguas.

Y como todas las fincas del suelo romano, dado el carácter religioso de estos preceptos estaban en virtud de sus imperativos, en estas condiciones, el deslinde y amojonamiento de las propiedades era permanente, y de ahí el valor inatacable que concedían en orden jurídico a los asientos efectuados en sus libros catastrales.

Desde antes de Justiniano, Roma formó su Catastro territorial, en el cual se describieron con el detalle posible para aquella época los campos y heredades de todos los ciudadanos romanos. Y dieron a las inscripciones de su Gran Libro Censuario tal valor legal, que ellas servían, no sólo para sentar el derecho de propiedad al suelo y distribuir equitativamente las impuestas, sino que todos los derechos civiles que aquella sociedad otorgaba a sus súbditos los definía, regulaba y clasificaba, por lo que aparecía descrito en las matrices de los libros catastrales.

Si examinamos con detenimiento los catastros llevados a cabo por diferentes generaciones en épocas diversas, observaremos cómo en todos ellos ha presidido el sentido formal de ubicación de la propiedad. Sólo este hecho explica la costumbre usual de recurrir y apelar en casos de duda a las descripciones de los Catastros

como medio de prueba, respetándose como verdaderos títulos justificativos del dominio, siquiera sea en cuanto a la posesión concierne. Determinada la situación relativa de cada propiedad, no sólo con relación a sus limítrofes, sino también con las restantes del término municipal en que se halla enclavada; deslindados y fijados sus linderos, determinados los derechos al suelo de cada propietario, es en sí el Catastro parcelario, por virtud de las operaciones de orden científico y legal efectuadas, la institución pública donde halla estado cierto, seguro e inmovible el derecho de propiedad al suelo. Pero si *grossomodo* hemos expuesto ya cuanto más principalmente concierne a esa característica cardinal de ubicación de los catastros en general, preciso es que consignemos también en una superficial reseña, siquiera sea a modo de índice, los intentos que en nuestra patria se han llevado a efecto para establecer tan importante obra.

III

BREVE RESEÑA DEL CATASTRO EN ESPAÑA

Sin remontarnos a una época innecesaria a nuestro objeto, suplicamos al lector nos siga en nuestro trabajo al reinado de Don Pedro I. de Castilla. Es esta época cuando el poder señorial de los encastillados feudales más se agita y cuando más revueltas andan las pasiones, que levantan el incendio de los odios entre las poderosas familias castellanas que comparten en el pleito que presenta la Casa de los Alburquerque, pretendiendo dividir las Behetrías, empeño que haya ruda oposición en toda la nobleza castellana, a cuyo frente se destaca en cruzada intransigente el ínclito noble de Castilla D. Juan Rodríguez de Sandoval.

Contemplamos también en medio de este cuadro la incertidumbre jurídica en que se hallaban las Behetrías de las Merindades de Castilla. El *devisero*, esfumada de su propiedad, apenas sabe lo que ha de exigir al vasallo; los derechos de éste a merced de los caprichos de aquél, cuando no incrementados éstos con las bárbaras pretensiones de los sayones del Fisco; confundidos los derechos reales con los señoriales, y en continua lucha el pueblo contra

el Fisco, por la forma injusta de la exacción de los impuestos, se imponía hacer una descripción detallada de los derechos de todos, y a este efecto proclamaron las Cortes de Valladolid en octubre de 1351, la necesidad de hacer una pesquisa general por todos los pueblos de Castilla, formando así un libro, donde públicamente constasen los derechos de todos. Tal pesquisa se efectuó en los años de 1352 y 1353, consignándose todos los datos, en el que mereció a la posteridad el epíteto de famoso Libro Becerro o Catastro de las Behetrías. Y a partir de aquí vemos ya, en casi todos los conocidos, el sentido de ubicación que antes hemos proclamado. Viene en corroboración de este aserto el hecho valiosísimo de que este libro, «que anda por la cámara del Rey», como en su tiempo escribía López de Ayala, fuera declarado por la Audiencia de Valladolid, quien lo utilizó cinco siglos como «el código más exquisito» para juzgar en toda clase de derechos reales, señoriales, municipales y comunes.

Ya más adelante vuélvese otra vez a sentirse la necesidad de un Catastro más general. Es reinando Felipe II, cuando en el año 1775, por Cédula real de 7 de agosto se ordena hacer «una descripción e historia de todos los pueblos de estos reinos», a cuyo fin se encarga de tal trabajo al cronista de este Rey y profesor de la Universidad de Alcalá D. Pedro Esquivel, cuyo trabajo se conoce con el nombre de Catastro de Esquivel. Al hablar Jovellanos de esta obra, dice «que es bien difícil de decidir si será más glorioso para nosotros haberla logrado y poseído, que vergonzoso haberla perdido u olvidado».

Tal trabajo quedó incompleto hasta que reinando Fernando VI, el Marqués de la Ensenada, influído por las nuevas corrientes económicas, se decide a implantar el Catastro parcelario, describiéndose las propiedades en formularios hechos exprefeso. Este Catastro, base de los actuales amillaramientos, se conserva actualmente en el histórico Archivo de Simancas, donde ocupa, si mal no recordamos, dos salas de la planta principal de tan magnífico edificio. En la confección de este Catastro se tardó unos cuantos años, y costó cuarenta millones de reales.

Más perfecto que el anterior es el que efectuaba el Consejo Real de Castilla, cuya terminación frustró la invasión napoleónica.

En éste se describen una por una todas las propiedades pertenecientes a cada término municipal, el cultivo de la finca, su si-

tuación por el pago o paraje, sus linderos, su forma y posición. los cargos que tiene, y sobre todo lo que le hace más progresivo y más perfecto que los anteriores es la fijación de la superficie en muchos casos asignada, «según resulta de la medida del geómetra-agrimensor», terminando la descripción de cada finca con la fórmula ritual de «cuya figura es la que está al margen», viéndose en éste el *gráfico* correspondiente.

Las Cortes de Cádiz, conocedoras de los defectos de que nuestro sistema tributivo adolecía, decretaron en 25 de junio de 1812 que se ejecutara un Catastro y Estadística de todo el Reino. También Cataluña, Aragón y Mallorca tienen sus catastros, como los anteriores, más o menos rudimentarios.

Pero cuando comenzó a sentirse con más rigor la necesidad imperiosa de dotar a la nación de esta obra fué en el año 1845, fecha en que el Ministro de Hacienda, Sr. Mon, implantó el sistema tributario vigente.

La revolución que produjo tan radical cambio de sistema, puede suponerse con sólo tener presente que redujo a uno solo los *trescientos impuestos* que por entonces se conservaban. Pero apenas implantado, a pesar de sus ventajas evidentes sobre el sistema anterior, no hubo más remedio que reconocer que no teniendo la base del Catastro parcelario, las injusticias cometidas en la repartición de las cuotas tributarias eran enormes, resultando la contribución territorial por este método tan onerosa, que a su paso, sin beneficios para la nación, agobia la producción, mata la riqueza, fomenta el caciquismo, e impide una científica organización de los Registros de la Propiedad.

En 3 de diciembre de 1852 se encomienda al Ministerio de la Guerra el levantamiento de los planos topográficos-catastrales de España, y en 5 de junio de 1859 se promulgó la ley para «la medición del territorio».

Más tarde, en el año 1865, se publicó el Reglamento para la formación del Catastro, el cual se llevó a cabo en toda la provincia de Madrid, constituyendo una obra modelo en su género, siendo de lamentar que a tan meritísimo trabajo no se le haya dado otra aplicación que el abandono y el olvido. En la actualidad está recogido en los Archivos del Instituto Geográfico. Este Catastro parcelario es el único de todos los que ha hecho el Estado en el siglo anterior y en lo que llevamos de éste que merezca el nombre de

tal. Ocioso parece añadir que de haberse continuado su ejecución, interrumpida en el año 1870 al crearse el Instituto Geográfico, al presente tendría España, no sólo un excelente Catastro, sino también un completísimo mapa, y lo que aún es más importante regularizada su situación económica y organizados también en forma racional sus Registros de la Propiedad.

En 14 de agosto de 1895 se comienza, por vía de ensayo, en la provincia de Granada, los desdichados trabajos agronómico-catastrales (?) por masas de cultivos. Persistiendo en el error se promulga la ley de 25 de agosto de 1896, con arreglo a la cual había de hacerse los trabajos catastrales, ¡cómo no!, por masas de cultivos. Y se vió lo que se tenía que ver. Que no llegando las masas al repartimiento individual, no servían para nada. Pero como había alguien interesado en continuar con tan absurdo sistema, se promulgó en 27 de marzo de 1900 la ley de Catastro y Registro fiscales, que, en verdad, sólo este último nombre merece, y aun parcamente si a sus resultados hemos de atenernos.

En 1 de octubre de 1902 se creó una Junta bajo la presidencia de Echegaray, para proponer las bases para una ley de Catastro parcelario, la cual presentó su trabajo, que hizo suyo siendo Presidente del Consejo el Sr. Maura, y que, con pocas variantes, constituye la vigente ley de Catastro promulgada en 25 de marzo de 1906, reformada en la parte tributaria por la de 29 de octubre de 1910.

En el año 1917 se reorganizaron los trabajos catastrales de España, dejando vigente la ley de 1906, si bien barrenada totalmente en algunos de sus preceptos por absurdos e irrealizables, fracasados definitivamente en la práctica.

Pero como los errores fundamentales quedaban en pie, los clamores del pueblo contra los trabajos que a todos perjudicaban sin beneficiar a nadie, llegaron a tener eco en las Cortes de 1923, donde el Conde de Colomí expuso, en forma magistral, lo absurdo de todo cuanto se hacía, y la necesidad de cambiar de rumbo, enfocando el problema con tino, justeza y ponderación, acometiendo de una vez y para siempre la confección del Catastro parcelario en nuestra patria.

Barridos del escenario político los turnantes del viejo régimen, el Directorio militar decretó en 26 de febrero del fenecido año, la constitución de una Comisión para proponer las normas necesarias

para llegar en España al Catastro parcelario, y fruto de su trabajo es el dictamen de decreto-ley elevado al Directorio, y que ya conocemos por la Prensa.

IV

FUENTES DE DOCTRINA

Partiendo del principio de que la gobernación de los pueblos no debe racionalmente proponerse otro fin que el de asegurar e incrementar su bienestar por todos los medios posibles, es natural que el Estado, como persona jurídica que representa y desenvuelve la vida social, necesite tener como condición, *sine qua non*, para su normal existencia, la seguridad de que todos los que emplea para conseguir ese fin superior que los resume todos, alcanzan el resultado propuesto. La ciencia política, impotente de por sí para producir tan elevado fin, ha de valerse en su privativa función de otras ciencias que la ayuden, focos luminosos que, arrancándola de las tinieblas, presenten a los hombres de gobierno ese conjunto de hechos sociales que en torno suyo se producen en la vida cotidiana y les enseñen el camino que han de seguir en la resolución de múltiples cuestiones que, colmando las exigencias y necesidades de sus gobernados, conducen a la sociedad por la anchurosa vía del progreso, a la rápida y certera posesión del objeto apetecido.

Este fin transcendental se llena cumplidamente con el Catastro parcelario en cuanto a los hechos relacionados con el territorio se refiere. El Catastro parcelario, parte la más importante de la Estadística, ofrece a la ciencia política datos de suprema valía revelando la división del suelo según su apropiación por el hombre, poniendo de manifiesto la importancia y desarrollo que alcanzan los productos que en la tierra se producen, tan necesarios para la vida del hombre, y consolidando la propiedad territorial, «firmísimo y eterno estímulo de la actividad humana, al par que inagotable manantial de producción», y mostrando sus datos las crecientes necesidades de los modernos Estados, sus errores y sus imperfecciones, es la guía más fiel de que los estadistas se pueden valer para asesorarse en sus resoluciones, evitando constantes conflictos, dan-

do sus veraces estadísticas cabal idea de los medios de vida que la riqueza matriz de todas las demás otorga a las naciones. Es, en fin, expresión inequívoca de su estado moral y material en un momento dado.

Pero ha de tenerse también presente que la propiedad inmobiliaria, como parte integrante y constitutiva del suelo nacional, del territorio de la Patria, es elemento primordial y esencial de soberanía e independencia, y, por tanto, el Estado ha de aparecer como copartícipe en el dominio de esa propiedad individual o particular, y de ahí el que tenga como una de sus cardinales funciones el intervenir, poniendo de manifiesto esa propiedad, ya que a todos los ciudadanos interesa conocer, puesto que afecta a lo que constituye la base de su vida e independencia. Es decir: que la propiedad territorial, a pesar de ser individual, tiene un carácter eminentemente social, y de ahí la consideración de su exacto conocimiento para toda clase de aplicaciones civiles, y de ahí también el que interesando a todos los asociados su conocimiento, sea el Estado, como superior representación social, el llamado a planear, dirigir y llevar a cabo la consecución de este importantísimo objeto o, lo que es igual, de hacer el Catastro parcelario del territorio nacional.

Y es evidente que sólo con ese conocimiento exacto de las realidades en que se desenvuelve la riqueza territorial, los impuestos y gravámenes que sobre ella pesen o hayan de establecerse, podrán tener el signo característico de equidad y justicia.

En otro aspecto, sin el Catastro parcelario, es decir, sin la determinación física o geométrica de cada inmueble, no es posible el establecimiento de un Registro hipotecario que reúna garantías de precisión y exactitud. El Catastro parcelario es la base gráfica, incommobile en que debe basarse la propiedad raíz; sin él los derechos inscritos poco o nada denotan, ya que siempre recaerían sobre cosa indeterminada, desconocida, cuya existencia sólo el Catastro parcelario puede en todo momento garantizar. El Catastro y el Registro de la propiedad se deben complementar y ambos deben tender a un mismo fin, aunque para alcanzarlo se dirijan por distintas vías. El Catastro parcelario da el contenido físico de la finca situándola en la posición exacta que con relación a las demás, guarda dentro del polígono topográfico, y, por tanto, dentro del término municipal. El Catastro debe ser al aspecto material del inmueble, lo

que el asiento del Registro es a su aspecto jurídico. El Catastro que ha de merecer el nombre de tal, ha de demostrar la existencia física individualizada por la extensión y los límites. El Registro ha de probar el dominio y demás derechos reales a la propiedad inherente.

Hemos visto ya por la reseña hecha anteriormente, el amplísimo campo en que ha de desarrollarse la institución del Catastro parcelario. Y es evidente que para alcanzar tan altos objetivos los principios en que ha de fundamentarse han de ser de un valor ético indiscutible y sus medios de orden racional o rango científico, para que la obra, aposentada en tan recios cimientos, resulte eternamente incommovible.

De acuerdo con lo bosquejado anteriormente, en cuyos principios comulgamos ardorosamente, definimos nosotros el Catastro parcelario diciendo que *es la institución oficial que da fe de la existencia individual de la propiedad inmueble que determina por procedimientos científicos relacionándola constante e individualmente con el último poseedor, constituyendo la catalogación viva de todas las propiedades en que se halla dividido el territorio nacional.*

Conforme a estos sanos principios expondremos en lo que sigue los distintos sistemas empleados en nuestra patria para llevar a cabo esta obra, y en su consecuencia, ver si cumplieron con los principios doctrinales que, por definición son substantivos a tan beneficiosa institución.

P. DE CASTAÑEDA Y AGUNDEZ

(Continuará.)

Un anteproyecto de Código civil español

Cuando la muerte sorprendió al que fué ilustre catedrático de Valladolid, Granada y Madrid D. Felipe Sánchez Román, hallábase entregado, como vocal de la Comisión especial de revisión del Código civil (1), a la redacción de un verdadero anteproyecto que, desgraciadamente, no ha pasado de la parte general.

La importancia que para nuestros estudios y para los legisladores llamados a reformar el derecho privado español tiene esta obra, producto de la meditación y experiencia del maestro de Derecho civil que con más genial esfuerzo logró armonizar nuestra tradición jurídica con las exigencias de la técnica moderna, es tan extraordinaria que *Revista Crítica*, a cuya redacción ha llegado el borrador, por el camino de los recuerdos cariñosos y sin miras de publicidad, se cree en el deber de violar el secreto y exponer a la consideración de sus lectores la trascendental modificación proyectada.

Suprime el texto parte del título preliminar, que, como saben todos los que se ocupan de estas materias, más pertenece al derecho público que al privado, y trata en un solo libro, siguiendo la sistematización que desde Savigny es clásica en las Universidades alemanas y desde el comienzo de los *Estudios de Derecho civil* del mismo Sánchez Román se ha vulgarizado en nuestras aulas, de las personas como sujetos, de las cosas como objeto y de la causa como generatriz de los derechos y de las obligaciones.

(1) La formaban con él los Sres. Aldecoa y Charrin, que le secundaban con entusiasmo.

Nos limitamos en este número a la publicación del primer capítulo del Título I del indicado libro, que comprende la materia relativa a las personas naturales, y nos abstenemos tanto de hacer comentarios como de anotar otras observaciones que las necesarias para justificar la interpretación de los pasajes dudosos o para consignar las adiciones o apostillas del documento original.

LIBRO PRIMERO

P A R T E G E N E R A L

TÍTULO I

De las personas como sujeto de los derechos, y de las obligaciones civiles.

CAPÍTULO PRIMERO

De la capacidad de las personas naturales o individuales (2).

SECCIÓN PRIMERA

DISPOSICIONES GENERALES

Art. 20. La persona natural, por el mero hecho de serlo, goza de los derechos civiles, y tiene, dentro de los límites de la ley, una aptitud igual *que las demás individuales* (3) para ser sujeto de derechos y obligaciones. Esto constituye su capacidad jurídica en general.

Art. 21. La persona mayor de edad y capaz de íntegro y libre discernimiento tiene el pleno ejercicio de los derechos civiles y es apta para adquirir y obligarse. En esto consiste su capacidad civil.

Art. 22. Es capaz de íntegro y libre discernimiento, en el sentido del presente Código, toda persona que no esté desprovista

(2) Esta última denominación tiene un interrogante.

(3) Lo subrayado es una acotación que, sin duda, tendía a circunscribir a las personas físicas el lema «igualdad ante la ley».

civilmente de la facultad de obrar, por su menor edad, su enfermedad mental o por cualquiera otra de las causas que, según las leyes, la *nieguen*, *extinguen* o la *modifiquen* o racionalmente excluyan esta presunción (4), como la embriaguez, la fuerza u otros motivos semejantes, simultáneos al acto de cuya validez se trata.

Art. 23. Los actos del incapaz de íntegro y libre discernimiento carecen de fuerza legal, salvo en los casos de excepción expresamente determinados por la ley.

Art. 24. Los menores y los interdictos por la ley no gozan del pleno ejercicio de los derechos civiles, y no les perjudica ni les aprovecha acto ninguno sino cuando se realizan interviniendo su representación legal y según las condiciones especiales de la ley.

SECCIÓN SEGUNDA

DE LAS CAUSAS QUE MODIFICAN LA CAPACIDAD CIVIL DE LAS PERSONAS NATURALES

Art. 25. El nacimiento determina la personalidad; pero el concebido se tiene por nacido para todos los efectos que le sean favorables.

Sólo se reputará nacido el feto que viviese durante veinticuatro horas enteramente desprendido del seno materno.

Art. 26. La prioridad del nacimiento, en el caso de partos dobles, da al primer nacido los derechos que la ley reconozca al primogénito.

Art. 27. El nacimiento, el sexo, la edad, la enfermedad o ciertos defectos físicos, mentales (5) o legales, como la demencia, la imbecilidad, la sordomudez completa, la ceguera, la impotencia, la prodigalidad, la interdicción civil y la residencia y la ausencia, son causas modificadoras o restrictivas de la capacidad civil en los términos y para las aplicaciones *especiales* (6) que establece este Código.

Sin embargo, los que se hallaren en alguno de esos estados son susceptibles de nuevos derechos y de obligaciones cuando éstas nacen de los hechos que deban afectar en justicia y por decla-

(4) En el borrador aparece esta mezcla de modos indicativo y subjuntivo como resultado de correcciones parciales.

(5) Entre paréntesis: *racionales o legales*.

(6) Entre renglones: *especiales*.

ración de la ley a los bienes del incapacitado en favor de los de un tercero, y, además, de los derechos y *obligaciones* (7); pero no de su ejercicio o cumplimiento, respectivos, que les correspondan y les sean imputables en las relaciones civiles ya constituidas (8) o nacidas después.

Art. 28. La mayor edad empieza a los veintitrés años cumplidos.

El mayor de edad es capaz para todos los actos de la vida civil, salvo las excepciones establecidas por la ley, y cuando obtenga el beneficio de la mayor edad con arreglo a lo dispuesto en el artículo de este Código.

Art. 29. El menor de edad huérfano de padre y madre puede obtener el beneficio de la mayor edad por concesión del Tribunal tutelar, aprobada por la Sala de gobierno de la Audiencia territorial respectiva.

Art. 30. El menor que hubiere obtenido la habilitación de la mayor edad, o el emancipado, serán capaces para regir su persona y bienes como si fueran mayores de edad; pero hasta que la cumplan no podrán tomar dinero a préstamo, gravar ni enajenar bienes inmuebles y efectos públicos, títulos y valores que produzcan renta, sin consentimiento: el menor (9) sujeto a tutela, del tutor, protutor, Consejo de familia o cualquiera de sus vocales, y el emancipado, sin el de su padre; en defecto de éste, sin el de su madre, y por falta de ambos, sin el de un (10) defensor que al efecto se le designe.

Tampoco podrán comparecer en juicio sin la representación de alguna de dichas personas.

Art. 31. La declaración de incapacidad mental se hará en procedimiento sumario, debiendo el juez examinar por sí mismo al denunciado como incapaz y oír a los parientes que lo soliciten. La declaración de incapacidad que se refiere a sordomudos fijará la extensión y límites de su representación legal por la tutela, según el grado de incapacidad de aquéllos.

(7) Con interrogante

(8) Entre paréntesis. Todo el final se halla puesto en entredicho por una interrogación marginal.

(9) Suprimida la palabra *antes*.

(10) Transformado el *su* en *un*. Véase los artículos 59 y 317 del Código civil.

Art. 32. Contra la resolución del juez de primera instancia podrán apelar, dentro del término de diez días, para ante la Sala de gobierno de la Audiencia territorial, el mismo interesado, su defensor, los parientes que hubieran sido oídos en el procedimiento y el Ministerio fiscal.

Art. 33. Firme la resolución de declaración de incapacidad, el interesado o su defensor podrán reclamar contra ella entablando demanda ordinaria ante el juez de primera instancia, que se substanciará por la tramitación de los incidentes.

Art. 34. En cualquier tiempo en que haya cesado la causa de la incapacidad puede el interesado o su defensor o los parientes dentro del cuarto grado solicitar que se levante la interdicción y cese el estado de tutela. La petición se dirigirá al juez de primera instancia, con el recurso de apelación para ante la Sala de gobierno de la Audiencia territorial.

Art. 34. La declaración de prodigalidad deberá hacerse en juicio contradictorio.

Por virtud de la declaración de prodigalidad de una persona quedará ésta incapacitada para la administración y disposición de los bienes que estén en su propiedad, en la de su cónyuge o hijos y en general de los bienes de la sociedad conyugal.

Sólo pueden pedir la declaración de que habla el artículo anterior el cónyuge o los herederos forzosos del pródigo, y, por excepción, el Ministerio fiscal por sí o a instancia de algún pariente de aquéllos, cuando sean menores o incapacitados.

Cuando el demandado no compareciere en juicio le representará el Ministerio fiscal, y si éste fuera parte, será nombrado por el juez un defensor, sin perjuicio de lo que determina la ley de Enjuiciamiento civil sobre los procedimientos en rebeldía, en cuanto sean aplicables al caso sus reglas generales.

Para asegurar en su caso (11) el resultado de la demanda de prodigalidad, y a los efectos de lo dispuesto en el artículo (228), el actor podrá pedir la anotación de la demanda en el Registro civil, así como en el de la propiedad, respecto de los bienes inmuebles del supuesto pródigo (12).

(11) Con interrogante.

(12) Entre renglones: bienes inmuebles o derechos reales del presunto pródigo. Y también: respecto de los derechos que tuviese inscritos en este último

La sola declaración de prodigalidad deja subsistentes los derechos que al pródigo corresponden en la familia como marido y como padre en sus relaciones personales con su mujer y con sus hijos, en cuanto tales derechos no se refieran a los actos de administración y disposición a que se contrae el artículo (221).

Los actos del pródigo anteriores a la demanda de interdicción no podrán ser atacados (13) por causa de prodigalidad (14).

Art. 35. Son inhábiles *para ser testigos* (15), por incapacidad natural :

1.º Los locos o dementes.

2.º Los ciegos y sordos, en las cosas cuyo conocimiento depende de la vista y del oído.

3.º Los menores de catorce años.

Art. 36. La Religión y la profesión religiosa no producirán otras modificaciones en la capacidad civil que las establecidas en el presente Código o en las aplicaciones que leyes especiales determinen.

Art. 37. El delito sólo produce, para los autores, cómplices o encubridores los efectos civiles que los Códigos civil y penal establecen determinadamente.

La pena es sólo causa modificativa de la capacidad civil del penado, por virtud de la interdicción civil que produce para el mismo ; pero exclusivamente en las expresas aplicaciones que el Código civil, el penal u otras leyes establezcan, sin que por analogía pueda extenderse a ninguna otra.

Art. 38. Cuando sea firme la sentencia en que se haya impuesto la pena de interdicción, el Ministerio fiscal pedirá el cumplimiento del artículo (203). Si no lo hiciere, será responsable de los daños y perjuicios que sobrevengan.

También pueden pedirlo el cónyuge y los herederos *abintestato* del penado.

Art. 39. Son españoles para todos efectos civiles :

1.º Las personas nacidas en territorio español.

2.º Los hijos de padre o madre españoles, aunque hayan nacido fuera de España.

(13) Entre renglones: invalidados-anulados.

(14) Los artículos que van entre paréntesis son del Código civil

(15) Con interrogante.

3.º Los extranjeros que hayan obtenido carta de naturaleza.

4.º Los que, sin ella, hayan ganado vecindad en cualquier pueblo de la Monarquía.

Art. 40. Los hijos, mientras permanezcan bajo la patria potestad, tienen la nacionalidad de sus padres.

Para que los nacidos de padres extranjeros en territorio español puedan gozar del beneficio que les otorga el número primero del artículo (17), será requisito indispensable que los padres manifiesten, en la manera y ante los funcionarios expresados en el artículo 19, que optan, a nombre de sus hijos, por la nacionalidad española, renunciando toda otra.

Art. 47. Los hijos de un extranjero nacido en los dominios españoles deberán manifestar dentro del año siguiente a su mayor edad o emancipación si quieren gozar de la calidad de españoles que les concede el artículo (17).

Los que se hallen en el reino harán esta manifestación ante el encargado del Registro civil del pueblo en que residieren. Los que residan en el extranjero, ante uno de los agentes consulares o diplomáticos del Gobierno español, y los que se encuentren en un país en que el Gobierno no tenga ningún agente, dirigiéndose al Ministerio de Estado de España.

Art. 48. La calidad de español se pierde por adquirir naturaleza en país extranjero y por admitir empleo de otro Gobierno o entrar al servicio de las armas de una potencia extranjera sin licencia del Rey.

Art. 49. El español que pierda esta calidad por adquirir naturaleza en país extranjero, cuando vuelva al reino podrá recuperarla, declarando que tal es su voluntad ante el encargado del Registro civil del domicilio que elija para que haga la inscripción correspondiente y renunciando a la protección del pabellón de aquel país.

Si permaneciendo en el extranjero quiere recuperar su calidad de español, hará la oportuna manifestación ante uno de los agentes consulares y diplomáticos de España, y si se encontrase en un país en que el Gobierno no tenga ningún agente, dirigiéndose al Ministerio de Estado.

Tanto en los casos del artículo (16), se cumplirá estrictamente

(16) La frase está cortada, y así lo hace notar una indicación marginal.

lo dispuesto en los arts. 99, 100 y 101 de la ley del Registro civil, y no surtirá efecto el cambio de nacionalidad sino desde el día en que sea inscrito en dicho Registro.

Art. 50. La mujer casada sigue la condición del marido si por el hecho del matrimonio la adquiere.

La española que casare con extranjero podrá, disuelto el matrimonio, recobrar la nacionalidad española llenando los requisitos expresados en el artículo anterior.

Art. 51. El español que pierde esta calidad por adquirir empleo en otro Gobierno o entrar al servicio de las armas de una potencia extranjera sin licencia del Rey, no podrá recobrar la nacionalidad española sin obtener previamente la rehabilitación.

Art. 52. El nacido en país extranjero de padre o madre españoles que haya perdido la nacionalidad de España por haberla perdido sus padres podrá recuperarla también llenando las condiciones que exige el artículo.

Art. 53. Para que los extranjeros que hayan obtenido carta de naturaleza o ganado vecindad en cualquier pueblo de la Monarquía gocen de la nacionalidad española han de renunciar previamente a su nacionalidad anterior, jurar la Constitución de la Monarquía e inscribirse como españoles en el Registro civil.

Art. 54. Los españoles que trasladen su domicilio a un país extranjero donde, sin más circunstancia que la de su residencia, en él sean considerados como naturales, necesitarán para conservar la nacionalidad de España manifestar que ésta es su voluntad al agente diplomático o consular español, quien deberá inscribirlos en el Registro de españoles residentes, así como a sus cónyuges, si fueran casados, y los hijos que tuvieran.

Art. 55. Las Corporaciones, Fundaciones y Asociaciones reconocidas por la ley y domiciliadas en España gozarán de la nacionalidad española siempre que tengan el concepto de personas jurídicas con arreglo a las disposiciones del presente Código.

Art. 56. Los extranjeros gozan en España de los derechos que las leyes civiles concedan a los españoles, salvo lo dispuesto en el art. 2.º de la Constitución del Estado o en Tratados internacionales.

Art. 57. Las Asociaciones domiciliadas en el extranjero tendrán en España la consideración y los derechos que determinen los Tratados o leyes especiales.

Art. 58. La capacidad legal de los extranjeros, su estado y condición se regirán por su ley nacional.

Art. 59. A los extranjeros que residan en España les serán aplicables las leyes de su país relativas a los derechos y deberes de familia, si no fueran contrarias a los intereses públicos de España.

Art. 60. Los bienes muebles están sujetos a la ley de la nación del propietario; los inmuebles, a la ley del país en que están sitos.

Art. 61. Las sucesiones legítimas y las testamentarias, así respecto al orden de suceder como a la cuantía de los derechos sucesorios y a la validez intrínseca de sus disposiciones, se regulará por la ley nacional de la persona de cuya sucesión se trate, cualquiera que sean la naturaleza de los bienes y el país en que se encuentren.

Art. 62. Las formas y solemnidades de los contratos, testamentos y demás instrumentos públicos se rigen por las leyes del país en que se otorgan.

Cuando los actos referidos sean autorizados por funcionarios diplomáticos o consulares de España en el extranjero, se observarán en su otorgamiento las solemnidades establecidas por las leyes españolas.

Art. 63. (Recogiendo lo suprimido del primer párrafo del 16, que debe decir):

«Estos estatutos de leyes aplicables a los extranjeros a que se refieren los cinco artículos precedentes, como reglas generales, son obligatorios en todas las provincias del reino, cualquiera que sea el Derecho nacional español, común o foral, por que se rijan las relaciones civiles entre las personas, sobre los bienes o respecto de los actos de que se trate.»

Art. 64. Para el ejercicio de los derechos y el cumplimiento de las obligaciones civiles, el domicilio de las personas naturales es el lugar de su residencia habitual, y en su caso, el que determine la ley de Enjuiciamiento civil.

Art. 65. Los esponsales de futuro no producen obligación de contraer matrimonio. Ningún Tribunal admitirá demanda en que se pretenda su cumplimiento (17).

(17) Este artículo y el siguiente se hallan remitidos al Derecho de familia por nota marginal.

Art. 66. La acción para pedir el resarcimiento de gastos a que se refiere el párrafo anterior sólo podrá ejercitarse dentro de un año, contado desde el día de la negativa a la celebración del matrimonio.

Art. 67. Puede existir el domicilio simultáneamente en varios lugares, y concluye cuando cesa la residencia habitual con intención de abandonarlo.

Art. 68. La mujer casada tiene el domicilio legal de su marido, fuera de los casos de excepción, según el art. (58 R.); el hijo legítimo o legitimado, el de su padre y, en su defecto, el de su madre, respecto del último cuando fuese conocida; el hijo natural, el de su padre, si lo conoció, o el de su madre, cuando sólo se halle reconocido por ésta, lo mismo que los demás ilegítimos no naturales que la tengan conocida; el adoptivo, el del adoptante.

La legitimación o la adopción de mayores de edad no afecta al domicilio legal de éstos.

Art. 69. La ausencia modifica o extingue la capacidad civil del ausente en los términos taxativos que determina este Código.

Puede ser de tres clases o grados: ausencia presunta, ausencia declarada y presunción de muerte.

Las dos primeras modifican la capacidad del ausente; la última, si se confirma con la prueba directa del hecho de la muerte del ausente o con su no aparición (18) posterior, la extingue.

Art. 70. La personalidad civil se extingue por la muerte de la persona.

Art. 71. Siempre que para ejercitar un derecho se haya de tener por base cualquiera de los supuestos, bien de que una persona existe, o de que ha muerto, o de que vivía en cierta fecha, o de que ha sobrevivido a otra persona determinada, incumbe la prueba al que así lo afirma, como fundamento necesario de su pretensión.

Art. 72. Lo propio sucederá si se duda entre dos o más personas llamadas a sucederse quién de ellas ha muerto primero, debiendo probarse la afirmación que cada uno haga. A falta de prueba, se presumirán muertos al mismo tiempo, y no tendrá lugar la transmisión de derechos de una a otra.

(18) Entre renglones: definitiva. Y al margen: explicar lo de definitiva a los cien años, a meditar.

Art. 73. Sólo en el caso de que se trate del fallecimiento de una persona cuyo cuerpo no haya sido hallado cabe reputar aquél como probado, cuando la desaparición de la persona ha ocurrido en tales circunstancias que hagan racionalmente indudable su muerte.

Art. 74. Pasados treinta años desde que desapareció el ausente o se recibieron las últimas noticias de él, o ciento (19) desde su nacimiento, el juez, a instancia de parte interesada, declarará la presunción de muerte.

También procederá dicha declaración cuando una persona haya desaparecido en circunstancias de peligro de muerte, naufragio, incendio, inundación, guerra, epidemia o cualquier otra análoga, pero seguida de falta de noticias durante tiempo bastante, según racional apreciación, para el caso especial de que se trate, siempre que pase de un año sin noticia alguna posterior de su existencia.

Serán parte legítima para solicitar dicha declaración las personas comprendidas en el artículo...

Art. 75. Los cónyuges están obligados a vivir juntos, guardarse fidelidad y socorrerse mutuamente (20).

(19) El texto mecanografiado dice *noventa*, como el Código vigente.

(20) Remitido a *familia*, por nota marginal.

El Notario público en Inglaterra

Por H. C. Gutteridge, decano de la Facultad de
Derecho de la Universidad de Londres.

I

ESTATUTO Y FUNCIONES DE LOS NOTARIOS EN INGLATERRA

No existe en el Derecho inglés ninguna definición consagrada al estatuto y funciones del notario y las diversas tentativas hechas de vez en cuando por los autores no satisfacen. La mejor es acaso la que da Halsbury en las leyes de Inglaterra (*Laws of England*): un notario es un empleado nombrado reglamentariamente cuyas funciones oficiales son, entre otras: redactar, probar o atestiguar, generalmente bajo sello público, actas y documentos, incluso las cesiones de *bienes* reales y personales situados en Inglaterra, en los Dominios Británicos o en países extranjeros; notificar o acreditar transacciones relativas a títulos negociables, preparar testamentos o documentos *mortis-causa* y levantar protestas y actas auténticas sobre la mayoría de los contratos marítimos (1).

Esta definición no es completa. Resume, es cierto, la mayor parte de las funciones que un notario está llamado a desempeñar en Inglaterra, pero no hace resaltar los aspectos dominantes de su

(1) *Halsbury-Laws of England*, XXI, 493. Véase igualmente Brooke, *Tratado sobre el oficio y práctica notariales*, séptima edición, por James Cransstone, 1913, pág. 18. (La definición adoptada en las ediciones precedentes ha sido abandonada) Burns, *Ley eclesiástica*, vol. III, 2

situación y sus deberes. El lector no percibe claramente en esta definición las funciones peculiares del notario, a saber: el carácter internacional de su misión que hace indispensable su intervención en un gran número de transacciones comerciales y de otra clase que, por razones diversas, deben ser autenticadas por él, antes de ser reputadas conformes con la legislación extranjera. En realidad, es una especie de funcionario internacional con obligaciones diversas que debe su existencia a la necesidad de que ciertos documentos y transacciones sean autenticados por un oficial público de identidad e integridad indiscutibles. Recordemos que, en lo que concierne a los negocios exclusivamente ingleses, las funciones del notario son poco interesantes, y salvo excepciones sin importancia, todo lo que puede hacer un notario, puede ser ejecutado igualmente por un *solicitor*. Las funciones de orden internacional son las que constituyen el monopolio de los notarios y justifican su existencia como profesión jurídica en Inglaterra.

El estatuto y las funciones del notario pueden resumirse de la manera siguiente: En teoría los notarios comparten con los *solicitors* el derecho de ejercer a título de *conveyancers*, es decir: de redactar testamentos, contratos matrimoniales, transferencias de propiedad, arriendos, alquileres, hipotecas, contratos comerciales y otros análogos. Pero de hecho los notarios raramente son llamados a prestar su ministerio por estos motivos, aunque insisten de vez en cuando, sobre su derecho a desempeñar estas funciones y su pretensión indudablemente se halla bien fundada (2).

Sin embargo, por excepción, se confía a un notario las mutaciones de propiedad, y la razón es doble. En primer lugar, la mayoría de los que ejercen la profesión de notario tienen a la vez el título de *solicitor* y cuando realizan operaciones de transferencia, lo hacen como *solicitors* y no como notarios. En segundo término, el Derecho inglés no exige que los documentos de este género sean autorizados por un funcionario público o legalizados bajo sello notarial, y por consecuencia, no hay ninguna razón para que el público deje de recurrir al *solicitor* cuando se trate de transferencias de propiedad, testamentos o certificados.

De suerte que, aunque un notario se halle autorizado para ejer-

(2) Sus derechos se hallan especialmente protegidos por la ley 54 y 55. *Not. chap.*, 39, art. 44

cer la función de *conveyancer*, este aspecto de sus deberes profesionales queda en la penumbra, y en general, los ingleses ven en el notario un práctico cuya principal función es autenticar los instrumentos destinados a ser utilizados en el extranjero, autorizar protestos de letras de cambio extranjeras, redactar los protestos marítimos, de que más tarde se hablará, traducir en inglés documentos jurídicos y preparar ciertos instrumentos públicos como los poderes (*powers of Attorney*) que han de producir efectos en el extranjero y deben, por consecuencia, ser redactados en lengua extranjera y con arreglo a la ley extranjera. Se advierte, pues, que el estatuto del notario inglés es completamente excepcional y que no existe en ninguna parte, como no sea en los países de derecho anglo-americano, una profesión semejante. Sin embargo, la ley reconoce plenamente su situación profesional. El notario está dispensado, por su cargo, de las funciones de jurado. El derecho positivo (*comisión Law*) le autoriza para cobrar sus honorarios por vía ejecutiva, y le otorga un privilegio general sobre los documentos que retiene hasta que se le reembolse. De otra parte, como luego se verá, está sometido a la intervención del Estado y protegido contra la competencia de personas no cualificadas.

En resumen, su situación como miembro de una profesión jurídica especial, se halla plenamente reconocida y sancionada por la ley. La profesión de notario está contenida en límites relativamente estrechos. La lista legal (3) de 1924 da como existentes 500 notarios, de los cuales 27 ejercen en Londres y los demás en las provincias. Liverpool tiene mayor número de notarios que cualquier ciudad de Inglaterra, y este solo dato es una prueba evidente del carácter internacional de sus funciones. Como la mayoría de los notarios son *solicitors* no puede decirse que ocupe una situación preponderante entre las profesiones de derecho.

He insistido hasta aquí sobre el hecho de que el notario en Inglaterra posea una situación muy diferente de la de sus colegas continentales. Además, y esta es otra característica, tiene funciones eclesiásticas. Esto lo explicará la reseña histórica que sigue, pero las relaciones con la Iglesia, en la mayoría de los casos, son puramente nominales. Una de las ramas notariales la constituyen

(3) La *Lard list* es una publicación semioficial que suministra informes sobre el personal judicial y las profesiones jurídicas.

los notarios eclesiásticos, funcionarios de los Tribunales eclesiásticos que no son en ningún sentido jurisperitos, y que, por lo tanto, podemos preterir en este estudio, aunque sea necesario mencionarlos de pasada, para evitar errores sobre su situación y deberes.

II

ORIGEN Y DESENVOLVIMIENTO HISTÓRICO DE LA PROFESIÓN NOTARIAL

El origen de la profesión notarial en Inglaterra está rodeado de obscuridad, y los materiales con ayuda de los cuales puede reconstruirse su historia son tan raros e inseguros, que se apoya en conjeturas más que en pruebas escritas. Se pueden encontrar aislados ejemplos del ministerio en los siglos XI-XII y XIII en lo que concierne a la prueba documental auténtica (4), pero los notarios empleados con este objeto parecen haber sido extranjeros cuya autoridad emanaba no de la ley inglesa, sino de un nombramiento del Papa o del Sacro Imperio Romano. Se puede suponer que eran, probablemente, eclesiásticos sin residencia fija que habían abandonado su país en la esperanza de encontrar una situación (5) tras los mares, o bien que venían a Inglaterra para otros negocios y se servían de su profesión para recuperar los gastos de viaje. El solo hecho claro que aparece es que, al principio del siglo XIII, no había un cuerpo de notarios ejerciendo, como tales, en Inglaterra. En el año 1237, el cardenal Otho, legado del Papa, reunió un Concilio general en Londres para averiguar la situación de la Iglesia en Inglaterra, y los trabajos de este Concilio nos dicen que, en esta época, no había notarios en el país, y que, por consecuencia, debían tomarse medidas para instituir ciertos dignatarios eclesiás-

(4) Estos ejemplos están citados en el *Notario* (Notary) de Brooke, páginas 9 y siguientes. Debe concederse particular atención al sello y a la legalización de una concesión real de hacienda (*manor*) bajo el reino de Eduardo el Confesor por cierto Swardius, notario.

(5) Así el Rey Juan otorga una pensión a un notario papal hasta que hubiera encontrado un beneficio.

ticos con sellos oficiales para conferir autenticidad a los contratos y demás instrumentos (6).

Si esta idea se puso en práctica alguna vez, cosa que parece poco probable, no parece haber llegado a la creación de un cuerpo orgánico de notarios, porque todas las huellas que, tocante al empleo de notarios en los siglos siguientes, se pueden descubrir, demuestran que en Inglaterra sólo había notarios del Papa y del Emperador (7). Eduardo II hizo, en 1329, una tentativa para limitar sus atribuciones, cuando, tomando medidas para afirmar las prerrogativas reales contra las intromisiones del Papado, se dió orden al arzobispo de Canterbury y a los *Scheriffs* de Londres de prohibir el ejercicio a los notarios del Papa y del Emperador (8).

Esta política de exclusión no parece, sin embargo, que haya dado resultado (9), porque vemos a los notarios ejercer en Inglaterra hasta el reinado de Enrique VIII (10). Primitivamente eran eclesiásticos, pero la política de la Iglesia, que impedía al Clero el ejercicio de una profesión secular, consiguió separarle de la función notarial, y es probable que al terminar el siglo xv, la profesión comienza a ser reservada a los laicos, exceptuando los notarios eclesiásticos que eran oficiales de los Tribunales de la Iglesia. En esta época los notarios eran nombrados por el arzobispo de Canterbury que obraba como delegado del Papa, pero algunos recibían su nombramiento directamente del mismo Papa o del Sacro Imperio Romano. Tenían, parece, el privilegio de conferir autenticidad a los documentos destinados al extranjero, pero podían desempeñar igualmente las funciones de *Conveyancers* (11)

(6) *Canones del Concilio general de Londres, 1237* (Brooke, op. cit., pág. 10).

(7) Brooke, op. cit., pág. 11.

(8) Brooke, op. cit., pág. 12.

(9) Brooke, op. cit., pág. 12. Los notarios están mencionados en el *Statute of Provisions, 1353*; y en 1365 un sir John Bourns fué preso por haber recurrido a un notario papal en un procedimiento ante un Tribunal civil (Court of Exchequer).

(10) Los archivos del Colegio de Escribanos (Scriveners) contiene una lista completa de los notarios que ejercían en Londres; y hasta el reino de Enrique VIII los notarios del Papa y del Emperador están especialmente designados como tales (Freshfield Society of Gentlemen Practicers).

(11) *Conveyancing* es el término consagrado por los juristas ingleses para designar la redacción de actas, testamentos y otras escrituras relativas

con otras dos categorías de prácticos que entonces existían, a saber los *scriveners* y los *attorneys*. Habiendo escapado el derecho inglés medieval a las influencias continentales, la técnica de la transmisión (*conveyancing*) se desenvolvió en Inglaterra de un modo muy diferente al de otros países, y especialmente el derecho no ha insistido nunca sobre la legitimación notarial de los testamentos, actas o contratos escritos. No había, pues, ninguna razón para que el público recurriese a los notarios con preferencia a otros peritos en derecho. Con seguridad, lo que tocaba a la transferencia de propiedad en cierto período de la historia del derecho inglés, era de la incumbencia, indistintamente de los notarios, procuradores (*attorneys*) y escribanos (*scriveners*), y este hecho esencial, unido a la desaparición de los últimos, y a la serie de acontecimientos que provocaron la concentración de estas funciones en manos de los *attorneys* parece explicar el fenómeno de que el notario inglés ocupe hoy una posición totalmente distinta de la de sus colegas del continente.

El primero de los tres cuerpos citados que afirma su pretensión de excluir a sus competidores de las transmisiones de propiedad, fué el de los *scriveners*. Como su nombre lo indica, desempeñaba el *scrivener* originariamente, funciones de escribano público. Al principio ejerció su profesión humildemente, escribiendo cartas, acaso, pero en seguida le encontramos como calígrafo copista de la *Court Hand*, es decir, de la escritura empleada en la compilación de ciertos documentos jurídicos. Desde la simple función de copista de esta clase, se llega rápidamente a la de práctico que los redacta, y podemos concluir que los *scriveners* constituyeron un cuerpo de prácticos que ejercían las funciones de *conveyancers* (12). La tendencia natural de la época llevaba a los que ejercían un comercio o una profesión a reunirse en cofradías con el objeto de obtener un monopolio en sus funciones y en 1573, los *scriveners* de la ciudad de Londres constituyeron una hermandad, ejemplo

a transferencia de propiedad, fiducia (*trust*) y negocios familiares. Esta tarea ha sido siempre considerada como una rama especial de la práctica jurídica. El empleo del término en el texto es, hablando con propiedad, un anacronismo, porque sin duda no se extendió probablemente antes del siglo XVIII.

(12) No se puede poner en duda que los *scriveners* ejercían en calidad de *conveyancers*. Freshfield indica que ha encontrado frecuentemente actos redactados por ellos, lo mismo que por notarios (op. cit., p. 13).

que parece haber sido seguido en otras partes de la nación (13). En Londres la Compañía de los *scriveners* pudo conservar su monopolio, pero debió abrir sus puertas a los notarios y a los *attorneys* que querían intervenir en las operaciones de transferencia. Así, poco a poco, la Compañía concluyó por comprender tres clases que se hicieron una ruda competencia (14). Los *scriveners* cedieron, sin duda, los primeros, y sus funciones principiaron a tomar un carácter diferente. De sus trabajos jurídicos pasaron a una tarea de naturaleza financiera, que en definitiva vino a ser conocida bajo el término *Scrivening*, y que consistía en recibir dinero de los clientes para colocarlo a su nombre y a voluntad del *scrivener*. La finalidad de esta operación era, sin duda, en un principio, conservar la facultad de preparar las escrituras de hipoteca o de otra especie necesarias para colocar capitales, pero paulatinamente *scrivening* vino a designar una tarea distinta, bastante parecida a la del corredor moderno. Una ley de quiebras publicada en tiempo de Jacobo I habla de los *scriveners* y los define como personas que reciben fiduciariamente (*trust*) o a cuya custodia se confían capitales o bienes ajenos (15). Parece, sin embargo, que las funciones de los *scriveners* eran desempeñadas igualmente por *attorneys* y acaso, también por los notarios (16), y todo lo que se puede decir con alguna certeza es que los *scriveners* desaparecieron de las listas comerciales con el desenvolvimiento de los Bancos y de los

(13) Freshfield (op. cit.) menciona los *Scriveners* de York, que parecen haber formado una Compañía; pero se sabe poco de las funciones de los *Scriveners* de provincia. La Compañía de los *Scriveners* de Londres recibió una carta de Jacobo I en 1616.

(14) Los anales de la Compañía enseñan que los notarios y los *attorneys* eran admitidos como socios, lo mismo que los *Scriveners*. (*Ditchfield City Companies*, pág. 312.)

(15) 21, Jac. I; C. 195-2 La edad de oro de los *Scriveners* fué el siglo XVII. Entonces se hicieron grandes fortunas, como la de sir Robert Clayton, que llegó a lord mayor. (*Ditchfield City Companies*, pág. 312). El padre del poeta Milton era *Scriveners*.

(16) En el pleito Martin versus Klingsley. (*Precedents in Chancery*, página 209.) *scrivener* significa: persona que coloca dinero a interés. En P. Malin-Rose, pág. 27, se encontrará un ejemplo de *attorney* que actúa de *scrivener*, y en 1853 lord Campbell en *Herman v. Jolinson*, 2, E. B., pág. 61, dice que los *attorneys* desempeñaron frecuentemente las funciones de *Scrivener*, aunque claramente se da a entender que la profesión no existía en esta época.

corredores, y que en una época anterior, probablemente en el siglo XVII, el vocablo *scrivening* había dejado de significar el cumplimiento de una tarea jurídica. Bástenos aquí insistir sobre el hecho de que la transferencia de propiedad (*conveyancing*) nunca fué monopolio de los *scriveners*, y que éstos la abandonaron poco a poco en favor de los otros colegas.

La desaparición de los *scriveners* dejó el campo de la transferencia a los notarios y a los *attorneys*. Los notarios, lo mismo que los *scriveners* nunca tuvieron monopolizada dicha función. Hemos visto que la persona que quisiera otorgar un acto auténtico o un testamento no estaba obligada por ningún concepto a recurrir a un notario y es probable que los *attorneys* más numerosos y más influyentes que sus rivales los suplantaron poco a poco, coincidiendo la afirmación inicial de sus pretensiones con la transformación del *scrivening* en agencia de carácter financiero. Estas cuestiones pertenecen al grupo de las hipotéticas, pero los acontecimientos se sucedieron probablemente del modo siguiente: Parece claro que, bajo el reino de Jacobo I los *scriveners* comenzaron a ser considerados como agentes de colocación de capitales (17) y que hacia la misma época los *attorneys* afirmaron su derecho de ejercer como *conveyancers*. En el asunto del auditor Curle (18), bajo el reinado de Jacobo II, se aludió a diferentes fallos en los cuales se había establecido que no se cometía un delito de difamación por decir que un *attorney* no era perito en materia de transferencias (*conveyancing*), y el presidente Hobart dijo «que no correspondía a un *attorney* autorizar documentos. Puede deducirse de esto que en tal época no estaba reconocido oficialmente el derecho de los *attorneys* a ejercer como *conveyancers*, y que en principio no debían intervenir en los litigios desde el punto de vista forense. No obstante, resulta claramente de los citados argumentos que los *attorneys* empezaban entonces a ocuparse de las transmisiones. La sugestión anterior se apoya igualmente sobre otro hecho: el «*Symbo-*

(17) Así resulta de la ley de quiebras (*Bank-ruptcy act*) de Jacobo I. Pero Malynes escribe en el siglo XVII (*Lex mercatoria*) que un negociante deseoso de tener un apoderamiento podía recurrir tanto a un notario como a un *scrivener*. Igualmente se encuentran en fecha posterior casos aislados de *scriveners* que ejercen como *conveyancers*. (Véase la prueba en el pleito *Harrison v. Smith*, mencionado en *Freshfield*. (Op. cit.)

(18) *Winsh's reports*, pág. 39.

leography» de West, libro que contiene fórmulas de traspaso (*conveyancing*) lleva, en la edición de 1594, el subtítulo de «Los notarios o escribanos» (*The notaries or scriveners*), que desapareció en la edición de 1647, lo que prueba el cambio operado entre ambas fechas (19).

Está igualmente probado que a fines del siglo xvi los notarios estaban absorbidos por las funciones referentes al tráfico internacional y que las transacciones (*conveyancing*) eran una ocupación subsidiaria. Tal estado de cosas aparece confirmado por uno de los raros esclarecimientos que tenemos del notario en esta época. El año 1574 cierto Ricardo Candler obtuvo un monopolio real para hacer y registrar pólizas de seguros y otros documentos mercantiles en la ciudad de Londres. Viendo en peligro su profesión, los notarios se quejaron inmediatamente al lord mayor, y esta queja da mucha luz sobre la naturaleza de sus funciones. Nos revela que la redacción y legalización de documentos tales como las pólizas de seguros, cartas de fletamento y conocimientos, formaban la mayor parte de su tarea, y que el monopolio de Candler amenazaba con la miseria a los notarios y a sus familias. Dos hechos fundamentales ponen de relieve esta queja. Primero, aparece presentada por la «Compañía de notarios de la ciudad de Londres», compuesta de 16 miembros. Por lo que se sabe, tal Compañía no ha existido nunca, y parece probable que los 16 notarios no constituyesen un Colegio independiente, sino que obraban juntos en calidad de miembros de la Compañía de *scriveners*, y que se llamaban «Compañía de notarios» para no meter en la discusión a los *scriveners* y a los *attorneys* que no estaban en ella interesados. Segundo, parece evidente que en esta época la transferencia de la propiedad (*conveyancing*) estaba, sobre todo, en manos de los *scriveners* y acaso de los *attorneys*, porque aun dando el valor correspondiente a las exageraciones propias de la reclamación, resulta de sus términos que las funciones de un notario de este tiempo se referían en gran parte, si no totalmente a negocios mercantiles más bien que a los instrumentos públicos ordinarios (20). No carece, pues, de fundamento la afirmación de que al terminar el

(19) Freshfield, op. cit., pág. XIII.

(20) Stow's Survey of London. Lib. V, pág. 242. Martiny's History of Lloyds, pág. 36.

siglo xvi el notario ocupaba un puesto muy parecido al que tiene en la actualidad.

La serie de acontecimientos puede resumirse de la manera siguiente: Primera etapa: los *scriveners* que no puedan apoderarse del monopolio de transferencias (*conveyancing*), logran incluir a los notarios y los *attorneys* que ejercen tales funciones en sus colegios o compañías. Segunda etapa: los *scriveners* se apartan gradualmente de sus tareas originales para acercarse a los agentes de cambio, mientras que los notarios en número pequeño, y ocupados por otros asuntos, no oponen resistencia activa a las intromisiones de sus numerosos y potentes rivales, los *attorneys*, en la esfera de la contratación. Tercera etapa: al principio del siglo xvii, los *attorneys* sientan definitivamente su derecho de autorizar transferencias y de separar eventualmente a sus dos rivales, los *scriveners*, que se retiran por completo, y los notarios, que abandonan prácticamente la lucha, aunque en teoría sostienen su *competencia* en la actualidad.

El resultado fué, de todos modos, que en los albores del siglo xviii los *attorneys* y los *solicitors* fueron los dueños de la situación. La compañía de *scriveners*, de Londres, hizo en esta época un esfuerzo supremo para impedir la autorización de transmisiones en la ciudad a los que no eran sus miembros, pero después de un largo proceso entre la compañía y los *attorneys* y *solicitors*, representados por la Sociedad *Of Gentlemen practisers*, los últimos ganaron el pleito fundamental *Harrison versus Smith* (21), y la lucha quedó terminada.

La compañía de *scriveners* existe todavía y juega un importante papel en la organización notarial, porque nadie puede ejercer estas funciones si no ha sido admitido como miembro de aquella compañía. Resta tan solo examinar las razones históricas que han asegurado la continuidad de relaciones entre los notarios públicos y la Iglesia. Originariamente, el poder para nombrar notarios correspondía al arzobispo de Canterbury, como representante del Papa en Inglaterra. La Reforma hizo necesario un cambio de tal estado

(21) Este asunto que Freshfield cuenta *in extenso* (op. cit.) fué fallado en 1765. La prueba aducida en el pleito muestra que en este tiempo la mayor parte del trabajo de *conveyancing* en Londres, estaba en manos de los *attorneys*.

de cosas, y por una ley promulgada bajo el reinado de Enrique VIII (ley sobre los dineros de San Pedro y las dispensas) (22), el poder de nombrar notarios fué conferido a la *Court of faculties*, tribunal eclesiástico unido al Arzobispado de Canterbury y presidido por un juez eclesiástico denominado *master of faculties*. En un principio, este tribunal tenía una gran libertad para nombrar notarios, pero en el siglo XIX este poder discrecional fué reglamentado por una serie de leyes a las que nos referiremos cuando más abajo estudiemos el modo de nombrar notarios en la actualidad.

Hubo algunos cambios en el estatuto notarial durante los últimos años, pero sin gran importancia; sus privilegios han sido celosamente defendidos, y la legislación moderna los ha modificado lo menos posible. La modificación principal ha sido impuesta por las exigencias del comercio. Hasta fecha reciente se acudía a los notarios para la redacción de los contratos de fletamento. Las minutas eran preparadas por el corredor, que representaba al armador, y la carta de fletamento oficial era casi siempre redactada por el notario (23). Pero la tendencia moderna a utilizar para cada trato mercantil fórmulas impresas, siguiendo los convenios aprobados en las conferencias entre armadores y negociantes, dió por resultado el confiar la redacción de estos documentos, cuando el caso llegase, a abogados o *solicitors* con práctica en el tribunal de comercio, y no a los notarios. La redacción de los préstamos a la gruesa incumbía igualmente a los notarios, pero la introducción de la navegación a vapor y la multiplicación y rapidez de las comunicaciones entre los centros comerciales del mundo entero por cable o telegrafía sin hilos ha provocado la desaparición total en Inglaterra de esta forma de contratación marítima.

III

ATRIBUCIONES ESPECIALES DEL NOTARIO

Vamos a insistir con algunos detalles sobre ciertas funciones que incumben particularmente al notario en Inglaterra. Se ha puesto de relieve que el desenvolvimiento histórico de la profesión se ha

(22) 25. Henry, VIII. C. 21

(23) Lord Tenterden C. 3. *Scriveners Company* (1830), pág. 319.

encauzado en el sentido de reconocer en el notario un agente indispensable para mantener las relaciones con los países extranjeros, más bien que un práctico de derecho inglés, y este aspecto del tema debe retener nuestra atención. Hemos dicho bastante del notario en materia de transferencias (*conveyancing*), debemos ahora dirigir nuestra mirada a otro campo de acción del notario.

A.—*Documentos destinados a país extranjero.*

En Londres y en los centros provinciales más importantes, la mayor parte de las funciones del notario consiste en autenticar los documentos que han de producir sus efectos en el extranjero y que, según la ley del país respectivo, deben ser legitimados por un notario. Con este fin, el ministerio notarial es frecuentemente reclamado por los hombres de negocios y, sobre todo, por los banqueros. Esta esfera de su actividad se ha extendido recientemente en varias direcciones. Se recurre frecuentemente al notario para la redacción de documentos, como los poderes (*powers of attorney*) o cláusulas de los estatutos (*articles of partnership*) necesarias para que aquellos surtan efecto en el extranjero, y en el cumplimiento de esta función se apela a su conocimiento del derecho como de las lenguas extranjeras. La traducción al inglés de los documentos jurídicos constituye otra rama importante de sus atribuciones, y que, sea dicho de pasada, es de la mayor importancia e implica muchos conocimientos y habilidad. Se ve, pues, que el notario inglés cumple, dentro de su competencia, tareas de múltiple carácter que exigen una capacidad profesional tan rigurosa como la requerida por cualquier otra rama jurídica en Inglaterra. Puede añadirse que el cargo de notario goza de gran crédito, resultado en parte debido a la atenta vigilancia del Tribunal de Facultades, y principalmente al sentimiento del honor que reina en la institución.

B.—*Protesto de letras de cambio.*

El derecho inglés distingue las letras de cambio destinadas al interior de las dirigidas al extranjero. Una letra de cambio inglesa es un efecto que debe ser girado y pagadero en las islas británicas

(24), término que comprende el Reino Unido, y las islas de Man y de la Mancha. Si una letra de cambio inglesa es protestada, la ley no exige que el protesto sea autorizado por un notario. A veces, aunque raras, una cambial inglesa se protesta para garantizar la aceptación o el pago por alguna persona responsable del mismo efecto o cuando se desea salvaguardar los intereses del portador, que puede tener que ejercitar sus recursos ante un tribunal extranjero y producir en el curso del proceso un protesto notarial. Pero, en general, el portador de una letra inglesa protestada simplemente se halla tan solo obligado a dar aviso del protesto a las personas que pueden resultar responsables para con él por virtud del giro, excepto al librado. El aviso es puramente secundario, y su omisión excusable, hasta el punto de que el portador está en cierta manera protegido contra sus consecuencias, siempre que la falta de aviso no perjudique la situación de las personas responsables, en virtud del efecto, y también cuando después que el mismo portador ha probado debidamente su diligencia, no puede darse el aviso. Pero en la hipótesis de cambiabiles extranjeras, la ley de 1882 exige además del aviso de protesto, que éste se formalice por notario público como condición jurídica para ejercer las acciones derivadas del efecto contra el librador o los endosantes, con reserva de las mismas excusas y excepciones que las que se aplicarían al aviso de protesto concerniente a una letra inglesa (25). El procedimiento relativo a una letra extranjera, es el siguiente: el efecto se remite al notario que, ante todo, lo copia en un registro llamado «Libro de Protestos». Seguidamente se presenta a la aceptación o al pago, según el caso, por el pasante del notario, y si la petición es desatendida se anota como protestado (*noted «for dishonour»*). La anotación (*noting*) es un término técnico usado para indicar la redacción por el pasante u oficial de un acta (*memorandum*) relativa a las circuns-

(24) Bills of Exchange Act. 1882, art. 4. Los demás son efectos extranjeros

(25) Las letras de cambio extranjeras han debido ser protestadas, en todo tiempo, por falta de pago, según la Law Merchant. Molloy, escritor del siglo XVII, declara que para que una parte tenga el derecho de promover una acción contra el librado en Inglaterra, poco importa que exista el protesto, pero si se trata de un reembolso contra el librador ultramarino, es preciso formalizar el protesto ante notario público (*De jure maritimo*, pág. 266). La materia está ahora regulada por la Bills of Exchange, act. 1882, art. 51.

tancias en que el protesto tuvo lugar. Se indica sobre la letra la fecha del protesto, el montante de los gastos y honorarios del notario, el número asignado al efecto en el «Libro de Protestos» y las iniciales del pasante. Se une al efecto una nota que contiene una sucinta exposición de las razones dadas al oficial para denegar el pago. Estos detalles se consignan en seguida en el «Libro de Protesto», donde el oficial pone igualmente sus iniciales. El procedimiento indicado (*noting*) es tan solo una medida preliminar de origen relativamente moderno, según parece (26). La anotación es una simple minuta sobre la cual el notario redacta posteriormente el protesto en forma solemne o para emplear el término técnico apropiado *la nota puede posteriormente ser DESENVUELTA en un protesto (the note can subsequently be «extended» into a protest)*.

El derecho inglés no exige ninguna forma especial para el protesto. En la práctica los notarios redactan los protestos con arreglo a formas utilizadas desde tiempo inmemorial y que no responden a ningún modelo especialmente consagrado (27). Es necesario, sin embargo, para que el protesto sea válido que contenga ciertos datos: una copia de la cambial, el nombre del requirente, lugar y fecha del protesto, su motivo, el requerimiento, la respuesta, si la ha dado el librado, o el hecho de no haberle podido encontrar (28). Si el efecto se ha perdido o inutilizado, o se halla indebidamente en poder del portador, puede hacerse uso de una copia para el protesto. El derecho inglés no exige que los pagarés a la orden sean protestados por falta de pago (29), pero hay costumbre de hacerlo a fin de dejar a salvo los derechos del portador en el caso de que promueva acción ante tribunal extranjero.

Un efecto extranjero debe, en general, ser protestado en el sitio en que ha sido desatendido (30). Pero puede suceder que no haya allí notario. En esta hipótesis, el portador se encontraría perjudicado si la Bills of Exchange act. de 1882 (art. 94) no viniese a su socorro autorizando a todo propietario o ciudadano acomodado del lugar

(26) Brooke, op. cit., pág. 110.

(27) Hay un modelo de Brooke, op. cit., pág. 301. Véase igualmente Encyclopedia of forncs. Vol. II, pág. 521.

(28) Bills of Exchange, act. 1882, art. 57 (1)

(29) Bills of Exchange, act. 1882, art. 80

(30) Hay excepciones Véase art. 51, lín. 6 de la Bills of Exchange, act de 1882.

para dar un certificado que hace las veces de protesto. El certificado debe redactarse en la forma indicada en el primer anejo de la ley, y en presencia de dos testigos, que deben asimismo firmar el certificado.

Los efectos extranjeros han de ser protestados cuando el librado resulta insolvente, a fin de salvar los derechos del portador en el caso en que se intentase una acción contra los interesados residentes en el extranjero. En este caso el protesto se llama protesto para mayor seguridad (*protest for better security*).

No se acostumbra a protestar las cambiales inglesas a no ser cuando se desee obtener una aceptación o pago por honor (*supra protest*) (31).

C.—La toma de juramento por los notarios.

El derecho que pertenece a los notarios de tomar juramento es de origen antiguo y se halla reconocido con la reserva de que los *affidavits*, es decir, las declaraciones juradas ante ellos, no se admiten en la tramitación de una instancia judicial (32). Tienen igualmente competencia para recibir las llamadas declaraciones estatutarias (*Statutory Declarations*). Estas declaraciones no se hacen bajo juramento, sino en la forma prescrita por la *Statutory Declaration*, act. de 1835, a cuyo tenor el testigo declara solemnemente que su testimonio es exacto. La declaración debe ser autorizada por el notario. Debe observarse de paso que el objeto de la ley de Declaraciones fué limitar la administración del juramento a los casos independientes del procedimiento judicial y sustituir la declaración al juramento en los procedimientos extrajudiciales. Una declaración falsa hecha consciente e intencionalmente constituye delito (33). Las

(31) Chalmers: *Bills of Exchange* trata largamente de esta cuestión, 8.^a ed., 259 y s.

(32) Si estas declaraciones han sido hechas con el objeto de utilizarlas en autos, el juramento debe ser recibido por un juez o ciertos funcionarios judiciales o bien por un comisionado (*Commissioner for Oaths*). Son estos *solicitors* particularmente cualificados que designa el canceller con arreglo a la ley (*commissioner for Oaths*, act. de 1889). En ciertos casos los juramentos pueden ser tomados por el notario, especialmente en lo que concierne a los derechos de Timbre.

(33) Primitivamente, según la misma ley, y en la actualidad por la de *perjurio* (*Perjury act* de 1911).

declaraciones estatutarias son utilizadas para fines muy variados, fiscales y otros (34), especialmente en la preparación de protestos marítimos (*ship protests*), y en ciertos casos para probar la ejecución de un testamento y cumplir las formalidades exigidas en materia de negociación de títulos del Estado en la Banca de Inglaterra (35). Pero en lo que concierne a varios dominios británicos de Ultramar, los notarios no pueden recibir *affidavits* o declaraciones destinadas a los mismos, salvo si se hallan especialmente autorizados por el Gobierno interesado (36).

D.—*Protestos marítimos.*

Una rama muy importante de las funciones del notario público y en teoría, si no en la práctica, ignorada del derecho inglés, es la relativa a protestos marítimos (*ship protests*). Son éstos declaraciones solemnes hechas ante notario tocantes a las circunstancias de las que, en el curso de un viaje, ha resultado un daño al navío o al cargamento. Tienen por objeto la consignación inmediata por escrito de los hechos, desvirtuando la presunción que de otro modo podría surgir sobre la negligencia en el gobierno del navío o en el manejo de la carga. El procedimiento empleado consiste, por de pronto, en anotar el protesto: el notario redacta una minuta con ayuda de las declaraciones hechas ante él por el capitán del buque y por todos los oficiales que pueden atestiguar las circunstancias justificativas del protesto. Esta minuta, copiada en los registros notariales, se firma por los interesados y se autentiza por el notario. Es preciso observar que, por su forma, la minuta no es un protesto, sino una simple medida preventiva que, llegado el caso, debe ser desenvuelta (*extended*) en un protesto formal. Este es un documento mucho más completo. Detalla los hechos contrastándolos con el diario de navegación y se legitima como declaración estatutaria

(34) Se encuentra un ejemplo de este uso en el art. 17 de la ley de *Compañías* (*Companies act* de 1908), que exige que el cumplimiento de las formalidades legales sea probado por una declaración estatutaria antes de que la Sociedad se inscriba en el registro.

(35) Véase Brooke, op. cit., págs. 21 y 294.

(36) Para las formalidades exigidas por la ley de los diversos dominios, en lo tocante a la materia, véase Brooke, op. cit., cap. X.

en virtud de la *Statutory Declaration*, act. de 1935, recibiendo autenticidad notarial. Se levanta protesto cuantas veces sea necesario, por ejemplo : cuando los propietarios de la carga formulan alguna reclamación contra el armador, cuando se quiere requerir a los aseguradores del buque o de la carga, y a veces en los casos de salvamento. El protesto carece de fuerza probatoria ante los tribunales, aunque pueda ser utilizado para combatir o disminuir el valor de la prueba aducida por la parte en cuyo nombre se haya levantado. El procedimiento ante los tribunales ingleses es de amplia libertad y permite a cada litigante aquilatar el peso de las declaraciones hechas por los testigos presentados por su adversario con un contra examen de las deposiciones verificadas anteriormente ante el notario para anotar el protesto. Algunas veces el Tribunal de comercio ordenará también la producción del protesto a título de prueba, pero esto no tendrá lugar cuando los hechos cuya prueba se intenta de este modo han sido seriamente discutidos. Los protestos autorizados a requerimiento de una de las partes en un procedimiento relativo a pólizas de seguros marítimos deben ser comunicados a la parte contraria antes de la audiencia.

Se evidencia así que, aunque los protestos no sean admitidos, en principio, a título de prueba, tienen una importancia considerable, sobre todo atendiendo a que el derecho marítimo inglés no exige del capitán del buque, cuando el navío llega a su destino, que haga una manifestación a las autoridades (37). Fuera de su utilización relativamente restringida en los procedimientos judiciales, tienen los protestos gran importancia porque los aseguradores y los banqueros se la conceden, y el arreglo de una diferencia depende corrientemente de la existencia de un protesto marítimo. Mucho pudiera decirse en favor del reconocimiento de estos documentos, en cualquier hipótesis, como prueba, pero esto contradiría a la regla de la *Common Law*, según la cual, una declaración escrita de un testigo, sobre su testimonio, no constituye prueba de los hechos a que se refiere.

(37) Véase el art. 242 y el 624 de los Códigos de Comercio francés y español, respectivamente.

E.—*Efectos de un acto o certificado notarial en Inglaterra.*

La diferencia entre los poderes conferidos al notario por las legislaciones del continente y por el derecho inglés, se pone de relieve de un modo notable en la actitud de los tribunales ingleses respecto de los documentos notariales. Hablando con exactitud puede decirse que una escritura o certificado notarial no tiene valor como prueba en un procedimiento judicial inglés, y que si se trata de documentos notariales extranjeros, los tribunales ingleses no les conceden importancia más que cuando así lo prescriba una ley o las normas procesales.

Hasta una época relativamente reciente, la práctica de los jueces llamados a decidir la admisión como prueba de los documentos notariales extranjeros, no era uniforme. De hecho, la opinión estaba dividida, aunque la tendencia general fuera la de negarse a distinguir entre los actos y certificados del notario inglés y los emanados de notarios extranjeros, exigiendo en todo caso que se comprobasen con medios probatorios independientes (38). Sería inútil insistir en la actualidad sobre el tema, porque la admisión de estos documentos como prueba se halla completamente regulada por disposiciones legislativas y normas del Tribunal Supremo. Debe recordarse, a fin de comprender el actual estado de cosas, que la regla fundamental del derecho de prueba en Inglaterra es que los hechos deben ser probados ante el tribunal por testigos bajo juramento, salvo ciertas hipótesis en que se admite la prueba escrita bajo juramento (*affidavit*) para reemplazar a la oral (39). En ambos casos,

(38) Las diferentes opiniones se hallan expuestas en Brooke (op. cit., págs. 68-70). La autorizada de Lord Cairns era contraria a la admisión de actas y certificados notariales como prueba; pero otros escritores, también de autoridad, se inclinaba a la opinión opuesta, y es imposible declarar que la discusión se halle definitivamente resuelta.

(39) La prueba en el procedimiento de la sección de Cancillería del Tribunal Supremo de Justicia y en los procedimientos interlocutorios de la sección del Banco del Rey, se hace generalmente por *affidavit*. Hagamos notar que en el Tribunal de Comercio las reglas de la prueba son suavizadas frecuentemente, y cuando se permite hacerlo en interés de las partes, se admite corrientemente como prueba, por ejemplo, los protestos notariales para evitar gastos y dilaciones

el testigo no puede hablar más que de los hechos de que tiene conocimiento personal. Las actas no pueden servir para probar los hechos a que se refieren, excepto contra su autor. Resulta de aquí que los documentos notariales no pueden *a priori* ser admitidos por dos razones. En primer lugar el sello y signatura del notario no sirven para nada, a menos que el notario se halle presente para reconocerlos, o que haga un *affidavit* con igual objeto, cuando este medio de prueba sea admisible. En segundo término, el contenido del documento notarial no constituye prueba, porque la persona sobre cuyas declaraciones se ha fundado no está presente para dar testimonio personal, de suerte que puede sufrir una contra prueba sobre su veracidad.

La estricta aplicación de estos principios a todos los documentos daría resultados deplorables, y han sido dulcificados en lo que concierne a algunos documentos públicos; pero los instrumentos notariales nunca han sido incluidos en la categoría de documentos a los que se concede este trato de favor. Cuando emanan de notario inglés no prueban nada, y el mismo estampado del sello debe ser comprobado por una prueba independiente. Pueden, sin embargo, ser utilizados por un adversario con el fin de desvirtuar el efecto de otra prueba que ha sido aducida por la persona a cuyo requerimiento han sido redactados aquéllos. En la hipótesis de actos notariales firmados en el extranjero, las reglas no son tan estrictas. Parece, pues, que un acta de protesto extranjera relativa a una letra de cambio impagada puede ser admitido para probar el hecho del protesto (40).

Las reglas del Tribunal Supremo preceptúan igualmente que, en ciertas hipótesis, las declaraciones juradas ante notario en Escocia, Irlanda o los Dominios y Colonias británicas pueden ser aducidas como pruebas, y que el Tribunal deberá aceptarlas sin exigir una prueba independiente del sello o firma notarial (41). Observemos que esta disposición se refiere únicamente a ciertos instrumentos notariales extendidos en territorio británico, pero los

(40) Esto no es una verdad absoluta. El único precedente sobre que se apoya esta afirmación, es una antigua decisión anónima, citada en 12 relaciones modernas. Pero es probable que la *Law Merchant* admitiese este género de pruebas, y apenas puede dudarse de que un certificado de esta naturaleza sería hoy aceptado.

(41) Rules of the Supreme Court Order 38, rule 6

actos de igual naturaleza firmados en país extranjero les fueron asimilados por dos leyes (42) que, debidamente concordadas, disponen que el juramento relativo a cualquier documento que deba utilizarse en un procedimiento inglés o deba registrarse en Inglaterra, puede ser prestado bien ante un representante diplomático o cónsul inglés, bien ante cualquier persona que tenga competencia para recibir juramento por virtud de la ley en país extranjero como, por ejemplo, un notario. En el primer supuesto, el sello o firma del representante diplomático o del cónsul no necesitan ser probados por un medio de prueba independiente, pero en la segunda hipótesis, el sello o firma del notario o de cualquier otra persona autorizada para tomar el juramento, debe ser comprobada por el cónsul británico, o si el instrumento ha sido firmado ante un Tribunal de justicia, por el certificado correspondiente.

Como se vé, si las reglas inglesas de la prueba fueran aplicadas con todo rigor, raros serían los casos en los que un instrumento notarial extranjero pudiera ser considerado como eficaz en Inglaterra. Pero en la práctica, estos instrumentos son de un uso frecuente, aunque irregular a veces. La práctica del Tribunal de Comercio, por ejemplo, consiste en tratar de obtener la prueba de los hechos de la mejor manera para evitar gastos y dilaciones, y cuando es necesario traer un testimonio tocante a un hecho sucedido en el extranjero, el juez consular ordena a menudo que los hechos sean probados, sin tener en cuenta las formalidades, a menos que no se suscite viva controversia. De esta manera los protestos formulados por los capitanes de buques mercantes ante los notarios extranjeros sirven frecuentemente de prueba ante dicho Tribunal. Además, los documentos notariales extranjeros son aceptados frecuentemente por los aseguradores y los banqueros como prueba suficiente de los hechos a que se refieren. De suerte que, aunque en teoría un acta notarial no tenga más que un valor despreciable, adquiere en la práctica un gran valor probatorio, y puede añadirse que hay una poderosa corriente opinión entre los juristas ingleses en favor de la admisión de estos instrumentos como medios de prueba en los procesos marítimos. Se reconoce que, puesto que son actas de hechos, redactadas en el momento en que sobrevinieron los acontecimientos litigiosos, es preciso preferirlas a

(42) Oaths act. 1889 y Oaths act. 1891.

otros medios de prueba perfeccionados posteriormente, cuando los litigantes han tenido tiempo sobrado para olvidar lo sucedido y aun para alterarlo a fin de sostener el asunto en la forma definitiva que ha tomado durante el procedimiento.

(De la traducción de *Théèse Lion* en la *Revue critique de Legislation et de Jurisprudence*)

Del momento actual

Ahora que se hallan sobre el tapete asuntos que afectan tan sustancialmente al Derecho inmobiliario y a las instituciones Notarial e Hipotecaria, como son el establecimiento del Crédito Agrícola y la reorganización del Catastro, urge que una Comisión formada por las clases directoras de ambos Cuerpos hagan una ponencia que entreguen inmediatamente a los Poderes públicos, en la que se desarrollen éstas o análogas

BASES

1.^a Se considerará pequeña propiedad todo finca rústica cuyo valor no exceda de 1.000 pesetas y toda urbana que no pase de 3.000.

2.^a Abaratamiento de la titulación sobre inmuebles encomendando a los notarios las informaciones posesorias por acta de notoriedad; las declaraciones de herederos, la justificación de la necesidad o utilidad en las enajenaciones de bienes de menores y la aprobación (hoy judicial) de las operaciones particionales.

3.^a A fin de evitar molestias y dispendios de viajes y dietas, se debe facultar a los secretarios de Ayuntamiento o jueces municipales en los pueblos donde no exista notario para que ante ellos se otorguen toda clase de contratos sobre bienes inmuebles considerados como pequeña propiedad según la base 1.^a. Se le asignarán muy módicos derechos.

4.^a Que no se haga alteración en el Catastro sino a base de documento inscrito. Con ello se logrará en el plazo más corto la más perfecta armonía entre el Catastro y el Registro.

REGISTRO

5.^a Reducir al 50 por 100 los derechos de aranceles notariales y de registradores en las operaciones de toda clase en que intervengan dichos funcionarios con relación a la pequeña propiedad.

6.^a Utilizar timbre de la última clase en todos los actos y contratos referentes a la pequeña propiedad y reducir el impuesto de Derechos reales al 2 por 100 en las transmisiones por contrato de dicha pequeña propiedad.

7.^a Nada perdería con ello el Tesoro, porque como ya no serían posibles las ocultaciones de documentos que hoy permanecen en el más impenetrable secreto, se obtendrían mayores rendimientos.

8.^a Obligar a inscribir toda la propiedad que no se halle inscrita en un período de dos años, con la bonificación del 50 por 100 de derechos de Aranceles, Timbre y Derechos reales aun cuando no se trate de pequeña propiedad; pero pasado ese plazo, establecer penalidades para los que no hayan inscrito. Para facilitar además las inscripciones se deben extender los efectos del artículo 20 de la ley Hipotecaria a las adquisiciones anteriores a 1.^o de enero de 1925: facultar asimismo a los notarios y en los pueblos donde no los haya, a los jueces municipales o secretarios de Ayuntamiento, a quienes se facilitarían modelos, para que ante ellos y por medio de acta de notoriedad se acredite la posesión en concepto de dueño, siendo directamente inscribibles en el Registro donde se archivaran dichas actas.

De este modo puede llegarse al establecimiento del Crédito Agrícola que encontrará en el Registro un eficaz instrumento para su ejecución y entonces podrá pensarse en que muchos capitales busquen sólida colocación en el Banco Agrícola que se formará.

Pero mientras se llega a esto, urge pedir que cese de una vez y para siempre esa desigualdad irritante, absurda, que existe en el trato que se da a una y otra clase de titulación por el antijurídico artículo 40 del Reglamento del Impuesto de Derechos reales. Dice así: «El impuesto se exigirá con arreglo a la verdadera naturaleza jurídica del acto o contrato liquidable, cualquiera que sea la denominación que las partes le hayan dado y prescindiendo de los defectos tanto de forma como intrínsecos que puedan afectar a su validez y eficacia, etc., etc.» Huelga todo comentario. Debe pedirse la modificación en éstos o parecidos términos: «El impuesto se exigirá con arreglo a la verdadera naturaleza jurídica del

acto o contrato liquidable, debiendo los liquidadores del impuesto exigir la subsanación de los defectos que observaren hasta asegurarse de la capacidad de los contratantes y de las relaciones dominicales de éstas con respecto a los bienes objeto del acto o contrato liquidable. En tanto se subsanen los defectos permanecerá el documento en la oficina liquidadora y se girará una liquidación provisional por el valor declarado. El liquidador podrá de oficio a costa del adquirente reclamar aquellos documentos necesarios para subsanar los defectos que notare, si requerido el adquirente no los presentase en el plazo de un mes en la oficina o no justificase haber llevado a cabo las gestiones necesarias para obtenerlas.»

JESÚS REQUEJO.

Registrador de la Propiedad.

Madridejos, 31-1-1925.

Legislación

Defensa por pobre

Insertamos íntegro a continuación el Real decreto de 3 del corriente por la gran importancia que tiene para los registradores de la Propiedad que hayan de representar al Estado en estos asuntos :

EXPOSICIÓN

Señor : Una de las materias de la ley de Enjuiciamiento civil que requiere pronta y radical modificación es la que se refiere a la defensa por pobre. Aunque el ideal de esta materia es la justicia gratuita con carácter de generalidad, necesidades de orden práctico y el estado de la Hacienda española impiden se vaya de una vez a la realización de dicho ideal.

Un paso en este sentido lo da el presente proyecto de decreto, que establece una importante novedad, y es la creación de lo que podría llamarse beneficio de media pobreza. En la actualidad es principio inconcuso en la Hacienda pública la progresión de los impuestos según el capital y los beneficios, y comoquiera que los gastos de la Administración de Justicia no son mas que una forma de impuesto, que paga quien la utiliza, de ahí que el principio de la progresión haya venido aplicándose a los nuevos Aranceles. Por esta misma razón, no parece justo que quien tenga con escaso sobrante las posibilidades señaladas por la ley para poder utilizar el beneficio de pobreza deba satisfacer los gastos igual que quien posea una cuantiosa fortuna, y que por la diferencia de unas pocas

pesetas haya quien pueda liquidar en forma de completamente pobre y quien deba hacerlo en forma de absolutamente rico. Sin embargo, establecer una verdadera escala progresiva acarrearía tal vez graves complicaciones prácticas, y por ello, rindiendo tributo al referido ideal, se establece la bonificación del 50 por 100 en los gastos de justicia a los que tengan determinadas posibilidades que superen a las requeridas para gozar totalmente el beneficio de pobreza; pero dentro de las que no pueda entenderse que se disfruta de una desahogada posición, que permita, sin quebranto, abonar totalmente los gastos que se originen del ejercicio de las acciones en la vía judicial.

Paralelamente a la mayor extensión del beneficio de pobreza precisa que se establezca una sanción para los que, encontrándose realmente pobres, abusan de ello, bastardeando la alta misión de los Tribunales de Justicia, a los cuales pretenden hacer servir de instrumento para la satisfacción de sus concupiscencias. A dicho fin figuran en este proyecto de decreto las adiciones a los artículos 32 y 36 de la referida ley, en las cuales se introduce la responsabilidad personal subsidiaria en el caso de que no satisfaga las costas el litigante amparado por el beneficio de pobreza respecto del cual se declare en la sentencia que ha obrado con mala fe.

No constituye esto una idea nueva, pues ya se admitía en las bases para la reforma de la ley de Enjuiciamiento civil, presentadas por Real decreto de 17 de noviembre de 1894. En la exposición que precede a dichas bases, el ministro que refrendó aquel Real decreto dice lo que sigue: «Para evitar que la mala fe, escudada en la insolvencia, pueda escapar a toda sanción y vejar impunemente a quien le parezca, se decreta en tal caso el apremio personal de insolvente a razón de un día de arresto por cada 25 pesetas de costas que dejara de satisfacer.»

Otra innovación se contiene en este proyecto de decreto. El artículo 17 de la ley de Enjuiciamiento civil establece el arbitrio judicial para desestimar la demanda de pobreza, cuando por los signos extremos pudiese sospecharse que quien la formulaba no era realmente pobre en el sentido legal de la palabra. Este proyecto de decreto, respetando desde luego esta facultad del juzgador, la hace extensiva (dentro de cierto límite) al supuesto contrario, permitiendo que el juez pueda conceder el beneficio de pobreza a quien por circunstancias especiales, aun rebasando las posibilidades señala-

das por la ley, deba entenderse que no podría soportar los gastos del pleito.

Por todo ello, el presidente del Directorio militar, de acuerdo con éste, tiene el honor de someter a Vuestra Majestad el siguiente proyecto de decreto.

Madrid, 3 de febrero de 1925.—Señor : A. L. R. P. de V. M.,
Miguel Primo de Rivera y Orbaneja.

REAL DECRETO

A propuesta del jefe del Gobierno, presidente del Directorio militar, y de acuerdo con éste,

Vengo en decretar lo siguiente :

Artículo 1.º El artículo 15 de la ley de Enjuiciamiento civil se entenderá redactado en los siguientes términos :

«Sólo podrán ser declarados pobres :

Primero. Los que vivan de un jornal o salario eventual.

Segundo. Los que vivan de un salario permanente o de un sueldo, cualquiera que sea su procedencia, que no exceda del doble jornal de un bracero en la localidad donde tenga su residencia habitual el que solicitare la defensa por pobre.

Los que tengan un sueldo o salario que sea superior al doble jornal de un bracero, pero que no pase del triple, tendrán derecho a la bonificación del 50 por 100 en todos los conceptos a que se refiere el artículo 14 de dicha ley.

Tercero. Los que vivan sólo de rentas, cultivo de tierras o crías de ganados, cuyos productos estén graduados en una suma que no exceda de la equivalente al jornal de dos braceros en el lugar de su residencia habitual. Si las expresadas rentas excediesen del importe del jornal de dos braceros, pero no fuesen superiores al de tres, habrá derecho a la bonificación del 50 por 100 establecida en el número anterior.

Cuarto. Los que vivan sólo del ejercicio de una industria o de los productos de cualquier comercio, por los cuales paguen de contribución una cuota para el Tesoro que corresponda a un beneficio líquido que no exceda del doble del jornal de un bracero en la localidad. Los que, pagando una contribución superior, no rebasen en un 10 por 100 los tipos respectivos, tendrán derecho a la

bonificación del 50 por 100 establecida en los números segundo y tercero de este artículo.

Quinto. Los que tengan embargados todos sus bienes o los hayan cedido judicialmente a sus acreedores, si por el jornal, sueldo o ejercicio de la profesión, industria o comercio a que tal vez se dedicaran no rebasase los límites fijados en los apartados anteriores. En estos casos, si se levantasen los embargos o sobrasen bienes después de pagar a los acreedores, se aplicará el remanente al pago de las costas causadas a instancia del deudor defendido como pobre.»

Art. 2.º El artículo 17 de la ley de Enjuiciamiento civil quedará redactado como sigue :

«No se otorgará la defensa por pobre a los comprendidos en cualquiera de los casos expresados en el artículo 15, cuando a juicio del juez se infiera, del número de criados que tengan a su servicio, del alquiler de la casa que habiten o de otros cualesquiera signos exteriores, que tienen medios superiores al jornal doble de un bracero en cada localidad ; denegándose asimismo la bonificación del 50 por 100 si de los expresados signos exteriores apareciesen posibilidades superiores al triple de dicho jornal. Por el contrario, los jueces y Tribunales, atendidas las circunstancias de familia del que solicita la declaración de pobreza, número de hijos que tenga, su estado de salud, obligaciones que sobre el mismo pesan, etc., podrán conceder el beneficio de pobreza o de media pobreza a las personas cuyos medios de vida no rebasen en un 50 por 100 los tipos y posibilidades determinados en los artículos 15 y 16 de dicha ley.»

Art. 3.º El artículo 18 de la ley de Enjuiciamiento civil quedará redactado como sigue :

«Tampoco se otorgará la defensa por pobre al litigante que disfrute un renta que, unida a la de su consorte o al producto de los bienes de sus hijos, cuyo usufructo le corresponda, constituyan, acumuladas, una suma equivalente al jornal de tres braceros en el lugar donde tenga la familia su residencia habitual. Si dichos productos o rentas rebasasen del triplo y no pasasen del cuádruplo, procederá hacer la bonificación del 50 por 100 establecida en los anteriores artículos ; todo ello sin perjuicio de las facultades discrecionales del juez conferidas en virtud de lo establecido en el artículo 17 de la ley.»

Art. 4.º El artículo 32 quedará redactado en la siguiente forma :

«Luego que sea firme la sentencia se practicará la tasación de las costas, con inclusión del papel sellado, que debe reintegrarse, y se procederá a hacerlas efectivas por la vía de apremio.

Si el que ha solicitado la declaración de pobreza no satisficiese inmediatamente estas costas y se declarase en la sentencia que ha obrado con mala fe, sufrirá un arresto personal, a razón de un día por cada 25 pesetas de costas que dejase de satisfacer, que en ningún caso podrá exceder de treinta días.

La responsabilidad personal subsidiaria por insolvencia sera de seis meses, caso de reincidencia.»

Art. 5.º El artículo 36 quedará redactado en la siguiente forma :

«La declaración de pobreza hecha en favor de cualquier litigante no le librára de la obligación de pagar las costas en que haya sido condenado si se le encontrasen bienes en qué hacerlas efectivas.

No encontrándose bienes en qué hacer efectivas las costas, siempre que en la sentencia se hiciese pronunciamiento de haber el declarado pobre procedido con manifiesta mala fe, se le hará sufrir el apremio personal, a razón de un día de arresto por cada 25 pesetas de costas que dejare de satisfacer, no pudiendo exceder en ningún caso de treinta días, siendo de seis meses caso de reincidencia.»

Dado en Palacio a 3 de febrero de 1925.—ALFONSO.—El presidente del Directorio militar, *Miguel Primo de Rivera y Orbaneja*.

Jurisprudencia del Tribunal Supremo

Sentencia del Tribunal Supremo de 29 de abril de 1924

Sobre reivindicación del derecho inscrito de hierbas y pastos.

Resultando que D. Jaime Villarrubia Besoli ha interpuesto recurso de casación por infracción de ley, fundado en los números primero, segundo, tercero, cuarto y séptimo del artículo 1.692 de la de Enjuiciamiento civil, por los siguientes motivos:

Primero. Por existir incongruencia evidente en el fallo recurrido con infracción de los artículos 359 y párrafo primero del 544 de la ley Procesal, porque habiéndose pedido en tiempo y forma al contestar la demanda, que se declarasen «nulas y sin valor ni efecto la inscripción quinta de la finca 301 del término de La Guardia (la llamada Cuadra o Manso de Ausas) que aparecen al folio 54 del tomo 411 del Registro de la Propiedad de la Seo de Urgel, y en su consecuencia las inscripciones sexta, séptima, octava y décima de la misma finca, esta última a favor del actor», en el fallo recurrido no se contiene pronunciamiento ni declaración alguna que exprese ni indirectamente resuelva dichas pretensiones, oportunamente deducidas en el pleito por el demandado y recurrente.

Segundo. Por incurrir la Sala sentenciadora en error de hecho en la apreciación de la prueba, resultante de documentos auténticos que demuestran la equivocación del juzgador, por cuanto que en el considerando primero de la sentencia recurrida se afirma, como premisa necesaria para el fallo, que en la primera inscripción de la finca Cuadra de Ausas o Manso de Ausas, en que está incluida la

parte sobre que pretende el actor el derecho de pastos y hierbas, efectuada dicha inscripción en virtud del expediente posesorio en 30 de diciembre de 1890—así dice—, se hace relación de aquel derecho, siendo lo cierto que en esa inscripción no se menciona ni directa ni indirectamente el aludido derecho, según resulta del mismo Registro de la Propiedad y puede verse por la certificación del propio registrador aportada a los autos.

Tercero. Por infringir los artículos 430 y 435 del Código civil, análogos en sus disposiciones a las leyes, también infringidas, primera del libro 41, título segundo; quinta, párrafo 15, libro 13, título sexto; tercera, párrafo quinto, de los mismos títulos y libros; primera, párrafo segundo, del libro 43, título 17; 12 y 52 del libro 41, título segundo y sus concordantes del Digesto, y de los artículos 33 y 34, párrafo segundo, de la ley Hipotecaria; por cuanto en la sentencia recurrida se concede a inscripciones que son nulas y no están notificadas al poseedor, con título inscrito anterior, la eficacia de demostrar, con exclusión de toda otra prueba, la tenencia y disfrute de un inmueble o derecho real.

Cuarto. Por infringir, asimismo, el artículo 17 de la ley Hipotecaria y 75 de su reglamento, por inaplicación y los demás concordantes de los mismos Cuerpos legales, por cuanto no se declaran nulas inscripciones que, como las mencionadas en el primer motivo, son posteriores a las del recurrente y sus causantes, motivadas por títulos anteriores en fecha y que además se hallan en oposición con aquéllas.

Quinto. Por serlo, asimismo, los artículos 9.º, circunstancias primera y segunda, párrafo primero del 34 y 403 de la ley Hipotecaria; el 61, reglas segunda y novena, y 96 de su reglamento; y los artículos 1.º y 4.º de la Real orden de 30 de diciembre de 1909, a cuyo tenor las inscripciones de títulos declarativos de dominio o de derechos reales serán nulas cuando no consten en las mismas la naturaleza, situación y linderos de los inmuebles objeto de la inscripción o a los cuales afecte el derecho que deba inscribirse, o por lo menos si se trata de documentos anteriores a 25 de diciembre de 1862, cuando carezcan de las circunstancias precisas para dar a conocer la finca o derecho objeto de inscripción y que únicamente no podrán invalidarse las inscripciones con respecto a las personas que habían contratado con quien tenía su derecho inscrito en el Registro, si la inscripción hecha a favor del otorgante

se hubiese notificado a los que en los veinte años precedentes hubiesen poseído, según el Registro, los mismos bienes y no hubiesen reclamado contra ella en el término de treinta días; infracciones en que incurre la Sala al no estimar la acción de nulidad de la inscripción quinta de la finca número 301 del término de La Guardia, que aparece al folio 54 del tomo 411, libro tercero, de aquel Ayuntamiento del Registro de la Propiedad de la Seo de Urgel, y como consecuencia de ella, la de las inscripciones sexta, séptima, octava y décima de la misma finca.

Sexto. Por incurrir en otro error de hecho en la apreciación de la prueba, con infracción del artículo 1.232, párrafo primero, del Código civil, por estimarse en la sentencia recurrida que la confesión judicial no queda limitada a surtir efecto contra su autor, y que se comete en el Considerando cuarto de dicha sentencia al apreciar que la manifestación del demandado—así dice—es prueba de su posesión.

Séptimo. Por infringir el conocido principio de derecho de que «la prueba incumbe al que afirma», reconocida, entre otras, en sentencias de 2 de julio de 1868 y, además, la ley Segunda, libro 22, título tercero, del Digesto, y asimismo el «Usage Onmes Causae», que constituye la ley Segunda, título segundo, libro séptimo, volumen primero, de las Constituciones de Cataluña, y los artículos 41 de la ley Hipotecaria y 1.250 y 1.251 del Código civil, con arreglo a los cuales, el dominio que prescribe en Cataluña por la posesión durante treinta años debe presumirse en favor del que la tiene inscrita en el Registro de la Propiedad, quien queda dispensado de toda prueba, la cual, en todo caso, corresponde al que afirma lo contrario, incurriendo en dichas infracciones, por no apreciar la Sala la prescripción posesoria del demandado y recurrente, a cuyo favor, y en defecto de prueba en contrario, debía presumirse forzosamente, por tener inscrita la posesión a favor de sus causantes desde el año 1890; y

Octavo. Por existir, finalmente, otra incongruencia en el fallo recurrido, con infracción del artículo 359 de la ley de Enjuiciamiento civil, por no determinarse la consistencia del terreno que se denomina montaña de Prat Naval, y en caso de no estimarse así, por infringir el artículo 403 de la ley Hipotecaria y el principio ya citado de que «la prueba incumbe al que afirma», por conceder a la nota presentada en el Registro de la Propiedad, para la inscrip-

ción del repetido derecho de pastos, la eficacia no autorizada por la ley de perjudicar a tercero :

Visto siendo ponente el magistrado D. Manuel Moreno :

Considerando que alegado como principal fundamento de la oposición a la demanda la nulidad de las inscripciones en el Registro de la Propiedad, solicitada en el escrito de contestación, y habiéndose, no obstante esa oposición, accedido al primer extremo de la demanda, no puede estimarse exista la incongruencia, base del motivo primero del recurso, toda vez que al acceder a lo pedido por el actor, implícitamente fué desestimada la declaración de nulidad pedida, mucho más habiéndose hecho cargo la Sala sentenciadora, en los Considerandos de la sentencia, de los defectos que se imputaban a las aludidas inscripciones :

Considerando que la sentencia recurrida no se funda exclusivamente en la apreciación de la prueba, que se tacha como errónea en el segundo motivo del recurso, razón por la cual, no dándose el recurso de casación contra los fundamentos de la sentencia, sino cuando reúnen aquella condición, es visto que procede desestimar el expresado segundo motivo :

Considerando que es principio de derecho, aceptado de modo constante por este Supremo Tribunal, el de que las declaraciones de nulidad de los actos y contratos jurídicos sólo pueden obtenerse mediante la oportuna declaración hecha en el juicio correspondiente, con citación de todas aquellas personas a que pueda afectar la aludida declaración, y esto sentado, es visto que no habiendo sido citado ni sido parte en este pleito Francisco Roca, a cuyo favor se hizo la inscripción quinta, ni sus causahabientes, no pudo, a sus espaldas, declararse la nulidad de dicha inscripción, cualesquiera que sean los defectos de que pueda adolecer, y que en un procedimiento adecuado, con citación de las personas a que pudiera afectar, hubieran podido producir la apetecida declaración de nulidad :

Considerando que no habiendo podido accederse en la sentencia recurrida a la nulidad de dicha inscripción quinta, tampoco podía accederse a la de las inscripciones sexta, séptima, octava y décima, que se pedía sólo como consecuencia de la anterior, y, por tanto, forzoso se hace desestimar los motivos tercero, cuarto y quinto del recurso que tiene como base y fundamento el no haberse estimado las pretendidas nulidades :

Considerando que tampoco puede estimarse el error en la apre-

ciación de la prueba, fundamento del sexto motivo del recurso, porque dicha apreciación, aun en el caso de existir, no sirvió de base a la parte del fallo recurrido, sino precisamente a la absolución del recurrente de la indemnización pedida por el actor :

Considerando que si bien las inscripciones de posesión con arreglo a lo establecido en el artículo 41 de la ley Hipotecaria, engendran la presunción de dicho derecho, esa presunción desaparece en el momento en que hay prueba en contrario, y, por tanto, admitida por la Sala sentenciadora la certeza de la existencia del derecho de pastos por la prueba aportada a los autos, la presunción alegada desapareció, y por ello la sentencia recurrente no incide en las infracciones que se indican en el motivo séptimo del recurso que debe ser desestimado :

Considerando, por último, que no puede estimarse la incongruencia o infracción que se enuncian en el octavo motivo, por cuanto las mismas tienen como fundamento el ser ineficaz la inscripción quinta antes indicada, cuya ineficacia no puede en modo alguno ser tenida en cuenta por las razones antes expuestas.

Fallamos que debemos declarar, y declaramos, no haber lugar al recurso, etc.

Sentencia de 7 de mayo de 1924

Ejercicio de la acción reivindicatoria contra poseedor con título inscrito y consiguiente petición de cancelación.

Considerando que para que pueda prosperar la acción reivindicatoria es requisito indispensable que se ofrezca prueba cumplida del dominio que se alega, e inexcusable que se presente título traslativo de este derecho en relación con la finca o fincas reclamadas :

Considerando que la parte actora en el pleito a que se refiere el presente recurso no ostenta otro derecho, en cuanto a las fincas que pretende reivindicar, que el indeterminado que supone la declaración de heredera abintestato de los bienes de D. Blas Sacristán del Royi Tenias ; y por hallarse estos individuos no puede tal declaración estimarse como título de dominio ni reputarse dueña

de las fincas objeto de la demanda a la demandante, ya que según el artículo 1.068 del Código civil y reiterada doctrina de esta Sala, sólo la partición legalmente hecha confiere a cada heredero la propiedad de los bienes que le hayan sido adjudicados :

Considerando que por los fundamentos que quedan expuestos procede estimar el primer motivo en que se apoya el presente recurso, sin que haya necesidad de ocuparse de los restantes, toda vez que resulta improcedente la acción ejercitada, por falta de justificación del dominio del actor sobre las fincas objeto de la demanda, y es suficiente la falta de cualquiera de los requisitos necesarios para el éxito de la acción reivindicatoria para que sea desestimada.

Sentencia de 2 de junio de 1924

Sobre reconocimiento de la posesión a favor de propietario con título inscrito, y deslinde de fincas.

Considerando que la sentencia no es incongruente porque ha desestimado la acción que sirvió de fundamento a la demanda en el doble aspecto de que se confirmara la posesión alegada y se diera lugar a deslindar la finca que al demandado pertenecía, y aceptando la reconvención acoge literalmente las dos pretensiones que la constituían de que se declarase no haber lugar al deslinde y nula aquella inscripción practicada a favor de la actora, en cuanto se refiriese a porción del inmueble descrito bajo el número 1.050, que había sido objeto de la permuta otorgada en el año 1867 entre el marido de la demandante y el padre del demandado ; y como estos fueron los términos de la contienda como quedara planteada en el momento procesal a que se refiere el artículo 544 de la ley de Enjuiciamiento civil, el fallo se ajusta con exactitud a lo que prescribe el artículo 359 de la propia ley ; y tampoco incide en la infracción del artículo 445 del Código civil, que se refiere al caso de que exista la posesión, como hecho, a favor de dos personalidades distintas, hipótesis contraria a la declaración del Tribunal de que sólo el demandado tenía la posesión real legítima y por más de cincuenta años sobre la finca denominada Casa Sanchís, inscrita con el

número 1.698 en el Registro de Onteniente y alegando contra declaración no controvertida eficazmente, a los efectos de la casación, no puede dicho artículo ser aplicado en ninguno de los casos que decide, y es totalmente improcedente el motivo primero del recurso :

Considerando que la presunción establecida en el artículo 41 de la ley Hipotecaria, introducida en beneficio del crédito territorial como secuela del principio filosófico de que solamente la propiedad confiere derecho a la posesión de la que constituye su representación visible, no impide al que tiene también inscrito en el Registro algún derecho que ventile ante los Tribunales la correspondiente preferencia, como expresamente autorizan los artículos 24 y párrafo último del 396 de la propia ley que así ampara el derecho de quien no tiene inscripción que oponer a la practicada como, con superior fundamento, favorece a quien tiene inscripción contradictoria de la causada cuya anulación pretenda; y como esta fué la petición que el demandado dedujo al reconvenir a la demandante contra la posesión que ella alegaba sobre la hacienda Casa Sanchís, partido de Morera, es evidente que el fallo, al estimar procedente la reconvención, no ha infringido el artículo 41, sino que le ha aplicado rectamente en su necesaria relación y debida armonía con los de la misma ley Hipotecaria que han servido de fundamento a la declaración de nulidad de la inscripción del inmueble número 1.050 en lo que contradijese la practicada con el número 1.698 en el Registro de la Propiedad de Onteniente y carece de fundamento el motivo segundo del recurso :

Considerando que el valor de la prueba pericial, según los preceptos 1.243 del Código civil y 632 de la ley de Enjuiciamiento, está subordinado a la apreciación de los Tribunales, según las reglas de la sana crítica, siendo el dictamen de todos y cada uno de los peritos una apreciación personal emanada de los conocimientos científicos, artísticos o prácticos de quien la prestó, que carece del concepto de documento o acto auténtico en el sentido de veracidad indiscutible que requiere el número séptimo del artículo 1.692 de dicha ley Procesal para utilizarlos al intento de enervar la apreciación de las pruebas hecha por el juzgador de instancia si demostraban el error del juicio deducido de la misma o de las demás pruebas del pleito; y por consiguiente, no existe base procesal para la estimación del motivo tercero del recurso, en

cuanto al allí aludido dictamen de un perito; y respecto a las certificaciones no discutidas del Registrador de la Propiedad relativas a inscripciones practicadas bajo el número 1.050, así antes como después de la inscripción número 1.698 que produjera la escritura de venta y permuta de 24 de Diciembre de 1867, porque dicho instrumento público ha servido de fundamento a las declaraciones y consecuencias jurídicas que el Tribunal ha deducido de la transmisión del dominio del inmueble transferido por dicho título sin reservas ni limitación por el marido de la actora a favor del padre del demandado, y habiendo la sentencia declarado que es una sola y misma finca la delimitada, según el texto de descripción en las dos inscripciones, aunque se pudieran estimar aquellas certificaciones documentos auténticos a los efectos indicados, nada demostrarían en contradicción con el juicio de la Sala sobre la estimación de las restantes pruebas:

Considerando que el artículo 1.695 del Código civil introdujo la novedad de declarar imprescriptibles la tres acciones que nominativamente designaba como mixtas el derecho romano, para el adecuado ejercicio de las cuales constituye requisito absolutamente indispensable que exista el vínculo jurídico, del que la acción sea garantía procesal y para la designada clásicamente con la denominación latina de «*finium regundorum*», esgrimida en la demanda, era preciso que se hubiera demostrado que los litigantes fuesen propietarios de heredades contiguas y como el Tribunal de instancia declaró en ejercicio de sus peculiares atribuciones no discutidas con eficacia en el recurso, que la finca inscrita bajo el número 1.050 tiene idénticos límites que la número 1.698, inscrita en dominio, como dueño único, a nombre del demandado mantenido en posesión real del inmueble, que adquirió como cuerpo cierto denominado Casa Sanchís, es evidente que el título de la demanda acompañado no podía ser eficaz para la petición del deslinde con acierto desestimada por el fallo, que no ha podido, por tanto, atacar a la inscriptibilidad (1) de una acción para la cual carecía de título y de derecho quien la ejercitaba, y es inestimable el cuarto motivo del recurso, en el que también se cita la acción llamada «comuni dividundo», que aunque no fué básica en la demanda, requería la existencia de una comunidad o condominio sobre el

(1) Debe ser imprescriptibilidad.

inmueble expresado, contra la que se ha pronunciado, en declaraciones no impugnadas eficazmente, el fallo contra que se recurre, en el cual se afirma que habría en todo caso prescrito en beneficio de los Sres. Simó el exceso de cabida, si lo tuviera la finca adquirida por el padre el año 1867 y desde entonces sin interrupción legítimamente poseída, declaración ajustada a las prescripciones de los preceptos 1.930, 1.939 y siguientes, 1.952 y siguientes, 1.957 y 1.959 del Código civil, que ni contradicen ni se oponen a la del artículo 1.965, que supone infringido dicho motivo cuarto en todos conceptos improcedente.

Sentencia de 10 de junio de 1924

Desahucio de finca a virtud de título de dominio inscrito.

Considerando que el Tribunal sentenciador hace la declaración de que la finca que adquirió el demandante por un contrato de compra venía poseída en concepto de dueño por la persona que hizo la venta y no por el demandado; y que esta finca es diferente a la que antes había adquirido el demandado por contrato realizado con el mismo vendedor, como se demuestra y patentiza con la situación y linderos de una y de otra. Declaración que no había sido combatida en forma legal por el recurrente, pues no ha demostrado con documentos auténticos el error producido por el Tribunal «a quo»:

Considerando que después de la anterior declaración se impone legalmente el que se considere, a los efectos del artículo 1.564 de la ley de Enjuiciamiento civil, como parte legítima para el ejercicio de la acción de desahucio, al actor D. Inocencio Cambra Sanz, porque el título inscrito en el Registro de la Propiedad es válido, eficaz y subsistente en tanto no se demuestra lo contrario; y como el demandado, aunque intentó hacerlo, presentando otro título igualmente inscrito en el Registro, como se refería, no a la finca objeto del desahucio, sino a otra diferente, el Tribunal no incide en error de derecho, sino que aplica rectamente los artículos 1.564 y 1.565 de la ley de Enjuiciamiento civil y 41 de la ley Hipotecaria:

Considerando que según reiterada y uniforme doctrina de esta Sala, cuando el demandante prueba el dominio de la finca que es objeto del desahucio con documento inscrito en el Registro de la Propiedad, la demandada no puede tener otro carácter que el de precarista, pues su posesión y disfrute no tiene otro título que la mera condescendencia del propietario al no pagar renta ni merced :

Considerando que por las anteriores razones procede desestimar los dos motivos en que se funda el recurso.

Sentencia de 16 de junio de 1924

Ejercicio de la acción de retracto sobre finca adjudicada por efecto del procedimiento judicial sumario regulado por la ley Hipotecaria.

Resultando que, previo depósito de 1.000 pesetas, D. Manuel Calatrava y López Vadillos ha interpuesto recurso de casación por infracción de ley, fundado en los números primero y séptimo del artículo 1.692 de la de Enjuiciamiento civil, por los siguientes motivos :

Primero. Por incurrir la Sala sentenciadora en error de hecho en la apreciación de la prueba al declarar haber lugar al retracto de la finca Vista Alegre, por estimar que cuando se inició el pleito el demandado y recurrente tenía en su poder, a título de dueño, aquel inmueble por haberle sido transmitida su propiedad definitiva en virtud del auto de 4 de mayo de 1921, en el procedimiento judicial sumario que venía instando en el Juzgado de primera instancia de Jaén contra bienes especialmente hipotecados de doña Dolores Calatrava y López Vadillos, siendo así que no había poseído ni adquirido en momento alguno la finca objeto del pleito, según resulta de documentos auténticos, como son : el testimonio judicial que con referencia a dicho procedimiento seguido ante el Juzgado de Jaén contra Doña Dolores Calatrava aportó en segunda instancia al pleito D. Fernando Medina Calatrava, en cuanto en él aparece inserta literalmente la parte dispositiva del repetido auto de 4 de mayo de 1921, donde claramente resulta que la adju-

dicación hecha al recurrente de la finca motivo del juicio era provisional y estaba condicionada a que, practicada la liquidación entre el importe del principal, intereses y costas, garantidos con la hipoteca que sobre ella existía, y el precio de la adjudicación, fuera requerida previamente y consignara la diferencia en la mesa judicial, que por ser así no se mandaba poner en posesión del inmueble inmediatamente al adjudicatario, sino en su día, cuando se cumpliera aquella condición, y que la adjudicación podría estimarse perfecta, pero no consumada; otro testimonio judicial que con relación al expresado procedimiento judicial sumario llevó al juicio en el período de prueba en primera instancia, en cuanto en él consta el contenido literal del citado auto de 4 de mayo de 1921, y del que aparece que se había practicado la liquidación del principal, intereses y costas, y se le había mandado requerir para que dentro de ocho días consignara en la mesa judicial el sobrante a que aquella resolución se refería; que no se había hecho tal requerimiento ni verificado la consignación; que no se le había puesto en posesión de la finca objeto del retracto, y que no se le había expedido testimonio de aquel auto para que le sirviera de título inscribible en el Registro de la Propiedad, ni se había librado el oportuno mandamiento para la cancelación de inscripciones y anotaciones a que el auto se refiere, y, finalmente, el testimonio judicial que con referencia al mismo procedimiento sumario se aportó al pleito a su instancia en el período de prueba en segunda instancia, en cuanto por él resulta acreditado que sin haberse aprobado ni consumado la expresada adjudicación por auto de 2 de noviembre de 1921, se dejó sin efecto la totalidad del remate y adjudicación de la finca motivo del pleito, que se hizo a su favor por el auto de 4 de mayo del mismo año; y que en la subasta judicial celebrada el día 17 de marzo de 1922, había sido rematada la finca Vista Alegre, motivo del juicio, por D. Antonio Quesada en 40.600 pesetas, al que se le había adjudicado, habiéndose aprobado el remate.

Segundo. Por incurrir asimismo en error de derecho en la apreciación de la prueba, infringiendo los artículos 1.218 del Código civil y 596 y 597 de la ley de Enjuiciamiento civil, por cuanto que declarando el primero de estos preceptos que los documentos públicos hacen prueba aun contra tercero del hecho que motiva su otorgamiento y de la fecha de éste, y los dos últimos, que son documentos públicos eficaces en juicio, las actuaciones judiciales de

toda especie que se cotejen con sus originales, si vinieron al pleito sin citación contraria y hubiese sido impugnada expresamente su autenticidad o hubieren sido testimoniados por virtud de mandamiento compulsorio librado con citación contraria por el escribano, en cuyo oficio radiquen los autos, el fallo recurrido, aparentando reconocer la autenticidad y eficacia de los testimonios de actuaciones judiciales traídos al pleito a solicitud del recurrente en primera instancia, y en segunda, a petición de ambas partes litigantes, estima que por el auto pronunciado en 4 de mayo de 1921 en el procedimiento sumario repetido, inserto en aquellos testimonios, fué adjudicada pura y simplemente y transmitida definitivamente la propiedad de la finca objeto del retracto al recurrente, tergiversando con ello el contenido y alcance de aquella resolución judicial y de las demás actuaciones a que se refieren tales testimonios, no obstante resultar con evidencia que por el citado auto se adjudicó provisionalmente la finca motivo del juicio al recurrente, condicionando la transmisión a éste de su propiedad a la práctica de la liquidación y pago, en su caso, por el adjudicatario, acreedor del sobrante a que se refiere la regla décimoquinta del artículo 131 de la ley Hipotecaria, y que por las demás actuaciones a que los testimonios se refieren se demuestra que tal adjudicación quedó sin efecto, conforme a lo dispuesto en la última disposición legal mencionada, y la finca objeto del retracto fué adjudicada a un tercero en subasta pública judicial celebrada en aquel procedimiento sumario.

Tercero. Por infringir igualmente la Sala sentenciadora la regla décimoquinta, por su no aplicación, y la décimoséptima, por aplicación indebida, ambas del artículo 131 de la ley Hipotecaria, en atención a que, disponiéndose en la primera que cuando en el procedimiento judicial sumario a que se refiere se adjudiquen las fincas al actor, y el importe de sus créditos e intereses asegurados con la hipoteca sea inferior al fijado en la subasta, se le hará saber a aquél, para que dentro del plazo de ocho días consigne la diferencia, y si no lo hiciera, se declarará la adjudicación sin efecto. ordenándose en la segunda que, verificado el remate o la adjudicación y consignado en su caso el precio, se dictará de oficio auto aprobándolos, en representación del dueño de los bienes hipotecados que se enajenen, y ordenando la cancelación de la hipoteca que garantiza el crédito del actor, expidiéndose al efecto el oportuno.

tuno mandamiento, en el que se hace constar que el valor de lo vendido o adjudicado fué igual o inferior al importe total del crédito del actor, y en el caso de haber superado, que se consigne el exceso en el establecimiento público destinado al efecto, a disposición de los acreedores posteriores, y que el testimonio del referido auto será título bastante para la inscripción en el Registro de la Propiedad, siendo indudable, por lo tanto, que siempre que el importe del crédito y de los intereses asegurados con la hipoteca sea inferior al tipo fijado para la subasta de la finca o fincas hipotecadas, la adjudicación que de la misma se haga al actor, a su instancia, y sin haber consignado aquella diferencia, es provisional y está subordinada a tal consignación y a que de oficio se apruebe, no transmitiéndose al acreedor, mientras tanto, ni la propiedad ni la posesión de la finca o fincas adjudicadas, ni siendo el auto judicial en que se acuerde título bastante para la inscripción hasta que se cumplan aquellos otros requisitos; a pesar de todo ello, la Sala sentenciadora, en el caso de autos estima que por el repetido auto de 4 de mayo de 1921 le fué transmitida al recurrente la plena propiedad del inmueble objeto del retracto, no obstante que en él se hizo una adjudicación provisional subordinando la transmisión de la finca adjudicada, y su adjudicación por el adjudicatario a la práctica de la oportuna liquidación y a la consignación por el recurrente, en la mesa judicial, de la expresada diferencia.

Cuarto. Por infringir además, por aplicación indebida, los artículos 1.521 y 1.523, párrafo primero, y 1.525, en relación con el 1.511 y 1.518, todos del Código civil, y por no aplicación la doctrina legal consignada en las sentencias del Tribunal Supremo de 11 de octubre de 1905, 21 de diciembre de 1908, 31 de mayo de 1918 y 19 de junio de 1920, según las cuales, para el ejercicio del retracto legal, es de absoluta necesidad que la cosa que se intenta retraer haya entrado en el dominio y disposición libre de la persona de quien se retrae, no siendo bastante para ello la perfección del acto o contrato, por virtud del que la transmisión haya de tener lugar, y siendo precisamente indispensable que el acto o contrato se consuma, tanto por tratarse de una acción de carácter esencialmente real, que tiene por objeto adquirir la propiedad de una finca transmitida por el primitivo dueño a un tercero, cuya adquisición no puede lograrse sino de quien la tenga en su poder a título de dueño, cuanto porque resultaría ineficaz el mero derecho declarado

a favor del retrayente, si el demandado no pudiera hacer entrega de la cosa por no estar en su posesión ni dominio y por no poder cumplir con las demás obligaciones de la subrogación, que son consecuencia legal del retracto, incurriendo en dichas infracciones la sentencia recurrida al declarar haber lugar al retracto legal en parte de comunero y en parte de colindante de la finca objeto del pleito, condenando al recurrente a que dentro de tercero día otorgue a favor de D. Fernando Medina Calatrava escritura de venta del mencionado inmueble, del que nunca fué dueño ni poseedor, y a que reciba en el acto de aquel otorgamiento la suma de 10.000 pesetas como precio conocido de la adjudicación, estando demostrado que el recurrente no entregó tal precio ni la diferencia entre el mismo y el importe del crédito e intereses asegurados con hipoteca sobre la mencionada finca, habiéndose probado además que ésta, durante el curso del pleito, ha sido adjudicada en subasta judicial a un tercero; y

Quinto. Por infringir, finalmente, la sentencia recurrida, el principio jurídico «de no estar permitido a nadie transmitir válidamente lo que no tiene», reconocido como axiomático por las sentencias del Tribunal Supremo de 24 de noviembre de 1887 y 29 de octubre de 1915, en razón a que la Sala sentenciadora condena al recurrente a otorgar a favor de D. Fernando Medina Calatrava escritura de venta de la finca Vista Alegre, objeto del retracto, apercibiéndole que de no verificarlo le será otorgada de oficio y a su costa, cuando tal finca ni pertenece ni ha pertenecido, como se ha repetido, nunca al recurrente, ni en el concepto de dueño ni en el de poseedor.

Visto siendo ponente el magistrado D. Pedro Armenteros :

Considerando que fundado en atendibles razones de interés público, armónico con el de los particulares, el Código civil, en su artículo 1.521, establece el retracto legal, que consiste en el derecho de subrogarse con las mismas condiciones estipuladas en el contrato, en lugar del que adquiere una cosa por compra o dación en pago; derecho que tienen, en su caso, el copropietario de una cosa común y el propietario de las tierras colindantes, y que nace en el momento en que la enajenación se realiza, sin que a su eficacia legal sean obstáculo actos injustificados superiores a la interposición de la correspondiente demanda;

Considerando que el recurso se basa substancialmente en la

circunstancia de haber entendido la Sala sentenciadora, con error de hecho y de derecho que por el auto de 4 de mayo de 1821 se transmitió a D. Manuel Calatrava el dominio de la finca Vista Alegre, siendo así que tal resolución no tiene semejante alcance y transcendencia ;

Considerando que el Tribunal de instancia, en vista de la prueba practicada, aprecia con acierto que el auto referido contiene la adjudicación lisa y llana, sin otro carácter y sin condición limitativa de ninguna especie de la aludida finca al demandado, quien, desde entonces, viene poseyéndola, hecho no negado en el recurso, que debe ser desestimado, ya que no alcanza a demostrar de manera evidente los errores que atribuye a la Sala sentenciadora, cuya apreciación no se puede desvirtuar, impugnando aisladamente los diversos elementos probatorios que la integran, y teniendo en cuenta que el fallo imputa con razón al demandado la causa de la adjudicación de la finca a su favor y la de no haber sido consignada la suma complementaria de su importe, contrariando sus propios actos, sin culpa del recurrido.

Fallamos que debemos declarar y declaramos no haber lugar al recurso.

JUAN ANTONIO DE LA PUENTE QUIJANO

Dirección general de los Registros

Resolución de 31 de diciembre de 1924 (Gaceta del 9 de febrero).—Afirma que no se halla extendida con arreglo a las prescripciones y formalidades legales una escritura de constitución de hipoteca por describirse las fincas y distribuirse la responsabilidad en una relación unida a la matriz y no en el texto de la misma.

Considerando que si bien el instrumento notarial no termina con la rúbrica del notario y las manifestaciones de voluntad en él contenidas trascienden a los documentos que a modo de apéndice se incorporan al protocolo bajo el mismo número, es necesario, en general, que las declaraciones de las partes que engendran directamente relaciones jurídicas figuren en lugar adecuado, dentro de la estructura tradicional, o de la racionalmente adoptada por el fedatario en vista de las circunstancias características del acto, de suerte que la materia sobre la que ha de recaer el consentimiento no pueda sustraerse al conocimiento de los contratantes, y, antes al contrario, solicite su atención y examen;

Considerando que con el criterio expuesto adquiere todo su valor y cumple su finalidad el precepto contenido en el último párrafo del artículo 25 de la ley Notarial, que ordena a los notarios den fe de haberse leído a las partes y a los testigos instrumentales la escritura íntegra o de haberles permitido que la lean a su elección, antes de que la firmen, advirtiéndolo a unos y a otros que tienen este derecho, mientras que con el sistema de llevar a los apéndices del instrumento las declaraciones esenciales, cabe la duda de si se ha leído solamente lo comprendido entre el número del documento y la rúbrica notarial o se ha dado igualmente lectura a los documentos incorporados, y hasta tiene más probabilidades, en el caso presente, la afirmación de que la relación descriptiva de las fincas y la distribución de responsabilidad hipo-

tecara han sido tratadas de igual modo que las veinticinco cláusulas del poder cuyo testimonio va en último término, al amparo del artículo 247 del Reglamento notarial;

Considerando que los cuadernos particionales por la gran complejidad y desmesurada extensión que en ciertos casos presentan, por emanar de órganos especiales que interpretan la voluntad del testador o armonizan los intereses de los herederos, por llegar ya revestidos de formas solemnes a manos del notario y por ser incorporados a veces mediante acta, siguen inmediatamente en el protocolo, según consuetudinaria excepción, al instrumento notarial de aprobación; pero siempre son objeto de una descripción sumaria que limita o impide la adición de folios y que falta en la escritura objeto del recurso, cuyo párrafo final dice: «De todo lo consignado en este instrumento que se halla extendido en dos pliegos de papel, etc.», sin aludir a los anejos, bastante más extensos y desprovistos de firmas; y

Considerando que tampoco enervan o debilitan el precepto general las excepciones que con cuidadosa erudición enumera el notario recurrente en el escrito de apelación, porque las escrituras de obras y servicios públicos o de concesiones administrativas se apoyan en órdenes, documentos, pliegos y planos de autenticidad indiscutible y emanan de expedientes minuciosamente reglamentados, recibiendo escasa energía jurídica al ser incorporados al protocolo; y por otra parte, el artículo 1.668 del Código civil, sobre referirse a la materia de aportaciones, que puede desenvolverse independientemente sobre las bases especificadas en el pacto social, reproduce un precepto del proyecto de Código de 1851, que ha de interpretarse en concordancia con la posterior organización notarial.

Notas bibliográficas extranjeras

FRANCIA

Tratado práctico de Derecho civil francés.—M. Planiol y Ripert, profesores de la Facultad de Derecho, de París, han emprendido, con la colaboración de otros colegas, la publicación de una obra que constará de trece tomos, de los cuales los tres primeros aparecerán dentro de unos días.—Librairie générale de Droit et de Jurisprudence, 20, Soufflot (5.), París.

Teoría de la personalidad moral y su aplicación en el Derecho francés.—M. Michoud, dos volúmenes. Se ha publicado la segunda edición de esta obra, tan conocida en España.—Lib. gén. de Droit, París, 1924.

Propiedad y contrato.—Teoría de los modos de adquirir derechos reales y de las fuentes de las obligaciones. M. Bufnoir, segunda edición de una obra agotada hace mucho tiempo.—Librairie Rousseau, París, 1924.

De la causa de las obligaciones. (Contratos, compromisos unilaterales, legados).—Segunda edición, M. Capitant.—Librairie Dalloz, 1924.

Tratado teórico y práctico de Derecho civil. De la prescripción.—MM. Baudry-Lacantinerie y Tissier. Cuarta edición.—Librairie Sirey, París, 1924. Un volumen de 812 páginas.

Responsabilidad y contrato.—Ensayo de una delimitación de las responsabilidades contractual y delictuosa. Tesis de M. Meignié-Lille, 1924.

El proyecto de ley sobre Sociedades de responsabilidad limitada.—M. Lescot. *Revue des Sociétés*, 1924.

La prueba de la propiedad inmobiliaria cuando no existe título.—Nota de M. Esmein sobre una sentencia de casación de 26 de Diciembre de 1921, en la *Colección Sirey*, 1923 (1.297).

Fundaciones de misas.—M. Gaboide.—*Revue critique*, 1924.

Conflictos de leyes en materia de ejecución testamentaria.—M. Guyot.—*Revue de Droit International*, 1924.

La máxima «Error communis facit jus», M. Henri Mazeaud.

¿Puede justificarse la relación de una norma jurídica fundándose en un error que, por estar tan extendido, se impone como verdad? Es el problema que se plantea el autor en un artículo publicado por la *Revue Trimestrelle de Droit civil*, 1924, pág. 929, y que resuelve con estas palabras: «Toda situación de hecho contraria al Derecho debe ser mantenida cuando ha nacido de un error invencible. La jurisprudencia encuentra en este adagio un instrumento maravilloso que le permite endulzar y templar lo que tendría de contrario al interés social la aplicación estricta de la ley.»

Agradecemos a la Prensa periódica y, en especial, a los semanarios y revistas profesionales las benévolas frases con que han saludado nuestra aparición y los felices augurios con que nos animan.