

REVISTA CRITICA DE DERECHO INMOBILIARIO

FUNDADA EN 1925

por

D. Jerónimo González Martínez

Año LXVIII ° Marzo-Abril 1992 ° Núm. 609

**Monográfico V Centenario del Descubrimiento
de América**

CONSEJO DE REDACCION

PRESIDENTE:

D. Luis Díez-Picazo y Ponce de León.

CONSEJEROS:

D. José Poveda Díaz.
D. Carlos M. Hernández Crespo.
D. Juan Vallet de Goytisolo.
D. Aurelio Menéndez Menéndez.
D. Eugenio Fernández Cabaleiro.
D. Manuel Amorós Guardiola.
D. José Antonio Nortes Triviño.
D. José María Chico Ortiz.
D. Fernando Muñoz Cariñanos.
D. José Manuel García García.
D. Juan Manuel Rey Portolés.
D. Antonio Pau Pedrón.
D. Juan Pablo Ruano Borrella.
D. José Luis Laso Martínez.
D. Alfonso Barcala Trillo Figueroa.
D. Joaquín Rams Albesa.
D. Francisco Corral Dueñas.
D. Juan Sarmiento Ramos.

COMISIÓN EJECUTIVA:

D. José Poveda Díaz.
D. Juan Pablo Ruano Borrella.
D. Manuel Amorós Guardiola.

CONSEJERO-SECRETARIO DE LA REVISTA:

D. Francisco Corral Dueñas.

Dirección: Príncipe de Vergara, 72.—28006 Madrid.—Teléf. 411 26 28

La Revista no se identifica con las opiniones sostenidas por sus colaboradores

I S B N : 84-500-5636-5

Depósito legal: M 968-1958

SUMARIO

Págs.

Presentación, por TOMÁS DE LA QUADRA-SALCEDO Y FERNÁNDEZ DEL CASTILLO, Ministro de Justicia de España	251
---	-----

ESTUDIOS:

“El <i>leasing</i> inmobiliario en Uruguay”, por ALVARO GARBARINO y SUSANA CAMBIASSO, Escribanos de Montevideo	255
“Lealtad y buena fe contractual”, por MIGUEL GODREAU ROBLES, Profesor de la Universidad de San Juan de Puerto Rico	291
“La propiedad horizontal en Derecho puertorriqueño”, por EDUARDO VÁZQUEZ BOTE, Profesor de la Universidad de San Juan de Puerto Rico	345
“Líneas fundamentales de la nueva Ley de Amparo de Nicaragua”, por el Doctor IVÁN ESCOBAR FORNOS, Abogado y Profesor de Managua	511
“La formación del concepto de propiedad que acoge el Código Civil”, por JOSÉ LUIS DE LOS MOZOS DE LOS MOZOS, Magistrado del Tribunal Constitucional y Catedrático de Derecho civil	581
“El humanismo de Andrés Bello y su proyección en el Derecho civil iberoamericano”, por JOSÉ M. ^a CASTÁN VÁZQUEZ, Académico de Jurisprudencia y Legislación	653
“Aportaciones hispanoamericanas a los Congresos Internacionales de Derecho registral”, por JOSÉ M. ^a CHICO Y ORTIZ, Registrador de la Propiedad	667
“Perfil del Notariado y de la institución del Registro de la Propie- dad en España: su influencia en América”, por ANTONIO-MA- NUEL DE LA OLIVA RODRÍGUEZ, Notario y Registrador de la Propiedad	683
“El Canal de Panamá”, por MANUEL ACEDO RICO, Abogado	721
“Justicia y organización judicial: especial contraste entre Argentina y España, conexiones y diferencias”, por LUIS MARTÍNEZ CAL- CERRADA Y GÓMEZ, Magistrado del Tribunal Supremo	743
“Las cooperativas en Iberoamérica”, por JUAN JOSÉ SANZ JARQUE, Catedrático de Derecho Agrario y Sociología de la Universidad Politécnica de Madrid	799

	<i>Págs.</i>
“Las reformas agrarias hispanoamericanas”, por FRANCISCO CORRAL DUEÑAS, Registrador de la Propiedad	847
“Propiedad, aprovechamiento y Registro en la legislación de aguas española e iberoamericana”, por EMILIO PÉREZ PÉREZ, Doctor en Derecho, Profesor de la Universidad de Murcia	891

DICTAMENES Y NOTAS:

“Dictamen en un caso civil de Puerto Rico”, por EDUARDO VÁZQUEZ BOTE	957
“Resumen de los trabajos publicados en la Revista sobre Hispanoamérica desde 1926”, por FRANCISCO CORRAL DUEÑAS	995

JURISPRUDENCIA:

Resumen de Sentencias del Tribunal Supremo de Puerto Rico ...	1067
---	------

INFORMACION BIBLIOGRAFICA:

“Breve antología bibliográfica de Puerto Rico, 1493-1990”, de JOSÉ NILO DÁVILA LANAUSSE, por EDUARDO VÁZQUEZ BOTE	1089
“Derecho Registral”, de B. PÉREZ FERNÁNDEZ DEL CASTILLO, por JOSÉ M. ^a CHICO Y ORTIZ	1090
“La lesión en los actos jurídicos”, de L. MOISSET DE ESPANÉS, por JOSÉ M. ^a CHICO Y ORTIZ	1093
“Contratos”, de IVÁN ESCOBAR FORNOS, por JOSÉ M. ^a CHICO Y ORTIZ	1097
“El cooperativismo y las cooperativas agrarias”, de SUSANA CAMBIASSO, por FRANCISCO CORRAL DUEÑAS	1098
“Lecciones de Derecho Registral”, de MIGUEL ANGEL CACCIATORI, por JOSÉ M. ^a CORRAL GIJÓN	1102

Presentación

La REVISTA CRÍTICA DE DERECHO INMOBILIARIO ha estado, desde su fundación en 1925, estrechamente vinculada al mundo jurídico hispanoamericano: no sólo porque han sido muchos los autores de aquellas tierras que han escrito en sus páginas, sino también porque se han publicado en ella serios estudios sobre los sistemas registrales de Hispanoamérica; se podrían recordar, entre otros, los relativos al Derecho chileno, de Fuego Laneri; al Derecho venezolano, de Cristóbal Montes, y al Derecho dominicano, de Cesáreo Contreras. Esta vinculación de la REVISTA CRÍTICA se explica por la pervivencia de la Ley Hipotecaria de Ultramar. No es la propia Ley la que ha subsistido, pero sí su espíritu y, en algunos ordenamientos, la misma redacción originaria de sus preceptos.

Por esa coincidencia inicial de los sistemas registrales español e hispanoamericanos, la terminología y los conceptos hipotecarios que emplean los autores de uno y otro continente son los mismos; y por esa coincidencia también, las novedades introducidas en un ordenamiento interesan a todos los demás. Así se ha puesto claramente de manifiesto tanto en la esfera registral como en la de otras ramas del Derecho en las recientes Jornadas para el fortalecimiento del Estado de Derecho y del sistema judicial en Latinoamérica organizadas por el Ministerio de Justicia.

La celebración del V Centenario del Descubrimiento es una ocasión especialmente propicia para poner en común las experiencias y las perspectivas de la institución registral. Precisamente por ser el Registro una institución marcadamente técnica, la reflexión conjunta ha de ser de especial utilidad.

Las páginas de este número extraordinario de la REVISTA CRÍTICA DE DERECHO INMOBILIARIO abordan, junto a cuestiones registrales, otros temas jurídicos. Este intercambio doctrinal debe servir de ejemplo a otras publicaciones futuras en que colaboren simultáneamente juristas españoles e hispanoamericanos. La comunicación en el ámbito del Derecho debe

incrementarse: contamos para ello con el instrumento inestimable del idioma común e, incluso, de una terminología específica común.

Como Ministro de Justicia de España aprovecho gustosamente la ocasión de encabezar estas páginas para enviar un saludo cordial a todos los juristas de los países hermanos, y en especial a los lectores de la REVISTA CRÍTICA DE DERECHO INMOBILIARIO, una publicación de prestigio alto y creciente en todo el ámbito de las naciones de habla hispana.

TOMÁS DE LA QUADRA-SALCEDO
Y FERNÁNDEZ DEL CASTILLO
Ministro de Justicia

ESTUDIOS

El “leasing” inmobiliario en Uruguay y su trascendencia registral (Ley 16072 de 9-10-1989)

SUMARIO: I DENOMINACION.—II. CONCEPTO.—III. MODALIDADES QUE PUEDE ASUMIR LA CONTRATACION DE “LEASING”.—IV. NATURALEZA JURIDICA.—V. ETAPA PRENEGOCIAL Y NEGOCIAL.—VI. CARACTERIZACION DEL CONTRATO.—VII. ES TRASLATIVO DE LA UTILIZACION DEL BIEN.—VIII. ELEMENTOS ESPECIFICOS DEL CONTRATO DE “LEASING” INMOBILIARIO: A) ENTIDAD “LEASING” —B) EL PRECIO —C) LA OPCIÓN DE COMPRA.—D) LA OPCIÓN DE PRÓRROGA DE PLAZO —E) EL BIEN DADO EN “LEASING”: 1. *Destino del bien dado en “leasing”*. 2. *Edificio a construir o en construcción*. 3. *Inmuebles por accesión*.—IX. EFECTOS DE LA INSCRIPCION DEL “LEASING” INMOBILIARIO: A) HACER CONOCIBLE LA SITUACIÓN JURÍDICA QUE SURGE DEL CONTRATO.—B) ASEGURAR SU PREFERENCIA Y OponIBILIDAD “ERGA OMNES”: 1. *Preferencia y oponibilidad frente a la prueba*.—C) CONSTITUIR UN DERECHO REAL QUE ASEGURE ASPECTOS DEL CONTRATO.—D) GARANTIZAR A LOS TERCEROS LA EXACTITUD E INTEGRIDAD DE LA SITUACIÓN JURÍDICA REGISTRADA.—E) LEGITIMAR AL TITULAR INSCRITO PARA EJERCER LAS ACCIONES Y EXCEPCIONES DEFENSIVAS CONTRA QUIENES PERTURBEN SU DERECHO.—X. LEGITIMACION PARA CONSTITUIR EL DERECHO REAL QUE SURGE DE LA INSCRIPCION DEL “LEASING” XI. LEGITIMACION PARA INSCRIBIR.—XII. REGISTRO COMPETENTE XIII. TECNICA DE REGISTRACION: A) FORMA DE LOS ACTOS REGISTRABLES.—B) ASIENTO DE PRESENTACIÓN —C) LA CALIFICACIÓN REGISTRAL.—XIV. EL CERTIFICADO REGISTRAL.—XV. CADUCIDAD DE LA INSCRIPCION XVI. CONCLUSIONES.

I. DENOMINACION

La doctrina —en general— se manifiesta acorde en mantener el término *leasing* para designar el contrato que regula la Ley uruguaya 16072 de 9-10-1989.

Leasing es una expresión anglosajona que proviene del verbo *to lease*, traduciendo por alquilar o arrendar, significado que no se ajusta a su naturaleza.

Si bien el término *leasing* ha sido aceptado en el tráfico internacional, se imponía encontrar una adecuada denominación en nuestro idioma, si partimos del supuesto que nombrar es definir (1). Los países europeos acometieron esa tarea con mayor o menor fortuna: en Francia, *credit-bail*, *equipement-bail* y *location-amortissant*; en Bélgica, *location-financement*; en Portugal, *locação financeira*; en Italia, *locazione-finanziaria*, y en España, *arrendamiento-financiero*.

El Poder Ejecutivo uruguayo (2) en el proyecto que envió al Senado, utilizó la denominación de *leasing*. La Comisión del Senado (3) que estudió el proyecto estimó impropia la utilización de un vocablo que no está incluido en nuestro idioma. Procurando su mejor uso y defensa propuso la denominación de “crédito de uso”.

En cuanto al aditamento de “financiero” la Comisión estimó que era habitual esa calificación ya que la modalidad contractual que reviste es una alternativa de financiación para los empresarios usuarios.

El dador es una entidad financiera que coloca un capital, generalmente tomado al público en el mercado, y el tomador obtiene el uso y goce de la cosa. Una de las partes brinda financiación y la otra recurre a ella a los efectos de obtener el uso y goce de un bien y las opciones unilaterales que le brinda el contrato al finalizar el plazo inicial.

En definitiva nuestro legislador recurrió a la expresión “crédito de uso”, que tiene la ventaja de haber omitido toda referencia al arrendamiento, haciéndolo en cambio al uso que se cede y al carácter creditorio del contrato. Si embargo omite referirse a la opción de compra, elemento fundamental de esta figura.

II. CONCEPTO

El artículo 1.º de la Ley 16072 lo define como un contrato de crédito (4), en virtud del cual la institución acreditante coloca un dinero para aplicar los fondos a la adquisición de un bien, por parte del tomador. Es

(1) M. AMORÓS GUARDIOLA, “El *leasing* y su inscripción registral”, VI Congreso Internacional de Derecho Registral, Madrid, 1984, pág. 785.

(2) *Mensaje y proyecto de Ley del Poder Ejecutivo*.

(3) *Informe y proyecto de Ley sustitutivo de la Comisión de Hacienda de la Cámara de Senadores*.

(4) MESSINEO, t. IV, pág. 536 (Derecho civil y comercial)

una colocación crediticia y en el plazo pactado consigue el repago. Por eso la acreditante se libera de todos los riesgos, destrucción o deterioro del bien y los traslada al usuario (art. 25). La acreditante sólo conserva el dominio como garantía. De ahí que se acuerdan dos precios en el contrato de crédito de uso. Uno que financia propiamente la utilización y el otro (residual) para el caso de que el usuario ejercite la opción de compra.

Señala OLIVERA (5): “El *leasing* constituye una modalidad contractual atípica, caracterizada por financiar al usuario la utilización del bien por todo el plazo contractual y otorga a la finalización del mismo, la opción real de adquirirlo por un precio que se ajuste al valor de mercado esperado en dicho momento”. Distinguir estos dos aspectos: la transferencia de la utilización y la *promesa de vender el bien* si el usuario lo acepta, es lo que diferencia este contrato de la venta con reserva de dominio (Hirepurchase, venta location o locazione vendita).

Señala LAVALLE-COBO-PINTO que es un contrato que se cumple en dos etapas; una de tracto sucesivo en la que se cumple la transferencia del uso y goce y el pago de los cánones; la otra diferida, si el usuario hace uso de la prórroga. La opción de compra al final del contrato configura una promesa de venta. Corrobora esta posición el hecho que la acreditante siga siendo titular del bien hasta que se produzca la traslación de dominio voluntaria o forzadamente.

III. MODALIDADES QUE PUEDEN ASUMIR LA CONTRATACION DEL “LEASING”

Según la operativa financiera o las cosas que integran el objeto, pueden darse distintos tipos de *leasing*. A vuelapluma seleccionamos las siguientes modalidades más conocidas:

1. “*Leasing*” operativo. El dador da el uso y goce de un equipo profesional, de rápida obsolescencia, durante un tiempo determinado, y en contraprestación, recibe un canon que se paga en forma periódica, reservándose al usuario, la facultad de terminar unilateralmente el contrato con un preaviso al dador cuando las condiciones no le sean satisfactorias. Es un contrato de corto plazo y puede contener la opción de compra. Esta modalidad estaba incluida en el proyecto del Poder Ejecutivo, antecedente de la Ley 16072. La Comisión del Senado que analizó el proyecto, estimó que no se justificaba la inclusión de esa modalidad y la eliminó, pues entendió que la misma se halla reglada por las normas codificadas vigentes.

(5) R. OLIVERA GARCÍA, *El “leasing”*, pág. 116

No creemos que sea así. Si bien el *leasing* operativo puede funcionar como un contrato innominado, excluirlo de la Ley 16072 significa dejarlo sin garantías que la misma estipula, como el derecho real, por ejemplo. En nuestro sistema los derechos reales sólo pueden establecerse por Ley, quedan fuera de la autonomía de la voluntad. Por consiguiente, si en un *leasing* operativo se pactara la opción de compra, ésta no tendría trascendencia real. Esta modalidad se aplica a los bienes muebles.

2. "*Lease back*" o "*leasing*" de retro. El futuro usuario vende cosas muebles o inmuebles que integran su activo fijo a una institución financiera y celebra con ésta un contrato de *leasing* sobre los mismos bienes. El fin es movilizar el activo fijo en beneficio de la empresa usuaria.

3. "*Leasing*" financiero o "*finance lease*". Es una operación financiera a plazo, mediante la cual una institución, por lo general financiera, se obliga a adquirir la propiedad de un bien de equipo (mueble) o un inmueble, cuyo proveedor o características respondan a las indicadas por el usuario y conceder a éste la utilización del mismo a cambio de una remuneración periódica que corresponda a su utilización, con una opción de compra al final del período por un valor residual estipulado, a favor del usuario. Según los casos: el usuario puede elegir el bien para su adquisición; otras veces el dador lo adquiere según especificaciones del usuario.

De las dos últimas modalidades citadas —señala AZPEITIA (6)— se deriva el *leasing* inmobiliario. De éste hay a su vez dos especies: el *leasing* empresarial, si el usuario es una empresa comercial o industrial; y el *leasing* habitacional, cuando el usuario destina el bien a vivienda.

IV. NATURALEZA JURIDICA

La naturaleza jurídica de este contrato es altamente controvertida por la doctrina.

Esquematizaremos las diferentes líneas de opinión, basadas preferentemente en el análisis del contenido, de la estructura; en suma, de los elementos del contrato (7).

Un sector de la doctrina coloca al *leasing* dentro de algunos de los

(6) A. AZPEITIA, "Curso sobre *leasing* inmobiliario, derecho de superficie y fideicomiso inmobiliario", *Revista del Notariado*, núm. 800, págs. 183 y sigs.

(7) Más ampliamente en: J. L. BENAVIDES DEL REY, "Inscripción en los Registros de la Propiedad de los contratos de arrendamiento financiero de bienes inmuebles regulados en el Real Decreto de 31 de julio de 1980", en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 558, págs. 1178 y sigs.; M. AMORÓS GUARDIOLA, "El *leasing* inmobiliario y su inscripción registral", en VI Congreso Internacional de Derecho Registral, Madrid 1984, págs. 800 y sigs.

moldes jurídicos contemplados por el derecho positivo. Sólo ciertos elementos serían extraños a determinado tipo legal, en el cual encontraría básicamente su regulación. Se recurre así al arrendamiento, a la compraventa, e incluso al mutuo.

Otros autores ven en esta figura la reunión de elementos ya regulados en sede de los diferentes contratos típicos; por tanto, sostienen que el *leasing* es un contrato complejo o mixto.

Finalmente, otros consideran que estamos ante un contrato estrictamente atípico, no disciplinado por la Ley, e imposible de asimilar a alguno de los tipos legales (8).

Esta discusión doctrinaria ha perdido actualmente para nosotros su trascendencia inicial, porque su interés se encuentra en la inexistencia de disciplina legal del contrato y, por tanto, en la búsqueda de su regulación. En la Ley 16072 se regula y denomina este contrato, configurando, pues, un nuevo tipo contractual, tomando en cuenta su función y estructura. Nuestro derecho positivo define al contrato de crédito de uso (*leasing*), en atención a su función económico-social o causa, elemento tipificador del contrato (art. 1.º Ley 16072).

El informe que la Comisión de Hacienda del Senado presenta a dicho órgano dice: "En cuanto a la naturaleza jurídica del contrato que se legisla entendemos no corresponde abundar en un tema de alta especialidad. Seguramente en el análisis *a posteriori* que se realizará por los especialistas jurídicos se ha de profundizar en el punto".

Sin perjuicio de ello, el tema de la naturaleza jurídica del llamado *leasing* tiene actualmente, frente a la inexistencia de disposiciones legales como la proyectada —y, por consiguiente, de las normas que le son aplicables— gran trascendencia, y es notoriamente intrincado. Baste mencionar, sin abundar en el tema, que se le ha pretendido asimilar doctrinariamente entre otros institutos con la compraventa, la compraventa a plazos, el arrendamiento, el mandato, el préstamo y alguna otra figura contractual (prenda, etc.).

El proyecto de Ley que ponemos a consideración del Senado, al definir con precisión las condiciones esenciales del contrato de crédito de uso,

(8) El plenario del VI Congreso Internacional de Derecho Registral, celebrado en Madrid en 1984, aprobó una conclusión relativa a esta temática: "El *leasing* inmobiliario es un contrato complejo integrado por diversos elementos que, a pesar de los términos en que aparezca redactado, no debe equipararse con el arrendamiento ni con la opción de compra, ni siquiera con el arrendamiento con opción de compra, sino que por la unidad de su causa constituye una realidad unitaria e independiente y mientras no sea regulado en su aspecto sustantivo deberán aplicarse al mismo, además de las reglas generales de la contratación, las correspondientes al contrato más semejante de acuerdo con su naturaleza jurídica."

hace prácticamente inconducente la difícil determinación que en la doctrina enfrentaba criterios y posiciones.

Se crea una normativa referida a un contrato autónomo y típico que aunque reconoce en su complejidad origen en varias figuras contractuales codificadas, es diverso de cualquier otro y, por lo tanto, deberán extraerse sustancialmente de sus principios propios las respuestas a los cuestionamientos doctrinales, jurisprudenciales, y aun prácticos que se planteen”.

V. ETAPA PRENEGOCIAL Y NEGOCIAL

El usuario presenta una solicitud ante la institución acreditante con los datos de la operación que desea realizar. Si tuviera una promesa de venta sobre un bien determinado puede proponer su cesión a la institución acreditante (art. 13, lit. b, Ley 16072). Si la propuesta fuere completa requerirá sólo la aceptación de la acreditante; pero es difícil que este caso se dé en la realidad. Consideramos que se abrirá a un ámbito de tratativas en el cual se debatirán todos los elementos del contrato (precio, plazo, valor residual, etc.).

Una vez analizados todos los elementos negociales se solemniza el contrato de crédito de uso por instrumento público o privado con certificación de firmas y se inscribe en el Registro competente (arts. 6 y 7 Ley 16072).

VI. CARACTERIZACION DEL CONTRATO

El contrato de crédito de uso es solemne, bilateral, oneroso, conmutativo, típico, de ejecución continuada, y potencialmente por adhesión.

Es un contrato solemne. El consentimiento debe manifestarse a través de la forma prescrita por el artículo 6.º de la Ley 16072; es decir, escritura pública o documento privado con firmas certificadas.

La disposición no es clara. Es genérica para todos los contratos de crédito de uso. Podría sostenerse, en una interpretación que no compartimos, que: según el bien sobre que recaiga el contrato, estará determinada la especie documental que el mismo requiere para su validez o existencia. Por consiguiente, para quienes interpretan que la figura legislada es un arrendamiento con un contrato de opción de compra el consentimiento para vender bajo esta forma, un inmueble o un buque mayor de seis toneladas, estará sujeto a la solemnidad de la escritura pública en los dos

extremos; cuando se obliga a vender y cuando se acepta la compra (9).

Es bilateral desde que impone obligaciones a las dos partes contratantes —institución financiera y usuario— en el momento de la formación del contrato.

Es un contrato oneroso desde que ambas partes obtienen una utilidad, una ventaja o provecho, con su consiguiente contrapartida: el gravamen o desventaja.

Es conmutativo. Las partes perciben las prestaciones como equivalentes, y conocen desde el momento de la celebración del contrato la medida de sus obligaciones (10).

Es un contrato *típico*, regulado por nuestro derecho positivo a través de la Ley 16072 y, por supuesto, nominado.

Es un contrato *de ejecución continuada*, porque se prolonga en su ejecución en el tiempo, básicamente por el uso del bien.

Resta referirse a si nos encontramos frente a un contrato *por adhesión o no*. Evidentemente no es un carácter esencial del *leasing* inmobiliario, que recae sobre bienes que no se producen en serie, ni tienen gran velocidad de circulación en la vida económica de una sociedad. Pero si tenemos en cuenta que una de las partes es necesariamente una empresa —institución financiera— (art. 3.º Ley 16072), que de regla cuenta con mayor poder de negociación que su contraparte, y si a este factor le sumamos un posible aumento en el volumen de esta contratación, es probable que se recurra a dicha modalidad, con grave riesgo para la autonomía de la voluntad.

VII. ES TRASLATIVO DE LA UTILIZACION DEL BIEN

Entendemos que se traslada el uso y goce del bien. El derecho de propiedad resulta desmembrado. Mientras al usuario se le traslada la utiliza-

(9) En tal sentido, en la sesión del Senado, al tratarse el proyecto de Ley sobre el contrato de crédito, el senador AGUIRRE afirmó "... el artículo (art. 6), tal como está redactado no hace referencia específica a ese tipo de bienes (inmuebles), sino que es de carácter general para todos los bienes sobre los cuales pueda recaer un contrato de *leasing*. Por lo tanto, podría existir la opción que aquí se establece. En algunos casos el instrumento público, si fuera exacta la tesis del señor senador CERSÓSIMO, y en otros, en instrumento privado." *Diario de Sesiones de la Cámara de Senadores* de 11 de mayo de 1988, pág. 150.

(10) OLIVERA, *ob. cit.*, págs. 70-71. Sostiene que no es un contrato aleatorio. Respecto a las prestaciones sinalagmáticas, existe absoluta certidumbre entre las partes en cuanto a su equivalencia. En cuanto a la diferencia que pueda existir entre el valor residual y el precio de mercado, no es más que una manifestación de la traslación convencional de los riesgos que la sociedad *leasing* realiza al usuario.

ción del bien, el dominio queda en manos de la institución acreditante con una finalidad de garantía (11).

La enajenación del dominio desmembrado por parte del acreditante, no extingue el derecho real constituido por la inscripción del contrato (art. 11 Ley 16072) y el nuevo titular está obligado a cumplirlo personalmente. Con esta disposición la Ley distingue expresamente las características de los derechos reales (art. 535 CC). El bien sólo podrá ser enajenado a otra institución financiera de las enumeradas en el artículo 3.

En cuanto al usuario, éste no tiene la facultad de ceder a ningún título la utilización del bien objeto del contrato; salvo la estipulación en contrario (art. 10) (12). Nos surge la duda de si el derecho del usuario es personalísimo, dado que ha tornado la regla de derecho común en excepción (art. 511 Código Civil). Sin embargo, se ha referido solamente a la transmisión por acto entre vivos y no se ha mencionado la transmisión *mortis causa*; tal como lo hace el Código Civil respecto del usufructo, el cual se extingue con la muerte del usufructuario. Por consiguiente, al ser transmisible por el modo sucesión será menester pactar la indivisibilidad de las obligaciones contraídas por el usuario, persona física.

Por el principio de transmisibilidad de las obligaciones, el derecho de optar pasa a los herederos del usuario. Para el supuesto de incapacidad sobreviniente del usuario, este derecho podrá ser ejercido por sus representantes legales.

VIII. ELEMENTOS ESPECIFICOS DEL CONTRATO DE "LEASING" INMOBILIARIO

Comentaremos solamente las peculiaridades de algunos elementos de este contrato.

A) ENTIDAD "LEASING"

Siguiendo la tendencia del derecho comparado y, tomando en cuenta la naturaleza de la operación de *leasing*, ésta se ha reservado a determinadas entidades. El artículo 3.º de la Ley 16072 dispone que sólo podrán actuar

(11) OLIVERA, *ob. cit.*, pág. 38.

(12) El artículo 36 dice: "El usuario que se apropie de los bienes objeto del contrato, disponiendo de ellos en su provecho o en el de un tercero, será castigado con doce meses de prisión o cuatro de penitenciaria."

como instituciones acreditantes en el *leasing* (financiero) las siguientes entidades financieras:

1) Los intermediarios financieros previstos por el Decreto-Ley 15322 de 17 de septiembre de 1982. Es decir, la persona pública no estatal o privada que realice en forma habitual o profesional operaciones de intermediación o mediación, entre la oferta y la demanda de títulos valores, dinero o metales preciosos, en conclusión, operaciones de intermediación financiera. Esta ley divide a las instituciones comprendidas en dos categorías: *bancos y entidades financieras*, prohibiéndose a estas últimas utilizar la denominación de bancos.

2) *Empresas especialmente autorizadas por el Banco Central de Uruguay, y de giro exclusivamente financiero*. El legislador reconoce implícitamente, al habilitar esta categoría de entidades especializadas de giro financiero, que no es de esencia que la institución acreditante realice intermediación financiera, pudiendo cumplir una actividad de inversión financiera, utilizando capital propio en el financiamiento. En caso contrario hubiera bastado con que la Ley habilitara únicamente a las entidades comprendidas en el régimen de Decreto-Ley 15532. Pese a ello, a este tipo de empresas, en virtud de lo dispuesto por el artículo 4.º de la Ley 16072, se le aplicarán algunas normas de la Ley de Intermediación Financiera, sobre responsabilidad patrimonial, documentación, contabilidad, información, control, orientaciones al funcionamiento, limitaciones, prohibiciones, responsabilidad y sanciones (arts. 11 a 15, 16, lit. c, 18 y 20 a 24 del Decreto-Ley 15322).

La Ley 16072 en su artículo 50, inc. 1.º, remueve a los efectos de este contrato la prohibición de adquirir bienes raíces que establece el artículo 27 numeral 3.º de la Carta Orgánica del Banco de la República Oriental del Uruguay, en la redacción dada por el artículo 2.º del Decreto-Ley 14623. Y además la prohibición dispuesta a las entidades de intermediación financiera por el artículo 18, lit. e, del Decreto-Ley 15322, de tener bienes inmuebles que no fueren necesarios para el uso justificado de la institución, salvo aquellos que las entidades reciban en defensa o recuperación de sus créditos, pero por un restringido lapso de tiempo que la Circular 1311 del Banco Central de Uruguay fijó en treinta meses, período en que debe procederse a su enajenación.

En cambio, no se altera la prohibición establecida a dichas entidades por el artículo 18, lit. a, del Decreto-Ley 15322, de realizar operaciones comerciales, industriales, agrícolas o de otra clase ajenas al giro, también con la excepción de operaciones que se efectúen para la defensa o recuperación de sus créditos.

El legislador fue, por tanto, congruente, al disponer en el artículo 50,

inc. 2.º, de la Ley 16072, que al finalizar el plazo del contrato de *leasing* inmobiliario, sin ejercitarse por parte del usuario la opción de compra, ni la opción de prórroga de plazo (en caso de haberse estipulado), el inmueble debe ser vendido por la institución acreditante, en el plazo que determine la reglamentación que dicta el Banco Central del Uruguay, en remate público y al mejor postor.

En suma, la capacidad operativa de toda persona jurídica debe estar limitada a su objeto.

B) EL PRECIO

La fijación del precio en el *leasing* inmobiliario asume características especiales, que lo diferencian del *leasing* sobre bienes muebles. Los inmuebles tienen generalmente lapsos de amortización muy dilatados y, salvo en casos muy específicos, no pierden valor con el transcurso del tiempo. Los bienes muebles poseen, en cambio, una vida útil más breve, y suelen verse afectados por la obsolescencia causada por el continuo cambio tecnológico.

El precio se integra por dos componentes:

a) Cuotas periódicas que el usuario pagará por la utilización del bien (art. 1.º, inc. 1.º, Ley 16072). Comprenden la amortización del valor total del bien, el interés del capital invertido en la compra, los gastos de administración y la utilidad de la institución financiera.

El fenómeno inflacionario influye también en la fijación de dichas cuotas. Problemática que se puede paliar acudiendo a las técnicas usualmente empleadas como: establecer el precio en moneda extranjera, en unidades reajustables, o basarse en otros criterios de reajuste posibles. También el costo del dinero incide sobre las cuotas, pudiéndose pactar tasas de interés variables que pongan a cubierto de las fluctuaciones del mercado financiero.

b) El segundo elemento es el precio final, como lo denomina la Ley, en lugar de valor residual, que es el término más empleado por la doctrina. Deberá hacerlo efectivo el usuario en caso de ejercer la opción de compra (art. 1.º, inc. 2, Ley 16072).

Para este tipo de *leasing* la Ley dispone, que el referido precio final no excederá a la fecha del contrato el 25 por 100 del valor real fijado por la Dirección General del Catastro Nacional y Administración de Inmuebles del Estado (art. 5.º Ley 16072). Disposición que se introdujo con: “el ánimo de evitar una deformación de los conceptos del crédito de uso, que pudieran determinar una compraventa a plazos encubierta o un negocio

inmobiliario simulado, violando así el objetivo primordial de la figura reglada" (13).

C) OPCIÓN DE COMPRA

Uno de los requisitos típicos del contrato es la denominada opción de compra.

En el *leasing* de bienes muebles, la opción puede no existir. En el de inmuebles es de esencia (art. 5.º Ley 16072). Si no es prevista por las partes, no se considera contrato de crédito de uso y no podrá inscribirse como tal (art. 52 Ley 16072).

SÁNCHEZ FONTANS define la opción como un convenio por el cual una de las partes queda vinculada irrevocablemente por su propia declaración y la otra adquiere el poder de decidir acerca de la formación del negocio (14). Se entiende respecto del contrato previsto por la opción.

Es un negocio jurídico bilateral que genera un derecho potestativo del optante de aceptar o no la propuesta que le formula el concedente. En caso de unirse la referida propuesta y la eventual aceptación, surge el consentimiento del segundo contrato.

En virtud de estas consideraciones, estimamos que el legislador no organizó una verdadera opción de compra, pese a ser esa la terminología empleada, sino en realidad configuró una opción de promesa de venta.

En primer término, porque si en la opción un elemento (propuesta irrevocable) forma parte del contrato posterior de compraventa, puesto que tiene por fin, como vimos, constituir el consentimiento con la aceptación del optante, al ser la compraventa de bienes inmuebles un contrato solemne que debe otorgarse en escritura pública (art. 1.664 CC), el contrato de opción (y, por tanto, el contrato de crédito de uso) también requeriría la escritura pública, por su vinculación estructural a la compraventa. En cambio la Ley 16072 en su artículo 6.º permite que se otorgue en documento privado con firmas certificadas por Escribano.

Por otra parte el artículo 8.º da la posibilidad al usuario de obtener la ejecución forzada específica, supliendo el Juez el consentimiento del enajenante. Esto es incompatible con la opción de compra, debido a que el consentimiento de éste ya se expresó irrevocablemente al momento de la opción. En la opción de compra la obligación del concedente es de no

(13) Informe de la Comisión de Hacienda del Senado que acompañó el proyecto de Ley sustitutivo del remitido por el Poder Ejecutivo.

(14) SÁNCHEZ FONTANS "Naturaleza de la opción", *L.J.U.*, t. 47, pág. 94.

hacer, de no revocar, la propuesta emitida, y no una obligación de hacer, es decir, de prestar el consentimiento.

Otro argumento en tal sentido es que el Registro en el cual se dispone la inscripción del contrato no es el Registro de Traslaciones de Dominio, sino en el Registro Unico de Promesas de Enajenación de Inmuebles a Plazos.

La propia discusión parlamentaria ilumina el texto legal, y nos muestra que hay en realidad detrás de las imprecisiones anotadas en la terminología de la Ley. El senador ORTIZ afirma: "...¿qué es la opción de compra? Es un convenio según el cual una de las partes se compromete a vender a la otra determinado inmueble en determinadas condiciones. Se trata de la llamada promesa de compraventa, que se extiende en documento privado con las firmas certificadas de manera que la opción de compra no requiere escritura pública. Una tercera situación es la compraventa en cumplimiento de esa opción de compra. Esa compraventa debe otorgarse en escritura pública porque así lo dispone el Código Civil. Sin embargo, quiero destacar que se trata de tres aspectos y tres momentos diferentes" (15).

En suma, si el contrato previsto por la opción fuera una compraventa, el usuario podría perfeccionar dicho contrato prescindiendo de una nueva manifestación de voluntad de la institución financiera, situación que no se compadece con el texto de la Ley.

GAMARRA sostiene que el contrato de opción puede preparar tanto el surgimiento de un contrato definitivo como el de un contrato preliminar (16). Y esta última es realmente la situación contemplada por la Ley 16072.

La opción se confiere para celebrar una promesa de compraventa. De esta forma cuando el usuario (optante) ejerza la opción se perfeccionará la promesa de venta y nacerá la obligación de hacer a cargo de la institución financiera, de prestar el consentimiento necesario para el perfeccionamiento del contrato de compraventa. De tal forma que podrán existir tres fases: primero, el contrato de opción de promesa de venta instrumentado en el contrato de crédito de uso, luego la promesa de venta y finalmente el contrato definitivo, la compraventa.

(15) *Diario de Sesiones de la Cámara de Senadores*, pág. 147, de 11 de mayo de 1988.

(16) J. GAMARRA, *Tratado de Derecho civil uruguayo*, t. IX, 3.^a edición, 1977, pág. 136.

D) LA OPCIÓN DE PRÓRROGA DE PLAZO

El artículo 1.º, inc. 3.º, de la Ley 16072, establece la posibilidad de pactar, en favor del usuario, y sin perjuicio de la opción de compra, una opción de prórroga del plazo del contrato, por uno o más períodos determinados y por un nuevo precio que también se estipulará en el contrato.

En nuestra opinión, la referida, es una opción modificativa del contrato de crédito de uso, no configurando un nuevo contrato. El derecho potestativo que adquiere el optante no implica determinar el perfeccionamiento de un segundo contrato (como en el caso de la opción de compra), sino en la modificación de un elemento del contrato primitivo. No se trata de una nueva relación jurídica, sino es la prolongación de la precedente (17). Pero si las partes convienen la opción de prórroga estableciendo que en el momento de optarse por ella, se discutirán nuevas condiciones de contratación, en este caso sí estamos ante un nuevo contrato.

Incluso la Ley determina la estipulación de un nuevo precio a regir si se hace uso de la opción de prórroga de plazo, integrándola por tanto. Esto no altera nuestro anterior razonamiento, porque no lleva a la desaparición del contrato y sucesiva sustitución por otro, sino a su modificación (18).

En caso de hacer uso de la opción, el usuario debe realizarla antes de finalizar el plazo contractual, en forma expresa, e inscribir dicha aceptación, de manera que la información registral refleje la modificación operada (art. 30, inc. 4.º, de la Ley 16072).

E) EL BIEN DADO EN "LEASING"

El bien puede ser mueble o inmueble, no puede ser fungible (art. 5.º Ley 16072). Tampoco pueden ser los consumibles, aunque la Ley no lo dice, se sobreentiende que las materias primas no pueden financiarse mediante *leasing*.

Con respecto a los bienes inmuebles la Ley dice: "*todos los inmuebles*". Recordemos que para nuestro código los bienes son corporales e incorporeales (art. 460 CC). Los corporales se dividen en muebles e inmuebles

(17) J. GAMARRA, *Traido de Derecho civil uruguayo*, t. IX, 3.ª edición, 1977, págs. 136, 158 y sigs.

(18) J. SÁNCHEZ FONTANS, "Prórroga y negocio modificativo de arrendamiento rural", en revista *AEU*, año 47, núms. 1-6, 1961, pág. 16. El autor afirma en un caso de prórroga de plazo de un contrato de arrendamiento rural que "el aumento del precio del arrendamiento no implica un nuevo contrato de este tipo, sino la simple modificación del preexistente".

(art. 461). Los inmuebles corporales son las cosas que no se pueden transportar de un lugar a otro. Los bienes incorporeales se reputan muebles o inmuebles según la naturaleza del bien que es su objeto. El derecho de usufructo sobre un inmueble, es inmueble; la acción del comprador para que se le entregue la finca comprada es inmueble. Por consiguiente, el artículo 5.º abarca todos los inmuebles, corporales o incorporeales. Pero el artículo 2.º de la Ley dispone que el bien debe ser propiedad de la acreditante o un bien que ésta se haya obligado a adquirir. ¿Puede existir la propiedad de un bien incorporeal? La propiedad definida por el artículo 486 del Código Civil es el derecho de gozar y disponer de una cosa. No distingue la disposición si la cosa es corporal o incorporeal. Los vocablos bienes o cosas tienen sinonimia jurídica (art. 460 CC). Los derechos limitados, como el usufructo y superficie, facultan a un dominio parcial de la cosa. El usufructuario tiene poder de disposición de su derecho y dentro de sus límites actúa como propietario del derecho de usufructo. Cabría suponer que quien tuviera un bien en calidad de usufructuario o superficiario podría contratar sobre él un crédito de uso, por supuesto condicionado a las limitaciones de esos derechos. No podría el titular de un derecho personalísimo (uso y habitación) (19).

1. *Destino del bien dado en "leasing"*

El bien sobre el que recae el contrato de crédito de uso, deberá estar destinado a los fines establecidos por la Ley. Por lo menos en el momento del contrato. El bien debe servir al usuario para desarrollar actividades industriales, comerciales y agrarias (art. 5.º). Se deduce que si el usuario no cumple con el imperativo legal, el contrato no será protegida por la Ley 16072 (art. 52). Sin embargo, si el inmueble se desafecta de esas actividades, la acreditante *podrá* pedir la resolución del contrato con daños y perjuicios o *dejar subsistente el contrato* y reclamar la indemnización (art. 21). Quiere decir que el mantenimiento del destino del bien durante todo el plazo del contrato, queda supeditado al interés que tal vinculación le despierte a la acreditante. El control de ese aspecto queda en manos de la acreditante.

(19) WOLFF, *Derechos de cosas*, núms 2-4, dice: "Derechos sobre derechos: a esta categoría pertenecen, en primer término, los derechos sobre un derecho de superficie u otro derecho considerado como inmueble; en segundo lugar, el usufructo y la prenda sobre derechos; en tercer lugar, los derechos sobre bienes inmuebles que se extienden a determinadas pretensiones, como la hipoteca a los alquileres o a los créditos procedentes del contrato de seguro."

2. *Edificio a construir o en construcción*

Podría suceder que la institución acreditante se obligue a construir un edificio. Por ejemplo, un hotel (industria hotelera). Seguramente que para realizarlo se preferirá la organización horizontal; pues para el caso de que terminado el *leasing* se desafecte el destino industrial, podrá contarse con la posibilidad de enajenarlo por el régimen de propiedad horizontal (o la nueva modalidad del tiempo compartido que también tiene como base la propiedad horizontal). Será ventajoso tanto para el usuario que haga uso de la opción de compra como para la acreditante en cuanto se le restituya el bien y deba proceder a su venta (art. 50). En este caso la promesa de venta contenida en el contrato de *leasing* hará mención al plano proyecto y a las unidades que compondrán el edificio, bienes comunes, etc.

No cabría la posibilidad de actuar con el régimen excepcional que regula el Decreto-Ley 14261, cap. II (20), ya que ésta refiere a la contratación con el BHU en el ámbito del Plan Nacional de Viviendas, destino excluido de nuestra Ley de crédito de uso. Estando a las disposiciones de la Ley 10751 de Propiedad Horizontal, el respectivo contrato de compraventa quedará supeditado a la habilitación del edificio al régimen de propiedad horizontal (art. 30 Ley 10751). No hay en nuestro derecho un negocio de incorporación, como en el sistema español y para disponer de las diferentes unidades de un edificio horizontal es necesario obtener la habilitación municipal. Es posible prometerlo en venta estando proyectado o en construcción, pero el derecho real constituido por la inscripción registral, funcionará como una reserva de prioridad frente a los actos posteriores de la acreditante, ya que las acciones para obtener el uso y goce o exigir la transferencia del bien a virtud del ejercicio de la opción, no tendrá consistencia hasta tanto la cosa exista material y jurídicamente. Para la idoneidad jurídica será necesaria —como dijimos— la habilitación municipal.

3. *Inmuebles por accesión*

Es el caso de los equipos y maquinarias industriales que son adheridos a los inmuebles, incluidos en su construcción. Esto tiene consecuencias muy importantes. Si esos equipos y maquinarias pierden su individualidad como cosas muebles, formarán parte del inmueble, se considerarán como

(20) Recuérdese que esta Ley permite la actuación jurídica sobre las diferentes unidades, aunque el edificio sea un cubo de aire, siempre que se cumplan con los requisitos que prescribe la propia Ley.

tales (art. 464 y sigs. CC) y serán adquiridos por el modo accesión por el dueño del bien raíz, al que resultaren adheridos. Por el contrario, si esos equipos y máquinas se contratan como tales y el contrato de uso se inscribe en un registro de cosas muebles —en nuestro caso en el de prendas sin desplazamiento (art. 7, lit.c)— esa situación jurídica registrada será oponible a la accesión operada con posterioridad al contrato de uso (art. 8 Ley 16072).

IX. EFECTOS DE LA INSCRIPCION DEL “LEASING” INMOBILIARIO

El legislador somete el contrato de crédito de uso a la publicidad registral con la finalidad de:

- A) hacer conocible la situación jurídica que surge del mismo;
- B) asegurar su preferencia y oponibilidad *erga omnes*;
- C) constituir un derecho real que asegura determinados aspectos del contrato;
- D) garantizar a los terceros la exactitud e integridad de la situación jurídica registrada;
- E) legitimar al titular inscrito para ejercer las acciones y excepciones defensivas contra quienes perturben su derecho.

Veamos cada uno de estos efectos.

A) HACER CONOCIBLE LA SITUACIÓN JURÍDICA QUE SURGE DEL CONTRATO DE CRÉDITO DE USO O “LEASING”

La publicidad evita la clandestinidad y el Registro es el órgano de notificación por excelencia. La publicidad es una notificación *urbi et orbe, erga omnes*. A esta forma de divulgar, la doctrina la llama “conocibilidad”, queriendo significar con el vocablo: posibilidad de conocer. Este atributo de la publicidad *provoca una presunción de conocimiento*.

B) ASEGURAR SU PREFERENCIA Y OponIBILIDAD “ERGA OMNES”

Este tema está relacionado con las formas de inscripción seleccionadas por el legislador.

La publicidad registral es susceptible de aplicaciones diferentes. O bien se le considera en relación con el tráfico jurídico, es decir, como garantía de los terceros que pueden relacionarse con la situación jurídica inscrita;

o bien, como exigencia técnica de la contratación en cuyo caso es un requisito más de la formación del contrato. La cuestión comprende lo que la doctrina señala como el carácter declarativo o constitutivo de la inscripción registral, modalidades usadas según las opciones del legislador.

Cuando la inscripción es declarativa, los derechos reales se constituyen, transmiten, modifican y extinguen independientemente de la inscripción en el Registro: bien mediante el simple negocio jurídico obligacional (contrato)— o mediante el negocio obligacional más la tradición (21). Entre las partes el derecho se perfecciona con el contrato válido; pero frente a los terceros, la eficacia del cambio real acaecido y sus modificaciones, están supeditadas a la inscripción. En nuestro sistema es el caso de la enajenación de bienes inmuebles, constitución de algunos derechos reales, como el de usufructo, uso, servidumbre, habitación, etc.

La inscripción es constitutiva cuando figura entre los elementos necesarios para el nacimiento, extinción o modificación de los derechos reales. El derecho no existe si la inscripción no se verifica. El caso más típico, en nuestro sistema es el de la hipoteca.

En el caso del contrato de crédito de uso, que nos ocupa, es necesario *hacer distinciones*; porque la inscripción no es constitutiva del contrato (22), pero sí es constitutiva de su trascendencia real. Si el contrato se ajusta al estatuto de la Ley 16072, pero no se inscribió, o se inscribió y caducó, queda igualmente categorizado como contrato de crédito de uso, con exclusión de la protección y garantías reales que brinda el contrato inscrito.

El artículo 52 de la Ley 16072 establece que no se considerará contrato de crédito de uso aquél que contenga estipulaciones que se aparten de la Ley. La inscripción no es una estipulación del contrato. Es —como veremos más adelante— una obligación legal de la acreditante y una carga para el usuario. Por consiguiente, respecto del contrato que no se aparte en sus estipulaciones de la Ley, la inscripción no es constitutiva del mismo. Pueden funcionar los institutos de mora, resolución, cumplimiento de las obligaciones estipuladas en la Ley.

Si el contrato se inscribe, la inscripción es constitutiva de sus efectos frente a terceros y de la constitución y efectos del derecho real que nace del acto registral (23).

El contrato de *leasing* que se aparte del estatuto legal, se regirá por el

(21) HERNÁNDEZ GIL, *Introducción al Derecho hipotecario*, pág. 128.

(22) Por ejemplo, en la enajenación de vehículos automotores la inscripción es constitutiva del contrato, pues sin ese requisito no vale ni siquiera entre las partes.

(23) Es también el caso de la promesa de enajenación no inscrita pero sometida a la Ley 8733, la cual queda incorporada a su estatuto, pero sin trascendencia real.

derecho común. Será innominado y consensual. El objeto de las obligaciones que surgieran del mismo: dar, hacer no hacer, se regularán por el derecho común, y el contrato. No tendrá poder defensivo frente a terceros.

1. *Preferencia y oponibilidad frente a la quiebra.*

En los procesos concursales: concurso, quiebra, estamos ante una ejecución distributiva del patrimonio del deudor, repartiéndose su producto entre todos los acreedores; salvo las preferencias legales. El fallido pierde el uso, la tenencia, la administración y la disposición de sus bienes, pero no la titularidad de los mismos. Los actos realizados por el concursado o fallido con posterioridad a la declaración, no son nulos (a pesar de las expresiones legales: arts. 2.374 CC y 1.602, 1.603 y 1.605 CdeCo), sino inoponibles (24).

Si quebrara la Institución acreditante, la disposición del artículo 8 le acuerda al usuario acción para recuperar el bien y cuando haya cumplido con todas las obligaciones y ejercido la denominada opción de comprar el bien, la acción para exigir el otorgamiento judicial de la compraventa. La expresión "circunstancias posteriores" dejan a salvo al usuario de la quiebra de la acreditante. En ese sentido es más preciso el artículo 31 de la Ley 8.733, que protege al promitente comprador "*en caso de resistencia, fallecimiento, ausencia, impedimento, concurso, quiebra o incapacidad de la parte enajenante...*"

También el usuario puede verse envuelto en un proceso concursal. La declaración de quiebra respecto de usuario, hará caer el contrato, pues pierde la calidad de comerciante (no podrá cumplir con el destino si éste fuese la actividad comercial) y además la quiebra provoca la exigibilidad de las obligaciones a plazos (art. 1.438 CC). Por consiguiente, habrá de restituir el bien a la acreditante y ésta tendrá derecho a solicitar que se incluya en la masa de la quiebra los cánones devengados y no pagados y la indemnización de perjuicios (25).

Pero si el usuario está en condiciones de hacer uso de la opción de compra, consideramos que el síndico de la quiebra podrá ejercerla e incorporar el bien a la masa garantía de los acreedores, siempre que dicha aceptación beneficie a los mismos.

(24) R. MEZZERA, *Quiebras*, t. V, págs. 130 y sigs.

(25) R. ESCOBAR GIL, *El contrato de "leasing" financiero*, pág. 83.

C) CONSTITUIR UN DERECHO REAL QUE ASEGURE
DETERMINADOS ASPECTOS DEL CONTRATO

La necesidad de seguridades para la contratación impuesta por el tráfico jurídico de este siglo, ha hecho que se busque la posibilidad de ampliar el campo de aplicación de los derechos reales, respecto: por un lado, de ciertos conceptos dogmáticos que cerraban las puertas del derecho de cosas a las cosas incorpóreas, privándolas del tratamiento de derechos reales. Ahora se aborda la cuestión de configurar derechos reales sobre la propiedad industrial e intelectual, la prenda o el usufructo (derechos sobre derechos). Por otro lado, la necesidad de ver en todo poder autónomo atribuido a una persona, una titularidad sobre un valor económico, con una consistencia suficiente, para ser tomado en consideración y quedar insertado dentro de la trascendencia social del tráfico jurídico. (Garantía de los acreedores, defensa, expropiación, etc.) En definitiva, se amplía el concepto derecho subjetivo patrimonial, el cual puede ser tratado como objeto de derecho.

Por su parte, las relaciones entre acreedor y deudor, buscan cada vez con más ahínco, un afianzamiento de carácter real.

En el contexto de esta evolución, el derecho real por excelencia sigue siendo el derecho de propiedad, pese a los avatares ideológicos que combinan y limitan su plenitud con las ideas sociales y económicas de los tiempos modernos.

Comparten el carácter real de la propiedad, los derechos limitados, que no otorgan un poder pleno sobre la cosa, sino sólo un poder limitado. Algunos toman parte en la sustancia y modifican la posesión material de la cosa (usufructo, servidumbre, etc., derechos de goce); otros sobre su valor, que es afectado en provecho de otro: son los derechos de garantía que se originan en el derecho de prenda genérica, en virtud del cual se puede sacar un bien del deudor y expropiarlo, para cobrarse con su producto (26).

Parte de la doctrina alemana (27) distingue también los derechos reales de adquisición. Estos derechos integrados con los derechos reales de garantía, fijan retroactivamente, desde la fecha de su titularidad, preferencia para pretender el bien.

En el contrato de crédito de uso, el usuario no es titular del dominio, éste permanece en manos de la acreditante. El usuario tiene un derecho real sobre la cosa dada en *leasing*, que participa de la naturaleza de los derechos limitados (*ius in re aliena*) y que tiene notas comunes con los

(26) J. W. HEDEMANN, *Derechos reales*, núm. 35.

(27) M. WOLFF, *Derecho de cosas*, núm. 2.

derechos de goce, adquisición y garantía: protege al usuario durante la utilización del bien (goce, art. 8) legitimándolo para instaurar las acciones que le permitan recuperarla y los embargos posteriores que afectaren a la acreditante no le impedirán la utilización del bien (arts. 15 y 35). A su vez es un derecho real de adquisición, cuyo contenido es obtener la transferencia forzada del dominio, cuando al finalizar el contrato, el usuario haya hecho uso de la opción (art. 8). Es también de garantía, porque durante el plazo del contrato asegura al usuario que su derecho a la adquisición del bien, en caso de hacer uso de la opción, no se frustrará, por actos posteriores de la acreditante (arts. 8, 30 y 35) (28).

Aún podemos hacer una precisión más, respecto de este tema: el legislador califica como real al derecho que surge con la inscripción del contrato. Pero la doctrina es renuente a pasar por la calificación del legislador, en tanto los derechos así calificados no reúnan las notas distintivas del derecho real, esto es: inmediatez, absolutez, inherencia y preferencia. No obstante, suele ocurrir que a veces no se dan todas juntas. Por ejemplo, en la hipoteca no se da la inmediatez, pues el bien queda en poder del deudor; lo mismo acaece en la prenda sin desplazamiento. Por eso la necesidad de registración, pues la publicidad registral, suple alguna de esas notas.

Consideramos que el derecho real que comentamos, tiene todas esas notas que citamos, dentro del contexto de su naturaleza limitada. Tiene inmediatez, porque el contrato permite la utilización directa de la cosa (art. 1.º). Está dada la absolutez, en cuanto se imponen a los terceros, tornando ineficaces frente al usuario, los actos que entorpezcan su situación jurídica y económica y desmerezcan el contenido del derecho a la utilización de la cosa (art. 8). Proporciona al usuario las acciones defensivas recuperatorias de la utilización; y en el caso de hacer uso de la llamada opción de compra, la prerrogativa de ser primero en el derecho, posición que todos los interesados posteriores deberán respetar.

También tiene inherencia, porque se integra y permanece en la cosa hasta su extinción, en cualquier mano que ésta se encuentre (art. 11) y puede oponer, a cualquier adquirente, la situación jurídica que asegura, ya sea como acción o excepción, alegando incompatibilidad o prioridad de

(28) El doctor GAMARRA y parte de la doctrina nacional —comentando el derecho real que acuerda la promesa de enajenación inscrita— lo califican como derecho real de garantía, porque esa preferencia que tiene el sujeto frente a cualquier adquirente posterior de un derecho real sobre el bien consagra una garantía para el promitente comprador, accesoria al derecho de exigir la transferencia forzada del inmueble.

CALVO y RAMÍREZ (*Curso de Derecho civil, I. Bienes*) consideran como un todo los dos derechos del promitente el de adquirir la cosa y el de ser preferido con retroactividad y lo ubican en la categoría de los derechos reales de adquisición

rango (art. 17: "... si la institución acreditante no compareciere a defender la cosa, podrá sostener el juicio el usuario").

Otro atributo de los derechos reales, es la preferencia. Si varios sujetos tienen derecho sobre el mismo bien, es necesario saber cuál de ellos tiene preferencia respecto de los restantes. La preferencia consiste en que el primero que adquiere la titularidad de un derecho es el amparado. En el caso de los derechos reales que recaen sobre inmuebles, quien decide la preferencia de los derechos constituidos sobre el mismo bien, es la inscripción registral.

D) GARANTIZAR A LOS TERCEROS LA EXACTITUD E INTEGRIDAD DE LA SITUACIÓN JURÍDICA REGISTRADA

La concordancia entre lo que dice el Registro y la realidad se llama exactitud. Cuando el Registro no refleja toda la realidad registrable, deviene inexacto. La nota de integridad la explica NÚÑEZ LAGOS (29) de esta manera: la exactitud del asiento registral no es nunca una autenticidad, sino una presunción *iuris tantum*. Es decir: la realidad extrarregistral puede entrar en el Registro y rectificarlo, pero antes de que inscriba el tercero de buena fe. Si penetra después, la inexactitud beneficia a ese tercero. Lo que dicen los asientos lo favorece formalmente. En nuestro derecho con la inoponibilidad de la situación no registrada con posterioridad frente a la registrada o registrada preferentemente. No existe en nuestro derecho la presunción legitimadora *juris et de jure* que sustantiviza el derecho en favor del tercero de buena fe. Aun así la oponibilidad *versus* inoponibilidad tiene efectos muy fuertes.

Para que la publicidad registral pueda cumplir con este cometido es menester que se registre todo acto que extinga, afecte o modifique la inscripción del contrato de crédito de uso. En ese aspecto existe una gran omisión de la Ley. Esta solamente establece la obligación de inscribir el contrato principal (art. 7), su prórroga (art. 30), la cancelación de judicial (arts. 33 y 34) o voluntaria. Entendemos que la Ley debió prever expresamente la inscripción de todo acto modificativo o extintivo, tal como la cesión, cuando ésta se autorice y alguna otra modificación de interés para terceros. Por ejemplo: la opción de compra, antes de realizar la compra-venta (30).

(29) R. NÚÑEZ LAGOS, "La integridad de la fe pública en el Registro de la Propiedad", *AEU*, t. 50, pág. 375

(30) El Código General del Proceso dispone la inscripción de la litis, medidas cautelares, embargos y certificados de resultancias de autos. La Ley 10793 dispone la

La omisión de la Ley tendrá que subsanarla el decreto reglamentario. No creemos que sea ilegal que el decreto recoja el principio de exactitud e integridad. En primer lugar, porque es un principio del sistema registral. En segundo lugar, porque está formulado en las Leyes 10793 (art. 3, inc. 5.º) y 8733 (art. 6). Por consiguiente, el decreto que lo acoja tendrá por fundamento el espíritu de la Ley de la materia, las Leyes análogas, la doctrina más recibida y la interpretación sistemática.

E) LEGITIMAR AL TITULAR INSCRITO PARA EJERCER
LAS ACCIONES Y EXCEPCIONES DEFENSIVAS
CONTRA QUIENES PERTURBEN SU DERECHO

Esta legitimación —como lo expresamos *supra*— deriva del derecho real constituido por la inscripción y de la oponibilidad que caracteriza al contrato inscrito (arts. 8, 11 y 30).

Las acciones de terceros que pretendan derecho a la cosa se dirigirán contra la acreditante (art. 17), pero si ésta no compareciere a defender la cosa, la Ley reconoce legitimación para la causa al usuario. Siempre que se trate de derechos posteriores a la inscripción. Si son anteriores sólo estará legitimada la acreditante y mientras la utilización no sea recuperada, el usuario quedará liberado del pago de las cuotas periódicas estipuladas (art. 17).

X. LEGITIMACION PARA CONSTITUIR EL DERECHO REAL
QUE SURGE DE LA INSCRIPCION DEL "LEASING"

Señala OLIVERA (31) que alguna doctrina ha sostenido que es característica peculiar del *leasing* el que su objeto sea propiedad ajena en el momento de perfección del contrato. O sea que la institución acreditante no haya adquirido aún el bien del proveedor. Nosotros consideramos que la acreditante no podrá inscribir el contrato de *leasing*, hasta no quedar legitimada para constituir sobre el bien inmueble el derecho real que surge con la registración del contrato.

Constituir un derecho real significa una actuación en el ámbito de dominio o de los derechos vinculados al dominio. Por consiguiente, se necesita en el constituyente el poder o la legitimación para disponer.

inscripción de las interdicciones establecidas en las leyes que modifican la capacidad civil de las personas o sus poderes de disposición de los bienes.

(31) R. OLIVERA GARCÍA, *ob. cit.*, pág. 92.

El artículo 2 de la Ley 16072 dice: “El contrato podrá recaer:

- a) Sobre un bien elegido por el usuario que la institución acreditante se obliga a adquirir a un proveedor determinado.
- b) Sobre un bien que, a la fecha del contrato sea de propiedad del usuario, pactándose simultáneamente su venta a la institución acreditante.
- c) Sobre un bien que, a la fecha del contrato, sea de propiedad de la institución acreditante, adquirido para la defensa o recuperación de sus créditos”.

En los supuestos *b)* y *c)* del artículo transcrito la acreditante se hace propietaria del bien. Entendemos que en el supuesto *a)* la acreditante deberá ser titular de un derecho que le permita legítimamente constituir el derecho real de garantía (art. 8) y que le permita la transferencia del uso y goce del bien y en su oportunidad celebrar eficazmente la compraventa y tradición del bien.

Si la acreditante fuese promitente compradora de acuerdo con la Ley 8733 o cesionaria de los derechos que acuerda esa norma, no tendrá el dominio del bien y no podrá legítimamente constituir el derecho real que asegura el *leasing*. En el caso del artículo 2, lit. *a)*, se requerirá que además de una promesa de enajenación en favor de la acreditante, el propietario del bien, constituye en beneficio de aquélla un derecho real de superficie en debida forma (escritura pública, tradición e inscripción en el Registro de Traslaciones de Dominio). Es el único medio de probar la propiedad de lo que se construya o plante en suelo ajeno, del cual emana la titularidad real de las mismas que habilita a la transferencia y a la constitución de derechos reales menores (32).

Podría suceder que el proveedor, promitente vendedor, hubiere autorizado a la acreditante a realizar el contrato de uso e inscribirlo. Aquí se presentaría la discusión del poder y del mandato revocable o irrevocable. El mandato con poder es esencialmente revocable (art. 2.087 CC). Pero cuando el poder es inherente a una determinada situación jurídica, se extingue sólo con la actuación jurídica (acreedor anticrético, art. 2.349 CC, cesión de bienes del concursado, art. 2.373 CC). Los poderes conferidos por otros negocios que no son mandatos —dice MIRANDA— como el que se encuentra incorporado a una promesa, funciona como un poder irrevocable (33).

(32) E CAFARO, “Titularidad de las construcciones realizadas por el promitente adquirente”, *Anuario de Derecho Civil Uruguayo*, t. IX. J. L. BENAVIDES DEL REY, *ob. cit.*, pág. 1198

(33) F. MIRANDA, *Régimen de la Propiedad Horizontal*. Conferencias y cursos, AEU, 1979.

Otra hipótesis, más teórica que práctica, plantea la posibilidad de que la acreditante tuviera un derecho de usufructo sobre el bien. El caso involucra la consideración de que un derecho real sea objeto de la constitución de otro derecho (derechos sobre derechos), posibilidad que se deduce de la concepción del Código Civil que considera los derechos reales y personales como bienes o cosas, además de estar admitida a texto expreso en ciertos casos (arts. 506 y 2.298 CC) (34). Claro está que la opción se ejercería sobre el derecho de adquirir el usufructo y no el dominio.

XI. LEGITIMACION PARA INSCRIBIR

Están legitimados para inscribir la institución acreditante y el usuario. Para la acreditante es una obligación y para el usuario es una carga.

Decía BARDALLO (35): "La diferencia entre obligación y carga puede construirse en el reverso de la hecha entre derecho subjetivo y potestad: el *genus* es la "necesitas", la diferencia específica se refiere a la coincidencia entre el sujeto necesitado y el sujeto del interés tutelado, que se da en la carga y no en la obligación; mientras en ésta es la necesidad de subordinar un interés propio a un interés ajeno, la carga es la necesidad de subordinar un interés propio a otro también propio".

Sobre la base de estas consideraciones reflexionamos que, en el contrato del uso, el usuario tiene el derecho de reclamar lo debido a la acreditante (obligación), pero para desarrollar este interés tiene la carga de demandar al obligado. Un interés subordinado a otro interés del mismo sujeto; y para desarrollar el interés de hacer oponible el negocio debe inscribir, esto es un también una carga del usuario y nadie puede exigirle que lo haga más que el imperativo de su propio interés. Si no lo hace perjudica su interés. Esto es muy importante, porque para los actos modificativos no está establecida la obligación y para la inscripción de la prórroga tampoco.

El artículo 7 de la Ley 16072 dice que el contrato se inscribirá a solicitud de la institución acreditante, dentro de los cinco días hábiles siguientes al de su otorgamiento. Si no lo hace, dentro de ese plazo, incurrirá en una multa en beneficio del usuario, equivalente al importe de la primera cuota periódica pactada en el contrato y se hará pasible del resarcimiento de los daños y perjuicios que pueda sufrir el usuario. Tam-

(34) H. M. STURLA, "Posibilidad de celebrar negocios de garantía sobre derechos de promitente comprador", *Anuario de Derecho Civil Uruguayo*, t. XI, pág. 175.

(35) J. R. BARDALLO, *Ciclo de conferencias realizado en la Facultad de Derecho (1983) sobre el suspendido Decreto-Ley 15514*.

bién el usuario puede solicitar la inscripción (art. 7, inc. 2). Pero no acota, que este derecho del usuario debería ser ejercido una vez vencido el plazo de cinco días sin que la acreditante hubiese registrado el contrato. La disposición da pie para que comparezcan al Registro las dos partes y presenten el contrato cada una por su lado, en diferentes fechas. Recuérdese que las preferencias registrales se obtienen por la fecha y hora de presentación. El mismo contrato registrado en dos momentos distintos puede oscurecer su prioridad.

Otra precisión que conviene hacer es que la presentación en plazo no provoca que los efectos de la inscripción se retrotraigan a la fecha del contrato como lo dispone el artículo 13 de la Ley 10793, para el caso excepcional allí establecido. La inscripción en plazo o fuera de él, siempre surte efectos desde la presentación al Registro competente (art. 67 Ley 10793 y art. 56 Ley 13318).

El transcurso del plazo sin que se opere la inscripción, no hace caducar el derecho de inscribir, en cualquier momento por parte de la acreditante o del usuario. El único efecto jurídico de la inscripción tardía para la acreditante es la sanción pecuniaria. Con respecto al usuario recomendamos cumplir con la inscripción lo antes posible, ya que cualquier acto que se presente a registrar sobre el bien dado en *leasing*, en el intervalo que media entre su otorgamiento y la respectiva inscripción cobrará debida preferencia respecto al *leasing*. Por ejemplo:

El 1/2 se otorga el contrato de crédito de uso.

El 3/2 se presentó a registrar un embargo genérico contra la acreditante.

El 5/2 se presenta a registrar el contrato de crédito de uso.

El embargo prefiere al contrato de crédito de uso (*prior tempore potior iure*). El acto no será oponible a terceros hasta que cumpla con el Registro.

Otra precisión que corresponde hacer es la de que la registración se opera a petición de parte, o por disposición judicial o administrativa. *El Registrador no actúa de oficio*. Por consiguiente, el contrato y sus modificaciones o su cancelación, se registrarán a petición de los interesados legitimados para instar la misma. Las demandas, medidas cautelares y sentencia que afecten el derecho registrado a requerimiento de la jurisdicción. La conversión de una inscripción provisoria en definitiva —luego de evacuado el contencioso registral— será ordenado por la Administración.

Esta instancia registral —que es una forma del derecho de petición— se conoce con el nombre de *principio de rogación*. Luego de presentado a registrar el acto, el procedimiento sigue de oficio, hasta que culmina con el asiento y la nota de inscripción practicada en el ejemplar que se le devuelve al interesado.

XII. REGISTRO COMPETENTE

La Carta de Buenos Aires (1972) dice: "Los Registros de la Propiedad Inmobiliaria de carácter jurídico, son instituciones específicas, organizados por el Estado y puestos a su servicio y al de los particulares, para consolidar la seguridad jurídica, facilitar el tráfico, garantizar el crédito y el cumplimiento de la función social que tiene la propiedad, compatible con la libertad, el progreso y el desarrollo de los pueblos".

Los Registros uruguayos, que organiza la Ley 10793 de 25 de septiembre de 1946, son públicos y jerarquizados al Ministerio de Educación y Cultura (Ley 15751 del 24 de junio de 1985), a través de la Dirección General de Registros, que es un órgano centralizado y coordinador de los mismos.

La Ley 16072 que regula el contrato de crédito de uso, ordenó su inscripción en el Registro de Promesas de Enajenación de Inmuebles a Plazos, cuando dicho contrato recayera sobre bienes inmuebles.

El citado Registro fue creado por la Ley 8733 de 17 de junio de 1931. Dicha Ley estableció un régimen de protección a los promitentes compradores y creó este Registro para que pudieran inscribir sus contratos y beneficiarse con un derecho real de adquisición cuyo nacimiento depende de la registración (art. 6 de la Ley 8733).

La Ley 10793 citada *supra*, organizó los Registros existentes en la época. La lógica indicaba que este Registro de Promesas funcionara en el ámbito de los Registros de Traslaciones de Dominio. Contrariamente se ubicó como una sección del Registro General de Inhibiciones con competencia nacional y centralizada en Montevideo; con secciones de base real —como reivindicaciones y embargos específicos y otras de base personal como Interdicciones— (36).

El Decreto-Ley 15514, actualmente suspendido, que recoge así íntegramente el anteproyecto realizado por JULIO BARDALLO, corrige las enormes fallas y anomalías en la organización registral uruguaya, introduciendo además la técnica del folio real. Lamentablemente la norma está suspendida hasta 1992.

La Ley 15851, art. 107, puso en práctica uno de los expedientes del Decreto-Ley 15514 y descentralizó las secciones reales del Registro General de Inhibiciones. Las mismas pasaron a funcionar en los Registros Departamentos de Traslaciones de Dominio, existentes en cada capital de departamento y en el Local de Pando. Pero en Montevideo, el Registro de Promesas de Enajenación de Inmuebles quedó en el ámbito del Registro General de Inhibiciones (Decreto 917/1988).

(36) J. R. BARDALLO, *Texto ordenado de Derecho registral*. Véase la Introducción.

En definitiva: los contratos de crédito de uso que recaigan sobre bienes inmuebles situados en Montevideo, deberán registrarse en el Registro de Inhibiciones —Secciones Promesas de Enajenación de Inmuebles a Plazos—. Si el contrato comprendiera bienes situados en otros departamentos o en la jurisdicción territorial de Pando, deberá presentarse al Registro de Traslaciones de Dominios Departamental o Local, según la situación de los bienes inmuebles, en la sección Promesas.

Por supuesto que existen negocios y actos jurídicos que afectan de distinta forma a la situación jurídica resultante del *leasing* inmobiliario, y que no se inscriben en el Registro Unico de Promesas de Enajenación de Inmuebles a Plazos. Esto es consecuencia de la particularidad, por ser amables en el término, de nuestra organización registral. Sólo para dar algún ejemplo de los tantos posibles, tenemos que si la institución financiera enajena el inmueble objeto de *leasing* a otra empresa similar (art. 11 Ley 16072), el respectivo contrato se inscribirá en el Registro de Traslaciones de Dominio que corresponda al lugar de ubicación del inmueble, y sucederá lo mismo si se constituye un derecho de superficie. Para conocer íntegramente la situación jurídica de dicho inmueble habrá que obtener información de una serie de registros, lo que responde al fraccionamiento de nuestra organización registral.

XIII. TECNICA DE REGISTRACION

A) FORMA DE LOS ACTOS REGISTRALES

El artículo 6 de la Ley 16072 dice: “El contrato deberá otorgarse en instrumento público o privado con firmas certificadas y en triplicado”.

La expresión en triplicado debe interpretarse referida al documento privado. Con respecto al instrumento público, si es escritura pública o documento protocolizado, corresponde ajustarse a las disposiciones del reglamento notarial, relativas a la expedición de copias o de testimonios de protocolizaciones. En cuanto al documento que debe presentarse a registral, tratándose de escrituras públicas, el artículo 63 de la Ley 10793 dice que es la expedida para la parte a quien beneficia la inscripción. En este caso, el decreto reglamentario de la Ley deberá aclarar si se acompaña de ficha registral como en el caso de cancelaciones de promesas (Decreto 186/1980) o de un testimonio notarial expedido para el Registro, como en el caso de las Sociedades Civiles de Propiedad Horizontal (Decreto 724/1978) o simplemente se registra la copia confeccionando un asiento en los libros protocolos, que aún subsisten para algunos casos, como

promesas en escrituras públicas, emancipaciones, adopciones y capitulaciones matrimoniales. Lo más oportuno, es que se acompañe una ficha registral y sea éste el documento que se protocolice, el cual, en nuestro régimen, que todavía no ha llegado al folio real, constituye el asiento registral.

No dice la Ley cuál ha de ser la forma instrumental, mediante la cual se realice la cesión. Si nos guiamos por la naturaleza inmueble de los derechos que se transmiten, debería realizarse en escritura pública (artículo 1.664 CC). Extender por analogía el artículo 6 no es correcto, esperemos que el Decreto reglamentario lo disponga. No es lo que jurídicamente corresponde, ya que lo atinente a la forma y mecanismos de protección jurídica son materia legal. No establece tampoco la obligación de inscribir esta cesión. No obstante, el decreto reglamentario es una disposición objetiva, de rango superior a la autonomía de la voluntad y aunque transgrede los límites legales, seguramente recogerá el principio de exactitud e integridad, según el cual toda modificación de las situaciones jurídicas registradas deberán inscribirse, para que el Registro y su información resulten exactas.

La Ley 16072 dispone la inscripción en el Registro de los siguientes actos, tanto constitutivos, modificativos como extintivos, relativos al *leasing* inmobiliario.

A) Actos constitutivos: Contrato de crédito de uso (art. 7.º, lit. a).

B) Actos modificativos: Opción de prórroga del plazo (art. 30, inc. 4.º).

C) Actos extintivos: C1) Cancelación de la inscripción del contrato de crédito de uso, al ejercer la opción de compra (art. 30, inc. 2.º); C2) Cancelación judicial (37) de la inscripción del contrato de crédito de uso (arts. 33 y 34).

Respecto de estos actos la Ley sólo establece la forma instrumental de contrato de crédito de uso.

La Ley utiliza impropriamente la palabra rescisión en el sentido de resolución, no obstante de tratarse de figuras jurídicas netamente diferenciadas. La rescisión es el medio por el cual las partes de común acuerdo ponen fin a un contrato existente y válido. Sus efectos se producen *ex nunc*. En cambio, la resolución es la actuación del contrato en virtud de una estipulación expresa o implícita contenida en el mismo. Supone que las partes han dado un consentimiento condicional en vista de una even-

(37) La cancelación judicial procederá, cuando por sentencia pasada en autoridad de cosa juzgada, el Juez de la causa oficie al Registro la resolución del contrato.

tualidad determinada. Si ésta se realiza, el contrato será resuelto. Sus efectos —en general— se producen *ex tunc*. Explicablemente aparece empleado el vocablo rescisión para referirse a la resolución (arts. 18, 19 y 26), pues estas disposiciones se vinculan textualmente a artículos del Código Civil que regulan el contrato de arrendamiento, con la salvedad de que los artículos 19 y 25 invierten los criterios en cuanto a los vicios de la cosa (art. 1.804 CC). Del artículo 20 al 31 la Ley reitera con algunas modificaciones artículos del Código Civil.

B) ASIENTO DE PRESENTACIÓN

El título que se presenta a registrar origina un asiento de presentación. La fecha y hora consignada por el Registrador en este asiento es la que va a determinar la prioridad y los efectos que de ella dependan (arts. 671 Ley 10793 y 56 Ley 13318).

El acto de presentación requiere una calificación mínima del título presentado, establecido por el Decreto 168/1979, artículos 1 y 2 y, por supuesto, el examen de la competencia registral en razón del territorio y la materia.

Luego el procedimiento registral continúa de oficio.

C) LA CALIFICACIÓN REGISTRAL

Una vez presentado con los recaudos, el título queda sujeto a la calificación registral. Esta función tiene por fundamento el principio de legalidad, el cual exige que los actos que se presenten a inscribir estén conformes con las normas legales y reglamentarias que le son aplicables, en la medida que la Ley registral y las disposiciones especiales determinan.

La calificación es un *acto administrativo*, pues es el medio de que se vale la administración para expresar su voluntad; es un *acto jurídico*, porque el acto administrativo pertenece al género de los actos jurídicos; es *técnico*, porque requiere que la realice el registrador, para quien se exige como aptitud científica el título de escribano (Ley 10793, art. 79); es *propio*, la Ley dice que “*el registrador calificará por sí mismo*” (art. 57 Ley 10793); es *exclusivo*, solamente el registrador lo puede disponer y autorizar y es *reglado*, ya que debe ajustarse a la forma prescripta por las leyes y decretos aplicables (Ley 10793, arts. 57 y 58; Decreto 86/1975, arts. 23 a 26).

Según el Decreto 86/1975, cada acto debe confrontarse con las normas sustanciales, formales y fiscales que lo rigen. La *calificación sustancial*

permitirá al registrador verificar si el acto cumple con los requisitos legales de su especie. Respecto del contrato que comentamos, examinará si contiene todos los requisitos establecidos por la Ley, de lo contrario, no se considerará como tal y no podrá inscribirse (art. 52 Ley 16072). La calificación sustancial no permitirá la registración de actos viciados de nulidad absoluta, siempre que la nulidad resulte del propio instrumento. La nulidad relativa no impide la registración del acto, pero la inscripción no convalida el vicio o defecto de que adolezca (Ley 10793, art. 13 y Ley 13318, art. 58).

La calificación formal se desdobra en formal y formal registral. En el primer caso se examinarán los requisitos de validez según la especie documental que se presente a inscribir: instrumentos públicos, privados, certificados o protocolizados. La forma registral está referida en las propias leyes de la materia (Ley 10793, Decreto 86/1975, Decreto 168/1979, etc.). La calificación fiscal se refiere a los controles tributarios y cargas sociales (contribución inmobiliaria, montepíos notariales, tasas registrales, etc.).

La calificación culmina con la decisión de aceptar el acto, aceptarlo con observaciones o rechazarlo. Si la calificación decide la inscripción definitiva o provisoria, el procedimiento continuará con la *protocolización* de la ficha registral o del ejemplar del documento privado, según la técnica que se emplee.

Por último se indizará. Seguramente se seguirá la técnica real y se tomará como base la unidad inmueble y sus datos, mediante fichas reales ordenadas ordinalmente. El decreto reglamentario, instrumentará el procedimiento de acuerdo con las técnicas aplicadas actualmente (art. 59 y 60 Ley 13318 y arts. 16 y sigs. Decreto 86/1975).

Recordemos que si el Registrador observa el título presentado, está obligado a inscribir provisoriamente (art. 59 Ley 10793, redacción dada por el Decreto-Ley 14862 de 8 de enero de 1979 y Decreto 168/1979). Si a raíz de las observaciones se formaliza el procedimiento llamado "contencioso registral", proceden los recursos administrativos: revocación y jerárquico en subsidio (Decreto-Ley 15524 y Ley 15689). Agotada la vía administrativa, el interesado cuya pretensión se desestima, podrá promover la acción de nulidad ante el Tribunal de lo Contencioso Administrativo (arts. 309 y 319 de la Constitución y art. 9 de la Ley 15869).

XIV. EL CERTIFICADO REGISTRAL

La expedición de los certificados es la forma mediante la cual los Registros Públicos comunican el contenido de los asientos de inscripción. El Registro informa en la propia solicitud que formula el interesado.

Los certificados se expiden a solicitud de cualquier persona (art. 54 Ley 10793) y tienen por efecto determinar la situación jurídica de los bienes o personas (art. 53 Ley 10793). Pero debe tenerse en cuenta que para que el Registro informe bien, deben proporcionarse los datos precisos. El certificado acredita la situación jurídica a la fecha y hora de su expedición, no teniendo otra vigencia que la proporcionada por el intervalo que media entre el cierre de la oficina a última hora del día de su expedición y la apertura de la misma al día siguiente. El Decreto-Ley 15514 corrige este aspecto, introduciendo al sistema el certificado de reserva de prioridad. (Esta norma está suspendida hasta 1992).

La información registral deberá solicitarse en los formularios existentes, sobre la base de la unidad inmueble y sus datos, por la sección que se organice al efecto en el Registro de Promesas de Enajenación de Inmuebles y por quinquenio de vigencia de la inscripción (art. 7.º, *in fine*, Ley 16072). Como la Ley comenzó a regir el pasado año, es obvio, que la consulta abarcará desde 1989 hasta el año de la solicitud, en tanto no haya transcurrido el quinquenio (38).

Existiendo registros personales donde se inscriben actos y medidas procesales que limitan la capacidad de las personas o sus poderes de disposición y siendo la descentralización de algunos registros y secciones de reciente data (hipotecas, embargos, promesas, reivindicaciones, arrendamientos), el escribano interviniente deberá extraer certificados de los registros personales, de los reales que hasta 1988 estuvieron centralizados y de los descentralizados.

Cuando los certificados no fueren conformes a los asientos de su referencia, surgirá la problemática del certificado erróneo, sobre la cual tanto se ha escrito y especulado en los últimos tiempos.

(38) Debe tenerse en cuenta que en el sistema registral uruguayo no existe el folio real ni el principio de tracto sucesivo. Este último lo controla el escribano actuante. Por consiguiente, el Registro admite la inscripción de actos incompatibles. El principio de prioridad determinará cuál de ellos tiene preferencia. Esta preferencia la califica el escribano actuante mediante los descartes, y si hay conflicto ante los Tribunales, el Juez que actúe en la causa.

XV. CADUCIDAD DE LA INSCRIPCION

COUTURE define a la caducidad como: "extinción, conservación o pérdida de un derecho o facultad por vencimiento de un plazo u ocurrencia de un supuesto previsto por la Ley" (39).

En tal sentido el artículo 5.º de la Ley analizada en su inciso penúltimo dispone: "La inscripción caducará cada cinco años y podrá reinscribirse, a solicitud verbal de cualquiera de las partes, por períodos iguales".

Es un modo de extinción de la inscripción, del asiento registral, que opera por ministerio de la Ley —*ipso jure*—, una vez transcurrido el tiempo fijado por ésta (40).

La caducidad está referida exclusivamente a los efectos que la inscripción del contrato produce (*supra* núm. IX). El contrato seguirá desplegando el haz obligacional referido por el artículo 1.º de la Ley 16072, y que nace con él, no con la inscripción.

Al admitirse la reinscripción, estamos ante una forma especial de caducidad en la que cobra relevancia la conducta de las partes, no operando con absoluta prescindencia de su voluntad (41). Se efectuará dicha reinscripción de períodos iguales de cinco años, en forma ilimitada, y antes del vencimiento del plazo de caducidad. En caso contrario se trataría de una nueva inscripción, con la consiguiente pérdida de la prioridad de la primitiva.

El Registrador que comprueba la caducidad de una inscripción, no informa el asiento extinguido.

XVI. CONCLUSIONES

A modo de síntesis de las consideraciones que anteceden pueden formularse las siguientes conclusiones:

a) El *leasing* inmobiliario constituye una figura nueva con incidencias sociales y económicas profundas, y una problemática jurídica cuyo tratamiento requiere una Ley especial.

b) La Ley uruguaya 16072 de 9 de octubre de 1989, lo define como un contrato de crédito, por el cual una institución financiera permite la utilización de un bien a un usuario por un plazo determinado, y éste se

(39) E. J. COUTURE, *Vocabulario jurídico*, Depalma, pág. 129

(40) S. CAMBIASSO, "El embargo genérico y la publicidad registral", en *Cuadernos de Derecho Inmobiliario*, núm. 3, págs. 65 y sigs.

(41) H. CAPITANT, *Introducción al estudio de Derecho civil*, pág. 367.

obliga a pagar periódicamente un precio en dinero. Podrá convenirse la prórroga del plazo, opción modificativa del contrato, no configurando la misma uno nuevo, siendo su ejercicio expreso por parte del usuario.

En el contrato de crédito de uso inmobiliario, es esencial pactar la llamada opción de compra en favor del usuario, al final del plazo contractual o de su prórroga. Nosotros consideramos que la misma es una opción de promesa de venta, y una vez perfeccionado dicho contrato por la aceptación, deberá otorgarse la compraventa definitiva, voluntaria y forzosamente, y hacerse la contradicción correspondiente. El ejercicio de la opción depende de la voluntad del usuario, de que éste haya cumplido con todas sus obligaciones, y que abone a la acreditante el valor residual según las bases pactadas en el contrato.

c) Existe confusión en la doctrina al querer parcializar el ámbito total del contrato de *leasing*, en el área de alguno de sus elementos. Es un contrato típico, nominado, y con causa propia (función económico-social), en nuestro ordenamiento jurídico.

d) Hemos caracterizado al contrato como solemne, bilateral, oneroso, conmutativo, típico, de ejecución continuada y potencialmente por adhesión. Es además traslativo de la utilización del bien.

e) Los agentes dadores en el *leasing* inmobiliario deberá ser bancos o entidades financieras (Decreto-Ley 15322), o empresas especialmente autorizadas por el Banco Central del Uruguay, y de giro exclusivamente financiero.

f) El precio en el *leasing* inmobiliario asume características especiales que lo diferencian del *leasing* sobre bienes muebles, ya que aquellos tienen lapsos de amortización muy dilatados y generalmente no pierden valor con el transcurso del tiempo.

La Ley uruguaya dispone que el precio final no excederá a la fecha del contrato del 25 por 100 del valor real, disposición que se introdujo con el ánimo de no deformar los conceptos de crédito de uso sobre inmuebles.

g) El *leasing* inmobiliario debe recaer sobre un bien que cumpla con el destino impuesto por la Ley (actividad agraria, industrial o comercial). Lamentablemente la Ley no acogió el *leasing* habitacional, que posibilitaría el acceso a la propiedad de sectores de bajos ingresos de la sociedad.

h) Pueden ser objeto del contrato de crédito de uso o *leasing*, los edificios en proyecto o en construcción, en cuyo caso tendría incidencia la problemática de la prehorizontalidad, y el derecho de superficie, ya que la sociedad *leasing* necesita de un título jurídico que justifique la posibilidad de construir en suelo ajeno.

i) Resulta necesaria la inscripción del contrato para la debida protección del usuario. En tal sentido el legislador lo somete a la publicidad

registral con la finalidad de: hacer conocible la situación jurídica que surge del mismo; asegurar su preferencia y oponibilidad *erga omnes*; constituir un derecho real que asegure determinados aspectos del contrato; garantizar a los terceros la exactitud e integridad de la situación jurídica registrada; y legitimar al titular inscrito para ejercer las acciones y excepciones defensivas contra quienes perturben su derecho y buscó la protección de la eficacia del contrato dentro de los derechos reales, y al amparo de la publicidad registral, tal como lo han recomendado distintos congresos y convenciones especializadas en el tema.

j) El Registro competente para inscribir el *leasing* inmobiliario, según la Ley uruguaya, es el de Promesas de Enajenación de Inmuebles a Plazos, del lugar de ubicación del bien. Están legitimados para inscribir, la institución acreditante y el usuario, siendo para la primera una obligación y para el segundo una carga.

El procedimiento y la calificación registral deberá realizarse en la forma en que lo regulan las disposiciones en la materia (Ley 10793 modificativas y concordantes).

k) La Ley 16072 establece la forma instrumental que debe revestir el contrato de crédito de uso o *leasing*. Omite referirse a la forma de los demás actos derivados del contrato original: cesión, modificaciones, rescisiones y la opción de prórroga del plazo. No se refiere tampoco a la inscripción de esos actos excepto la opción de prórroga. La posible existencia de actos que modifiquen la situación jurídica registrada son inoperantes para los terceros que no tienen conocimiento de los mismos; de ello deriva la imperiosa necesidad de inscribirlos. En nuestro criterio, deben ser registrables para cumplir con el principio de exactitud e integridad e informar a los terceros toda las vicisitudes jurídicas de la inscripción originaria.

l) La inscripción caduca cada cinco años y podrá reinscribirse a solicitud verbal de cualquiera de las partes, por periodos iguales, indefinidamente. La reinscripción debe solicitarse antes del vencimiento del plazo de caducidad; en caso contrario se tomará como nueva inscripción y perderá la prioridad de la primitiva.

SUSANA CAMBIASSO
y ALVARO GARBARINO SARAVIA
Escribanos de Montevideo

BIBLIOGRAFIA

- AMORÓS GUARDIOLA, MANUEL: "El *leasing* y su inscripción registral", en VI Congreso Internacional de Derecho Registral, Madrid, 1984.
- AZPEITIA, ALBERTO: "Curso sobre *leasing* inmobiliario, derecho de superficie y fideicomiso inmobiliario", en *Revista del Notariado*, núm. 800.
- BARDALLO, JULIO R.: *Ciclo de conferencias realizado en la Facultad de Derecho sobre el Decreto-Ley 15514*, 1983.
- BENAVIDES DEL REY, JOSÉ LUIS: "Inscripción en los Registros de la Propiedad de los contratos de arrendamiento financiero de bienes inmuebles regulados en el Real Decreto de 31 de julio de 1980", en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 558.
- CAFARO, EUGENIO: "Titularidad de las construcciones realizadas por el promitente adquirente", en *Anuario de Derecho Civil Uruguayo*, t. IX.
- CAMBIASSO, SUSANA: "El embargo genérico y la publicidad registral", en *Cuadernos de Derecho Inmobiliario*, núm. 3.
- CAPITANT, HENRI: *Introducción al estudio de Derecho civil*.
- CONGRESO INTERNACIONAL DE DERECHO REGISTRAL (IV): Madrid, 1984.
- COUTURE, EDUARDO J.: *Vocabulario jurídico*.
- ESCOBAR GIL RODRIGO: *El contrato de "leasing" financiero*.
- FERRANDO DE CALVO, ZULEMA, y RAMÍREZ, JUAN ANDRÉS: *Curso de Derecho civil*, t. I, "Bienes".
- GAMARRA, JORGE: *Tratado de Derecho civil uruguayo*, t. IV y IX.
- HEDEMANN, J. W.: *Derechos reales*.
- HERNÁNDEZ GIL, FRANCISCO: *Introducción al Derecho hipotecario*.
- LAVALLE COBO PINTO: "*Leasing*" inmobiliario.
- MESSINEO, FRANCESCO: *Derecho civil comercial*, t. IV.
- MEZZERA ALVAREZ, RODOLFO: *Quebra*, I-IV.
- MIRANDA, FERNANDO: "Régimen de la Propiedad Horizontal". Conferencias y Cursos, *AEU*, 1979.
- NÚÑEZ LAGOS, RAFAEL: "La integridad de la fe pública en el Registro de la Propiedad. *Rev. AEU*, t. 50.
- OLIVERA GARCÍA, RICARDO: *El "leasing"*.
- SÁNCHEZ FONTANS, JOSÉ. "Naturaleza de la opción", *L.J.U.*, t. 47, "Prórroga y negocio modificativo de arrendamiento rural", *Rev. AEU*, año 1947, núms. 1-6, 1961.
- STURLA, HÉCTOR MARTÍN: "Posibilidad de celebrar negocios de garantía sobre derechos de promitente comprador", *Anuario de Derecho Civil Uruguayo*, t. IX.
- WOLFF, MARTÍN: *Derecho de cosas*.

Lealtad y buena fe contractual

SUMARIO: INTRODUCCION.—I. APROXIMACION AL CONCEPTO DE LA BUENA FE CONTRACTUAL: A) ALGUNOS ENFOQUES EN LA DOCTRINA ESPAÑOLA: 1. *La visión que niega un concepto unitario de la buena fe.* 2. *Las visiones que propulsan una concepción unitaria.*—B) DEFINICIONES DE NUESTRA JURISPRUDENCIA EN MATERIA CONTRACTUAL.—C) DEFINICIONES DE JURISDICCIÓN NORTEAMERICANA.—D) LA DIVERSIDAD DE INTERESES O DE VALORES PROTEGIDOS.—E) PRECISIÓN DEL CONCEPTO EN MATERIA CONTRACTUAL LA PROTECCIÓN DEL DEBER DE LEALTAD.—II. DEFINICION DE PRESUPUESTOS DE APLICACION DE LA BUENA FE CONTRACTUAL.—III. UTILIDAD DEL CONCEPTO Y DISTINCION DE OTRAS FIGURAS: A) VIOLACIÓN A LA BUENA FE E INCUMPLIMIENTO CONTRACTUAL.—B) LAS DISTINCION CON EL CAMBIO RADICAL EN LAS CIRCUNSTANCIAS.—C) FRAUDE DE LEY Y ABUSO DE DERECHO.—D) LA DOCTRINA DE LOS ACTOS PROPIOS.—IV. LA UTILIZACION DEL PRINCIPIO POR NUESTRA JURISPRUDENCIA: A) COMO REQUISITO EN LA FASE PRECONTRACTUAL DE LA NEGOCIACIÓN.—B) COMO FUENTE PARA DETERMINAR DEBERES ACCESORIOS.—C) COMO BASE PARA LA INSTAURACIÓN DE NUEVAS FUENTES DE OBLIGACIONES.—D) COMO MEDIDA PARA ATEMPEARAR LA AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD, TOMANDO EN CONSIDERACIÓN INTERESES SOCIALES MERECEDORES DE MAYOR PROTECCIÓN.—V. EL VALOR DEL PRINCIPIO RESPECTO A LA TEORIA DEL CONTRATO [*Utility Consulting Services v. Municipio*, 115 DPR 89 (1984)]: A) EL CONTRATO Y LAS TEORÍAS SOBRE SU FUERZA VINCULANTE.—B) LA DECADENCIA DEL PRINCIPIO DE LA AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD COMO BASE DE LA TEORÍA DEL CONTRATO.—C) LA PORTACIÓN DE “UTILITY”: UNA NUEVA PERSPECTIVA PARA EL CONCEPTO DE LA REMUNERACIÓN POR HONORARIOS CONTINGENTES.—VI. LA FUNCION DE LOS TRIBUNALES EN EL DESARROLLO DEL DERECHO [*Jordán Rojas v. Padró González*, 103 DPR 813 (1975)]: A) LA FUERZA NORMATIVA DEL PRINCIPIO.—B) CRÍTICA A LAS VERTIENTES POSITIVISTAS.—VII. LA BUENA FE Y EL CONTRATO DE ADHESION: A) LA BUENA FE Y LA PUBLICIDAD.—B) LA BUENA FE Y EL CONTENIDO DE LO PACTADO.—C) LA FUNCIÓN ESPECIAL DE LOS ABOGADOS Y TRIBUNALES.—VIII. CONCLUSION Y SINTESIS.

INTRODUCCION (1)

La aplicabilidad general del principio de la buena fe a todo el ordenamiento jurídico ha sido declarada por nuestro Tribunal Supremo en *Velilla v. Pueblo Supermarkets, Inc.*, 111 DPR 585, 587 (1981) y su secuela (2). Allí se expresa:

“Dictaminamos que el requisito de la buena fe es también exigencia general de nuestro derecho y que, como tal, se extiende a la totalidad de nuestro ordenamiento jurídico. El contenido de eticidad de cada acto deberá examinarse a la luz de sus circunstancias particulares, pero el comportamiento conforme a la buena fe es precepto general que abarca toda actividad jurídica.”

Como toda figura jurídica, la “buena fe” no es un fin en sí mismo, sino un medio para encauzar la protección de determinados valores e intereses sociales.

Dada la diversidad de intereses socioeconómicos y de valores que cada rama del Derecho reglamenta, nos parece sumamente difícil —por no decir imposible— lograr una formulación conceptual del principio de la buena fe que sea funcional y que abarque todo el ordenamiento (3). ¿Cuál

(1) Esta es una versión ampliada y revisada de la conferencia que bajo el título “En torno al principio de la buena fe contractual” se ofreció ante el Instituto Interdisciplinario de Estudios Jurídicos de la Universidad Interamericana de Puerto Rico el 11 de abril de 1989. Los estudiantes JANETTE BECERRA PULIDO y ADOLFO FORTIER contribuyeron en la fase investigativa y en la lectura del manuscrito. Mis colegas, profesores EGERÉN RIVERA RAMOS y EULALIO TORRES, así como la licenciada CARMEN COTTO IBARRA, hicieron valiosas críticas y sugerencias; al dejar de incorporar varias de ellas, asumo toda la responsabilidad por la fallas que pueda reflejar este escrito.

(2) Véase *H.U.C.E. de América v. V & E Eng. Construction*, 115 DPR 711, 716 (1984); *Catalytic Industrial... v. Fondo del Seguro del Estado*, 88 JTS 45 (pág. 5745); *Ramírez Anglada v. Club Cala de Palmas*, 89 JTS 22.

Para otros casos que se basan en el requisito de actuar conforme a la buena fe, véase *López de Victoria v. Rodríguez*, 113 DPR 265 (1982), *Producciones Tommy Muñiz v. COPAN*, 113 DPR 517 (1982); *Utility Consulting Services v. Municipio de San Juan*, 115 DPR 89 (1984); *Torres v. Gracia*, 87 JTS 105.

Véase también *Intl. General Electric v. Concrete Builders*, 104 DPR 871, 876 (1976), y *Berrios v. UPR*, 116 DPR 88 (1985) (la doctrina de los actos propios se deriva del requisito de la buena fe).

(3) Algunos aspectos o campos en que bien la Ley o nuestra jurisprudencia ha utilizado el principio: *derechos reales* (posesión, usucapión, accesión, adquisición de título, tercero registral), *obligaciones* (arts. 1.210 y 1.118 —pago hecho de buena fe a quien está en la posesión del crédito—, culpa *in contrahendo*, reciprocidad o validez de las prestaciones, fuente de las obligaciones vía la doctrina de los actos propios), *contratos en particular* (contrato de sociedad, responsabilidades del vendedor por los vicios, seguros), *Derecho laboral* (obligación de negociar de buena fe), *Derecho mercantil* (art. 88 del CdC, Ley de Instrumentos Negociables, Truth in Lending Act), *procedimiento*

sería el interés o el valor *común* que debe tutelarse vía una exigencia de comportamiento *bona fides* en campos tan diversos como el derecho administrativo (4), el constitucional (5) o el penal, para dar sólo algunos ejemplos?

Incluso dentro del campo más limitado del Derecho civil patrimonial el concepto de la buena fe protege valores e intereses completamente distintos. Consideramos conveniente precisar tales diferencias porque las mismas determinan en gran medida los elementos constitutivos del actuar de buena o de mala fe.

La buena fe de los artículos 363 y 1.850 y del tercero registral

El contenido de la buena fe más conocido es el que encontramos en los derechos reales vía los artículos 363 (6) y 1.850 (7) y lo establecido respecto al tercero registral. Con estas normas se protege a los titulares de dominio y a los que suplen el capital. La buena fe no se orienta aquí a la protección de deberes de lealtad, por ejemplo, de una persona frente a otra determinada, sino a garantizarle a los titulares que el ordenamiento sancionará a quienes adquieran bienes de personas sobre las cuales pueda haber sospe-

civil (actos propios, regla 35.1, prescrip. de las acciones) y *alquileres razonables* (requisito para la terminación del contrato de arrendamiento: 17 LPRA, secs. 193 [5 y 6]).

(4) La duda se refiere al valor o interés concreto que vía la buena fe se tutelará en aquella vertiente del Derecho administrativo que parte de una relación de soberano-súbdito, como es la concesión de permisos o de franquicias, y no a la gestión administrativa que ejerce el Estado como ente patrimonial y la cual se configura vía los contratos. En esta última vertiente no tenemos duda de que aplica el principio de la buena fe contractual a que aludimos en este trabajo. Véase lo que más adelante expresamos al analizar el caso de *Utility Consulting Services v. Municipio de San Juan*, *infra*, pág. 320. Sobre este aspecto, con referencia al ordenamiento español, véase J. GONZÁLEZ PÉREZ, *El principio general de la buena fe en el derecho administrativo* (Civitas), Madrid, 1983. Véase también R. ESCOBAR GIL, *La responsabilidad contractual de la Administración pública* (Temis), Bogotá, 1989, págs. 84-101.

(5) Sobre este aspecto véanse las interrogantes que formula la Sentencia del Tribunal Constitucional Español de 20 de julio de 1981, citada en GONZÁLEZ PÉREZ, *op. cit.*, pág. 118, sobre si es extensiva al ámbito del orden público constitucional la doctrina de los actos propios, la cual se entiende como un derivado del principio general de la buena fe.

(6) 31 LPRA, sec. 1.424. "Se reputa poseedor de buena fe al que ignora que en su título o modo de adquirir exista vicio que lo invalide. Se reputa poseedor de mala fe al que se halla en el caso contrario." Véase también el artículo 300 (31 LPRA, sec. 1.167) que define la mala fe del dueño del terreno sobre el cual otro edifica: "Se entiende haber mala fe por parte del dueño siempre que por el hecho se hubiere ejecutado a su vista, ciencia o paciencia sin oponerse."

(7) 31 LPRA, sec. 5.271: "La buena fe del poseedor consiste en la creencia de que la persona de quien recibió la cosa era dueña de ella y podía transmitir su dominio."

chas respecto a su facultad para transferirlos. En lo que respecta a la figura del tercero registral, cuyo arquetipo es el capitalista financiero y para quien se diseña primordialmente el sistema registral, el concepto de buena fe se orienta a garantizarle a éste que la apariencia (bautizada *fe pública registral*) que generan las constancias del Registro son superiores a la realidad de la titularidad. Así, el efecto del artículo 105 de la vigente Ley Hipotecaria (8) hace que quien ha inscrito su derecho real confiando de buena fe en las constancias del Registro quede protegido en la adquisición de los derechos que de allí emanan, aunque quien se los transfiera no sea el dueño legítimo del bien. Realizado el estudio del título en el Registro, aquel a favor de quien se constituyó, digamos una hipoteca, prevalecerá, aun frente al dueño legítimo, si de los libros registrales aparecía que el hipotecante todavía figuraba como el dueño de la propiedad, siempre y cuando no hubiese llegado a su conocimiento alguna otra información que pusiera en duda tal titularidad registral. El concepto de la buena fe registral se define así por nuestra jurisprudencia, siguiendo a ROCA SASTRE, como

“... el desconocimiento por el tercer adquirente de la verdadera situación jurídica del derecho adquirido en la parte no reflejada exacta o íntegramente en el Registro. Es la ignorancia de la *inexactitud registral*, entendida ésta en *sentido amplio*” (9)

En estos artículos y casos la buena fe se define en términos psicológicos: es la creencia o la ignorancia excusable respecto a la titularidad del que nos transfiere y a la legalidad del negocio lo decisivo. Por eso se le ha llamado la *buena fe subjetiva*. Sin embargo, aunque aquí la referencia sea a un estado psicológico, quien invoca esta buena fe tiene que probar que fue diligente (10), lo cual presupone necesariamente un estándar objetivo de comportamiento.

(8) 30 LPRA, sec. 2.355.

(9) *Mundo v. Fúster*, 87 DPR 363, 376 (1963), énfasis en el original; *Sánchez v. Colón*, 97 DPR 493 (1969), *Pascual v. Fernández*, 108 DPR 426 (1979). Aunque relacionado no con un tercero registral, sino con un caso de doble venta para cuya solución la inscripción registral puede ser decisiva, véase lo que más adelante expresamos al reseñar el caso de *Jordán v. Padró*, 103 DPR 813 (1975).

(10) Respecto al concepto de buena fe registral y la exigencia de diligencia de quien la invoca, véase *Mundo v. Fúster*, 87 DPR 363, 376 (1963), donde se dice, respecto a la honradez del que invoca la protección registral, que la misma “incluye una mínima dosis de diligencia cuando el adquirente tenga la fundada sospecha de ser el Registro inexacto”. Véase también D. M. FERREIRA RUBIO, *La buena fe. El principio general en el Derecho civil* (Montecorvo), Madrid, 1984, pág. 83.

La buena fe en las obligaciones

El concepto de la buena fe en las obligaciones, en cambio, no está tan precisado (11). El artículo más importante en esta materia —el artículo 1.210— (12) no indica en qué consiste actuar conforme a la buena fe. El texto reza:

“Los contratos se perfeccionan por el mero consentimiento, y desde entonces obligan no sólo al cumplimiento de lo expresamente pactado, sino también a todas las consecuencias que, según su naturaleza, sean conformes a la buena fe, al uso y a la Ley.”

Su redacción indica que se trata no tanto de un estado mental, sino de que las actuaciones de los contratantes se evaluarán a la luz de un criterio o de un estándar normativo, o sea, independientemente de que los sujetos, de hecho, crean o no que están actuando bien. Por ello se le ha llamado *buena fe objetiva* y es la que más se identifica en materia de cumplimiento contractual. No obstante, la referencia a un estado psicológico equivalente al error excusable no es prerrogativa exclusiva del campo de los derechos reales, sino que se encuentra frecuentemente en el de las obligaciones (13).

Por ello la clasificación de la buena fe como un estado psicológico (buena fe subjetiva) o como un estándar normativo (buena fe objetiva) indica muy poco respecto al valor o interés que en cada caso se quiere proteger. La protección de uno u otro valor puede configurarse requiriendo diversos tipos de comportamientos definidos, bien desde una perspectiva subjetiva, bien desde la llamada objetiva. Así la buena fe contractual, si con tal concepto se quiere proteger un mismo valor o interés, puede definirse en términos objetivos-normativos, como es el caso del artículo 1.210 o en términos subjetivos, como es el caso del artículo 1.597.

(11) Por excepción, el artículo 1.597 (1) (31 LPRA, sec. 4.397), ref. al contrato de sociedad, dice: “Es de mala fe la renuncia cuando el que la hace se propone apropiarse para sí solo el provecho que debía ser común.”

(12) 31 LPRA, sec. 3.375

(13) En sentido similar al concepto que se usa en los derechos reales, es decir, referido a la creencia o ignorancia del negocio que se realiza (buena fe subjetiva): art. 1.377 —31 LPRA, sec. 3.845—, grado de responsabilidad del vendedor de mala fe por los vicios ocultos; arts. 1.419-1.420 —31 LPRA, secs. 3.944, 3.945—, grado de responsabilidad del cedente de un crédito dependiendo de si es vendedor de buena o de mala fe; art. 1.114 —31 LPRA, sec. 3.164—, imposibilidad de repetir contra el acreedor que ha recibido un pago en dinero de quien no tenía la libre disposición, siempre que el acreedor lo hubiese gastado de buena fe; art. 1.118 —31 LPRA, sec. 3.168—, el pago hecho de buena fe al tenedor del crédito libera al deudor.

I. APROXIMACION AL CONCEPTO DE LA BUENA FE CONTRACTUAL

A) ALGUNOS ENFOQUES EN LA DOCTRINA ESPAÑOLA

1. *La visión que niega un concepto unitario de la buena fe*

Según DE LOS MOZOS, no es posible dar un concepto general de la buena fe como principio jurídico (14). Habrá que recurrir a las diversas instancias en que se ha aplicado el concepto para determinar su contenido y forma (15). Para este autor, la buena fe subjetiva y la objetiva no son sino *formas* diversas, derivadas de un mismo contenido material de la buena fe, que tiene su fuente en una misma exigencia moral (aunque no jurídica): *el actuar correctamente*, exigencia que parece a su vez referirse al principio ético de *no causar daño a otro*. Esta fuente reside en el campo de la moral social, pero no es en sí el principio jurídico. Las diversas manifestaciones del principio jurídico de la buena fe se dan en la medida en que el legislador crea soluciones inspiradas en aquella *regula remota moralitatis* (16). Lo jurídico se refiere así a lo moral, a lo ético, aunque no se pueda ofrecer un concepto general del principio de la buena fe.

2. *Las visiones que propulsan una concepción unitaria*

Para los proponentes de esta vertiente —entre los cuales se encuentran HERNÁNDEZ GIL y MATILDE FERREIRA RUBIO— en realidad no se trata de que haya dos principios de la buena fe: un principio subjetivo y otro objetivo (17), sino de que el mismo principio se expresa de diversas formas.

(14) DE LOS MOZOS, *El principio de la buena fe* (Bosch), Barcelona, 1965, pág. 21. "No sólo es imposible —nos dice— por la variedad de su materia o por el empleo profuso de que de ella hace el ordenamiento positivo dar un concepto general de la buena fe, ni siquiera como hacen algunos autores distinguiendo la diversa función de la misma "

(15) *Ibid.*, pág. 22.

(16) *Ibid.*, pág. 29.

(17) Para HERNÁNDEZ GIL, *Reflexiones sobre una concepción ética y unitaria de la buena fe* (Real Academia de Jurisprudencia y Legislación), Madrid, 1979, págs. 33-34: "La pretendida buena fe subjetiva se refiere al hecho o al acto del comportamiento de una persona; pero no es otra buena fe, sino la encarnación de la misma, globalmente considerada, en la actitud, el acto o la conducta desplegada... Para apreciar si una persona actúa de buena fe hay que analizar las motivaciones y las exteriorizaciones de

Por un lado, hay una definición de lo que constituye actuar de buena fe: el comportamiento leal y honesto o siguiendo las normas respecto a cómo deben hacerse las cosas, y por otro lado, una tipificación de algunas actuaciones específicas que se consideran violatorias de la buena fe. Así, por ejemplo, ya se ha tipificado en el artículo 1.597 como un caso de mala fe la renuncia del socio cuando con ella pretende apropiarse para sí solo el provecho que le correspondería a todos.

B) DEFINICIÓN DE NUESTRA JURISPRUDENCIA EN MATERIA CONTRACTUAL

En *Intl. General Electric v. Concrete Builders*, 104 DPR 871, en la 876 (1976), un caso que se decidió a base de la doctrina de los actos propios, nuestro Tribunal hace referencia en una nota alcance a la definición que da DÍEZ PICAZO de la buena fe:

“La buena fe... es la lealtad en el tratar, el proceder honrado y leal. Supone el guardar la fidelidad a la palabra dada y no defraudar la confianza ni abusar de ella; supone un conducirse como cabe esperar de cuantos, con pensamiento honrado, intervienen en el tráfico como contratantes” (18).

Así, también en *Berrios v. UPR*, 116 DPR 88 (1985), se indica que la doctrina de los propios actos es un derivado del principio de la buena fe, definiéndose ésta a base de los conceptos de fidelidad y lealtad.

“La frase ‘buena fe’, y como norma interpretativa, significa confianza, seguridad y honorabilidad basada en ella. La palabra ‘fe’, fidelidad, quiere decir que una de las partes se entrega confiadamente a la conducta ‘leal’ de la otra...” (PUIG BRUTAU, *Introducción al Derecho civil*, Bosch, Barcelona, 1981, págs. 418-419) (18 bis).

En *Producciones Tommy Muñoz v. COPAN*, 113 DPR 517, 528 (1982), citando de ALONSO PÉREZ se indica sobre el concepto lo siguiente:

su comportamiento; pero a tal fin es preciso que tenga encaje en el modelo de conducta que en el plano de las estimaciones ético-sociales asumidas por el Derecho sea calificable como tal. O lo que es igual, la buena fe no se autodetermina a sí misma. La honradez personal se da en la medida en que se atenga a las reglas de la moral social”. Partidaria también de una visión unitaria M. FERREIRA RUBIO, *La buena fe* (Montecorvo), Madrid, 1984, pág. 97.

(18) DÍEZ PICAZO, *La doctrina de los propios actos* (Bosch), Barcelona, 1963, pág. 157.

(18 bis) 116 DPR 98.

“La buena fe... impone a las partes que tratan o negocian un arquetipo de conducta social, lealtad y fidelidad a la palabra dada... y consiste en que cada parte de la relación precontractual se entregue confiadamente a la conducta leal de la otra. Fía y confía en que ésta no le engañará... Las partes tienen la obligación de comportarse según la buena fe en el sentido de que a ella incumbe la carga de una lealtad recíproca de conducta valorable y exigible” [“La responsabilidad precontractual”, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario* (julio-diciembre 1971), págs. 888-889].

El valor que resalta de estas sentencias es la lealtad y la fidelidad que se deben mutuamente los contratantes.

C) DEFINICIONES DE LA JURISDICCIÓN NORTEAMERICANA

En la jurisdicción norteamericana también encontramos interpretaciones doctrinales que se asemejan a las que distinguen entre la buena fe objetiva y la subjetiva. E. A. FARNSWORTH (19) señala que la buena fe tiene dos sentidos: uno generalmente asociado con la compraventa, descriptivo de un estado mental; la parte que invoca la protección la obtendrá sólo si demuestra que actuó fundándose en una ignorancia excusable o libre de sospechas; el segundo sentido se refiere al cumplimiento de buena fe en las obligaciones: en estos casos para nada cuenta la ignorancia o la ausencia de sospecha, sino que habrá que referirse a criterios tales como la razonabilidad, el trato justo o la decencia en el cumplimiento o en la ejecución.

Por otro lado, el *Restatement of Contracts (Second)*, en su sección 205 dice:

“Every contract imposes upon each party a duty of good faith and fair dealing in its performance and its enforcement.”

Así también el *Uniform Commercial Code 1978* (Official Text With Comments) expresa en su sección 1-203:

“Every contract or duty within this Act imposes an obligation of good faith in its performance or enforcement” (19 bis).

(19) *Good Faith Performance and Commercial Reasonableness Under the Uniform Commercial Code*, 30 Univ. of Chicago Law Rev. 666, 668 (1963)

(19 bis) Esta definición y su interpretación siguen las líneas trazadas por ROBERT S. SUMMERS, quien fue el primero en hacer un análisis extenso y profundo de la jurisprudencia norteamericana que recurría al concepto de la buena fe en el cumplimiento de los contratos. En su famoso artículo “*Good Faith in General Contract Law and the Sales Provisions of the Uniform Commercial Code*”, publicado en 1968 en 54 Va. L. Rev

El comentario que contiene la citada sección 205 del Restatement (Second) es muy aleccionador porque gira en torno al concepto de *fideli-*
dad, al igual que las definiciones que recoge la doctrina española. La buena fe, según este comentario, se usa para exigir fidelidad de las partes hacia un propósito común y requiere de ellas que se comporten en forma congruente con las expectativas justificadas de la otra (20). En otra referencia a esta misma sección se indica que la buena fe contractual puede usarse para requerir *un comportamiento que rebase la mera honestidad* (21).

D) LA DIVERSIDAD DE INTERESES O DE VALORES PROTEGIDOS

En el contexto de nuestra legislación, nos parece evidente que se trata de intereses y de valores distintos cuando nos enfrentamos, por un lado, al contenido de la buena fe que reflejan los artículos 363 y 1.850 en materia de transferencia de títulos, y por otro lado, al que se le atribuye

195, el profesor SUMMERS demostró cómo el deber de actuar de buena fe era una exigencia sancionada por las Cortes en el campo contractual. Según SUMMERS, la mejor forma de determinar qué es la buena fe es definiendo qué constituye una actuación de mala fe. Se trata de un enfoque excluyente. SUMMERS clasifica una serie de actuaciones de mala fe, dividiéndolas en seis categorías. 1) evasión del espíritu del negocio; 2) falta de diligencia en el cumplimiento; 3) cumplimiento deliberado únicamente de lo estrictamente sustancial o necesario; 4) abuso de la facultad (discreción) concedida para determinar algunos términos; 5) abuso de la facultad concedida para determinar si se cumple o no; y 6) interferencia o falta de cooperación con el esfuerzo de la otra parte.

(20) a) *Meanings of "Good Faith"*. The phrase "good faith" is used in a variety of contexts, and its meaning varies somewhat with the context. Good faith performance or enforcement of a contract emphasizes *faithfulness to an agreed common purpose and consistency with the justified expectations of the other party*.

(21) b) *Good Faith Performance*... But the obligation goes further: bad faith may be overt or may consist of inaction, and fair dealing may require more than honesty.

B. J. REITER, en *Good Faith in Contracts*, 17 Valparaíso Univ. L. Rev. 705, 706, nota 3 (1983), indica la diversidad de términos que se han utilizado en las jurisdicciones norteamericanas anglosajonas para definir lo que es buena fe: razonabilidad, *fairness*, conducta justa u honesta (*fair conduct*), estándar razonable de trato justo u honesto, decencia y razonabilidad, sentido ético común, espíritu de solidaridad.

Partiendo de un enfoque economicista, BURTON, *Breach of contract and the Common Law Duty to Perform in Good Faith*, 94 Harv. L. Rev. 369 (1980), plantea que a la buena fe habrá que recurrir en aquellos casos en que una de las partes contratantes a la cual se le ha concedido determinado grado de discreción, en el ejercicio de ésta varía los términos o las prestaciones pactadas de forma tal que frustra las expectativas razonables del otro contratante. El ejercicio de tal discreción, si se hace de buena fe, es válido. El análisis de Burton se basa en la aplicación a la contratación de la teoría económica de Samuelson que analiza y entiende el costo económico de cada acción, incluyendo tanto el entrar en un contrato como el acto de incumplir una obligación a base del valor de aquella oportunidad que necesariamente fue descartada al realizar la acción en cuestión. En este sentido, cuando alguien contrata descarta con ello otras oportunidades de

a la buena fe del artículo 1.210. La definición que da la doctrina y la jurisprudencia, tanto la nuestra como la española y la norteamericana, en materia contractual se orienta hacia la defensa del valor *lealtad*, por lo cual su contenido rebasa el mero actuar correctamente. Tal exigencia no está presente en el contenido de la buena fe del adquirente, mucho menos del adquirente registral. Tampoco podemos decir que el valor *lealtad* sea lo que se pretende proteger con la figura del tenedor de buena fe de un instrumento negociable (22). Igual diferenciación debe establecerse, por lo que señalaremos más adelante, respecto al valor o interés que se pretende proteger vía la doctrina de los actos propios, la cual se acepta abrumadoramente por la doctrina como un derivado de la buena fe. En ésta se busca proteger más bien a quien confía en la apariencia que a quien confía en que la otra parte contratante se comportará lealmente. El propio Tribunal Supremo ha establecido diferencias al abordar la buena fe requerida en materia de alquileres razonables. Así, en *Roselló Hnos. v. Figueroa* (23), se dice:

“La buena fe, cuando se usa en su acepción genérica, es una de las figuras del derecho justo (equidad) y, por lo tanto, nos obligan a examinar el modo como actúa una persona con el fin de determinar si sus actuaciones responden al concepto equitativo de la justicia como algo distinto al concepto estricto de derecho. Es aquella limpieza en el propósito que deja satisfecha la conciencia moral del juzgador. En el sentido en que la usa la Ley de Alquileres Razonables de Puerto Rico no es en el concepto jurídico que dicha figura tiene en el Código Civil de Puerto Rico cuando se relaciona con la posesión, la contratación o la prescripción, sino en el concepto que tiene dentro de la jurisprudencia de la equidad” (24).

Esta diversidad de intereses impide, a mi juicio, que incluso en el campo del Derecho civil patrimonial se pueda presentar un concepto unitario y funcional de la buena fe. Por “funcional” queremos significar que pueda utilizarse como guía para organizar la prueba en aquellos casos

negocio. Para el autor habrá mala fe cuando el contratante, al ejercitar la discreción que se le ha concedido, lo hace con el propósito de recapturar aquellas oportunidades o alternativas de negocio a las cuales implícitamente había renunciado cuando contrató. Véase también su artículo *More on Good Faith Performance of a Contract: A Reply to Professor Summers*, 69 Iowa Law Rev. 497 (1984).

(22) Véase la definición del tenedor de buena fe en los artículos 405, 406 y 409 del Código de Comercio (Ley de Instrumentos Negociables), 19 LPRA, secs. 92, 93 y 96, respectivamente.

(23) 78 DPR 261 (1955), pág. 270.

(24) Véanse también las expresiones de la opinión disidente en *Pizá v. Sallies Travel Agency*, 114 DPR 33 (1983), 39

donde tenga que dilucidarse en corte si la actuación de una parte viola los requisitos de la buena fe. En este sentido no es funcional una definición que, con el propósito de abarcar todas las posibles manifestaciones de la buena fe, quede formulada en términos tan amplios y generales que abarque prácticamente cualquier infracción. Esto, a mi juicio, ocurre con formulaciones tales como que la buena fe es el “actuar correctamente” o que la buena fe está orientada a proteger la “seguridad del tráfico”. Bajo tales formulaciones, el asesinato, el hurto, la falsificación de la moneda o la expedición de un cheque sin fondos serían violaciones a la buena fe. En realidad toda actuación que no se ajuste a Derecho podría plantearse —bajo estas formulaciones— como violatorias de la buena fe. No deben quedar dudas que tal formulación, si bien podría obedecer a una lógica formal, no sería funcional en términos jurídicos.

Por ello nos parece más práctico partir de la postura teórica que ve el Derecho como el conjunto de normas orientadas a la solución de conflictos vía la protección y tutela de determinados intereses y valores y no como un conjunto de conceptos con una lógica interna propia, independiente de ese objetivo jurídico fundamental. La falla del conceptualismo reside en pretender derivar deductivamente directrices, prohibiciones, efectos, etc., de los conceptos jurídicos como si fueran categorías autónomas. Los intereses y valores protegidos por un determinado concepto legal pueden reflejar gran variedad y es preciso identificarlos en sus peculiaridades, diferenciando unos de otros para poder captarlos mejor y así orientar y evaluar más eficazmente los cursos de acción que el Derecho pueda pautar vía el o los conceptos que históricamente se hayan escogido para ello. No hay un imperativo que requiera contenidos unitarios para los conceptos jurídicos. De hecho, hay conceptos cuyo contenido es reconocidamente no unitario, como sucede con el de la accesión, bajo el cual se incluye tanto el derecho a percibir los frutos naturales como el derecho del dueño a expropiar la obra que edificó un extraño sobre su suelo. Igual sucede con el concepto de la causa en las obligaciones, que refiere tanto a la interdependencia de las promesas como de las prestaciones, pero remite también a desplazamientos patrimoniales realizados y a las motivaciones.

De ahí que nos parezca fundamental identificar los diversos valores o intereses que se quieren tutelar vía el concepto de la buena fe en vez de definir su contenido a base de si se trata de un estándar normativo o de un estado psicológico. A nuestro juicio, es la diversidad de valores que se quieren proteger vía el mismo concepto “buena fe” lo que explica su diversidad de funciones y de consecuencias (25).

(25) Para Díez PICAZO, siguiendo a BETTI, el Código le da *diversos* significados al concepto, los cuales pueden clasificarse en tres grupos. 1) “Como ignorancia de la lesión

En lo que respecta a las consecuencias de la buena fe, DÍEZ PICAZO señala las siguientes tres: primero, es causa de exoneración o de moderación de la sanción en situaciones donde ha mediado un acto ilícito; segundo, es causa de limitación del ejercicio de un derecho subjetivo o de cualquier otro poder jurídico, y tercero:

“Es causa o fuente de creación de especiales deberes de conducta exigibles en cada caso, de acuerdo con la naturaleza de la relación jurídica y con la finalidad perseguida por las partes a través de ella. Las partes no se deben sólo a aquello que ellas mismas han estipulado o, escuetamente, a aquello que determina el texto legal, sino a todo aquello que en cada situación impone la buena fe” (26).

Es a esta última función que compete parte de la delimitación del principio de la buena fe en materia contractual. Conviene, pues, identificar los elementos del comportamiento *bona fides* en la esfera contractual a la luz de la propia naturaleza de la relación contractual y de los valores e intereses que en dicha relación deben protegerse.

E) PRECISIÓN DEL CONCEPTO EN MATERIA CONTRACTUAL: LA PROTECCIÓN DEL DEBER DE LEALTAD

Por necesidad tiene que ser un concepto general, cimentado en el deber moral o ético de actuar en forma *leal* frente al otro sujeto de derecho con quien nos encontramos en una relación de confianza.

El vínculo contractual, producto como es de otros voluntarios en virtud de los cuales se persuade a la otra parte a través de promesas que generan en ella expectativas —aun en el caso extremo del contrato de adhesión— presupone un grado de confianza mutua, ausente de otro tipo de relación patrimonial.

El fenómeno contractual es, pues, uno de los mejores ejemplos de una

que se ocasiona en un interés de otra persona que se halla tutelado por el Derecho”, en cuyo caso el acto antijurídico no opera en contra del actor porque su actuación es honrada y justa tomando en cuenta “la situación subjetiva en que su autor se encontraba”. 2) En segundo lugar, “buena fe significa confianza en una situación jurídica”, como la del adquirente de buena fe de la posesión o la de un tercero registral. 3) Finalmente, buena fe significa “fundamentalmente rectitud y honradez en el trato y supone un criterio o una manera de proceder a la cual las partes deben atenerse en el desenvolvimiento de las relaciones jurídicas y en la celebración, interpretación y ejecución de los negocios jurídicos” (*La doctrina de los propios actos* [Bosch], Barcelona, 1962, págs 136-137).

(26) DÍEZ PICAZO (Prólogo a la obra de WIEACKER), *El principio general de la buena fe* (Civitas), Madrid, 1982, pág. 19.

relación jurídica que presupone el deber de lealtad (27). Recalquemos que es el *conocimiento* de las expectativas legítimas que la otra parte puede tener lo que justificará la imposición del deber de *lealtad*. Ausente dicho conocimiento, la forma de comportarse de una persona frente a otra podrá regirse por principios éticos basados en la exigencia de actuar correctamente, pero ello no requerirá necesariamente el tipo de comportamiento que encarna el valor superior de lealtad. Este puede implicar un comportamiento que vaya más allá del mero actuar correcta o, incluso, honestamente. Además, el deber de comportamiento leal y cooperador puede rebasar el marco de la realización o no de la prestación. Aun en casos donde la no prestación pueda estar justificada por haber quedado liberado el deudor —como es el de la imposibilidad sobrevenida por caso fortuito—, el principio de la buena fe podría imponer responsabilidad si no se atienden las expectativas de la otra parte. Entre éstas puede estar la de que se le avise oportunamente de la imposibilidad, de forma que el acreedor pueda tomar medidas que le eviten mayores daños (28).

El énfasis debe depositarse, pues, en los conceptos de *lealtad* y de *fidelidad* (29), que reflejan las definiciones de la buena fe adoptadas por el Tribunal en *Intl. Gen. Electric* y en *Berrios*. Son estos valores los que mejor corresponden a las relaciones jurídicas que se erigen sobre supuestos de *confianza mutua*. A la vez, el contenido concreto para cada caso del

(27) No obstante, pueden darse relaciones jurídicas obligacionales fundadas en supuestos de confianza que no necesariamente tengan que tener como fuente el contrato. La fuente de la obligación no debe ser lo decisivo, sino la propia naturaleza de la relación. Debe examinarse su razón de ser para descubrir si tal relación se basa o no en el *conocimiento* que tengan *ambas* partes de las expectativas que la otra legítimamente puede abrigar como secuela de la relación de confianza. Piénsese, por ejemplo, en relaciones obligacionales cuya fuente es la Ley, como son las que surgen de las relaciones de familia, pero donde la propia relación hace que las partes generen expectativas mutuas

(28) Esas obligaciones accesorias las ha llamado la doctrina alemana “los deberes de protección” (*Schutzpflichten*); son independientes de la realización o no de la prestación, pues tienen su fuente en el principio de la buena fe. Cf. F. JORDANO FRAGA, *La responsabilidad contractual* (Civitas), Madrid, 1987, págs. 141 y sigs.

(29) P. ENTENZA ESCOBAR, “Los principios generales del Derecho contractual puertorriqueño”, en *Revista de Derecho Puertorriqueño*, núm. 3 (1962), pág. 21, al hablar de la vertiente de la buena fe que tiene que ver con la actuación del contratante la califica como “buena fe-lealtad o buena fe-comportamiento”. Para DIEZ PICAZO, aparte de la cita recogida en *International General Electric*, buena fe significa que las personas al relacionarse “deben adoptar un comportamiento leal en toda la fase previa a la constitución de tales relaciones y que deben también comportarse lealmente en el desenvolvimiento de las relaciones jurídicas ya constituidas entre ellas”. Prólogo a la obra de WIEACKER, *El principio general de la buena fe* (Civitas), Madrid, 1977, pág. 12. Es, además, “arquetipo de conducta social, lealtad de los tratos, proceder honesto, esmerado, diligente”. “El contenido de las relaciones objetivas”, en *Anuario de Derecho Civil*, XVII, 2, pág. 349.

trato leal entre las partes tendrá que derivarse de las convicciones comunitarias que estén a la altura de nuestros tiempos en el momento histórico en que se dilucida la controversia. Para ello hay que dejarse guiar por el contenido concreto que hoy tiene el respeto a la dignidad del ser humano, la supremacía del interés comunitario sobre el interés individual cuando éstos se encuentren en conflicto, el sentido de solidaridad hacia el otro ser humano, etc. (30); en fin, hay que tener como norte aquellos valores morales que propenden a la verdadera convivencia social por los cuales debe orientarse la vida en nuestro país.

Una formulación general del principio no está en conflicto con la tipificación existente o futura de conductas como constitutivas de buena o de mala fe. Lo importante es que el principio como tal conserve una formulación lo suficientemente general y amplia como para servir de guía que tome en cuenta los progresos históricos que experimenten nuestras concepciones sobre la convivencia. En este sentido no existe contradicción entre el carácter aparentemente inmutable de un principio general y las variaciones históricas que observamos en su interpretación. Lo inmutable, lo universal, es esa formulación general que ordena —en todos los tiempos y en todos los países— que los seres humanos nos comportemos en forma leal y honesta, no sólo en todo el ámbito del comportamiento social, sino también en el jurídico. Lo que cambia es el contenido concreto de lo que significa actuar de buena fe, contenido que varía según se van superando las concepciones sobre la convivencia y la dignidad del ser humano como resultado de las luchas sociales en cada país.

II. DEFINICION Y PRESUPUESTOS DE APLICACION DE LA BUENA FE DEL CONTRATO

Visto así, el principio de la buena fe en las obligaciones podría definirse como el *deber de comportarse en forma leal y cooperadora* frente al otro sujeto de derecho con el que nos relacionamos, de forma que con nuestro comportamiento puedan realizarse las expectativas comunes que mutuamente nos hemos trazado. La aplicación de este principio presupone, pues:

- a) la existencia de una relación jurídica entre dos personas determinadas, en la que cada cual funciona y planifica a base de expecta-

(30) En este sentido, véase REITER, *op. cit.*, págs. 732-734, y lo reseñado en la nota 88, *infra*.

tivas patrimoniales válidas y conocidas, surgidas de la relación de confianza mutua en que están inmersas (31);

- b) que el deber de comportarse en forma leal y cooperadora se defina a base de aquellas convicciones éticas sobre la convivencia social que estén a la altura de nuestros tiempos; y
- c) que el contenido concreto de dicho comportamiento se determine a la luz de las circunstancias específicas de cada relación particular.

Respecto a este último presupuesto —el de las circunstancias específicas de cada relación—, vale señalar que el mismo explica por qué una pretensión o actuación similar puede representar un comportamiento de mala fe en un caso y de buena fe en otro. Si, por ejemplo, un profesional de vasta experiencia se asocia con otro que recién se inicia en la práctica para, juntos, realizar una encomienda, el deber de lealtad del experimentado le impondrá responsabilidades distintas frente al novicio que si aquél estuviera asociado con otro profesional de experiencia. En este último caso cada contratante podría presumir válidamente que no es necesario, por ejemplo, ofrecer asesoramiento, consejos o, incluso, supervisión en la realización de alguna tarea delegada o asignada, pues ambos contratantes pueden partir de la premisa de que cuentan con suficiente experiencia. Frente al novicio, sin embargo, es posible que la ausencia de asesoramiento o supervisión represente una actuación violatoria de la lealtad y, por ende, de la buena fe.

Las otras vertientes de la aplicación del principio de la buena fe —como, por ejemplo, en el campo de los derechos reales o en el campo de otros derechos personales, como los extracontractuales— se fundamentan, a mi juicio, sobre la protección de valores e intereses distintos de aquellos que informan una relación de confianza mutua. Así, no me parece que sea lo mismo fundamentar el surgimiento de una obligación o la limitación del ejercicio de un derecho subjetivo en la necesidad de proteger la apariencia que generan nuestros actos, incluso frente a terceros extraños, que en el deber de actuar lealmente porque estamos inmersos en una relación contractual con una persona en particular. Algunas de las distinciones que

(31) De ahí que la exigencia de la buena fe “se dirige indudablemente al deudor.. con el mandato de que cumpla su obligación ateniéndose no sólo a la letra, sino también al espíritu de la relación obligatoria correspondiente y en la forma en que el acreedor pueda razonablemente esperar. Pero se dirige también al acreedor con el mandato de que ejercite el derecho de crédito sin contravenir las normas de la lealtad, la confianza y de la consideración que el deudor puede razonablemente pretender”. L. DÍEZ PICAZO, *Fundamentos de Derecho civil patrimonial*, vol. I, 2.^a ed. (Tecnos), Madrid, 1983, pág. 51

procedemos a hacer en el próximo apartado entre el principio de la buena fe contractual y otras figuras parten de la premisa que acabo de exponer.

III. UTILIDAD DEL CONCEPTO Y DISTINCION DE OTRAS FIGURAS

La utilización de la doctrina de la buena fe no se justifica cuando podemos calificar los hechos bajo alguna figura jurídica conocida, como el dolo, el incumplimiento contractual, la negligencia, la culpa, etc., aun cuando ellas puedan representar ejemplos de falta de lealtad crasa. El recurrir a los principios generales debe reservarse para aquellas instancias en que o bien no hay un precepto o precedente claro que resuelva la controversia o bien las concepciones valorativas que le sirvieron de base al precedente o al precepto han sido evidentemente superadas, de forma que la aplicación del mismo acarrearía una clara injusticia.

La aplicación del principio de buena fe en materia de cumplimiento contractual, por lo general, surgirá allí donde una de las partes invoque una razón que alegadamente justifica variar su prestación afectando con ello adversamente los intereses o las expectativas de la otra parte, pero sin que tal actuación pueda calificarse como incumplimiento. En muchas ocasiones surgirá cuando una parte, apoyándose en el texto del contrato, exige la prestación pactada y el deudor plantea que su realización sería injusta.

A) VIOLACIÓN DE LA BUENA FE E INCUMPLIMIENTO CONTRACTUAL

Por lo ya dicho no creemos acertada la calificación bajo la doctrina de la prohibición de *venire contra factum proprium* que hace el Tribunal en el caso *Cervecería Corona v. Commonwealth Ins., Co.*, 115 DPR 345 (1984).

En este caso la asegurada, sencillamente, dejó de cumplir con una cláusula expresa del contrato que le obligaba a rendir informes mensuales sobre el inventario de los almacenes asegurados. A base del contrato la asegurada sólo tenía derecho a reclamar por una pérdida si efectivamente rendía dichos informes (32).

(32) CORONA admitió haber incumplido, pero alegó que lo había hecho de buena fe y que, a tenor con la cláusula 10 del propio contrato, los errores u omisiones en los informes no operarían en perjuicio del asegurado. A este argumento reacciona el Tribunal expresando que dicha disposición iba claramente dirigida "a omisiones cometidas,

Luego de determinar que Corona no había cumplido y que “a la aseguradora no se le había informado durante diecinueve meses la existencia de un almacén donde se guardaba el 35 por 100 de las existencias de la cervecera”, termina el Tribunal diciendo: “El contenido de la norma de que a nadie es lícito ir contra los propios actos tiene fundamento y raíz en el principio general de Derecho que ordena proceder de buena fe en la vida jurídica. La conducta contradictoria no tiene lugar en el campo del Derecho y debe ser impedida.” *Int. General Electric v. Concrete Builders*, 104 DPR 871, 877 (1976).

A mi juicio, éste no es un caso de actos propios. Es un caso simple y llanamente de incumplimiento contractual. La referencia al principio de la buena fe es innecesaria (33). La utilidad práctica del principio de la buena fe quedaría por completo diluida si cada vez que hubiera que exigir el cumplimiento de prestaciones claras y posibles apeláramos al dicho principio en vez de a las normas y doctrinas contractuales ya establecidas. Recordemos que incluso la propia fuerza vinculante del contrato, visto abstractamente, puede referirse, como de hecho se ha hecho, a las exigencias de la buena fe (34).

B) LA DISTINCIÓN CON EL CAMBIO RADICAL EN LAS CIRCUNSTANCIAS

Por lo que acabamos de decir, pensamos que es más propio prescindir de la aplicación del principio de la buena fe a aquellos casos en que el cambio radical de las circunstancias justifica, bien la negativa a realizar la prestación pactada, bien la revisión del contrato (35). Nótese que no que-

aun cuando se ha desplegado una razonable diligencia. No podía cubrir situaciones como la de autos de negligencia inexcusable. Ello menoscabaría el propósito de la cláusula en controversia de evitar el fraude”. Termina la opinión con el siguiente pronunciamiento: “Indudablemente, la omisión de CORONA fue cometida. ¿Podría ella exigir el pago del seguro bajo el supuesto de que fue un error cometido de buena fe? La buena fe se presume. Quien reclama la mala fe debe probarla.”

(33) Aunque referido al procedimiento administrativo, igualmente innecesaria me parece la utilización del principio por el Tribunal en *Catalytic Industrial v. Fondo del Seguro del Estado*, 88 JTS 45, donde, luego de dictaminar que “la actitud de negligencia, dilación y temeridad demostrada por el F.S.E. fue lo que causó que estos casos no se pudieran resolver cuando la prueba estaba fácilmente accesible” y que “la conducta desplegada por el F.S.E. está reñida con los principios más elementales del debido proceso de Ley, el juego limpio y la justicia sustancial”, se indica que todo ello implica una violación al principio de la buena fe.

(34) Véase PUIG BRUTAU, *Fundamentos*, op. cit., tomo II, vol. 1, 2.^a ed., 1978, pág. 16.

(35) Cfr. DE LOS MOZOS, op. cit., pág. 151: “Con independencia de que se considere si el fundamento de la cláusula *rebus sic stantibus* estriba o no en la buena fe, en el caso

remos decir con esto que no incurra en mala fe quien pretenda exigir una prestación cuando sabe que el fin negocial que le sirvió de causa ya no existe y que la prestación requerida representará graves perjuicios para el deudor. Lo que queremos significar es que no hay necesidad de invocar el principio general si ya se ha elaborado una doctrina que ha tipificado determinadas actuaciones como justificativas de la modificación del contrato. Si tal doctrina o norma está disponible, no es buena técnica jurídica estar refiriendo las soluciones a los principios generales. En estos casos, si se quiere justificar o no una alteración de lo pactado, debe recurrirse, bien a las normas establecidas para la aplicación de la cláusula *rebus sic stantibus* (36) o bien a la doctrina de la frustración de la finalidad económica del contrato (37).

C) FRAUDE DE LEY Y ABUSO DE DERECHO

En *Velilla* (38) el Tribunal expresa que las doctrinas referentes al abuso del derecho, al fraude de Ley y a los actos propios arrancan claramente del concepto general de la buena fe. "Todas —indica el Supremo— se inspiran en el loable propósito de inyectarle contenido ético al orden jurídico."

No obstante, aunque el propósito o la motivación sea la misma, es preciso diferenciar estas figuras. Aquí sigo las certeras observaciones de JESÚS GONZÁLEZ PÉREZ (39).

Se distingue la buena fe de los otros dos principios en que ésta es una exigencia que opera en la relación concreta entre dos sujetos de derecho, atendiendo las circunstancias históricas personales y negociales particulares a esas personas. Así el comportamiento que refleje un contratante determinado puede catalogarse de mala fe, aunque para otra persona, inmersa en una relación o en un negocio distinto o en otra situación, la misma conducta puede catalogarse como de buena fe.

La prohibición del *fraude de Ley* y la infracción de la misma puede aparentar constituir una violación de la buena fe, pero se trata de supuestos

de que así fuera habría que considerar la aplicación de esta regla jurídica como una manifestación de la buena fe *objetiva*."

(36) Cfr. *Colón v. San Patricio*, 81 DPR 241 (1959); *Casera Foods v. ELA*, 109 DPR 850 (1980).

(37) Para una exposición de esta doctrina civilista y de otras provenientes de jurisdicciones del *common law*: PUIG BRUTAU, *Fundamentos*, op. cit., págs. 398 y sigs.

(38) 111 DPR 588.

(39) En su citado libro *El principio general de la buena fe en el Derecho administrativo* (Civitas), Madrid, 1983.

distintos. El fraude se da cuando se utiliza una Ley o una reglamentación válida para evadir la prohibición que otro precepto de Ley impone. La utilización de la Ley con la cual se pretende obviar la ilegalidad se hace siguiendo todos los requisitos y observando la finalidad de la Ley en cuestión. Esta estafa de la Ley, como la ha llamado GONZÁLEZ PÉREZ (40), se puede dar “con independencia de que sea o no la conducta que lógicamente cabría esperar de un comportamiento leal y honesto hacia las personas que con nosotros se relacionan” (41).

En el *abuso de derecho*, por otro lado, nos enfrentamos a la utilización tergiversada de la Ley o de una norma, de forma que su aplicación lograría los fines por completo opuestos que persigue la misma Ley (42). No se trata de ampararse en otra Ley, sino de tergiversar la finalidad y el propósito de la propia Ley que se invoca. Si hay abuso o no es algo que habrá de determinarse a la luz de la propia finalidad objetiva de la Ley, con independencia de la relación particular concreta con otra persona en que se encuentre el que abusa del derecho. La distinción, pues, con el principio de la buena fe reside, en palabras de GONZÁLEZ PÉREZ, en que:

“El ejercicio de un derecho subjetivo puede no incurrir en abuso —al estar dentro de los límites impuestos por los criterios morales y sociales dimanantes en la época en que se ejercita— y, sin embargo, infringir el principio de la buena fe, al traducirse en actos que no son los que cabría esperar cumplidamente de un hombre normal y corriente, en la concreta relación jurídica en que se producen” (43).

En *Soriano v. Rivera*, 108 DPR 663 (1979), nuestro Tribunal adopta la definición que da la doctrina española de estas dos figuras (44).

(40) Cfr. GONZÁLEZ PÉREZ, *op. cit.*, pág. 24.

(41) *Ibid.*, pág. 25.

(42) Véase en DÍEZ PICAZO, *La doctrina de los propios actos* (Bosch). Barcelona, 1963, págs. 93 y sigs., la descripción de la figura de la *Verwirkung* alemana —el retraso desleal del ejercicio de un derecho— como una modalidad del abuso de derecho.

(43) *Op. cit.*, pág. 28.

(44) En la página 670 expresa el Tribunal, apoyándose en JUAN HERNÁNDEZ: “Modernamente, se ofrecen en la doctrina científica dos directrices para definir el *abuso de derecho*. ‘Una, de naturaleza subjetiva, que ve el abuso de derecho en el ejercicio del mismo, bien fuere con la intención de dañar o sin verdadero interés para el que lo ejercita. Otra, denominada objetiva, que percibe el abuso en el ejercicio anormal del derecho, contrariando los fines económicos o sociales para los que fue creado’...” Más adelante, en la página 672, citando de PUIG PEÑA, se dice sobre el *fraude de Ley*: “Los actos *in fraude legis* están constituidos por ‘todas aquellas conductas aparentemente lícitas, por realizarse al amparo de una determinada Ley vigente, pero que producen un resultado contrario o prohibido por otra norma tenida como fundamental en el disciplinamiento de la materia de que se trata’...”

D) LA DOCTRINA DE LOS ACTOS PROPIOS

Respecto a la doctrina de los *actos propios*, resulta más difícil precisar su peculiaridad frente al principio de la buena fe contractual. Prácticamente todas las expresiones de la doctrina ven la prohibición de *venire contra factum proprium* como un derivado de la buena fe (45). Así también lo entiende nuestro Tribunal Supremo (46). Creo conveniente establecer distinciones entre estas figuras y el principio de la buena fe contractual.

Sin duda, el caso más importante es el ya mencionado de *Intl. General Electric*. La importancia de este caso, como se verá de los hechos, es que el Tribunal amplía el ámbito de operación de esta doctrina para constituir la en fuente autónoma de las obligaciones, capaz de generarlas incluso fuera del marco procesal de un litigio (47).

Se trataba en este caso de determinar si la financiadora (Barens Mortgage) de un proyecto de construcción realizado por la contratista (Concrete Builders) debía responder ante una suplidora de materiales —la Intl. General Electric—, acreedora del contratista, por los materiales que la demandante le había suplido a éste. Sin que hubiera relación contractual alguna entre la Berens y la demandante, el Tribunal le atribuyó responsabilidad a dicha financiadora porque ésta, en una comunicación escrita que le dirigiera a Concrete, le expresaba que tenía en su poder una carta de crédito que hacía las veces de una fianza para el pago de materiales. El Tribunal indica que el envío de dicha comunicación constituyó una actuación generadora de confianza en un tercero y le aplica la doctrina de los actos propios para fundamentar la imposición de responsabilidad.

Al fundamentar la fuerza vinculante de los actos propios, sin embargo, el Tribunal no se apoya en el principio de la buena fe, definido éste como el deber de actuar leal y honestamente de acuerdo a lo que la otra parte

(45) P. ENTENZA ESCOBAR, "Los principios generales del derecho contractual", *Revista de Derecho Puertorriqueño*, núm. 3 (1962), pág. 19, divide el principio de la buena fe en una vertiente pasiva y otra activa. En la pasiva —la persona que cree o confía— ubica la doctrina de los actos propios. Véase también J. GONZÁLEZ PÉREZ, *El principio de la buena fe en el Derecho administrativo* (Civitas), Madrid, 1983, pág. 117, y autores y sentencias españolas allí citados.

(46) *Intl. Gen. Electric v. Concrete Builders*, 104 DPR 876 (1976), *Velilla v. Pueblo Supermarkets*, 111 DPR 588 (1981), *Berrios Pagán v. UPR*, 116 DPR 88 (1985).

(47) Para Díez PICAZO, *La doctrina de los propios actos*, op. cit., pág. 108, esta doctrina tienen pertinencia sólo dentro de un litigio: "... para nuestra jurisprudencia la aplicación de la regla que impide venir contra los propios actos presupone siempre una situación procesal. Es en el proceso donde no puede venirse contra los actos propios." Véanse también págs. 188 y sigs. y 193. En contra de esta posición, GONZÁLEZ PÉREZ, op. cit., pág. 125.

con la cual nos relacionamos podría actuar. No podía hacerlo porque no existía relación contractual entre el acreedor y deudor; de hecho, para todos los propósitos prácticos, la demandante era un extraño frente a la Berens Mortgage. Nótese cómo el Tribunal fundamenta la imposición de responsabilidad en la confianza que puedan haber generado los actos de alguien frente a terceros. Citando de la justificación que ofrece PUIG BRUTAU respecto a la fuerza vinculante de la declaración unilateral de voluntad, expresa el Supremo.

“Lo declarado unilateralmente puede haber influido en la conducta ajena y, en la medida en que haya sucedido, así puede ser necesario proteger la confianza depositada en la apariencia” (48).

La referencia que el Tribunal hace al principio de la buena fe, en tanto éste —en palabras de Díez-PICAZO adoptadas en la Sentencia— “supone el guardar la fidelidad a la palabra dada y no defraudar la confianza ni abusar de ella”, y en cuanto, además, “supone un conducirse como cabe esperar de cuantos con pensamiento honrado intervienen en el tráfico como contratantes”, queda relegada a una nota al calce. Los requisitos para la aplicación de la doctrina de los actos propios los enumera el Tribunal así:

- a) una conducta determinada de un sujeto;
- b) que haya engendrado una situación contraria a la realidad, esto es, aparente y, mediante tal apariencia, susceptible de influir en la conducta de los demás; y
- c) que sea base de la confianza de otra parte que haya procedido de buena fe y que, por ello, haya obrado de una manera que le causaría un perjuicio si su confianza quedara defraudada” (49).

En *Velilla v. Pueblo Supermarkets*, 111 DPR 585 (1981) (50), y en *Berrios Pagán v. UPR*, 116 DPR 88 (1985), se invoca la doctrina en el contexto de un litigio. Es decir, se le aplica a personas por los actos que

(48) 104 DPR 877.

(49) 104 DPR 878.

(50) En lo pertinente se expresa el Tribunal: “En el caso presente, tanto la doctrina de los propios actos como la del abuso del derecho, así como el principio general de *bona fides*, impiden que la compañía recurrida invoque con éxito la defensa de prescripción.” El proceder de Pueblo indujo a todas luces a la recurrente a dirigirse a International Claims en la creencia de que ésta representaba a aquélla. En casos como el que nos ocupa, el principio de la buena fe no da lugar a la utilización del derecho a la defensa de prescripción cuando el derecho surge de omisiones de la otra parte causadas, parcial pero significativamente, por la propia conducta de la actora.

han generado mientras se enfrentan uno a otro en estado de antagonismo como adversarios.

Lo que sucede con esta doctrina, según la ha ido aplicando nuestra jurisprudencia, es que ella se desenvuelve en dos vertientes: una contractual y otra no-contractual.

En la vertiente *contractual*, los actos propios sirven para interpretar aspectos no cubiertos en el contrato o incluso para dejar establecidas modificaciones a las prestaciones originalmente pactadas. Así, la alteración en la práctica particular de dos contratantes de las formas de pago, la inacción o desidia respecto al cobro de una acreencia, el abandono de actividades económicas que se llevaban a cabo antes del contrato, pero que ahora podrían resultar conflictivas con la nueva relación, todas esas actuaciones pueden representar modificaciones o aclaraciones de un texto contractual si la apariencia que ellas generan llevan a la otra parte contratante a abrigar determinadas expectativas. En este sentido, la doctrina de los actos propios es una ampliación de figuras ya conocidas, como son el artículo 1.234 (51), que preceptúa que deben tomarse en consideración los *actos* de las partes en la interpretación del contrato (52).

En la vertiente *no-contractual* se dan dos modalidades. Primera, como fuente autónoma de obligaciones: ésta es la modalidad que establece el *Intl. General Electric*. Segunda, como limita a la invocación de defensas o derechos en el ámbito procesal: ésta es la modalidad que se establece en los casos de *Velilla* y de *Berrios*. En ambas modalidades de esta vertiente —y ésta es mi proposición— lo que predomina es no tanto la exigencia ética del comportamiento leal y honesto, sino la necesidad de proteger la confianza que genera la *apariencia*. Esta necesidad, pues, puede darse incluso *fuera* del ámbito contractual o de una relación de confianza mutua, es decir, en casos donde no haya que presuponer un trato leal o deferente.

En resumen, lo que en estos casos genera la obligación (patrimonial o

(51) 31 LPRA, sec. 3.472. "Para juzgar de la intención de los contratantes deberá atenderse principalmente a los actos de éstos, coetáneos y posteriores al contrato."

(52) Es evidente la tangencia de los actos propios con la doctrina del consentimiento tácito. Este se basa igualmente en la apariencia que generan las actuaciones de un contratante, las cuales resultan incompatibles con las manifestaciones que pretende esgrimir en su defensa. Véase lo expresado en *Teacher's Annuity v. Sociedad Legal*, 115 DPR 277, 290 (1984): "...el elemento determinante del consentimiento tácito es la conducta de la persona y no las palabras que utilice para expresarlo. Por eso, nos dice el profesor DE CASTRO que se llama tácito al consentimiento que resulta 'no de los dichos, sino de los hechos'. F. DE CASTRO y BRAVO, *El negocio jurídico*, Ed. Ins. Nac. Est. Jur., sec. 84, Madrid, 1967, pág. 67. Los hechos deben revelar inequívocamente la voluntad de consentir. No diversas interpretaciones. F. PUIG PEÑA, *Compendio de Derecho civil español*, t. I (Nauta), Barcelona, 1966, pág. 620; F. SOTO NIETO, *La estimación jurídica del silencio*, 11 Rev. Der. Esp. y Amer 121 (1966).

procesal) o la nueva interpretación del contrato no es tanto un *deber* de actuar lealmente frente a la otra parte, sino la *realidad de las actuaciones* efectuadas —de buena o mala fe—, las que, a su vez, generan expectativas por su apariencia. Estas expectativas pueden ir incluso en contra de las generadas por promesas anteriores. Lo que la doctrina de los actos propios impide es que se pretenda restarle eficacia a las expectativas que la apariencia de dichos actos genera.

Por otro lado, la conveniencia para el tráfico de proteger la confianza así generada puede justificarse aun cuando los actos los realiza quien pueda probar que ha actuado correctamente y a quien no se le pueda exigir el deber superior de actuar lealmente. Si quien genera los actos es un adversario en un litigio, o si el actor-deudor es un extraño respecto al acreedor —como sucede en *International*—, sería forzado presuponer un deber de lealtad, más allá de exigir meramente un comportamiento correcto.

Visto desde esta perspectiva no es forzado imponerle a un litigante las consecuencias de su actuar habilidoso —como sucede en *Velilla*— a base de la necesidad de proteger la confianza en la apariencia que su conducta puede generar y no a base de haber quebrantado un supuesto deber de actuar leal y cooperadamente frente a su adversario.

No nos estamos refiriendo, cuando hablamos de “adversarios”, a los abogados en su calidad de funcionarios del Tribunal, sino a los litigantes, en tanto son los actos de éstos los que generarán o no determinadas expectativas. Respecto a los Abogados y la forma de éstos de conducirse en el proceso, existen normas y principios que establecen los parámetros del actuar correctamente, los cuales implican ciertamente un deber de lealtad. Es más bien con referencia a las actuaciones de los Abogados que deben, a mi juicio, interpretarse las expresiones del Tribunal en *Neptune v. Wackenhut*, 88 JTS 3, cuando se dice:

“Las reglas de procedimiento civil se inspiran armoniosamente en tres valores fundamentales: justicia, rapidez y economía, enmarcados en la norma de buena fe que debe permear la tramitación de toda causa de acción.”

Estas expresiones surgen en el siguiente contexto:

Por unos mismos hechos la representación legal de la demandante radicó demandas separadas aunque idénticas, en dos Salas distintas del Tribunal de Mayaguez, una contra la Wackenhut y otra contra su aseguradora, la Home Insurance, Co. Se emplazaron a ambas demandadas, y la Wackenhut, al verse demandada le remitió la documentación y el asunto a su aseguradora, Home. Home, al verse también emplazada, procedió a

enviarle la reclamación a su representante legal, quien también era Abogado de la Wackenhut, para que procediera como correspondiera; pero no le envió la demanda ni el emplazamiento contra su aseguradora Wackenhut porque partió de la premisa que era una y la misma acción. Home procedió a contestar la demanda, levantando 14 defensas tendientes a negar la responsabilidad de Wackenhut. Pendiente el descubrimiento de prueba en el caso contra Home, la representación legal de la demandante solicitó la anotación de rebeldía contra Wackenhut, lo cual hizo la secretaria del Tribunal, señalándose el caso para vista en rebeldía. Notificada la Wackenhut de dicha vista, llamó a Home para que se hiciera cargo, de donde le informaron que la demanda había sido contestada. Esta comunicación no se le hizo llegar al Abogado, quien se hallaba fuera. La vista en rebeldía se celebró y recayó Sentencia contra la Wackenhut. Con posterioridad a la Sentencia en rebeldía se llevó a cabo descubrimiento de prueba en el caso contra Home, *sin que la representación legal de la demandante le informara en momento alguno al Abogado de la Home ni al Tribunal* que se había dictado Sentencia en rebeldía contra la Wackenhut en otra Sala y se estaba en proceso de ejecutarla. Wackenhut se enteró por primera vez de la Sentencia cuando le embargan fondos suyos. El Supremo revoca por ello la Sentencia del Tribunal de Instancia que se negó a dejar sin efecto la Sentencia al amparo de las reglas 45.3 y 49.2 de procedimiento civil.

Resulta patente de estos hechos que la exigencia de la buena fe a que alude el Tribunal con respecto al procedimiento se refiere al proceder incorrecto de la representación legal de la demandante frente a quienes tenía un deber —impuesto legalmente por los cánones de ética— de informar a cabalidad de todos los pasos procesales dados que puedan afectar el curso del procedimiento (53). El comportamiento descrito en la Sentencia, en particular el hecho de no haber informado ni siquiera al Tribunal de Instancia de lo que ocurría en otra Sala, cuando es práctica generalizada en la profesión que este tipo de acción siempre se consolida bajo un mismo Juez, denota ciertamente mala fe. Pero se trata de quebrantamiento, no de algún deber de lealtad que pueda tener un litigante frente a otro, sino del deber que los cánones de ética le imponen a los Abogados en tanto funcionarios del Tribunal.

Propondría, pues, que la doctrina de los actos propios fuera reservada para aquellas instancias en que lo definitorio no sea tanto el quebrantamiento de un deber de actuar en forma leal y cooperadora frente a otra persona determinada, sino la necesidad de proteger la confianza deposita-

(53) Cfr. Canon 35

da en la apariencia que tales actos generan. Así, la acción del que invoca la doctrina de los actos propios no quedará enervada porque el actor pruebe que al actuar lo hizo correctamente o, incluso, honestamente.

Nótese además que ante dos sujetos que han actuado de buena fe sería prácticamente imposible justificar el favorecer a uno y no al otro; justificación que se entendería a base de proteger la confianza que *objetivamente* genera la apariencia. Tal protección es independiente de la intención que pueda tener el actor y puede justificar en casos donde las partes se encuentran en situaciones de antagonismo. La responsabilidad que así surge, como lo demuestra el caso de *Intl. General Electric*, no se basa en el contrato ni en ninguna relación de confianza.

La exigencia de la buena fe que surge por razón de una relación de confianza, en la que se parte de que los intereses de ambas partes no son antagónicos, sino armónicos, requiere incluso deberes positivos de comportamiento que van más allá de una exigencia general de actuar correctamente. En este tipo de relación no basta con comportarse de acuerdo a las normas, no basta con probar que se ha actuado conforme a Derecho o que no se ha incurrido en conducta fraudulenta. Ese tipo de actuación está ya tipificado en el ordenamiento vía la figura del dolo. El principio de la buena fe importa algo más que el no incurrir en fraude; significa —precisamente por el tipo de relación que se da entre las partes— un actuar cooperador y leal tomando siempre en cuenta las expectativas legítimas del otro contratante. Ello puede representar incluso el deber de una parte de comportarse de tal forma que se logren los objetivos a los que sabemos aspira la otra parte. Tal deber no debe, a mi juicio, presuponerse ni su incumplimiento sancionarse respecto a un extraño, ni mucho menos frente al adversario antagónico.

IV. LA UTILIZACION DEL PRINCIPIO POR NUESTRA JURISPRUDENCIA

El Tribunal ha utilizado el principio de la buena fe para distintos propósitos en materia obligacional.

A) COMO REQUISITO EN LA FASE PRECONTRACTUAL DE LA NEGOCIACION

En *Producciones Tommy Muñiz v. COPAN*, 113 DPR 517 (1982), se establece que la buena fe rige los tratos preliminares entre los contratantes. El quebrantamiento de este principio, así como del que proscribe el abuso

del derecho (54), generará responsabilidad en esta etapa. Aunque esta responsabilidad la cataloga el Tribunal como extracontractual y la ubica bajo el concepto de *culpa in contrahendo*, el valor y el interés que pretende protegerse es el de la *lealtad*.

Se trataba en este caso de determinar si una agencia pública —el Comité Organizador de los VIII Juegos Panamericanos (COPAN)—, que tenía la potestad de otorgar la concesión para la transmisión exclusiva de los eventos olímpicos a celebrarse en Puerto Rico, debía responderle al demandante, con quien se había estado negociando por un tiempo prolongado, por haber roto abruptamente dichas negociaciones y haberle confiado la transmisión a la televisora del Gobierno. En sus determinaciones de hecho el Tribunal expresó, en parte, que “en el curso de las negociaciones sobre el centro de televisión se prepararon siete borradores de contrato, unos por COPAN y otros por Muñiz que fueron objeto de consideración. El borrador número 4 fue aceptado en principio por COPAN, y el número 5 tuvo el endoso de Carrión. El curso de estas negociaciones crearon en Muñiz una expectativa razonable de que el contrato habría de concluirse. Al fin y al cabo había sido el licitador que había obtenido la buena pro y ya desde el año 1977 COPAN había descartado transmitir los juegos por las emisoras del Gobierno, por lo que era razonable confiar que se llegaría a un acuerdo sobre el centro de televisión que satisficiera los intereses legítimos de ambas partes”.

El Tribunal, luego de manifestar que es principio básico el que quien negocia no está obligado a perfeccionar el contrato, pudiendo retirarse de las negociaciones según convenga a sus mejores intereses, añade, como fundamento para determinar que COPAN debía responder:

“Las negociaciones preliminares, sin embargo, generan una relación de carácter social que impone a las partes el deber de comportarse de acuerdo con la buena fe, que, como bien señala Díez PÍCAZO, ‘no impera solamente en las relaciones jurídicas ya establecidas o constituidas, sino también en las relaciones derivadas de un simple contacto social’” (DÍEZ PÍCAZO, *Fundamentos del Derecho civil patrimonial*, vol. 1, Ed. Tecnos, Madrid, 1979, pág. 191) (55).

(54) 113 DPR 517 (1982), págs. 529-530. “En fin, la amplia gama de supuestos sobre los que puede asentarse la responsabilidad precontractual hace necesario que en el análisis del problema se considere qué figura jurídica —culpa, dolo, fraude, *buena fe*, abuso del derecho u otros principios generales del derecho— responde más adecuadamente como fundamento jurídico para la solución del caso.”

Citado también en *Torres v. Gracia*, 87 JTS 105.

(55) 113 DPR 527.

Y más adelante establece:

“El fundamento doctrinal más arraigado se asienta en la responsabilidad extracontractual regulada por el artículo 1.802 del Código Civil, 31 LPRA, sec. 5.141... En efecto, el grueso de la doctrina considera hecho ilícito el rompimiento injustificado de las negociaciones, porque constituye un quebrantamiento de la buena fe que, como sabemos, penetra todo nuestro ordenamiento positivo. La buena fe impone a las partes un deber de lealtad recíproca en las negociaciones” (56).

En otro caso, *H.U.C.E. de América v. V & E Eng. Construction*, 115 DPR 711, 716 (1984), se aplicó asimismo el principio en la fase contractual, a saber, dentro del campo de la formulación de ofertas transaccionales.

Se trataba en este caso de analizar el significado de la regla 35.1, la cual permite que un demandado formule una oferta de transacción con el propósito de transferirle al demandante la responsabilidad del pago de gastos, costas y honorarios de Abogado en caso de que se obtenga una Sentencia inferior a la oferta. La demandada había ofrecido la suma de \$ 1,200.00 ante una reclamación de \$ 100,000.00. Aclarando que el propósito de la regla 35.1 es fomentar las transacciones, expresa el Supremo:

“Hemos dictaminado que el principio de la buena fe es exigencia general de nuestro Derecho. *Velilla v. Pueblo*, 111 DPR 585, 587-8 (1981). La regla 35.1 no es operante cuando dentro del contexto de cada caso la oferta no es realista, razonable ni producto de la buena fe ”

(56) El Tribunal inserta a renglón seguido la cita de ALONSO PÉREZ, que ya hemos transcrito.

Para una discusión de este principio en los Estados Unidos, cfr. E. A. FARNSWORTH, *Precontractual Liability and Preliminary Agreements*, 87, Columbia Law Rev., 217 y sigs. (1987). Según este autor, los principios básicos del Derecho contractual norteamericano —complementados éstos por las enseñanzas que pueden derivarse de las soluciones aplicadas a casos análogos en el campo de las relaciones obrero-patronales, donde existe el deber de negociar de buena fe— apuntan hacia siete tipos distintos de comportamiento *mala fides* en la fase preparatoria del contrato: 1) la negativa a negociar cuando se han pactado que se negociará; 2) el planteamiento de propuestas irrazonables; 3) la utilización de tácticas impropias; 4) la negativa a suplir información pertinente (*nondisclosure*); 5) el ocultar que se conducen negociaciones con otra persona; 6) el negarse a acatar los términos ya acordados en el proceso de la negociación, y 7) la ruptura injustificada de las negociaciones. FARNSWORTH propone que un acuerdo para negociar de buena fe puede y debe ponerse en vigor a través de las Cortes. La exigencia de negociar de buena fe (“the standard of fair dealing”) implicaría bajo tal acuerdo: 1) el llevar a cabo las negociaciones sin imponer condiciones irrazonables o impropias; 2) el revelar, de ser ello así, que se está negociando a la vez con otras personas, de manera tal que la otra parte tenga la oportunidad de formular ofertas competitivas, y 3) el deber de continuar con las negociaciones hasta que se llegue a un *impasse* o hasta que surja una justificación para la ruptura.

Se devolvió el caso a instancia para la determinación de la razonabilidad de esta oferta.

También dentro del campo de las ofertas transaccionales se ha requerido el actuar de buena fe, so pena de imponer una responsabilidad mayor que la pactada. Así, en *Morales v. Automatic Vending Service, Inc.*, 103 DPR 281 (1975), se le impuso a la aseguradora el pago de daños, aunque la cuantía de éstos excedía el límite pactado de la póliza. Se trataba de una reclamación de \$ 225,000.00 incoada por la viuda y sus siete hijos debido a la muerte del padre de éstos, quien perdió la vida al ser arrollado por un vehículo asegurado por la demandada. Los demandantes estuvieron dispuestos a transigir el pleito por \$ 30,000.00, pero la compañía de seguros se había negado, a pesar de que “estaba enterada desde el principio de que no podía contar con testigos para defender su caso”, según concluyó el Tribunal. Al fundamentar su fallo expresa el Tribunal, entre otros criterios, los siguientes:

La relación existente entre asegurador y asegurado en esta clase de contratos es fiduciaria... (omitimos las citas del Tribunal).

Debido a esta reclamación —continúa la S.— el asegurador está obligado a actuar de la mejor buena fe y con suma discreción y diligencia al considerar cualquier oferta de transacción y está en la obligación de aceptarla si es razonable. A este efecto la Corte Suprema de California expresó en *Silberg v. California Insurance Company*, 521 P.2d 1103 (1974), a las págs. 1108-1109:

“El principio fue firmemente establecido en *Comunale v. Traders & General Ins. Co.* (1958), 50 Cal.2d 654..., y en *Crisci v. Security Ins. Co.* (1967), 66 Cal 2d 425..., que el deber de un asegurador de aceptar una transacción razonable para dispensar a su asegurado de responsabilidad hacia una tercera persona está implícito en el convenio de buena fe y justo trato que existe en cada contrato de seguro. El convenio requiere que ninguna parte haga algo que perjudique el derecho de la otra parte de recibir los beneficios del acuerdo, y un asegurador está obligado a dar a los intereses de su asegurado por lo menos tanta consideración como él le da a sus propios intereses” (57).

El Tribunal concluye con la siguiente determinación de hecho y sentencia:

Es inescapable la conclusión a que llegó el Tribunal de Instancia de que “la compañía de seguros actuó de mala fe y negligentemente al no transigir dentro de los límites de la póliza la reclamación”. Evidentemente, la aseguradora antepuso sus propios intereses a los del asegurado... Es razonable, pues, imponer a la aseguradora la responsabilidad de pagar cualquier suma en exceso del límite de la póliza (58).

(57) 103 DPR 285.

(58) 103 DPR 290. Véase también *Roldán Medina v. Serra*, 105 DPR 507 (1976).

B) COMO FUENTE PARA DETERMINAR DEBERES ACCESORIOS

Esta es la utilización que se le da al principio en *Ramírez Anglada v. Club Cala de Palmas*, 89 JTS 22:

En este caso Club Cala se negó a darle información a quien había suscrito un contrato para la utilización de cierto apartamento durante determinado período del año, luego de haberle notificado que se le iba a aumentar la cuota de mantenimiento originariamente pactada. El contrato contenía una cláusula en la que se preveía la posibilidad de aumentar dicha cuota, siempre y cuando subieran los costos de mantenimiento. La información solicitada por el vacacionista le fue negada en su totalidad, y al no pagar éste el aumento Club Cala procedió a cancelar sus derechos. El Tribunal encuentra que es de aplicación el artículo 1.210 y que Club Cala tenía el deber de suplir por lo menos la información básica requerida.

C) COMO BASE PARA LA INSTAURACIÓN DE NUEVAS FUENTES DE OBLIGACIONES

Esta es la aportación del caso *Intl. General Electric v. Concrete Builders*, 104 DPR 871 (1976), vía la aplicación de la doctrina de los actos propios, al cual ya nos hemos referido (59).

D) COMO MEDIDA PARA ATEMPERAR LA AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD, TOMANDO EN CONSIDERACIÓN INTERESES SOCIALES MERECEDORES DE MAYOR PROTECCIÓN

a) *López de Victoria v. Rodríguez*, 113 DPR 265 (1982).

En ocasión de pasar juicio sobre la validez de un contrato de servicios profesionales legales, donde se habían pactado los honorarios a base de un (20 %) porcentaje del beneficio que se consiguiese para el cliente, se expresó el Tribunal:

“Puede decirse que el pacto de honorarios contingentes no limitados por Ley especial tiene en la actualidad aceptación ética si satisface el rigor de su regulación por los cánones de conducta profesional y el valor moral de *buena fe* del artículo 1.210 del Código Civil, 31 LPRA, sec. 3.375...

Como en cualquier otro contrato, la excesiva onerosidad que alcance

(59) Véase *supra*.

dimensiones de mala fe, que niegue aquellas normas de conducta colectiva que han de ser observadas por toda conciencia honrada y leal, connaturales a la contratación, justificaría la intervención moderadora del Tribunal" (60).

b) *Utility Consulting Services v. Municipio de San Juan*, 115 DPR 89 (1984), es de especial importancia porque en él se refleja la transformación de la tradicional teoría individualista o voluntarista sobre el contrato. Por su importancia haremos un análisis más detenido de esta Sentencia.

V. EL VALOR DEL PRINCIPIO RESPECTO A LA TEORIA DEL CONTRATO

A) EL CONTRATO Y LAS TEORÍAS SOBRE SU FUERZA VINCULANTE

El caso de *Utility* merece especial atención en este sentido. Se establece aquí que la falta de equivalencia en las prestaciones puede violar el principio de la buena fe. Los hechos del caso los resume el Tribunal así:

"Por una labor simple y esporádica, que en ocasiones se reducía a limpiar la ventana de un contador olvidado y descubrir que el *ratio* (coeficiente) de tarifa era de 700 y no de 7.000 como se venía facturando; por el empleo de tiempo mínimo y horas no especificadas, la recurrida invoca el contrato (61) para justificar su acreencia sobre fondos públicos de \$ 2,749,044.10, generados en su mayor parte durante los *tres años siguientes* a su intervención." (Énfasis en el original.)

El contrato establecía que los consultores tendrían derecho a cobrar un 50 por 100 de los beneficios que obtuviera el municipio.

Al revocar el Tribunal de Instancia en la concesión de los dineros adicionales reclamados (62), el Tribunal utiliza el siguiente razonamiento:

"La arraigada tradición de la autonomía de la voluntad (*pacta sunt servanda*), eje de la seguridad jurídica, permite frenar su predominio absoluto cuando la *excesiva onerosidad alcance dimensiones de mala fe*.

(60) Véase lo que decimos más adelante respecto a la equivalencia de las prestaciones en contratos con profesionales.

(61) En nota al calce aclara el Tribunal: "Por estos servicios, *Utility consulting* recibirá el 50 por 100 de la reducción en facturas de luz y agua *durante los tres años siguientes* a su modificación, ajuste o corrección y créditos atribuibles a la gestión del consumidor." (Bastardillas en el original)

(62) El municipio ya le había pagado a *Utility* \$ 232,138.62 por los servicios prestados

Cf. *López de Victoria v. Rodríguez*, 113 DPR 265 (1982). Así lo tiene ordenado el Código Civil en su artículo 1.210 (31 LPRA, sec. 3.375) al declarar que los contratos obligan a todas las consecuencias, que según su naturaleza sean conformes a la *buena fe*, al uso y a la Ley.”

Análisis de la crítica que formula la disidente del Juez asociado Rebollo y crítica a esta postura

La posición del Juez asociado REBOLLO parte de la concepción clásica que ve la fuerza vinculante del contrato en la autonomía de la voluntad. Expresa la disidente en la página 97:

“Las obligaciones que contrajo el municipio de San Juan con la parte demandante mediante el contrato aquí en controversia deben ser examinadas a la luz de los principios de Derecho civil, específicamente de la teoría general de los contratos.”

En su consecuencia cobran importancia, en relación con los hechos de este caso, disposiciones de nuestro Código Civil, tales como las del artículo 1.207 (31 LPRA, sec. 3.372), *el cual consagra el principio de la autonomía de la voluntad* al señalar que los “contratantes pueden establecer los pactos, cláusulas y condiciones que tengan por conveniente, siempre que no sean contrarios a las leyes, a la moral ni al orden público...”

Más adelante, en la página 99:

“En relación, en específico, con contratos celebrados entre un municipio y una persona particular, es de suma importancia señalar que una vez se perfecciona el mismo es de aplicación la doctrina general de la inalterabilidad de los contratos; o sea, aplica la máxima *pacta sunt servanda*.”

El Juez REBOLLO admite que “el principio de la autonomía de la voluntad está sujeto... a que lo pactado libremente por las partes no sea contrario a las leyes, a la moral ni al orden público”. Pero al analizar cada uno de estos elementos aborda el concepto de “orden público”, equiparándolo al concepto de legalidad y, claro está, descartando su infracción en el caso; pero no analiza el aspecto ético-ámbito particular del principio de la buena fe, limitándose a determinar que no hay nada de inmoral en el contrato de honorarios contingentes.

La autonomía de la voluntad constituye así para la disidente la base ideológica de la obligatoriedad. De hecho, el Juez REBOLLO cita del tratadista PUIG BRUTAU, quien a comienzos de su obra sobre la teoría general del contrato reseña —sin adoptarla— la teoría voluntarista a ultranza. Al efecto, cita REBOLLO:

“Nos señala PUIG BRUTAU, en lo pertinente, que esta autonomía ‘significa que, en principio, todo particular puede contratar cuando quiera, como quiera y con quien quiera’” (J. PUIG BRUTAU, *Fundamentos de Derecho civil*, 2.^a ed., t. II, vol. I, Ed. Bosch, Barcelona, 1978, pág. 5).

Aparte de esta cita, a nuestro juicio sacada de contexto, la disidente se apoya en citas de MANRESA y de SCAEVOLA, quienes recogen o reseñan también la vertiente decimonónica de la fuerza vinculante del contrato (63). Unas páginas más adelante, no obstante, el propio PUIG BRUTAU elabora:

“Por todo ello no ha de extrañar que la definición del contrato se haga predominantemente desde el punto de vista de la teoría voluntarista...; pero tampoco ha de extrañar que en torno a su concepto se hallen agrupadas reglas que extienden, restringen o incluso niegan la eficacia del contrato como debido a un acto de voluntad” (PUIG BRUTAU, *ibid.*, pág. 18). Y añade, página 20, que: “Toda la dificultad del derecho contractual estriba precisamente en [la] tensión que se produce entre su fundamento y las necesidades prácticas en cada caso concreto, entre la eficacia de una declaración de voluntad y la necesidad de proteger determinados intereses, con independencia de la efectiva existencia o del verdadero contenido de dicha voluntad” (Enfasis nuestro)

A nuestro juicio, la disidente pasa por alto que en nuestra época —caracterizada por la producción y el consumo en masa, el control de las

(63) En el *common law* la teoría voluntarista la expone el caso de *Printing & Numerical Registering Co. v. Sampson*, 19 L.R.-Eq. 462, 465 (1875) “If there is one thing which more than another public policy requires it is that men of full age and competent understanding shall have the utmost liberty of contracting, and that their contracts when entered into freely and voluntarily shall be held sacred and shall be enforced by Courts of Justice”, según citado en EPSTEIN, *Unconscionability: A Critical Reappraisal*, 18 J. L. & Econ. 293, 315 (1975).

Un exponente contemporáneo en los Estados Unidos de esta visión individualista es M. SYNDERMAN, *What's So Good About Good Faith, The Good Faith Performance Obligation in Commercial Lending*, 55 Univ. of Chicago Law Rev. 1335, 1367 y sigs (1988). Para este autor, las Cortes deben abstenerse de utilizar el concepto de la buena fe, pues el mismo se presta, por su vaguedad, a que el Juez reescriba el contrato siguiendo sus propias convicciones de lo que es justo. De cinco proposiciones que hace el autor, vale destacar la de que no sólo se sustituya el concepto de buena fe por un criterio de razonabilidad (“Eliminate the term good faith when an objective reasonableness standard is meant”), sino la de que se elimine por completo el deber de darle cumplimiento de buena fe a los contratos (“Abolish the duty to perform in good faith generally”), pues el concepto vigente de fraude le impone ya a las partes el deber de comportarse honestamente. Termina postulando que el mercado se encargará de erradicar las prácticas deshonestas. “The market is complex, and contracts form an essential part of its operation. Until the courts know more than the parties about the market and the factors that influence contracts, they should leave the market alone, rather than impose their own conceptions of decency and fairness” (pág. 1370).

multinacionales y el intervencionismo estatal— se hace cada vez más imperativo asignarle mucho más peso a la exigencia normativa del artículo 1.210 que al principio de la autonomía privada encarnado en el artículo 1.207. Como bien ha señalado CARLOS LASARTE (64), el artículo 1.258 del Codice Civile, idéntico al artículo 1.210 nuestro, no tiene una función interpretativa de la intención de las partes, sino la de exigir que lo pactado, y muy especialmente *las consecuencias* de lo acordado, se ajusten, se integren a las reglas de conducta “socialmente consideradas como dignas de respeto”. Ello implica que el contrato esté subordinado a un “criterio ordenador de las relaciones patrimoniales que se superpone al propio comportamiento de las partes” (65). Específicamente, en nuestra jurisdicción ha señalado P. ENTENZA ESCOBAR lo siguiente:

“El contrato, según los principios jurídicos que informan su regulación en Puerto Rico, no es sólo un medio para la realización de intereses individuales, sino que es, además, un instrumento que, por realizar funciones de trascendencia supraindividual, ha de responder a las exigencias de la equidad, de la justicia distributiva y social y del interés público, y a tal efecto queda sometido a la posibilidad de intervención del Estado, principalmente a través de sus órganos legislativo y judicial” (66).

Esta función integradora del principio de la buena fe, que estaba ya dispuesta en el Código del siglo XIX aunque entonces en un forma débil, ha ido desplazando el anterior predominio de la autonomía de la voluntad.

(64) *Sobre la integración del contrato: la buena fe en la contratación*, Revista de Derecho Privado, 1980, págs. 50 y sigs., pág. 71. “El artículo 1.258 del Codice Civile (equivalente al 1.210 CCPR) no tiene como finalidad reinterpretar el contrato, sino incardinarlo en un ambiente normativo que excede ya a la propia disponibilidad de las partes... La función característica del artículo 1.258 no radica en *redescubrir* el significado del acuerdo contractual (términos/intención) dentro de los márgenes de la autonomía privada, sino en procurar que ésta no se eleve al grado de coartada que legitime el desconocimiento de las consecuencias o efectos contractuales impuestos por las más elementales reglas del tráfico jurídico.” (Enfasis nuestro.)

(65) *Ibid.*, pág. 77. En cambio, véase C. VATTIER FUENZALIDA, *La interpretación integradora del contrato en el Código Civil*, Anuario de Derecho Civil (Madrid), 1987, págs. 495 y 511, para quien el artículo 1.258 del Codice Civile no excluye de su ámbito la posibilidad de la interpretación contractual. VATTIER sostiene que la “interpretación integradora” es una categoría autónoma, distinta a la interpretación subjetiva u analógica, porque “supone la actuación de unos criterios objetivos de heterodeterminación que, como la Ley o los usos, complementan o como la buena fe o la equidad, modifican lo acordado por los contratantes, ninguno de los cuales es reconducible, a diferencia de la analogía, a la voluntad real o presunta de las partes.” Denomínesele integración o interpretación integradora, lo cierto es que, según expresa el propio VATTIER, “en la escala de valores que impera en la contratación moderna, la buena fe y la equidad se sitúan por encima de la libertad contractual.” (pág. 521).

(66) P. ENTENZA ESCOBAR, *op. cit.*, pág. 23.

Ello como producto de los desarrollos socioeconómicos de nuestro siglo, y también como secuela de exigencias éticas fundadas en nociones de solidaridad social superadoras del individualismo rampante que muchas veces caracteriza el fin de lucro empresarial o mercantil.

B) LA DECADENCIA DEL PRINCIPIO DE LA AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD COMO BASE DE LA TEORÍA DEL CONTRATO

Incluso en un país como los Estados Unidos ya para la década de los treinta, juristas prominentes señalaban hacia la erosión del principio de la autonomía de la voluntad. El comentarista CORBIN detectaba para entonces una merma en la fuerza del contrato y un aumento en la convicción de que el no atenerse a la promesa dada era socialmente aceptable y justo, si el cumplimiento de la misma implicaba grandes sacrificios no previstos por el deudor al contratar (67).

Con respecto a Inglaterra, P. S. ATIYAH (68) indica cómo la noción clásica del contrato y su función ya tampoco tiene vigencia. ¿A qué atribuir esta merma en la importancia del contrato? Dos de las razones que da ATIYAH son:

Primero. La función social del contrato ha mermado. Esto se debe a la gran injerencia e intervención del Estado en todos los aspectos de la economía —y de la vida— controlando los precios, fijando salarios, distribuyendo beneficios, etc.

Segundo. En nuestros tiempos se le asigna una menor importancia a la libre selección como fuente de derechos y responsabilidades, y consecuentemente se le atribuye una mayor importancia a los derechos y deberes impuestos (*non-voluntary*) (69). (El mejor ejemplo de esto es la forma de

(67) "Recent Developments in Contract", 50 Harv. Law Rev. 449, 473 (1937), también citado en P. S. ATIYAH, *The Rise and Fall of Freedom of Contract* (Clarendon), Oxford, 1979, pág. 671.

(68) *Op. cit.*, págs. 693-715.

(69) En 1974 plantea el profesor norteamericano GRANT GILMORE, en su obra *The Death of Contract* (Ohio University Press), Ohio, 1974, págs. 87 y sigs., que se observa un tránsito del contrato como principal fuente y base teórica de la responsabilidad civil hacia la responsabilidad torticera. "[W]hat is happening —observa GILMORE— is that contract' is being reabsorbed into the mainstream of tort", con lo cual se deposita el énfasis en las fuentes involuntarias de las obligaciones, en línea con lo que plantea ATIYAH. Véase un resumen de las diversas posturas doctrinales en el *common law* norteamericano relativas al ocaso de las teorías voluntaristas en PETER LINZER, *Uncontracts: Context, Contorts and the Relational Approach*, Annual Survey of American Law (1988), citado en P. LINZER, *A Contracts Anthology* (Anderson Publishing C.), Houston, 1989, págs. 82-88.

contratación típica de nuestros días, el contrato de adhesión) (70). LASARTE apunta que el contrato en general “ha dejado de ser hace mucho el acuerdo ‘personalizado’, para convertirse en un *producto manufacturado*” (71).

A estas razones habría que añadir que la falta de libre selección en la contratación es resultado de la transformación de la economía, la cual ha pasado de una economía de libre competencia a una donde la concentración monopolística de la producción y el consumo en masa es lo característico. E. RESTA, en el contexto de la realidad italiana, lo ha expuesto de la siguiente manera:

“Lo verdaderamente actual es el período en que el mercado se caracteriza por una simple pero real dicotomía entre productores y consumidores: nuestra sociedad es en el fondo la sociedad de los grandes almacenes y de los sugeridores ocultos, de las fuertes concentraciones capitalistas y de la contratación en masa, en donde la referencia común no es, desde luego, el contrato como instrumento indiferenciado para la consecución de la personalidad económica de los individuos. O mejor dicho, el contrato puede todavía ser expresión de autonomía, instrumento para la elevación de la ‘personalidad’ de los sujetos, donde la palabra ‘sujetos’ se refiere únicamente a aquellos individuos libres para imponer su propia reglamentación a los demás” (72)

A las dos razones expuestas en el texto, ATIYAH añade una tercera, a saber, que ha habido una tendencia a alejarse del contrato como mecanismo para la fijación de los riesgos en los negocios futuros, sustituyendo este instrumento —que podríamos llamar el contrato-plan— por contratos que reglamentan intercambios a corto plazo o bien por instrumentos que reglamentan las relaciones a largo plazo a base de términos y condiciones que están sujetos a ajustes mientras dure la relación (pág. 716). Para una exposición de esta teoría en el ámbito norteamericano véase IAN MACNEIL, *Contracts. Adjustment of Long-Term Economic Relations Under Classical, Neoclassical, and Relational Contract Law*, 72 NW U. Law Rev. 854 (1978), citado en LINZER, *op. cit.*, páginas 69-78.

(70) Sobre este fenómeno de los contratos impuestos o que no son producto de la libertad negocial como ejemplo de las rectificaciones que hay que hacer al dogma de la autonomía de la voluntad, véase HERNANDEZ GIL, *Derecho de obligaciones* (Ceura), Madrid, 1983, pág. 237.

(71) *Op. cit.*, pág. 60.

(72) E. RESTA, *Cambios sociales y reflexión jurídica*, en NICOLÒ LIPARI, *Derecho privado* (Real Colegio de España), Bolonia, 1980, págs. 698 y sigs. Antes, pág. 696, ha dicho RESTA: “Pero las instituciones de Derecho privado, si bien con una utilización técnica diversa, presentan todas una historia común porque tienen una única referencia. la realidad de las relaciones económico-sociales cuya historia determinan los acontecimientos de las categorías jurídicas. El contrato, por lo tanto, otro pilar del orden liberal e individualista, se mueve desde idénticos presupuestos que la propiedad y que las contradicciones reales que en su interior se desarrollan y que constituyen el reflejo de las contradicciones que viven más allá de la fórmula jurídica que con el contrato se quiere

ATIYAH señala lo interesante que resulta observar cómo a los abogados no les interesa mucho el que cada vez más una mayor cantidad de relaciones dejen de reglamentarse vía los contratos. Menos les interesa aún que la economía sobre la cual operan los contratos que sí se pactan ya no sea una economía de libre mercado. Los abogados, indica —y algunos jueces, añadiría yo— seguimos hablando a base de la retórica tradicional que se basa en la teoría clásica contractual aunque ella no sea hoy día la pertinente para la inmensa mayoría de la población. Por otro lado sucede, sin embargo, que a la vez que se continúa con esa retórica, los abogados nos esmeramos en trabajar en otros mecanismos y conceptos jurídicos que son los que verdaderamente controlan la mayoría del intercambio de bienes y servicios, a saber, el Derecho administrativo.

Concluye ATIYAH que hoy día existe la convicción de que aun cuando dos partes realicen un negocio voluntariamente, los derechos y obligaciones que resulten del mismo no dependerán tanto del acuerdo concertado entre ellas, sino de lo que disponga el derecho (73).

Creemos que las observaciones que ha formulado ATIYAH dentro del contexto británico son ciertas para cualquier economía moderna, consumista, industrializada, capitalista y controlada por las grandes corporaciones multinacionales. En este sentido son también aplicables a Puerto Rico porque nuestra economía es un apéndice directo de la del país más consumista de la época actual. Por otro lado, los niveles de pobreza que aquí existen y la injerencia masiva del Estado en Puerto Rico —proporcionalmente mayor que en la metrópolis— (74) acentúan aún más la necesidad de ver la contratación desde criterios de interpretación jurídica más a tono con nuestra realidad, en vez de aplicar en forma literal o mecánica los principios o incluso las normas que se plasmaron y promulgaron hace ya un siglo para resolver otras realidades y a base de valores

sintetizar. Resulta de hecho intuitivo ver cómo el símbolo 'contrato' representa el equivalente jurídico del libre cambio, en donde su existencia está ligada a la existencia del 'mercado'". En este sentido, véase también GABEL y FEINMAN, *Contract Law as Ideology*, en KAIRYS, *The Politics of Law* (Pantheon), 1982, págs. 178 y sigs.

(73) *Ibid.*, pág. 734. A una conclusión muy similar llega C. LASARTE, *Sobre la integración del contrato: la buena fe en la contratación*, Revista de Derecho Privado, Madrid, 1980, págs. 72 y sigs.

(74) De acuerdo a la secretaría de Servicios Sociales, hon. CARMEN SONIA ZAYAS, existen en Puerto Rico cerca de ciento once mil (111,000) familias que deben subsistir con no más de \$ 500 00 al año. A base de cuatro personas por familia, ello equivale a una octava parte de la población. Cfr. *El Nuevo Día*, viernes 21 de abril de 1989, pág. 18. Para propósitos de los Estados Unidos y de sus programas de beneficencia, cualquier familia que caiga bajo un ingreso anual de \$ 8,000.00 está bajo el nivel de pobreza. Bajo tales parámetros cae el 65 por 100 de la población puertorriqueña.

ya superados. Continuar insistiendo en el predominio de la autonomía de la voluntad no es estar a la altura de nuestros tiempos (75).

C) LA APORTACIÓN DE "UTILITY": UNA NUEVA PERSPECTIVA PARA EL CONCEPTO DE LA REMUNERACIÓN POR HONORARIOS CONTINGENTES

Desde esta óptica, la decisión adoptada en *Utility* es justa, porque impide que se le dé eficacia a la letra de un pacto que violenta nociones valorativas básicas de nuestros tiempos respecto a la correspondencia que debe existir entre la energía invertida en el trabajo realizado y su remuneración cuando quien tiene que pagar es el depositario de fondos públicos (76). Quien exige una compensación tan exorbitante a sabiendas que el esfuerzo invertido, no sólo es mínimo, sino que no requiere destrezas periciales, no funciona leal y honestamente frente a las expectativas de la otra parte. Sobre todo, si la otra parte administra fondos públicos, lo pactado estará todavía más sujeto aún al criterio ordenador del artículo 1.210, no tanto porque el Estado sea o no poderoso ni porque la contratación en cuestión sea o no de adhesión, sino porque su gestión patrimonial está revestida de interés público. En este sentido cobra especial importancia la postura expresada por el Juez asociado HERNÁNDEZ ANTÓN en su voto particular en *Morales v. Municipio*, 87 JTS 107, en el sentido de que:

"... en materia de contratos administrativos las normas administrativas revisten una excepcional importancia, de la misma forma que el Derecho civil rodea de parecidas exigencias los contratos que celebren personas en representación de otras (menores, incapacitados, etc.)" (77)

(75) Véase lo que se expresa más adelante al analizar la normatividad del principio de la buena fe

(76) Respecto a los contratos con el Gobierno, TURPIN, citado por ATIYAH, *The Rise and Fall of Freedom of Contract* (Clarendon), Oxford 1979, pág. 171, revela lo siguiente "For example, in Government contracts, *ex gratia* payments are typically made in fixed price contracts, 'where unforeseen circumstances have substantially raised costs and caused the contractor to suffer a loss' [C. TURPIN, *Government Contracts* (harmondsworth, 1972), pág. 57]. And conversely, contractors who make 'excessive profits' in dealings with the Government may well discover, that these are not regarded as the reward for abnormal skill and enterprise, but as the result of miscalculation by the Government which they will be compelled to hand over."

(77) Véase también lo que ya había expresado en mi *Esquema para el análisis de problemas de Derecho civil patrimonial*, 55 Rev. Jur. UPR (1986), págs. 30-32, sobre la contratación con el Estado. En parte, dije allí —refiriéndome a las reiteradas manifestaciones del Tribunal en el sentido de que cuando un Gobierno contrata con una persona particular el contrato hay que interpretarlo como si se tratara de un contrato entre dos particulares— que "a nuestro juicio tal conceptualización doctrinal es inco-

El Tribunal, a mi juicio, no hace aquí otra cosa que desarrollar la concepción sobre el contrato que ya reflejaban sus expresiones en *López de Victoria v. Rodríguez*, 113 DPR 265, 270 (1982), en el sentido de que

“... la violación de aquellas normas de conducta colectiva que han de ser observadas por toda conciencia honrada y leal, connaturales a la contratación, justificaría la intervención moderadora del tribunal ”

Así como lo dicho anteriormente en *Jack's Beach Resort*, 112 DPR 334, 350 (1982) (78) de que, aunque con cautela y en circunstancias extraordinarias, el tribunal podría intervenir para

“... frenar el predominio absoluto de la autonomía de la voluntad, bien moderando los efectos de los contratos, ya limitando su obligatoriedad según normas de buena fe... como medio de templar su excesiva onerosidad para el obligado, o la desorbitada desproporción.”

Podría argüirse que *Utility* pudo haberse resuelto haciendo alusión exclusiva a la doctrina de la equivalencia de las prestaciones, sin necesidad de referirse al principio de la buena fe. No obstante, si se analiza la serie de circunstancias en que se invoca el requisito de la equivalencia, se notará que el caso en realidad no se ubica bajo ninguna de ellas.

La figura de la equivalencia de las prestaciones se utiliza mayormente vía la aplicación de la cláusula *rebus sic stantibus*. Esta requiere un cambio drástico en las circunstancias que le sirvieron de base a la contratación original, cambio que no puede haberse previsto y que a su vez produce un desequilibrio en el valor de las prestaciones pactadas. Se utiliza también para proteger a terceros cuando media un contrato simulado. En estos casos la falta de equivalencia en las prestaciones verdaderamente realizadas se toma como prueba de que el contrato celebrado fue gratuito y no oneroso, como parecía desprenderse del texto escrito. Así por ejemplo, si en un contrato titulado “compraventa” se intercambia un inmueble por un dólar, la obvia falta de equivalencia de las prestaciones en este contrato, arquetipo de los pactos onerosos, será indicativa de que el negocio realmente celebrado fue una donación (79).

recta como principio absoluto. Puede ser que en determinados casos la justicia requiera que la solución de una controversia patrimonial en la que esté involucrado el Estado como parte contratante se estructure en forma similar a las soluciones que ofrece el Código Civil. En otros, las peculiares funciones del Estado moderno como *depositario de un patrimonio público*, administrado por unas personas que dispendian riqueza aunque no les pertenece..., la justicia podría requerir soluciones distintas a las pautadas en el Código.” (Énfasis nuestro.)

(78) Un caso donde se dilucidaba una cláusula penal, modificada por el Tribunal al amparo del artículo 1.108 (31 LPRA, sec. 3 133).

(79) Véase sobre la calificación de un negocio como oneroso o gratuito: *La Costa Sampedro v. La Costa Bolívar*, 112 DPR 9 (1982).

El criterio de la equivalencia de las prestaciones se utiliza también en los contratos donde ha mediado lesión; pero en estas instancias, al igual que en la simulación, es un tercero el que impugna la validez del contrato. Otra utilización se da en la modificación de las prestaciones de tracto sucesivo en relaciones llamadas institucionales, como el usufructo viudal o las pensiones alimenticias. En estos casos la pensión fijada puede haberse tornado irrisoria con el transcurso de los años. Finalmente se utiliza para evitar el predominio del nominalismo cuando ocurren conmociones sociales, como las guerras, que importan alteraciones drásticas en la moneda (80).

El Tribunal justifica también la revisión del contrato implicando que están presentes las condiciones que la doctrina requiere para la aplicación de la cláusula *rebus sic stantibus*. Se apoya en CASTÁN (81), pero escoge, de las diversas posiciones reseñadas por éste, la posición del tratadista francés RIPERT, inexplicablemente descartando la de ROCA y PUIG BRUTAU, recogida no sólo por el propio CASTÁN, sino acogida expresamente por el Tribunal en *Casera Foods v. ELA*, 108 DPR 850 (1979). Ahí se incluyen dos requisitos que no están presentes en *Utility*, a saber: “5) Que el contrato sea de tracto sucesivo... 6) que la alteración de las circunstancias sea posterior a la celebración del contrato...”

Por ello nos parece que el principio de la buena fe es el concepto jurídico que verdaderamente explica la solución adoptada por el Tribunal. La aportación de *Utility* estriba en que la mala fe del que reclama una contraprestación desorbitada, que no guarda proporción con la que sirve de causa, no depende de que se den las circunstancias que tradicionalmente se han exigido y que hemos reseñado arriba. El quebrantamiento del deber de lealtad reside, no tanto en reclamar algo que con el transcurso del tiempo (o porque han sobrevenido circunstancias imprevistas) resulta ahora oneroso, sino en reclamar una prestación pactada que resulta desorbitada a la luz del esfuerzo o trabajo invertido. La equivalencia de las prestaciones —independiente del cambio radical en la base del negocio— surge así como una exigencia ética que encuentra camino hacia el derecho positivo vía el principio de la buena fe.

La contratación con profesionales y los honorarios contingentes

En este sentido el caso de *Utility* cobra mayor importancia por su repercusión en la contratación con los profesionales a base del pago de

(80) Véase LUIS I. ARECHEDERRA, *La equivalencia de las prestaciones en el Derecho contractual* (Montecorvo), Madrid, 1978.

(81) *Derecho civil español*, t. 3, 10 ed. (Reus), Madrid, 1967, pág. 486.

honorarios contingentes. La buena fe, es decir, el trato leal frente al cliente, requiere del profesional que se abstenga de cobrar honorarios periciales o un porcentaje alto del beneficio que se obtenga si el resultado a que aspira tal cliente no requiere el despliegue de destrezas especializadas. Todo indica que el Tribunal en *Utility* parte de la premisa de que la gestión realizada por los consultores no requería pericia alguna (82). Precisamente el hecho de que haya que acudir a un perito presupone el empleo de destrezas especiales y particulares. La otra parte contratante parte de la premisa que así es y de que el riesgo que corre el profesional es real porque implica invertir trabajo y dinero sin garantía alguna de que a la postre se consiga algo. Nos parece que sería injusto cobrar honorarios contingentes elevados, si no ha habido gestión o esfuerzo que lo amerite. Ciertamente el grado de conocimiento pericial, incluida la experiencia, deben ser factores a tomarse en consideración. No se trata ni siquiera del tiempo real que se le dedique a un asunto particular ya que la inteligencia, el grado de preparación, la frecuencia con que el profesional ha bregado con problemas similares, pueden llevar a determinado profesional a resolver un asunto en una fracción mínima del tiempo que le tomaría a otro que se inicia en una práctica similar.

No cabe duda de que frecuentemente la justificación del pago de honorarios contingentes reside exclusivamente en el logro del resultado que se vislumbra. Pero ello no implica que al cliente le sea indiferente que el resultado lo puede obtener él mismo. Sin embargo, si tal resultado es lo único que interesa el contratante lego, debe quedar claro entre las partes que los honorarios habrán de pagarse independientemente del esfuerzo o de la peripecia que se requiera para la obtención del resultado. El deber de lealtad exige del profesional la revelación, de ser ese el caso, de que el resultado a que aspira el cliente no requiere el despliegue de destrezas especializadas. Lo que no puede presumirse es que quien acude a un profesional y pacta honorarios contingentes siempre lo hace pensando que la obtención del resultado es lo único que justificará el pago de honorarios y que para nada cuenta si en realidad hacía falta la asistencia de un perito. A nuestro juicio, el profesional que pacta y cobra honorarios contingentes a sabiendas de que el propio cliente (o cualquier lego) puede obtener el

(82) La opinión disidente parte de otra premisa al expresar: "La labor realizada definitivamente no puede haber sido tan 'simple y esporádica' como se alega. La prueba de ello es que este Tribunal en la Sentencia que emite concluye que se 'cumple nuestra guardada intervención al revocar la Sentencia, *sin estimar la reconvención en que (sic) el municipio solicita restitución de los \$ 232,138.62 ya pagados*' (énfasis suplido) (S. pág. 91). La contradicción es aparente (*sic*); el propio Tribunal reconoce que lo que califica de 'simple y esporádica', en realidad no lo es." (Énfasis en el original.)

resultado, actúa en forma desleal frente a su contratante y, por ende, viola la buena fe. El cobro de tales honorarios representa una violación a la equivalencia de las prestaciones en la medida en que los mismos constituyan una remuneración desorbitada.

Por otro lado, es importante recalcar que el pacto de honorarios contingentes encuentra su justificación no únicamente en el beneficio que el perito le procurará al cliente, sino en el factor adicional de que la gestión implica un *riesgo* para el profesional. Este riesgo, a su vez, presupone la inversión de energía y trabajo, bien al momento preciso de realizar la gestión, bien porque en el pasado se invirtió tiempo y energías en el desarrollo de destrezas, las que ahora se aplican y que muy bien podrían resultar infructuosas. Ausente la más mínima posibilidad de riesgo —digamos porque se sabe de antemano que se logrará el resultado y ello se le oculta al cliente, o porque no hay necesidad de invertir energías, pues la solución no requiere despliegue de destrezas— resulta a nuestro juicio desleal con la otra parte contratante reclamar la totalidad de lo pactado en calidad de honorarios contingentes.

El hecho de que el Tribunal haya resaltado el carácter de interés público que permea el ejercicio de la abogacía (83) no debe tomarse como indicativo de que sólo a este tipo de contrato le es aplicable la norma contenida en el artículo 1.210. En ausencia de acuerdo o inteligencia alguna entre los contratantes —el cual no debe presumirse— demostrativo de que al contratante lego no le importa si se invierten energías o no o si las que se invierten son o no periciales, de forma que es evidente que lo único que importa es el resultado que se obtenga, la obligación de abstenerse de exigir prestaciones desproporcionadas o correspondientes a honorarios periciales debe ser un requisito derivado de la buena fe contractual.

(83) Véase *Nassar Rizek v. Hernández*, 89 JTS 47: “La relación entre Abogado y clientes responde, en gran medida, a las inexorables exigencias éticas, muy particulares de esta profesión. *López de Victoria v. Rodríguez*, 113 DPR 265, 268 (1982). El contrato se encuentra inmerso en normas deontológicas. Estas impregnan la relación contractual en abono de un interés público superior que puede trascender el interés exclusivo de las partes

“*Estos valores éticos, atados irremisiblemente a la relación profesional del Abogado y, por ende, a la configuración del contrato, operan como elementos limitantes a la voluntad de los contratantes. En este sentido, queda cualificado el principio de libertad y autonomía de las partes consagrado en el artículo 1 207 del Código Civil respecto de que éstas puedan realizar cualquier convenio, siempre y cuando sea conforme a la Ley, la moral y el orden público* (31 LPRA, sec. 3 372).” (Énfasis nuestro.)

VI. LA FUNCION DE LOS TRIBUNALES EN EL DESARROLLO DEL DECRETO

El caso de *Utility* constituye, pues, una excelente prueba de la función tan importante que desempeñan los principios generales: su capacidad para facilitar el desarrollo y ajuste del Derecho positivo a las nuevas realidades sociales y a los consecuentes adelantos valorativos. Los cambios sociales, sobre todo en nuestra época, anteceden por mucho a la legislación. La pereza del legislador no implica que los desarrollos valorativos carezcan de eficacia. Las nuevas convicciones se imponen y rigen la conducta social, con independencia de que el legislador decida plasmarlas en textos específicos. En el ínterin, la existencia de esas convicciones permite que las mismas sirvan de pauta para determinar la validez de las actuaciones y del ejercicio de prerrogativas legales.

Un excelente ejemplo de la utilización del principio de la buena fe para desarrollar la norma codificada a la luz de las exigencias valorativas de nuestros tiempos es el caso de *Jordán v. Padró*, resuelto en 1975 (84). El caso trata del conflicto que se da entre dos adquirentes de una misma cosa y, por ende, no sería representativo de la buena fe que protege la exigencia de lealtad entre dos partes contratantes —objeto al cual hemos limitado este trabajo—, sino más bien de aquella buena fe orientada a proteger a los titulares y al sistema de transferencia de títulos. No obstante, la utilización propia de los derechos reales representa un ejercicio acertado de la función desarrolladora del Derecho que le compete a los Tribunales, por lo cual amerita que reseñemos dicha sentencia en este lugar.

Se trataba en este caso de negocios celebrados entre consumidores de vivienda y una compañía dedicada a la construcción y venta de casas en urbanizaciones. Con los demandantes Jordán-Rojas, la urbanizadora Larco había suscrito en 1965 un convenio en el que se estipulaba que “EL COMPRADOR se compromete y obliga a comprar de LA VENDEDORA, y ésta a su vez se obliga y compromete a vender...” un solar y casa, que se describían, y por un precio cierto estipulado en el contrato. Seis años más tarde, en 1971, la urbanizadora pretendía que los compradores suscribieran un nuevo convenio en el cual se variaba en forma sustancial el precio previamente pactado. Los demandantes le notificaron entonces a la urbanizadora su intención de adquirir la cosa de acuerdo al precio original; la urbanizadora hizo caso omiso de ese requerimiento y procedió a suscribir un convenio similar con otros compradores, los Padró-González, sobre la misma propiedad que previamente le había sido ofre-

(84) 103 DPR 813 (1975).

cida a los Jordán. Estos radicaron entonces una acción contra la urbanizadora y contra los compradores, solicitando que se anulasen los pactos suscritos entre los demandados. No empecé el pleito entablado, la urbanizadora y los esposos Padró-González llevaron a cabo la consumación del convenio mediante el otorgamiento de la escritura de compraventa, la cual fue debidamente inscrita en el Registro de la Propiedad.

El Tribunal ubica la controversia bajo el manto del artículo 1.362 del Código (31 LPRA, sec. 3.822), cuyas disposiciones aparecen como parte de la reglamentación del contrato de compraventa y cuyo texto dispone:

Si una misma cosa se hubiese *vendido* a diferentes compradores, la propiedad se transferirá a la persona que primero haya tomado posesión de ella con buena fe, si fuere mueble.

Si *fuere inmueble*, la propiedad pertenecerá al adquirente que antes la haya inscrito.

Cuando no haya inscripción pertenecerá la propiedad a quien de buena fe sea primero en la posesión; y faltando ésta, a quien presente título de fecha más antigua, siempre que haya buena fe. (Énfasis nuestro.)

El Tribunal resuelve que los compradores Padró-González no podían ampararse en la disposición del segundo párrafo del artículo 1.362 porque para ello era necesario que el inscribiente tuviera buena fe, lo cual significaba “el desconocimiento de la venta previa”.

Lo innovador de la sentencia consiste en la definición que se le da al término buena fe. Conviene recordar que este concepto está claramente definido en los artículos 363 y 1.850 (85). De éstos no se desprende que la buena fe requiera el desconocimiento de compromisos estrictamente obligaciones que pudiera tener el vendedor. Los casos que el Tribunal cita como que sostienen esta interpretación no resuelven este punto porque las controversias no giraban en torno a este aspecto de la buena fe, sino al conocimiento que pudieran tener los adquirentes respecto a que quien les transfería era el dueño y a que podía transferirles el dominio (86).

Lo que el Tribunal establece en *Jordán* va mucho más allá que el concepto tradicional de la buena fe, pues se dictamina ahora *que la misma no existe cuando el segundo adquirente, aunque sepa que quien le vendió era el dueño, conoce de compromisos obligacionales de éste cuyo objeto es la eventual entrega de la cosa*. Este pronunciamiento del Tribunal amplía la buena fe, de forma que impide la adquisición por parte de quien

(85) 31 LPRA, secs. 1.424 y 5.271, respectivamente. Refiérase a las notas 6 y 7, *supra*, para su texto.

(86) Cfr. *Ramos v. Orcasitas*, 14 DPR 68 (1908); *Quintana Reyes v. Municipio*, 51 DPR 106 (1937); *Pacheco v. Plazuela Sugar Co.*, 56 DPR 496 (1940).

conoce la existencia de compromisos exclusivamente obligacionales que su vendedor pudiera tener respecto a la cosa vendida. Se amplía así el significado de la última frase del artículo 1.850 referente a la creencia de que el dueño “podía transmitir su dominio”, de forma tal que el compromiso obligacional de entregar constituye un impedimento para la enajenación. Reiteramos aquí lo que sobre este mismo caso, en otro contexto, ya hemos expresado (87):

“A nuestro juicio, la ampliación del concepto de la buena fe para que incluya el desconocimiento del perfeccionamiento de una venta por el vendedor, aunque la misma no se haya consumado, responde a un sano principio de justicia. Lo contrario debilitaría de tal forma uno de los principios generales del derecho, a saber, que las obligaciones hay que cumplirlas de buena fe, permitiéndole al vendedor que escoja su promesa. En este sentido estamos totalmente de acuerdo con el Tribunal cuando en *Jordán* expresa que permitir esto ‘se prestaría a distintas manipulaciones para obtener el fruto de la mala fe la cosecha del capital especulado’ (pág. 822). No vemos razón ética que justifique premiar con la obtención de un derecho real a quien interfiere a sabiendas con el cumplimiento de un contrato. Tal actuación ha sido reconocida en nuestra jurisdicción como base para una reclamación extracontractual (*Gen. Office Products v. A.M. Capen's Son., Inc.*, 115 DPR 553 [1984]). Si el segundo adquirente conoce de la venta, los principios de sana convivencia y de honestidad deben exigir de él su retiro del negocio a fin de permitir que la cosa sea adquirida por quien primero negoció y a quien primero se la prometieron.”

La ampliación del ámbito de la buena fe surge de un imperativo valorativo producto de la transformación que se ha experimentado en las ventas de inmuebles para vivienda. La reglamentación de la doble venta de una finca, según el artículo 1.362 y desde la particular óptica del legislador que lo promulgó o lo confirmó (88) no podía pretender abarcar el fenómeno moderno del urbanismo. De un momento en que el negocio de venta de inmuebles representaba la transferencia esporádica e individualizada de alguno que otro inmueble, pasamos a la época actual donde los inmuebles son también parte de los objetos del mercado en masa. El adquirente inmobiliario se convierte en consumidor de un bien indispensable y como comprador de una vivienda es merecedor de una protección especial a tono con nuestras convicciones comunitarias. Ese ingrediente valorativo que surge a la par con las transformaciones socioeconómicas

(87) GODREAU, *Conceptos básicos de Derecho civil patrimonial*, II: “El requisito de la tradición para la transferencia del dominio”, Escuela de Derecho U.P.R., mimeografiado, Río Piedras, 1987, págs. 18-19.

(88) Recuérdese que nuestro Código fue revisado en 1930

exige una ampliación de las figuras jurídicas por parte de los Tribunales para poder poner el Derecho al día. El comprador de hoy no es el de ayer; y el vendedor de hoy que se dedica a la venta de inmuebles con fines de lucro tampoco es el sujeto de derecho que tuvo el legislador decimonónico como modelo en la configuración del articulado sobre la compraventa.

No tiene, pues, que constituir una amenaza a la seguridad jurídica el que judicialmente se sancione determinada conducta no tipificada por el legislador como congruente o no con las convicciones sociales imperantes (89). Recuérdese que siempre estará presente la prerrogativa legislativa, que puede anular o modificar las interpretaciones que la judicatura haga de las normas o de los principios jurídicos.

A) LA FUERZA NORMATIVA DEL PRINCIPIO

De lo dicho se desprende que mi postura respecto a la fuerza normativa del principio de la buena fe —o de cualquier principio general del Derecho— difiere de la de los positivistas. Estos niegan la fuerza normativa de los principios generales mientras no estén encarnados en una norma. Soy partidario de aquella vertiente filosófica según la cual los principios generales del Derecho no requieren una formulación expresa para su eficacia. En la medida en que estos principios encarnan los valores fundamentales que le sirven de base a la organización de la comunidad, su fuerza vinculante reside precisamente en esa función. Ello implica que al buscar su contenido concreto no habrá que circunscribirse a las normas ya promulgadas o a los precedentes. La fuerza vinculante de los valores fundamentales en una sociedad dada constituyen su base y, por ende, preceden a cualquier formulación jurídica. La expresión del artículo 1.210, junto a los pronunciamientos jurisprudenciales en *Velilla*, sólo recalcan, reiteran o *declaran* un principio previamente constituido.

(89) Incluso para las jurisdicciones de tradición civilista en lo que atañe a la limitada función judicial, a nuestro juicio, no se trata de que la judicatura contravenga las prioridades o concepciones valorativas del legislador, sino de que subsane la lentitud estructural que caracteriza todo el proceso legislativo, acudiendo a la misma fuente a la que a la larga recurrirá el legislador si es que éste decide actuar. De lo contrario, la administración de la justicia caería frecuentemente en la promulgación de la injusticia, resolviendo controversias a base de normas o de interpretaciones de éstas que no responden a los adelantos valorativos. El Juzgador no puede darle la espalda a dichos cambios, que en la inmensa mayoría de los casos son el producto de enconadas y hasta sangrientas luchas sociales

B) CRÍTICA A LAS VERTIENTES POSITIVISTAS

Según DE LOS MOZOS (90), “sólo podremos determinar el *contenido* y la forma de la buena o mala fe acudiendo previamente a la diversidad de aplicaciones que en el campo del Derecho ha encontrado la *fides*” (91).

Esta posición debe rechazarse por no ser propiciatoria de la función judicial de desarrollar el Derecho en tanto representa una camisa de fuerza para los Tribunales. ¿Cómo van a atemperar los Tribunales el ejercicio de los derechos a la luz de los cambios valorativos que se dan en toda la comunidad si para descubrir el contenido concreto de un principio tienen que recurrir a lo ya decidido y tipificado? Con razón se ha criticado esta postura de DE LOS MOZOS como cargada de un marcado legalismo literalista (92).

Por ello resulta un imperativo legal referir el contrato *al contexto social*, no únicamente para ajustarlo a las transformaciones económicas, sino para insertarlo dentro del cúmulo de convicciones valorativas de nuestros tiempos (93).

En la medida en que haya que referirse a un marco que trascienda la esfera de los dos contratantes para determinar qué constituye una conducta de buena fe entre ellos, estamos planteando que todo contrato tiene un contenido social; que el contrato es un fenómeno social, que su validez sólo es posible gracias a las concepciones que la sociedad —la nuestra— tenga sobre cómo debe realizarse el intercambio de bienes y servicios (94).

(90) *El principio de la buena fe* (Bosch), Barcelona, 1965, pág. 22.

(91) Considérese lo expresado en su Conferencia dictada ante el Instituto Interdisciplinario de Estudios Jurídicos de la UIA el 1 de septiembre de 1988, en la que hace referencia a la teoría de FEDERICO DE CASTRO y de WIEACKER: “La normatividad de los principios generales existe en el propio ordenamiento, ya que éstos no son principios derivados ni de un derecho natural ni de los prejuicios del Juez (jurisprudencia de intereses), sino que son immanentes a todo el ordenamiento. Surgen de las propias normas promulgadas porque están en la base de éstas y porque a su vez pueden derivarse de ellas vistas en conjunto.”

(92) FERREIRA RUBIO, *op. cit.*, pág. 79.

(93) Cfr. BETTI, *Cours de Droit civil comparé des obligations* (1957-1958), Milano, 1958, pág. 79, citado en DE LOS MOZOS, *Principio*, pág. 32: BETTI plantea que la idea de la buena fe hay que encontrarla “obedeciendo a las exigencias *morales de la conciencia social*”. Por ello “la Ley exige de ambos contratantes un respeto mutuo de la buena fe, sea al momento de la formación del vínculo obligatorio, sea durante el desarrollo de la relación y en la ejecución de la obligación”. De ahí que para la comprensión de la buena fe sea “preciso abarcar con un golpe de vista las múltiples exigencias de una comunidad social y los deberes que ellas comportan para los particulares que en ella coexisten”.

(94) La existencia de un principio de la buena fe implica para algún autor del *common law*, B. J. REITER, *Good Faith in Contracts*, 17 Valp. Law Rev. 705 (1983), que se introduce el elemento de moralidad en la teoría del contrato. De ellos se deriva:

a) Que el contrato es un fenómeno social y que es la sociedad quien le confiere

La fuerza vinculante del contrato no puede, pues, ubicarse en la llamada autonomía de la voluntad, ni siquiera en la llamada autonomía privada, sino en la fuerza vinculante que el ordenamiento le quiera otorgar a lo acordado (95).

De ahí que el contenido concreto de la buena fe no pueda encontrarse exclusivamente en las normas del Derecho positivo. Lo único inmutable es que la buena fe es parte del quehacer contractual. Pero qué constituye una actuación *bonafides* en concreto, o cuándo diremos que se ha violado la buena fe, en cada relación contractual —en España, Puerto Rico o en los Estados Unidos, en el siglo pasado o en el presente— es algo que sólo en algunas instancias encontraremos ya descrito y, quizás, prescrito por una norma específica, pero en otras no podrá hallarse preceptuado. Ello es así porque lo que en otra época puede haber sido indiferente para la conciencia comunitaria, puede muy bien haber cobrado importancia en el presente.

fuerza vinculante al contrato. Si el contrato es vinculante o no, depende en gran medida de las convicciones morales que tenga la sociedad sobre su vinculación

b) De su dependencia de la sociedad surge la legitimidad de intervenir en la interpretación del contrato y la fijación de límites a su validez.

c) La doctrina de la buena fe no hace sino servir de recipiente o de criterio validante en el cual se encarnan esas convicciones sociales en torno a aspectos fundamentales como la reciprocidad de las prestaciones, las facultades de una parte para dar por terminada una relación, la relación de poder que debe prevalecer, la solidaridad, la planificación social, la forma de lograr el consentimiento, la armonización de los fines particulares con el bienestar social.

d) La doctrina de la buena fe ("is the concrete expression of our view that the nexus of contract is greater than the cash nexus and is not solely directed at it").

REITER plantea, además (pág. 717), que la existencia del principio implica que no puede haber una diferencia tan tajante entre los campos del Derecho privado y del público. Es vía el principio de la buena fe de que los Tribunales y la legislatura pueden intervenir para reglamentar los negocios entre los particulares a la luz de las convicciones éticas comunitarias. Dice (pág. 718) "Good faith serves to reinforce the challenge by introducing the problem of values other than economic efficiency, by insistence upon the existence of a richness of values in contracting and contract law".

Véase una concepción diametralmente opuesta en SNYDERMAN, *What's So Good About Good Faith?*, 55 Univ of Chicago Law Review, 1335 y sigs. (1988).

(95) Cfr. HERNÁNDEZ GIL, *Derecho de obligaciones* (Ceura), Madrid 1983, pág. 238 "No se trata, ciertamente, de que el contrato deje de estar dotado de fuerza obligatoria. Pero sí de lo siguiente: la explicación de la fuerza obligatoria del contrato no puede radicar exclusiva e internamente en la voluntad, ya que no es éste el factor único del contrato y, muchas veces, ni siquiera el predominante. La fuerza obligatoria del contrato descansa, en último término, en el poder heterónomo del ordenamiento jurídico, que para alcanzar los fines generales de la justicia, la seguridad y el orden requiere una conducta consecuente con las exigencias de la norma al amparo de la cual se contrata. No es tanto que el contrato, por serlo, tiene una fuerza equivalente a la de la Ley (explicación autonómica) cuanto que la Ley despliega también su fuerza respecto del contrato (explicación heteronómica) "

VII. LA BUENA FE Y EL CONTRATO DE ADHESION

Si a la transformación de la función económica del contrato le añadimos la concomitante transformación ideológica y valorativa respecto a la protección que se merece el consumidor; si le añadimos, asimismo, la convicción de que hay valores que son superiores al de la obtención de la ganancia en los negocios, será fácil establecer la inmensa utilidad y justicia de recurrir al principio general de la buena fe como mecanismo jurídico que atempera el desbalance negocial a que se puede prestar el típico instrumento que se utiliza en nuestros días para lograr el intercambio de bienes y servicios: el contrato de adhesión (96).

Sabemos que este mecanismo de intercambio patrimonial, aunque se le denomina aún “contrato”, se caracteriza porque una de las partes, generalmente un empresario, dicta unilateralmente todos los términos del negocio, teniendo el consumidor que adherirse a ellos o prescindir del bien o servicio que el contratante-dictador controla. Esta forma de reglamentar la transferencia de bienes y servicios es la que mejor se ajusta a la realidad de una economía de producción y de consumo en masa. Por ello, como bien se ha señalado (97), la solución del problema del desequilibrio negocial que presenta este tipo de contratación no puede enfocarse únicamente desde la perspectiva del conflicto que se produce cuando un poderoso contrata con un débil. En todo caso, e independientemente de que en determinadas instancias la contratación de hecho ocurra entre un poderoso y una persona de escasos recursos económicos —piénsese en los contratos de préstamo suscritos entre las llamadas “financieras” de nuestro país y los trabajadores de ingresos bajos—, el fenómeno del contrato de adhesión no presenta problemas únicamente por la disparidad en riqueza entre los contratantes. El problema surge porque el mecanismo de dictar unilateralmente los términos se usa en forma general e, incluso, en forma concertada por los que controlan bienes y servicios. Así, por ejemplo, el acceso al crédito por parte de los consumidores está diseñado prácticamente en términos idénticos, no importa a cuál institución financiera se acuda.

Por ello es preciso ubicar el contrato de adhesión dentro del contexto más amplio de la propia *organización* de las fuerzas económicas. Ello,

(96) Sobre la aplicabilidad del principio de la buena fe a los contratos de adhesión. F. JORDANO FRAGA, *La responsabilidad contractual* (Civitas), Madrid, 1987, págs. 397 y sigs. En general, y desde una perspectiva comparativa. VERA BOLGAR, *The Contract of Adhesion. A Comparison of Theory and Practice*, 20 American Journal of Comparative Law (1972), págs. 53 y sigs.

(97) NICOLÒ LIPARI, *Derecho privado* (Real Colegio de España), Bolonia, 1980, págs. 343 y sigs.

necesariamente, nos conduce a un problema valorativo respecto a la legitimidad de concederle a un particular, que controla bienes y servicios necesarios e indispensables para la convivencia social, la prerrogativa de dictar los términos y condiciones para su transferencia.

El aspecto ético de la buena fe, en su función de armonizar los valores de la convivencia, cobra así mayor importancia ante el fenómeno moderno de los contratos de adhesión. No hay legislación adecuada. Las normas del Código parten de supuestos totalmente distintos a los existentes hoy en materia de transferencia de bienes y servicios. Por ello la utilización de los preceptos codificados —que parten del supuesto de que la contratación se da entre sujetos más o menos iguales y los cuales llegan a los acuerdos luego de un proceso de negociación— para resolver los conflictos de hoy, donde son los manufactureros o los grandes centros comerciales o los proveedores del financiamiento quienes dictan la totalidad de los términos contractuales, acarrea una mayor consolidación de los poderosos y facilita el abuso al que ese tipo de contratación se presta.

Por otro lado, la jurisprudencia sobre el contrato de adhesión es escasa y no resuelve los problemas.

En *CRUV v. Peña Ubiles*, 95 DPR 311, 315 (1967), se circunscriben los efectos de este tipo de contratación a una regla de interpretación que restablezca “el ánimo consensual a través de una interpretación del texto menos favorable a la parte que estuvo en posición de imponer la mayor cantidad de condiciones onerosas que demuestre el contrato” (98). Pero en *Olazabal v. U.S. Fidelity, Etc.*, 103 DPR 448, 462 (1975), donde el contrato era de adhesión, se expresa el Tribunal:

“Los Tribunales de justicia no pueden relevar a una parte de cumplir con lo que se obligó a hacer mediante contrato cuando dicho contrato es legal y válido y no contiene vicio alguno.”

El Código nada menciona de este tipo de contrato y sólo contiene un artículo que podría ser pertinente: el 1.240 (99). Este no es de mucha utilidad dado el hecho de que quien tiene el control de los bienes que han de distribuirse no necesita utilizar términos ambiguos.

(98) La anulación de la cláusula contractual en este caso que obligaba al inquilino de vivienda pública a desalojar con sólo quince días de notificación se hizo, no sobre la doctrina de la adhesión, sino a base de consideraciones de política pública amparadas en la legislación sobre la vivienda.

(99) 31 LPRA, sec. 3.478: “La interpretación de las cláusulas oscuras de un contrato no deberá favorecer a la parte que hubiese ocasionado la oscuridad.”

A) LA BUENA FE Y LA PUBLICIDAD

La doctrina de la buena fe podría utilizarse para atemperar el grado evidente de desbalance negocial que se da en varias facetas de los contratos de adhesión. Así, por ejemplo, con respecto al *perfeccionamiento* de estos contratos, la doctrina sobre la forjación del consentimiento y los defectos que pueden viciarlo podría ampliarse. El requisito de comportarse de buena fe en la forjación del contrato es un principio aceptado en nuestra jurisdicción. *Tommy Muñiz v. COPAN* impone el deber de comportarse de buena fe en la negociación. En el caso del contrato de adhesión, sin embargo, no tiene sentido hablar de negociación, pues la característica de este tipo de contratación es precisamente la eliminación de esa fase. El propósito de la negociación clásica, a saber, que los términos contractuales queden plasmados de acuerdo a las necesidades y expectativas individuales de los contratantes, queda erradicado y se sustituye por otro mecanismo que lleva el mismo propósito de lograr el consentimiento: la publicidad. ¿Por qué no trasladar el requisito de buena fe en la negociación clásica a la fase correspondiente de la contratación en masa, o sea, a la publicidad de la oferta?

No se trata únicamente de vigorizar las sanciones que hoy, vía el Departamento de Asuntos del Consumidor, se le imponen a quienes incurren en anuncios engañosos (100). De lo que se trata es de instaurar como defensa la anulación del contrato que se logra mediante una oferta o publicidad que no responde a las exigencias de la buena fe, porque no es leal y honesta, aunque no podamos ubicarla dentro de los parámetros tradicionales del dolo.

Aún más: la exigencia de la buena fe debería ameritar un despliegue de conducta mucho más diligente de parte del poderoso, conducta que debería rebasar incluso el deber de haber cumplido con el requisito de la buena fe en la fase de la publicidad. Me refiero a la deseabilidad de imponer el deber de todo contratante-dictador de: 1) no sólo divulgar todos los términos y condiciones de la contratación, sino de 2) cerciorarse de que el consumidor con quien contrata entienda tales términos y condiciones. Especialmente con respecto a este último requisito, vale recordar que los mecanismos que utilizan los manufactureros y distribuidores llegan al extremo de crear en los consumidores la creencia —particularmente en los de poca escolaridad— de que muchos de los productos y servicios que se ofrecen son indispensables para el disfrute de la vida moderna. En esta

(100) Véase artículo 14 de la Ley 148, de 27 de junio de 1968, 23 LPRA, secs. 1.014 a 1.016; *Garaje Rubén, Inc. v. Tribunal*, 101 DPR 236 (1973).

gestión desleal se valen de todas las artimañas de la psicología mercantil utilizando los medios masivos de comunicación (101), logrando así que muchas personas se lancen al perfeccionamiento de contratos que representan verdaderas cargas económicas y cuyos beneficios distan mucho de lo prometido.

B) LA BUENA FE Y EL CONTENIDO DE LO PACTADO

Respecto al contenido concreto de las prestaciones, la aplicación del principio de la buena fe podría declarar sospechosas y objeto de especial escrutinio toda cláusula que represente un desvío de la exigencia de la equivalencia de las prestaciones y que perjudique los intereses del consumidor. Con más razón debe aplicarse el razonamiento de *Utility* a aquellas situaciones donde la parte perjudicada es un consumidor.

El Tribunal no debería aceptar aquellas cláusulas que reconocen en el contratante-dictador la facultad de variar unilateral y discrecionalmente los términos originalmente pactados; tampoco deben permitirse las cláusulas que someten la continuación del contrato a la evaluación unilateral del contratante-dictador. Deben someterse a escrutinio estricto todas las renunciaciones a las garantías estatuidas por Ley, y muy particularmente deben declararse ineficaces las renunciaciones no justificadas o no inteligentes del derecho a reclamar por actuaciones negligentes del contratante-dictador.

La ausencia de legislación en nuestro país en materia de contratos de adhesión —o como se le conoce en el mundo civilista, “las cláusulas generales de contratación”— (102) no debe frenar la utilización por nuestros Tribunales del principio general de la buena fe en el restablecimiento del equilibrio negocial.

(101) Cfr. VANCE PACKARD, *The Hidden Persuaders* (Pocket Books), New York, 1976.

(102) En varios países se ha legislado sobre este asunto: Italia, en su Código Civil, dedica dos artículos (1.341-1.342) a las condiciones generales de la contratación; Israel, con su Ley de Contratos estándar de 1964, Suecia, desde 1971, con su Ley que prohíbe las cláusulas contractuales propias o excesivas; Alemania, con su Ley para reglamentar las condiciones generales de contratación de 1976, así como México (1975), Finlandia (1978) y Austria (1979), donde se han aprobado piezas legislativas dirigidas a la protección de los consumidores y que contienen disposiciones sobre las cláusulas generales de contratación.

En *España* se aprobó en 1984 la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios (BOE 24 julio 1984, pág. 1906), que en su capítulo III, “Protección de los intereses económicos y sociales” (art. 10), sujeta las cláusulas generales a varios requisitos, entre los cuales está el de la “buena fe y justo equilibrio de las prestaciones”, inciso c), junto a una lista de doce asuntos violatorios de dicho requisito. Cfr. también JORDANO FRAGA, *op. cit.*, págs. 400 y 406.

C) LA FUNCIÓN ESPECIAL DE LOS ABOGADOS Y TRIBUNALES

Es inevitable el papel protagónico (103) que tenemos los juristas en la formulación del contenido concreto del principio jurídico de la buena fe. Aunque la fuente de tal contenido resida en esferas metajurídicas, seremos los Abogados quienes tendremos la responsabilidad de proponer —como litigantes— y de concretizar —como jueces— el contenido concreto para cada situación. Es posible que el legislador decida tipificar determinada actuación como de buena o de mala fe, pero con ellos no se nos libera a Abogados y Jueces de la continua tarea de desarrollar el concepto, pues el legislador no puede agotar la infinidad de posibilidades y de manifestaciones que pueden surgir en la realidad referentes al actuar en forma leal y honesta. Siempre existirá el peligro de que los juristas no propongamos formulaciones a tono con las convicciones y valores comunitarios correctos, pero tal riesgo es inevitable porque será en los Tribunales donde con mayor frecuencia tendrá que concretizarse el contenido del principio de la buena fe.

Para los juristas la responsabilidad estriba en estar al tanto de cuáles son los valores comunitarios que corresponden a las normas de convivencia que exigen nuestros tiempos. Si el Abogado no está a la altura de su tiempo; si, por ejemplo, abriga aún concepciones retrógradas sobre las relaciones entre los seres humanos, pensando, digamos, que los integrantes de determinada clase social son superiores o que si se pacta con una mujer el contrato puede interpretarse de forma distinta que si el contratante es varón; si abriga valores tales como que la maximización de la ganancia y la acumulación del capital van por encima de cualquier otro valor, entonces su formulación de lo que constituye el actuar de buena fe constituirá un retroceso en nuestro desarrollo jurídico y, por ende, social. Por ello no puede divorciarse el quehacer jurídico del quehacer ético.

VIII. CONCLUSION Y SINTESIS

El principio de la buena fe no tiene un significado unívoco. Su contenido concreto depende de los intereses y valores que el ordenamiento quiere proteger dentro de cada campo particular de la variada y conflictiva convivencia social. Así, en el campo del control y disfrute de las cosas, el de los derechos reales, el principio o requisito de la buena fe responde

(103) En este sentido, véase WACKER, *op. cit.*, y Prólogo de Díez-Picazo, nota 3, pág. 18.

fundamentamente a la protección de los intereses del titular. No se trata en este campo, a nuestro juicio, de la defensa de un valor como el de la lealtad que debe observar una persona determinada frente a otra, cual es el principal objetivo de la buena fe en tanto postulado de las relaciones contractuales y de cualquier relación que se funde en la confianza mutua.

Los valores de *lealtad* y de *fidelidad* son los que mejor corresponden a las relaciones jurídicas que se erigen sobre supuestos de *confianza mutua*. De ahí que el principio de la buena fe requiera en este tipo de relación que cada parte se comporte, no sólo en forma correcta y honesta, sino más aún, en forma *leal y cooperadora* a fin de que cada cual coadyuve a que el otro logre las expectativas patrimoniales razonables y conocidas. Ello puede requerir, en determinadas circunstancias, el apartarse del texto concreto del pacto si una interpretación literal del mismo frustraría las expectativas conocidas de la otra parte.

El gran peso valorativo que informa el principio de la buena fe contractual es lo que le otorga su fuerza vinculante, independientemente de que existan o no normas legisladas concretas. Es ese trasfondo ético lo que a su vez permite su utilización por todo jurista cuyo objetivo sea atemperar y humanizar las relaciones patrimoniales contemporáneas, caracterizadas en infinidad de casos por la imposición unilateral de los términos contractuales a las grandes masas de consumidores. Es un imperativo ético laborar porque el principio de la buena fe se convierta cada vez más en una de las medidas cardinales a utilizarse en la determinación de la validez de los contratos de adhesión por ser éste el mecanismo típico de nuestros días en la adquisición de bienes y servicios de amplios sectores de la población.

La contratación de adhesión que se utiliza para afianzar la ventaja que ya ostenta el capital monopolista a costa del consumidor va en contra de nuestras convicciones de lo que constituye el trato leal y honesto; va en contra de nuestras creencias de cómo deben relacionarse los habitantes de esta jurisdicción; en fin, va en contra de nuestra concepción de la dignidad del ser humano. Todo ello es el contenido de la buena fe, que, con razón, nuestro Tribunal Supremo ha dicho es parte de todo el ordenamiento. Es cuestión de vivir a la altura de nuestros tiempos, exigiendo que esos requerimientos valorativos se utilicen en la solución de controversias patrimoniales aun cuando no haya legislación aprobada.

MICHEL J. GODREAU

Catedrático de la Facultad de Derecho de la Universidad de Puerto Rico

Ll. B. Univ. de Puerto Rico, 1965

Doctor *iuris* Ludwig-Maximilians-Universitaet Munchen, 1969

La propiedad horizontal en Derecho puertorriqueño (*)

CAPÍTULO I

1. CONSIDERACIONES GENERALES

Con la denominación de *propiedad horizontal* se hace referencia a “aquella figura jurídica que surge cuando los diferentes pisos o apartamentos (**) de una casa o finca pertenecen a diversos propietarios, constituyendo una forma especial de propiedad por razón de su objeto” (1).

Tal denominación responde realmente a la modalidad que hoy va siendo en todas partes más frecuente: el dominio sobre plantas de edificación superpuestas unas a otras. Pero no debe considerarse esta forma como exclusiva. Por ello, no faltan autores que prefieran la denominación, más precisa por ser más abarcadora, de propiedad de casas divididas en pisos, siendo éstos concebidos en su significado más propio: construcción independiente dotada de comunicación directa o indirecta con la vía pública (2).

(*) Se incluyen unos capítulos correspondientes al *Tratado teórico, práctico y crítico de Derecho privado puertorriqueño*, que en 26 tomos terminará de publicarse en 1992, con motivo del V Centenario. Las presentes páginas corresponden al que será el tomo VIII.

(**) Aunque el término *apartamento* tiene en Derecho el significado técnico de desheredación simple y en buen castellano es el vocablo *departamento* el aplicable, no es menos cierto que en Puerto Rico, así como en otras partes de Latinoamérica, se ha extendido el uso de la voz *apartamento*. Por ello aquí se emplea, una vez salvada la inexactitud previamente, para mejor comprensión del lector.

(1) A CRISTÓBAL MONTES, “La llamada propiedad horizontal”, *RGLJ*, 1968 (separata), y en *Estudios de Derecho civil*, Publicaciones de la Universidad Central, Caracas, Venezuela, 1970, págs. 39 y sigs.

(2) *Ibidem*, pág. 18, nota; ESPÍN CÁNOVAS, *Manual*, II, pág. 242; FERNÁNDEZ MARTÍN-GRANIZO, *La Ley de Propiedad Horizontal en el Derecho español*, Madrid, 1973, 2.^a ed., págs. 141 y sigs.

Como modalidad de cotitularidad y en función de su íntima concatenación con el problema de la vivienda, la propiedad horizontal ha alcanzado hoy una trascendental importancia. Tal relevancia puede ponerse de relieve, en el caso que nos ocupa, pensando que el incremento cuantitativo de los inmuebles que se construyen con previsión de su sometimiento al régimen de propiedad horizontal es asombroso. En Puerto Rico, por ejemplo, los años 1971-1974 aprecian un aumento del 400 por 100 sobre el total de construcción existente en 1971 de inmuebles sometidos a propiedad horizontal. Se explica así la atención prestada a esta institución.

2. ANTECEDENTES HISTORICOS

Las originales formas de propiedad de casas por pisos parecen remontarse a viejos tiempos. Cita CRISTÓBAL MONTES, siguiendo a CUQ y REVILLOUT (3), precedentes anteriores en un milenio a la era cristiana en Caldea y Egipto, pudiendo haber sido una forma muy extendida en los pueblos de Oriente (Siria, Asia Menor) (4).

Con relación a Roma, se ha discutido ampliamente por los autores si pudo tener allí realidad esta forma de propiedad. La razón negativa que se exhibe se hace descansar en el rígido criterio de accesión característico de la propiedad romana, conforme con el cual *superficie solo cedit; omne quod inaedificatum vel implantatum solo cedit*. Pero como cita GONZÁLEZ Y MARTÍNEZ (5), suele hacerse referencia a un texto de Dionisio (6) que relata cómo, por consecuencia de la *Lex Icilia de Aventino* —que autorizó a los plebeyos a habitar dicho monte por razones de insuficiencia económica de los autorizados—, debió imponerse la construcción de casas de múltiples plantas adscritas a distintos lugares (7). Igualmente, se aduce el

(3) CRISTÓBAL MONTES, *op. cit.*, CUQ, "Etudes sur les contrats de l'époque de la premier dynastie babylonique", en *Nouvelle revue historique de Droit française et étranger*, 1910, en cita de CRISTÓBAL MONTES, *ibidem*, pág. 5, nota 1

(4) Para información al respecto, FERNÁNDEZ MARTÍN-GRANIZO, *op. cit.*, págs. 90 y sigs.

(5) "Propiedad sobre pisos", en *Estudios de Derecho civil e hipotecario*, II, págs. 302 y sigs.

(6) *Antiquitatum romanorum*, X, 32.

(7) Es el texto de DIONISIO: *Hac oratione ab illo habita solus C. Claudius contraxit: at multi in eius sententiam inveniunt. Tandem S.C. factum ut plebi locus daretur. Postea, praesentibus, et auguribus, duobusque sacrificulis, votisque precibusque de more factis, centuriatis comitiis, quae consules habuerant, lex est perlata quae existat in aerea columna incisa, quam in Aventinum tulerent, et in Dianae templo reposuerunt. Hac lege perlata plebei convenerunt, folique aeras inter se sorte diviserunt et ibi aedificare coeperunt, locum quantum quisque poterat occupantes. Nonnulli etiam duo simul, et*

desarrollo de la ciudad de Roma, en que fueron frecuentes las casas de múltiples pisos, como hecho que impone el reconocimiento de la propiedad por pisos en Derecho Romano o, al menos, la difusión de un fenómeno muy similar mediante el reconocimiento de la superficie como Derecho real (8). Es cierto que tal conclusión no es aceptada con tranquilidad y generalidad por los autores. Unos, basándose en textos de ULPiano (9) y POMONIO (10), entre otros, afirman el desconocimiento que tuvo Roma de la propiedad de casas por pisos; otros autores, más flexibles, aceptan la realidad de la propiedad de casas por pisos, si bien sin que su presencia significase el reconocimiento y correspondiente regulación por el ordenamiento jurídico romano (11).

Las legislaciones de orientación germánica no debieron tener problema alguno para aceptar la existencia de esa modalidad de dominio por función de la concepción existente entre los germanos acerca de la propiedad, lo que permitió el desarrollo de la misma durante el medievo (12).

Generalizada esta forma de propiedad, es aceptada francamente por el *Code* (art. 664), de donde la tomaría el Código Civil español, si bien existían precedentes españoles del fenómeno (13). Pero la originalidad del Código hispano, separándose del proyecto de 1851 y del mismo *Code*, fue incluir el correspondiente artículo 396 dentro de la comunidad de bienes, lo que autorizó a la jurisprudencia española a modelar la figura, no como un caso de indivisión forzosa (como suele hacer la doctrina gala), sino como un supuesto de copropiedad.

tres, pluresve unas aedes collatis impendiis extruxerunt. alliis infimas aerum partes, aliis superiores sibi capientibus. Ita igitur totus ille annus in aedificiis extruendis consumptus est.

(8) Al respecto, CRISTÓBAL MONTES, *op. cit.* y *loc. cit.*, págs. 9-19; GONZÁLEZ Y MARTÍNEZ, *loc. cit.*, págs. 304-306; FERNÁNDEZ MARTÍN-GRANIZO, *op. cit.*, págs. 94 y sigs.

(9) *D.*, 8, 4 *comm. pred.*, 6, 17; *D.*, 42, 17 *uti poss.*, 3 y 7, 19; etc

(10) *D.*, 8, 2, 25 *de serv. praed. urb.*, 21; *D.*, 41, 1 *Pomp. ad sab.*, 28, 20.

(11) Ver FERNÁNDEZ MARTÍN-GRANIZO, *op. cit.*, págs. 94-108, y las referencias allí incluidas.

(12) SOLMI, *Studi storici sulla proprietà fondiaria nel medioevo*, Roma 1937; UNIV DE CAMBRIDGE, *Historia económica de Europa*, III, *passim*, y la bibliografía allí citada.

(13) ALVAREZ COSCOS, "El condominio de casas divididas por pisos en Santander", en *RDP*, 1928, en cita de MORET, *Estatutos*, AAMN, XII, pág. 72. Ya antes, en el artículo 631 del proyecto de Código Civil de 1836, "cuando los altos o pisos de una casa pertenecen a diversos dueños..."

3. DERECHO PUERTORRIQUEÑO

A) CÓDIGO CIVIL

El contenido del artículo 396 del Código Civil español fue mantenido en el de Puerto Rico bajo el artículo 330, modificado por la Ley 421, de 13 de mayo de 1951, para actualizar la reglamentación del precepto, que quedó redactado en los siguientes términos:

“Si los diferentes pisos de un edificio o las partes de piso susceptibles de aprovechamiento independiente, por tener salida propia a la vía pública, pertenecieren a distintos propietarios, cada uno de éstos tendrá un derecho singular y exclusivo de propiedad sobre su piso o parte de él y, además, un derecho conjunto de copropiedad sobre los otros elementos del edificio necesarios para su adecuado uso y disfrute, tales como el suelo, sótanos, muros, fosos, patios, pozos, escaleras, ascensores, pasos, corredores, cubiertas, canalizaciones, desagües, servidumbres, etc.

Las partes en copropiedad no son, en ningún caso, susceptibles de división y, salvo pacto, se presumen iguales.

Los gastos de reparación y conservación de los elementos comunes del edificio serán satisfechos, también salvo pacto, a prorrata por todos los interesados, según el valor de su parte privativa, y esta misma norma regirá para la adopción, por mayoría, de los acuerdos.

El derecho de copropiedad sobre los elementos comunes del edificio sólo es enajenable, gravable o embargable por terceros, conjuntamente con la parte determinada privativa de la que es anejo inseparable.

Si el propietario de un piso o parte de él, susceptible de aprovechamiento independiente, tratare de venderlo, deberá comunicarlo, con expresión del precio, a los demás propietarios en el edificio, los cuales tendrán, respecto de extraños, preferencia para su adquisición si dentro de los diez días siguientes al de la notificación formal del aviso comunicasen al vendedor su voluntad de adquirir.

En caso de concurrencia con ofertas distintas, la venta se efectuará con el que haya ofrecido mayor precio, y si aquéllos fuesen iguales, será preferido el propietario del piso o parte de piso horizontalmente inmediato al objeto de la venta, quien podrá hacer efectivo su derecho o por acción ordinaria o ejercitando el derecho de retracto conforme a lo dispuesto en los artículos 1.411 y 1.414 (14). En identidad de condiciones, será potestativo del vendedor realizar la venta con cualquiera de los oferentes.

(14) Artículo 1.411 del Código Civil: “El retracto legal es 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.”

Ningún propietario podrá variar esencialmente el destino o la estructura de su piso sin previo acuerdo de la mayoría de los otros interesados.”

De conformidad con el precepto, inspirado en el criterio de la libre disposición sobre el dominio singular de cada piso y de indivisión forzosa de las partes comunes, cabe distinguir el siguiente régimen jurídico:

a) *Con relación a cada piso*, se reconoce el principio del dominio normal, atribuyéndose las facultades al propietario, que, sin embargo, queda sometido a las siguientes limitaciones:

1.^a “Ningún propietario podrá variar esencialmente el destino o estructura de su piso sin previo acuerdo de la mayoría de los otros interesados” (art. 330, párrafo último, CC).

2.^a Se reconoce a los copropietarios el derecho de tanteo —y, correspondientemente, el de retracto— como limitación a la libre disponibilidad del titular del piso (art. 330, párrafo 5.º, CC).

b) *Con relación a las partes comunes*, quedan sometidas al régimen de indivisión, razón por la cual “las partes en copropiedad no son, en ningún caso, susceptibles de división y, salvo pacto, se presumen iguales” (art. 330, párrafo 2.º, CC); “los gastos de reparación y conservación de los elementos comunes del edificio serán satisfechos, también salvo pacto, a prorrata por todos los interesados, según el valor de su parte privativa, y esta misma norma regirá para la adopción, por mayoría, de los acuerdos (art. 330, párrafo 3.º, CC); y finalmente, “el derecho de copropiedad (15) sobre los elementos comunes del edificio sólo es enajenable, gravable o embargable por terceros, conjuntamente con la parte privativa de la que es anejo inseparable” (art. 330, párrafo 4.º, CC).

La reforma, pues, que fue copiada del artículo 396 del Código Civil de España, solucionaba, aunque de modo insuficiente, la situación anterior, que había planteado francamente el problema de determinar cuál era la naturaleza jurídica de esa forma especial de copropiedad. En su nueva

Artículo 1 414 del Código Civil. “No podrá ejercitarse el derecho de retracto legal sino dentro de los nueve días, contados desde la inscripción en el Registro, y, en su defecto, desde que el retrayente hubiera tenido conocimiento de la venta. El retracto de comuneros excluye el de colindantes.”

(15) Rectificó el legislador puertorriqueño la expresión usada en el artículo 396 3.º del Código Civil español, que fue su modelo. El precepto español indica que “el derecho de propiedad sobre los elementos comunes de edificio sólo es” susceptible de disposición “conjuntamente con la parte determinada privativa”. Naturalmente, la expresión adecuada es la española, ya que es imposible enajenar o gravar el derecho de copropiedad “conjuntamente con la parte determinada privativa”; el derecho de copropiedad es el que, colectivamente, pertenece a todos los titulares, los copartícipes pueden enajenar sólo su dominio y su cuota en la comunidad

redacción, el artículo 330 del Código Civil adopta directamente la tesis de considerar la propiedad de casas por pisos como un supuesto de propiedad *pro diviso* (16), a la que se añade la propiedad *pro indiviso* de los elementos comunes, reorientándose así la interpretación tradicionalmente sustentada por la doctrina española y por su jurisprudencia (17), que venían influyendo de modo manifiesto en la doctrina y jurisprudencia puertorriqueñas (18).

(16) Ver GONZÁLEZ Y MARTÍNEZ, "La copropiedad *pro diviso*", en *Estudios*, II, págs. 353 y sigs., MORET (*loc. cit.*, pág. 74) llama la atención sobre el cambio que GONZÁLEZ Y MARTÍNEZ opera en sus dos artículos sobre el tema (*Estudios*, II, págs. 303 y sigs., en que habla de propiedad de pisos y habitaciones, y págs. 353 y sigs., en que alude a la copropiedad).

(17) La insuficiente reglamentación del artículo 396 del Código Civil español original había planteado "el problema de la naturaleza jurídica de dicha propiedad para hallar normas complementarias. Dos direcciones fundamentales eran posibles. que se tratase de una simple copropiedad por cuotas o bien, con mayor complejidad, admitir junto a la copropiedad *pro indiviso* de los elementos comunes (cimientos, techo, etc.) una propiedad individual de los elementos privativos (los pisos).

"La mayoría de nuestra doctrina se inclinó por la primera solución, que también fue seguida por la jurisprudencia, pero no faltaron opiniones que negaran se tratara de verdadero condominio en atención a que los elementos sobre los que recaía el principal aprovechamiento, o sea, los pisos, estaban divididos, recayendo tan sólo una comunidad forzosa sobre los restantes elementos (paredes maestras, medianerías, tejados, etc.).

Los inconvenientes prácticos a que conducía la concepción mantenida por nuestros Tribunales, configurando la propiedad horizontal como un condominio, unido al interés creciente de fomentar dicha propiedad como medio de disminuir el problema de la escasez de viviendas, ha dado actualidad a la cuestión de nuestra Patria, igual que en otros numerosos países, por lo que hubo de dictarse la Ley de 28 de octubre de 1939, que reformó el artículo 396 del Código Civil y algunos preceptos de la legislación hipotecaria para atender a dichas necesidades, surgidas sobre todo por los daños sufridos durante la guerra por la edificación urbana y para favorecer la adquisición y gravamen de pisos.

La Ley de 1939 tomó partido resueltamente por la opinión contraria al condominio, considerando que la llamada propiedad horizontal se distingue perfectamente de la copropiedad sobre un edificio. Así, dispuso el artículo 396, apartado primero, reformado, que "si los diferentes pisos de un edificio o las partes de piso susceptibles de aprovechamiento independiente, por tener salida propia a un elemento común de aquél o a la vía pública, perteneciesen a distintos propietarios, cada uno de éstos tendrá un derecho singular y exclusivo de propiedad sobre su piso o parte de él y, además, un derecho conjunto de copropiedad sobre los otros elementos del edificio necesarios para su adecuado uso y disfrute, tales como el suelo, fundaciones, sótanos, muros, fosos, patios, pozos, escaleras, ascensores, pasos, corredores, cubiertas, canalizaciones, desagües, servidumbres, etc."

Se sigue, por lo tanto, el criterio que ve en la propiedad horizontal una propiedad singular sobre cada piso, unida a una copropiedad individual sobre los elementos comunes del edificio con el predominio de aquélla sobre ésta (ESPÍN CÁNOVAS, *Manual*, cit., II, págs. 242-244). Lo dicho es válido para Puerto Rico.

(18) Por todos, VELÁZQUEZ, *Derechos reales*, I, págs. 137 y sigs., y las sentencias allí incluidas.

B) LEY 104, DE 25 DE JUNIO DE 1958 (Ley 157, de 4 de junio de 1976)

Aunque el fenómeno de la difusión de la construcción en altura es en Puerto Rico muy reciente (19), se había sentido —bien por las realidades foráneas, bien por previsión de futuro (lo que debe dudarse, pues sería la primera previsión de futuro sentida en la isla desde hace muchos lustros)— la necesidad de facilitar un adecuado régimen jurídico para la construcción de edificios multipisos, susceptibles de adscribirse a una pluralidad de titulares. En función de ello surgió la Ley aludida, generalmente conocida como *Ley de Propiedad Horizontal*, objeto de alguna enmienda (20), hasta la reforma establecida por la Ley 157, de 4 de junio de 1976, que afecta a 30 artículos de la Ley de Propiedad Horizontal y añade otros 13 a la misma.

La modificación última parece estar determinada por los inconvenientes no subsanados por el texto original. En concreto, la exposición de motivos de la Ley reformadora nos indica que la Ley modificada “carece de criterios objetivos para determinar el porcentaje de participación en los elementos comunes que corresponderá a cada apartamento, carece de normas para regir la administración del inmueble durante el período de venta de los apartamentos, carece de mecanismos que faciliten el rápido cobro de los gastos por concepto de cuotas especiales a los titulares que ocasionen gastos comunes excesivos, carece de una clara delimitación entre los poderes y facultades del Consejo de Titulares y de los administradores y postula una definición de mayoría de titulares que permite que un grupo reducido de titulares controlen la administración del inmueble. Estas limitaciones, unidas a la ausencia de un foro administrativo (?) ante el cual los titulares puedan plantear sus querellas, han desalentado la compra de apartamentos en inmuebles bajo régimen de propiedad horizontal...” Superar tales inconvenientes es, pues, el fin de la reforma.

No nos corresponde todavía emitir un juicio acerca de la reforma, el cual quedará suficientemente exteriorizado al tratar sistemáticamente el régimen jurídico de la propiedad horizontal. Cabe, sin embargo, adelantar dos puntos concretos. Es el primero, que se observa en la redacción del texto, al menos en alguna de sus partes, una mejor expresión técnico-jurídica, a la que no nos tiene acostumbrados el legislador, no empece que dicha mejora en el verbo se haga convivir con nuevos engendros jurídi-

(19) El área metropolitana de San Juan disponía en 1970 de 8.000 apartamentos. Entre 1971 y 1974 se edificaron cerca de 26.000.

(20) Ley 43, de 19 de junio de 1969, estableciendo inscripciones concisas para apartamentos uniformes, modificando el artículo 26 de la Ley de Propiedad Horizontal entonces vigente.

cos (21), y ese ritmo, asfixiante y cansado, derivado de un artículo larguísimo e inexpressivo con frecuencia, a la par que con “innovaciones” tan originales que desfasan el ámbito propio del Derecho civil para montar un hibridismo civil-administrativo completamente incompatible. Es el segundo, que quizá por perseguir el legislador con la Ley (con las leyes) la pretensión de resolver problemas concretos, en lugar de problemas generales, se introduce un casuismo como presupuesto normativo que deviene en confuso e innecesario, a la par que quedan fuera verdaderos problemas característicos de la propiedad horizontal; y, obviamente, se orquesta una intervención administrativa que, aparte de atentar contra lo que tradicionalmente calificamos de Derecho civil, desnaturaliza enteramente el instituto de la propiedad horizontal, sin que, por esa intervención, se logre el fin aparentemente perseguido: garantizar al consumidor un tranquilo disfrute. Pero si se tiene en mente al servicio de qué sector social está el Estado, puede comprenderse bien la razón de la intromisión del Estado en esferas que le son ajenas... tanto en la Unión Soviética como en la Alemania nacionalsocialista, pero no, al parecer, en Puerto Rico (22).

La razón de ser, en concreto, de la Ley reformadora del texto original la ignoramos. En parte, se expresa en su exposición de motivos. Pero es dable pensar que alguno de esos motivos haya tenido preferencia en la mente del legislador sobre los restantes otros. Creemos que ha podido privar más, por ejemplo, intentar fomentar la venta de edificios, seriamente afectada por la inflación-recesión en que aún estamos inmersos (y en la que seguiremos bastante tiempo) que la tutela de intereses del consumidor. Sí sabemos que la Ley de Reforma parece ser sumamente espontánea, ya que alguna persona preocupada por el tema y único autor sobre la materia en Puerto Rico (siquiera escribiendo en inglés y para Estados Unidos) parece dar a esta reforma un valor meramente interino, pendiente de que se afronte en los Estados Unidos una Ley de Propiedad Horizontal que habría de seguir las pautas de la Ley española vigente, al parecer la mejor existente en la actualidad en buena parte del mundo (?).

C) EL ARTÍCULO 330 DEL CÓDIGO CIVIL Y LA LEY DE PROPIEDAD HORIZONTAL

Al igual que se plantea en Derecho español, también en Derecho puertorriqueño es menester resolver, inicialmente, las relaciones existentes entre el Código Civil y la Ley especial de Propiedad Horizontal.

(21) Por ejemplo, el artículo 2, párrafo segundo, según queda redactado por la Ley de Reforma de 1976.

(22) Ver *infra*.

El artículo 330 del Código Civil, como norma de carácter sumamente general e introductoria de la propiedad de casas por pisos, parece ceder su posición a la Ley de Propiedad Horizontal. Refiriéndose a esta problemática en Derecho español, FERNÁNDEZ MARTÍN-GRANIZO estima que el Código Civil, en este punto, queda limitado a establecer una norma de remisión desde el momento en que el artículo 396 del Código Civil español, similar al artículo 330 del Código Civil de Puerto Rico, determina que “esta forma de propiedad se rige por las disposiciones legales especiales y, en lo que las mismas permitan, por la voluntad de los interesados”. No es ésta, sin embargo, la solución aportada por la legislación vigente en Puerto Rico. De un lado, el artículo 330 del Código Civil no establece remisión alguna a la legislación especial, y por su parte, el artículo 47 de la Ley de Propiedad Horizontal, no afectado por la reforma de 1976, señala que “las disposiciones del artículo 330 del Código Civil y del artículo 8 de la Ley Hipotecaria (23) serán aplicables únicamente a aquellos edificios cuyos pisos estén, a la fecha de vigencia de esta Ley (24), constituidos a virtud de los referidos preceptos legales. Los edificios mencionados en el párrafo anterior podrán, no obstante, ser sometidos al régimen establecido en esta Ley previo cumplimiento con los requisitos del artículo 1 de esta Ley” (25).

Por ello, cabe distinguir perfectamente entre dos regímenes distintos: el de la propiedad de casas por pisos, aplicable a los edificios existentes a

(23) Artículo 8 de la Ley Hipotecaria. “Cada una de las fincas que se inscriban por primera vez en los Registros se señalará con número diferente y correlativo.

“Las inscripciones correspondientes a cada finca se señalarán con otra numeración correlativa y especial

Sin embargo, aparte de la inscripción anterior se podrá inscribir, como fincas independientes, los diferentes pisos o parte de pisos susceptibles de aprovechamiento exclusivo de un edificio ya construido o cuya construcción esté comenzada o meramente proyectada cuando pertenezcan o hayan de pertenecer separadamente en dominio pleno o menos pleno a personas distintas, pero haciéndose siempre constar en dichas inscripciones el condominio que como anejo inseparable corresponde a cada titular de aquellos sobre los elementos comunes del edificio señalados en el artículo 330 del Código Civil. La enajenación, gravamen o embargo de dicho condominio sólo podrá tener lugar conjuntamente con el dominio del piso o parte independiente de él a que se refiere la inscripción.” (Texto redactado conforme la Ley 422, de 21 de mayo de 1951; hoy, al parecer, art. 82, párrafo 3.º 1)

(24) Aprobada en 25 de junio de 1958, entró a regir a los noventa días de su aprobación

(25) Artículo 1 de la Ley de Propiedad Horizontal (art. 2 de la Ley 104, de 25 de junio de 1958): “Las disposiciones de esta Ley son aplicables sólo al edificio o casa de apartamentos cuyo titular único o titulares todos de la propiedad del mismo si hubiere más de uno, declaren expresamente su voluntad de someterlo al régimen establecido en esta Ley, haciéndolo así constar por escritura pública e inscribiendo ésta en el Registro de la Propiedad”.

la entrada en vigor de la Ley de Propiedad Horizontal y que no se acogen a su normativa, que se regulan directamente por el artículo 330 del Código Civil, y los edificios acogidos al régimen especial de la Ley de Propiedad Horizontal que se rigen por esta norma.

Ciertamente, la generalidad de los términos en que queda redactado el artículo 330 del Código Civil y su complementario artículo 82 de la Ley Hipotecaria, pueden autorizar la afirmación de que su destino es dormir. Sin embargo, como la causa de esta afirmación radica en que, por la generalidad de la regulación contenida en los artículos 330 del Código Civil y 82 de la Ley Hipotecaria, quien desee evitar conflictos, dudas y finalmente pleitos se acogerá al régimen de la Ley de Propiedad Horizontal; y si tomamos en consideración el sistema de construcción existente, es dable perfectamente que en un mercado oligopolítico como el de la construcción, en que la demanda es sensiblemente superior a la oferta, se puede tener interés en imponer al consumidor un régimen característico de la comunidad de bienes al modo del Código Civil. Si tal ocurriese, el artículo 330 del Código Civil y artículo 82 de la Ley Hipotecaria podrían tener el destino de la bella durmiente: despertar al beso del príncipe.

4. CONCEPTO DE LA PROPIEDAD HORIZONTAL

No son muchas, ni son buenas una gran mayoría de las existentes, las definiciones de la propiedad horizontal. Adentrado FERNÁNDEZ MARTÍN-GRANIZO en el esfuerzo definidor, destaca cómo solamente cabe admitir tres definiciones sobre el instituto, en cuanto tales consideradas (26), pudiendo concluir con su propio concepto al calificar la propiedad horizontal como “una propiedad especial que, constituida exclusivamente sobre edificios divididos por pisos o locales susceptibles de aprovechamiento independiente, atribuye al titular de cada uno de ellos, además de un derecho singular y exclusivo sobre los mismos, un derecho de copropiedad conjunto e inseparable sobre los restantes elementos, pertenencias y servicios comunes del inmueble” (27).

(26) PALAND la define como “la participación en la copropiedad de una casa ligada a la propiedad especial sobre un piso”; WERTERMANN la considera como “la composición de copropiedad sobre un inmueble, con un derecho especial sobre una vivienda que está en el edificio construido sobre la finca”; y BRAND-SCHNITZLER la conceptúan como “el gravamen de una finca, que consiste en que el titular del derecho está legitimado para habitar o para utilizar en otra forma una determinada vivienda, en un edificio construido o a construir en la finca gravada por este derecho, con exclusión del propietario ” (En FERNÁNDEZ MARTÍN-GRANIZO, *op. cit.*, págs. 124-125).

(27) FERNÁNDEZ MARTÍN-GRANIZO, *op. cit.*, págs. 142.

El concepto así elaborado parece ser admisible en Derecho puertorriqueño si tomamos en consideración tanto la redacción de la Ley de Propiedad Horizontal original como el texto resultante de la Reforma de 1976.

Ciertamente, el carácter exclusivo sobre el apartamento o piso y la copropiedad sobre los restantes elementos comunes se deduce clara y tajantemente del artículo 8, conforme con el cual “el titular tendrá un derecho *exclusivo* a su apartamento y a una *participación* con los demás titulares en los elementos comunes del inmueble...” (28). La singularidad está sancionada en el artículo 4, al indicar éste que “una vez se haya constituido el inmueble en régimen de propiedad horizontal los apartamentos expresados... podrán *individualmente* transmitirse y gravarse..., con independencia total del resto del inmueble...” (29). Sin embargo, en punto al objeto preciso, cabe plantear la duda de si la propiedad horizontal se da solamente respecto de edificios.

En efecto, si observamos la redacción del texto original de la Ley y el texto acabado por la Reforma de 1976, podemos observar algunas diferencias, cuyo alcance debe ser concretado.

Frente a la antigua redacción del artículo 2 de la Ley, a cuyo tenor “las disposiciones de esta Ley son aplicables sólo al edificio o casa de apartamentos...”, el actual artículo 2 señala que “las disposiciones de esta Ley son aplicables sólo al conjunto de apartamentos y elementos comunes...”

Frente a la antigua redacción del artículo 3 de la Ley, que decía: “A los efectos de esta Ley se entenderá por apartamento la construcción que ocupe todo o parte de un piso, en un edificio de uno o varios pisos o plantas...”, el artículo 3 actual indica que “a los efectos de esta Ley se entenderá por apartamento cualquier unidad de construcción suficientemente delimitada, consistente en uno o más espacios cúbicos, cerrados, parcialmente cerrados o abiertos, y sus anejos, si algunos, aunque éstos no sean contiguos...”

Frente a la antigua redacción del artículo 4 de la Ley, según la cual “una vez se haya constituido el edificio en régimen de propiedad horizontal...”, encontramos el actual artículo 4, que señala: “Una vez se haya constituido el inmueble en régimen de propiedad horizontal”.

Frente a la antigua redacción del artículo 5 aludiendo a la transmisión o gravamen de un apartamento proyectado y no comenzado a fabricarse (?), para entender gravada la participación correspondiente “en los elementos comunes del edificio”, el actual artículo 5 entiende gravada la participación “en los elementos comunes del inmueble”.

(28) Énfasis añadido.

(29) *Ibidem*.

Similares referencias al “edificio” de artículos (9, 11-12, 22, 24, 25, 26, 31, 32, 34, 36, 37, 39, 43, 44, 45) han sido sustituidas por los términos “inmueble” o “lo construido”.

¿Por qué la sustitución de términos? Reformar una Ley para cambiar un término, fundamentalmente (30) no parece labor muy sensata si no hay alguna intención oculta (30 bis). Es verdad que al legislador se le ha escapado “la reforma” desde el momento en que el artículo 18, que conserva su redacción original, sí alude al *edificio*, imponiendo así una interpretación bajo la cual “lo construido” o el “inmueble” se convierten nuevamente en “edificio”. Pero no se alcanza a comprender cuál pueda ser esa intención oculta que inicialmente puede asustar si tomamos en cuenta que uno de los fines de la reforma es frenar el desaliento en la compra de apartamentos; lo que nos llevaría a pensar que la sustitución del “edificio” por el “inmueble” pretende vender como sea, aunque puedan multiplicarse los problemas al adquirente, cuya protección —que tanto preocupa al legislador— no aparece por sitio alguno en la Ley. Y porque, consciente de los intereses que sirve el Estado, no me extrañaría que las “urbanizaciones”, que son *inmueble* y *lo construido*, se estableciesen bajo régimen de propiedad horizontal, que todo es posible con el legislador local, quien confunde la realidad con su capricho y no se priva de violentar, cuando no de violar, las instituciones jurídicas bajo cualquiera excusas de bien oír, pero de mal resultar.

Es verdad que la modificación del artículo 3 es clara. Pretende dar sanción legislativa al error jurisprudencial mantenido y sustentado a porfía y contra Ley en la Sentencia recaída en *Castle Enterprises, Inc. vs. Registrador*, de 19 de marzo de 1963, conforme a la cual la agrupación urbana no exige la colindancia. Se comprende así la afirmación del artículo 3 acerca de los “... anejos, si algunos, aunque éstos no sean contiguos”. Pero si ésta es la intención, no se comprende la subsistencia, en el artículo 31 de la Ley de Propiedad Horizontal, de la exigencia de colindancia para la agrupación (31). No es menos cierto que estos lapsus del legislador, como

(30) Los artículos reformados lo han sido solamente para sustituir el vocablo *edificio*. El resto de la reforma ha añadido disposiciones originales, a las que luego se alude.

(30 bis) Escribe VÉLEZ TORRES, *Lecciones*, cit., pág. 205: “Otra razón que explique el cambio de términos podría hallarse en la pretensión legislativa de usar el especial régimen jurídico para aplicarlo a las urbanizaciones, como se hace en España —en ausencia de legislación privativa—” Pero, con CHICO ORTIZ, creemos que no es la mejor solución.

(31) Artículo 31, texto de 1976; “No obstante lo dispuesto en el artículo anterior, las agregaciones de nuevos pisos o adquisiciones de nuevas porciones de terrenos colindantes...”

son tan frecuentes, solamente permiten afirmar que ignora la Ley que reforma, lo que hará que la jurisprudencia ponga el acento en el artículo 3 y se olvide del artículo 31 (que ya desconoció en la Sentencia antes indicada).

Por ello, y aun admitiendo que se aceptase el absurdo de agrupar fincas no colindantes, queda siempre en el aire el porqué de una reforma que intenta suprimir el edificio, situando en su lugar el *inmueble* o lo *construido*.

¿Hasta qué punto, pues, resulta admisible en Derecho puertorriqueño el concepto universal de la propiedad horizontal? Naturalmente, la propiedad horizontal presupone un *edificio*. Por exigencias lógicas de interpretación ya se ha apuntado que ese presupuesto subsiste por la vía del artículo 18 que al mismo alude. Es legítimo, sin embargo, preguntarse si la jurisprudencia, siempre atenta a “los intereses de compradores y vendedores” (y sobre todo a los de estos últimos) lo entenderá así o admitirá una propiedad horizontal sobre propiedad vertical (limitada por *planos horizontales*, frente a los *verticales* del CC).

La pregunta encuentra también fundamento en el original párrafo segundo del artículo 2 de la Ley de Propiedad Horizontal, el cual, en la Reforma de 1976, queda redactado en unos términos sumamente curiosos: “El régimen de la propiedad horizontal podrá establecerse sobre bienes inmuebles que radiquen en terrenos poseídos a título de arrendamiento o de usufructo siempre que mediante escritura pública al efecto el arrendador o nudo propietario preste su consentimiento expreso para ello y renuncie a toda acción o reclamación que pueda éste iniciar contra los titulares en caso de incumplimiento de las obligaciones del arrendatario o usufructuario original.”

¿Cuál puede ser el alcance de admitir una *propiedad* en un arrendamiento o en un usufructo? ¿Pretende el legislador introducir, después de su abandono en el Derecho inglés, la propiedad legal y la propiedad “en equidad”? Flaco servicio hace a su Ordenamiento jurídico. Porque no se trata, como ha expresado la crítica a este párrafo, de qué propietario va a renunciar a su derecho, sino que se encierra aquí un problema más serio, que demuestra nuevamente la ignorancia que tiene el legislador del Derecho que reforma. En efecto, que un propietario pudiera renunciar sería cuestión de las ventajas económicas o de otra índole que pudiera obtener. Lo que aquí se encierra es una pretensión legislativa de modificar el derecho de propiedad tal como se regula en el Código Civil para ofrecérselo, con unas características ignoradas en todas partes y en cualquier momento histórico. Una propiedad sin la característica de ser reintegradora de las facultades inherentes al dominio no es propiedad. Una propiedad, aunque

sea horizontal, que puede descansar en un arrendamiento o en un usufructo, o no es propiedad horizontal o no presupone un arrendatario ni un usufructuario.

Puede pensarse que este párrafo está pensado para las viviendas construidas por el Estado a bajo costo que alquila o cede en usufructo a personas "no privilegiadas" o "subprivilegiadas" (como se denomina ahora al que carece de los más mínimos medios económicos) y que por el confucionismo que impera en la legislación de tierras y normativa complementaria (incluidos los sabrosos Reglamentos del Departamento de la Vivienda) no pueden cederse por título de venta. Hipótesis bajo la cual lo que aquí se ocultaría es la *transferencia que hace el Estado de los gastos de mantenimiento* a los arrendatarios y usufructuarios de parcelas rústicas y urbanas, con o sin vivienda. Pero si éste fuese el fin, hay fórmulas mucho más simples y sensatas para alcanzarlo que crear monstruos jurídicos. Piénsese en esto, pues el Ordenamiento jurídico puertorriqueño se está aproximando a pasos agigantados a ser un laboratorio *jurídico-frankensteiniano*.

¿Qué concepto dar entonces de la propiedad horizontal? Si agregamos que es un propiedad especial, pues especial es la Ley que la regula, ¿es viable el concepto elaborado por FERNÁNDEZ MARTÍN-GRANIZO? ¿Puede estimarse que se trata de una propiedad constituida solamente respecto de edificios? En su caso, y al amparo siempre del criterio que impone el artículo 18 de la Ley, ¿es una propiedad o es una cosa rara sobre arrendamiento y usufructo?

No puedo contestar la pregunta. Si lo intento con rigor técnico, he de dar por válido el concepto de FERNÁNDEZ MARTÍN-GRANIZO y los de los demás autores sensatos. Con lo cual el problema dejaría de serlo. Pero si intentamos elaborar un concepto conforme con lo que el texto legal puede pretender, como hemos de olvidarnos del rigor técnico jurídico, cualquier cosa sería admisible.

Por ello aceptamos una solución de compromiso: dejando la cuestión latente, veamos si por el análisis de los demás aspectos puede llegarse finalmente a una conclusión en este punto. Así, lo único que ocurre es que determinaremos un concepto *a posteriori*, lo cual, siendo el método adecuado científicamente, no es oportuno metodológicamente, docente y discentemente, doctrinalmente.

5. DIFERENCIACION DE LA PROPIEDAD HORIZONTAL CON FIGURAS AFINES

A) PROPIEDAD HORIZONTAL Y PROPIEDAD DE CASAS POR PISOS

Al amparo de los artículos 330 del Código Civil y 82 de la Ley Hipotecaria, cabe una propiedad de casas por pisos, caracterizada por una propiedad dividida sobre cada apartamento y una copropiedad sobre los elementos comunes, siendo dichos apartamentos susceptibles de disposición independiente, que implica la disposición sobre la cuota ideal de los elementos comunes. Obviamente, estamos ante similar fenómeno que la propiedad horizontal, siendo las diferencias meramente determinadas por el origen de la regimentación jurídica. Mientras que la propiedad de casas por pisos se produce en aquellos *edificios* necesariamente existentes antes de la publicación de la Ley de Propiedad Horizontal que no se hayan acogido al régimen especial instaurado por ésta, la propiedad horizontal va referida a todo *inmueble o lo construido* bajo el amparo de dicha Ley, debiendo distinguirse dos situaciones inicialmente no coincidentes: las derivadas de la entrada en vigor de la Ley en 1958 referibles exclusivamente a edificios, y las derivadas de la Reforma de 1976, en que tiene aplicación *lo construido*.

Ambas situaciones se caracterizan por ser propiedades *especiales*, diferentes por lo tanto de la copropiedad.

B) PROPIEDAD HORIZONTAL Y COPROPIEDAD

Hoy es claro que ninguna relación directa mantienen propiedad horizontal y copropiedad. Mientras que la propiedad horizontal atribuye un dominio exclusivo e independiente sobre cada apartamento, imponiendo una comunidad en los elementos comunes (es claro), la copropiedad reclama un concurso en la titularidad. Mientras que los elementos comunes en la copropiedad excluyen la indivisión (arts. 330, párrafo 2.º, CC; 4, 5 y 13 LPH), en la copropiedad la indivisión no puede imponerse sino temporalmente (art. 384 CC). Mientras que la copropiedad se extingue por el establecimiento del régimen en propiedad horizontal (art. 2 LPH), la propiedad horizontal puede dar paso a una copropiedad por renuncia al régimen especial de todos los titulares (art. 34 LPH). Mientras que la copropiedad es impensable con un solo titular, la propiedad horizontal puede darse con un solo titular (art. 2 LPH). Finalmente, mientras que es incompatible una copropiedad sobre una copropiedad, es perfectamente

posible una copropiedad en propiedad horizontal cuando un apartamento pertenece a dos o más titulares *pro indiviso* (art. 19 LPH). Y si queremos ser irónicos, mientras que resulta técnicamente imposible una copropiedad sobre arrendamiento o usufructo, el legislador parece pensar que si es factible la propiedad horizontal sobre aquella relación de crédito o aquel derecho real (art. 2, párrafo 2.º, LPH).

C) PROPIEDAD HORIZONTAL Y SUPERFICIE

Cualquiera que sea el concepto aceptado para fijar el derecho real de superficie (superficie, propiedad superficiaria, propiedad separada), la distinción es tajante, por cuanto la superficie no es dominio, sino derecho real sobre cosa ajena, aunque muy equiparado.

Es cierto que no resulta incompatible la propiedad horizontal con la superficie desde el momento en que pueden concurrir ambas situaciones, pero su concurso no las identifica, evidentemente. FERNÁNDEZ MARTÍN-GRANIZO se ha preocupado de determinar las situaciones de coincidencia al efecto de matizar, si cabe, la diferenciación entre propiedad horizontal y superficiaria, señalando:

a) *Concurso de superficie y propiedad horizontal*, que se produce “cuando el propietario del suelo constituye en favor de otro u otros el derecho a construir un edificio destinado a ser ocupado por pisos o locales. A esta situación, con imprecisa denominación, podría referirse el artículo 2, párrafo segundo de la Ley de Propiedad Horizontal, según queda redactado por la Reforma de 1976, al pretender la propiedad de casas por pisos, bajo el régimen de la Ley, con separación del solar en que se produce la construcción.

b) *Concurso de propiedad superficiaria y propiedad horizontal* que, siguiendo a la doctrina italiana, desdobra FERNÁNDEZ MARTÍN-GRANIZO en dos situaciones de hipótesis distintas: 1.ª, *propiedad superficiaria de singulares pisos*, situación que surge “cuando en un edificio los pisos o locales pertenecen a diversos propietarios y el suelo sobre el que se encuentra construido sea propiedad de alguno de aquellos o de un tercero”; 2.ª, *propiedad separada por pisos o departamentos*, “que aparece cuando la propiedad de éstos se ha formado sin la preventiva constitución de un derecho de superficie y con la expresa prohibición de reconstrucción en el supuesto de perecimiento total del edificio” (32).

(32) FERNÁNDEZ MARTÍN-GRANIZO, *op. cit.*, págs. 151-152.

Ciertamente, junto a estas modalidades pueden producirse otras varias, derivables del hecho genérico de construcción en suelo ajeno (33), pero siempre queda deslindado el derecho de superficie del objeto concreto de la propiedad horizontal.

Y ello no empece las facilidades otorgadas por el artículo 39.1 del Reglamento Hipotecario al confundir constitución indefinida y a perpetuidad.

D) PROPIEDAD HORIZONTAL Y URBANIZACIÓN

Difícilmente puede confundirse la propiedad horizontal con la propiedad inherente al fenómeno de la urbanización como forma ésta de construcción en extensión, por lotes o parcelas urbanizadas. Sin embargo, merece la pena tratar con alguna extensión el fenómeno, principalmente porque FERNÁNDEZ MARTÍN-GRANIZO, por no destacar lo suficiente sus diferencias jurídicas, casi identifica, en función de sus similitudes *económicas*, ambas situaciones. En efecto, señala el citado autor que tanto en la propiedad horizontal como en la urbanización “existe una clara *idea de horizontalidad*”. La afirmación resulta algo sorprendente, porque en la urbanización lo que existe es una *propiedad vertical* sobre el lote y, a lo sumo, una copropiedad en determinados elementos comunes. Que ambos

(33) Para el caso de edificarse, caben una variedad de hipótesis:

A) *Edificación en suelo propio*: a) con *materiales propios*: en tal caso se adquiere la propiedad de dichos materiales según avanza la construcción; b) con *materiales ajenos* y sin existir relación jurídica alguna con el propietario de los mismos, en cuyo caso se adquiere la propiedad de éstos por accesión, según el artículo 296 del Código Civil; c) con *materiales ajenos y por virtud de relación jurídica* con el dueño de éstos, hipótesis en la cual es susceptible de distinguirse una variedad de alternativas: 1) una situación de condominio de suelo y edificio; 2) un censo enfiteútico perteneciendo el dominio directo al dueño de los materiales; 3) un derecho de superficie para el dueño de los materiales.

B) *Edificación en suelo ajeno*: a) *sin existencia de relación jurídica* alguna, hipótesis comprensiva de: 1) construcción *sin conocimiento del dueño del suelo*, pero con *buena fe* de quien edifica, siendo de aplicación la accesión, conforme el artículo 297 del Código Civil; 2) *sin conocimiento del dueño*, pero con *mala fe* de quien edifica, rigiendo entonces la accesión por vía del artículo 298 del Código Civil o la destrucción forzosa de lo edificado conforme con el artículo 299 del Código Civil, 3) *con conocimiento del dueño del suelo*, en que caben diversas posibilidades a) con buena fe por parte de quien edifica, hipótesis no regulada en el Código Civil y que puede originar un derecho de superficie; b) con mala fe de quien edifica, siendo de aplicación el principio de accesión (art. 297 CC); o, asimismo, la venta de arrendamientos forzosos. b) *con existencia de relación jurídica*, supuesto que admite diversas soluciones posibles: 1) contrato de empresa, susceptible de generar un derecho de superficie transitorio según la solución que pueda surgir ante el problema de la atribución de la propiedad; 2) censo enfiteútico, 3) condominio de suelo y edificio; 4) derecho de superficie.

fenómenos puedan calificarse de propiedades especiales sería admisible. En la doctrina española contribuye, quizá, al error la circunstancia de que se ha usado la legislación de propiedad horizontal para amparar el régimen de urbanizaciones, olvidándose el viejo y tradicional régimen de las comunidades con gran arraigo en la legislación colonial española para América (34).

Que desde el punto de vista del contenido económico propiedad horizontal y urbanización sean figuras similares o idénticas, no significa su confusión en el plano jurídico. La propiedad horizontal es eso, *horizontal*; la urbanización es *propiedad vertical*, con independencia de que las facultades *usque ad coelum et ad inferos* puedan quedar limitadas, bien por convención particular al efecto, bien por disposiciones de policía administrativa. La circunstancia que con relación a los elementos comunes pueda reglamentarse su uso, aunque aproxima —pero sólo formalmente— la urbanización a la propiedad horizontal, no las identifica; porque en tal caso tendríamos que hablar de propiedad horizontal allí donde existe una gestión colectiva, un uso colectivo debidamente regulado.

En el caso de Puerto Rico, como quiera que la urbanización al modo europeo prácticamente se ha limitado, hasta donde estamos informados, a alguna situación concreta (35), lo que aquí se conoce como urbanización no es otra cosa que zona residencial en que la propiedad adquirida queda limitada al lote o solar, sin elementos comunes, pues los que debieron serlo (encintado, calles, etc.) suelen donarse al municipio, quien asume la carga de su mantenimiento. Esto es, un caso normal de propiedad vertical sujeta a los reglamentos administrativos correspondientes.

6. NATURALEZA JURIDICA DE LA PROPIEDAD HORIZONTAL

Si alguna institución jurídica ha sido objeto de completo análisis para fijar su naturaleza, llegando a una proliferación de explicaciones en torno a ésta, tal institución es la propiedad horizontal. Abundan las tesis y abunda la discrepancia. Una razón que puede explicar tal situación deriva del hecho manifiesto de ser la propiedad horizontal la negación del indi-

(34) Véase ENJUTO FERRÁN, *Cuatrocientos años de legislación comunal en la América española*. Ed. Orión, México, 1945; OTS Y CAPDEQUI, *Historia del Derecho español en América y del Derecho indiano*, Aguilar, Madrid, 1968, y las referencias incluidas en estos títulos.

(35) Al parecer, Viñas del Mar puede responder a este tipo de urbanización. En igual sentido se expresa VÉLEZ TORRES, *Lecciones*, cit., págs. 180-181.

vidualismo y, por ello, un atentado contra la propiedad napoleónica; y debemos recordar que esa propiedad es la recogida por buena parte de los Códigos Civiles, si no todos, elaborados en el siglo pasado.

La dificultad parece derivar de la coincidencia de una parte privativa con una parte que no lo es de aprovechamiento y titularidad común. Pero, asimismo, puede derivar de un conjunto de factores, referibles ya a cada legislación en particular. Si, por ejemplo, un determinado texto legal regula la hipótesis de propiedad de casas por pisos dentro de un capítulo destinado a servidumbres, no debe extrañarnos la conceptualización doctrinal de la propiedad horizontal como una modalidad de este derecho real. Si se destina una Ley especial a reglamentar la institución, decir que la propiedad horizontal es propiedad especial será la consecuencia inmediata (aunque queda en el aire en qué consiste *esencialmente* la especialidad misma).

Por ello, admitiendo que pueden concurrir múltiples factores localistas o nacionales que marquen una pauta determinada, creo que puede centrarse el análisis en aquello que parece ser común a la propiedad horizontal en casi todos los países (ese concurso de parte privativa y de parte en común), sin perjuicio de observar posteriormente las particularidades de un Ordenamiento determinado, en este caso el de Puerto Rico.

A) EN GENERAL, PROBLEMÁTICA DE SU NATURALEZA JURÍDICA

La destacada bipolaridad que juega en la propiedad horizontal explica por sí misma los dos posibles enfoques que pueden ofrecerse ante la necesidad de determinar la naturaleza jurídica de la figura: *a)* mediante el destaque del aspecto o elemento privativo, y *b)* mediante la captación como esencial del elemento comunitario.

a) Relevancia del elemento privativo

Podemos insertar aquí una variedad de teorías que se inician con la concepción de la propiedad horizontal como una servidumbre de dominio pleno, de conformidad con los patrones interpretativos existentes en los textos del *Digesto*, siempre referidos a hipótesis de servidumbres, y que se continúan con la elaboración del dominio (pleno, exclusivo, excluyente, usable y *abusable*) inherente a la codificación decimonónica. BATTLE (36),

(36) Al respecto ver BATTLE, *La propiedad de casas por pisos*, 6^a ed., págs. 37 y sigs

en enumeración que recoge FERNÁNDEZ MARTÍN-GRANIZO (37), cita a DE LUCA, PARDESUS, COPA ZUCCARI y FERRINI-PULVIRENTI como defensores de este criterio. Pero estas teorías, denominadas *antiguas* con razón, no se encuentran tan lejanas en su ángulo de visión de otras *modernas* que pretenden encajar la propiedad horizontal dentro del concepto del dominio. A esta orientación respondió la doctrina gala (PLANIOL-RIPERT, CAPITANT) estructurando la propiedad horizontal como una superposición de propiedades distintas y singulares, en concurso con una copropiedad; y en general, buena parte de la doctrina española (PUIG PEÑA, BELTRÁN DE HEREDIA, VENTURA TREVESSET, PÉREZ SERRANO, etc.), así como la jurisprudencia de ese mismo país, al menos hasta la Sentencia de 26 de noviembre de 1956, al admitir el carácter de propiedad especial sin forjar la esencia de la especialidad demuestran un enfoque del instituto delimitado por el concepto del dominio.

b) *Relevancia del elemento comunitario*

Sistemáticamente, podemos englobar bajo este enfoque a una variedad de teorías cuyo denominador común es destacar el elemento comunitario, grupo de doctrinas que, al igual que ocurre cuando se trata de matizar la naturaleza jurídica de la comunidad de bienes, se escinden prontamente bajo cuatro enfoques distintos: el de la sociedad, la personalidad jurídica, la comunidad en sentido estricto y la copropiedad.

1. La teoría que concibe la propiedad horizontal como una sociedad parte de una confusión previa al identificar sociedad y comunidad. Es sabido que la sociedad presupone una comunidad, como gustaban decir los clásicos (38); pero lo que resulta muy difícil es invertir los términos para considerar que toda comunidad es sociedad. La posible confusión y el subsiguiente problema de distinción surge cuando los comuneros pactan por escrito las reglas a que ha de quedar sometido el conjunto de relaciones nacidas en el estado de indivisión; es decir, la dificultad surge cuando la sociedad se produce por un acto de puesta en común de cosas o derechos, ya que en eso estriba precisamente la esencia de la sociedad (39). Para

(37) *Op. cit.*, págs. 161 y sigs

(38) *Non est societas sine communione* (FABRO, sobre L. 24, ff. *pro socio*): así, BONELLI, "Il concetto di comunione e di personalità nella teoria della società commerciale", en *Riv. Dir. Comm.*, 1903.

(39) Artículo 1.556 del Código Civil. "La sociedad es un contrato por el cual dos o más personas se obligan a poner en común dinero, bienes o industria con ánimo de partir entre sí las ganancias." La dificultad se refuerza en virtud de lo previsto en el

intentar la matización se recurre a la *affectio societatis*; pero este criterio ya no es propio de sociedades capitalistas, que son las sociedades modernas, razón por la cual algunos autores proponen como criterio de distinción el ánimo de lucro. Así lo hace CARNELUTTI (40), si bien su esfuerzo no es admisible ya que la diferenciación entre comunidad y sociedad estriba esencialmente en que la sociedad tiene personalidad jurídica (41), mientras que la comunidad carece de ella (42), aparte de otras diferencias de naturaleza incidental (43). Por ello las sociedades sin personalidad jurídica suelen regirse por las normas de la comunidad de bienes (44).

2. La teoría que identifica propiedad horizontal con personalidad jurídica parte de un presupuesto que no es admisible, cual es confundir los órganos de administración del común, propios de la propiedad horizontal, con una entidad dotada de personalidad propia y separada de la inherente a los partícipes en la horizontalidad. Al menos hasta donde alcanzan nuestros conocimientos, la propiedad horizontal no nace al inscribirse en un registro de personas (civil o mercantil), sino al inscribirse en un registro

artículo 1.558 del Código Civil: "La sociedad civil se podrá constituir en cualquier forma..."

(40) Principalmente en "Personalidad jurídica y autonomía patrimonial en la sociedad y en la comunidad", *Riv. Dir. Comm.*, 1913.

(41) Artículo 106 de la Ley de Corporaciones: "Otorgado y radicado el certificado de incorporación, y registrado... y pagados los derechos requeridos por la Ley, las personas que de tal modo se asociaren, y sus sucesores y cesionarios, constituirán, a partir de la radicación dicha, una entidad corporativa con el nombre que aparezca en el certificado..." Artículo 95 del Código de Comercio: "El contrato de compañía por el cual dos o más personas se obligan a poner en fondo común bienes, industria o alguna de estas cosas, para obtener lucro, será mercantil cualquiera que fuese su clase, siempre que se haya constituido con arreglo a las disposiciones de este Código. Una vez constituida la compañía mercantil tendrá personalidad jurídica en todos sus actos y contratos". Ver FERRARA, *Teoría de las personas jurídicas*, Reus, Madrid, principalmente capítulos III y IV.

(42) Artículo 327, párrafo primero, del Código Civil: "El concurso de los partícipes, tanto en los beneficios como en las cargas, será proporcionado a sus respectivas cuotas." Artículo 333 del Código Civil "Todo condueño tendrá la plena propiedad de su parte y la de los frutos y utilidades que le correspondan, pudiendo en su consecuencia enajenarla, cederla o hipotecarla y aun sustituir otro en su aprovechamiento y darla en arrendamiento, salvo si se tratare de derechos personales; pero el efecto de la enajenación o de la hipoteca con relación a los condueños estará limitado a la porción que se les adjudique en la división al cesar la comunidad, y el efecto del arrendamiento será conferir al arrendatario, durante el término del contrato, las facultades del condueño en orden a la administración y mejor disfrute de la cosa común."

(43) Ver VÁZQUEZ BOTE, *Derecho civil*, II, págs. 244-245, tomo VIII, capítulo I, y tomo X.

(44) Artículo 1.560 del Código Civil: "No tendrán personalidad jurídica las sociedades cuyos pactos se mantengan secretos entre los socios y en que cada uno de éstos contrate en su propio nombre con los terceros. Esta clase de sociedades se regirá por las disposiciones relativas a la comunidad de bienes."

de bienes, síntoma indudable de que no adviene al mundo persona alguna, sino un régimen especial de carácter patrimonial. El hecho de que en algunos países, como en los Estados Unidos de Norteamérica, sea frecuente que la propiedad horizontal haya sido difundida por entidades cooperativas, las cuales, en cuanto entidades *per se*, son personas jurídicas, tampoco autoriza a confundir el sujeto con el objeto, de la misma manera que nadie confunde al titular con su patrimonio para atribuir a éste la cualidad jurídica de aquél.

3. La teoría que configura la propiedad horizontal como una comunidad no es equivocada desde el momento en que la propiedad horizontal es una modalidad de cotitularidad. Ofrece, sin embargo, este enfoque un fallo de equilibrio, ya que si hay comunidad cuando la propiedad de una cosa o derecho pertenece *pro indiviso* a varias personas, resulta obvio que la propiedad horizontal es eso, pero también algo más, ya que la propiedad del piso o apartamento pertenece de forma privativa a su titular.

4. Y algo parecido cabe decir respecto de la teoría de la copropiedad. Siendo ésta una modalidad de comunidad, referible solamente a las cosas, en cuanto modalidad dominical precisa y determinada resulta rígida para configurar el carácter de la participación en el común característico de la propiedad horizontal.

Y es que estas dos últimas teorías pierden el norte de un criterio de armonía o equilibrio que debe tomarse siempre en consideración ante la horizontalidad, bien señalado por BORRELL al estudiar la propiedad de las casas por pisos (45): que “las relaciones que ligán las partes de dominio común a las de dominio exclusivo no permiten aplicar íntegramente las reglas de la propiedad singular ni las de la comunal, sino que unas y otras están limitadas para que resulten armónicas”. Es verdad que ese carácter armónico está influido por la orientación que la regulación positiva otorgue en cada país a la propiedad horizontal. A pesar de ello debe considerarse la posibilidad de un consenso común, mínimo, acerca de la especialidad de esa propiedad.

c) *Función económico-social de la horizontalidad*

¿Qué fin o necesidad práctica satisface el Ordenamiento jurídico con el reconocimiento de la propiedad horizontal? La pregunta obtiene una respuesta casi constante en la historia: allí donde el suelo escasea (ya en sí

(45) *El dominio según el Código Civil*, Barcelona, 1948, pág. 245

mismo considerado, ya en función de su valor al especularse con el mismo y hacerse el objeto económicamente escaso) surge la convivencia en edificios de múltiples pisos, si bien los expedientes jurídicos para ello parecen ser diversos (46). Pero en todo caso se trata de satisfacer necesidades individuales mediante una cooperación mínima que se impone. Con lo cual queremos poner de relieve que no se trata de lograr una actuación colectiva al modo tradicional germánico, sino una actuación *singular* que *sufre* un hacer colectivo. Jurídicamente, cabría adelantar, en principio, que se busca difundir la propiedad horizontal mediante el método de terminar con la propiedad individualista; o, si se quiere, se trata de un modo de difundir el concepto preciso de la propiedad, con el deterioro de su concepto amplio (47). Primera nota que, además, autoriza a excluir las similitudes entre propiedad horizontal y urbanización por encerrar ésta una finalidad económico-social distinta.

Aquella finalidad, satisfacer una necesidad individual (familiar asimismo), se alcanza mediante una actuación colectiva (en cuanto fenómeno social que expresa la propiedad horizontal), de donde resulta claro que el aspecto comunitario de gestión de la horizontalidad está en función de la actuación particular. Por ello, creemos que la naturaleza jurídica de la institución está perfectamente captada, esencialmente, por BUGEDA LANZAS, en tesis que hace propia CRISTÓBAL MONTES (48) al calificar la horizontalidad como *“una propiedad exclusiva sobre los diferentes pisos o apartamentos de un edificio bajo un régimen necesario de aprovechamiento conjunto en los elementos comunes, los cuales, para viabilizarlo, permanecen en estado de división forzosa”*.

Por ello las concepciones comunitarias germánicas (comunidad esencial que autoriza un aprovechamiento individual) poco pueden explicar la propiedad horizontal (privatización esencial que impone una actuación conjunta), aunque su peculiar estructura facilite aclarar el fenómeno, frente a la dificultad que el mismo ofrece ante la propiedad napoleónica, pero no ante el dominio, tal como lo elaboraron los romanos.

Por lo expuesto, y en general, estimo que la armonía propuesta por BORRELL debe buscarse en el sentido indicado. De ahí que las explicaciones comunitarias y societarias tampoco tengan energía para explicar la horizontalidad en cuanto que aquellas concepciones responden esencialmente a una actuación colectiva en la cual se alcanzan logros individuales incidentalmente.

(46) Un buen resumen en CRISTÓBAL MONTES, “La llamada propiedad horizontal”, *RGLJ*, 1968 (separata).

(47) Ver al respecto VÁZQUEZ BOTE, *Derecho civil*, II, págs. 103-104.

(48) BUGEDA LANZAS, *La propiedad horizontal*, La Habana, 1954, en cita de CRISTÓBAL MONTES, *loc. cit.*, pág. 20.

B) EN PARTICULAR. DERECHO PUERTORRIQUEÑO

No se ha preocupado la doctrina jurídica de la problemática acerca de la naturaleza jurídica de la propiedad horizontal, descansando, como siempre, en las elaboraciones jurisprudenciales. Y la jurisprudencia, obsesionada siempre con el caso concreto, no ha efectuado planteamiento alguno de carácter general, limitándose a la solución (o pretendida solución) de particulares situaciones. Corresponde, pues, al intérprete intentar matizar la naturaleza jurídica de la propiedad horizontal para precisar exactamente si esa nota esencial antes apuntada es aplicable a la Ordenación jurídica puertorriqueña.

Sin perjuicio de que por el análisis en detalle pueda acreditar afirmaciones iniciales, estimo que puede responderse positivamente a la cuestión siguiente: ¿La propiedad horizontal se presenta como una situación particular de propiedad sobre partes singulares, bajo un régimen necesario de aprovechamiento conjunto de los elementos comunes?

Frente al texto original de la Ley de Propiedad Horizontal no cabe argumentar en contrario, pues el legislador se preocupa de matizar precisamente ese carácter ante artículos como el 3, 4, 8, etc., del citado cuerpo legal, que solamente orquesta el régimen comunal en función del máximo aprovechamiento de las partes exclusivas. Y ante el texto de la Reforma de 1976 cabe admitir que se acentúa tal carácter ante innovaciones determinadas que aparentando significar una seria limitación al beneficio o utilidad privativos responden realmente al robustecimiento de dicha utilidad (49).

Es verdad, también, que el texto reformado que resulta en 1976 parece desnaturalizar en cierta medida aquella característica esencial inherente a la propiedad horizontal ante algunas disposiciones particulares (50). Sin embargo, esta desvirtuación encuentra su razón de ser en consideraciones que nada tienen que ver con la propiedad horizontal, entre otras las siguientes: el exagerado individualismo de la sociedad (pautado al modo norteamericano), que opera en perjuicio de la individualidad y que hace reaccionar hacia un colectivismo insulso; la concepción puertorriqueña, secuela posiblemente de los tiempos coloniales españoles, de intromisión estatal en cualesquiera esferas (principalmente en aquellas en que el Estado y su presencia resultan socialmente irrelevantes), menos en aquellas precisamente adecuadas; la tendencia a la administrativización de todas las actividades como solución a los problemas surgidos por el norte que

(49) Véase, por ejemplo, los artículos 14 y 38 B, párrafo último, proposición última.

(50) Véanse artículos 39, párrafo segundo, y 41, y el capítulo V en su totalidad.

asume el Estado de servir a particulares intereses (lo que provoca una gestión iuspublicística de aparente interés general, cuyo alcance es exclusivamente, o en su mayor medida, satisfacer ciertos intereses particulares). Quizá influyan también algunos factores meramente circunstanciales (lentitud de la vía judicial ordinaria, convencimiento de que la acumulación administrativa es menos lesiva, etc.).

Si lo dicho es exacto, se pone de relieve el desacierto de la concepción, tan generalizada, que atribuye la denominación de "condominio" a la construcción vertical, que, por peyorativa, ajusta perfectamente con la concepción social isleña, que no gusta de este tipo de construcción (sólo aceptada por imperativos económicos) y que se extasia ante la parcela como frontera que separa del mundo exterior (abhorrecible y aborrecido) (51); que no es sino expresión esencial de la crisis de cooperación social que actualmente impera en el país (52). No cabe otra razón para comprender cómo una particular manifestación económico-social es denominada por su accidente, con omisión de su esencia. Se comprenden por ello las palabras de FERNÁNDEZ MARTÍN-GRANIZO cuando escribe que, "consiguientemente, si ello es así, parece evidente que al predominar lo principal sobre lo accesorio esta institución debe reconducirse a la propiedad y no al condominio" (53).

Luego si la horizontalidad no es sino una modalidad de propiedad que en mucho se asemeja a la ordinaria, pero que difiere de ésta por esa necesaria actuación colectiva y la imposibilidad de deslindar la propiedad en los elementos comunes, queda entonces explicado su carácter de especial (que la aproxima mucho más a las modalidades de comunidad de tierras típicas de la América colonial que a las tradicionalmente denominadas propiedades especiales: aguas, minas, intelectual, etc.). Porque así en la propiedad horizontal, como en los antiguos regímenes de comunidad terrena, la comunidad es una incidencia de dominio normal: se pertenece a la comunidad, se tiene título sobre ella, en tanto en cuanto se reside en la villa y la propiedad de la casa en ésta, al transmitirse, transmite el derecho en las tierras comunales (54). Propiedad con comunidad por razón del uso es, pues, la naturaleza de la horizontalidad.

(51) Para la comprensión del fenómeno, K. GORDON LEWIS, *Puerto Rico. Libertad y poder en el Caribe*, Río Piedras, 1970; para la influencia norteamericana, R. HOFSTADTER, *El anti-intelectualismo en la vida norteamericana*, Tecnos, Madrid, 1969.

(52) La Reforma de 1976 dedica buena parte de su articulado a *imponer la cooperación* (?). Sobre este absurdo, BETTI, *Teoría general de las obligaciones*, I. *Introducción*.

(53) *Op. cit.*, págs. 181-182

(54) J. M.^a FONT, "Derecho", en *El legado de España a América*, I, Pegaso, Madrid, págs. 353 y sigs.; J. H. PARRY, *El imperio español de Ultramar*, Aguilar, Madrid, 1970;

Esta nota comunitaria en función del uso o aprovechamiento se resalta sensiblemente en la Reforma de 1976, en que, como veremos oportunamente (55), el legislador —en nuestra opinión acertadamente— ha distinguido la *cuota* o expresión de cotitularidad y la *participación*, definiendo ésta no en función de aquélla, sino por el aprovechamiento efectivo que se obtiene en el elemento comunitario. Pero no invierte el destaque esencial: lo privativo.

Se comprende así el entramado de relaciones jurídicas surgidas en la horizontalidad que reclaman precisar su naturaleza jurídica.

7. NATURALEZA JURIDICA DE LAS RELACIONES DE HORIZONTALIDAD

A) DUALIDAD DE ASPECTOS A CONSIDERARSE

Si, según lo expuesto, la titularidad en horizontalidad ofrece dos vertientes perfectamente distinguibles, la inherente a la titularidad derivada de la propiedad ordinaria y la correspondiente a la cotitularidad en los elementos comunes, es menester distinguir ambos aspectos en su propia naturaleza jurídica, ya que esas dos esferas diversas generan derechos y obligaciones correspondientes.

B) NATURALEZA DE LAS RELACIONES DERIVADAS DE LA TITULARIDAD DOMINICAL SINGULAR

Después de reconocerse por los autores la titularidad única y exclusiva en la porción singular, la doctrina discrepa en cuanto al matiz que debe atribuirse al carácter inabsoluto de la titularidad dominical, que crea una serie de obligaciones y limitaciones en el propietario en horizontalidad cuya naturaleza se discute. La discrepancia se centra en precisar si esas restricciones tienen carácter propio y peculiar de atribuible a la servidumbre o medianería o se trata, por el contrario, de limitaciones derivadas del régimen de vecindad; sin faltar quienes, como RIZZI (56), las hacen derivar de la copropiedad misma.

R. KONETZKE, "América Latina, II. La época colonial", en *Historia universal siglo XXI*, Madrid, 1974; I. SOTELO, *Sociología de América Latina*, Tecnos, Madrid, 1972. En concreto, para México, M. OLMEDA, *El desarrollo de la sociedad mexicana*, II, Madrid, 1969

(55) Ver *supra*.

(56) *Il condominio negli edifici*, Bari, 1960, 5.^a ed., pág. 7.

De los diversos criterios, la doctrina española parece acoger por mayoría el pensamiento de GRECO (57), quien se inclina por configurar la naturaleza de las relaciones del titular singular como adscritas a la servidumbre y a las relaciones de vecindad.

Ciertamente, tal criterio presupone una serie de relaciones de distinta naturaleza, derivadas de las propias situaciones fácticas que engendra, o puede engendrar, la titularidad dominical en la horizontalidad. De ahí que de aceptarse para el Derecho puertorriqueño la orientación doctrinal, legal y jurisprudencial incluso, española, conviene distinguir cuáles obligaciones o limitaciones se imponen a los titulares de apartamentos por función de sus relaciones de vecindad y cuáles derivan del consentimiento de servidumbres legalmente impuestas.

a) *Relaciones derivadas de la vecindad*

Varias son las disposiciones de la Ley que establecen una serie de obligaciones características de las relaciones de vecindad. Así, el artículo 14 determina en su párrafo segundo que “cuando el estacionamiento fuere elemento común, todo titular tendrá derecho a hacer uso de un espacio de estacionamiento con capacidad para acomodar un automóvil por cada apartamento de que fuera propietario que estuviere ocupado. Ningún titular podrá hacer uso de un espacio de estacionamiento que exceda de aquella cabida si con ello priva a otro titular del disfrute efectivo de tal elemento común. Si el número de espacios de estacionamiento con capacidad para acomodar un automóvil fuera menor que el número de apartamentos, tales espacios serán ocupados por los titulares que primero arriben al área de estacionamiento” (58). Por su parte, el básico artículo 15 fija una serie de limitaciones típicas de vecindad, como no producir “ruidos o molestias” ni ejecutar “actos que perturben la tranquilidad de los demás”; no usar el apartamento para fines contrarios a la Ley, a la moral y a las buenas costumbres; ejecutar las obras de modificación, reparación, limpieza, seguridad y mejoras en el propio apartamento “sin

(57) “De la proprietà”, en *Comentarios del Codice Civile redatto a cura di magistri e docenti*, III, pág. 125, en cita de FERNÁNDEZ MARTÍN-GRANIZO.

(58) La *Guía a Ley de Propiedad Horizontal* del Departamento de Asuntos del Consumidor, en su pág. 11, al referirse a este artículo 14, lo interpreta así: “Si el estacionamiento es un área comunal y no hay uno para cada apartamento, entonces el primero que llegue tiene derecho a estacionarse (art. 14)”. No parece que éste sea el sentido del artículo 14, que puede tener mucho mayor alcance, o menor según los casos, del fijado por el Departamento citado; pero es obvio que el artículo 14 no tiene un alcance tan simplón.

perturbar el uso y goce legítimo de los demás, ni cambiar la forma externa de las fachadas ni decorar las paredes, puertas o ventanas exteriores con colores o tonalidades distintas a las del conjunto"; observar la diligencia debida en el uso del inmueble y en sus relaciones con los demás titulares. El propio artículo 42, en tema de impugnación de los acuerdos del Consejo de Titulares, remite al Tribunal para que decida "conforme a... normas de buena convivencia". De otro lado, el artículo 17 autoriza a cualquier titular a efectuar obras urgentes y necesarias de reparación, seguridad o conservación, repitiendo contra los demás el pago proporcional del gasto debidamente justificado. Frecuentemente se cita la imposibilidad de llevar a cabo tales decisiones unilaterales como fiel exponente de una limitación por razón de vecindad, olvidando que desde el otro plano susceptible de ser examinado este criterio de actuación es donde realmente surge la obligación impuesta por la vecindad desde el momento en que el propietario tiene que consentir actuaciones de un cotitular cuyo fin es precisamente robustecer la convivencia vía atención del inmueble. Por ejemplo, TORRALBA SORIANO (59), refiriéndose precisamente a esta norma en la Ley española, destaca que la prohibición inserta en dicha Ley de que un cotitular efectúe obras de reparación, seguridad, etc., en los elementos comunes le está prohibida, sencillamente porque carece de legitimación para ello al ser un mero cotitular; criterio que comparto para excluir esa disposición como contentiva de relaciones de vecindad; pero la Ley puertorriqueña, por el contrario, al legitimar excepcionalmente a un cotitular para ir más allá de sus propias y normales facultades, sí parece imponer una tolerancia de convivencia a los demás cotitulares, que vienen obligados a pasar por dichas obras (repitiéndose contra ellos el pago proporcional) en cuanto benefician a la colectividad.

b) *Relaciones derivadas de la recíproca servidumbre*

Actualmente está superada la tesis que impedía ver servidumbres en la horizontalidad por aplicación errónea en su ámbito del aforismo *nemini res sua servit*, ya que no se trata de contemplar relaciones de servidumbre en los elementos comunes, sino entre los apartamentos individualmente considerados, independientes y distintos entre sí y atribuidos a diverso titular.

No establece la Ley de Propiedad Horizontal ninguna servidumbre

(59) "Las obligaciones derivadas de la situación de propiedad horizontal", en *Documentación Jurídica*, núms. 7-8, julio-diciembre 1975, págs. 611 y sigs.

concreta, lo cual es perfectamente explicable desde el momento en que este especial régimen intenta individualizar al máximo el disfrute de una colectividad sobre un objeto. Cabe, sin embargo, concebir, aparte de cualesquiera servidumbres legales aplicables y otras de origen autónomo que puedan pactarse, una causa amplia originadora de servidumbre respecto de parte del inmueble y de diversos propietarios, la existencia de los elementos comunes de carácter limitado destinados a cierto número de apartamentos con exclusión de los demás, debiendo entonces éstos tolerar la existencia de aquéllos, no existiendo razón alguna que impida configurar su existencia como la propia de servidumbre (cfr. art. 12 de la Ley).

C) NATURALEZA DE LAS RELACIONES DERIVADAS DE LA COTITULARIDAD EN LOS ELEMENTOS COMUNES

¿Puede admitirse que estas relaciones derivan de la vecindad? FERNÁNDEZ MARTÍN-GRANIZO (60) así lo afirma. Cabe, no obstante, plantear alguna objeción. En efecto, la vecindad supone e implica la individualidad, la separación, con proximidad. Y es claro que en cuanto a los elementos comunes no existe separación, sino concurrencia. Las limitaciones u obligaciones impuestas por la Ley en tema de elementos comunes pueden encontrar su justificación no en la convivencia, sino en la ausencia de legitimación total en que se encuentra cada cotitular, lo cual implica correspondientemente un no poder actuar o venir obligado a responder. No parece, por ejemplo, que la responsabilidad del titular de un apartamento, por daños efectuados por terceras personas que lo ocupen, derive de relación alguna de vecindad, sino sencillamente de la propia cotitularidad que hace responsable a quien mal actúa (art. 1.802 CC), siendo la peculiaridad el afirmar una responsabilidad inicial del titular “sin perjuicio de las acciones directas que procedan contra los auténticos actores” (art. 15.A). Este es el criterio que parece admitir TORRALBA SORIANO (61), centrando en la propia naturaleza de la copropiedad la ausencia de legitimación correspondiente en cada titular aislado.

(60) *Op. cit.*, pág. 190

(61) *Loc. cit.*, págs. 134-135.

8. NATURALEZA JURIDICA DE LAS OBLIGACIONES NACIDAS DE LAS RELACIONES DE HORIZONTALIDAD

El criterio doctrinal de que las obligaciones derivadas de la horizontalidad se corresponden con la naturaleza propia de las obligaciones *propter rem*, que es tesis casi general en doctrina y jurisprudencia españolas, sería perfectamente admisible en Derecho puertorriqueño desde el momento en que la Ley de Propiedad Horizontal fija las obligaciones por ser precisamente titular de un apartamento, hecho que genera automáticamente un comportamiento exigido, así respecto de los elementos comunes como con relación al uso y disfrute de los elementos privativos. Así se deduce claramente del artículo 15, que refunde de manera general las obligaciones de los titulares y también de otros preceptos dispersos en el texto legal, cuales los artículos 14 (uso de estacionamiento), 15.A (obligación de comunicar los datos personales del titular o de cualquier adquirente posterior del apartamento), 20 (distribución de beneficios proporcionados por el inmueble), 8 (contenido del derecho sobre la parte privativa y las comunes), etc.

El legislador puertorriqueño llega, incluso, más allá, pues pretende establecer una obligación *propter rem* permanente, incurriendo en un absurdo o en el ridículo, todo ello por una deficiente redacción del artículo 39, párrafo segundo. Establece este precepto, después de consignar el párrafo primero la obligación de contribuir a los gastos generales del inmueble, que “ningún titular podrá librarse de contribuir a tales gastos por renuncia al uso o disfrute de los elementos comunes ni por abandono del apartamento que le pertenezca”. La proposición primera de este párrafo segundo es clara, por cuanto reafirma el carácter *ob rem* de las obligaciones en la horizontalidad; pero la proposición segunda, literalmente entendida, implica un absurdo, pues nadie puede pretender que quien abandona un apartamento se halle obligado, desde el momento en que el abandono provoca la constitución del objeto en *res nullius*, desligándose el titular de su cosa, cesando, pues, los derechos sobre la misma y no naciendo obligación alguna.

Ciertamente, no debió ser intención legislativa la expresada. Posiblemente el legislador pensaba en un propietario que, agobiado por sus obligaciones para con los cotitulares por impago de las mismas, encuentra más positivo, económicamente, hacer dejación del apartamento que afrontar esas obligaciones. Pero para conseguir la vinculación de su responsabilidad, el párrafo segundo del artículo 39 es innecesario, pues si las obligaciones son anteriores al abandono, éste no las afecta y la responsabilidad sigue enervada; aparte de que un abandono en tales circunstancias podría

configurarse como opuesto al artículo 4 del Código Civil, que sanciona la nulidad de lo efectuado en perjuicio de tercero. Y como esta solución está perfectamente regulada en el Derecho vigente, hemos de pensar en otro alcance del precepto; y el único que se me ocurre es su significación literal: que el titular de un apartamento, aunque lo abandone, renunciando sus derechos, sigue obligado: *perpetuatio obligationis*. Ciertamente, tal conclusión es un absurdo, si no una regresión a la servidumbre de la gleba.

De otro lado, no cabe pensar que el precepto pretende asegurar a la comunidad la percepción de sus créditos ante un titular moroso que prefiere renunciar sus derechos antes que cumplir sus obligaciones, pues, o el apartamento abandonado es ocupado, en cuanto *nullius*, por un tercero, quien automáticamente se subroga en el lugar del anterior titular (art. 41 de la Ley), o el apartamento puede ser objeto de ejecución.

El problema se complica más todavía ante la redacción del artículo 41 y sus relaciones con ese abandono previsto en el artículo 39, como veremos oportunamente (63), si bien cabe avanzar como explicación, la orientación que, posiblemente, ocupó el legislador: garantizar muy concretos intereses e, incidentalmente, los de los condómines. Sin olvidar otro factor: el modo de financiación de la construcción, que lleva al legislador a involucrar problemas jurídicos típicos de la horizontalidad con consideraciones económicas que debieron regularse en legislación aparte.

9. LA PROCOMUNALIDAD

Desde que la visión de MONET dio vida a la existencia de intereses particulares susceptibles de existir en la horizontalidad, sin correspondencia con este régimen especial (64), un reducido número de estudiosos se ha preocupado de una figura jurídica cuya denominación, con carta de naturaleza, se concreta en la *procomunalidad* o *departamento procomunal* (65).

(62) Ver VÁZQUEZ BOTE, *Derecho civil*, II, págs. 231 y sigs.

(63) Ver *infra*.

(64) MONET ANTÓN, *Estatutos de propiedad horizontal*, AAMN, XII.

(65) T. SAPENA, "Naturaleza y disposición de pisos y locales *pro indiviso* en propiedad horizontal", *RCDI*, núm. 482; MONET, "Problemas de técnica notarial ante la nueva Ley de Propiedad Horizontal", Publicaciones en el Centenario de la Ley del Notariado, *Estudios de Derecho notarial*, I, Madrid 1962. También DE LA CÁMARA, *Modalidades de la constitución de los regímenes de indivisión de la propiedad urbana*, ponencia al IX Congreso Internacional del Notariado Latino, en colaboración con SOTO BISQUERT y GARRIDO CERDÁ, IDEM, "Insuficiencia normativa de la Ley de Propiedad Horizontal", CEH, *Curso de Conferencias sobre Propiedad Horizontal y Urbanizaciones Privadas*, Madrid, 1973, págs. 33 y sigs.; E. RUBIO, "Consideraciones en torno al departamento procomunal", *RCDI*, núm. 507.

¿Qué es la procomunalidad? La titularidad *pro indiviso* que tienen los titulares en la propiedad horizontal sobre un piso o apartamento.

En el Derecho español, se apunta la existencia del apartamento procomunal al amparo del artículo 4 de su propia Ley de Propiedad Horizontal (66). En la Ley puertorriqueña cabe admitir la existencia de la procomunalidad al amparo de diversos preceptos, en concreto:

Artículo 13, en relación con el artículo 7. Establece el artículo 7, que “cada apartamento puede pertenecer en comunidad a más de una persona”; indica el artículo 13: “los elementos comunes, generales y limitados, se mantendrán en indivisión forzosa y no podrán ser objeto de la acción de división de la comunidad. Cualquier pacto en contrario será nulo”. Y ambos preceptos, relacionados con el artículo 31, conforme al cual: “... las agregaciones de nuevos pisos o adquisiciones de nuevas porciones de terrenos colindantes, efectuadas por la totalidad de los titulares para que formen parte de los elementos comunes del inmueble...”; y todos ellos relacionados con el artículo 32.A, según el cual, “a menos que la escritura matriz, el Reglamento del inmueble o la Administración de Reglamentos y Permisos específicamente *lo prohiban*, los apartamentos y anejos podrán ser objeto de división material, mediante segregación, para formar otra u otras unidades susceptibles de aprovechamiento independiente...” (énfasis suplido). Es obvio, que en la mente del legislador no parecen caber más que dos modalidades de elementos: los privativos y los comunes. Pero no es menos claro que de la combinación de los artículos expuesta cabe perfectamente la existencia de un apartamento *pro indiviso*, que no es elemento común, del cual sean titulares los que forman la horizontalidad. Pero que el apartamento o inmueble procomunal no es elemento común, es claro con sólo comparar su concepto con la enumeración de los elementos comunes del inmueble en horizontalidad que enumera el artículo 11 de la Ley, enumeración en la cual no aparece por lado alguno el elemento procomunal, que puede tener perfecta realidad en función de la libertad de pactos y por no prohibirse en la Ley.

Un artículo, el 20, parece concebir también el elemento procomunal como elemento común, al indicarse que “las ganancias comunes del inmueble se distribuirán entre los titulares de los apartamentos de acuerdo con el porcentaje que representa cada uno en el valor de la totalidad de los apartamentos en el inmueble”. ¿Significa esto que todo elemento proco-

(66) Artículo 4 de la Ley de Propiedad Horizontal de España. “La acción de división no procederá para hacer cesar la situación que regula esta Ley. Sólo podrá ejercitarse por cada propietario *pro indiviso* sobre un piso o local determinado circunscrita al mismo y siempre que la proindivisión no haya sido establecida de intento para el servicio o utilidad común de todos los propietarios.

munal está adscrito al régimen de la comunalidad? Es obvio que no. El artículo 20 ofrece una regla general pensada ante la dualidad elementos privativos-elementos comunes. Pero sería absurdo suponer que, todos los titulares de un inmueble adquieren un piso, que dedican a la obtención de rentas, adquisición que se efectúa por partes iguales, no coincidentes con las cuotas, y que por función del artículo 20 recibirán los ingresos en proporción, no a su participación en la procomunalidad, sino en proporción a su cuota.

El legislador, pues, no ha conocido la procomunalidad; pero, por ello mismo, no la impide. En la realidad, existe, siendo numerosos los edificios que, en sus plantas bajas principalmente, los titulares de la horizontalidad les atribuyen un destino crematístico. Y es realidad, asimismo, la aportación colectiva para construir un edificio, del que los diversos aportantes reciben un piso o apartamento, dejando *pro indiviso* otros varios. La procomunalidad, pues, es vida y es legalmente factible. El problema estriba en qué tratamiento debe recibir ante la regulación de la Ley de propiedad horizontal.

DE LA CÁMARA (67), plantea tres aspectos fundamentales: *a*) determinación objetiva de la procomunalidad; *b*) relación entre la titularidad procomunal y la cuota de horizontalidad, y *c*) régimen de administración-disposición aplicable.

Con relación al ámbito objetivo, estima, al igual que las conclusiones del I Simposio sobre Propiedad Horizontal, celebrado en Valencia en 1972, que debe tratarse siempre de un piso o apartamento independiente, que en vez de ser privativo de un solo titular pertenece *pro indiviso* a toda la colectividad en horizontalidad.

Respecto de la relación entre titularidad procomunal y cotitularidad horizontal, plantea serias dudas, acerca de pretender una proporción en la procomunidad que venga fijada *ob rem* por la participación que implica cada elemento privativo, concluyendo la posibilidad de que en el título constitutivo se adopte cualquier criterio determinante. Opinión acertadísima, pues la procomunalidad puede existir concurriendo una mayoría de titulares de la horizontalidad, como todos ellos. En el primer caso, pretender una adjudicación *ob rem* (único criterio que parece tener en mente el legislador puertorriqueño), puede significar imponer como cierto un hecho falso. En el segundo caso, ahí es precisamente donde merece distinguirse, pues es la hipótesis en que cabe confusión entre el régimen de procomunalidad y el de horizontalidad. En efecto, es dable un apartamento procomunal, cuya titularidad se adscriba a quien sea titular en la horizonta-

(67) *Insuficiencia normativa*, loc. cit., págs. 48 y sigs.

lidad (68), y es dable un apartamento procomunal sin conexión *ob rem*. En este caso, será el título constitutivo el determinante de la calificación.

Ahora bien, si el título constitutivo no es expresivo al respecto y no matiza suficientemente la naturaleza de la procomunalidad en relación con la horizontalidad, ¿qué criterio usar para determinar si la titularidad procomunal es *ob rem* o no? Si nos acogemos al espíritu de la Ley de Propiedad Horizontal, podemos observar que el carácter común lo atribuye a los elementos comunes que sirven a la función y buen uso del edificio, lo cual no tiene por qué existir en tema de procomunalidad. Este carácter de la comunidad se deduce claramente de una variedad de preceptos, cuales el artículo 11 (que no impone carácter común a sótanos, azoteas, patios, jardines, porterías; no siendo, pues, aplicable la cuota) y el espíritu de los artículos 12 (elementos comunes limitados), 16, 17, 18, 27, párrafo segundo; 37.f), 38.e), 38.g), 42, párrafo cuarto y 43. El primer criterio determinante sería, pues, si ese apartamento responde, o no, a esa función y utilidad general del edificio; y, de no existir tal característica, debe tomarse en consideración que, en la propiedad horizontal, lo común es un *accidente necesario*, que acepta el legislador para conseguir fines individuales. Lo que nos lleva a estimar, pues, que la duda debe resolverse por el rechazo de la adscripción *ob rem*, calificando el piso o apartamento de procomunal y no de elemento común (69).

Y, finalmente, DE LA CÁMARA, en punto a régimen jurídico, se inclina por aplicar la normativa del Código Civil en tema de copropiedad, que es en lo que resulta, efectivamente, la procomunalidad (destacadamente como solución al Derecho puertorriqueño, que incluso acepta la divisibilidad, siendo la indivisión una mera posibilidad conforme al art. 32.A de la Ley). Y, como es dable que el departamento procomunal se ajuste en lo demás al régimen de propiedad horizontal, cabe entonces plantear, en el típico caso de duda (departamento procomunal que pertenece a todos los titulares de la horizontalidad sin adscripción *ob rem*), si al mismo se aplica, así en su administración como en su disposición, la normativa prevista en la Ley de Propiedad Horizontal.

(68) Pueden verse sobre esta doble vertiente del problema las Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de España de 4 de noviembre de 1968 (y el comentario de AMORÓS GUARDIOLA en *RCDI*, núm. 472, págs. 764-775) y de 20 de diciembre de 1973 (y el comentario de T. CARRETERO GARCÍA en *RCDI*, núm. 502, págs. 635 y sigs.)

(69) ¿Qué decir, si no, en la hipótesis del artículo 11.d), en caso de que tal se estipule? Dice el artículo 11.d) que se considerarán elementos comunes generales del inmueble "los locales destinados a alojamiento de porteros o encargados, salvo disposición o estipulación en contrario". En igual sentido, VENTURA TREVESSET, *Derecho de propiedad horizontal*, Barcelona, 1961, págs. 130 y sigs.

En Derecho puertorriqueño, la negativa se impone. Porque no es lo mismo la titularidad horizontal que la titularidad procomunal. A este deben serle aplicables las reglas de la administración y disposición de copropiedad, no del régimen de la Ley especial, por cuanto estamos ante situaciones completamente distintas, no empece una identidad subjetiva y una similitud objetiva. Y, como quiera que las disposiciones de la Ley de Propiedad Horizontal están pensadas solamente para los elementos comunes, no cabe hacerlas extensivas a algo que no es sino procomunalidad.

CAPÍTULO II

CONSTITUCION, NACIMIENTO Y ADQUISICION DE LA PROPIEDAD HORIZONTAL

I. LA PROPIEDAD HORIZONTAL COMO REGIMEN JURIDICO

Se habla, y no sin razón, del *régimen de propiedad horizontal*, expresión con la cual se hace referencia a un conjunto normativo especial que contempla y regula el fenómeno de la horizontalidad como objeto peculiar y propio. Ciertamente, la normativa puertorriqueña sobre la materia no es abundante, ni tan completa, como la que existe en otros países (España, Argentina, etc.). Sin embargo, conviene no olvidar, que en el Ordenamiento puertorriqueño buena parte de esa normativa está disfrazada en las disposiciones administrativas, y en los propios actos, de la Junta de Planificación (70). Naturalmente, en estas páginas he de limitar mi examen al aspecto iusprivatístico, pero no impide admitir la existencia de esa esfera iuspublicística como factor integrante de dicho régimen.

Existe, pues, un conjunto normativo, autónomo y heterónomo, que tiene como objeto peculiar la propiedad horizontal. Ese conjunto normativo es, a su vez, abarcador, comprendiendo: a) como *normativa autónoma*, los convenios expresamente dirigidos a constituir la propiedad horizontal, susceptibles de contemplarse a la luz de las disposiciones negociales de Derecho privado y, en concreto, del Código Civil; y, también, como secuela de esos convenios, si bien con origen legal impuesto necesariamente, los Estatutos o "reglamentos" de régimen anterior de la propiedad

(70) Ver mi trabajo "Régimen jurídico de la planificación en Puerto Rico", *Rev Der Esp. y Am.*, núm. 19, 1968; con mayor extensión, "Significado auténtico de la planificación democrática", *Rev Der. Priño.*, núms. 34-36, 1969-1970, págs. 619-738, esta obra, tomo VII.

horizontal; *b*) como *normativa heretónoma*, las disposiciones del Código Civil y de la propia Ley de Propiedad Horizontal en lo que tienen de imperativo, las normas administrativas de policía y los actos de la Administración. La esfera de ese conjunto de disposiciones se extiende tanto a los aspectos simplemente formales (v.gr., la necesidad de constituirse en documento público debidamente inscrito en el Registro de la Propiedad, el régimen de propiedad horizontal), como a aspectos sustantivos (v.gr., fijación del uso por destino del inmueble, fijación de cuotas proporcionales de cada apartamento sobre los elementos comunes, etc.).

La variedad de normas existentes reclama, pues, precisar su prelación. Pero este problema, que puede estimarse general en cualquier parte, ofrece en Derecho puertorriqueño algunas peculiaridades en función de la administrativización tan especial que nos ofrece la Ley 157, de 1976, cuyo capítulo V, expresando una grave confusión entre la supervisión de las ventas por la Administración y la propiedad horizontal, deja la puerta abierta al Secretario del Departamento de Asuntos del Consumidor, para reglamentar una serie de aspectos, sumamente abarcadores. De donde debe deducirse, que esa intervención administrativa opera una prioridad jerárquica que, sin perjuicio de reconocer o rechazar su excelencia, significa al menos confusionismo.

Por ello, se explica en Derecho puertorriqueño, más incluso que en otros Ordenamientos jurídicos, determinar un orden de prelación normativa, que, por lo dispuesto en el capítulo V de la Ley, trasciende el problema de la jerarquía pura de las normas, al plantearse dicha prelación con carácter de especial, por las materias contempladas en dicho capítulo V, en función de las cuales privan las normas administrativas sobre otros cuerpos legales.

Así, conviene distinguir, para orientarse, dos situaciones de prelación: *a*) la estricta de Derecho privado, y *b*) la especial por la materia, que iuspublicita tal jerarquía.

A) ORDEN DE PRELACIÓN DE DERECHO PRIVADO

a) Ley de Propiedad Horizontal, Código Civil y legislación hipotecaria

No surge en Derecho puertorriqueño el problema que FERNÁNDEZ MARTÍN-GRANIZO afronta para el Derecho español, es decir, la aparente dicotomía entre los artículos 326 y 330 del Código Civil (71), ya que, por

(71) FERNÁNDEZ MARTÍN-GRANIZO, *op. cit.*, págs 214 y sigs., con relación a los artículos 392 y 396 del Código Civil español

virtud de lo dispuesto en la Ley de Propiedad Horizontal, Ley 104 de 25 de junio de 1958, el régimen de la propiedad de casas por pisos corre por vías distintas del régimen de la propiedad horizontal. En efecto, desde el momento en que su artículo 47, no modificado por la reforma de 1976, determina, que "Las disposiciones del artículo 330 del Código Civil y del artículo 9 [hoy, 82] de la Ley Hipotecaria, serán aplicables únicamente a aquellos edificios cuyos pisos estén, a la fecha de vigencia de esta Ley, constituidos a virtud de los referidos preceptos legales. Los edificios mencionados en el párrafo anterior podrán, no obstante, ser sometidos al régimen establecido en esta Ley, previo cumplimiento con los requisitos del artículo 2 de la misma"; consiguientemente, en Puerto Rico hay que distinguir dos regímenes diversos: a) la propiedad de casas por pisos, a la cual es aplicable íntegramente el Código Civil, y b) la propiedad horizontal, que se rige por su Ley especial.

Por consecuencia, la primera norma con preferencia absoluta viene representada por la legislación especial, de propiedad horizontal, a la cual complementará el Código Civil, por virtud de lo dispuesto en el artículo 12 de este último cuerpo legal (72). Naturalmente, el artículo 46 de la Ley de Propiedad Horizontal, que invoca como legislación complementaria a la Ley Hipotecaria vigente y a su Reglamento, lo son también, pero hemos de admitir que, exclusivamente, en el ámbito meramente registral. Porque, en la hipótesis de discrepancia entre Ley Hipotecaria y Código Civil, priva éste sobre aquélla, según queda consignado en tema de la especialidad (73).

Conforme a lo dicho, la jerarquía de las fuentes resulta en ser:

- 1.º Ley de Propiedad Horizontal, de 25 de junio de 1958, según ha sido modificada por la Ley de 1976.
- 2.º Código Civil como norma supletoria.
- 3.º Ley Hipotecaria y su Reglamento, como normativa complementaria.

b) *Normativa heterónoma y normativa autónoma*

Por cuanto la Ley de Propiedad Horizontal tiene preferencia sobre el Código Civil; y en éste, el artículo 330 no es aplicable al régimen de

(72) Artículo 12 del Código Civil: "En las materias que se rijan por leyes especiales la deficiencia de éstas se suplirá por las disposiciones de este Código."

(73) Ver mis *Elementos de Derecho hipotecario puertorriqueño*, págs. 57-58, en que se plantea el problema, con la solución legislativa correspondiente; y esta obra, tomos XIV y XV.

propiedad horizontal, sino a la propiedad de casas por pisos, ¿qué eficacia tiene el orden de prelación fijado en el artículo 326 del Código Civil, aplicable a cualquier modalidad de comunidad?

El artículo 326 del Código Civil se remite, “a falta de contratos o disposiciones especiales” a las normas del propio Código en materia de comunidad de bienes, para suplir cualquier laguna normativa. Pero, como la Ley de Propiedad Horizontal reclama prioridad sobre el Código Civil, resultará que el artículo 326 solamente sería aplicable, en ausencia de contratos u otras disposiciones especiales, que no sean la Ley de Propiedad Horizontal, o normas que son invocadas por la propia Ley y que, en este sentido, gozan de preferencia por ella asignadas.

¿Qué requeriría, pues, una posible aplicación del artículo 326 del Código Civil? Inicialmente, que la Ley de Propiedad Horizontal no sea aplicable —lo que, por sus múltiples lagunas, no sería difícil que se produjese—; que tampoco fuese aplicable la legislación que dicha Ley llama para suplirla; y, en el plano del más puro Derecho privado— pero solamente en este plano— la Ley de Propiedad Horizontal no se autocomplementa con normativa alguna. Correspondientemente, se aplicaría, en general, el Código Civil y, de modo particular, el artículo 326. A tenor de éste, la norma inmedata posterior en jerarquía lo sería el pacto entre partes (en concreto, escritura constitutiva del régimen de propiedad horizontal y Estatutos incluidos en ella); y, con posterioridad, disposiciones especiales. Ciertamente, estas disposiciones especiales pueden ser tanto disposiciones autónomas como heterónomas; las autónomas no parece que tuviesen existencia sensata, de no existir ya en la escritura constitutiva de la propiedad horizontal o en los Estatutos, por lo que tales disposiciones especiales serían, simplemente, otras normas heterónomas aplicables a la propiedad horizontal.

Y, aquí, surge la cuestión problemática. Porque esas normas especiales serían el conjunto de disposiciones heterónomas de carácter marcadamente iuspublicístico que se aplican a la propiedad horizontal, que debieran ceder ante un pacto en contra de las partes. Pienso y me refiero, concretamente, a ese cúmulo de “normas” emitidas por la Junta de Planificación, a sus Reglamentos, ignorados por casi todos, que, no empecé estar situados legalmente en último lugar, se aplican con absoluta preferencia por los organismos administrativos que les dan vida.

Ya en otro lugar (74), he planteado cómo la alegría jurisprudencial al aceptar todo poder delegado como aceptable, no empecé la profunda ilegalidad formal del mismo, crea el problema de someter toda la estruc-

(74) *Significado auténtico de la planificación*, cit

tura del Estado de Derecho al capricho administrativo, cuando no a la explicable ignorancia jurídica de un funcionario técnico. Aquí cabe volver a apuntar igual problema en tema particular de propiedad horizontal.

En efecto, la Ley de Propiedad Horizontal, hecha excepción de prioridades otorgadas al Departamento de Asuntos del Consumidor en aspectos concretos —aunque sumamente abarcadores—, prioridades que, por la propia jerarquía de la Ley de horizontalidad, preceden, no permite asumir otras prioridades en la aplicación de las normas. Sin embargo, sí se alude en el texto legal a otras “disposiciones especiales”, que, por el mecanismo del artículo 326, serían aplicables sólo en defecto de norma particular o autónoma, aunque la finalidad de esas disposiciones especiales estribe, precisamente en ofrecerse con mayor jerarquía que los pactos particulares. Piénsese, a título de simple ejemplo, en la invocación del artículo 32.A a la Administración de Reglamentos. Esta Administración de Reglamentos, que ha asumido las antiguas funciones que, en tal actividad, tenía la Junta de Planificación, actúa sujeta a su propia Ley. Pero en tema de propiedad horizontal es claro que puede surgir un conflicto de competencias legislativas, en cuyo caso, por lo pautado en la propia Ley de Propiedad Horizontal (Ley especial y con prioridad absoluta sobre otras leyes), las disposiciones emanadas de esa Administración quedarían supeditadas a la ausencia de pacto entre los particulares sobre determinado aspecto.

Si estoy en lo cierto, resulta, ahora, el siguiente orden jerárquico:

- 1.º Ley de Propiedad Horizontal de 1958, según fue modificada en 1976.
- 2.º Código Civil como norma supletoria, en general.
- 3.º Ley Hipotecaria y su Reglamento, como complementarias.
- 4.º Artículo 326 del Código Civil, que supone: *a)* convenios particulares, y *b)* otras disposiciones especiales, entre las cuales debemos incluir toda norma heterónoma susceptible de aplicarse al régimen de horizontalidad, no incluida en las disposiciones anteriores.

B) ORDEN DE PRELACIÓN ESPECIAL

No siempre, sin embargo, aquel orden jerárquico es susceptible de aplicarse. El artículo 49 de la Ley de Propiedad Horizontal fija una preferencia especial de los Reglamentos que puedan emitirse por el Departamento de Asuntos del Consumidor, relativos a:

- 1.º Creación de un registro de apartamentos en ese Departamento, como exigencia previa a la publicidad o venta de dichos apartamentos.

2.º Garantía de veracidad al consumidor potencial adquirente del apartamento.

3.º Establecimiento de criterios de publicidad que dote de información precisa y completa de fácil comprensión por el consumidor.

4.º Establecimiento de derechos necesarios al arrendatario de un inmueble sometido con posterioridad al arriendo, al régimen de horizontalidad, para evitar el desahucio, aumento de renta o perturbación con fin de desalojo, sin ofrecimiento de oportunidad real de comprar o de término razonable para el desalojo.

5.º Establecimiento de plazo razonable para que el vendedor original de un apartamento responda por vicios o defectos.

6.º Protección del interés de adquirentes de apartamentos, durante el período de administración del titular que somete el inmueble al régimen de horizontalidad.

La preferencia de tales posibles disposiciones administrativas se limita, sin embargo, a edificios sometidos o susceptibles a someterse a horizontalidad, destinados a vivienda, que formen parte de un plan conjunto de promoción y venta de no menos de diez apartamentos, hecha excepción de las antes citadas situaciones 3.º y 4.º, en cuyos casos la competencia reglamentaria aludida se establece en toda venta de apartamento dedicado a vivienda.

Asimismo, se rechaza esa competencia reglamentaria en ventas judicialmente ordenadas o las realizadas por los gobiernos (obviamente, el local y el federal).

Consiguientemente, el orden de jerarquía de las normas, ya en términos completos, es:

- 1.º Ley de Propiedad Horizontal.
- 2.º Reglamentos del Departamento de Asuntos del Consumidor, relativos a los puntos indicados y en las situaciones e hipótesis consignadas.
- 3.º Código Civil como supletorio, en general.
- 4.º Ley Hipotecaria y su Reglamento.
- 5.º Artículo 326 del Código Civil y, por su virtud,
- 6.º Contratos particulares, y
- 7.º Otras disposiciones especiales.

C) JUICIO CRÍTICO QUE MERECE EL ORDEN DE PRELACIÓN

No puedo, es claro, felicitar al legislador por el confusionismo que introduce en un aspecto tan relevante como el de la jerarquía normativa,

que es tema para aportar claridad y no oscuridad. Se pudo elegir un método más claro y eficaz para conseguir lo mismo, distinguiendo tajantemente qué es propiedad horizontal y su régimen jurídico, y qué es publicidad, legislación especial de alquileres, etc. No se ha hecho así y por ello el legislador debe ser criticado.

Cabría felicitar al legislador por haber introducido una nueva nota de *ius cogens* en este tema, en cuanto que con ello puede pretenderse frenar o reducir una serie de abusos tradicionales y característicos en la venta de apartamentos. Pero, personalmente, sigue sin satisfacerme el método seguido. Que la Administración intervenga como *paterfamilias* en rencilla entre parientes, presupone que la Administración sea imparcial; y como no lo es, es preferible una normativa que, por sí sola, ilustre la solución de los conflictos: el poder del Estado no es garantía de la justicia para el particular, si ese poder se inclina hacia el lado menos adecuado. De hecho, hubiese sido preferible una verdadera Ley de Propiedad Horizontal, sin sesgos administrativizadores, completa y acabada, que remitirse a una potestad reglamentaria; de la misma manera que, ante un hambriento, lo que debe hacerse es proporcionarle alimento, no prometerle mejorar la semilla en próximas cosechas. Otorgar un cheque en blanco a la Administración, cuanto ésta se preocupa, en tema de horizontalidad, en evitar que se desaliente la venta de inmuebles (E. de M. de la Ley), no será el mejor modo de proteger la diversidad de intereses particulares, o de evitar conflictos en la horizontalidad, destacadamente, con relación a los más débiles, social y económicamente.

De otro lado, la prelación de fuentes nos indica la amplitud que puede alcanzar el régimen de horizontalidad, al menos, si aceptamos por horizontalidad esa mezcolanza que el legislador refunde dentro del concepto. Ahora bien, tal amplitud supone, para analizarla en todos sus detalles, introducirse en el Derecho administrativo (cuando no en el capricho de la actuación de la Administración, vía Administración de Permisos, que nos haría desembocar en las normas de zonificación, urbanización y construcción), un Derecho que, en Puerto Rico, está aún en fase metodológica de formación, y en el cual late con mayor intensidad la política que el Derecho (lógicamente, con el consiguiente detrimento de éste). Se explica, así, que limite mi examen a la esfera estricta del Derecho privado.

D) AMBITO DE APLICACIÓN

La Ley 104 de 25 de junio de 1958, se ha dicho ya, dejaba aparte de su propio régimen a la propiedad de casas por pisos existentes al amparo del artículo 330 del Código Civil, reclamando para sí toda situación de copro-

piedad que surgiese luego de la entrada en vigor de la Ley y, por ello, para cualquier edificio de nueva construcción en que se presentase la copropiedad; o, edificios en copropiedad ya existentes, que se abocasen al régimen de la horizontalidad.

La Ley de reforma de 1976 se limita, simplemente, a reinsistir, que su ámbito de aplicación se extiende a todo inmueble sometido a propiedad horizontal, cualquiera que fuese el momento en que se efectuase dicho sometimiento (art. 53, párrafo primero), otorgándose al respecto el plazo de un año para la correspondiente adaptación de las escrituras constitutivas y estatutos o reglamentos a lo dispuesto en la Ley reformadora (art. 53, párrafo segundo). Caso de no acogerse los particulares a este plazo de adaptación, las cláusulas y disposiciones escrituradas estatutarias o reglamentarias opuestas a la nueva Ley se entenderán ineficaces, pudiendo cualquier titular solicitar la adaptación indicada ante los Tribunales (art. 53, párrafo segundo, proposición última).

2. CONSTITUCION DE LA PROPIEDAD HORIZONTAL

A) EL ACTO CONSTITUTIVO

Dos requisitos se establecen en la Ley para constituirse un *inmueble* (verdaderamente, un edificio) en régimen de propiedad horizontal: *a)* una expresión de voluntad al respecto, y *b)* constatación de esa voluntad expresada en el Registro de la Propiedad.

Se ha discutido en la doctrina jurídica la naturaleza jurídica del título acreditativo de la propiedad horizontal. Regularmente, la razón de la discusión ha solido derivar de la parquedad con que la mayoría de las Leyes existentes sobre horizontalidad reseña el título constitutivo de la propiedad horizontal. No es este, sin embargo, el caso de la Ley puertorriqueña, que expresa con suma claridad que la propiedad horizontal solamente se origina mediante un acto documentado. Acto jurídico, pues, es la naturaleza del fenómeno constitutivo de la propiedad horizontal, que atribuye título en la misma.

En efecto, no es dable admitir las teorías que, desde un plano simplemente formalista, configuran la propiedad horizontal como un mero proceso de formalización, en sí mismo determinante del régimen especial, ya que esa mera formalidad es rechazada por el artículo 2 de la Ley, que reclama una expresión de voluntad, que se impone bajo la forma concreta de *declaración*, con exclusión, pues, de los comportamientos (75). Hay

(75) Sobre la distinción, VÁZQUEZ BOTE, *Derecho civil*, 1, vol. 2.º, págs. 202 y sigs

formalismo, sí, porque el acto, como todo acto, lo reclama; y porque la Ley previene una formalidad *ab solemnitate*. Pero ese formalismo no es sino la exteriorización de una realidad: la voluntad del sujeto dirigida a un fin concreto.

Tampoco cabe aceptar la tesis negocial para definir la constitución de la horizontalidad, ya que, aunque la Ley no excluye el negocio como modalidad, también es cierto que considera suficiente un acto jurídico para que surja el régimen especial que se implica. Este carácter, suficientemente actual y eventualmente negocial del título constitutivo, está claramente determinado en el citado artículo 2 de la Ley, al indicar el mismo que el régimen puede aplicarse al conjunto de apartamentos y elementos comunes “cuyo *titular único*, o titulares todos, declaren expresamente su voluntad de someter el referido inmueble al régimen establecido en esta Ley” (énfasis suplido).

La fórmula, es obvio, presupone la posibilidad de acceder a la propiedad horizontal mediante negocio jurídico; pero reclama, simplemente, un acto para lograr ese fin. Que ese acto sirva como regla de solución de conflictos o no, es algo en que la Ley no entra, remitiéndolo a las particulares soluciones vitales.

La Ley estima, pues, suficiente el acto, pero reclama también su constatación registral y registración correspondiente: “... haciéndolo constar por escritura pública e inscribiendo éste en el Registro de la Propiedad” (art. 2, párrafo primero, *in fine*, de la Ley).

La distinción tiene interés, interés que resalta FERNÁNDEZ MARTÍN-GRANIZO (76), en función de que, por el acto, *nace* la propiedad horizontal; mientras que la documentalización, *constituye* el régimen especial. En otros términos, cabe hacer nacer la propiedad horizontal sin necesidad de documentación especial alguna (con eficacia, pues, *inter partes*, conforme con el art. 1.230 CC, en relación con el art. 1.231 del mismo cuerpo legal) (77). Pero los efectos típicos y propios de la horizontalidad solamente se alcanzan con la documentación en escritura pública y la ulterior

Para una exposición de las diversas teorías, FERNÁNDEZ MARTÍN-GRANIZO, *op. cit.*, págs. 225 y sigs., y las referencias allí incluidas.

(76) *Op. cit.*, pág. 227, nota 249

(77) Artículo 1.230 del Código Civil: “Los contratos serán obligatorios, cualquiera que sea la forma en que se hayan celebrado, siempre que en ellos concurran las condiciones esenciales para su validez”; artículo 1.231 del Código Civil. “Si la Ley exigiere el otorgamiento de escritura u otra forma especial para hacer efectivas las obligaciones propias de un contrato, los contratantes podrán compelerse recíprocamente a llenar aquella forma desde que hubiese intervenido el consentimiento y demás requisitos necesarios para su validez”. Al respecto, mi trabajo “Sobre el artículo 1.279”, Código Civil, en *RGLJ*, núm. 6, diciembre 1970, 2.ª ed., tomo LXI, págs. 825 y sigs.; también, “Forma de los contratos”, *Revista Notarial de Buenos Aires*, núm. 802, 1972, págs. 823 y sigs.

registración de ésta en el Registro de la Propiedad. Con la registración surge el régimen especial, a partir de cuyo momento, “los apartamentos (...) podrán individualmente transmitirse y gravarse y ser objeto de dominio y posesión y de toda clase de actos jurídicos o *mortis causa*, con independencia del resto del inmueble de que formen parte, y los títulos correspondientes serán inscribibles en el Registro de la Propiedad...” (art. 4 de la Ley). A partir de ese momento, el acto constitutivo se convierte en verdadero título constitutivo de la propiedad horizontal (78).

B) TÍTULO DE CONSTITUCIÓN

a) *Concepto*

El acto constitutivo, debidamente documentado en escritura pública y registrado, genera el título constitutivo de la propiedad horizontal; es a partir de ese momento que el titular puede ejercitar los derechos característicos de este régimen especial frente a terceras personas, quedando sometidos al haz de obligaciones inherentes a la horizontalidad.

Omite el legislador la referencia al título constitutivo. En diversos artículos se alude al titular o titulares, y solamente el artículo 4 hace referencia a los “títulos correspondientes” a los apartamentos en horizontalidad. Con ello, evita, ciertamente el problema que FERNÁNDEZ MARTÍN-GRANIZO apunta para el Derecho español (79), en el sentido de que no es dable pretender un concepto del título constitutivo legalmente

(78) Por ello, escribía en otro lugar que “una vez se ha acordado someter el inmueble al régimen de propiedad horizontal, procede inscribir dicha modalidad en el Registro de la Propiedad. A tal fin, conviene advertir que aunque de una lectura rápida de la Ley pudiera deducirse que en los supuestos de propiedad horizontal la inscripción es jurídicamente obligatoria, no existe tal obligatoriedad. Es verdad que si la finca estaba ya inscrita en el Registro bajo el régimen común al acordarse el sometimiento al régimen de propiedad horizontal, los interesados acudirán al Registro, pero sólo por ser ésta su conveniencia —ya que en otro caso el inmueble quedaría sometido al régimen ordinario a efectos registrales—, no porque la Ley imponga la inscripción con carácter obligatorio. Inscribir el inmueble como sometido al régimen de propiedad horizontal será consecuencia de la conveniencia en disponer de los apartamentos diversos, ya que en otro caso se reputarán, a efectos registrales, como un elemento del inmueble todo. *Mutatis mutandi*, el fenómeno es similar al de la división de la finca; ésta puede dividirse y la división vale, sin necesidad de inscribir la división; pero no será posible disponer registralmente de las partes resultantes si no consta la división en los libros registrales. Ahora bien, y es conveniente aclararlo, puede existir la propiedad horizontal fuera del Registro” (*Elementos*, cit., págs. 354-355).

(79) *Op. cit.*, págs. 221 y sigs

determinado, correspondiendo completamente al intérprete su precisión. De otro lado, es más claro el artículo 2 de la Ley que el texto de su homónima española, lo que facilita sensiblemente la labor hermenéutica.

¿Es dable distinguir un *título constitutivo estricto* y un *título constitutivo amplio*? FERNÁNDEZ MARTÍN-GRANIZO plantea la cuestión (80) aludiendo al conjunto de requisitos mínimos que deben constar en la escritura pública constitutiva de la horizontalidad (supuesta la inscripción subsiguiente), frente a la posibilidad de ampliar el conjunto de datos informativos, que la Ley remite a los pactos particulares. Con ello, da la impresión de que se pretende actualizar, en tema de propiedad horizontal, una distinción ya superada por la doctrina moderna, entre elementos esenciales y naturales (81), sin más trascendencia que ser una distinción escolástica. Desde un punto de vista práctico, y técnico jurídico, es suficiente con matizar cuáles son los requisitos mínimos necesarios para que surja la propiedad horizontal, con independencia, dentro de una teoría general, de cualesquiera otros, que, en el caso concreto, devendrán tan fundamentales como los presupuestos normativos. De ahí el acierto del legislador al redactar el artículo 22 en términos tales, que deja la puerta abierta a los interesados para fijar libremente lo relativo a la administración del inmueble, y “cuanto más se refiera al inmueble y sea de interés hacerlo constar”, ello con sujeción, claro es, a otras restricciones fijadas directamente en la misma Ley o en disposiciones complementarias.

De aquí que el contenido mínimo necesario queda circunscrito a:

1.º “Descripción del terreno y descripción general de lo allí construido, con expresión de sus áreas respectivas y materiales de construcción” [art. 22.a)].

2.º “Descripción de cada apartamento y número de cada uno, con expresión de sus medidas, situación, piezas de que conste, puerta principal de entrada y lugar con el cual inmediatamente comunique, y demás datos necesarios para su identificación” [art. 22.b)].

3.º “Descripción de los elementos comunes generales del inmueble y, en su caso, de los elementos comunes limitados a cierto número de apartamentos, con expresión de cuáles sean esos apartamentos” [art. 22.c)].

4.º “Indicación clara del destino dado al inmueble y a cada uno de sus apartamentos” [art. 22.d)]; precepto que debe relacionarse con el artículo 2, párrafo tercero, conforme al cual “la escritura que establezca el régimen de propiedad horizontal expresará clara y precisamente el uso a que será destinada toda área comprendida en el inmueble, y una vez fijado

(80) *Op. cit.*, págs. 235-236

(81) Ver VÁZQUEZ BOTE, *Derecho civil*, I, vol. 2.º, págs. 192 y sigs.

dicho uso sólo podrá ser variado mediante el consentimiento unánime de los titulares”.

5.º “Valor de la totalidad de apartamentos en el inmueble, en moneda de curso legal y valor de cada apartamento en la misma moneda, fijándose de acuerdo con estos valores el porcentaje que tengan los propietarios en los gastos, ganancias y derechos sobre los elementos comunes [art. 22.e)]. Aparte de ese porcentaje, debe fijarse asimismo la cuota o porcentaje al que se refiere el artículo 8, que es el equivalente al que representa el valor del apartamento en el valor de la totalidad de apartamentos del inmueble (82).

b) *Carácter*

De lo indicado, es claro que el título constitutivo no puede ser analizado a la luz de la dicotomía acto legal-acto convencional. Que su naturaleza de acto jurídico es clara, resulta por el hecho de que el legislador no impone la propiedad horizontal en caso alguno. Aquí, como es norma de Derecho privado, el legislador se limita a prevenir los presupuestos para que la intención particular pueda ser eficaz jurídicamente; pero se remite a los mismos particulares y a la intención y voluntad de éstos, para que surja la horizontalidad o no. Tal afirmación debe sustentarse incluso antes las facultades que el capítulo V de la Ley otorga a la administración pública para intervenir en determinados casos en situaciones previas al nacimiento de la propiedad horizontal (cfr. art. 49 de la Ley).

Ciertamente, pretender distinguir hoy día lo convencional de lo legal, partiendo de la base de que aquéllo tiene su origen en la voluntad particular y esto en la de la Ley, como si entre voluntad particular y Ley no hubiese relación alguna, es ignorar el comportamiento del Derecho respecto de la realidad social (83). Menos acertado resulta confundir la tipicidad legal con la tipicidad social, porque la tipicidad social sólo es jurídica cuando el Derecho la acepta en cuanto tal. Y querer traer a colación estos pseudoproblemas en tema de naturaleza del título constitutivo es, cuando menos, perder tiempo en puntos que, así tratados, no llevan a parte alguna (84).

Acto jurídico, insisto, es el título constitutivo; sin perjuicio, ciertamente, de que, en múltiples ocasiones, pueda ser un negocio jurídico. Lo que no significa atribuir diversa naturaleza a un mismo fenómeno, sino adscri-

(82) Ver *infra* al tratar los porcentajes de valor y de cuota de mantenimiento

(83) BETTI, *Teoría general del negocio jurídico*, págs. 39 y sigs.

(84) Véase FERNÁNDEZ MARTÍN-GRANIZO, *op. cit.*, págs. 237-243.

birle, en cada caso, a su tipo concreto. En aquellos casos en que la propiedad horizontal se determina por el solo titular, quizá pueda existir, en el caso concreto, negocio jurídico; pero, inicialmente, solamente existe un acto. Por el contrario, en aquellas situaciones en que un conjunto de copropietarios constituyen propiedad horizontal sobre el inmueble, es manifiesta la presencia de un negocio jurídico. Bien entendido que ese negocio jurídico no esconde un posible contrato previo a la constitución de la propiedad horizontal, sino que es un negocio directamente dirigido a constituir la horizontalidad (85).

C) CONSTITUCIÓN. PREHORIZONTALIDAD. MODIFICACIÓN (85 bis)

No existe en Puerto Rico como problema el que, para el Derecho español, se apunta por FERNÁNDEZ MARTÍN-GRANIZO, acerca de las situaciones fácticas de "horizontalidad", que, por no estar jurídicamente documentadas, no quedan sujetas al especial régimen jurídico. No existe el problema porque, o dichas situaciones encajan perfectamente en la normativa del artículo 330 del Código Civil o, de tampoco quedar afectados por ellas, nos encontraríamos ante una situación normal de comunidad, siendo de aplicación los artículos 326 a 340 del Código Civil. La solución así viene impuesta por el artículo 2 de la Ley especial, que solamente reclama competencia cuando el titular único o los titulares todos de un inmueble "declaren expresamente su voluntad de someter el referido inmueble al régimen establecido" en dicha Ley especial. Por lo tanto, si tal voluntad no se expresa, no existe propiedad horizontal, sino propiedad de casas por pisos o comunidad de bienes.

FERNÁNDEZ MARTÍN-GRANIZO (86) se muestra renuente a la aplicación de la normativa de la comunidad de bienes "ya que lo esencial en esta 'situación de hecho' no es la copropiedad sobre los 'elementos comunes', sino la propiedad privativa sobre los pisos y locales" No es serio el argumento, porque en situaciones de hecho en que no cabe acreditar propiedad privativa alguna (para lo cual es menester ajustarse a las exigencias jurídicas concretas), es menester buscar el tipo legal más adecuado y próximo.

(85) FERNÁNDEZ MARTÍN-GRANIZO, *op. cit.*, pág. 242, nota 263, *b*), parece dar por sentado que no hay negocio constitutivo de propiedad horizontal. Acierta al afirmar que la propiedad horizontal puede surgir por acto (que él califica de *real*, fáctico, calificativo que sobra, pues todo acto considerado jurídicamente es real) o por negocio; pero me parece que por seguir muy de cerca las tesis que parece criticar (en concreto la de MONEDERO GIL) se pierde con ellas.

(85 bis) La prehorizontalidad se trata, en extenso, *infra*

(86) *Op.cit.*, pág. 246.

Y, salvo inventarse la aplicabilidad del criterio de cuotas de la horizontalidad, para lo cual no hay fundamento alguno, solamente resta aplicar los criterios legales, es decir, los de comunidad de bienes, o los de propiedad de casas por pisos en concreto.

Así las cosas, el acto de constitución de propiedad horizontal puede efectuarse en cualquier momento, ya que la Ley no establece impedimento alguno y, por el contrario, favorece ampliamente la difusión del régimen especial (art. 47, párrafo segundo).

Ese acto constitutivo tiene carácter completo, así objetivamente como, en cuanto posible, subjetivamente.

Es un acto objetivamente complejo desde el momento en que, para que surja el régimen especial (título de la horizontalidad), la Ley reclama la expresión de una voluntad al respecto del o de los interesados; que esa voluntad se manifieste documentalmente en escritura pública, y que esa escritura se inscriba en el Registro de la Propiedad.

Y es un acto que puede presentarse como subjetivamente complejo si, siendo varios los titulares del inmueble, todos menos uno o algunos emiten su declaración correspondiente, en escritura pública, e incluso proceden a inscribir; si bien la eficacia de la debida expresión de voluntad por el o los interesados que no han intervenido (espíritu del artículo 533 CC).

El titular único o los titulares todos, unánimemente de acuerdo en este caso, deben entonces proceder a documentar el acto, culminándose éste con la inscripción.

a) *Constitución y prehorizontalidad*

A) Es frecuente que la persona llamada a constituir el régimen de horizontalidad, persona física o jurídica, reclame de los futuros titulares en propiedad horizontal algunas ventajas económicas, o de diversa índole, cuya garantía no suele ser de contenido y alcance reales, sino meramente obligacionales. Los promotores de inmuebles, constructores, financiadores, suelen encontrarse en una posición jurídicamente más cómoda y segura que el conjunto de compradores individualmente considerados. Como quiera que su garantía estriba en recibir el título en la horizontalidad, y ese título sólo les será entregado mediante el transcurso de un lapso de tiempo, durante el mismo es claro que las cantidades entregadas a cuenta no quedan garantizadas. De más está indicar que, siendo el mercado inmobiliario de carácter oligopolístico, el consumidor, adquirente o comprador se encuentra en inferior condición.

Esta situación, que en la doctrina argentina se conoce con la precisa denominación de *prehorizontalidad*, genera múltiples problemas. En al-

gunos países, se reclama a los promotores la apertura de cuentas bancarias especiales, debidamente garantizadas, que aseguran a los consumidores que, en caso de no poder advenir a la horizontalidad, al menos las sumas entregadas les serán reembolsadas (siquiera sufran ellos la pérdida del valor adquisitivo); otros países regulan seguros especiales al efecto. ¿Cuál es la solución que aporta la Ley de Propiedad Horizontal?

Dos son las soluciones aportadas por la Ley. La primera, de carácter formal jurídico, se contiene en el artículo 5 de la Ley, a cuyo tenor “en los casos de transmisión o gravamen de un apartamento proyecto y no comenzado a fabricar, se entenderá adquirida por el nuevo propietario, o gravada la participación que corresponde al transmitente o, en su caso, al deudor, en los elementos comunes del inmueble en proyecto y el derecho que tenga a que se le construya el apartamento entendiéndose subrogado el adquirente en el lugar y grado de aquél, a todos los efectos legales”. Digo que la solución es formal jurídica porque puede surgir la situación que impida actuar la eficacia del artículo 5: piénsese, simplemente, que el apartamento proyectado nunca se construya, por quiebra del constructor, etc. Piénsese, igualmente, que siendo normal construir con financiación ajena, el financiador adquiere refacción en los construido, o hipoteca del solar y todas las mejoras que en él se hagan; con lo cual al consumidor tampoco se le posibilita invocar el artículo 5 de la Ley. De otro lado, ¿qué garantía real podría tener un apartamento proyectado?

La segunda solución se fija en el artículo 49, que otorga facultades delegadas al Departamento de Asuntos del Consumidor para “proteger los intereses de los adquirentes de apartamentos durante el período de la administración del titular que somete el inmueble al régimen de propiedad horizontal...” [art. 49.f)]. Será, pues, menester esperar a ver cómo el indicado Departamento asume la protección de esos intereses, lo cual ciertamente, podrá realizar mediante los clásicos Reglamentos administrativos que nada dicen, debiendo recurrir, en cada caso, a decisiones particulares y concretas.

No se aporta, pues, solución alguna a estas situaciones de prehorizontalidad. En todo caso, el consumidor deberá esperar que le den la solución, sin poder prevenir él mismo la garantía de sus derechos. No critico la situación, a la que hemos llegado como consecuencia del abuso que los impulsores de esta modalidad de edificación han instaurado. Pero sí es de lamentar que, nuevamente, el Derecho privado sea limitado en su eficacia, para remitirla al Derecho público. Porque esto no significa que, en última instancia, los intereses privados quedan pendientes de una orientación política.

B) Lo que sí aporta la Ley, frente a su antiguo texto, es el procedi-

miento que debe seguirse para que el titular único actúe la aparición del título de horizontalidad. Pero también en esto es incompleta la Ley, pues omite toda regulación en la fase de transición, de la prehorizontalidad a la horizontalidad, y parte del presupuesto, que inscrito el inmueble bajo el régimen especial, lo que se produce es una simple transferencia del título a cada uno de los componentes de la horizontalidad y por parte del titular único.

A aquella situación alude el artículo 36.A aplicable, ciertamente, tanto a las situaciones en que existe un único titular físicamente considerado (persona física o persona jurídica), como cuando existen varios titulares en situación de prehorizontalidad. Establece el precepto una pauta similar a la vigente para los promotores de sociedades anónimas en múltiples países:

“El titular o los titulares que sometan el inmueble al régimen de la propiedad horizontal asumirán la administración inicial del inmueble, con todos los poderes y deberes que esta Ley confiere e impone, y los que el Reglamento confiera e imponga al Director o a la Junta de Directores, al Presidente y al Secretario...” De este párrafo se deduce que el legislador supone la existencia de la horizontalidad, pendiente la transmisión de cada apartamento a su adquirente. Con ello queda garantizada la irresponsabilidad de tales promotores, quienes, obviamente, en el contrato de venta se encargarán de obtener el respectivo consentimiento del adquirente para todo lo hecho. Es curioso cómo, allí donde se explica el paternalismo, el legislador lo elude; y allí donde no hace falta, lo impone meticulosamente.

Como vamos a ver de inmediato, no se crea que el precepto reclama una actuación conjunta de los titulares adquirentes de los apartamentos, para asumir las responsabilidades, derechos y deberes de los promotores de la horizontalidad; no. La actuación colectiva está prefijada en la Ley solamente para el hecho formal del traspaso de la administración del inmueble. Nada más.

“El traspaso de la administración se efectuará —continúa el párrafo primero del art. 36.A—:

1. Tan pronto los titulares elijan a las personas que estarán a cargo de la administración en una reunión extraordinaria que podrá ser convocada en cualquier momento por cualquiera de los titulares de los apartamentos inscritos como fincas filiales.

2. Tan pronto los titulares elijan a las personas que estarán a cargo de la administración en una reunión extraordinaria que podrá convocar el titular que sometió el inmueble al régimen de propiedad horizontal una vez se haya segregado y enajenado (*sic*) más de la mitad de los apartamien-

tos suficientes para que al sumar los porcentajes de participación atribuidos a éstos, el resultado exceda el cincuenta y uno por ciento.

En la reunión en que los titulares habrán de elegir las personas que ocuparán los cargos directivos, el titular o los titulares que hasta ese momento hayan estado a cargo de la administración deberán entregar al Consejo de Titulares los libros de cuentas de la comunidad debidamente auditados y certificados por un contador público autorizado independientemente, así como todos los fondos de la comunidad que tengan en su poder.

Ningún contrato otorgado durante el período en que la administración del inmueble estuvo a cargo del titular que sometió el mismo al régimen de propiedad horizontal vinculará al Consejo de Titulares, a menos que los titulares, por voto mayoritario, ratifiquen dicho contrato.

Este artículo se interpretará restrictivamente en protección de los derechos de los titulares”.

El precepto es largo, reiterativo, farragoso, confuso, incompleto y, además, deja la puerta abierta para una irresponsabilidad absoluta del titular o titulares promotores de la horizontalidad. En efecto, bastará que se vendan apartamentos equivalentes al cincuenta y uno por ciento de las cuotas proporcionales, para que el promotor de la horizontalidad (normalmente, persona jurídica) consiga, vendiéndose a sí mismo bajo otra personalidad (la que físicamente tenga) una apartamento, obtener la mayoría necesaria, convocar en forma tan anómala, aprobar lo hecho y... seguir vendiendo (dado el juego de mayorías de los arts. 36.A y 37).

¿Hasta qué punto podrá impedir el párrafo último del precepto una frustración de los legítimos intereses de los consumidores? Me temo que su eficacia no será tan conveniente como sería menester, pues, para ello, habría que introducir el texto de la Ley, por vía de interpretación, una auténtica garantía, lo que no aparece por ninguna parte, ni, presumiblemente, preocupó al legislador. Por poner un ejemplo concreto, que sí pensó el legislador. ¿cómo se solucionará el conflicto entre un inquilino, a quien el titular promotor de la horizontalidad le alquiló un apartamento, con la norma contenida en el párrafo tercero del artículo 36.A, acerca de la ineficacia de los contratos celebrados por el promotor de la horizontalidad, y con la previsión del artículo 49.d), otorgando al Departamento de Asuntos del Consumidor facultades para proteger a los inquilinos, aparte de la Ley de alquileres razonables? Porque el arrendamiento es acto de administración (ciertamente que fuera de las facultades inherentes al Consejo de Titulares), y, como contrato, encaja en las hipótesis, tan inocentes, del artículo 36.A.

Es claro, que al legislador se le han escapado los aspectos más intere-

santes de la prehorizontalidad, e incluso los de la horizontalidad con *prehorizontalidad fáctica* (por llamarlo de algún modo).

C) De otro lado, y ya desde el punto de vista formal, ¿cómo debe actuar el titular único o titulares varios, para constituir el título de horizontalidad, en el caso de venta de un edificio no sometido a la misma? La hipótesis no ofrece problema alguno, por cuanto se actuará como en cualquier situación normal de venta, procediendo a efectuar la oportuna declaración de sujeción al régimen especial, documentándola debidamente, y procediendo a su registración.

Pero, es frecuente en la práctica la compra de apartamentos en edificios no contruidos sino proyectados. ¿Cabe, entonces, la constitución en horizontalidad? La duda se presenta ante el artículo 5 de la Ley, que se refiere a la transmisión o gravamen (*sic*) de un apartamento proyecto y no comenzado a fabricar. Dejando de lado el lapsus del legislador, que alude a una figura no conocida en el Ordenamiento (gravamen sobre cosa inexistente), y que se explica fácilmente por suponer simplemente la *extensión objetiva* futura de un derecho real (refacción o hipoteca, normalmente), debe concluirse que no existe en la Ley base alguna para aceptar que es posible la horizontalidad, considerada como título constituido y existente, en apartamentos proyectados. Cualquier formalización jurídica de tal fenómeno solamente puede considerarse como una contratación de futuro, sin carácter real alguno, luego sin posibilidad de hablar en este caso de régimen horizontal debidamente constituido. A esta conclusión se llega, no solamente por vía del artículo 2, que presupone la existencia física de los apartamentos, sino en base al artículo 8, en el que, contrastando sus párrafos primero y segundo, se determina con suma claridad, que una cosa son los cálculos y proyecciones, y la expresión y existencia de la propiedad horizontal. Y, finalmente, el propio artículo 28, que, al tratar de la inscripción en detalle, indica, respecto de las obras proyectadas y comenzadas, la necesidad de que se declare su terminación en escritura pública e inscripción en cada folio de finca filial. Solamente con esta declaración inscrita puede hablarse de constitución del título de propiedad horizontal. Todo ello se explica porque, como veremos en su momento oportuno (87), la inscripción registral tiene en tema de horizontalidad carácter necesario de su eficacia real.

b) *Modificación*

La Ley contempla varias situaciones que implican la modificación del título constitutivo, si bien no es prolija en la determinación del procedi-

(87) Ver *infra*.

miento para ello, en orden a la eficacia de la modificación misma. Incluso, cabe aceptar, que, precisando en algunas modalidades el trámite correspondiente, en otras lo da por supuesto o lo ignora.

Varias son las situaciones que implican modificación del título.

1) *Modificación del título por modificación de los porcentajes o cuota.* Nada hay en la Ley que impida modificar el título (frente a una afirmación tajante en contrario, que incluía el proyecto de Ley en su art.8) por modificarse los porcentajes. La tangibilidad de esos está plenamente admitida en el artículo 32.A, por consecuencia de las segregaciones o agrupaciones: “Al menos que la escritura matriz, el Reglamento del inmueble o la Administración de Reglamento y Permisos específicamente lo prohíban, los apartamentos y sus anejos podrán ser objeto de división material... o podrán ser aumentados por agrupación... En tales casos se requerirá... la aprobación del Consejo de Titulares, correspondiéndole al Director o a la Junta de Directores la fijación de los porcentajes o cuotas de participación...”

Consiguientemente, las cuotas pueden modificarse, siempre que concurra el consentimiento de todos los titulares... o sin él.

Efectivamente, aunque por virtud del artículo 21 de la Ley, la referencia a Junta de Titulares debe entenderse como “la totalidad de ellos”, el artículo 32 se conforma con el consentimiento de los afectados y el de los del Consejo, según quórum, lo que significa, que no es imperativa ni imprescindible la presencia de todos.

Y es que, es necesario distinguir diversas modalidades, que permiten alterar los porcentajes: *a)* mediante el consentimiento de todos los titulares que representen la totalidad de los apartamentos, tratándose de “construir nuevos pisos, hacer sótanos o excavaciones o realizar obras que afecten a la seguridad, solidez y conservación del edificio” (art. 18); o por “agregaciones de nuevos pisos o adquisiciones de porciones de terrenos colindantes” (art. 31), o en “segregaciones de porciones de terreno común, transmitidas por la totalidad de los titulares” (art. 32); *b)* mediante el consentimiento de los titulares afectados y el de la Junta de Titulares en decisión tomada con quórum suficiente, por división de apartamentos y anejos, mediante segregación, para formar otra u otras unidades susceptibles de aprovechamiento independiente, o para su agrupación, sin alterarse los porcentajes correspondientes a los otros apartamentos y titulares (art. 32.A), y *c)* por convención negocial al respecto, en que intervengan y consientan unánimemente los titulares todos.

2) *Modificación del título por realización de obras que alteren los porcentajes.* En donde deben englobarse las hipótesis *a)* y *b)*, señaladas en la modalidad indicada antes. Ciertamente, debe concretarse, que, si no

siempre, sí casi siempre las obras que contempla la Ley generará una alteración de porcentajes: *a)* si se agregan nuevos pisos (dejando de lado la hipótesis de procomunalidad), el prorratio de los elementos comunes sufre automáticamente una modificación, y *b)* la agregación de colindancias como elementos comunes, aunque no tendría que modificar los porcentajes, provoca regularmente tal alteración, dado el criterio legislativo de superficie para fijar los porcentajes.

3) *Modificación parcial o relativa, del título, por división o agrupación de un apartamento o de varios, para formar varios o uno.* Es la hipótesis contemplada en el artículo 32.A. Caben aquí dos situaciones diversas. Que esa modificación, por relativa, altere solamente los porcentajes de los apartamentos afectados, siendo entonces suficiente el consentimiento de los correspondientes titulares y de la Junta de Titulares; o que resulten afectados todos los porcentajes, en cuyo caso la modificación no sería relativa, sino absoluta, y sería exigible el consentimiento de todos los titulares que representan la totalidad de los apartamentos del inmueble.

4) *Modificación del título por alteración de su contenido formal.* De modo muy general, se refiere a esta posibilidad el artículo 36, al requerir la inserción “en la escritura de constitución” del Reglamento para la administración del inmueble “y toda enmienda a los mismos”. Estas modificaciones formales quedan sometidas al criterio de la mayoría de dos tercios (art. 37, párrafo último). Resulta este porcentaje de dos tercios un poco extraño, ya que pueden ser muchas las decisiones tomadas por mayoría (que nada impide sea una auténtica minoría), que resulten perjudiciales para muchos, sin posibilidad alguna de recurso, dados los términos en que se hace vinculante la decisión “mayoritaria”. V.gr., puede ocurrir así con la aprobación de cuentas y contratos celebrados por el titular único que someta el inmueble al régimen de horizontalidad.

3. NACIMIENTO DE LA HORIZONTALIDAD

La propiedad horizontal, como cualquier derecho de contenido real, reclama una situación fáctica que explique las consecuencias jurídicas predeterminadas por la norma. FERNÁNDEZ MARTÍN-GRANIZO (88), distingue a este respecto entre unos elementos fácticos y una presuposición legal. Aquéllos vienen determinados por la existencia de un edificio, terminado o, al menos, iniciada su construcción, dividido en pisos o locales susceptibles de aprovechamiento independiente por tener salida propia a

(88) *Op. cit.*, págs. 257 y sigs.

un elemento común del edificio o a la vía pública, que pertenezcan a diversos propietarios; ésta se concreta en el otorgamiento del título constitutivo.

Distingue, así, el citado estudioso, realmente, la existencia de la propiedad horizontal de su legitimación jurídica. La existencia deriva de unos hechos innegables (edificio, etc.); la legitimación, por el otorgamiento del título constitutivo, que permite a esa realidad acogerse a un especial régimen jurídico, la *horizontalidad*, cuyo efecto es ser los apartamentos objetos individualizados e independientes de tráfico.

Iguals conclusiones pueden afirmarse para el Derecho puertorriqueño, si bien es menester precisar algunas diferencias de detalle, que hacen incompatibles las situaciones puertorriqueña y, casi, universal, provocando, en verdad, dos sistemas jurídicos diametralmente opuestos en la forma.

A) LOS ELEMENTOS FÁCTICOS

a) *El inmueble o edificio. ¿Un cubo de aire?*

Se indicó antes (89), que la Reforma de 1976 ha sustituido la palabra *edificio* por el término *inmueble* en casi todos los artículos de la Ley, excepto en el artículo 18, en que subsiste la expresión *edificio*, lo que permite reconducir a este concepto los aparentes homónimos (?) de “lo construido” o “el inmueble”.

Por ello, puede afirmarse, que el primer elemento fáctico para que nazca la propiedad horizontal es, ciertamente, la existencia de un edificio, y, además, multipisos. Porque la legislación especial tiene sentido, al regular los *límites horizontales* del dominio (no contemplados en el Código Civil), siendo innecesaria para regular los *límites verticales*, inherentes a cualquier inmueble, materia que está totalmente regulada en dicho Código. Porque, contra lo que ha podido pensar PALMIERO, la propiedad horizontal no debe llamarse vertical porque se refiere a edificios o construcciones verticales, sino por la delimitación de planos, lo que es muy distinto.

Ahora bien, mientras que en casi todos los países se reclama el edificio como realidad (que esté terminado en su estructura o, al menos, comenzando), son Puerto Rico y Brasil (90), los países que admiten, al menos aparentemente, que un edificio meramente proyectado sea fundamento

(89) Ver *supra*.

(90) Ley de Propiedad Horizontal de Brasil (art. 9) de 1964, modificada en 1965.

fáctico de la horizontalidad. Así lo aceptaba expresamente el reformado artículo 8 de la derogada Ley Hipotecaria y lo ratificaba el artículo 26 de la antigua Ley de Propiedad Horizontal (91); que parece sustentar el actual texto vigente (arts. 5, 9 y 28).

Sin embargo, no debemos engañarnos por tal aparente novedad, ya que ese edificio proyectado, que parece latir constantemente como un factor de la horizontalidad, resulta, a la hora de la verdad, que no es sino una simple expresión, desafortunada, sin trascendencia alguna; por cuanto el fundamental artículo 27, no alterado en la Reforma de 1976, afirma rotundamente, en su párrafo tercero, que “mientras las obras no estén comenzadas sobre el suelo del respectivo apartamiento, no podrá inscribirse éste como finca filial o independiente”.

Para el Derecho anterior a la Reforma Hipotecaria, hay que reconocer, que aquel artículo 8 decía lo contrario que el texto de la Ley especial de Horizontalidad; pero siendo la Ley que reformó el artículo 8 de la legislación hipotecaria del año 1951 (92) y la Ley de Propiedad Horizontal primigenia de 25 de junio de 1958, había que estimar, que aquel citado precepto de la Ley Hipotecaria no era norma complementaria de la horizontalidad, sino expresamente derogado por el legislador para el régimen especial de horizontalidad; siendo, pues, susceptible de aplicarse solamente a la propiedad de casa por pisos proyectados (!), en tanto en cuanto lo autorizase el Código Civil.

Consiguientemente, lo único que cabe plantearse es: ¿puede ser objeto de inscripción un edificio proyectado, sin poder ser objeto de hoja independiente los apartamentos de ese mismo proyecto? Si la respuesta es positiva, es claro que la inscripción del edificio proyectado sólo es susceptible de inscripción como finca matriz. Y esa inscripción matriz está, es claro, correspondiendo al solar, que es la única realidad. Todo lo demás no será sino... humo y trabajo para el Registrador, a la vez que confusio-nismo registral, ya que en el Registro daremos cabida a un cúmulo de descripciones y planos que a nada responden y que carecen de eficacia real (93).

A esta solución llegan muchos países por el sencillo procedimiento de negar el acceso al Registro de los simples proyectos.

(91) La Ley era contradictoria en sí misma. Definía el apartamento como “la construcción”, pero admitía un apartamento que no fuese tal al aceptar el proyectado como real (arts. 5 y 26).

(92) Ley 422, de 13 de mayo de 1951.

(93) Ver *infra* (al tratar de las circunstancias de inscripción). La tesis de que el Registro de la Propiedad debe reflejar la realidad inmobiliaria parece, pues, sustituirse por el concepto de Registro como un globo (o “bomba”), que más se hincha cuanto más se le pone..., hasta que estalle.

La única razón que puede explicar la contradicción del texto legal, referirse a apartamento proyectado y negarle la inscripción independiente, puede hallarse en dos factores: *a)* uno, de carácter ajeno al Derecho, y *b)* otro, jurídico, pero no técnico jurídico, cual es la incidencia del seguro de títulos norteamericanos.

En efecto, como la financiación de la construcción es sólo inicialmente de capital local, cediéndose inmediatamente las hipotecas a entidades norteamericanas, éstas tienen asegurada su inversión en razón de varios factores: 1.º El *mortgage* anglosajón norteamericano tiene eficacia semi real desde la fecha de la escritura, esté o no registrado en los archivos inmobiliarios, surgiendo, así, en el marco puertorriqueño, como una hipoteca tácita al modo del siglo XVII (para cuya evasión se constituyó el moderno sistema registral). 2.º Ese *mortgage* está garantizado por un seguro de valor. 3.º Es verdad, que si un apartamento proyectado no se construye, no habrá ejecución; pero como los Tribunales norteamericanos tendrían entonces la última palabra, el inversionista norteamericano difícilmente asumiría riesgos reales. 4.º Mientras esto llega, y como los apartamentos suelen construirse, los bancos y financieras locales lanzan —en la hipótesis del edificio proyectando— sumas fabulosas de humo, que les sirven, sin embargo, contablemente para determinar su magnífico estado financiero. 5.º Finalmente, es obvio, que la única hipoteca existente, sobre el solar, permite convencionalmente la extensión objetiva. Y como, quien financia la construcción, solamente paga las obras cuando están certificadas a y en su término, total o parcial, a la hora de la verdad no hay apartamento o edificio proyectado, y sí una hipoteca que no cubre, naturalmente, el valor total real del solar, sino parte del mismo.

Este proceso, que es normal en cualquier parte, se complica formalmente en Puerto Rico, quizá por la tendencia del legislador a creer, que con sólo poner en Ley su voluntad ésta se convierte en realidad; aunque la única realidad sea el confusionismo que se genera. Y la otra razón puede ser, que urgido en atender los reclamos de las presiones de fuertes sectores financieros, que reclaman soluciones jurídicas al estilo del Derecho norteamericano, el legislador puertorriqueño *no sabe darles traslado a su sistema jurídico*: surgen así las varias hipotecas de igual rango y demás monstruos jurídicos.

Y no es, que resulte impertinente considerar que el apartamento proyectado no pueda ser objeto de derecho real, base de horizontalidad y, por todo ello, inscribible. Al contrario.

El tema guarda íntimas relaciones con la prehorizontalidad, es decir, respecto de la garantía que ha de darse al comprador que adelanta todo o parte del precio para adquirir un apartamento aún no construido; riesgo

que, pudiendo darse en cualquier compraventa, se destaca en la adquisición de pisos en edificios de múltiples plantas (regularmente destinadas al régimen horizontal; y de ahí su designación, *prehorizontalidad*). La razón del problema, la tendencia en los Códigos a configurar la cosa no presente físicamente como cosa futura, configurando, pues, su adquisición como compraventa de cosa futura, que otorga un derecho de crédito al comprador, pero no le atribuye derecho real. Consiguientemente, cuando el proyecto de edificación se frustra, el comprador ve perder el dinero adelantado y no recibe nada en cambio; regularmente, al ser la constructora una persona jurídica (frecuentemente, enmascarada a través de otras entidades corporativas: una, que ofrece en venta o promociona; otra, que percibe los adelantos; una tercera, que construye y vende a una cuarta, que vende los apartamentos a los consumidores), se evade su responsabilidad.

Técnicamente, el problema estriba en configurar el *cubo de aire* que todo apartamento significa en su proyección, como *cosa presente*, respecto de la cual el comprador adquiere, desde que adelanta un pago inicial, el título de un derecho real, el de dominio. Obviamente, dos factores intervienen para llegar a una solución *de lege data*: que el ordenamiento jurídico vigente en un país y en un momento dados no impida tan conclusión; debiendo llegarse a ella por una auténtica hermenéutica jurídica y no por el recurso a vagos criterios, como el progreso económico, la razonabilidad, etc.

En general, los Códigos decimonónicos no se plantearon el problema y sus normas parecen presuponer en la noción de cosa una realidad tangible y delimitada. Pero no es menos cierto, que no les resulta extraño a dichos cuerpos legales una noción de cosa *convencionalmente delimitada*: la vaca se define por sí misma, pero no el rebaño; ni la finca, etc.

Regularmente, las legislaciones sobre horizontalidad reclaman un edificio como presupuesto del régimen especial. Pero no suelen especificar que sea el edificio, siendo doctrina y jurisprudencia quienes han inculcado en tal expresión la noción de su terminación o, al menos, construcción iniciada. Cual ocurre en Derecho puertorriqueño, que nos ofrece en el artículo 3 de la Ley de Propiedad Horizontal un concepto de apartamento correspondiente con el concepto de *cubo de aire*, que rechaza en su artículo 27, párrafo tercero.

La oposición a aceptar el cubo de aire como cosa base de un derecho real dominical suele manifestarse, regularmente y de modo paradójico, con la invocación del Código Civil en la noción aprehensible de *cosa*, así como en el principio de accesión, cuando no en la presuposición de la relevancia del elemento comunitario sobre el privativo en la propiedad horizontal. Tres postulados que son totalmente falsos. Aparte, se dirá, que

la noción de cosa reclama utilidad (apropiabilidad, susceptibilidad de uso), utilidad que se niega al cubo de aire o apartamento proyectado.

Ciertamente, el concepto cosa reclama ser porción del mundo exterior al sujeto, esto es su individualización. Esa individualización de la cosa reclama, que la misma tenga realidad en el mundo exterior; pero su consideración de *parte* de ese mundo no va referida tanto a una concreción o delimitación espacial de la cosa en sí misma considerada, sino en cuanto es objeto de derechos, en cuanto realidad que tiene existencia fuera del sujeto que pueda pensarla. La noción jurídica de cosa no reclama, pues, *ser distinta* de algo, sino solamente *tener la consideración de distinta*. Lo cual, además, concuerda con la actual conceptualización de las ciencias físicas, que proclaman un *continuum espacio temporal*. Y concuerda tal concepto con la actuación regular de las gentes y la aceptación que hacen los ordenamientos jurídicos: el aire, el agua del mar, pueden ser deslindados, y lo son, como unidades distintas del todo para su aprovechamiento determinado, no empece que no pueda fijarse una delimitación por la propia "cosa" (zonas de aprovechamiento económico, marítimo terrestre, espacio aéreo soberano, servidumbres aéreas de paso, de aterrizaje, etc.).

Aquella utilidad que se reclama porque la cosa debe generarla para el hombre, no significa que dicha utilidad tenga carácter subjetivo, sino objetivo. Cuando se requiere utilidad como característica de la cosa, ciertamente que se emite un juicio valorativo, pero dicho juicio no deriva de una estimación subjetiva (error de MAJORCA), sino que se la lleva a cabo la sociedad, manifestándose en sus individuos. Por ello, una cosa es útil, aunque no resulte tal para determinada persona. Utilidad así entendida que tiene, en palabras de PARETTO, carácter ofélmo. Es una utilidad objetiva, hecha abstracción de la que pueda proporcionar cada cosa a cada sujeto, la que permite fijar claramente el concepto *cosa* más característica, la *mercadería*, en cuanto *útil en sí misma, útil en su uso y útil en su cambio* (MARX). Utilidad que, además, conserva debidamente su diferenciación entre sus implicaciones económicas y sus implicaciones jurídicas (94). Se explica así que distintas cosas físicamente estimadas tengan diversa calificación social y jurídica: que ciertos muebles sean considerados en determinadas sociedades como inmueble (v.gr., la espada, la lanza, el

(94) Se ha de negar acierto a los estudiosos que quieren distinguir cosa jurídica y cosa económica como conceptos dispares si se ha de fundamentar la distinción en que la cosa jurídica necesita de apropiabilidad y la cosa económica requiere accesibilidad. Porque quienes tal afirman parecen olvidar que accesibilidad, en economía y apropiabilidad, en Derecho son lo mismo.

Sin embargo, sí tiene mérito distinguir el concepto económico en función del ámbito más restringido que tiene aquélla, ya que no todas las cosas están en el tráfico ni tienen todas las mismas posibilidades de traficarse.

escudo, entre los germanos) o viceversa (la casa, entre los mismos citados) (95). Es ésta una realidad que se conoce en Roma (96) y que llega hasta nosotros (el buque y la distinta connotación económicosocial que se atribuye a las cosas muebles hipotecables).

De acuerdo con este concepto, ¿es cierto que el *edificio no terminado* no es cosa respecto del Código Civil? ¿Es verdad que el edificio proyectado o no comenzado a construir no es cosa? ¿Que carece de valor o que sólo tiene el propio material de demolición? ¿Puede afirmarse que el edificio proyectado es simplemente cosa futura, y por ello sólo susceptible de reglamentarse en el ámbito obligacional?

1.º *El elemento objetivo de la horizontalidad no es sólo el edificio.*— La circunstancia fáctica, que la propiedad horizontal tenga propio sentido allí donde se erige una construcción de múltiples pisos (idea que se desvirtúa un tanto al extender su régimen a los pisos en edificaciones de una sola planta) puede explicar que, como en el *iceberg*, demos más relevancia a lo que sobresale que a lo que está algo oculto a la vista. La propiedad horizontal no es solamente edificio, es también solar, y es subsuelo, y es vuelo [cfr. arts. 8 y 11 Ley de Propiedad Horizontal (97)].

(95) *Was die Fackel verzehrt, ist Fahrnis*. Ha escrito BIONDI (*Los bienes*, traducción española, Bosch, 1961, págs. 101-102) que “la distinción entre muebles e inmuebles... es intuitiva y no presenta dificultad. Pero la Ley toma en consideración no aquel criterio físico de la movilidad..., sino la importancia social de los bienes, de modo que el lenguaje resulta convencional: son inmuebles precisamente aquellos declarados tales por la Ley... La clasificación tiene una historia. La noción de inmueble que se identifica con el terreno es antigua... Pero como junto al terreno existen también otros bienes y esta categoría se extiende siempre en relación al desenvolvimiento de la economía y de las relaciones sociales, surge la necesidad, que responde a la conciencia social del tiempo, de una clasificación de los bienes según su importancia...”

(96) “El Derecho romano, durante la época clásica (Gai, 2, 14-22), presenta la distinción entre *res Mancipi* y *res nec Mancipi*, que probablemente se refiere a aquella más antigua entre *familia* y *pecunia*, que a su vez se remonta a la distinción entre bienes del grupo y bienes del *pater familias*. Como antiguamente los romanos eran un pueblo de agricultores, entre las *res Mancipi*, o sea, socialmente más importante, enumeraban las cosas atinentes a la agricultura: el suelo, los animales de tiro... *Res nec Mancipi* eran todas las demás cosas...; y así es como el suelo provincial, aun siendo socialmente tan importante como el itálico, está comprendido entre la *res Mancipi*” (BIONDI, *op. cit.*, págs. 102-103).

(97) Artículo 8 de la Ley de Propiedad Horizontal: “El titular tendrá derecho exclusivo a su apartamento y a una participación con los demás titulares en los elementos comunes del inmueble, equivalente al porcentaje que represente la superficie del apartamento en la superficie de la totalidad del apartamento del inmueble. En caso de apartamentos con dos o más niveles se considerará la superficie de cada nivel.”

Artículo 11 de la Ley de Propiedad Horizontal: “Se consideran elementos comunes generales del inmueble:

a) El terreno, el vuelo y toda área destinada a actividades recreativas.

El edificio expresa la posibilidad física de obtener y alcanzarse la finalidad económico social de la horizontalidad, es decir, el apartamento, la suma de apartamentos. Como insiste DE LA CÁMARA ALVAREZ, las Leyes de horizontalidad han sido pensadas —por función en buena medida de su origen y situación histórica— para edificios construidos y en funcionamiento, pero eso no debe significar, que el edificio no terminado no pueda someterse al régimen de propiedad horizontal, concibiendo así una situación prorrogada en el tiempo, en la que, según etapas o momentos, le serán aplicables al inmueble una serie de normas, pero no todas, inherentes al régimen especial de la horizontalidad, hasta que completado —valga la expresión, que no es muy afortunada— el entero presupuesto de hecho de la norma, el régimen especial de propiedad horizontal sea aplicable enteramente.

La razón de la afirmación no es absurda: la propiedad horizontal no tiene como objeto exclusivo del apartamento o parte privativa, ni cabe hablar de coexistencia de dos derechos, uno sobre elementos privativos y otro sobre los comunes, que generan una propiedad privativa y otra que es copropiedad. La horizontalidad atribuye a cada titular un derecho que se proyecta sobre la totalidad del inmueble, siendo diverso su alcance y extensión. Esto es claro en la misma Ley, que no concibe como derecho exclusivo ni absoluto (ese dominio tal proclamado y tan inexistente) el que tiene el titular sobre el departamento, pues son grandes las limitaciones impuestas a su libre actuación, a su aprovechamiento (cfr. arts. 14, 15, etc.) (98), y, en todo caso, no permite hablar seriamente de la existencia de

b) Los cimientos, paredes maestras, techos, galerías, vestíbulos, escaleras y vías de entrada y salida o de comunicación.

c) Los sótanos, azoteas, patios y jardines, salvo disposición o estipulación en contrario (...)"

(98) Artículo 14 "Cada titular podrá usar de los elementos comunes del inmueble conforme a su destino, sin impedir o estorbar el legítimo derecho de los demás. "

Artículo 15: El uso y disfrute de cada apartamento estará sometido a las reglas siguientes:

"a) Cada apartamento se dedicará únicamente al uso dispuesto para el mismo en la escritura a que se refiere el artículo 2.

b) Ningún ocupante del apartamento producirá ruidos o molestias ni ejecutará actos que perturben la tranquilidad de los demás titulares o vecinos.

c) Los apartamentos no se usarán para fines contrarios a la Ley, a la moral y a las buenas costumbres.

d) Cada titular deberá ejecutar a sus únicas expensas las obras de modificación, reparación, limpieza, seguridad y mejoras de su apartamento, sin perturbar el uso y goce legítimo de los demás ni cambiar la forma externa de las fachadas ni decorar las paredes, puertas o ventanas exteriores con colores o tonalidades distintas a las del conjunto.

dos derechos yuxtapuestos (cfr. art. 4) (99), por cuanto el elemento privativo determina, en su disponibilidad, la disposición sobre los comunes, aunque éstos relativicen la amplitud de los aspectos privativos en su actuar administrativo.

Y si la propiedad horizontal tiene como objeto algo más que el edificio, su objeto queda soportado por el solar, que implica subsuelo y vuelo. Por ello, el objeto de la horizontalidad puede estar perfectamente determinado y ser existente si existe el suelo. Esto no significa que el suelo sea elemento esencial de la horizontalidad y el departamento algo accidental, reafirmando la accesión, pues nada tiene que ver lo uno con lo otro. Lo que se trata de resaltar es que el objeto de la horizontalidad puede ser estimado como un todo, integrado por subsuelo, suelo y vuelo, alguna de cuyas partes son objeto de una simple sustitución material, a lo que responde la exigencia de ese edificio. Por eso, "el edificio en construcción e incluso el simplemente proyectado no es una cosa totalmente futura sólo susceptible de constituir el objeto de relaciones obligatorias, sino que es un objeto jurídico en formación. En la medida en que los pisos o partes privativas están integrados dentro del edificio, y el derecho de los copropietarios no tiene como objeto el piso exclusivamente (que en sí no es concebible sino como parte de un edificio), sino que se refiere igualmente a los elementos comunes, de los cuales el primero y principal es el solar, la argumentación vale no sólo para el propietario del terreno, sino para todos los que de un modo u otro entren en relación con él o para quienes adquieren el solar para acometer en conjunto la construcción del edificio" (100). ¿Dudaríamos en afirmar la presencia de un departamento si, en particular situación, el hueco que representa el mismo queda vacío para su total reposición de todos los materiales que lo han formado? Creo que no. ¿Por qué preten-

f) Todo titular deberá observar la diligencia debida en el uso del inmueble y en sus relaciones con los demás titulares y responderá ante éstos por las violaciones cometidas por sus familiares, visitas o empleados y, en general, por las personas que ocupen su apartamento por cualquier título, sin perjuicio de las acciones directas que procedan contra dichas personas.

g) Todo titular u ocupante cumplirá estrictamente con las disposiciones de administración que se consignan en esta Ley, en la escritura o el Reglamento a que se refiere el artículo 36.

(..)"

(99) Artículo 4 "Una vez se haya constituido el inmueble en régimen de propiedad horizontal, los apartamentos expresados en el artículo 3 podrán individualmente transmitirse y gravarse y ser objeto de dominio o posesión y de toda clase de actos jurídicos intervivos o *mortis causa*, con independencia total del resto del inmueble de que forman parte, y los títulos correspondientes serán inscribibles en el Registro de la Propiedad de acuerdo con lo dispuesto en esta Ley y en la Ley hipotecaria." Asimismo, cfr. artículo 8, cit.

(100) DE LA CÁMARA ALVAREZ, *Insuficiencia...*, cit., pág. 73.

derlo entonces respecto de ese edificio, parte componente del objeto de un régimen especial, que con esa visión lo convertimos en el objeto entero?

La circunstancia que puede explicar esa relevancia reclamada para el edificio deriva de que, y es elemental, la horizontalidad tiene sentido y satisface la necesidad económico-social con la presencia de departamentos en un todo inmobiliario, y reclama la determinación de esos departamentos. Subsuelo, suelo y vuelo son parte de la horizontalidad, pero son elementos presupuestos de la misma, que adquiere energía y sentido propio con la suma de departamentos que se exteriorizan en el edificio; del mismo modo que no tiene sentido un vehículo incapaz de desplazarse, no tiene sentido la propiedad horizontal sin departamentos. De ahí que concebir el solar, subsuelo y vuelo como elementos que adscritos a la horizontalidad, la llenan, no nos satisface. Es menester la definición de los departamentos, su determinación plena y, en fin, la convivencia en el inmueble incluso, para que el régimen especial de horizontalidad, porque se identifica con su función económica-social que satisface, surja pletórico.

El Ordenamiento jurídico carece de sentido sin seres humanos plenos, pero se respeta al *nasciturus*, al declarado incapaz, etc., que, jurídicamente, no son seres humanos plenos. Algo parecido nos ocurre con la horizontalidad. “Supuesto que la propiedad horizontal está pensada en función de un edificio —escribe DE LA CÁMARA ALVAREZ (101)—, no parece viable la adscripción de un solar al régimen de dicha institución mientras el edificio no esté perfectamente definido, de modo que pueda saberse *a priori* cuáles serán sus características constructivas y, por tanto, los elementos comunes y las partes privativas de que habrá de constar. La distancia entre edificio definido y edificio por definir (aunque se haya decidido construir sobre un terreno determinado) me parece decisiva a la hora de puntualizar desde qué momento es posible adscribir aquél al régimen de propiedad horizontal.” Diferencia entre el edificio definido y el edificio por definir. Aquí es donde debe medirse la importancia del plano, que define, concreta y perfila, ofreciendo todos los ingredientes que reclama el régimen especial. “Técnicamente —continúa el Notario de Madrid— cabe entender que la construcción ha comenzado una vez que el edificio ha quedado definido mediante la confección y consiguiente aprobación del proyecto correspondiente, elaborado por persona capacitada para ello y aprobado por las autoridades competentes... Por el contrario, si nos atenemos a la acepción puramente física, nos encontramos ante un callejón sin salida. ¿Cuándo podrá considerarse, en efecto, que la construcción, en su dimensión material o física, ha comenzado?” Puede considerarse co-

(101) *Ibidem*.

menzada la construcción al vallar el solar, al excavar la primera palada, al poner un simple ladrillo. Evitar absurdos ha sido la causa de que este enfoque sea aceptado por el I Simposio sobre Propiedad Horizontal celebrado en Valencia hace pocos años.

Admitido —lo que es imperativo— que el objeto de la horizontalidad se extiende a algo más que el edificio, significa limitar éste a su esfera de valor adecuada. El edificio puede devenir, y deviene, en parte del objeto entero, y podría resultar suficiente que esa parte estuviese proyectada y sin *aparente* materialización para considerarla presente en la totalidad del objeto de la horizontalidad. No sería la primera vez, ni la única, que el concepto jurídico se separa del concepto vulgar o plástico, pues la función de aquel campo, el del Derecho, no es la de reflejar la naturaleza, que es competencia propia de la física y de la química, etc., sino reflejar las *nociones sociales*. ¿Donde *está* la persona en la sociedad mercantil? Materialmente, por parte alguna aparece, lo que impulsa la tesis de la ficción; jurídicamente, *está* presente, en cuanto necesidad económico-social sentida, lo que explica el fiasco de la tesis de la ficción.

Y se nos diga que en la horizontalidad, el objeto principal es el edificio, el departamento, siendo el resto accesorio, ya que este aspecto, que oportunamente he de cubrir, no tiene, en principio, nada que ver con lo que aquí se trata.

2.º *El edificio no terminado es cosa en el Código Civil de Puerto Rico como en otros.*—Pero la tesis central de quienes rechazan que exista cosa ante un edificio construido solamente en parte debe estar determinada, al menos para el Derecho puertorriqueño, porque no existe concurrencia con los requisitos que reclama la Ley para atribuir tal carácter a elementos cualesquiera, requisitos que se circunscriben a la materialidad o inmaterialidad y a la susceptibilidad de valor.

Respecto del edificio no terminado, pero de construcción iniciada, es obvio que se trata de una cosa, incluso porque se compone de elementos materiales que lo son. Resultaría inconsecuente atribuirle el carácter de cosa a los ladrillos, cemento y argamasas, tuberías, vigas metálicas o de otra índole, etc., y negar la condición de cosa al conjunto resultante. Que esos elementos componentes son *cosa*, lo expresan los artículos 263.1.º y 272 del Código Civil, al calificar como muebles “las construcciones de todo género adheridas al suelo, los materiales procedentes de la demolición de un edificio, así como los acopios para el propósito de levantar una nueva construcción”; luego si las construcciones provisorias son muebles, las construcciones son *cosa*; si los materiales son cosa, debe serlo la entidad que resulte de su uso, sea mueble o inmueble, que ahora es lo de menos. El edificio en proceso de formación es cosa, incluso es objeto de tráfico

jurídico, pues representa un interés social protegible. No será la primera vez, ni la última, que edificios en proceso de construcción son enajenados, por consiguiente transferencia del dominio, susceptibles, pues, de propiedad: ¿cómo afirmar que no pueden ser objeto de derecho real? Que la horizontalidad no reclama un edificio entero se deduce claramente del artículo 44 de la Ley (102) que admite la posibilidad de que exista el edificio en sólo su tercera parte, habiéndose destruido el resto, lo cual significa que una tercera parte de edificio sigue siendo *cosa*. ¿Qué diferencia hay entre una tercera parte resultante de la destrucción y dos tercios existentes por estarse en fase de construcción?

Afirmar que un edificio en construcción no es cosa por carecer de valor, es no entender qué es el valor *jurídico*. El valor, en Derecho, no se mide por criterios meramente económicos. Si así fuese, la actividad humana del trabajador sería una cosa, pues tiene un valor económico: su capacidad de producir, como bien expresan los módulos de productividad. Pero como el valor que preocupaba al Derecho es social, cabe que cosas sin valor económico lo tengan en el ámbito jurídico (v.gr., el valor afectivo). Pero es que el edificio en fase de construcción vale así económicamente como jurídicamente. Que vale económicamente, lo sabe quien compra y vende un edificio en construcción, que paga y recibe por él bastante más que el precio asignado al solar. Que vale jurídicamente, lo reconoce el artículo 45 de la Ley (103), que, en tema de reconstrucción, fija la posibilidad de contribuir a ello, lo que lleva a pensar si habrá distinto valor para construir que para reconstruir; porque si reconstruir vale, ¿cómo es que no

(102) Artículo 44: "En caso de siniestro, la indemnización del seguro del inmueble se destinará, salvo lo establecido en el artículo III, apartado 5, de la Ley Hipotecaria a la reconstrucción del mismo.

Cuando dicha reconstrucción comprendiere la totalidad del inmueble o más de sus tres cuartas partes, no será obligatorio hacerla. En tal caso, y salvo convenio unánime de los titulares en otro sentido, se entregará la indemnización proporcionalmente a quienes corresponda, y en cuanto al resto del inmueble se estará a lo establecido en el artículo 338 del Código Civil.

Si procediere hacer la reconstrucción se observará lo previsto para tal hipótesis en la escritura constitutiva de la propiedad horizontal y, en su defecto, lo que acuerde el Consejo de Titulares."

(103) Artículo 45: "Cuando el inmueble no estuviere asegurado o la indemnización del seguro no alcanzare para cubrir el valor de lo que deba reconstruirse, el nuevo costo de edificación será abonado por todos los titulares a quienes afecte directamente el daño, en proporción al porcentaje de sus respectivos apartamentos; y si alguno o varios de aquellos que integren la minoría se negaren a ello, la mayoría podrá hacerlo a expensas de todos, en cuanto las obras les beneficien, tomando el acuerdo oportuno, que fijarán los particulares del caso e, inclusive, el precio de las obras con intervención del Consejo de Titulares.

Lo dispuesto en este artículo podrá variarse por acuerdo unánime de los interesados, adoptado con posterioridad a la fecha en que ocurriere el siniestro."

vale lo que le es previo e igual conceptual y técnicamente? Pero es que el artículo 252 del Código Civil no reclama un valor, sino la *susceptibilidad de tener un valor*, razón por la cual lo que ahora no vale, pero puede valer, es cosa igualmente que lo que vale. Esa susceptibilidad implica, ciertamente, como ha destacado SMITH (104) y acepta LAQUIS (105), la susceptibilidad del objeto de ser apropiable y de constituir el medio de satisfacer exigencias económicas y sociales (tesis de SPOTA). En este sentido, es manifiesto que el edificio en construcción tanto vale como es susceptible de tener valor, por lo que encaja en el concepto de cosa (106).

3.º *El edificio proyectado, ¿puede ser cosa?*—Supongo que la idea latente en el pensamiento de autores como FONTBONA, así como en el de otros que comparten su criterio, es que el edificio proyectado implica ese *cubo de aire* al que se le niega categoría de cosa. Lo que, desde luego, nadie piensa es que la *idea* de edificio sea cosa, con independencia de que sí resulte cosa el plano en que se pueda proyectar un edificio.

a) *El polígono de aire es cosa.*—El cubo de aire, polígono regular o irregular, que expresa el vuelo o columna sobre la superficie del suelo, puede quedar perfectamente delimitado como cosa. La idea de accesión nada tiene que ver, en principio, con la posibilidad de delimitación. Incluso la propia idea de accesión significa presumir que el cubo de aire es cosa (en cuanto parte del “inmueble” sobre el que se sitúa), por lo que es susceptible de convertirse en objeto, o parte del objeto, del derecho real del dominio. Esta accesión se quiere mostrar, en aquellas legislaciones que siguieron la tónica del *Code*, como expresiva de que todo el subsuelo y todo el vuelo pertenecen, sin excepción ni limitación, al propietario de la superficie del suelo, lo que implicaría que el cubo de aire encima de la superficie y el subsuelo, por llegar *al cielo y al infierno*, carecen de delimitación. Creo que tal tesis no puede justificarse hoy día, ni se encierra en ningún Código Civil. Porque si el objeto del dominio son las cosas y éstas reclaman la materialidad que las define y la susceptibilidad de valor, columna de aire y subsuelo no encajarían dentro de la idea de cosa.

La materialidad del vuelo y subsuelo hay que configurarla como la

(104) J. C. SMITH, “Consideraciones sobre la reforma del Código Civil”, *La Ley*, 130, 1016, en LAQUIS, *Derechos reales*, I, Depalma, 1975, pág. 115

(105) LAQUIS, *op. cit.*, págs. 115-116.

(106) La exigencia de homogeneidad, entendida como homogeneidad física, es claramente errónea. El Diccionario de la Real Academia define la homogeneidad como lo “perteneciente a un mismo género; dícese del compuesto cuyos elementos son de igual condición o naturaleza”. Ciertamente, cuando se habla de dividir un inmueble, lo que destaca como de igual condición o naturaleza es que las partes resultantes sean inmuebles, única homogeneidad a que puede referirse la Ley.

concreción de ese espacio aéreo perpendicular a la superficie del suelo y ese subsuelo igualmente perpendicular. Admitido, que el subsuelo fuese delimitado por la finca antípoda en su plano horizontal, nos quedaría el problema de un espacio aéreo que no es "tangible". Su delimitación resulta así convencional, como es lógico. Lo que conviene no olvidar cuando se dice que esa delimitación sería imposible llevada a la horizontalidad, pues el fenómeno es exactamente el mismo: convención humana y nada más que convención humana.

Ahora bien, la delimitación del plano perpendicular ¿supone dar un sentido literal al artículo 284 del Código Civil, cuando afirma que el propietario es dueño exclusivo del espacio aéreo? La conclusión sería absurda, y está negada por el propio precepto. Es absurda tal pretensión, pues el dominio —incluso la soberanía— sólo se reconoce eficaz hasta allí donde puede darse un interés (utilidad económico-social) por parte del propietario; al menos, así ha sido desde el Derecho romano (107) hasta nuestros días (108), tanto porque, respecto al vuelo, como señaló IHERING, no cabe la apropiación, como porque, como pudieron indicar GESTERDING y HASSE, reconocer un derecho extraordinario sería contra Derecho, que recoge lo que es normal.

No difiere en esto vuestro Código, que si bien recoge en el artículo 2.518 el tenor del artículo 552 del *Code*, tomado del artículo 187 de la Costumbre de París (109), fija exactamente un límite, las Leyes especiales sobre el subsuelo. Y respecto del espacio aéreo, aunque la norma le imputa al dueño del suelo la propiedad exclusiva del mismo, esa exclusividad la habéis limitado adecuadamente hasta allí donde el propietario tenga interés (110). Y está admitido incluso que ese dominio sobre el espacio puede ser nominal, viéndose privado de su *dominio* absoluto y exclusivo quien sufre, con buena fe ajena, la extensión de una construcción sobre el propio suelo (en la accesión invertida).

De lo dicho se deduce que la idea de dominio reclama una delimitación del objeto en sus tres dimensiones, siendo pretenciosa la absolutividad del titular dominical; delimitación tridimensional que es siempre convencional (111). La separación vertical de los fundos es producto del acuerdo humano, pues la superficie terrestre es continua; la delimitación vertical del dominio, del objeto sobre el que éste recae, se produce asimismo por

(107) Cfr J. GONZÁLEZ, *Estudios de Derecho hipotecario y Derecho civil*, II, págs. 194 y sigs., y en especial págs 196-197.

(108) *Ibidem*, págs. 197 y sigs.

(109) *La propriété du sol emporte la propriété du dessus et dessous*.

(110) MARIENHOFF, *Domínio público*, Tea, Buenos Aires, 1960, págs. 228 y 577

(111) A. SPOTA, *Tratado....*, cit., I, vol. 3, págs. 203 y sigs., Arayun, Buenos Aires, 1953.

un criterio convencional, siquiera la regla del interés, expresiva de una finalidad económico-social que toma en cuenta matices subjetivos que, por considerados normativamente, se objetivizan, permite una relativa imprecisión acerca del volumen de ese "objeto".

¿Qué inconveniente hay entonces para reclamar como existente la realidad del cubo de aire, para negar al espacio aéreo que se expresa en el cubo de aire, y que queda perfectamente delimitado, el mismo trato, en su conceptualización como objeto, que el referido a la columna de aire sobre el fundo?

Rechazar la distinción de lo preciso basándose en el criterio de distinción de lo impreciso (que es como se usa la accesión), no parece consecuente. El cubo de aire parece, pues, un objeto de derecho tan perfecto o más que la columna de aire sobre el fundo. Al menos, creo que reúne las características de cosa del Código. Ese cubo de aire es una realidad del mundo exterior, susceptible de ser apropiada, en el sentido de SPOTA (112), y tiene susceptibilidad de valor económico, siendo en Derecho siempre valorada conforme a la conciencia social. No creo que quien considere que el edificio en construcción nada vale, admita que lo tiene el cubo de aire, que carece incluso de ese "edificio en construcción sin valor alguno" (113). Por ello, será mejor preguntar a los constructores, destacadamente a los de la zona urbana, que conocen muy bien las diferencias de valor entre erigir un edificio de seis o de siete plantas en una misma columna de aire horizontalmente definida, o indagar en las ordenanzas municipales, que ponen límites de altura en las edificaciones, o compensan limitaciones en la altura de las fechadas con concesiones para alguna planta adicional reiterada de las mismas, etc. Aunque puede ser suficiente con contrastar la altura de los techos de los pisos de cincuenta años con la de los pisos actuales, en los que medir un metro setenta centímetros puede ser suicida. ¿Proporciona el mismo beneficio construir seis pisos en una misma columna de aire limitada en su altura, que construir siete u ocho? Es evidente que no, luego el cubo de aire vale, vale dinero, vale

(112) De ahí el error de F. MIRANDA ("La propiedad horizontal como bien o como cosa. La constitución de derechos reales en la etapa previa al nacimiento de la cosa y su estatuto", *Rev. Asoc. Escrib. del Uruguay*, enero-diciembre 1961, t. 47, pág. 22) cuando dice que "es necesario que existan las cosas como tales, y recién después se podrán construir derechos reales sobre ellas", ya que "los derechos reales son reales porque se aplican a cosas de existencia real y porque dada esa existencia real y material se puede actuar inmediata y directamente sobre ellas..", porque su afirmación es un juego de palabras. El derecho es real porque recae sobre cosa (*res*). El eje del tema es la cosa y su delimitación, y no existe bien inmueble sin delimitación convencional. Aparte de que muchas cosas "irreales" son objeto de dominio.

(113) ¿Por qué? ¿Porque es aire? ¿Y qué es la columna sobre el fundo del artículo 284 del Código Civil si no aire? Y si no vale, ¿cómo el dominio lo abarca?

económicamente, vale jurídicamente. Su susceptibilidad de valor queda reconocida, tiene potencialidad para ello. Pero, sobre todo, tiene reconocido en Derecho su valor.

b) *El edificio proyectado no es sino el polígono de aire.*—Cuando se hace referencia al edificio proyectado, en tema de horizontalidad, no se está aludiendo a aquel edificio pensado por un arquitecto, lo cual nunca sería cosa, ya que esa idea de edificio es inseparable del sujeto que la genera. Y un primer requisito para que la cosa se dé en Derecho es que el objeto sea realidad del mundo exterior. Es, pues, imprescindible que la cosa se convierta en plástica. Pero es que cuando se hace referencia a ese edificio proyectado, lo que se contiene en la denominación no es la idea edificable, sino el polígono de aire que en su momento recogerá al edificio construido. Polígono de aire que, en cuanto cosa, puede ser basamento de un derecho real.

Evidentemente, nadie pretende confundir el polígono de aire que haya de encerrar en su día un edificio terminado, con ese edificio en función. Son realidades perfectamente diferenciables y distintas. El polígono de aire, concebido como cosa, difiere del edificio en sus características materiales y, sobre todo, en su valor. Porque esos materiales que se le añaden —que para algunos nada valen mientras no se termina la construcción— valen mucho. Regularmanete, y salvada relativamente la repercusión de la especulación, el solar suele representar un 20 por 100 aproximadamente del costo total de la edificación, si se trata de zona urbana (hecha también la salvedad de las diversas zonas urbanas). El valor que pueda tener una columna de aire depende de diversas circunstancias. La misma columna de aire, en sus dimensiones cúbicas, puede significar un 5 por 100 del valor total del edificio o exceder de un 20 por 100. La legislación fiscal suele ser precisa en estas consideraciones, por no tributar igual el piso que da una avenida, que el que da a una calle de segundo orden, en un mismo edificio. Lo cual significa que una misma capacidad de cubo de aire vale más o menos. Una columna de aire, al igual que un solar, no son lo mismo en el centro urbano que en el suburbio. Pero siempre se da una repercusión económica, socialmente aceptada, por lo que es jurídicamente relevante.

¿Qué ocurrirá entonces cuando la columna de aire vaya siendo sustituida por el edificio que se eleva? ¿Debe hablarse de un cambio de objeto? DE LA CÁMARA ALVAREZ (114), contemplando la situación del departamento en construcción, escribe que, en su opinión, “la única posibilidad de salvar de alguna manera los intereses del comprador estriba en descartar la idea de que la venta de un piso en construcción o en proyecto es venta

(114) *Insuficiencia...*, cit., pág. 88.

de cosa futura, susceptible tan sólo de producir efectos obligacionales. Pienso que desde el momento en que se vende un piso en construcción, se trata de la venta de un objeto en formación, que permite superar *ab initio* el estadio meramente obligacional. Baste incluso que el piso esté definido, aunque la construcción, en sentido material, no haya aún empezado...”

Yo me permitiría decir, que, más que objeto en formación, es la adquisición de un objeto que se modifica en parte, al sustituirse algunos de sus materiales por otros. Pues no debe olvidarse, como no se olvida DE LA CÁMARA ALVAREZ de resaltar, que, cuando se compra esa columna de aire, en todo o en parte, el objeto del dominio así adquirido se extiende al solar y al suelo. Desde luego, es obvio que quien compra un solar para construir, lo que le interesa más es la capacidad de lo que puede construir, que se define por el polígono del propio solar y por la aptitud del polígono de aire. “Compra todo”. Ese objeto sufre, pues, un proceso de modificación material, de forma similar al que se produce en la reacción. Pero no se trataría en ningún caso de la compra de algo futuro, pues subsuelo, solar y cubo de aire están ahí.

c) *De la mentalidad agrícola a la mentalidad industrial.*—Si un polígono de aire es cosa, y el edificio en construcción lo es también, no parece existir razón sensata para pretender que no puedan ser considerados como objeto propio de un derecho real. Si, además, tomamos en consideración que ese polígono de aire y ese edificio en construcción están situados sobre un suelo y un subsuelo, las diferencias con una concepción “tradicional” no parecen tan enormes como inicialmente pudiera pensarse. Dejando de lado, nuevamente y por el momento también, la pretensión de aplicar de inmediato las categorías jurídicas inherentes al dominio ordinario, lo que interesa destacar es lo afirmado: que polígono de aire y edificio en construcción devienen en objetos idóneos de un contenido real.

La dificultad para captar la idea puede derivar más de configuraciones de apariencia —que en verdad no son sino observación de otras realidades—, que por dificultades de la propia realidad que vivimos. Un factor sociológico de relieve puede serlo, creo, el cambio de mentalidad que implica pasar de una estructura socioeconómica agrícola a una estructura de naturaleza industrial.

No puede pretenderse de la persona que vive del presente, y para la que el futuro es riesgo, que capte ese futuro como actual; menos aún que lo capte de una forma preestablecida, que regularmente le es negada por su cosmovisión. La mentalidad de la cultura agrícola parece de una cortedad de visión que le viene impuesta por el medio. La cosecha nunca es tal hasta que no se produce, y el riesgo de que se frustre es grande. La cultura agrícola, rendida en parte ante la naturaleza, ha tardado mucho en apren-

der a dominarla. El hombre se ha visto sujeto a fuerzas ajenas a su voluntad, que bien se expresa en el aforismo “el hombre propone y Dios dispone”. ¿De qué le sirve al hombre proponer si Dios dispone en sentido contrario? Mejor es esperar a que la propuesta y la disposición coincidan exactamente. Es entonces cuando la realidad está ahí. Bien lo ha descrito CASAS MERCADÉ (115).

Por el contrario, una economía industrial toma como punto de partida el factor de que el plan de producción es realidad completa, y con esa “realidad” se trabaja. No podría ser de otra manera, por propia exigencia del sistema de producción; pero tampoco hace falta que sea de otra manera, ya que ni el riesgo es una constante espada de Damocles ni la industria está sometida a la naturaleza, por el contrario, la domina y vive y se desarrolla de y con ese dominio. Una economía industrial califica como igual lo producido como lo que se ha de producir. COMMONS (116) “hace notar que el criterio de MACLEOD de tratar una deuda como una mercancía económica pareció ‘tan extraña a los economistas que no lograron entenderla... Su rareza para los economistas clásicos consistía en que contenía el elemento del futuro como una de sus dimensiones, tanto como en valor de uso y el valor de escasez de las antiguas escuelas. Y, sin embargo, el elemento del futuro es la esencia el aspecto patrimonial de una mercancía que habían dado por supuesto’”. Y es que, como señalan FULLER y PERDUE (117), en el medio industrial “para los fines del comercio, las expectativas de valores futuros son tratadas como valores presentes. En una sociedad que ha dado al crédito el valor de una institución plenamente significativa y que todo lo penetra, es inevitable que la esperanzada fundada en una promesa coercible se convierta en una especie de propiedad... En tal sociedad, el incumplimiento de una promesa da lugar a una disminución ‘efectiva’ del activo del promisorio. Hablamos de una disminución ‘efectiva’, en el sentido de que así sería considerada según maneras de pensar que corresponden a lo más íntimo de nuestro sistema económico”. Con razón, hoy la relación obligatoria no es un acto de querer obligarse en el futuro, sino la expectativa de prestación del acreedor frente a la cual se ofrece el temor del deudor de perder un bien a título de satisfacción ajena (BETTI).

Así se ha actuado en el mercado inmobiliario, como en tantos otros. El

(115) Cfr. CASAS MERCADÉ, *Entre la vida y la Ley*, Bosch, Barcelona, 1955, págs. 135-138, 140-143, 145-146.

(116) *Institutional economics*, 1934, pág. 394, en cita de FULLER y PERDUE, *Indemnización de los daños contractuales y protección de la confianza*, Bosch (traducción de PUIG BRUTAU, pág. 18, nota 10).

(117) *Op. cit.*, pág. 17.

proyecto se ofrece como completa realidad, y como tal se acepta. ¿Cómo no va a instrumentar el Derecho esta nueva forma de ver las cosas, que se impone como imperativo social?

4.º *Irrelevancia relativa del principio de accesión.*—Se dice que en tema de horizontalidad, el elemento principal es el edificio, siendo el suelo algo accesorio; que el elemento privativo es lo principal, y que los elementos comunes son lo accesorio. Personalmente, creo que confundimos dos perspectivas que no guardan relación entre sí: la esencia de la horizontalidad y la determinación de un régimen jurídico de bienes.

Fijar la esencia de la horizontalidad en el disfrute privativo de un elemento privativo, para lo cual resulta imperativo el reconocimiento de unos elementos comunes, es tesis que he defendido en estas páginas. En el régimen especial, es el departamento la finalidad económico social perseguida; lo es el departamento, no tanto en sí mismo considerado, como en cuanto a la función de cosa separada que se le atribuye para un adecuado uso y disfrute. Por ser esta función la perseguida, es que a la misma se sujeta la vinculación de los elementos comunes.

Pero esto no significa que la cosa departamento sea elemento principal y el edificio, el suelo, el vuelo y el subsuelo devengan accesorios. Imperativos lógicos obligan a admitir que no es posible departamento sin edificio, sin suelo y sin vuelo. Pero edificio, suelo y subsuelo son presupuestos esenciales. En la horizontalidad es improcedente distinguir entre lo esencial y lo accesorio bajo esa perspectiva, ya que la diferenciación que, bajo tal enfoque, se cierra en numerosos Códigos Civiles, está pensada para determinar regímenes jurídicos de cosas recíprocamente relacionadas, pero perfectamente distintas. Quizá la diferenciación entre partes principales y pertenencias sería más feliz referida a la horizontalidad.

En todo caso, la idea de JULLIOT (118), que, en tema de horizontalidad, el cubo de aire expresivo de la delimitación del departamento es lo fundamental, no impide el punto de vista que aquí discutimos: susceptibilidad de la columna de aire para recibir la categoría conceptual de cosa, y por ello ser objeto de derecho real, vinculada íntimamente al criterio de que esa columna de aire se integra como parte de un objeto total (subsuelo, suelo y vuelo), susceptible de verse modificada en sus elementos físicos componentes. Definido así un objeto determinado de derecho real, el siguiente problema es fijar el alcance que tenga su sometimiento a un régimen especial dominical (el de propiedad horizontal, régimen que, como sabemos, difiere del normal y ordinario. Por tanto, recurrir a la accesión

(118) *Traité formulaire de la division des maisons par étages et par appartements*, París, 1927, en cita de FONTBONA, *Estado...*, cit.

para impedir el perfil de ese régimen especial, me parece que es involucrar aspectos completamente separados.

5.º *El edificio, en cuanto exigida su terminación, no separa horizontalidad de prehorizontalidad.*—Si las exigencias de la horizontalidad pueden considerarse satisfechas sin necesidad de que el edificio terminado exista, puede concluirse de inmediato que ese edificio no diferencia prehorizontalidad y régimen de propiedad horizontal. Porque si la individualización de departamentos que da sentido a la horizontalidad puede instrumentarse sin la plasticidad del edificio —lo que es dable por medio del plano, con el mismo rigor que con el propio edificio terminado—, ¿a qué exigir esa presencia material de la construcción acabada?

Si el objeto de la horizontalidad se expresa en algo más que en el departamento (subsuelo y suelo, aparte del vuelo del solar), y existe todo excepto la delimitación física de éste, delimitación física que sólo es requerida para fijar el régimen jurídico de elementos privativos y elementos comunes, régimen que es perfectamente fijable por medio del plano, ¿tiene sentido negar horizontalidad allí donde se da todo lo necesario para que el especial régimen tenga perfecta cabida? ¿Tiene sentido tal postura metodológica cuando la conciencia social actúa de otra manera?

Creo que una respuesta negativa se impone. No es dable jurídicamente, aquella pretensión. Distinto será, ciertamente, que la legislación vigente en un momento dado, regularmente perfilada antes de manifestarse este nuevo enfoque económico-social, lo contemple. Mi tesis no implica, inicialmente, que el tratamiento que pueda patrocinarse a la prehorizontalidad —superando su distinción con la horizontalidad por razón de ese “edificio terminado”— exista en la legislación. Este es un problema de encaje por la interpretación o incluso resoluble como situación de *lege ferenda*. Por el momento lo que pretendo es afirmar la posibilidad de tratamiento jurídico de este enfoque.

6.º *Del “edificio proyectado” o “edificio en construcción” al departamento en cuanto “polígono de aire”.*—Admitido que el edificio proyectado puede ser base de la horizontalidad en los términos indicados; admitido, con mayor fundamento, que el edificio en construcción es asimismo óptimo a tal fin, ¿existe algún inconveniente para aceptar que un polígono de aire (departamento proyectado o en fase de construcción) sirva de base para hablar de horizontalidad con destaque de ese elemento privativo? Para la corriente francesa que defiende este enfoque, ese departamento existe como realidad desde el momento en que es convencionalmente delimitado, siendo susceptible, en cuanto cosa y posible objeto de derecho real, de recibir su correspondiente tratamiento jurídico. Que ese tratamiento jurídico no será el propio del dominio ordinario es claro, pero que podrá ser un tratamiento especial es asimismo elemental conclusión.

En la Ley hay un precepto, el artículo 18 (119), que responde a este criterio. La norma reclama el consentimiento de todos los titulares en la horizontalidad para construir sobre el vuelo del inmueble sometido al régimen especial o para excavar el subsuelo del mismo. Y se pretende ver en su hipótesis una situación muy particular: que ese vuelo o ese subsuelo no son cosa, no son objeto de derecho real, por lo que no están en la horizontalidad (que reclama la cosa como objeto de derecho real). Así, FONTBONA, con referencia al similar artículo 7, argentino. Entonces, ¿cómo es posible que sean los titulares de la horizontalidad quienes deban decidir sobre esa *no-cosa*, sobre ese *no-objeto*, si, por no serlo, queda fuera de la horizontalidad, fuera, por tanto, de las facultades de los titulares en la misma? Yo entiendo esa “prohibición” del artículo 18 como receptora de que el vuelo es cosa y objeto de derecho real, razón por la cual se reclama la intervención de los titulares, y que ese vuelo, en cuanto elemento común, reclama la disposición de los titulares para poder convertirse —en cuanto prevista esta situación en los estatutos de horizontalidad— en elemento privativo. Tendríamos precisamente un polígono de aire concebido como objeto de derecho real, susceptible de ser sustituidos sus elementos materiales componentes, pero perfectamente distinguido en el plano a efectos de la horizontalidad.

Pero no avancemos conclusiones. Dejemos este aspecto para el momento adecuado, en que intentemos precisar así si la horizontalidad es dable en la prehorizontalidad —por lo que patrocinable la solución como *lege ferenda*—, como si la solución es factible en la órbita del Derecho vigente.

Por el momento solamente me interesa avanzar que la idea no es un absurdo y que no se mueve en el campo de las especulaciones. Precisamente el único artículo digno de verdadero encomio que se encuentra, en la Ley de Propiedad Horizontal, el artículo 3.º, determina que “a los efectos de esta Ley se entenderá por apartamento cualquier unidad de construcción suficientemente delimitada, consistente en uno o más espacios cúbicos cerrados, parcialmente cerrados o abiertos, y sus anejos, si algunos, aunque éstos no fueren contiguos, siempre que tal unidad sea susceptible de cualquier tipo de aprovechamiento independiente, siempre que tenga salida directa a la vía pública o a determinado espacio común que conduzca a dicha vía”.

Se dirá que ese cubo de aire en que se concreta el departamento, concebido como espacio con tres dimensiones suficientemente delimitadas,

(119) Artículo 18. “Ningún titular podrá, sin el consentimiento unánime de los otros, construir nuevos pisos, hacer sótanos o excavaciones o realizar obras que afecten a la seguridad, solidez y conservación del edificio.

no es cosa, no ya por su corporeidad —criterio que se refuta a sí mismo si se parte de la consideración de la columna de aire sobre el fundo como cosa o parte de la cosa objeto del dominio—, sino porque no responde al criterio de homogeneidad sustentado para el Derecho argentino por el artículo 2.326 de aquel Código Civil. Al menos, es éste el argumento de quienes consideran imposible, de *lege data*, la configuración real de la prehorizontalidad, si bien es dable comprobar una *petitio principii*: se parte de la base de que el departamento existe cuando hay edificio construido, y aunque se acepte que la columna de aire, por su vinculación al suelo y al subsuelo, puede ser un objeto corporal (como admite expresamente FONTBONA), se sigue reclamando para el departamento su construcción, porque, en otro caso, no es cosa que exige sea la propiedad horizontal. Por ello, si se admite que el edificio no construido puede ser objeto corporal, debe admitirse lo mismo para el apartamento, una vez superada la exigencia de homogeneidad.

También creo que existe aquí un énfasis innecesario. Son cosas divisibles aquellas que sin ser destruidas enteramente pueden ser divididas en porciones reales, cada una de las cuales forma un todo homogéneo y análogo, tanto a las otras partes como a la cosa misma.

El concepto de cosa divisible no coincide, como en tantas ocasiones, con su concepto gramatical o físico, siendo jurídicamente divisible una cosa cuando puede ser concebida como objeto de relaciones jurídicas de modo independiente o distinto a la totalidad de la cosa. No creo que haya contradicción entre este concepto y el presupuesto que reclama en la cosa divisible la susceptibilidad de resultar en porciones reales y homogéneas. La realidad no puede considerarse como corporeidad o plasticidad, ya que entonces ningún fundo sería divisible referido a su columna de aire, por lo que se impone concebir esa realidad como realidad jurídica y no ficción de Derecho. La homogeneidad se predica del compuesto cuyos elementos son de igual naturaleza o condición, y es obvio que la naturaleza *jurídica* del departamento resultante en la horizontalidad es la misma que la del edificio: *bien inmueble*. Pero además, la divisibilidad está expresamente sancionada por la Ley al calificar los departamentos como cosa separada, división jurídica, no material (que significaría, por ejemplo, cortar tuberías, líneas de luz, etc.), que permite al departamento una vida jurídica diversa del edificio (susceptibilidad de disponer del mismo con independencia del resto del inmueble). Así es claro que la oposición a la divisibilidad se sustenta en la idea latente de que no hay edificio sin terminación material del mismo, lo que no sirve.

El concepto de edificio es, pues, relevante. Veamos, ¿qué es un edificio?

Aedes facere, hacer una construcción (templo, casa, una obra en general). Implica una actividad que fragua en algo concreto. El léxico popular identifica el edificio con una enorme variedad de construcciones, igual que ocurre en la lengua inglesa. La sustantivación del verbo expresa que la actividad constructora se da por terminada. Pero ¿cuándo saber que esa actividad constructora ha llegado a su fin? Es claro, cuando lo proyectado se refleja fielmente en la realidad. Si no, ¿cómo decir que la construcción se ha terminado? Sin plan fijo, ¿no es dable estar construyendo *sine die*? La idea, el proyecto, son delimitaciones del edificio, y no a la inversa.

DE LA CÁMARA ALVAREZ, preocupado por este aspecto en el Derecho español, llama la atención acerca de la relatividad de la idea del edificio, destacando que si bien éste debe estimarse como fundamental, en cuanto que físicamente hace posible la existencia del departamento, ello es debido a que el edificio define el departamento mismo; concreción del piso que no puede saberse si no se conocen sus características, y por ello, las partes privativas y las comunes inherentes al régimen de horizontalidad. Esto explica la exclusión de simple solar del régimen especial, pero no tiene que justificar la exclusión del solar y del edificio comenzado o meramente proyectado, ya que solar y planos combinados satisfacen plenamente las exigencias delimitadoras propias de la horizontalidad. La legislación española facilita ampliar la horizontalidad, al aceptar la registración del edificio comenzado, siendo un simple problema de interpretación fijar qué es algo comenzado (puede comenzarse una construcción al colocar un simple ladrillo, al cavar por primera vez la pala) (120).

En el caso de la legislación argentina, asusta la radicalidad con que en su doctrina se afirma que, bajo el texto del artículo 1.º de la Ley 13512, es imposible propiedad horizontal sin edificio (121), porque si bien es cierto que en su artículo 1.º determina que "los distintos pisos de un edificio o distintos departamentos de un mismo piso o departamentos de edificios de una sola planta, que sean independientes y que tengan salida a la vía pública directamente o por un pasaje común podrán pertenecer a distintos

(120) DE LA CÁMARA ALVAREZ, *Insuficiencia...*, cit., págs. 72-73.

(121) PALMIERO, *op. cit.*; FONTBONA, *Estudio prehorizontal*, cit.; también, *Posibilidad*, cit.; RACCIATTI, *Propiedad por pisos*, cit.; MARIANI DE VIDAL, *Cursos*, II, en cita de ORELLE, "Situación jurídica a las unidades proyectadas o en construcción en un edificio dividido en propiedad horizontal", ponencia a la VII Convención Notarial del Colegio de Escribanos de la Capital Federal, punto II del temario; G. ALLENDE, "Panorama de derechos reales", *La Ley*, 1967; G. BORDA, *Tratado de Derecho civil. Derechos reales*, I; etc. Para el propio ORELLE la exigencia del edificio construido es clara en los artículos 1 al 8, 12, 14, 16 y 17. Pero no parece apreciar (aunque está consciente de ello) que dichos preceptos están pensados para regular la horizontalidad, no para el acto que la genera, lo cual es explicable porque ambas situaciones son distintas.

propietarios de acuerdo con las disposiciones de esta Ley”, en ninguna parte del precepto ni de la Ley se reclama lo que dicha doctrina da por hecho, esto es, que el edificio esté *construido*. Debo implicar que jurisprudencia o doctrina han reclamado, desde los inicios, este carácter, edificio terminado, complementando así en su artículo 1.º, al tiempo que restringiendo su ámbito; porque en nuestro idioma, si se alude al edificio distinguiendo que sea “edificio proyectado”, “edificio en construcción” y “edificio terminado”, el vocablo “edificio” pudo considerarse como contentivo de todas esas modalidades. Supongo que dada la fecha de publicación de la Ley, la hipótesis legislativa era facilitar el acceso a la horizontalidad y de las construcciones ya existentes, por cuanto la edificación en masa y el acceso al departamento en la modalidad hoy generalizada pudo ser para entonces algo excepcional. Si esto es cierto, dicha doctrina pudo cerrar el camino a una adecuada flexibilidad.

Reclamar la presencia de un edificio terminado resulta un gravísimo inconveniente para superar la problemática horizontal en los términos en que merece ser superada, porque impone plantear las cuestiones en el ámbito simplemente obligacional, que es idóneo para que aquella problemática subsista, se mantenga y se incremente. De ahí el criterio de DE LA CÁMARA ALVAREZ en tema del Derecho español, defendiendo, al amparo de la posibilidad que ofrece aquella Ley de existir horizontalidad con edificio comenzado a construir, la idea de que el edificio está comenzado cuando el departamento o piso está definido, considerando que esa definición queda perfectamente plasmada, como de hecho así resulta, en el plano correspondiente, no empece que no se haya iniciado materialmente la construcción. O si se quiere ir al ridículo, la puesta del primer ladrillo, la primera palada, iniciarían la construcción, lo que es absolutamente igual.

La tesis de DE LA CÁMARA ALVAREZ merece ser pensada, porque puede resolver muchos problemas aparentemente insondables. Relativizar el concepto de edificio, en respuesta a nuevos reclamos económico-sociales, permite —como veremos pronto— dar contenido real a la prehorizontalidad, con la consiguiente protección al adquirente y sin grave perjuicio para el constructor vendedor.

Pero, es claro, en Derecho puertorriqueño las posibilidades ofrecidas por el artículo 3 de la Ley (apartamento concebido como cubo de aire) se niegan por el artículo 27, párrafo tercero (apartamento como construcción en él iniciada).

b) *Las características físicas del inmueble*

Dicho edificio debe estar dividido en unidades de construcción suficientemente delimitadas y cubicadas (abiertas, cerradas en todo o en parte), susceptibles de cualquier tipo de aprovechamiento independiente, que tengan salida directa a la vía pública o a determinado espacio común que conduzca a dicha vía (art. 3 de la Ley).

De esta manera, la Ley de 1976 conceptúa al clásico apartamento, piso o local susceptible de aprovechamiento independiente y de comunicación directa o indirecta con la vía pública.

c) *Características jurídicas respecto del edificio*

Previene la Ley la indiferencia de que el edificio pertenezca a uno o varios titulares, así como los diversos espacios o apartamentos pertenezcan a uno o a varios titulares (art. 2).

B) LA ANOMALÍA DEL ARTÍCULO 2, PÁRRAFO SEGUNDO, DE LA LEY

Aludí antes (122) a la extraña modalidad que autoriza el artículo 2, párrafo segundo, del texto de 1976, al establecer que “el régimen de la propiedad horizontal podrá establecer sobre bienes inmuebles que radiquen en terrenos poseídos a título de arrendamiento o de usufructo siempre que, mediante escritura pública al efecto, el arrendador o nudo propietario preste su consentimiento expreso para ello y renuncie a toda acción o reclamación que pueda éste iniciar contra los titulares en caso de incumplimiento de las obligaciones del arrendatario o usufructuario original”. El precepto se complementa con el artículo 24, proposición última, que refiriéndose a las circunstancias de la inscripción indica: “Si el terreno en que enclava la estructura fuese poseído a título de arrendamiento o de usufructo, la escritura así lo expresará especificando la fecha en que expira el término del arrendamiento o del usufructo.”

Como quiera que el Ordenamiento no admite un dominio sobre algo de menor entidad —al igual que la física no autoriza sentar un soldado de plomo sobre un caballo de papel, en frase que ha difundido DE CASTRO— (123), es manifiesto que esa propiedad montada en un usufruc-

(122) Ver *supra*.

(123) VÁZQUEZ BOTE, *Derecho civil*, I, vol. 1.º, pág. 596.

to o en un arrendamiento no es, a la hora de la verdad, propiedad alguna, sino algo confundido totalmente por el legislador que, exteriormente, se asemeja a la horizontalidad.

Ante la expresión legislativa, es obvio que se trata de una construcción en suelo ajeno; y por la fórmula usada en el artículo 2 acerca de la renuncia expresa del titular del dominio, la hipótesis es una construcción en suelo ajeno con consentimiento del titular dominical, esto es, existiendo una relación jurídica, fundamento y base del arrendamiento o usufructo.

En otra parte (124) me he preocupado de matizar las situaciones en que, existiendo edificación en suelo ajeno, surgen distintas calificaciones jurídicas. Trayendo, pues, a colación lo allí indicado, es menester precisar las diversas hipótesis en que puede desembocar la desafortunada expresión legislativa insita en el artículo 2 de la Ley.

En caso de edificación pueden darse una serie de hipótesis diversas:

A) *Edificación en suelo propio*: contentiva de las siguientes situaciones: a) *con materiales propios*: en tal caso se adquiere la propiedad de dichos materiales según avanza la construcción; b) *con materiales ajenos y sin existir relación jurídica* alguna con el propietario de los mismos, en cuyo caso la propiedad se adquiere por accesión, según el artículo 296 del Código Civil; c) *con materiales ajenos y por virtud de una relación jurídica* con el dueño de éstos, hipótesis en la cual es susceptible de distinguir una variedad de alternativas: 1) una situación de condominio de suelo y edificio; 2) un censo enfiteútico perteneciendo el dominio directo al dueño de los materiales; 3) un derecho de superficie para el dueño de los materiales.

B) *Edificación en suelo ajeno*: a) *sin existencia de relación jurídica*, hipótesis comprensiva de: 1) *edificación sin conocimiento del dueño del suelo*, pero con *buena fe* de quien edifica, en que es aplicable la accesión (art. 297 CC); 2) *sin conocimiento del dueño del suelo*, pero con *mala fe* de quien edifica, rigiendo entonces la accesión (art. 298 CC), ya destrucción forzosa de lo edificado (art. 299 CC); 3) *con conocimiento del dueño del suelo*, en que caben varias situaciones distintas: a') *con buena fe* por parte de quien edifica, hipótesis no regulada en el Código Civil y que puede originar un derecho de superficie; b') *con mala fe* de quien edifica, siendo de aplicación la accesión (art. 297 CC) o, asimismo, la venta o arrendamiento forzoso; b) *con existencia de relación jurídica*, hipótesis comprensiva de: 1) contrato de empresa, susceptible de generar un derecho de superficie según la solución que pueda darse a la atribución de propiedad; 2) censo enfiteútico; 3) condominio del suelo y del edificio; 4) un derecho de superficie.

(124) VÁZQUEZ BOTE, *Derecho civil*, II, pág. 387.

La Ley de Propiedad Horizontal contempla la hipótesis de un solar, poseído por arrendamiento o usufructo, en que se ha autorizado la construcción. Luego se trata de una situación de construcción en suelo ajeno, con conocimiento del dueño del solar y existencia de una relación jurídica. En tal situación caben varias calificaciones, según casos: contrato de empresa, censo enfitéutico, condominio de suelo y edificio, derecho de superficie.

De las cuatro únicas situaciones resultantes, solamente dos admiten la posibilidad de erigirse en ellas propiedad horizontal: la resultante en un *contrato de empresa*, en que cada parte aporta su titularidad sobre los diversos objetos para provocar la horizontalidad, y la resultante en un condominio de suelo y edificio, que desemboca en la horizontalidad. Fuera de estos casos, solamente existe censo enfitéutico y derecho de superficie, ninguno de los cuales admite sustentar un dominio horizontal.

Por ello, no empece la intención del legislador de generar monstruos; en aquellos casos en que el nudo propietario preste su consentimiento (art. 2, párrafo 2.º de la Ley) renunciando a toda acción, solamente podemos admitir tal consentimiento como expresivo de la empresa o del condominio. Y entonces la exigencia del plazo del artículo 23 no se acomoda muy bien a la posibilidad ofrecida en el artículo 2.

Es verdad que un contrato de empresa puede estar sujeto a plazo; y es verdad que nada impide someterse a la horizontalidad por tiempo fijo desde el momento en que el artículo 34 previene la posibilidad de renunciar al régimen de propiedad horizontal. Pero siempre estaremos ante situaciones de propiedad ordinaria cuya titularidad se configura de diversa manera, y nunca nos hallaremos ante una horizontalidad que descansa en arriendo o usufructo.

Es asimismo cierto que no existe impedimento alguno para aceptar la adaptación de una situación de condominio al régimen de horizontalidad, y que por igual función del artículo 34 de la Ley ese régimen puede admitirse temporalmente. Pero también aquí estamos ante un dominio sometido a horizontalidad y no ante una horizontalidad que descansa en arrendamiento o usufructo.

Y, es claro, para provocar tales posibilidades sobran los artículos 2 y 23 de la Ley.

Por lo tanto, si el legislador incluye los artículos 2 y 23, planteando situaciones que requieren una normativa concreta, es evidente que no está pensando en una horizontalidad a la que se llega desde el contrato de empresa o de una situación de condominio de suelo y edificio.

Consiguientemente, sólo nos restan otras dos hipótesis de construcción en suelo ajeno con consentimiento del dueño del suelo, las cuales desem-

bocan en un censo enfiteútico y en un derecho de superficie. Y en estas situaciones, la propiedad horizontal es imposible por imposición del propio sistema jurídico.

¿Qué pretende, entonces, el legislador ante tal anomalía? Cabe, sí, una cotitularidad en la enfiteútesis, al igual que cabe una cotitularidad en la superficie. Y en el caso de un edificio existente sobre solar tenido en arriendo o en usufructo, nos resultará una pluralidad de titulares del censo o de la superficie, cuyas relaciones internas pueden regirse por criterios inherentes de la horizontalidad. ¡Caramba!, para esto no hacían falta los artículos 2 ni el 23; bastaba con una norma de extensión general que, dicho sea de paso, existe desde que se publicó el Código Civil: el artículo 1.207 del Código Civil.

Queda por determinar la constatación registral de estas situaciones, que trato en su lugar oportuno (125).

C) LOS PRESUPUESTOS NORMATIVOS: EL ACTO DE ADSCRIPCIÓN

La Ley reclama expresión en documento público, efectuada por el titular o titulares interesados, de someter el edificio al régimen de propiedad horizontal, inscribiendo dicha escritura en el Registro de la Propiedad.

Aquella realidad, con las características indicadas y la realización del presupuesto normativo, provoca el nacimiento de la propiedad horizontal.

¿Significa esto, pues, que la inscripción en el Registro tiene carácter constitutivo?

No parece admisible estimar que la inscripción constituye la propiedad horizontal, porque ésta puede existir como realidad civil, *de facto*, en la vida. De otro lado, si la inscripción es simplemente instrumento para reforzar la eficacia de los títulos que acceden al Registro, hecha excepción de la hipoteca, sería atribuir a la inscripción un valor que el legislador le niega regularmente.

Ahora bien, no es menos cierto que sin inscripción no se da el régimen especial de la horizontalidad, consistente en la individualización, como fines independientes, de los apartamentos, pudiendo éstos entonces ser objeto de tráfico jurídico.

Por ello, y por ser el procedimiento constitutivo expresión de un acto jurídico complejo, me inclino por estimar la inscripción como necesaria, con valor similar, *mutatis mutandis*, al previsto para la anotación preventiva de embargo (arts. 112.2.º y 115 LH).

(125) Ver tomo XV.

Veamos por qué.

Cuando se hace referencia a la propiedad horizontal se la califica como un *especial régimen jurídico*, en función de que a un objeto que en situación ordinaria se le aplicaría una normativa, al pasar a situación especial se le aplica otra distinta. El conjunto de disposiciones aplicables integran ese régimen especial que regularmente, y en casi todos los países, se integran por un conjunto de disposiciones de carácter heterónomo (leyes, reglamentos administrativos, etc.) y autónomo (estatutos, reglamentos de régimen interior, reglamentos de copropiedad, etc.).

Salir del régimen ordinario y entrar en el especial reclama en Derecho una forma de exteriorizar la modificación. Esa forma suele estar recogida en numerosos ordenamientos ante el concurso de dos requisitos: el *acto constitutivo*, contetivo de una expresión de voluntad dirigida a la modificación del régimen jurídico, y la correspondiente exteriorización de dicho acto, frecuentemente —allí donde existe— por el recurso a la registración técnica.

Ese acto constitutivo expresa la convencional división del entero objeto, separando en él partes privativas y partes comunes, estableciendo el *régimen especial* al que se somete dicho objeto, con sujeción a las disposiciones legales. Su registración comunica a cualquier interesado que el inmueble está sometido al régimen especial. FERNÁNDEZ MARTÍN-GRANIZO (126) resalta la diferencia entre acto y documentación del mismo, considerando que por el acto *nace la propiedad horizontal*, mientras que la documentación *constituye el régimen especial*. En otros términos —pude escribir antes— (127), “cabe hacer nacer la propiedad horizontal sin necesidad de documentación especial alguna (eficaz, pues, *inter partes*, conforme con el art. 1.230 CC, en relación con el art. 1.251 del mismo cuerpo legal, correspondientes a los arts. 1.278 y 1.279 del CC español). Pero los efectos típicos y propios de la horizontalidad solamente se alcanzan con la documentación de escritura pública y la ulterior registración. Con la registración surge el régimen especial, a partir de cuyo momento ‘los apartamentos (...) podrán individualmente transmitirse y gravarse y ser objeto de dominio y posesión y de toda clase de actos jurídicos *inter vivos* o *mortis causa*, con independencia del resto del inmueble de que forman parte...’ A partir de ese momento el acto constitutivo se convierte en verdadero título constitutivo de la propiedad horizontal”.

DE LA CÁMARA ALVAREZ (128) lo ha expresado mejor que yo, cuando

(126) *La Ley de Propiedad Horizontal en el Derecho español*, Madrid, 1973, 2ª ed., pág. 227, nota 249.

(127) *Prolegómenos*, cit., pág. 69.

(128) *Insuficiencia* .. cit., págs. 75 y sigs.

escribe que el título constitutivo lo es el acto o declaración expresa “por el cual el propietario o propietarios del inmueble (esté construido, en construcción o simplemente definido) adscriben éste al régimen de la propiedad horizontal y proceden a la determinación y descripción del edificio, en sus diferentes departamentos, fijando y estableciendo las cuotas de participación...” Y plantea, entonces, la cuestión de si es dable el título constitutivo para que surja la propiedad horizontal, “siquiera sea en estado de prehorizontalidad. La propia expresión ‘título constitutivo’ sugiere a primera vista la respuesta afirmativa. Empero, no creo que la cuestión pueda zanjarse mediante una contestación concluyente e indiscriminada en sentido afirmativo. Hay que decidir según los casos para distinguir aquellos en que, a pesar de no haberse otorgado el título, se dan los supuestos fácticos para que la propiedad horizontal surja, y aquellos otros en que el otorgamiento del título constitutivo es condición necesaria para que los mismos efectivamente se den” (129). Ciertamente, estos supuestos fácticos a que se refiere DE LA CÁMARA son plenos *actos*, que explican por sí el nacimiento de la horizontalidad *inter partes*, como, según señala el propio Notario de Madrid, ha aceptado la jurisprudencia española en Sentencias, entras otras, de 9 de junio de 1957 (130), 29 de abril de 1970 (131) y 19 de febrero de 1971 (132). Lo cual permite concluir que “el título constitutivo, en el sentido de la Ley, sólo es un requisito para que entren en juego, a pleno rendimiento, todas sus disposiciones; pero de ahí no se sigue que su otorgamiento sea requisito indispensable para el alumbramiento del instituto ni obsta a que algunas de las normas que lo

(129) “Dichos supuestos fácticos se cumplen, por ejemplo, aun sin otorgamiento del título, si el dueño del edificio construido vende todos o algunos de los pisos o locales del inmueble o si el promotor de un edificio definido, pero en construcción, procede a vender los pisos que están en trance de construir... El otorgamiento del título constitutivo parece necesario, aunque, por supuesto, no es preciso que se formalice escriturariamente. Con un criterio tolerante puede entenderse que la propiedad horizontal ha nacido si están perfectamente definidos los pisos o locales que han de pertenecer a los interesados con expresión de sus características, aunque no se hayan señalado las cuotas de participación...” (DE LA CÁMARA ALVAREZ, *Insuficiencia...*, cit., págs. 75-76)

(130) Niega que el título constitutivo otorgado unilateralmente por el propietario del inmueble, quien vendió parte de los pisos, vincule al comprador.

(131) Declara ineficaces los pactos reservados entre el propietario del solar y el constructor frente a los terceros que adquieren de éste por documento privado con anterioridad al otorgamiento del título constitutivo, “lo que equivale a proclamar que la horizontalidad existía ya”.

(132) Considera que el título constitutivo no tiene otro fin que “acoplar y regular aquellos derechos que la Ley reconoce” a los propietarios de los diversos pisos desde el momento mismo de su adquisición, pues la propiedad horizontal no modifica los elementos que a cada uno de los adquirentes les corresponde desde el momento mismo de adquirir, persiguiendo la horizontalidad el encauzamiento de los derechos que ya en principio corresponde a cada propietario.

regulan puedan ser inmediatamente aplicables. Lo único que cabe discutir... es en qué medida la venta de pisos, mientras no haya tenido lugar su entrega, impide considerar que los compradores han adquirido un *ius in re* sobre el inmueble...”

La idea de esa diferenciación entre acto y régimen tampoco es extraña al Derecho argentino. Como escribe RACCIATTI (133), “dicha formalidad participa de los caracteres de la impuesta por el artículo 1.184 del Código Civil para la compraventa de inmuebles, es decir, que la escritura pública es requerida para que el contrato alcance sus efectos plenos, sin que su omisión acarree la nulidad del acto en sí mismo que existe con independencia del instrumento que lo documenta, sino como medio de acreditar y perfeccionar las declaraciones de voluntad de las partes, para que éstas puedan lograr las consecuencias propias del acto jurídico querido y asegurar su plena exteriorización frente a terceros, con el complemento de la inscripción en el Registro de la Propiedad”. Situación que RACCIATTI, siguiendo a SPOTA y MARTÍNEZ CARRANZA, entre otros, extiende, con exacto criterio, al caso de que la horizontalidad se genere por una pluralidad de interesados, como por uno solo “cuando es consecuencia de la venta de fracciones privativas, cuya adquisición por parte de los distintos compradores implicaría la conformidad con aquél..., que debidamente inscrito en el Registro de la Propiedad se encontrará revestido de efectos *erga omnes*” (134).

Y, puede concluir DE LA CÁMARA ALVAREZ, “de lo dicho se desprende que sólo con grandes reservas puede admitirse que el otorgamiento del título constitutivo de la propiedad horizontal sea de suyo un negocio dispositivo...” (135).

(133) *Propiedad por pisos*, cit., pág. 131.

(134) *Ibidem*, págs. 133-134. Al ser este régimen el previsto en la legislación de horizontalidad, se explica que la misma parte de la hipótesis de esa convivencia en horizontalidad como situación estable.

(135) *Ibidem*, pág. 79. Resulta entonces que el acto constitutivo no separa prehorizontalidad de horizontalidad, sino que siendo la base del título de la horizontalidad, su inscripción registral autoriza el tráfico separado de los departamentos como unidades independientes. Es decir, que el régimen de la horizontalidad en su aspecto más relevante, la disposición del departamento como unidad separada, es consecuencia del efecto derivado de la inscripción frente a terceros. Pero entre las partes no sería necesaria esa inscripción porque se da la horizontalidad entre los condómines, quienes se rigen en sus relaciones recíprocas por el régimen especial.

Prehorizontalidad y horizontalidad quedan así separadas artificialmente, porque si el acto genera la horizontalidad, habiendo acto hay horizontalidad. Si no hay acto no hay horizontalidad

¿Para qué sirve entonces el acto? Para distinguir el régimen jurídico ordinario del dominio del régimen jurídico especial que la horizontalidad entraña. Pero dicho acto no cumple función alguna para separar prehorizontalidad y horizontalidad

D) ALCANCE DE LA CONSTITUCION ¿PERSONALIDAD JURÍDICA?

¿Qué significado tiene, pues y entonces, el acto inscrito? Es claro: somete al inmueble al régimen especial. Sin embargo, la jurisprudencia ha considerado que la horizontalidad atribuye personalidad jurídica. Así se manifiesta en *Arce vs. Caribbean Home Construction Corp.*, 108 DPR

Y si el acto no distingue, ¿qué elemento nos queda para diferenciar prehorizontalidad de horizontalidad?: ese “edificio” que se reclama construido, porque, si no, no es cosa ni posible objeto del derecho real.

Pero admitido que el edificio en construcción es cosa; admitido que la columna de aire o polígono (edificio en proyecto) representado en sus partes perfectamente diferenciadas por el plano es cosa, admitido ello, debe aceptarse que el edificio proyectado y el edificio en construcción (partes por demás de ese subsuelo y de ese suelo) son también cosa y susceptibles de ser objeto de un derecho real

Son esos “ladrillos ya colocados” los que desvirtúan la prehorizontalidad. Es un enfoque vulgar y no una visión de la utilidad conformada por la conciencia social lo que impide precisar que prehorizontalidad y horizontalidad son, en su esencia jurídica, lo mismo. Se comprende por ello el escape de la prehorizontalidad al tratamiento técnico jurídico que no permite un contenido diverso del también técnico jurídico atribuido a la horizontalidad. Y se explica que al estudiar la prehorizontalidad hagamos escarceos puramente económicos o sociales o de otra índole. Es claro que los “ladrillos colocados” no significan para nada el Derecho.

Admitido o no lo hasta ahora expuesto, tengo que concluir más precisamente mi tesis, pues supone hipótesis de trabajo para poder adentrarme en los restantes problemas cuya solución reclama la “prehorizontalidad”.

Lo que digo y pretendo defender de vuestra crítica es que prehorizontalidad y horizontalidad responden a una misma realidad económico-social, lo que supone un mismo trato por el ordenamiento jurídico al ser igual su causa. Y que satisface a los intereses envueltos concebir la transmisión de departamentos en la etapa “prehorizontal” mediante título y modo, regulándose las relaciones de las partes por las disposiciones sobre horizontalidad. Admitir esto supone ya para el consumidor de departamento una ventaja inicial: no le evita, ciertamente, que su dinero pueda evadirse de la actividad constructora —aunque incluso este riesgo puede reducirse sensiblemente—, pero le atribuye en cuanto titular del dominio privativo sobre su polígono de aire y su titularidad en común sobre los elementos comunes del subsuelo, suelo y, en hipótesis, de los elementos edificados en parte, el beneficio inmediato de poder ofrecer el objeto de su derecho en el mercado, compensándose de lo perdido; en todo caso, no pierde todo, pues en una buena gestión de esa “horizontalidad inicial” las cantidades avanzadas seguirán un derrotero hacia la construcción. Cabe, incluso, instrumentar el sistema de pago aplazado de manera tal que la pérdida se reduzca al mínimo, al convertirse el vendedor en una especie de contratista de la construcción del edificio, teniendo el control y supervisión jurídico-económico la comunidad de titulares. Y se logra el resultado más próximo a la expectativa de satisfacción del consumidor por cauces de Derecho privado. Creo que esto no es poco, sobre todo frente a la situación actual.

La tesis, en su núcleo, no es nueva, como os decía antes. Presenta, como es natural, algunos problemas, pero éstos parecen poder ser solucionables, evitándose los inconvenientes que hemos experimentado

Para ello no es menester revolucionar al Derecho. Basta con aquilatar nuestro enfoque del mismo. Reconocer que la idea de la cosa responde a una realidad económico-social no siempre coincidente con la física, natural o vulgar, lo que venimos haciendo en

225. En dicho caso, recogiendo la posición diversa de los autores argentinos y alguno cubano, el Tribunal se inclina por la opinión de PALMIERO. Lamentablemente, un autor que defiende la nomenclatura del régimen especial como “de verticalidad”, porque de edificios verticalmente contruidos se trata (esto es, no ha entendido a qué alude la horizontalidad). Y, más lamentable, con referencia a un sistema jurídico diametralmente opuesto al legislado en Puerto Rico.

En Argentina, como los países que siguieron el modelo francés e italiano, la atribución de personalidad es un acto discrecional de la Administración, que debe responder a determinados *finés*: por ello importa enormemente la instrumentación de medios para el logro de aquéllos. Pero, incluso en Argentina, se discute si la horizontalidad es o no persona jurídica; y que el tema se inclina por la opinión contraria queda acreditado por los esfuerzos de un amplio sector, que reclama legislación a tal efecto. Lamentablemente, el Tribunal Supremo, como hace frecuentemente, se limita a leer a los autores con olvido de las normas a que los mismos se refieren... y trae la opinión sin apreciar que las normas puertorriqueñas son distintas.

Y el Derecho puertorriqueño, como el español al que sigue literalmente, sujeta la atribución de personalidad de los entes morales a simples requisitos de forma: documento público e inscripción en el Registro adecuado, originalmente el Registro de Asociaciones que estaba adscrito al Ministerio de lo Interior.

Que los fines le son irrelevantes al sistema es claro con consultar el artículo 1.551 del Código Civil, a cuyo tenor “las sociedades civiles, por el objeto a que se consagren, pueden revestir todas las formas reconocidas en el Código de Comercio. En tal caso les serán aplicables sus disposiciones en cuanto no se opongan a las del presente Código”. Y que la sociedad dotada de personalidad jurídica reclama inscripción en el *Registro adecuado* lo dice claramente el artículo 1.560, conforme con el cual “no tendrán personalidad jurídica las sociedades cuyos pactos se mantengan secretos entre los socios... Esta clase de sociedades se regirán por las disposiciones relativas a la comunidad de bienes”.

Naturalmente, la horizontalidad accede a un Registro, el de la Propie-

múltiples ocasiones. Incluso no es menester modificar el concepto “cosa” o intentar nuevas denominaciones, pues creo que seguimos moviéndonos en el campo de siempre, enriquecido ante una nueva exigencia económico-social que reclama su consideración por el ordenamiento. Por ello no comparto la idea de hablar de *cosa horizontal* que emplean SUÁREZ y CAUSSE (“La propiedad horizontal y el estado de prehorizontalidad”, ponencia al III Congreso Internacional de Derecho Registral, 1978, grupo argentino, loc. cit., pág. 66), ya que si bien es cierto que en el estado actual de la cuestión ofrece el indudable beneficio de su plasticidad, podría crear confusionismo. Porque esa cosa horizontal no es sino una cosa, como tantas otras.

dad. Pero no es éste uno que atribuya personalidad por la inscripción. Tanto en la Ley Hipotecaria interior como en la vigente, el Registro lo es de títulos de trascendencia real cuya finalidad es publicar derechos reales. Conclusión que, doctrinalmente clara respecto de la antigua Ley, se afirma tajantemente en el artículo 1 de la vigente: “El Registro de la Propiedad tiene por objeto la registración de los actos y contratos relativos a bienes inmuebles mediante un sistema de publicidad de títulos que contienen las adquisiciones, modificaciones y extinciones del dominio y demás derechos reales sobre dichos bienes y de los derechos anotables sobre los mismos y de las resoluciones judiciales que afecten la capacidad civil de los titulares”. Por parte alguna se atribuye a tal Registro aptitud para atribuir personalidad jurídica.

Obviamente, como quiera que, conforme con el artículo 27 del Código Civil, también tienen personalidad “las corporaciones, compañías o asociaciones de interés particular, sean civiles, mercantiles o industriales, a las que la *Ley* conceda personalidad jurídica”, las cuales “se regirán por las disposiciones legales que les sean aplicables por sus cláusulas de *incorporación...*” (art. 28 CC, énfasis añadidos), cuya capacidad “se regulará por las leyes que las hayan creado o *reconocido*” (art. 29 CC, énfasis añadido), es dable que la Ley de Propiedad Horizontal atribuya tal personalidad. Lamentablemente, ningún precepto de la misma lo dice.

Y esto lo reconoce el propio Tribunal Supremo, que tiene que limitarse a “compartir la tesis” de quienes estiman adecuada la personalidad jurídica en Argentina y con un Derecho distinto. Confundiendo, además y otra vez, la jurisprudencia los conceptos de personalidad jurídica y titularidad patrimonial. Lo cierto es que, en la Ley, el Consejo de Titulares no tiene personalidad jurídica alguna, sino que queda limitado a las funciones señaladas en el artículo 38, esto es, designar los órganos gestores. Y no cabe admitir que por atribuirse al Presidente la representación en juicio y fuera de él de la comunidad en los asuntos que la afecten, surge de ahí la personalidad jurídica. Tampoco cabe aceptar que por ser el Consejo de Titulares expresión de todos los comuneros surge así la personalidad, porque entonces también la tendría la comunidad de bienes, lo que niega el artículo 1.560, párrafo segundo, del Código Civil.

De dónde surge, pues, tal personalidad no se sabe. Es verdad que ante otra *personalidad* descubierta por el Tribunal Supremo, la del régimen de gananciales, se remite el Alto Organismo a consideraciones subyacentes (existencia de interés común, conciencia del mismo, organización colectiva: *Torres vs. A.F.F.*, 96 DPR 648), razones subyacentes que permiten atribuir personalidad jurídica a un simple contrato de compraventa, o a la sociedad civil con pactos reservados, a que la Ley niega tal personalidad como se ha indicado antes.

La tesis, que el propio Tribunal se encarga de rechazar cuando de otras situaciones se trata (*Canchani vs. C.R.U.V.*, 105 DPR 352, en que frente a la tajante afirmación de la Ley que crea la Administración de Parques y Recreos Públicos: “La Administración que por la presente se crea tendrá personalidad jurídica, podrá demandar y ser demandada, denunciar y ser denunciada, querellar y defenderse ante todos los Tribunales y organismos administrativos...” (art. 1 Ley 4, 30 junio 1947), quedando facultada “para adquirir bienes en cualquier forma que sea...” (art. 4), el Tribunal Supremo solamente ve una mera legitimación procesal (CANCHINI, cit., pág. 357), no tiene fundamento alguno. Mientras que cuando ni tan siquiera se da dicha legitimación, cual es el caso de la horizontalidad, sí se ve personalidad jurídica. Es claro que no sabe el Tribunal qué es la personalidad jurídica.

Hasta el momento, solamente palabras invoca el Tribunal; palabras vacías para justificar sus afirmaciones (en una exhibición de conceptualismo puro). Es verdad que el Derecho se hace con palabras; pero no es menos cierto que las instituciones se señalan por sus *efectos*. Y mírese por donde se mire, ¿dónde está en la Ley de Propiedad Horizontal el patrimonio de esa personalidad jurídica?

No lo es el inmueble, porque el mismo pertenece, privativamente en los apartamentos y colectivamente en los elementos comunes, a los condómines (art. 8 LPH). No lo son las cuotas, porque están adscritas los gastos de administración, perteneciendo, pues, a prorrata de los comuneros, a ellos mismos [art. 15.e) de la Ley]; siendo ellos quienes determinan su existencia y cuantía (art. 16). No lo son los posibles ingresos por elementos procomunales, que pertenecen a los cotitulares a prorrata (art. 20).

¿Dónde está, pues, el patrimonio? O es que, por mor de la afirmación judicial, junto al patrimonio de cada condómine (sus bienes de todo orden, los elementos privativos y su cuota en los elementos comunes) aparece un patrimonio de la personalidad jurídica formado igualmente por los elementos privativos y los comunes.

Tampoco es argumento que la Ley de Propiedad Horizontal utiliza y designa términos y cargos iguales a los que existen en la corporación, incluso aunque su estructura enunciativa fuese igual. El Director, la Junta de Directores, son expresiones manidas por una práctica mercantil norteamericana que organiza todo corporativamente. Pero no tiene esto trascendencia jurídica alguna. Aparte (hay que considerar la intención legislativa de la reforma de 1976), superar las circunstancias de la anterior normativa que ha “desalentado la compra de apartamentos en inmuebles bajo el régimen de propiedad horizontal” (E. de M.). Precisamente los graves defectos de la Ley anterior (posibilidad que el constructor hiciese

gravosa la administración del inmueble a los adquirentes mediante la imposición de contratos decididos por el titular única que hacía la adscripción: frecuentísimas las situaciones en que la cuota mensual de mantenimiento es sensiblemente superior a la amortización mensual del préstamo hipotecariamente garantido; dificultades en el cobro de los gastos comunes) no se solventan en la Ley. Por el contrario, la posibilidad de someter el inmueble a la horizontalidad por el titular único (art. 36.A, párrafo 1.º) mediante aprobación de mayoría simple, frente a la dificultad de modificar el Reglamento (art. 37, párrafo último) por requerirse mayoría de tres cuartas partes, previniéndose en éste precisamente el modo de administración (y los posibles contratos vinculantes: art. 37, párrafo 1.º entero), hacen ilusoria la prevención del artículo 36.A, párrafo tercero. Y las dificultades de percibir las cuotas, perdiéndose las mismas irremediablemente, se sancionó en el artículo 41, que el propio Tribunal Supremo, mediante absurda vinculación con el artículo 40, permitió se convirtiesen en humo, en monstruosidad jurídica inicialmente (*Asociación de Condómines vs. Naveira*, 106 DPR 88), que se hace al menos congruente en su monstruosidad posteriormente (*Vázquez v. Caguas Federal Saving*, 118 DPR 806); con lo que, dicho sea de paso, aquella interpretación jurisprudencial arremetió contra el propio texto legal, que en su fase de proyecto incluía lo que el Tribunal “interpretó”, que fue excluido en el texto aprobado y convertido en Ley (136).

Finalmente, ninguna utilidad se logra con la tan pretendida personalidad. La horizontalidad no persigue finalidad mercantil alguna que pudiera explicar unos dudosos beneficios por la personificación. Muy por el contrario, bajo el régimen de horizontalidad, concebir ésta desde una perspectiva mercantil es torpedear el último rincón que queda a las familias (el hogar) frente a la agotadora presión capitalista. Y en último extremo, y dado el régimen de *mayorías minoritarias* que permite la Ley, concebir el régimen de horizontalidad como personificado puede facilitar lo que

(136) Decía el texto del proyecto de Ley.

“Artículo 41: La obligación del titular de un apartamento por su parte proporcional de los gastos comunes constituirá un gravamen sobre dicho apartamento. Por lo tanto, el adquirente de un apartamento será solidariamente responsable con el transmitente del pago de las sumas que éste adeude, a tenor con el artículo 39, hasta el momento de la transmisión, sin perjuicio del derecho del adquirente de repetir contra el otro otorgante, por las cantidades que hubiese pagado como deudor solidario.

La referida obligación será exigible a quien quiera que sea titular de la propiedad que comprende el apartamento, aun cuando el mismo no haya sido segregado e inscrito como finca filial en el Registro de la Propiedad o enajenado a favor de persona alguna. *Quedan eximidos de esta obligación los que adquieran apartamentos mediante el ejercicio de los créditos preferentes que reconoce el artículo anterior.*”

El texto enfatizado no se aprobó, suprimiéndose en el artículo 41 promulgado.

tan frecuente es en el ámbito corporativo: que algunos miembros puedan defraudar a la generalidad convirtiendo el inmueble en humo por el recurso a levantar crédito sobre él para beneficio de aquella minoría.

Naturalmente, a esto no se llegará, porque veremos siempre cómo la jurisprudencia vendrá entonces a recortar esa personalidad, que quedará convertida en nada.

4. ADQUISICION DE LA PROPIEDAD HORIZONTAL

En otra ocasión he escrito que un derecho nace cuando viene a la vida una relación jurídica. Como quiera que toda relación, cualquiera que fuese su naturaleza, tiene un sujeto al que debe referirse, a todo nacimiento de un derecho, dice RUGGIERO, corresponderá una adquisición, es decir, la unión del derecho a la persona. Sin embargo, debe tenerse en cuenta que los conceptos de *nacimiento* y *adquisición* no coinciden necesariamente entre sí porque, así como puede ocurrir que el derecho se adquiera en el mismo instante en que nace (ocupación), así también puede darse la adquisición de un derecho ya nacido (venta de una casa) y, excepcionalmente, puede ocurrir también el nacimiento de un derecho sin adquisición actual por una persona (herencia destinada al concebido) (137).

Esta distinción se pone de relieve magníficamente en tema de propiedad horizontal, ya que, en términos en que se formula el artículo 2 de la Ley, es perfectamente posible que la propiedad horizontal nazca, sin que exista adquisición alguna, o que se produzca la adquisición simultáneamente o con posterioridad al nacimiento.

En efecto, el artículo 2 de la Ley declara aplicables sus disposiciones al conjunto de apartamentos cuyo titular único o titulares todos, si hubiere más de uno. VÉLEZ TORRES señala (138) que dicho precepto contempla la posibilidad de que más de una persona sea dueña del edificio que haya de sujetarse a propiedad horizontal, indicando a continuación el carácter de indivisión del apartamento, como hipótesis del artículo 7 de la Ley. Pero no se destaca la posibilidad que el edificio pertenezca a un solo titular, que desee establecerse bajo el régimen de propiedad horizontal. Personalmente, entiendo que ninguna razón existe para que se estime indigna de protección esta situación ni, desde luego, se halla en la Ley precepto alguno que lo impida; los términos en que se expresa el artículo 2 ("conjunto de apartamentos y elementos comunes cuyo titular único...") permiten claramente configurar ese titular único como titular del conjunto, esto es, del edificio.

(137) *Derecho civil*, I, vol. 1.º, págs. 396 y sigs.

(138) *Lecciones*, cit., pág. 182.

De otro lado, el artículo 26 reconoce expresamente tal posibilidad al determinar, con referencia a la inscripción de la finca matriz, que "...quedarán inscritos... a favor del o de los que resulten ser titular o titulares del inmueble total..." (art. 26, párrafo 2.º, de la Ley); idea que reitera el artículo 34 al indicar que "la totalidad de los propietarios de un inmueble constituido en propiedad horizontal o el propietario único..."

Por ello, quien siendo titular único de un edificio lo somete a propiedad horizontal, provoca el nacimiento de ésta sin adquisición alguna, ya que la titularidad no se ha transferido, sino que se ha modificado en su naturaleza objetiva.

Naturalmente, que adquisición y nacimiento sean fenómenos distintos no significa que no puedan ser coincidentes. Basta pensar en un fenómeno muy frecuente: el constructor titular único que, al tiempo que procede a vender procede a la declaración de horizontalidad; o los adquirentes de un piso o local en un edificio, *pro indiviso*, que provocan la horizontalidad simultáneamente. Si bien en ambos procesos podríamos distinguir un *prius* y un *posterius* lógicos (siendo entonces nacimiento y adquisición momentos distintos), práctica y jurídicamente cabe admitirlos como simultáneos.

Naturalmente, la adquisición de la propiedad horizontal queda sujeta a las normas generales de adquisición de los derechos (139), lo que autoriza a afirmar que, frecuentemente, la horizontalidad se adquiere con carácter *originario*, sobre todo en edificios de nueva planta, o en edificios antiguos sometidos en régimen de alquileres, en que el propietario dispone de ellos en favor de los inquilinos o de terceros (por cuanto éstos adquieren un título, horizontalidad, completamente distinto al de dominio del vendedor), provocando al mismo tiempo la horizontalidad. Existe, sin embargo, algún confucionismo doctrinal que conviene aclarar.

No es extraño en la doctrina (140) considerar que la adquisición es originaria cuando el derecho surge originalmente para el titular presente y que es derivativa cuando lo adquiere de otro titular anterior. Esto es cierto; pero no es menos frecuente estimar que si un derecho que ya existía en un titular es adquirido por otro sin derivación causal alguna, también se da la adquisición derivativa. Y aquí estriba el error; porque toda adquisición no justificada por una relación con el titular precedente tiene carácter originario y no derivativo. El error estriba en calificar la relación jurídica por función del *iter* seguido por el objeto; premisa bajo la cual, después de la única adquisición primigenia, toda ulterior será derivativa.

(139) VÁZQUEZ BOTE, *op. cit.*, I, vol. 1.º, págs. 397 y sigs.

(140) Por todos, CASTÁN TOBEÑAS, *Derecho civil*, I, vol. 2.º, pág. 37; siguiendo a COVIELLO, *Manuale*, pág. 310.

Pero si atendemos al *contenido propio del derecho adquirido* y a la exigencia o no de una derivación, es claro que caben múltiples adquisiciones originarias.

En tema de propiedad horizontal, si el adquirente de un piso lo es simultáneamente con la constitución del régimen de horizontalidad, su adquisición debe definirse como originaria. Así lo admite también FERNÁNDEZ MARTÍN-GRANIZO (141), si bien en los ejemplos o hipótesis que señala no parece demostrar gran seguridad, aunque acierta en todas las situaciones que ofrece; muy probablemente sus dudas deriven de seguir a la doctrina corriente (142), que se obsesiona con una contemplación subjetiva y no objetiva del *derecho* subjetivo. Por el contrario, en aquellos casos en que el régimen de horizontalidad ya existe, la adquisición del apartamiento será siempre derivativa.

La adquisición de la propiedad horizontal no plantea inicialmente ningún problema especial fuera de los inherentes a toda teoría general (143), sobre todo en el caso de Puerto Rico, en que el tráfico uniforme se caracteriza por la modalidad de adquisición con pago aplazado y garantía hipotecaria o, excepcionalmente, mediante pactos de retroventa o de reserva de dominio (éste, más anómalo por sus implicaciones fiscales). La novedad local está situada, o limitada en sus peculiaridades, a la incidencia del seguro de títulos, aspecto que trato aparte (144).

CAPÍTULO III

I. CONTENIDO DE LA HORIZONTALIDAD

1. CONSIDERACIONES GENERALES

Concebida la horizontalidad como expediente jurídico obtenido para satisfacer necesidades económico-sociales de carácter particular mediante una cooperación colectiva en que el elemento comunitario de gestión de la horizontalidad está en función de la actuación particular, parece adecuado analizar la *esencia* como cuestión antecedente al estudio del *incidente*.

(141) *Op. cit.*, pág. 271.

(142) *Ibidem*, pág. 272, nota 296, citando a PUIG PEÑA, CASTÁN, VALVERDE

(143) Ver VÁZQUEZ BOTE, *Derecho civil*, I, vol. 1.º, págs. 396 y sigs. Para otras particularidades, VÁZQUEZ BOTE, *Elementos de Derecho hipotecario*, cit., págs. 415 y siguientes.

(144) Ver tomos XIV y XV al tratar los aspectos registrales

Correspondiente, pues, con dicho enfoque, cabe diferenciar en la horizontalidad un contenido relativo a los elementos privativos y un contenido referido a los elementos comunes.

II. PROPIEDAD EXCLUSIVA DEL APARTAMIENTO

1. DERECHOS DEL PROPIETARIO SOBRE SU APARTAMIENTO

A) TERMINOLOGÍA

La Ley de Propiedad Horizontal suele emplear el término “exclusivo” para referirse a la porción privativa en la horizontalidad. En la doctrina de habla española suele recogerse precisamente la denominación de *parte* o *porción privativa*. Personalmente prefiero esta modalidad de expresión por ser mucho más exacta y precisa, ya que la exclusividad no es tan manifiesta y constante en la Ley para justificar su empleo, mientras que sí es exacto el término de porción privativa. En efecto, la titularidad sobre el apartamento no es exclusiva por cuanto que no es excluyente, pero siempre es privativa de titular. De ahí que, aunque la Ley no lo ratifique —si bien es cierto que tampoco lo impide— usaré desde ahora esa expresión.

B) LAS PARTES O ELEMENTOS PRIVATIVOS

El artículo 8 de la Ley establece que “el titular tendrá derecho exclusivo a su apartamento...”, admitiendo una participación en los elementos comunes.

Se distingue, pues, tajantemente, entre una parte o elemento común (arts. 2, 5, 8, 9, 11, etc.) y una parte exclusiva o privativa. Correspondientemente, la primera obligación del intérprete es determinar qué sea parte privativa y qué sea elemento común.

No es la Ley muy clara al respecto. Es cierto que, destacadamente, en su artículo 11 enumera *algunos* elementos comunes. Pero no existe en el cuerpo legal ninguna enumeración de partes privativas ni, lo que resulta más inconveniente, criterio alguno para su determinación.

El artículo 3, al definir qué es el apartamento como base privativa fundamental, lo conceptúa como el espacio cúbico determinado y *sus anejos* (“a los efectos de esta Ley se entenderá por apartamento cualquier unidad de construcción suficientemente delimitada, consistente de uno o

más espacios cúbicos cerrados, parcialmente cerrados o abiertos, y sus anejos, si algunos, aunque éstos no sean contiguos..." A los anejos se refiere también el artículo 32.A al reconocer la posibilidad de dividir o agrupar los apartamentos "y sus anejos".

De ambos preceptos se deduce que el apartamento es —como el hombre orteguiano— el apartamento y su anejo, es decir, algo más que el mero apartamento. Realmente, lo que pretende decir el legislador es que el apartamento y *otras partes privativas* quedan sometidos al mismo régimen jurídico de exclusividad. Por ello es adecuado diferenciar, dentro de las partes privativas, el apartamento *stricto sensu* de los anejos sometidos al mismo régimen jurídico que aquél (la exclusividad legal).

La parte privativa calificada como apartamento en sentido estricto está representada, a tenor de lo dispuesto en el artículo 3, por la "unidad de construcción, suficientemente delimitada, consistente en uno o más espacios cúbicos cerrados, parcialmente cerrados o abiertos (...), siempre que tal unidad sea susceptible de cualquier tipo de aprovechamiento independiente, siempre que tenga salida directa a la vía pública o a determinado espacio común que conduzca a dicha vía".

De ahí que son características del apartamento: *a)* su delimitación espacial diferenciada; *b)* la susceptibilidad de aprovechamiento independiente (145); *c)* su acceso directo o indirecto a la vía pública, resultando en este caso tenerlo a elementos comunes del inmueble. Por función de ello es perfectamente aplicable a Puerto Rico la enumeración de partes que, dentro de cada departamento, son privativas y que efectúa FERNÁNDEZ MARTÍN-GRANIZO cuando señala como tales "las puertas, ventanas, pinturas de paredes y techos, revestimientos interiores de los muros y paredes maestras, cielos rasos, pavimentos y entramados de los suelos, paredes de separación de habitaciones, siempre que sean maestras, etc." (146); cables de luz y demás servicios incluidos en el apartamento, tuberías asimismo incluidas. Aunque el artículo 11.*b)* califica a los techos como elementos comunes, parece sensato distinguir el *techo* como el elemento de separación vertical entre apartamentos situados uno sobre otro del *techo* en cuanto revestimiento particular de ese elemento de separación referible como privativo de cada apartamento; del mismo modo que cabría distinguir el suelo de su revestimiento, siendo aquel elemento común y éste (ladrillos, etc.) privativo. También tendrá carácter privativo el balcón (que ahora vuelve a difundirse en la construcción de altura), las rejas generali-

(145) Aunque el texto legal inserta una "," entre *aprovechamiento e independiente*, es claro que se trata de una errata. Si no, cualquier cosa sería un apartamento.

(146) *Op. cit.*, pág. 681.

zadas como elemento de seguridad, los revestimientos para aparatos de aire acondicionado, etc.

En cuanto a los anejos que formando parte del régimen jurídico del apartamento no son el mismo por propia definición, la Ley no facilita su determinación, ya que solamente puede llegarse a su concepto, vago por demás, mediante el procedimiento de exclusión, tomando como eje el artículo 11 de la Ley en sus apartados *c)*, *d)* y *g)*.

El artículo 11.*c)* configura como posibles anejos una serie de elementos, que se estimarán comunes si no existe disposición o pacto en contrario: “los sótanos, azoteas, patios y jardines”, pudiendo añadirse cualesquiera otros espacios para servicio de cada apartamento, como buhardillas, registros individualizados de la luz o del agua y los espacios en que, también individualizadamente, puedan ubicarse, etc.

El artículo 11.*d)* permite calificar como anejos otros elementos comunes si así se determina estatutaria o convencionalmente, como “los locales destinados a alojamientos de porteros o encargados”.

El artículo 11.*g)* autoriza a considerar como anejos, también cuando así se establezca expresamente, “toda área destinada a estacionamiento”. Su aptitud de elemento privativo y anejo está expresamente reconocida también en el artículo 14, párrafo segundo, al indicar que “cuando el estacionamiento fuere elemento común...”; luego es dable que no lo sea.

Ahora bien, en cada caso particular deberá determinarse si un elemento es o no anejo de un apartamento, según el título constitutivo, ya que la enumeración por sentido contrario del artículo 11 es claramente insuficiente para englobar múltiples hipótesis, incluso en apariencia de oposición a la Ley; porque, por ejemplo, el hecho de que el artículo 11.*a)* califique de comunes a las áreas recreativas presupone que se trate de un área colectiva, lo que no tiene por qué ser así, pues es dable áreas de tal carácter recreativo cuya condición sea la de anejo. Es factible, igualmente, que una escalera o tramo de escalera dé servicio exclusivo a un solo apartamento (como es frecuente) y se califique como elemento anejo, no empece la enunciación legal del artículo 11.*b)*, calificándolo como elemento común (por presuponer, cierta y regularmente, un uso general). Esta posibilidad de ampliar el carácter de anejo de ciertos elementos deriva de la misma Ley, que al prevenir en su artículo 12 la posibilidad de existir elementos comunes limitados que dan servicio a unos, pero no a todos los apartamentos, autoriza a limitar ese carácter a un solo apartamento: este pretendido elemento común limitado a un solo apartamento no sería otra cosa que un anejo del mismo (147).

(147) Artículo 12: “También serán considerados elementos comunes, pero con carácter limitado, siempre que así se acuerde expresamente por la totalidad de los

C) EXTENSIÓN DEL DERECHO DE PROPIEDAD EN LOS ELEMENTOS PRIVATIVOS

La titularidad de los elementos privativos aporta al *dominus* “un derecho exclusivo sobre el apartamento (148) y una participación... en los elementos comunes...”, dice el artículo 8, párrafo primero, de la Ley.

Consiguientemente, el derecho de propiedad, en la horizontalidad, ofrece al titular dos vertientes, la de exclusividad y la de participación, cada una de las cuales ofrece manifestaciones distintas en tema del contenido del dominio: aspectos dispositivos, administrativos, etc.

2. FACULTADES DISPOSITIVAS EN LOS ELEMENTOS PRIVATIVOS

Al igual que en cualquier otra situación de propiedad, en la horizontalidad el titular reúne en sí todas las facultades inherentes al concepto de la disposición, pudiendo, consiguientemente, enajenar por título oneroso o gratuito, *inter vivos* o *mortis causa*, puede gravar, etc.

FERNÁNDEZ MARTÍN-GRANIZO (149) reconoce al titular el derecho de destruir. Cabe discutir seriamente tal facultad como una inherente al dominio, en la horizontalidad como en cualquier otra modalidad de propiedad. La inercia burguesa pudo expresar en el *abutere* romano la facultad atribuida al titular del dominio de destruir la cosa, omitiendo así el verdadero significado del *abutere*, que no va más allá de la facultad de consumir absolutamente por su uso el objeto de nuestra propiedad, lo cual es muy distinto a la destrucción caprichosa. Es cierto que en el marco de una economía capitalista la coyuntura puede explicar —que nunca justificar— la destrucción de las cosas; pero no es menos cierto que tal posibilidad no se corresponde con los intereses sociales, sino solamente con los de aquellos grupos a quienes esa destrucción puede beneficiar. De ahí que me oponga sistemáticamente a estimar como jurídicamente válida la atribución al dominio de una facultad antisocial.

Enmarcando la cuestión en el ámbito del Derecho positivo, parecen existir serios argumentos para negar al titular de la horizontalidad tal poder. Como hemos de comprobar, las facultades reconocidas al mismo,

titulares del inmueble, aquellos que se destinan al servicio de cierto número de apartamentos con exclusión de los demás, tales como pasillos, escaleras y ascensores especiales, servicios sanitarios comunes a los apartamentos de un mismo piso y otros análogos.

(148) Y demás anejos privativos.

(149) *Op. cit.*, pág. 685.

cuyo ejercicio se rodea de un conjunto de obligaciones grandes, no parecen dar base a una teoría del poder de destrucción. Destacadamente, el artículo 2 de la Ley, en su párrafo tercero, declara terminantemente que “la escritura que establezca el régimen de propiedad horizontal expresará clara y precisamente el uso a que será destinada toda área comprendida en el inmueble, y una vez fijado dicho uso sólo podrá ser variado mediante el consentimiento unánime de los titulares”. El artículo 15, párrafo primero, apartado a), establece el uso y disfrute del apartamento sometido a la siguiente regimentación: “Cada apartamento se dedicará únicamente al uso dispuesto para el mismo en la escritura...”; el artículo 22.d) reclama señalar en la escritura de constitución la “indicación clara del destino dado al inmueble y a cada uno de sus apartamentos; el mismo artículo 32.A, al autorizar la modificación de apartamentos por división o agrupación preceptúa que “...ninguna segregación o agrupación así realizada tendrá el efecto de variar el destino o uso dispuesto en la escritura matriz para el apartamento o apartamentos que quedaren modificados”. Y cabe adaptar a este sentido el artículo 39, párrafo segundo, conforme al cual “ningún titular podrá librarse de contribuir a tales gastos por renuncia al uso o disfrute de los elementos comunes ni por abandono del apartamento que le pertenezca”.

Desconozco, naturalmente, que los preceptos enumerados tenían originalmente una intención completamente distinta de la que ahora señalo. Preocupaba al legislador, básicamente, evitar que apartamentos en horizontalidad se dedicasen a funciones hoteleras. Pero si la Ley impone un uso una vez libremente fijado éste e impide su alteración, es claro que la destrucción sin necesidad o consecuencia correspondiente del normal ejercicio de derecho se opone a ese uso fijado. Y esto está condenado por la Ley, aparte de repugnar a la moral de cualquier sociedad que se estime mínimamente.

La genérica facultad dispositiva está contenida en el artículo 4 de la Ley, a cuyo tenor, “una vez se haya constituido el inmueble en propiedad horizontal, los apartamentos expresados en el artículo 3 (que conceptúa qué es el apartamento) podrán individualmente transmitirse y gravarse y ser objeto de dominio o posesión y de toda clase de actos jurídicos *inter vivos* o *mortis causa*, con independencia total del resto del inmueble del que formen parte...” (150). Por su lado, el artículo 6, al decretar la

(150) La afirmación legislativa acerca de la disponibilidad del apartamento respecto del resto del inmueble es, desde luego, una expresión poco afortunada, por cuanto los elementos comunes acompañan, en la cuota correspondiente, al apartamento; y estos elementos comunes “se mantendrán en indivisión forzosa y no podrán ser objeto de la acción de división de la comunidad”, al menos en tanto en cuanto, por la vía del artículo

subrogación del adquirente en el lugar y grado del transmitente, congela la horizontalidad en cualquier caso de enajenación como una limitación correspondiente al propio régimen especial. A este mismo espíritu responde el artículo 41 de la Ley —no empeece su deficiente formulación, incluso contradictoria— al señalar que “la obligación del titular de un apartamento por su parte proporcional de los gastos comunes constituirá un gravamen sobre dicho apartamento. Por lo tanto, el adquirente de un apartamento será solidariamente responsable (*sic*) con el transmitente del pago de las sumas que éste adeude, a tenor con el artículo 39, hasta el momento de la transmisión, sin perjuicio del derecho del adquirente a repetir...; la referida obligación (*sic*) será exigible a quien quiera que sea titular de la propiedad que comprende el apartamento...” (151).

Sin embargo, falta en la Ley un precepto similar al del artículo 3.5.º de la Ley española, que declara la inalterabilidad del régimen de propiedad por transmisión del disfrute; disposición que pudiendo ser ciertamente oscura, ni tan siquiera así aflora en la legislación puertorriqueña, que solamente la apunta de modo inconsistente con relación a un muy concreto problema (que por la importancia que el legislador le otorga parece haber sido el eje de la reforma). A ello se refiere el artículo 15.A, párrafo último, que reinsiste en algo innecesario, como afirmar que “el titular arrendador seguirá siendo el responsable exclusivo de las contribuciones para los gastos comunes y además responderá del cumplimiento de esta Ley y del Reglamento por parte del arrendatario”. Nuevamente, el artículo 39, párrafo segundo, se ratifica en el criterio expuesto, señalando que “ningún titular podrá librarse de contribuir a tales gastos” (los de administración, conservación y reparación de los elementos comunes) “por renuncia al uso o disfrute...”

Ahora bien, si el disfrute transferido es el propio de un derecho real, ¿significará esto que puede producirse una diversificación de obligaciones correspondientes? Del artículo 6, que proclama la subrogación del adquirente en el lugar y grado del transferente, así parece deducirse, adoptándose una norma distinta a la del artículo 3.5.º de la Ley española. El otro precepto que podría invocarse para resolver el problema es el artículo 38.B, párrafo quinto, conforme al cual, y en tema de asistencia a la Junta de Titulares, se establece que “si el apartamento se hallare en usufructo, la asistencia y voto corresponden al nudo propietario...”; adoptándose, pues, un criterio diverso al anterior, al menos potencialmente diverso.

34 de la Ley, la totalidad de los propietarios no proceda a la desafectación del inmueble respecto de la horizontalidad. De otro lado, la susceptibilidad de posesión no podrá tener amparo registral (art. 44 LH)

(151) Sobre la problemática de este precepto, ver *infra*

Ante la duda cabe presentar como norma orientadora la siguiente: por principio general, al propietario en horizontalidad le corresponden las obligaciones inherentes a la propiedad, salvo que dichas obligaciones, por función de un derecho real, sean transmisibles al titular de éste, en cuyo caso éste deberá asumir tales obligaciones. No se opone a ello el citado artículo 15.A, párrafo último, por tratarse en su hipótesis de una relación simplemente obligacional (arrendamiento).

3. PECULIARIDADES EN LA FACULTAD DISPOSITIVA

Ante el texto de la Ley cabe tratar individualmente una serie de situaciones en que las facultades inherentes al titular del dominio sufren, en la horizontalidad, una alteración en diverso sentido. Corresponde analizarlas de modo separado.

A) VENTA O CESIÓN

a) *Obligaciones adjuntas al acto de enajenación*

El artículo 15.A impone, en todo acto de enajenación, una peculiar obligación a cargo del titular de la horizontalidad, estableciendo en su párrafo segundo que “en caso de venta o cesión (...) del apartamento el titular deberá ponerlo en conocimiento del Director o la Junta de Directores, con expresión del nombre, apellidos, generales y dirección del adquirente (...). Además, deberá exigir al adquirente (...) la expresión de que conoce y observará plenamente los preceptos de esta Ley, el Reglamento y demás bases del régimen de la propiedad horizontal en la escritura en que conste la transferencia...” El mismo artículo, en su primer párrafo, impone al titular que ha adquirido un apartamento en la horizontalidad el deber de “comunicar al director o Junta de Directores, dentro de los treinta días siguientes a la fecha de adquisición de su apartamento, su nombre y apellidos, generales y dirección, la fecha y demás particularidades de la adquisición de su apartamento, presentando los documentos fehacientes que acrediten dicho extremo”.

El precepto merece un sustancioso comentario por numerosas razones.

La primera sorpresa que me provoca el precepto es la que trasciende de su redacción. ¿Quién se cree el legislador que es? ¿Ha apreciado el conjunto de imposiciones —sin fin jurídico alguno— establecidas? ¿Son tan esenciales estas obligaciones? En su caso, ¿por qué no tienen sanción?; y si no lo son, ¿por qué establecerlas?

La inicial obligación impuesta al transmitente de un apartamento de comunicar al Director u organismo colegiado encargado de la administración del inmueble los datos personales del adquirente podrían estimarse como por función de facilitar la puesta en contacto del nuevo titular y del organismo administrador. Claro es que si no lo hace no nada pasa en el texto de la Ley... ni en ningún otro aspecto. ¿Puede pretender, por ejemplo, ese Director prohibir el acceso al edificio al adquirente? A éste le será suficiente con acreditar su condición de propietario de un apartamento. Es verdad que la exigencia puede tener su explicación en el artículo 38.D, párrafo h), que impone al administrador la obligación de llevar un libro de propietarios a los efectos del voto y presencia en las Juntas de Titulares; pero que esta función de organización se convierta en obligación del propietario que transmite su derecho, aparte de ser algo sin alcance alguno, no tiene sentido jurídico en un texto legal.

Menos fundamento tiene la obligación impuesta al propietario de “exigir al adquirente” una fe de conocimiento del Derecho, que siendo innecesaria (art. 2 CC) se reclama en términos tales que muchísimos Abogados —nada digamos del ajeno a la profesión— se verían imposibilitados de adquirir un apartamento en propiedad horizontal. Porque como estoy intentando demostrar, si el mismo legislador no sabe muchas veces qué está regulado, menos ha de conocer un particular *los preceptos de la Ley y demás bases del régimen de la propiedad horizontal*.

La exigencia, pues, se convierte en un formalismo. ¿Cuál puede ser su razón de ser? En buena técnica jurídica, no alcanzo a comprender la causa de tal deber impuesto al transmitente del apartamento. Quizá en consideración a la legislación federal, que reclama al vendedor de viviendas sujetas a cualquier plan de financiación o garantía con fondos federales enterar absolutamente al comprador de la transacción, podría hallarse una explicación. Aunque no deja de ser paradójico que para aquellas transmisiones en que ese conocimiento sí resulta esencial (para las primeras disposiciones efectuadas por la constructora) se ha creado un artilugio pseudo-jurídico que defrauda el alcance de la intención federal, mientras que en estas enajenaciones de índole singular se levanta un muro —susceptible de desaparecer como las murallas de Jericó: con la explosión de la primera mina— si fin práctico alguno.

Menos mal que el legislador se aprecia de que su intención es absurda, y él mismo posibilita su incumplimiento. De un lado, porque quien transmite un apartamento, si no puede conseguir la información del adquirente no se verá afectado por ello; al menos, sensatamente, para vender no hay que forzar a terceros contra su voluntad, con lo que, en un plano de cinismo jurídico, al adquirente le será suficiente con acreditar su reclama-

ción y que el adquirente no dé respuesta para dejar cumplida la obligación que se le impone. De otro lado, y por parte del adquirente, como debe presentar documentos *fehacientes* acerca de su identidad, generales y dirección y demás particularidades de la adquisición, realmente no tiene gran cosa que hacer. Documentos fehacientes en tema de identidad no los hay, salvo el certificado de nacimiento expedido por el Registro demográfico que no es fehaciente, ya que los propios asientos son prueba *prima facie* de su contenido (art. 38, párrafo 1.º, LRD). Y el documento fehaciente acerca de la adquisición y particularidades de la misma solamente lo es el título de adquisición, que en buena Ley sólo se le puede reclamar para dar acceso al adquirente a la Junta de Titulares, en cuyo caso puede: a) o presentarlo facilitando las cosas, o b) exhibir certificación del Registro de la Propiedad en que conste inscrito como titular, sin “demás particularidades de la adquisición”, y c) remitir a cualquier interesado al Registro mismo.

b) *Tanteo y retracto*

Establece el artículo 19 de la Ley los derechos de tanteo (omitido en el precepto) y de retracto en favor de los cotitulares de un apartamento *pro indiviso*, fijando que “cuando un apartamento perteneciere *pro indiviso* a varias personas y una transmitiere su participación corresponderá a los demás comuneros de aquel apartamento el derecho de retracto previsto en el artículo 1.412 del Código Civil”. Consiguientemente, siempre que se dé esa transferencia (claro es, con carácter de enajenación) procederá el retracto; y siempre que fuere informada la transferencia futura, el tanteo correspondiente.

La Ley omite similar derecho entre los titulares de la horizontalidad para el caso de disposición de un apartamento por su titular por razón de no existir realmente razón alguna que justifique ese tanteo o ese retracto.

Sin embargo, no sería inconveniente establecerlo en un futuro, precisamente en un momento en que la construcción se caracteriza por reducir cada vez más los espacios habitables contruidos, provocando el que con el transcurso de pocos lustros un piso se hace pequeño. Admitir el retracto de los colindantes que, en su caso, puedan agrupar dos apartamentos en uno, etc., pudiera ser una solución. Aunque también es cierto que la familia resulta cada vez más reducida en sus miembros, parece más rápido el proceso reductor de los espacios que el de los miembros familiares. Y si tomamos en consideración, además, la tendencia de la construcción de fabricar edificios con apartamentos mínimos (de una o dos habitaciones,

con o sin servicios separados), se explica aquella conveniencia más robustamente.

c) *Opción*

El artículo 49, párrafo *d*), si bien no afronta claramente la regulación de la opción en favor del inquilino, sí deja la puerta abierta para ello al autorizar al Departamento de Asuntos del Consumidor a reglamentar normas dirigidas a “establecer el favor del arrendatario que haya estado residiendo en un inmueble (152) con anterioridad a la fecha en que el mismo se somete al régimen de propiedad horizontal aquellos derechos necesarios para evitar que se le desahucie, se le aumente la renta o se le perturbe para obligarlo a desalojar sin antes haberle ofrecido una oportunidad real de comprar el apartamento que reside o un término razonable para que lo desaloje”.

Tampoco veo razón alguna para que esa opción no se extienda a todo inquilino —por lo tanto, también a quienes viven apartamentos sometidos ya a la horizontalidad— en caso de posible venta del apartamento que habite, lo cual debiera ser objeto de regulación futura. Una adecuada capitalización de la renta no perjudicaría al propietario ni al inquilino, sobre todo cuando la financiación es hoy fácilmente asequible, al ser un sustancioso negocio.

Ahora bien, el artículo 49 está redactado en términos generales, mientras que la competencia del Departamento de Asuntos del Consumidor no se extiende a todo tipo de arrendamiento, sino a los fijados en la Ley de Alquileres Razonables (153). ¿Significa esto que el artículo 49 amplía la competencia de ese Departamento o, por el contrario, hemos de entender que las facultades ejercitables en función de dicho precepto lo son, asimismo, con sujeción a la competencia fijada en la Ley de Alquileres Razonables?

Parece que debe imponerse el criterio de que la Ley de Propiedad Horizontal amplía la competencia del Departamento de Asuntos del Consumidor, si bien en algunas situaciones con carácter sumamente confuso (154). La razón de tal conclusión deriva de que la Ley de Propiedad

(152) El texto del proyecto de Ley, por error, decía *mueble*.

(153) Ver tomo IX.

(154) Artículo 48: “Las acciones de impugnación reconocidas en el artículo 42 que surjan en relación con la administración de inmuebles que comprendan por lo menos un apartamento destinado a vivienda se radicarán en el Departamento de Asuntos del Consumidor.

Horizontal contempla, como apéndice poco orgánico, un posible control de las ventas de pisos siempre que un mínimo de los apartamentos se dediquen a vivienda (cfr. art. 49, *a*), *b*), *c*), y el párrafo último), de manera tal que, como incidencia en la propia Ley, se establecen normas que debieran incluirse, realmente, en la Ley Orgánica del propio Departamento, en leyes especiales sobre ventas de viviendas, etc.

Asimismo, parece que debe imponerse la interpretación extensiva de aquella competencia desde el momento en que se otorgan en la Ley de Propiedad Horizontal, y al indicado Departamento unas facultades de carácter judicial que no tienen por qué producirse en el marco de la horizontalidad (cfr. arts. 48, párrafo 1.º, y 51) (155). Se ha aprovechado,

Las disposiciones del artículo 42 relativas a los términos prescriptivos de las acciones de impugnación, extremos que debe acreditar o justificar el titular que ejercite la acción, criterios conforme a los cuales el Juzgador decidirá las controversias planteadas y las relativas a la validez provisional de los acuerdos, determinaciones, omisiones o actuaciones impugnadas, serán aplicables al ejercicio de las acciones de impugnación que se radiquen en el Departamento de Asuntos del Consumidor."

Artículo 42: "Los acuerdos del Consejo de Titulares y las determinaciones, omisiones o actuaciones del Director o de la Junta de Directores, del titular que somete el inmueble al régimen que establece esta Ley durante el período de administración que contempla el artículo 36.A, del Presidente y del Secretario, concernientes a la administración de inmuebles que no comprendan apartamentos destinados a vivienda, serán impugnables ante el Tribunal Superior por cualquier titular que estimase que el acuerdo, determinación, omisión o actuación en cuestión es gravemente perjudicial para él o para la comunidad de titulares o es contrario a la Ley, a la escritura de constitución o al Reglamento a que hace referencia el artículo 36.

La acción de impugnación de acuerdos y determinaciones, que el titular estimase gravemente perjudiciales para él o para la comunidad de titulares deberá ejercitarse dentro de los treinta (30) días siguientes a la fecha en que se tomó dicho acuerdo o determinación si se hizo en presencia, o dentro de los treinta (30) días siguientes a la fecha en que recibe la notificación del acuerdo si el titular afectado no estuvo presente en el momento en que se llegó a tal acuerdo o determinación. Si se tratare de una actuación u omisión perjudicial, el plazo para ejercitar la acción de impugnación será dentro de los treinta (30) días siguientes a la fecha en que el titular tenga conocimiento de tal actuación u omisión perjudicial.

Al ejercitar la acción de impugnación de acuerdos del Consejo de Titulares, el titular deberá acreditar que estuvo presente o representado en la reunión en que se tomó el acuerdo que impugna y que no votó a favor del mismo. Si estuvo ausente a pesar de que fue debidamente notificado, deberá probar que su ausencia estuvo justificada.

Luego de oír a las partes en controversia, el Tribunal decidirá lo que corresponda conforme a derecho, equidad y normas de buena convivencia. El acuerdo, la determinación, omisión o actuación serán provisionalmente válidos, salvo que el Tribunal determine lo contrario."

(155) Artículo 48 de la Ley de Propiedad Horizontal: "Las acciones de impugnación reconocidas en el artículo 42 que surjan en relación con la administración de inmuebles que comprendan por lo menos un apartamento destinado a vivienda se radicarán en el Departamento de Asuntos del Consumidor.

Las disposiciones del artículo 42 relativas a los términos prescriptivos de las acciones de impugnación, extremos que debe acreditar o justificar el titular que ejercite la acción,

pues, la Ley de Propiedad Horizontal para dar entrada a la Administración. La intervención no tiene que ser en sí misma contemplada, criticable; sí debe serlo, sin embargo, la forma en que se hace, el marco en que se pretende y la gaseosidad con que se hace. Me resulta algo parecido a hacer aplicables las reglamentaciones de caza y pesca en los apartamentos cuyo propietario guste de cazar y de pescar. Y, en fin, a mí me hubiese gustado mucho más una legislación que fijase las reglas del juego con claridad en lugar de remitirse a un organismo administrativo sujeto a las órdenes del Ejecutivo, tan sensible a determinados intereses que presionan, lo que, a largo plazo (o a corto plazo, que no se sabe), puede significar que ciertos ámbitos de la propiedad horizontal solamente podrán conocerse mediante un *vals* administrativo que cambien cuando cambie el viento. Así se politiza el Derecho privado, con grave perjuicio para éste que ya carece de poco terreno para desarrollar su vida.

B) USUFRUCTO Y HABITACIÓN

a) *Usufructo*

Concedido el usufructo de un apartamento por su titular, surge la cuestión de determinar la eficacia del mismo respecto de la comunidad de horizontalistas, en el sentido de concretarse cuáles son las relaciones del usufructuario y del nudo propietario con relación a aquéllos. La Ley de 1976 parece orientarse conforme al criterio de la jurisprudencia italiana y la legislación española, distinguiendo —o permitiendo distinguir— dos esferas de relaciones diversas: 1) las facultades del titular del derecho real,

criterios conforme a los cuales el Juzgador decidirá las controversias planteadas y las relativas a la validez provisional de los acuerdos serán aplicables al ejercicio de las acciones de impugnación que se radiquen en el Departamento de Asuntos del Consumidor.”

Artículo 51 de la Ley de Propiedad Horizontal: “El Secretario del Departamento de Asuntos del Consumidor podrá utilizar todos los poderes que le confiere la Ley 5, de 23 de abril de 1973, según enmendada, tanto al adjudicar las controversias que surjan bajo esta Ley como para evitar que cualquier persona viole los reglamentos u órdenes emitidas bajo la misma, incluyendo la imposición de multas administrativas hasta un máximo de cinco mil (5.000) dólares por cada infracción. Todo reglamento, orden o resolución que emita el Secretario al amparo de esta Ley podrán ser reconsiderados o revisados judicialmente de conformidad con los artículos 16 y 17 de la Ley 5, de 23 de abril de 1973, según enmendada.”

La Ley de 23 de abril de 1973 crea el Departamento de Asuntos del Consumidor. Ver *First Federal Savings vs. Asociación de Condómines*, 114 DPR 426

ejercitables directamente por él, y 2) las facultades reservadas exclusivamente al nudo propietario.

La Ley de 1976, aunque no es lo suficientemente clara para permitir deducir un régimen general, sí autoriza a concluir que la titularidad de las relaciones de horizontalidad se centra en el nudo propietario. La base para tal conclusión la hallamos en el artículo 15, apartado *f*), según el cual todo titular responderá ante los demás cotitulares en la horizontalidad “por las violaciones cometidas por sus familiares, visitas o empleados y, en general, por las personas que ocupen su apartamento *por cualquier título*, sin perjuicio de las acciones directas que procedan contra dichas personas”. La relación propietario y cotitulares de la propiedad horizontal se fija, pues, directamente, sin perjuicio de la repetición del propietario frente al usufructuario. Criterio similar puede deducirse del artículo 38.B, párrafo quinto, que, refiriéndose a la asistencia a las Juntas, determina que “si el apartamento se hallare en usufructo, la asistencia y el voto corresponderá al nudo propietario, quien, salvo manifestación en contrario, se entenderá representado por el usufructuario, debiendo ser expresa y por escrito la delegación cuando se trate de acuerdos que requieran la unanimidad de los titulares o de obras extraordinarias o de mejora...”

1) *Facultades del nudo propietario*.—Aparte de ser titular de la nuda propiedad, como es lógico, lo que implica asumir los poderes inherentes al dominio, hecha deducción del contenido propio del usufructo le corresponde, en secuencia de lo apuntado:

a) Asistir a las Juntas y retener el derecho de voto, salvo expresa delegación para decisiones que requieran unanimidad o para aprobar obras extraordinarias (art. 38.D de la Ley).

b) Reclamar del usufructuario un comportamiento diligente en el uso del apartamento de los elementos comunes y en las relaciones con los restantes titulares de la horizontalidad, respondiendo directamente por cualquiera infracciones del usufructuario en el uso y disfrute del inmueble respecto de los demás partícipes, sin perjuicio de que pueda repetir contra el usufructuario (art. 15, párrafo *f*), de la Ley).

c) Asumir las reparaciones extraordinarias en el apartamento (art. 429 CC), pudiendo reclamar al usufructuario el interés legal de las cantidades invertidas en ello (art. 430, párrafo 1.º, CC).

d) Responder directamente ante la Junta de Titulares u organismo administrador en que la misma delegue de los gastos de obras o reparaciones ordinarias, según puede deducirse del espíritu del artículo 39 de la Ley, que fija la obligación de contribución a los gastos de administración, conservación y reparación de elementos comunes generales del inmueble

a los titulares del apartamento. El precepto modifica, pues, el sentido del artículo 428 del Código Civil, que atribuye tal obligación al usufructuario. Naturalmente, no se trata de una derogación del artículo 428 del Código Civil por la Ley especial, sino que se trata meramente de una modificación en cuanto a prelación en la garantía. El titular del apartamento viene directamente obligado frente a la comunidad, sin perjuicio de que por función del artículo 428 repita contra el usufructuario. Esta idea se deduce también de la lectura del artículo 41 de la Ley, conforme a la cual “la obligación del titular de un apartamento por su parte proporcional de los gastos comunes constituirá un gravamen sobre dicho apartamento. Por lo tanto, el adquirente de un apartamento será solidariamente responsable con el transmitente del pago de las sumas que éste adeude... hasta el momento de la transmisión, sin perjuicio del derecho del adquirente a repetir contra el otro otorgante por las cantidades que hubiese pagado como deudor solidario”. Añadiendo el párrafo siguiente que “la referida obligación será exigible a quien quiera que sea titular de la propiedad que comprende el apartamento...”

2) *Facultades del usufructuario*.—Como titular de ese derecho real le son correspondientes las facultades y respectivos deberes de uso y disfrute, pudiendo, pues, ejercitar los actos propios del propietario en esa esfera de uso y disfrute.

a) El uso y disfrute queda sujeto a las disposiciones o precisiones contenidas en el artículo 15 de la Ley, que reclama un uso conforme al destino del inmueble [art. 15.a)], omitiendo ruidos o molestias o ejecución de actos que perturben la tranquilidad de los vecinos [art. 15.b)], sin contrariar la Ley, la moral o las buenas costumbres [art. 15.c)]; pudiendo ejecutar a sus expensas obras de reparación ordinarias, mejoras, limpieza y modificación del apartamento que no perturben el uso y goce legítimo de los demás [art. 15.d)]; contribuyendo a los gastos de mantenimiento que le son reclamables para el nudo propietario [arts. 15.e), 39 y 41 de la Ley, 428 y 500 CC]; observará en el uso y disfrute la diligencia debida, siendo responsable ante el nudo propietario por las violaciones que cometiere el mismo usufructuario, su familia, visitas o empleados, en contravención de la Ley, de los estatutos de la horizontalidad, etc.

b) Arrendar o ceder el apartamento en usufructo, con la eficacia indicada en el artículo 409 del Código Civil (156). Naturalmente, y en este

(156) Artículo 409 del Código Civil. “Podrá el usufructuario aprovechar por sí mismo la cosa usufructuada, arrendarla a otro y enajenar su derecho de usufructo aunque sea a título gratuito; pero todos los contratos que celebre como tal usufructuario

caso, se produce un encadenamiento de responsables: el inquilino frente al usufructuario, éste frente al nudo propietario y éste frente a los demás titulares.

b) *Habitación*

Si bien la Ley de Propiedad Horizontal no dedica precepto alguno a la posible habitación como derecho independiente, es de aplicarse el régimen peculiar del instituto, regulado en los artículos 451 y siguientes del Código Civil, en relación con lo dicho, *mutatis mutandi*, para el usufructo.

c) *La obligación de comunicar la constitución de estos derechos*

Cabe plantear la cuestión de si el propietario, previamente al establecimiento del usufructo o de la habitación, debe cumplir con la obligación del artículo 15.A comunicando al Director o Junta de Directores la "cesión". Ciertamente, el artículo 15.A, párrafo segundo, de la Ley alude a venta, cesión o arrendamiento. Y si bien es cierto que la venta y la cesión pueden estimarse como actos de enajenación, y el arrendamiento como una simple disposición, no es menos cierto que también puede incluirse en el concepto de cesión cualquier acto dispositivo que signifique transferir la posesión a un tercero, como permite concluir la alusión al arriendo.

Sin perjuicio de recordar la poca energía de un precepto sin sanción alguna, si se busca la razón de ser del artículo 15.A puede encontrarse una solución aceptable. Parece claro que la razón de imponer al propietario la obligación de comunicar quién recibe el apartamento por venta, cesión o arrendamiento estriba en el interés de la horizontalidad, en que no sea ocupado dicho apartamento por personas que hagan del mismo un uso potencialmente opuesto al artículo 15 o en infracción de la Ley, hipótesis bajo la cual la obligación de comunicación debiera darse allí donde el propietario constituya un derecho de usufructo o de habitación. Claro es que reitero mi anterior afirmación de que quien infrinja tal deber no incurre en responsabilidad alguna por cuanto, según se desprende del artículo 38.D, apartado h), dicha obligación es una con naturaleza de orden o régimen interior sin mayor alcance.

se resolverán al final del usufructo, salvo el arrendamiento de las fincas rústicas, el cual se considerará subsistente durante el año agrícola "

C) HIPOTECABILIDAD

Inherente a la facultad dispositiva es la de poder hipotecar el apartamento, conforme determina y autoriza el artículo 4 de la Ley (157), hipoteca que se considera inmediatamente extendida a la cuota correspondiente respecto de los elementos comunes del inmueble, según determinan los artículos 5 y 6, para las hipótesis de apartamento proyectado y no comenzado a construir y para aquel cuya construcción haya comenzado, respectivamente (158).

Evidentemente, el artículo 5 reclama explicación, por cuanto hace referencia a una hipoteca imposible, ya que, conforme con el artículo 27, párrafo tercero, de la Ley, no cabe hacer constar en el Registro de la Propiedad como finca independiente el apartamento meramente proyectado sin haberse iniciado su construcción.

En efecto, el apartamento meramente proyectado no queda sujeto al régimen del artículo 4 de la Ley, esto es, no es *cosa*, sino expresión de parte integrante del conjunto y, por consiguiente, impedido de hipotecarse por desconocerse en la legislación hipotecaria la hipoteca de cuota. Se trata, por consiguiente, de una simple cesión de copropiedad (expresión de prehorizontalidad o cubo de aire, con efectos jurídicos frustrados inicialmente) o de otro título inherente al cedente. Lo que es meridianamente

(157) Artículo 3 de la Ley de Propiedad Horizontal: "Una vez se haya constituido el inmueble en régimen de propiedad horizontal, los apartamentos expresados en el artículo 3 podrán individualmente transmitirse y gravarse y ser objeto de dominio o posesión y de toda clase de actos jurídicos *inter vivos* o *mortis causa*, con independencia total del resto del inmueble del que forman parte, y los títulos correspondientes serán inscribibles en el Registro de la Propiedad de acuerdo con lo dispuesto en esta Ley y en la Ley Hipotecaria."

(158) Artículos 5 y 6 de la Ley de Propiedad Horizontal. "En los casos de transmisión o gravamen de un apartamento proyectado y no comenzado a fabricar, se entenderá adquirida por el nuevo propietario o gravada la participación que corresponde al transmitente, o en su caso al deudor, en los elementos comunes del inmueble en proyecto y el derecho que tenga a que se le construya el apartamento, entendiéndose subrogado el adquirente en el lugar y grado de aquél a todos los efectos legales."

Artículo 6: "Si la transmisión o gravamen se refiriese al apartamento que ya hubiese comenzado a construirse, se entenderán adquiridas o gravadas las participaciones a que se contrae el artículo 5 de esta Ley, y de modo privativo lo que ya esté fabricado del apartamento en cuestión, entendiéndose también subrogado el adquirente, en el lugar y grado del transmitente, a todos los efectos legales."

Por ello, dice el artículo 29: "La transmisión o gravamen previstos en el artículo 5 de esta Ley se inscribirán en el Registro particular de la finca matriz; pero en el supuesto del artículo 6, la inscripción se practicará en el Registro particular filial del apartamento, debiéndose abrir como finca nueva, atendiéndose a lo dispuesto en la última oración del artículo 27 de esta Ley."

claro al contrastar el artículo 5 con el 6, que presupone la constitución de la finca filial y su acceso al Registro de la Propiedad (159).

Ciertamente, no tiene el legislador claras las ideas en tema de hipoteca. Al menos es lo que puede deducir ante la lectura del artículo 9, proposición primera (160). Porque si no ocurrió el consentimiento del acreedor hipotecario (presupuesto del antiguo art. 123, hoy 174 LH), solamente existe una finca y una hipoteca; y no tiene sentido reclamar un emplazamiento a cada "titular de los apartamentos que estén gravados" porque esos apartamentos no existen para el acreedor hipotecario.

Naturalmente, la previsión del artículo 5 está determinada por la forma de financiación de la construcción, así como de la propia venta, en que la misma entidad financiera (regularmente) es acreedora hipotecaria con garantía en el solar, desdoblando luego tal garantía en las particulares hipotecas parciales correspondientes a los apartamentos (en que es dable la intervención de otras entidades de financiación distintas, a elección del comprador; lo que, dicho sea de paso, no es frecuente). Y el legislador, fiel amanuense de los intereses económicos, no solamente establece institucio-

(159) Ver nota anterior.

(160) Artículo 9: "Los créditos hipotecarios constituidos antes de ser sometido el inmueble al régimen de propiedad horizontal estarán sujetos a lo dispuesto en el artículo 123 de la Ley Hipotecaria, pero el acreedor, al iniciarse el procedimiento para su cobro, deberá dirigir la acción simultáneamente por la totalidad de la suma garantizada contra todos los titulares de los apartamentos que estén gravados. Si se constituyeren dichos créditos después de organizarse el inmueble en régimen de propiedad horizontal, se hará la distribución de aquéllos, en la forma a que se refiere el artículo 119 de la Ley Hipotecaria, entre los apartamentos gravados que estuvieren ya construidos, y si se tratare de apartamentos meramente proyectados o en vías de construcción, la distribución del crédito deberá hacerse entre las participaciones o derechos inscritos, a tenor de los artículos 5 y 6 de esta Ley.

La hipoteca de los elementos comunes de un inmueble constituido en régimen de propiedad horizontal sólo podrá verificarse (*sic*) mediante acuerdo unánime de todos los titulares."

El artículo 123 de la Ley Hipotecaria anterior es el artículo 174 de la Ley Hipotecaria vigente: "Si una finca hipotecada se dividiere en dos o más, no se distribuirá entre ellas el crédito hipotecario sino cuando voluntariamente lo acordaren el deudor y el acreedor. No verificándose esta distribución, podrá repetir el acreedor por la totalidad de la suma garantizada contra cualquiera de las nuevas fincas en que se haya dividido la primera o contra todas a la vez."

El artículo 119 de la anterior Ley Hipotecaria es el artículo 170 de la vigente: "Cuando se hipotequen varias fincas a la vez por un solo crédito, se determinará la cantidad o parte del gravamen de que cada una deba responder.

Se exceptuarán de lo anteriormente dispuesto las hipotecas que se constituyan en garantías de préstamos por agricultores para fines agrícolas, amortizables mediante pagos parciales anuales en un período de no menos de diez años e interés no mayor del tipo de interés máximo permisible, conforme a lo establecido por la legislación vigente, cuando el deudor hipotecario así lo reconozca o confiese en la escritura de hipoteca o en cualquier otra forma fehaciente.

nes jurídicas para alcanzar tal fin práctico —lo que es perfecto—, sino que no tiene inconveniente en modificar sus propias instituciones, forzándolas y alterándolas en sus logros para que se pretenda un resultado práctico, aunque sea antijurídico. Ello explica la constante y sistemática regresión del ámbito de los derechos reales y del sistema inmobiliario registral al propio de una estructura obligacional, como es inherente al Derecho norteamericano (161).

La hipotecabilidad del apartamento, concebido éste como objeto independiente y propio, va referida, como es natural, para garantizar cualquier tipo de obligaciones, siendo aquí de aplicación en régimen general (162). Y aunque es perfectamente factible, no parece necesaria al efecto de asegurar el cumplimiento de los pagos por cuotas de mantenimiento y gastos comunes si es que tiene el alcance de hipoteca legal la expresión del artículo 41 de la Ley, conforme al cual “la obligación del titular de un apartamento por su parte proporcional de los gastos comunes constituirá un gravamen sobre dicho apartamento” (163). No obstante, dado que ese *gravamen* queda supeditado a los preferentes recogidos en el artículo 40 de la Ley (por contribuciones territoriales, primas de seguro e hipoteca expresa), no parece que la garantía otorgada a la comunidad de propietarios sea tan efectiva, destacadamente luego del forzado criterio hermenéutico pautado en *Asociación de Condómines vs. Naveira*, 106 DPR 88. Si a ello se une la enorme posibilidad que tienen los adquirentes de un apartamento sometido a dicho régimen de tener que tolerar, inevitablemente, contratos de mantenimiento enteramente leoninos —consecuencia del régimen casi monopolístico en que actúa la financiación—, con frecuencia resultará difícil a la comunidad poder resarcirse de una cuota atrasada, a cobrar de ese 5 por 100 que es normalmente la aportación inicial del comprador (con frecuencia asimismo asegurada con segunda hipoteca).

4. MODIFICABILIDAD MATERIAL DEL OBJETO

Inicialmente se prohíbe al propietario del apartamento una serie de actividades materiales que pueden afectar no ya al objeto propio de su exclusivo dominio, sino también tener repercusión respecto de otros elementos privativos o comunes. De ahí la norma contenida en el artículo 18,

(161) Ver tomo XIV

(162) Ver tomos VIII y XV.

(163) Que no es una hipoteca legal tácita y para su efectividad se requiere la anotación registral (*Vázquez vs Caguas Federal Savings*, 118 DPR 806).

conforme al cual “ningún titular podrá, sin el consentimiento unánime de los otros, construir nuevos pisos, hacer sótanos o excavaciones o realizar obras que afecten a la seguridad, solidez y conservación del edificio”.

Esto no obstante, se reconoce una limitada facultad dispositiva sobre el propio apartamento a efectos de provocar su división o agrupación, según previene el artículo 32.A, que luego de reconocer tal facultad dispositiva la condiciona al consentimiento de los titulares afectados, afectación que no se entiende cuál pueda ser.

Efectivamente, que un propietario decida dividir su apartamento en dos es cuestión que no debe afectar a nadie —salvo en la hipótesis muy especial que, por ejemplo, la instalación de muros de división pudiera incidir en el riesgo recogido en el art. 18—, dado que la única repercusión *externa* sería la necesaria división de la cuota original, a que se llega por simple operación matemática que, paradójicamente, la Ley atribuye como función del Director o de la Junta de Directores (?). Y en principio, lo mismo cabe decir de la agrupación, siquiera en ésta pueda afectarse algún muro elemento común general (porque si es privativo de los apartamentos afectados a nadie más interesa).

¿Por qué razón la injerencia de los demás? Inicialmente, cabe apuntar que para el legislador, posiblemente (es mera opinión personal), priva más lo comunitario que lo privativo. Y si esto es cierto es síntoma que no ha aprehendido la esencia de la horizontalidad. Y de otro lado, que no tiene ideas claras acerca de qué debe ser privativo o común, ya en su título, ya en su uso, lo que se deduce claramente de la raquitica, al tiempo que poco feliz en su escasa enumeración, de cuáles elementos son comunes, que recoge el artículo 11 de la Ley (164).

Porque el único sentido que explicaría la trascendencia comunitaria de dichas operaciones derivaría de que ante una agrupación de colindantes se entendiese por tales, por ejemplo, los situados uno encima del otro, hipótesis en la cual cabría intervenir al afectarse un elemento común (al tiempo limitado y general): el entrepiso.

Y no tiene sentido la intervención para fijar los porcentajes, que derivarían siempre de la suma de los apartamentos agrupados o la división aritmética de los divididos.

Naturalmente, cabe otra perspectiva. En su tiempo la jurisprudencia, “en previsión del futuro” dice ella misma, autorizó la agrupación de fincas urbanas no colindantes en infracción (art. 61 RH entonces vigente), así como de la propia Ley de Propiedad Horizontal (art. 21 entonces asimismo vigente). Así se hizo en *Castle Enterprises, Inc. vs. Registrador*, lo que

(164) Ver luego al tratar los elementos comunes.

llevó al legislador, como fiel amanuense, a dar cabida a la hipótesis en el actual artículo 86 de la Ley Hipotecaria vigente, rompiendo así el sentido del Registro como el mejor reflejo posible de la realidad material extra registral; siquiera ahora no se violenta la norma bajo presión de consideraciones económicas y sólo se desvirtúa un tanto el régimen registral. Por consiguiente, se redactó la Ley de Propiedad Horizontal pensando en *Castle Enterprise, Inc. vs. Registrador*, y en la posibilidad, absurda, de agrupar un terreno no colindante a un apartamento, con consiguiente alteración de la cuota.

El artículo 86 de la Ley de Propiedad Horizontal se refiere a la hipótesis, solamente y en principio, para agrupaciones de elementos comunes. No obstante, su expresión no es clara al decir que esas fincas no colindantes se unan en “calidad de elementos comunes y como anejos inseparables”. Y digo que la expresión no es clara porque los anejos, hasta ahora, eran elemento privativo, parte del apartamento. Ciertamente, nada impide el anejo de elementos comunes. El resultado único será que habrá que sopesar cada *anejo* para poder observar su carácter o precisarse por el Notario en la escritura de sometimiento del inmueble al régimen especial.

Al menos, no se da en la Ley la precisión que, por ejemplo, recoge el artículo 8 de su homónima española, que matiza la agrupación en el mismo edificio: “Los pisos o locales y sus anejos podrán ser objeto de división material para formar otros más reducidos e independientes y aumentados por segregación de otros colindantes *del mismo edificio...*” (165).

Por lo demás, cada titular puede, en su apartamento, llevar a cabo cualesquiera obras, cuyo único límite es no perturbar el uso y goce legítimo de los demás [art. 15.d)] o alterar el régimen de las fachadas (paredes, puertas, ventanas exteriores, colores y tonalidades del conjunto).

5. OTRAS MANIFESTACIONES DOMINICALES DEL ELEMENTO PRIVATIVO

Como expresión del dominio ordinario, que sólo o compartido, expresa la titularidad sobre el elemento privativo, el artículo 20 reconoce un derecho a las ganancias al indicar que “las ganancias comunes del inmueble se distribuirán entre los titulares de los apartamentos de acuerdo con el porcentaje que represente cada uno en los elementos comunes del inmueble, de conformidad con los porcentajes asignados a los apartamentos según el artículo 8 de esta Ley”. Sujeta la regla al criterio de partición en

(165) Énfasis añadido.

los elementos comunes, el beneficio no es sino expresión de propiedad ordinaria una vez surja el crédito a favor del copropietario y se individualice el mismo.

Ese derecho a los beneficios, que se concreta proporcionalmente por la cuota de participación, puede ser objeto de actos de administración (obligarse a cederlo a un tercero y, muy posiblemente, su cesión en garantía. Al menos la fórmula empleada por el artículo 8, que concede al titular “un derecho exclusivo a su apartamento y a una participación...”, parece estimar que tal participación, delimitada, se integra en el exclusivo derecho del comunero. Y es evidente que por parte alguna se preocupa la Ley de restringir o limitar tal facultad del copropietario respecto de su beneficio proporcional.

Si el artículo 17 de la Ley autoriza al titular y a todos y a cada uno acometer obras urgentes y necesarias de reparación, seguridad o conservación, efectuandolas a sus expensas y repitiendo contra ellas, con mayor fundamento está autorizado a exigir, con cargo a la comunidad, aquellas obras e instalaciones que sean necesarias para el uso adecuado del elemento privativo, por ejemplo, la adecuada potencia de las bombas de agua, a lo que legitima el carácter que el artículo 11 atribuye a determinados elementos comunes, configurados así como imprescindibles, no solamente para el uso general, sino para poder disfrutar adecuadamente del elemento privativo. Criterio que asimismo le legitima para participar en la administración del inmueble en tanto en cuanto de ésta pueda depender el disfrute del elemento privativo. Del mismo modo, es su cualidad de propietario exclusivo la que le autoriza reclamar no solamente el adecuado uso de los elementos comunes a los otros cotitulares, sino incluso de los elementos privativos, que es lo que se deduce del artículo 15, párrafo último, de la Ley, al señalar que “la infracción de estas reglas dará lugar a la acción de daños y perjuicios por aquel titular u ocupante que resulte afectado, además de *cualquier otra acción que corresponda*” (énfasis añadido).

III. ELEMENTOS COMUNES

I. DETERMINACION DE LOS ELEMENTOS COMUNES

A) IDEA GENERAL

El concepto de *elementos comunes* en la horizontalidad implica para el legislador una idea general, comprensiva, al menos, de dos situaciones diversas: el conjunto de *elementos comunes generales* y la serie de *elemen-*

tos comunes de carácter limitado. Conviene, pues, seguir aquí las pautas legislativas.

B) ELEMENTOS COMUNES GENERALES

No proporciona el legislador —y debe ser felicitado por ello— definición alguna de qué sean elementos comunes, generales o no, en la horizontalidad. Pero de la regulación proporcionada por el artículo 11 de la Ley puede calificarse de común todo elemento del inmueble “racionalmente destinado al uso común, o necesario para la existencia, conservación, seguridad y adecuado uso” de dichos elementos. Consiguientemente, hemos de entender por elemento común las partes o componentes del inmueble no susceptibles de división por estar destinadas al uso común de los titulares de la horizontalidad o por facilitar ese uso común como factor en función de elemento privativo.

Con carácter simplemente enunciativo —como puede deducirse por la fórmula extensiva que se incluye en el artículo 11.h) de la Ley—, el legislador incluye dentro de la categoría de elementos comunes una variedad de componentes del inmueble.

Dispone el artículo 11:

“Se consideran elementos comunes generales del inmueble:

- a) El terreno, el vuelo y toda área destinada a actividades recreativas.
- b) Los cimientos, paredes maestras, techos, galerías, vestíbulos, escaleras y vías de entrada y salida o de comunicación.
- c) Los sótanos, azoteas, patios y jardines, salvo disposición o estipulación en contrario.
- d) Los locales destinados a alojamiento de porteros o encargados, salvo disposición o estipulación en contrario.
- e) Los locales o instalaciones de servicios centrales, como electricidad, luz, gas, agua fría y caliente, refrigeración, cisternas, tanques y bombas de agua y demás similares.
- f) Los ascensores, incineradores de residuos y, en general, todos los artefactos o instalaciones existentes para beneficio común.
- g) Toda área destinada a estacionamiento, salvo disposición o estipulación en contrario.
- h) Todo lo demás que fuere racionalmente de uso común del inmueble o necesario para su existencia, conservación, seguridad y adecuado uso y disfrute.”

Conviene analizarlos, siquiera someramente, por separado.

a) *El terreno, el vuelo y el área destinada a actividades recreativas*
[art. 11.a) de la Ley]

La enumeración legal incluye dos tipos de elementos con función esencialmente diversa: el terreno y el vuelo (solar y columna de aire sobre el inmueble), que devienen en ser fundamentales para la existencia del edificio y su estructura —y sólo en este sentido necesario para el “uso” común del inmueble— y las áreas recreativas, que ninguna relación directa guardan con el “uso” del edificio, sino que resultan en añadidos con fines de distraer el ocio. Ciertamente, el sentido de la Ley es referido al elemento material en que deban instalarse o se hayan instalado los citados elementos recreativos. En este sentido, es dable entender que dichas actividades o se instalan en el solar o en el vuelo, aunque, obviamente, nada impide que se instalen en otros lugares, como, por ejemplo, en algún piso del edificio, azoteas, etc.

b) *Los cimientos, paredes maestras, techos, galerías, vestíbulos, escaleras y vías de entrada y salida o de comunicación*
[art. 11.b) de la Ley]

La enunciación es comprensiva, de conformidad con el espíritu del precepto, de todos los elementos componentes de la estructura del edificio, sus huecos destinados a facilitar los accesos o el mantenimiento de la propia estructura, así como aquellos elementos dirigidos a poner en contacto, directa o indirectamente, los elementos privativos con la vía pública.

La enumeración legal podría así ampliarse a una serie de elementos que, comprendidos tácitamente en la misma, no se explicitan por el legislador: cámaras de aire, huecos del sistema de ventilación, sistemas de desagüe, fosos, canalizaciones, cubiertas, etc.; accesos a garajes, al propio edificio, salidas de servicio, etc., a tono con el apartado g) del artículo 11 de la Ley.

c) *Los sótanos, azoteas, patios y jardines* [art. 11.c) de la Ley]

Deja la Ley a salvo la posibilidad que por pacto expreso o cláusula estatutaria estos elementos puedan considerarse como privativos. De no ocurrir tal, su calificación de comunes es primaria.

No impide la Ley, aunque tampoco lo especifica exactamente, que en esos elementos comunes puedan instalarse determinados servicios y cuál

podría ser su régimen jurídico (común, procomunal, etc.). En patios y jardines, destacadamente en las actuales colmenas humanas que se edifican con miras a reducir costos y mantener la tasa de beneficio del constructor, cabe proceder a la instalación de sistemas variados, de recreación, de explotación mercantil incluso. En tales situaciones, si bien es de reconocerse una presunción inicial que, por ser los basamentos elementos comunes, también lo serían las instalaciones, nada impide una situación de precomunalidad u otra de distinto régimen. En tal caso es conveniente determinar exactamente en los estatutos estas variantes.

d) *Los locales destinados a alojamientos de porteros o encargados* [art. 11.d) de la Ley]

En temas de locales de alojamiento cabe distinguir dos hipótesis claramente diferenciadas. Los locales de vivienda de los porteros o encargados del edificio y de su mantenimiento, en su caso, que serán elementos comunes salvo pacto en contrario, y los locales de alojamiento, hoy tan frecuentes, del servicio de seguridad, es decir, las garitas de control de acceso al edificio. Para ésta, parece sensato reconocer su carácter de elementos comunes en todo caso. Ciertamente, podría pensarse que los servicios de seguridad fuesen contratados a alguna entidad dedicada a ese tráfico, quien podría instalar directamente garitas de seguridad. Cabría, entonces, plantear la posibilidad de un derecho de superficie de la entidad misma, situaciones de sucesión, etc. Naturalmente, en cada caso, el correspondiente contrato y su homologación con el régimen estatutario indicará la exacta naturaleza jurídica de estos locales (166).

e) *Los locales o instalaciones de servicios centrales* [art. 11.e) de la Ley]

Enumera la Ley, dentro de estos servicios, los de electricidad, luz, gas, agua fría y caliente, refrigeración, cisternas, tanques y bombas de agua y

(166) Cfr. FERNÁNDEZ MARTÍN-GRANIZO, *op. cit.*, págs. 318-319, quien califica las garitas como servicio común por naturaleza, comentando la jurisprudencia española a nivel de audiencia y trayendo a colación la distinción entre local de portería y local de alojamiento de los porteros.

La obsesión crematística de las inmobiliarias hace que, en el caso de Puerto Rico, sean excepción —si es que la hay— los alojamientos de portería. A la mentalidad capitalista avanzada norteamericana le resulta extraña la presencia constante de una persona que no produce. , aunque no le es extraña esa misma presencia (incluso con varias personas improductivas) si el portero o guardián los provee una entidad dedicada a ello, lo que hace ese servicio igualmente improductivo, pero más oneroso.

demás similares. La enumeración debe considerarse extensiva a todos los sistemas de energía y, en general, proveedores de los factores necesarios para el uso y aprovechamiento de los apartamentos y del resto del edificio.

- f) *Los ascensores, incineradores de residuos y, en general, todos los artefactos o instalaciones para beneficio común* [art. 11.f) de la Ley]

Con cierto matiz reiterativo, el apartado que analizamos se conecta directamente con el inciso e), si bien cabe darle una interpretación amplia, comprensiva, por ejemplo, no ya de las áreas con destino recreativo, sino con las mismas instalaciones recreativas (piscina, pistas de tenis, etc.).

En tanto en cuanto el apartado f) no admite pacto en contrario, puede provocarse una contradicción entre dicho inciso y el c), por cuanto los jardines pueden ser, evidentemente, instalaciones en beneficio común, así como pueden instalarse en los jardines elementos de beneficio común. En tal caso, ¿qué criterio debe preceder: el de calificación como elemento común de forma absoluta o es admisible la salvedad del pacto en contrario? Instalar, por citar un caso, en un jardín no común por pacto expreso una piscina, que sería elemento común necesariamente, podría significar un cúmulo de problemas, reclamando en el intérprete una energía matizadora que no se puede compaginar con las tendencias salomónicas —luego falsas— (167) de los Tribunales, a quienes las distinciones precisas parecen molestarles en su afán de *hacer justicia a ojo de buen cubero*.

- g) *Toda área destinada a estacionamiento* [art. 11.g) de la Ley]

Cabe comprender en la enunciación legal —dejando de lado los pactos en contrario—, así los terrenos al descubierto destinados a tal fin como los estacionamientos soterrados. En este último caso, de instalación de garaje de sótanos, no surge problema alguno en cuanto al carácter común o no de ese elemento. La previsión legislativa, al autorizar que los sótanos puedan ser elementos no comunes, armoniza su posible régimen con el de las zonas de estacionamiento de automóviles, que tampoco deben ser, forzosamente, privativas (168).

(167) Cfr. J. CARBONIER, *Derecho flexible*, Tecnos, Madrid, 1974 (traducción DÍEZ PÍCAZO, págs. 308 y sigs., acerca del error del juicio de Salomón).

(168) El precepto se complementa con lo dispuesto en el artículo 14 de la Ley, cuyo tenor: "Cuando el estacionamiento fuere elemento común, todo titular tendrá derecho

- h) *Todo lo demás que fuese racionalmente de uso común del inmueble o necesario para su existencia, conservación, seguridad y adecuado uso o disfrute* [(art. 11.h) de la Ley]

Se incluye en este apartado una enumeración sumamente extensiva que, con prudente criterio, permite calificar como común todo elemento de cualquier clase que represente la más mínima utilidad para el mejor uso del edificio y de los diversos apartamentos. La enumeración legal autoriza a distinguir, correspondientemente, unos elementos comunes por naturaleza y unos elementos comunes por destino, según que los mismos afecten la existencia, conservación y seguridad del edificio y sus apartamentos o su adecuado uso y disfrute. Ciertamente, su concreta determinación se operará en función de lo manifestado en la escritura declarativa de la horizontalidad o en las normas estatutarias.

C) ELEMENTOS COMUNES LIMITADOS

El artículo 12 de la Ley determina la posible existencia de elementos comunes limitados al servicio de algunos, pero no de todos, los apartamentos que integran el inmueble, siempre que “se destinen al servicio de cierto número de apartamentos con exclusión de los demás, tales como pasillos, escaleras y ascensores especiales, servicios sanitarios comunes a los apartamentos de un mismo piso y otros análogos, exigiendo “que así se acuerde expresamente por la totalidad de los titulares” (art. 12 de la Ley).

La combinación de elementos comunes generales y de elementos comunes limitados puede significar que dentro de este último carácter se incluyan todos los elementos enumerados en la Ley como elementos comunes generales. La hipótesis no es extraña: basta pensar en el enorme y gigantesco edificio, contentivo de diversas unidades de apartamentos verticalmente independientes, con servicios, ya comunes a todo el complejo, ya especiales para cada sección. No se trata solamente del caso de un edificio verticalmente separado en unidades diferenciadas —incluso con vida registral diferente—, sino del edificio único, descomunal en sus pro-

a hacer uso de un espacio de estacionamiento con capacidad para acomodar un automóvil por cada apartamento de que fuere propietario que estuviese ocupado. Ningún titular podrá hacer uso de un espacio de estacionamiento que exceda aquella cabida si con ello se priva a otro titular del disfrute efectivo de tal elemento común. Si el número de espacios de estacionamiento con capacidad para acomodar un automóvil fuere menor que el número de apartamentos, tales espacios serán ocupados por los titulares que primero arriben al área de estacionamiento.”

porciones, construido bajo la peculiaridad de “torres”, configurada cada una como unidad diversa de las restantes. Cabría entonces, según se haya efectuado la construcción, distinguir unos elementos comunes generales para todas las *torres* (por ejemplo, crujías comunes, muros de carga comunes, sistemas de energía comunes, etc.), frente a otros elementos comunes privativos de cada *torre*, así como unos elementos comunes de carácter limitado, en su caso; o estimar que los elementos de estructura y servicios de toda la edificación fuesen elementos comunes generales, siendo elementos comunes de carácter limitado los correspondientes a cada *torre*. Como quiera que registralmente podría tratarse de una sola finca matriz la inscripción del solar y del edificio en su totalidad, las variedades de régimen jurídico podrían surgir como cuestión de realidad.

D) PROBLEMÁTICA RESPECTO DE ALGUNOS ELEMENTOS COMUNES GENERALES

No es excepción, sino situación frecuente, que un elemento sea común en un aspecto o medida, siendo privativo, o elemento común limitado, en otros. Las peculiaridades propias de la construcción facilitan estas concomitancias. De aquí que pueda ser de interés hacer algunos planteamientos concretos.

a) *El vuelo*

El artículo 11.a) de la Ley es tajante al calificar el vuelo como elemento común. Tal atribución reclama, sin embargo, una previa precisión acerca del alcance del término, que resulta, como expresa FERNÁNDEZ MARTÍN-GRANIZO, un tanto anfibológico, que puede extenderse, indistintamente, a la totalidad del edificio o a las partes voladizas, al espacio existente sobre el suelo y, por igual extensión, al espacio existente sobre el edificio e, incluso, sobre sus laterales en casos de edificios de perfil quebrado.

De los posibles significados, parece sensato concluir que la expresión legislativa, en tanto en cuanto parece tomada de la legislación española sobre horizontalidad, va referida a la columna de aire existente sobre el edificio, e, incluso, sus laterales en caso de edificios de perfil quebrado (169).

Bajo este enfoque, toda construcción que se pretenda erigir, al ser elemento común general, queda sometida al régimen propio de estos elementos. Ahora bien, cabe precisar alguna variante cuando se trata del

(169) Cfr. FERNÁNDEZ MARTÍN-GRANIZO, *op. cit.*, págs. 312-315.

vuelo en edificios de perfil quebrado y respecto de los vuelos periféricos, por así denominarlos. Supóngase un apartamento con terraza, a nivel medio del edificio. El uso ha consagrado la facultad del dueño de prolongar la parte de habitación sobre la terraza como modo de ampliar el número de habitáculos, ya sea empleando materiales sólidos, ya otros de duración más efímera (madera, etc.). En estos casos, dicho uso parece dar por sentado que el vuelo no se inicia a contar del propio suelo de la terraza, sino desde el techo de ese apartamento (correspondiente proyección del suelo del apartamento inmediatamente situado encima). De aceptar tal criterio, es menester distinguir entonces un vuelo elemento privativo y un vuelo elemento común. Personalmente creo que, si se afecta el sentido arquitectónico del edificio, la distinción es válida, pudiendo el propietario del apartamento acometer tales obras sin necesidad de consentimiento alguno de terceros en tanto en cuanto se les produce perjuicio alguno (170).

(170) No debe olvidarse que el suelo de estas tierras es techo de los apartamentos situados inmediatamente debajo. El Tribunal Supremo (*Costa Linda vs. Registrador*, 109 DPR 861) configura el vuelo como la columna de aire proyección vertical del techo, frente al derecho de sobre-elevación (*Consejo de Titulares vs. Vargas*, 101 DPR 579), que es el acto de usar el derecho de vuelo. La distinción es mero conceptualismo pretende distinguir un derecho que no se usa (?): el vuelo y su uso sobre-elevación.

Dirigida la distinción a impedir la abusiva reserva de vuelo por el titular único que somete el inmueble al régimen de horizontalidad, confunde el Tribunal el elemento común con su uso, que podría ser perfectamente privativo sin ser abusivo.

De ahí el fiasco judicial, que luego de separar vuelo y sobre-elevación por *función del título*, configura a éste igual que a aquél, esto es, con el mismo efecto, luego no diferenciables en Derecho. Así, se dice:

En resumen, al enmendar la Ley de Propiedad Horizontal quiso el legislador impedir que el titular de un edificio que lo sujeta al régimen de dicha Ley se reservase derechos que pugnarían con los intereses de los condómines, en desventaja para éstos del uso y disfrute de sus apartamentos y los elementos comunes del edificio que les son accesorios. En el caso específico del vuelo, quiso el legislador impedir precisamente lo que Costa Linda, Inc., ha pretendido. Esta no podía hacer reserva del derecho de sobre-elevación que, como parte inseparable del derecho al vuelo, pertenece a los condómines. Son éstos quienes únicamente tienen la facultad de disponer de ese derecho (*Costa Linda vs. Registrador*, cit.; en el mismo sentido, *Sociedad de gananciales vs. Suárez*, etc., CA 88-103), facultad de disponer que se les restringe a la sola facultad de sobre-elevar si es beneficio de toda la comunidad (*Sociedad de gananciales vs. Suárez*, cit., por referencia a *Costa Linda vs. Registrador*, cit.). Con ello se reconoce un particular derecho de dominio... no ejercitable por los titulares. Con lo cual confunde el Tribunal el título de un elemento —privativo o común; común en este caso— con el uso de dicho elemento —común o privativo.

b) *Las terrazas*

Se entiende por terraza el último plano horizontal del edificio, en el que frecuentemente se sitúan determinadas instalaciones de servicio común (salida de humos, sistemas de aire acondicionado central, etc.). Su carácter común viene tajantemente determinado por la Ley [art. 11.c) del texto legal]. Sin embargo, no es extraña la presencia de edificios en que el adquirente del último piso (PH) suele adquirir asimismo la porción de terraza situada inmediatamente encima de su extensión de apartamento. Ante esta situación, ¿qué debe prevalecer?

Dado que el artículo 11.c) no admite excepción alguna, parece ser que tales enajenaciones de la totalidad o la porción de terraza son nulas de pleno derecho; y por función del artículo 53, que hace extensivo el nuevo régimen de horizontalidad a los edificios que estaban sometidos a tal régimen bajo la legislación anterior, otorgando para su adecuación el plazo de un año, resultará que el carácter de elemento común de la terraza primará sobre su original adjudicación como elemento privativo. ¿Quién deberá sufrir entonces las consecuencias: el constructor, el primer adquirente o el adquirente presente?

Naturalmente, la hipótesis aludida no es incompatible con otra posibilidad (realmente, repetición multiplicada del problema), cual es el caso de una terraza dividida proporcionalmente para adjudicación en su uso a cada apartamento. Al no prevenir la Ley tal posibilidad, debe afirmarse igualmente el carácter de elemento común.

La única posibilidad de evitar estos efectos —realmente perjudiciales para unos y, quizá, sin beneficios para otros— sería usar la posibilidad que ofrece el artículo 12 de la Ley y considerar la terraza un elemento común limitado. Para ello bastaría, en los casos en que la terraza o sus partes se hubiesen adjudicado como privativas, un simple acuerdo entre dos propietarios de apartamentos para ajustarse a la exigencia legal de que los elementos comunes serán limitados cuando se destinan al servicio de cierto número de apartamentos. Entonces, y con el consenso unánime de todos los titulares de la horizontalidad, sería viable la solución ofrecida, completamente legal, aparte de legítima en casi todas las situaciones, y evitadora de ulteriores conflictos.

De otro lado, se excluye aquí el significado expropiante que tendría la nueva Ley y sus efectos correspondientes en este orden.

FERNÁNDEZ MARTÍN-GRANIZO (171) se hace eco de un problema que incide también aquí: la terraza es, incuestionablemente, *techo de un edifi-*

(171) *Op cit.*, pág. 332.

cio, por lo que devendría en elemento común general. Y propone entonces el citado autor, siguiendo la solución de la doctrina italiana, distinguir entre el uso de la terraza como servicio común general o general limitado, o como uso privativo, según casos, y la propiedad sobre el suelo de la terraza en cuanto techo del edificio, que devendría en ser elemento común general, correspondiendo, pues, a la colectividad de horizontalistas asumir las cargas de mantenimiento y reparación, etc.

Ciertamente, la solución no debe rechazarse ni admitirse *a priori*, sino en función de las diversas hipótesis que puede ofrecer la realidad. Pero, en todo caso, es de reconocer la gran utilidad de ese criterio como orientador de soluciones (172).

c) *Patios*

El término *patio* es susceptible de contener, en Puerto Rico, dos acepciones distintas: la propia y adecuada, como espacio de vuelo no construido, parte integrante del edificio, destinado a proporcionar luz y ventilación a las plantas y locales del inmueble, por lo que, generalmente, situado en el interior de su plano; y la más generalizada, como porción de vuelo no edificada que rodea el edificio en todo o en parte. La construcción existente en la Isla facilita este concepto de patio, al cual es de aplicación, absolutamente, el carácter de elemento común [art. 11.a) y c) de la Ley]. No obstante, en edificios de pocos apartamentos (casas de tres o cuatro plantas) estos patios pueden, y es frecuente, haberse distribuido en su uso de forma privativa para cada apartamento. Vuelve a plantearse entonces la posibilidad de que por la imperatividad de la nueva Ley a situaciones fácticas preexistentes se imponga ese carácter de elemento común general o limitado, y ello de forma innecesaria.

d) *Jardines*

Si bien, por regla general, los jardines no plantearán serios problemas, sí puede ofrecerse una serie de hipótesis en que éstos surgirán:

(172) La distinción entre la azotea y el *tejado del edificio* se recoge en *Consejo de Titulares vs. Vargas*, 101 DPR 579. Y una aplicación muy peculiar de tal diferenciación se aceptó en *Consejo de Titulares vs. Rullán*, CA 90-67, al aceptar como *techo* la superficie superior del cuarto de máquinas elevadoras situado en la azotea del edificio y estimar válida una reserva de sobre-elevación efectuada por el titular único del solar, quien vendió dicho solar a una corporación constructora. He aquí cómo el Tribunal Supremo se niega a sí mismo, reconociendo una reserva abusiva, al tiempo que niega a los condómines el uso de su derecho.

a) Hipótesis de un jardín elemento común en que se ha construido una piscina para uso de algunos, pero no de todos, propietarios de apartamentos. No creo jurídicamente posible tal situación desde el momento en que las áreas de recreo, el terreno, el vuelo, las instalaciones de agua (y la piscina lo es claramente) se declaran terminantemente elementos comunes generales. Pero el problema puede surgir cuando se estime la piscina como elemento general limitado. Un principio de diferenciación puede obtenerse por la atribución de la *cuota privativa* respecto de los elementos comunes y la *cuota por función del uso* a que aluden los artículos 8 y 38.E de la Ley en cuanto que, sensatamente, los apartamentos con derecho a piscina serán más onerosos en su precio que los privados de tal facultad. Claro que el auténtico problema estriba en si ante el texto legal es factible que una piscina, en la hipótesis aludida, pueda adscribirse al uso de algunos, pero no todos los titulares de la horizontalidad, al momento mismo de constituirse el edificio bajo el régimen especial, ya que el artículo 12 admite elementos comunes limitados en cuanto se destinan al servicio exclusivo de algunos apartamentos, pero no precisa cómo surge ese destino. Y admitir que la autonomía privada sea aquí reina y señora puede significar abrir la puerta al fraude del espíritu de la Ley. Por ello la precisión del carácter de elemento común de esa piscina solamente debe ceder ante una prueba robusta y *objetiva* —y no simples pronunciamientos subjetivos— de la ausencia de tal carácter.

b) Si los jardines, sin distinción de Ley, son elementos comunes generales, ¿qué decir ante los jardines que suelen proveerse a los apartamentos terrenos, jardín del que carecen los demás apartamentos? Naturalmente, la posibilidad de estipulación en contrario es aquí factible, aparte de objetivamente cierta. Cabe, incluso, que por omisión de tal estipulación esos jardines se consideren parte integrante del apartamento y por ello privativos precisamente en función del concepto de apartamento que fija el artículo 3 de la Ley.

e) Escaleras

Su carácter común no se discute, así como en su caso no es discutible su carácter común limitado. Ahora bien, puede pensarse en la concreta hipótesis de las escaleras exteriores contra incendios, caracterizadas porque en cada nivel sufren una ampliación constitutiva, con frecuencia, de un auténtico balcón. ¿Será éste parte de la escalera o será parte del apartamento? Pueden distinguirse, por lo menos, dos situaciones generales:

a) En los casos en que existe solamente una o dos escaleras para dar servicio a todos los apartamentos (v.gr.: edificios de El Monte), el posible

balcón existente en cada planta, que puede beneficiar en su uso al propietario de ese concreto apartamento, debe calificarse de elemento común general.

b) En los casos en que existe una escalera para cada columna de apartamentos en vertical, no habría inconveniente en considerar que los balcones son privativos, siendo la escalera un elemento común. Al menos ese carácter privativo podría extenderse a la porción de balcón situada fuera del ámbito normal en que se usa la escalera. Cabría entonces, incluso, plantear la situación de otro modo: partiendo de la base que el balcón, en las escaleras de incendio, puede responder a la sensata idea de ampliar las posibilidades de la misma —en consideración a que, teóricamente, en un incendio general en cada nivel saldría gente hacia la escalera—, ¿podremos estimar el balcón como elemento privativo? Creo que una solución que armoniza los diversos intereses pudiera ser la de considerar el balcón como elemento privativo o común, su uso como privativo o común y en todo caso el uso de la escalera como común de manera correspondiente. Así, puede estatuirse el carácter privativo del balcón, pero con una servidumbre de paso y apeadero; puede estimarse como elemento común, pactándose un uso privativo autorizado para situaciones de normalidad; etc. Varias son, pues, las posibles combinaciones que caben ante la expresión legislativa.

E) PROBLEMÁTICA RESPECTO DE ALGUNOS ELEMENTOS COMUNES LIMITADOS

El artículo 12 de la Ley establece que “también serán considerados elementos comunes, pero con carácter limitado, siempre que así se acuerde expresamente por la totalidad de los titulares del inmueble, aquellos que se destinen al servicio de cierto número de apartamentos con exclusión de los demás, tales como pasillos, escaleras y ascensores especiales, servicios sanitarios comunes a los apartamentos de un mismo piso y otros análogos”.

La enumeración no es, evidentemente, exclusiva ni excluyente. Por lo que, no obstante la formulación del artículo 11, no es imposible que ciertos elementos aparentemente de carácter común general sean, en verdad, comunes limitados: determinados vuelos para servicio de una sola parte del edificio, áreas recreativas destinadas (por la misma estructura de construcción) al servicio de ciertos apartamentos, paredes maestras, etc.

Por ello es dable reiterar aquí —lo que no se hace por simple economía— lo mismo que acabo de exponer en el epígrafe anterior, referido entonces a elementos comunes limitados.

2. REGIMEN DE LOS ELEMENTOS COMUNES: INDIVISIBILIDAD

El artículo 13 de la Ley, no afectado por la Reforma de 1976, determina que “los elementos comunes, generales y limitados, se mantendrán en indivisión forzosa y no podrán ser objeto de la acción de división de la comunidad. Cualquier pacto en contrario será nulo” (173).

Refleja el precepto la esencia propia de la especial facultad dominical que significa la horizontalidad: el elemento común que hace posible un aprovechamiento individualizado. Correspondientemente, esos elementos comunes sólo son susceptibles de división intelectual al efecto de repercutir la cuota correspondiente (porcentaje) que autoriza al uso de tales elementos, uso que se transfiere con la enajenación del apartamento privativo. De aquí la existencia de una serie de derechos y de obligaciones relativos a los titulares de la horizontalidad, cuya determinación, en su extensión y profundidad, requiere ser previamente matizada en tanto en cuanto explica el alcance de sus derechos y obligaciones en las partes privativas.

3. DERECHO DE LOS TITULARES EN LA HORIZONTALIDAD RESPECTO DE LOS ELEMENTOS COMUNES

A) DERECHO DE USO Y DISFRUTE DE LOS ELEMENTOS COMUNES

La Ley otorga a cada titular un *porcentaje* sobre los elementos comunes (art. 8). Lo que se le escapa al legislador es expresar a qué se refiere ese porcentaje. Es necesario continuar la lectura del artículo 8 y de otros preceptos de la Ley para conocer que el porcentaje es un derecho proporcional para usar y la potencialidad de disfrutar de tales elementos comunes.

El artículo 8 de la Ley fija la noción de *porcentaje* o cuota al indicar que “el titular tendrá derecho exclusivo a su apartamento y a una participación con los demás titulares en los elementos comunes del inmueble,

(173) Al otro aspecto del régimen de tales elementos se refiere el artículo 30, párrafo segundo:

Artículo 30: “El tracto sucesivo se llevará a efecto en los registros filiales de los respectivos apartamentos.

La parte proporcional o porcentaje en los elementos comunes que corresponde al titular de cada apartamento se entenderá transmitida o gravada conjuntamente con éste, sin necesidad de inscribir dicha transmisión o gravamen de la parte proporcional de esos elementos en la finca matriz.”

equivalente al porcentaje que represente la superficie del apartamento en la superficie de la totalidad de apartamentos en el inmueble. En caso de apartamentos con dos o más niveles se considerará la superficie de cada nivel" (174).

Posteriormente, es el artículo 11, que define los elementos comunes, el que en su apartado *h*) hace referencia al uso y disfrute como derechos de los titulares en la horizontalidad. Asimismo, el artículo 14 afirma el derecho de uso de los elementos comunes conforme a su destino; el artículo 16 se refiere a las obras para uso de los elementos comunes que sean necesarias; el artículo 37.f), en previsión de la existencia de un edificio dedicado a usos varios, advierte de la necesidad de salvaguardar los derechos de uso y disfrute; también el artículo 39, párrafo segundo, se refiere al uso o disfrute (cuya renuncia no exime de contribuir proporcionalmente a las cargas de mantenimiento).

Garantizar el uso y la posibilidad del disfrute son, así, dos derechos reconocidos a los partícipes en la horizontalidad, lo cual es correspondiente con el carácter de copropietarios *pro indiviso* que tienen respecto de los elementos comunes en el régimen de horizontalidad.

Ahora bien, el concepto de uso recogido en la Ley no es unívoco, sino variado. En concreto, el legislador distingue tres acepciones del vocablo:

a) El uso del área inmobiliaria, es decir, el destino que se da al inmueble sometido al régimen de propiedad horizontal, que sólo puede modificarse con el consentimiento unánime de todos los titulares (art. 2 de la Ley). No se impone por el legislador un uso único y exclusivo, sino que

(174) El farragoso artículo 8 del proyecto de Ley decía: "El titular tendrá derecho exclusivo a su apartamento y a una participación con los demás titulares en los elementos comunes del inmueble, equivalente al porcentaje que represente el valor de su apartamento en el valor de la totalidad de los apartamentos del inmueble. El porcentaje se calculará tomando como base lo que valga el apartamento en moneda de curso legal, en relación con lo que valga la totalidad de apartamentos del inmueble. Al determinar el valor proporcional de cada apartamento se considerarán los siguientes factores: superficie y volumen del apartamento en relación con la superficie y volumen de la totalidad de apartamentos del inmueble, la intensidad del uso que conforme al destino dispuesto para el apartamento en la escritura matriz racionalmente puedan dar los ocupantes o visitantes del mismo a los servicios o elementos comunes, la localización del apartamento respecto de las otras unidades y la luminosidad interior, ventilación, vistas, orientación y comodidad del apartamento.

Dicho porcentaje se expresará y fijará al constituirse el régimen de la propiedad horizontal y tendrá carácter permanente. Salvo lo dispuesto en el artículo 32.A para casos de segregaciones o agrupaciones, el mismo no podrá ser variado sin la anuencia de los titulares que representen la totalidad de apartamentos en el inmueble

El valor proporcional de cada apartamento que se fijará al solo efecto de esta Ley no impedirá que cada titular señale un valor distinto a su apartamento para cualquier otro propósito no relacionado con esta Ley."

puede ser variado y variable (fijando, inicialmente y por ejemplo, el destino a vivienda, local comercial u oficina profesional o fijando, prospectivamente, el uso como vivienda y en lo futuro para uso comercial o de oficina). La fijación de este uso atribuye automáticamente al titular en la horizontalidad del derecho de usar del mismo con ese fin, así como usar su apartamento también dentro de ese fin [art. 15.a) de la Ley].

b) El *uso normal* de que es susceptible el inmueble por parte de todos y cada uno de los partícipes en la horizontalidad al servirse de los elementos comunes del inmueble según el inherente objetivo (ascensores para subir y bajar, incinerador para combustión de residuos, etc.; cfr. arts. 14, 16, 39, etc., de la Ley).

c) El *uso extraordinario* que, dentro de peculiares criterios de normalidad, es dable obtener del inmueble, en función del cual se atribuye a algunos titulares una cuota de mantenimiento superior o inferior [cfr. art. 37.f) y arts. relacionados de la Ley]. Así, y en función de este uso, el apartamento usado para asistencia clínica podrá emplear más agua porque la necesitará consumir; deberá recibir mayor número de visitantes que un apartamento destinado a vivienda, por lo cual el titular tendrá derecho a usar más intensamente los elementos comunes (ascensor, escaleras, pasillos de acceso, etc.), lo que, a su vez, determinará la atribución de una cuota de gastos de mantenimiento mayor (175).

En los tres casos, el derecho al uso es cualitativamente igual, pero difiere en su expresión cuantitativa. Es importante tener en cuenta estas consideraciones, ya que la participación en las cuotas de mantenimiento puede ser sensiblemente diferente; y conviene, para evitar conflictos de futuro, aplicar algunos módulos aproximados, incluso, en los estatutos o, al menos, en el reglamento de régimen interior. Quien en un edificio emplea el ascensor dos o tres veces diarias consume, evidentemente, mucha menos energía (energía nada barata) que quien, por tener su oficina en el edificio, emplea (o utilizan sus clientes) el mismo medio de elevación y descenso cientos de veces diariamente.

Beneficiarse, pues, de las cosas que integran los elementos comunes en diversa intensidad es el derecho de uso, que en ningún caso autoriza a usar de los elementos comunes modificándolos o alterándolos, lo cual solamente es factible con el consenso unánime de los demás titulares (v.gr.: derivar una toma de corriente para emplear un aparato de rayos X, etc.).

El disfrute debe considerarse como el resultado psicológico del uso adecuado, de índole satisfactoria (inicialmente). Quien emplea el ascensor disfruta (jurídicamente) ejercitando su derecho. La Ley precisa, sin em-

(175) A tal criterio responde el artículo 37.f) de la Ley. así como el artículo 37 e).

bargo, algunas manifestaciones concretas que posibilitan el disfrute. Por ejemplo, el beneficio económico puede derivarse de la explotación de los elementos comunes (o procomunales, en su caso y bajo sus peculiaridades entonces) (art. 20 de la Ley), que no son sino frutos civiles de la cosa, lo que no impide la presencia de frutos naturales (huerto, jardín, etc.) o civiles y, asimismo, las results de cualesquiera mejoras introducidas en dichos elementos comunes.

B) PRIVATIZACIÓN DEL USO Y DISFRUTE DE ELEMENTOS COMUNES

No siempre resultará que el derecho a usar y disfrutar de los elementos comunes sea una facultad compartida por todos los titulares en la horizontalidad. Es así factible que un elemento común quede alterado en su uso para hacerlo privativo. Un simple ejemplo: existente en un edificio una toma de corriente, se autoriza su uso exclusivo por el médico radiólogo en función de la especial cantidad de energía que éste debe consumir, incluso poniendo contador independiente. Por tanto, sin alterarse la naturaleza común del elemento (art. 11 de la Ley), sí modifica su uso, de donde un elemento común no tendrá que proporcionar forzosamente un servicio común, sino privativo.

En otras ocasiones, por la propia naturaleza del elemento común, será imposible su uso exclusivo (v.gr.: muros de carga y contención, crujiás, etc.), lo que no impide un uso que, sin ser exclusivo, sea particular. Por ejemplo, quien para reforzar el revocado de una pared simple apoya, autorizado al efecto, una viga en un muro de carga. En tal caso este titular obtiene un especial beneficio que no es asequible a otros titulares, aunque pueda quedar al alcance de aquellos que colindan con dicho muro a todo lo alto del edificio. Igual puede ocurrir con los profesionales que, titulares en la horizontalidad, ejercen su profesión en su apartamento; consecuente con su derecho de uso es el de insertar rótulos en los accesos al edificio —no empee la generalización de los directorios en el salón general de recepción del inmueble—, uso que será necesario (aunque nunca prohibido) para quien solamente tiene su residencia.

Situaciones similares pueden darse con la instalación de antenas de radio "BC", de televisión, etc. Aunque la construcción actual tiende a la instalación de sistemas de servicio colectivo, no siempre es así ni tiene por qué serlo necesariamente. Cabe, por hipótesis, plantear si el titular de un apartamento tiene derecho a instalar una antena particular, existiendo en el edificio un sistema colectivo, para lo cual hará uso particular de ciertos elementos comunes (azoteas, zonas por las que discurre la instalación, etc.). La ausencia de perjuicio a los demás titulares parece autorizar estos

usos en, exceso de los disfrutados por otros titulares, bien entendido que dicha facultad debe reconocerse a todos éstos.

C) RENUNCIA AL USO Y DISFRUTE. SUS EFECTOS

El artículo 39, párrafo segundo, de la Ley previene la posibilidad de renunciar al uso y disfrute de los elementos comunes, al efecto de negarle eficacia con el fin de evadir la contribución proporcional a los gastos de mantenimiento y aquellos otros necesarios para la conservación o reparación de los elementos comunes.

Ante el precepto, es claro que la renuncia al uso y disfrute parecen factibles. Problema aparte es el de precisar sus efectos.

El primero es evidente: ¿La renuncia realizada tiene por efecto impedir al titular en la horizontalidad el uso y disfrute? Creo que tal conclusión es imposible a la luz de la intención legislativa en tema de dichos elementos. Ciertamente, quien no quiera usar o disfrutar en su potencialidad podrá no hacerlo como cuestión de hecho; lo que no significa que, ante una renuncia formal, pueda otro titular prohibir al renunciante el uso de elementos comunes. Naturalmente, debe hacerse la salvedad de aquellas situaciones, ya aludidas antes, en que determinados elementos comunes son cedidos en uso privativo. Fuera de estos casos, el derecho otorgado por la Ley es, en orden a su eficacia jurídica, irrenunciable. Sólo así se comprende el verdadero alcance del citado artículo 39, párrafo segundo, de la Ley, que al igual que niega los efectos a la renuncia como instrumento para eludir los gastos proporcionales en el mantenimiento, debe estimarse como negatorio de la eficacia de una renuncia formalizada. El derecho a usar de los elementos comunes se rige enteramente por el régimen del artículo 8 y concordantes, que configuran como inherente a la titularidad del apartamento el proporcional uso y disfrute de los elementos comunes en la extensión que fuere correspondiente.

A distinta conclusión, al menos parcialmente, llega FERNÁNDEZ MARTÍN-GRANIZO cuando escribe que "... los gastos de mantenimiento del servicio creemos que sólo han de ser satisfechos por aquellos que los utilicen, en cuanto son ellos, al fin y al cabo, los que obtienen rendimiento del mismo" (176); y a la pregunta de si la decisión de no usar un determinado servicio común debe manifestarse formalmente, responde en la afirmativa, porque "será la única forma de saber si un determinado servicio va a ser o no utilizado por todos y, consiguientemente, poder repartirse debidamente entre los usuarios del mismo los gastos de mantenimien-

(176) *Op. cit.*, págs. 441-442.

to" (177). Parece que debe distinguirse entre el uso de los *elementos comunes* (únicos contemplados realmente en la Ley de Puerto Rico), que nunca es renunciable y obliga a todos en la contribución que sea proporcional, y los *servicios comunes*. Pero como los servicios se incluyen dentro del concepto de elementos (art. 11 de la Ley), tal renuncia, al no eximir de la obligación de contribuir al mantenimiento, implica ser ineficaz, pudiendo, pues, cualquier renunciante usar de tales servicios.

Es dable, eso sí, que determinados servicios comunes puedan ser considerados como de carácter limitado. Los titulares pueden tener interés en instalar un sistema de *cable de televisión* para beneficio de quienes lo financien. Obviamente, quien renuncia a participar en los gastos renuncia al uso, pero ello por tratarse de un elemento común limitado. No creo factible igual solución ante la Ley vigente en situaciones relativas a puros elementos comunes generales. Para ello tendrían que cambiar su carácter (v.gr.: sustitución de un sistema central de aire acondicionado por un sistema exclusivo para un apartamento; cabe entonces renunciar al primero y a sus costos de mantenimiento, renuncia que nunca impide volver a establecer la conexión, surgiendo nuevamente la obligación de aportar a los gastos comunes que se generen), con lo cual no estaríamos ante una renuncia, sino ante una modificación de los presupuestos fácticos.

D) FACULTADES DE DISPOSICIÓN SOBRE LOS ELEMENTOS COMUNES

El artículo 8 de la Ley determina que el titular de la horizontalidad tiene un derecho exclusivo sobre su apartamento y un porcentaje sobre los elementos comunes. Otros preceptos del texto legal se encargan de matizar —si bien no con la debida claridad ni con el carácter tajante, lo que evitaría posible confusionismo— el alcance que tiene ese *porcentaje* en tema de facultades de disponer.

Así, el artículo 9, párrafo segundo, niega facultades dispositivas al titular aislado al efecto de constituir hipoteca sobre los elementos comunes, para lo cual se requiere el "acuerdo unánime de todos los titulares". El artículo 13 niega al titular aislado la facultad de dividir o solicitar la división de los elementos comunes, así generales como limitados. El artículo 16 niega al titular aislado la facultad de hacer reparaciones extraordinarias ("que afecte a los elementos esenciales del inmueble"), reclamando igualmente "el consentimiento unánime de todos los titulares" (178), hecha

(177) *Ibidem*, pág. 442.

(178) Artículo 16: "Las obras necesarias para la conservación del inmueble y para el uso eficaz de los elementos comunes serán acordadas por la mayoría de los titulares

excepción de que sean obras urgentes de reparación, seguridad o conservación debidamente justificadas. El artículo 18 niega al titular aislado la posibilidad de realizar nuevas construcciones, excavaciones u obras que afecten a la seguridad o solidez del edificio y a su conservación, sin consentimiento unánime de los demás titulares. El artículo 30 declara que se entiende transmitida, con el apartamento, la proporción o porcentaje en los elementos comunes del inmueble, sin necesidad de constatación registral especial. El artículo 32, en tema de segregaciones de elementos comunes, presupone el consentimiento de la totalidad de los titulares.

De lo expuesto, es claro que el cotitular aislado carece completamente de facultades de disposición —incluso de administración de actos extraordinarios— si no concurre con los demás titulares respecto de los elementos comunes, siendo su única posibilidad la de ceder su derecho sobre los mismos mediante la disposición sobre su apartamento privativo.

Ahora bien, aquella posibilidad reconocida en el artículo 9, párrafo segundo, conforme al cual “la hipoteca de los elementos comunes de un inmueble constituido en régimen de propiedad horizontal sólo podrá verificarse mediante acuerdo unánime de todos los titulares” (*sic*), presupone claramente la hipoteca de todo el inmueble, dado que los elementos comunes son inseparables de los privativos. Inicialmente, porque en cuanto tales elementos comunes “se mantendrán en indivisión forzosa” (art. 13 de la Ley) y sólo tienen sentido en tanto en cuanto sirven al uso y disfrute de los elementos privativos (art. 11, en general, y especialmente apartado *h*) de la Ley). De ahí que sea imperativo reclamar esa *unanimidad de todos* frente a la otra *unanimidad de la mayoría* autorizada para otros actos dispositivos (arts. 16, 21, 36.A, 37, párrafo 2.º; etc.). Inalterabilidad de los elementos comunes mientras el inmueble quede sometido al régimen que se destaca en el artículo 26, párrafo segundo (“... quedarán también inscritos de modo permanente los elementos comunes a favor del o de los que resulten ser titular o titulares del inmueble total...”); idea de indisponibilidad que se resalta en el artículo 6, que sujeta la hipotecabilidad del apartamento en íntima vinculación con las participaciones.

Consiguientemente, la fórmula del artículo 9 no deja de ser sino una mera expresión condenada a la propia Ley, expresamente en el artículo 30, párrafo segundo, a cuyo tenor “la parte proporcional o porcentaje en los elementos comunes que corresponde al titular de cada apartamento se entenderá transmitida o *gravada conjuntamente con éste...*” (énfasis añadido). En resumen, ni los elementos comunes son hipotecables solamente, y su hipotecabilidad derivará de la hipotecabilidad de los elementos comu-

Para toda otra obra que afecte los elementos comunes del inmueble requerirá el consentimiento unánime de todos los titulares.”

nes. De nuevo el legislador demuestra poca reflexión en lo que regula, obsesionado por satisfacer los intereses económicos... sin saber cómo y sin coherencia con los propios mandatos.

E) FACULTADES DE ADMINISTRACIÓN SOBRE LOS ELEMENTOS COMUNES

Una rápida lectura al texto de la Ley permite apreciar inmediatamente que la gestión administrativa del inmueble en propiedad horizontal se ha atribuido por la Ley a un organismo, al Director o la Junta de Directores, quien “constituye el organismo ejecutivo de la comunidad de titulares” (art. 38.D). Dicho organismo tiene como facultades atribuidas por la Ley las de atender “al buen gobierno, administración, vigilancia y funcionamiento del régimen, y en especial lo relativo a las cosas y elementos de uso común y los servicios generales” [art. 38.D, apartado a)], y “atender a la conservación del inmueble y disponer las reparaciones ordinarias; y en cuanto a las extraordinarias, adoptar las medidas necesarias, dando inmediata cuenta al consejo de titulares” [art. 38.D, apartado g)].

Consiguientemente, la administración ordinaria del inmueble queda en manos de ese organismo (sea unipersonal, sea colegiado), siendo clara la intención del legislador de negar a los titulares de la horizontalidad facultades de administración en todo lo relativo a los elementos comunes. Ciertamente, es dable, y la Ley lo previene, situaciones de carácter excepcional, hipótesis en la cual, y según casos, un titular puede actuar directamente, vinculando en su gestión sobre los elementos comunes a los restantes cotitulares.

En este tema no es la Ley clara ni precisa, usando una terminología que carece de adecuado rigor. Aunque no es menos cierto que la dificultad puede ser salvada por el intérprete en consideración al espíritu de la Ley.

a) *Precisión en tema de actos de administración*

El texto legal da base para pensar que en la mente del legislador los actos de administración se identifican con obras en los elementos comunes. Curiosamente, en todo el texto legal no se perfila la idea del acto de administración como concepto técnico jurídico, lo cual sería muy conveniente, ya que si bien es cierto que toda obra puede reclamar como presupuesto un acto de administración, no todo acto de administración tiene que suponer una obra. De aquí que, como premisa previa, haya que distinguir las diversas modalidades de obras y correspondientes desembolsos, que contempla el legislador como actos de administración.

1) *Obras urgentes o necesarias*.—Si fueren obras de “reparación, seguridad o conservación”, cualquier titular podrá hacerlas a sus expensas y repetir contra los demás para el pago proporcional de los gastos hechos mediante las justificaciones pertinentes” (art. 17 de la Ley).

Evidentemente, muy distinta es una obra urgente —que impide recurrir al acuerdo de los titulares— que una necesaria pero no urgente. Por ejemplo, subsanar serias goteras o filtraciones del techo puede ser urgente en abril (en previsión de las lluvias de mayo) o en julio (previniendo los vientos y lluvias del período de huracanes), aunque serán necesarias, pero no urgentes, en diciembre. Hay, pues, que atemperar la ligera expresión de aquel artículo 17 que implica el riesgo para un cotitular de creerse facultado a lo que no está.

2) *Actuaciones ruinatorias*.—Parece ser criterio de la Ley (capítulo III), que se remiten al órgano administrador.

3) *Actuaciones de emergencia*.—También silencia la Ley el punto, pero ante el espíritu del artículo 17 es sensato estimar que todo cotitular está legitimado para actuar. Una concreta hipótesis se recoge en el artículo 42 (179).

4) *La facultad de innovar*.—Que el uso y disfrute de un elemento común puede ser mejorado por cualquier titular, a su riesgo y cuenta,

(179) Artículo 42: “Los acuerdos del Consejo de Titulares y las determinaciones, omisiones o actuaciones del Director o de la Junta de Directores, del titular que somete el inmueble al régimen que establece esta Ley durante el período de administración que contempla el artículo 36.A, del Presidente y del Secretario, concernientes a la administración de inmuebles que no comprendan apartamentos destinados a vivienda serán impugnables ante el Tribunal Superior por cualquier titular que estimase que el acuerdo, determinación, omisión o actuación en cuestión es gravemente perjudicial para él o para la comunidad de titulares, o es contrario a la Ley, a la escritura de constitución o al Reglamento a que hace referencia el artículo 36.

La acción de impugnación de acuerdos y determinaciones que el titular estimase gravemente perjudiciales para él o para la comunidad de titulares deberá ejercitarse dentro de los treinta (30) días siguientes a la fecha en que se tomó dicho acuerdo o determinación si se hizo en su presencia, o dentro de los treinta (30) días siguientes a la fecha en que recibe la notificación del acuerdo si el titular afectado no estuvo presente en el momento en que se llegó a tal acuerdo o determinación. Si se tratare de una actuación u omisión perjudicial, el plazo para ejercitar la acción de impugnación será dentro de los treinta (30) días siguientes a la fecha en que el titular tenga conocimiento de tal actuación u omisión perjudicial.

Al ejercitar la acción de impugnación de acuerdos del Consejo de Titulares el titular deberá acreditar que estuvo presente o representado en la reunión en que se tomó el acuerdo que impugna y que no votó a favor del mismo. Si estuvo ausente a pesar de que fue debidamente notificado, deberá probar que su ausencia estuvo justificada.

Luego de oír a las partes en controversia, el Tribunal decidirá lo que corresponda conforme a derecho, equidad y normas de buena convivencia. El acuerdo, la determinación, omisión o actuación serán provisionalmente válidos salvo que el Tribunal determine lo contrario.”

siempre que no signifique alteración del objeto, parece sensato y puede estimarse dentro del concepto de *uso conforme a su destino* (art. 14 de la Ley). No se trata de una obra que persiga el *uso eficaz* (art. 16, que requiere mayoría), sino un *mejor uso*. Es la idea latente en el artículo 331 del Código Civil, *a contrario sensu*, así como en el artículo 328. Todo lo que sin alterar signifique plusvalía parece admisible. Por ejemplo, sustituir un directorio deteriorado por otro de excelente calidad que, además, es expresión del derecho en proporción a la cuota de todo titular de un elemento privativo, porque si puede exigirlo a la comunidad él puede hacerlo.

Pero lo interesante surge ante una actuación de un cotitular que innova sin alteración del objeto beneficiando a la comunidad. ¿Tiene derecho a ser reembolsado? Pensemos en la renovación de la póliza de seguro del inmueble, que de notificarse perentoriamente permite extender aquél sin sufrir un incremento en la prima, ignorado por la comunidad pero conocido por el comunero en función de su dedicación, seguro cuya prima abona.

No es inconsistente responder afirmativamente dado el manifiesto beneficio para la comunidad.

4. OBLIGACIONES RESPECTO DE LOS ELEMENTOS COMUNES

Una Ley pensada para evitar el desaliento en la compra de inmuebles sometidos al régimen especial de la Ley debe estar pensada para facilitar la convivencia en tan especial régimen. Pero, muy posiblemente, la intención auténtica del legislador fue multiplicar la venta de apartamentos. Extraña por eso que el texto legal sea sumamente parco en determinar las obligaciones de los comuneros respecto de los elementos comunes del inmueble, que parece quedar remitida al intérprete, el cual, como ha de verse, no siempre ha hecho adecuado uso de la Ley.

Una primera obligación amplia viene determinada por el artículo 14, párrafo primero, que impone la obligación de no impedir o no estorbar, en el uso de los elementos comunes, el mismo derecho de los demás comuneros, criterio que queda remitido a uno de general diligencia y uso delimitado.

Una segunda obligación se recoge en el artículo 15.d), proposición segunda, que configurada como expresión de límite al ejercicio del derecho de dominio sobre un elemento privativo es clara obligación referida a elementos comunes: "no cambiar la forma externa de las fachadas ni decorar paredes, puertas o ventanas exteriores con colores o tonalidades

distintas a las del conjunto". Porque todo lo que es fachada —y lo son las ventanas, puertas y paredes exteriores— deviene en elemento común [art. 11.h) de la Ley].

Asimismo es clara la obligación de abonar las expensas efectuadas por cualquier titular de obras de urgencia a que se refiere el artículo 17.

El artículo 18 impone la obligación de no construir nuevos pisos, hacer sótanos o excavaciones que afecten a la seguridad, solidez y conservación del edificio.

Y en fin, la obligación, reiteradamente impuesta en la Ley, de contribuir a los gastos comunes. A ella se refiere inicialmente el artículo 15.e) como si se tratase de un acondicionamiento en el uso y disfrute de los elementos comunes (con grave error sistemático), según el cual "todo titular deberá contribuir con arreglo al porcentaje de participación fijado a su apartamento en la escritura de constitución y a lo especialmente establecido, conforme al inciso e) del artículo 38, a los gastos comunes para el adecuado sostenimiento del inmueble, sus servicios, tributos, cargas y responsabilidades", obligación sujeta siempre a que no exprese "una carga económica indebida por concepto de gastos comunes" [art. 37.1.º.f), *in fine*].

A la misma obligación alude el artículo 39 cuando indica que "los titulares de los apartamentos están obligados a contribuir a los gastos para la administración, conservación y reparación de los elementos comunes generales del inmueble y, en su caso, de los elementos comunes limitados, así como a cuantos más fueren legítimamente acordados". Obligación independiente de la renuncia o no al uso de dichos elementos comunes (art. 39, párrafo 2.º, proposición 1.ª) e, incluso, por abandono del apartamento que le pertenezca.

Esta es, sin duda, la obligación principal, muy perfilada en la Ley y llevada a asombrosas consecuencias, así por el legislador como por la jurisprudencia.

5. EN ESPECIAL LA OBLIGACION DE CONTRIBUIR A LOS GASTOS COMUNES. PRESUPUESTOS. SIGNIFICADO. ALCANCE

A) PRESUPUESTOS

La obligación de contribuir a los gastos comunes es elemental en el régimen de propiedad horizontal, como lo es en todo régimen de comunidad o participación, ya que de su realidad depende la eficacia del particular régimen. Nada de extraño tiene, pues, imponer dicha obligación con la

mayor energía posible, destacadamente si tradicionalmente ha sido fuente de conflictos. A ello responden los antes citados artículos 15.e) y 38, así como el propio artículo 41, al configurar que “la obligación del titular de un apartamento por su parte proporcional de los gastos comunes constituirá un gravamen sobre dicho apartamento. Por lo tanto, el adquirente voluntario de un apartamento será solidariamente responsable con el transmitente del pago de las sumas que éste adeude, a tenor del artículo 39, hasta el momento de la transmisión, sin perjuicio del derecho del adquirente de repetir contra el otro otorgante por las cantidades que hubiese pagado como deudor solidario.

“La referida obligación será exigible a quien quiera que sea titular de la propiedad que comprende el apartamento, aun cuando el mismo no haya sido segregado e inscrito como finca filial en el Registro de la Propiedad o enajenado a favor de persona alguna”.

Dos comentarios sobre la redacción para aclarar el sentido del precepto. La alusión del párrafo primero, proposición última, de “repetir contra el otro otorgante”, es claro, van pensadas para el transmitente del dominio (que no tiene que ser el otorgante si, por ejemplo, se hace la venta mediante apoderado). Leve *lapsus* del legislador, poco ducho en Derecho civil y, naturalmente, en notarial.

La referencia del párrafo segundo a la “propiedad que comprende el apartamento, también es claro, usa el término propiedad como referencia al derecho de dominio delimitado objetivamente, lo que es un contrasentido con la proposición última, pues será imposible la existencia de apartamento alguno —y por ello menos aún de “propiedad que comprende el apartamento”— si el mismo no ha sido segregado e inscrito, que es lo que preceptúa el artículo 6 respecto del artículo 5, ambos de la Ley especial. Habrá, si se inscribió el apartamento como finca independiente, dominio del mismo; si no hubo inscripción, cesión del título dominical del edificio o de una cuota sobre el mismo.

El artículo 31 no es sino manifestación de los artículos 5 y 6, dirigidos a sujetar al adquirente de un apartamento independiente o de una cuota sobre el edificio a la obligación de abonar los gastos por concepto de elementos comunes. Si bien la Ley implica una regulación que se niega a sí misma, ya que en la hipótesis del artículo 5 no existen elementos comunes del inmueble en proyecto sencillamente porque no ha sido posible someter al inmueble al régimen especial (arts. 22 y 23 de la Ley) (180).

(180) En los casos de transmisión o gravamen de un apartamento proyectado y no comenzado a fabricar se entenderá adquirida por el nuevo propietario o gravada la participación que corresponde al transmitente, o en su caso al deudor, en los elementos comunes del inmueble en proyecto y el derecho que tenga a que se le construya el

Sin embargo, tan graves deficiencias técnicas permiten intuir la preocupación del legislador por asegurar el pago de los gastos "por elementos comunes", sin perjuicio de sugerirle algún arrobo ante tal forma de legislar, del cual, ciertamente, carece según la muestra.

¿A qué tan intensa preocupación? No debe olvidarse que la Ley 157, de 4 de junio de 1976, se aprueba en un momento de crisis. Sería crisis. Económica general y, de manera muy particular, crisis de la *venta de inmuebles*, que en Puerto Rico se acumularon por la construcción (entre 1971 y 1974 se erigieron 25.854 apartamentos, frente a los 8.128 existentes hasta 1970 solamente en el área metropolitana). La crisis económica llevó a un enorme incremento del desempleo; el desempleo provocó que los carentes de trabajo emigraran hacia los Estados Unidos, con frecuencia dejando abandonados sus apartamentos en Puerto Rico, suspendiendo el pago del consabido préstamo hipotecario garantido, etc.

También es sabido que la adquisición de vivienda, en Puerto Rico como en Estados Unidos, se realiza mediante préstamos a largo plazo (treinta años regularmente), préstamos que suelen abarcar el 95 por 100

apartamento, entendiéndose subrogado el adquirente en el lugar y grado de aquél a todos los efectos legales."

Artículo 6: "Si la transmisión o gravamen se refiriese al apartamento que ya hubiese comenzado a construirse, se entenderán adquiridas o gravadas las participaciones a que se contrae el artículo 5 de esta Ley, y de modo privativo lo que ya esté fabricado del apartamento en cuestión, entendiéndose también subrogado el adquirente en el lugar y grado del transmitente a todos los efectos legales."

Artículo 22: "La escritura pública a que se refiere el artículo 2 de esta Ley expresará las siguientes circunstancias:

a) Descripción del terreno y descripción general de lo allí construido, con expresión de sus áreas respectivas y materiales de construcción.

b) Descripción de cada apartamento y número de cada uno, con expresión de sus medidas, situación, piezas de que consta, puerta principal de entrada y lugar con el cual inmediatamente comunique y demás datos necesarios para su identificación.

c) Descripción de los elementos comunes generales del inmueble y, en su caso, de los elementos comunes limitados a cierto número de apartamentos, con expresión de cuáles sean esos apartamentos.

d) Indicación clara del destino dado al inmueble y a cada uno de sus apartamentos.

e) Superficie de la totalidad de apartamentos en el inmueble y superficie de cada apartamento, fijándose de acuerdo con estas medidas el porcentaje que tengan los propietarios en los gastos, ganancias y derechos sobre los elementos comunes.

f) Lo relativo a la administración del inmueble en su caso.

g) Y cuanto más se refiera al inmueble y sea de interés hacerlo constar."

Artículo 23: "La escritura que se refiera a cada apartamento individualizado expresará las circunstancias previstas en la letra b) del artículo anterior relativas al apartamento de que se trate y, además, al porcentaje que corresponda a dicho apartamento en los elementos comunes del inmueble. Si el terreno en que enclava la estructura fuese poseído a título de arrendamiento o de usufructo, la escritura así lo expresará, especificando la fecha en que expira el término del arrendamiento o del usufructo."

del valor tasado del inmueble, correspondiendo el pago inicial que efectúa el comprador al 5 por 100 restante, más los denominados "gastos legales y de cierre". Aparte, ha sido política de los bancos y entidades financieras intentar lo más posible eludir la ejecución de las hipotecas por dos motivos fundamentales: dar facilidades al consumidor, desde luego, pero también evitar el reflejo que en el mercado secundario de hipotecas tiene el impacto de múltiples ejecuciones. Aparte el efecto económico que tiene en las entidades financieras locales la ejecución, que les suprime su porcentaje por "administrar la hipoteca"; porque no debe olvidarse que, en buena medida, la banca financiera local (comercial e hipotecaria) actúa en este campo del mercado como simple entidad de descuento o intermediaria.

En estas situaciones, y dadas aquellas características, se explica que la acumulación de pasivo en un inmueble pueda significar, en poco tiempo, una relativamente respetable suma de dinero. A lo que ayuda otro factor: la práctica de sugerir (cuando no imponer) la financiera una determinada entidad como gestora del inmueble sometido al régimen especial (no debe olvidarse el maridaje de intereses entre financieras, constructoras y entidades de gestión inmobiliaria, además de las compañías aseguradoras de títulos), que parece llevar a que los gastos de mantenimiento mensuales puedan, incluso, ser superiores al abono periódico o mensual de amortización del préstamo. Todo ello pudo ayudar a hacer gravosa la condición del consumidor, alentándole a irse del país, dejando a su espalda la deuda, regularmente incrementada cada treinta días.

Naturalmente, decididos los bancos a ejecutar, la acumulación de ejecuciones, la lentitud judicial, algo desbordada por ello, y la ausencia de dinero en el consumidor llevaron a que la tercera subasta no tuviese postor. Así, algunos miles de apartamentos quedaron en manos de las entidades prestamistas, apartamentos generadores de gastos.

La presión de tales entidades, indudablemente, debió llevar a buscar fórmulas para desplazar dichos gastos a terceros sectores.

Era la idea recogida en el artículo 41 del proyecto de Ley de Reforma del Régimen de Horizontalidad, que textualmente decía: "La obligación del titular de un apartamento por su parte proporcional de los gastos comunes constituirá un gravamen sobre dicho apartamento. Por lo tanto, el adquirente de un apartamento será solidariamente responsable con el transmitente del pago de las sumas que éste adeude, a tenor del artículo 39, hasta el momento de la transmisión, sin perjuicio del derecho del adquirente de repetir contra el otro otorgante por las cantidades que hubiese pagado como deudor solidario. La referida obligación será exigible a quien quiera que sea titular de la propiedad que comprende el apartamento, aun cuando el mismo no haya sido segregado e inscrito como

finca filial en el Registro de la Propiedad o enajenado a favor de persona alguna. *Quedan eximidos ("sic") de esta obligación los que adquieran apartamentos mediante el ejercicio de los créditos preferentes que reconoce el artículo anterior.*"

Artículo anterior que recoge la preferencia a favor del Estado, aseguradores del inmueble y acreedores hipotecarios (es decir, bancos y financieras inmobiliarias).

Salvada tal preferencia, la comunidad de propietarios tenía un *gravamen* sobre el apartamento por el pasivo derivado del impago de gastos comunes.

Y tan importante era para el legislador el aseguramiento de dichos pagos, que se olvidó que la esclavitud desapareció en Puerto Rico en el siglo XIX y prefirió volver a la misma haciendo renacer la *servidumbre de la gleba*, disponiendo por ello que ningún titular se librara de contribuir a los gastos comunes "ni por abandono del apartamento que le pertenezca".

Con estos presupuestos, el artículo 41 que fue aprobado por la Asamblea legislativa ofrecía alguna leve variación respecto del texto del proyecto de Ley. Concretamente, dos modificaciones:

a) En el párrafo primero del artículo, proposición segunda, donde decía "el adquirente de un apartamento", el texto aprobado significó: "Por lo tanto, el adquirente *voluntario*..." (énfasis añadido).

b) La proposición final del precepto fue suprimida, desapareciendo así aquella exención. Lo cual tenía su lógica, pues no tiene sentido que, sea el Estado, sea el asegurador, sea el acreedor hipotecario, siendo todos adquirentes y propietarios, no deben asumir las cargas inherentes a su dominio.

Entre el texto proyectado y el texto aprobado hay algo que destaca asimismo de manera llamativa: la exención del proyecto de Ley era manifiesta y, por ello, profundamente llamativa. La fórmula del texto aprobado (ese adquirente *voluntario*) supone un concepto jurídico que, siendo perfectamente claro en Derecho, requiere precisión del intérprete.

B) SIGNIFICADO

Dos problemas, pues, plantea el artículo 41 de la Ley. En el primero qué alcance tiene ese *gravamen* con que se asegura el pago de los gastos por débitos derivados de los elementos comunes del inmueble. En el segundo, qué sentido tiene la responsabilidad solidaria del adquirente *voluntario*.

El primer punto fue concretado por la jurisprudencia, decidiéndose en *Vázquez vs. Caguas Federal Savings*, 118 DPR 806 (1987), que dicho gravamen no es sino un crédito preferente respecto de los enumerados en los artículos 1.822 y siguientes del Código Civil, no consistiendo, pues, en ninguna hipoteca legal tácita, siendo por ello menester la anotación de dicho crédito en el Registro de la Propiedad para que asuma prioridad. Consiguientemente, la enumeración que se hace en el artículo 39 de la Ley de Propiedad Horizontal se complementa con ese *gravamen* siempre que se haya hecho objeto de anotación preventiva, gozando de prioridad desde su presentación en el Registro de la Propiedad; anotación que no especificada en la Ley Hipotecaria hace *mutis* en este punto y parece quedar sometida al régimen general de las anotaciones, siendo eficaz desde *su fecha* (art. 141 LH).

El segundo punto fue resuelto de forma asombrosa por el Tribunal Supremo, quien al solo efecto —y esto es meridianamente claro— de defender los intereses plutocráticos de las entidades de financiación elaboró una teoría *única* en Derecho, más absurda aún que la vinculación del titular del apartamento con respecto de éste aunque renuncie a su dominio y totalmente enfrentada a la expresa voluntad legislativa.

En efecto, en *Asociación de Condómines vs. Naveira*, 106 DPR 88 (1977), ante un adquirente por subasta pública de un apartamento a quien la comunidad de propietarios reclamó un pasivo originado en el cedente, el Tribunal vino en afirmar la responsabilidad solidaria de dicho adquirente por función de lo dispuesto en el artículo 41. Fallo que hasta aquí es impecable.

Pero el Alto Organismo, y sin nadie pedírselo, salió al quite de los intereses bancarios considerando que la responsabilidad solidaria va referida a los adquirentes *voluntarios*.

En Derecho, normalmente, la adquisición es voluntaria, si bien son frecuentes las situaciones en que la adquisición se efectúa por imperativo de la Ley, sin intervención alguna del particular que queda investido de la cualidad de titular. Así ocurre, por ejemplo, con los legitimarios en la sucesión *mortis causa*, en la atribución al Estado de los bienes vacantes, de los frutos de los bienes privativos en la comunidad ganancial, etc.

Naturalmente, y como le ocurre con frecuencia al Alto Organismo, las normas vigentes impiden considerar solamente criterios económicos si no están subsumidos en las normas mismas para efectuar calificaciones y atribuir efectos jurídicos. Por lo que es frecuente que el Tribunal Supremo, dejando de lado la Ley, se fije en consideraciones económicas, sociales o simplemente políticas para *inventarse* la norma misma. En *Naveira* hace

eso, *descubriendo* un concepto de adquirente involuntario que es un pleno adquirente voluntario.

Cuando un acreedor ejecuta su crédito y el Juez ordena la venta en pública subasta, la Ley permite, ante una tercera subasta fracasada, que *solicite* la transferencia del bien hipotecado. La legislación hipotecaria de 1893, vigente al debatirse el caso *Naveira*, disponía en el artículo 173 del Reglamento para su ejecución lo siguiente: “Si... no se remataren los bienes ni *se solicitare* la adjudicación dentro de los diez días..., quedará terminado... el expediente y a salvo el derecho del ejecutante para demandar por los procedimientos declarativos o ejecutivos comunes, el cobro de su crédito...” (énfasis añadido); idea que repite el artículo 221 de la vigente Ley Hipotecaria indicando: “Si se declarase desierta la tercera subasta se dará por terminado el procedimiento, pudiendo adjudicarse el acreedor la finca... *si así lo estimare conveniente*...” (énfasis añadido).

El Tribunal Supremo pudo opinar distinto, estimando que el postor en subasta pública es llevado a adquirir “por su propia conveniencia en el campo de los negocios y, por tanto, no puede invocar la preferencia que el artículo 40.c) reserva al dueño de un crédito hipotecario”. Es decir, se ha producido un *cruce* (ser o no la adquisición voluntaria y una preferencia de créditos, que ninguna relación guardan entre sí) sin sentido técnico jurídico alguno.

Cruce que se agrava aún más ante la fútil excusa del Tribunal (181).

(181) La falta del adjetivo “voluntario” cualificando la voz “adquirente” en el artículo 41 le permitió al recurrente el argumento de que de no operar la prelación a su favor, tampoco beneficiaría al Estado que cobra las contribuciones, a la aseguradora que exige sus primas o al acreedor que ejecuta la hipoteca dado el caso que fuesen adjudicatarios en subasta, lo que plantearía un conflicto entre los artículos 40 y 41. La teoría es inaceptable a la luz de la política pública que encarna la Ley de la Propiedad Horizontal y del cuidadoso balance en que mantiene los intereses de la administración del condominio, de una parte, y los de sus acreedores, de la otra, según explicados con amplitud en esta opinión. En este aspecto, la enmienda de 1976 que introdujo en el artículo 41 el adjetivo “voluntario” sólo corrigió una deficiencia de expresión, toda vez que la doctrina consistentemente exime de responsabilidad solidaria por cuotas de mantenimiento al acreedor hipotecario que adquiere título de propiedad del apartamento en procedimiento ejecutivo. *Ferrer y Stecher, Law of Condominium*, vol. 1, sec. 438, pág. 303.

Notamos que el recurrente prácticamente abandonó el argumento de que la cancelación de gravámenes posteriores por mandamiento judicial postsubasta a tenor del artículo 125 de la Ley Hipotecaria, obtenida por un acreedor preferente, exonera a éste de toda responsabilidad por las cuotas de condominio. Su posición revisada se ajusta al concepto de prelación de créditos definido en el artículo 1.827 del Código Civil así: “Los créditos que gozan de preferencia con relación a determinados bienes inmuebles o derechos reales excluyen a todos los demás por su importe hasta donde alcance el valor del inmueble o derecho real a que la preferencia se refiera” (LPRA, 31, sec. 5.212). La extinción de un derecho real en la esfera registral no conlleva su extinción en la esfera de Derecho civil extrarregistral (art. 125, párrafo 3.º, LH; LPRA, 30, sec. 221).

Por el contrario, hay un adquirente *involuntario*: aquél a que se refiere el artículo 40 de la Ley atribuyéndole *preferencia* respecto de su crédito, esto es, uno “cuyo interés fundamental no es hacerse dueño del apartamento, sino proteger su acreencia constituida usualmente antes de que empiece a acumularse la deuda por gastos del condominio”. Concepto de involuntariedad que el Tribunal se inventa y sustituye a la hipótesis normativa. Por lo cual lo que se está diciendo, *incluso en esa hipótesis normativa sustitutoria*, es contradictorio: no tiene que ser cierto que quien compra en pública subasta ha sopesado los pros y los contras, mientras que las pobrecitas entidades financiadoras no lo hayan hecho. Nadie más que un banco sopesa y analiza los riesgos de un préstamo, y si lo acomete aceptará asimismo los teóricos riesgos. Luego mejor postor en subasta y entidad financiadora piensan exactamente igual. Nadie ha dicho que quien adquiere en subasta *quiera* hacerse propietario; muchos concurren para especular, igual que los bancos y financiadoras. Y la idea subyacente del Tribunal, que los bancos tienen siempre que ganar, es convertirlos en legisladores, pero desde la oscuridad.

Naturalmente, la falsedad del argumento —aparte de su ignorancia jurídica— obliga a la mentira. Y así, se dirá que tanto la Ley reformadora de 1976 como el texto original excluían al adquirente *voluntario*. Con lo cual el Alto Organismo vuelve a demostrar que o no sabe las leyes que aplica o las falsea (182).

Conviene advertir respecto de aquella doctrina consistente, que quien adquiere en subasta pública no responde solidariamente porque antes de entrar en posesión del inmueble se habrán abonado los créditos si el bien expresaba suficiente valor de garantía. Naturalmente, de no ser esto así, la garantía desaparece y la preferencia para el cobro deviene en imposible. ¡No juguemos con las nociones jurídicas más elementales!

(182) Se dice en *Naveira*:

“[5-7] El texto del artículo 41, tanto antes como después de las enmiendas introducidas por la Ley 157, de 4 de junio de 1976, impone responsabilidad solidaria por las sumas que adeude el titular al adquirente *voluntario*...”

Decía el texto citado antes de 1976. El adquirente de un apartamento será solidariamente responsable con el transmitente del pago de las sumas que éste adeude, a tenor con la sección 1.293c de este título, hasta el momento de la transmisión, sin perjuicio del derecho del adquirente a repetir contra el otro otorgante, por las cantidades que hubiese pagado como deudor solidario (25 junio 1958, núm. 104, pág. 258, art. 41; efectuado noventa días después de 25 junio 1958).

Decía el proyecto.

Artículo 41: “La obligación del titular de un apartamento por su parte proporcional de los gastos comunes constituirá un gravamen sobre dicho apartamento. Por lo tanto, el adquirente de un apartamento será solidariamente responsable con el transmitente del pago de las sumas que éste adeude, a tenor con el artículo 39, hasta el momento de la transmisión, sin perjuicio del derecho del adquirente de repetir contra el otro otorgante, por las cantidades que hubiese pagado como deudor solidario.

La referida obligación será exigible a quien quiera que sea titular de la propiedad que comprende el apartamento, aun cuando el mismo no haya sido segregado e inscrito

Naturalmente, la interpretación recaída en *Naveira* se enfrentaba manifiestamente a la clarísima intención legislativa que suprimió del texto del proyectado artículo 41 la exención que el Tribunal vuelve a resucitar. Porque la decisión de *Naveira* expresa precisamente dicha exención.

Por consiguiente, mientras la decisión de *Naveira* estuvo sola y aislada, se producía en Derecho puertorriqueño un peculiar fenómeno jurídico, nunca visto: un débito que acompaña constantemente al inmueble (art. 39, párrafo 2.º de la Ley) desaparece de improviso cuando dicho inmueble tiene como propietario a quien antes fue acreedor hipotecario. Pero si éste vende el inmueble, entonces ante este adquirente voluntario aparece la deuda. Más o menos lo que le ocurre al río Guadiana en España, que aparece y desaparece de la superficie en varios tramos de su curso.

Así las cosas, hay, sin embargo, que reconocer que, salvo la excepción de los famosísimos adquirentes involuntarios, la tajante afirmación de los artículos 39 y 40 aseguran todavía a la comunidad de propietarios poder cobrarse las expensas debidas, esas que el mismo Tribunal estima fundamentales en su atención para el buen mantenimiento del régimen de horizontalidad (*Naveira*, cit., *Asociación de Condóminos vs. Arana*, 106 DPR 133, 1977).

Pero en 1987 un adquirente de un apartamento, a su vez adquirido (*involuntariamente*, ¡eh!) por un acreedor hipotecario en trámites de ejecución de su crédito, resulta que tampoco es solidariamente responsable del pasivo de dicho apartamento derivado del impago de las cuotas por gastos comunes. Esto es lo que se dice en *Vázquez vs. Caguas Federal*, cit., y se explica en *Arce vs. Caribbean Home Const. Corp.*, 108 DPR 225. Y, además, se permite el Tribunal Supremo destacar, ¡nada menos!, la función económico-social a que ello responde. Y se dice: Este artículo le garantiza a inversionistas y financiadoras de condominios que la garantía de su inversión no se verá afectada o disminuida por las cuotas de mantenimiento adeudadas por el deudor hipotecario (*sic*), que cumple así con la “función” económico-social de facilitar a los individuos la posibilidad de disponer de hogar propio”, *Arce v. Caribbean Home Const. Corp.*, 108 DPR 225.

como finca filial en el Registro de la Propiedad o enajenado a favor de persona alguna. Quedan eximidos de esta obligación los que adquieran apartamentos mediante el ejercicio de los créditos preferentes que reconoce el artículo anterior.”

El término *voluntario* se añade en 1976, posiblemente para ocultar la expresa intención del artículo 41, párrafo tercero, proposición última, pues tal exención era des-
carada.

Al parecer, la “interpretación” del término se aclaró en *caucus* legislativo, pero secretamente. Que me lo contó quien estaba allí. El mérito, pues, del Alto Organismo fue el empleo que hizo de la parapsicología. ¡Felicitaciones!

Yo he pensado siempre que la función económico-social de la horizontalidad es facilitar a los particulares un dominio napoleónico ya en crisis, que por impedir la vivienda separada *obliga* al sacrificio de la convivencia, para la cual es necesario atender los gastos comunes; y de ahí su esencial importancia en la propiedad horizontal.

El Tribunal Supremo ha podido sacarme de mi error al destacar que dicha función económico-social es la política económica, esto es, que los financiadores tengan asegurada su ganancia. Más crudamente no se pueden poner de manifiesto las finalidades de la Ley.

Y aunque hay que reconocerle al Tribunal Supremo su sinceridad y franqueza al resaltar lo que el legislador dejó en la penumbra, también hay que reconocerle que nuevamente ha hundido su sistema jurídico ante su obsesión por atender los intereses económicos de dependencia.

Con todo lo cual la doctrina jurisprudencial nos lleva a una conclusión carísima: no importa que la comunidad en horizontalidad se hunda en crisis económica y no es cierto que las cuotas por gastos comunes tengan importancia. Lo que importa es que los acreedores hipotecarios tengan dinero.

Y con ello, y como cuestión de hecho, vienen en resultar que la doctrina jurisprudencial así sentada da un vuelco a la preferencia determinada por el artículo 40 de la Ley. Porque serán siempre los acreedores hipotecarios quienes actúen sus créditos —desde luego, mucho antes que el Estado se ponga en marcha para cobrar sus contribuciones adeudadas dada la laxitud de la Hacienda—, situándose regularmente en primer lugar de preferencia (porque, obviamente, la situación del asegurador es totalmente distinta: desaparecido el edificio, no hay hipoteca ni preferencia que valga).

Con lo cual hemos alcanzado el significado de la obligación de contribuir a los gastos comunes: los bancos acreedores que devienen propietarios no responden del pasivo acumulado en *sus* inmuebles. Además, tampoco tienen dicha responsabilidad los posteriores adquirentes de dichos acreedores-propietarios irresponsables. Es decir, el artículo 39, en tales casos, no se aplica.

Y llevado esto a la crisis de los años 1974 y siguientes, significa que los condómines deberán absorber tales gastos. Lo que ya no se sabe para la próxima crisis. Lo aconsejable es, pues, no adquirir inmuebles sometidos al régimen de horizontalidad.

Finalmente, que la finalidad de la Reforma de 1976 —obviar los inconvenientes “que dificultan la vida en comunidad (...)” facilitando “el rápido cobro de los gastos por conceptos de cuotas especiales a los titulares que ocasionen gastos comunes excesivos” (Exposición de Motivos de la

Ley de 1976)— era falsa, una falacia para ocultar su fin único: aliviar a los bancos del pasivo, que tuvieron que pagar los condómines.

C) ALCANCE

De lo expuesto se deduce que el alcance de la obligación de contribuir por gastos comunes es diversa en función de dos factores: *a)* que se dé una situación de normalidad o de crisis, y *b)* que hallen envueltos o no acreedores hipotecarios, básicamente los institucionales.

En situaciones de normalidad el titular de un apartamento se encuentra vinculado a éste con una energía inusitada (e inconstitucional posiblemente). Su renuncia al uso de los elementos comunes no le exime del pago y de correspondiente responsabilidad, lo que es normal. Su renuncia al título de dominio se estima nula de pleno Derecho, pues tampoco se exime de verse obligado a pagar las expensas comunes. Y aquí, sin entrar a considerar la voluntariedad o no del abandono, queda adherido al apartamento.

Tratándose de momentos de crisis, subsistiendo nominalmente la responsabilidad del titular, siendo con frecuencia imposible conseguirle, se transfiere su responsabilidad a los adquierentes *voluntarios* posteriores, no siendo tales los que voluntariamente solicitan ser investidos del título de propietarios si hubiesen sido acreedores hipotecarios y ejecutasen sus créditos. Aquéllos responderán solidariamente. Estos seguirán siendo unos irresponsables.

Y la única forma de obligar a un banco a pagar dichos gastos acumulados será que licitando en subasta se lleve la buena pro. Que ser un banco no es título bastante para ser asimismo irresponsable.

Consiguientemente, precisamente en situaciones de crisis vendrá en resultar que serán finalmente responsables, por absorber los débitos, los propios comuneros. Lo que no es una extraña forma de alentar la horizontalidad, mejor aprovechamiento del suelo y, por consecuencia, la construcción y financiación de condominios; porque una vez trascienda al gran público la consecuencia última de las derivaciones jurisprudenciales de la Reforma de 1976, es de suponer que solamente los retrasados mentales adquirirán apartamentos. Porque, no se olvide, la gratuita afirmación que se hace en *Naveira* acerca de que un comprador de un apartamento puede asegurarse de las cargas y gravámenes que tenga el inmueble, también es falsa. Ciertamente si el Consejo de Titulares ha anotado en el Registro de la Propiedad el débito, aquél podrá informarse; pero si no es así nadie viene obligado en el texto legal vigente a proveerle tal informa-

ción. Es más, puede ocurrir, si se le ofrece, que el titular moroso actúe judicialmente en defensa de su *intimidad económica*, pues la condición de un deudor no es divulgable sin permiso del interesado, como muy bien saben los bancos que imponen concederles autorización para realizar tal indagación (183).

6. LA CUOTA DE PARTICIPACION

A la cuota de participación o porcentaje se refiere la Ley de forma constante, ya entendida como cuota titular respecto de los elementos comunes del inmueble (183 bis), ya como cuota de uso (184), sin entrar a definirla; si bien su concepto se deduce claramente del artículo 8, que la configura como un porcentaje de participación equivalente a la superficie del apartamento respecto de la superficie de todos los apartamentos del inmueble. Esta cuota expresa así la porción de cotitularidad en los elementos comunes que acompaña siempre al elemento privativo (art. 30).

Dicha cuota de cotitularidad expresa a la vez la legitimación dispositiva, que se reclama para:

(183) La Ley reformadora de 1976 y el texto reformado se refieren a una diversidad de obligaciones impuestas anodinamente, pero por parte alguna se instrumenta la posibilidad que un potencial adquirente quede informado del pasivo que pueda acumular un apartamento. Hay, sí, algunas obligaciones que se imponen de manera tal que devienen en imposibles (v gr., el art. 15 A en su párrafo 2º, pues el cedente no tiene poder para entrometerse en la intimidad del cesionario). Véase lo que se dice:

Art 15-A: "Todo titular debe comunicar al Director o Junta de Directores, dentro de los treinta días siguientes a la fecha de adquisición de su apartamento, su nombre, apellido, generales y dirección, la fecha y demás particulares de la adquisición de su apartamento, presentando los documentos fehacientes que acrediten dicho extremo.

En caso de venta, cesión o arrendamiento del apartamento el titular deberá ponerlo en conocimiento del Director o la Junta de Directores, con expresión del nombre, apellidos, generales y dirección del adquirente o del arrendatario en su caso. Además, deberá exigir al adquirente la expresión de que conoce y observará plenamente los preceptos de esta Ley, el Reglamento y demás bases del régimen de la propiedad horizontal en la escritura de que conste la transferencia o en el contrato de arrendamiento en su caso.

El titular arrendador seguirá siendo el responsable exclusivo de las contribuciones para los gastos comunes y además responderá del cumplimiento de esta Ley y del Reglamento por parte del arrendatario."

Lo único que puede hacer el administrador es certificar la ausencia de pasivo, pero no su existencia o su cuantía, que es lo que interesa al adquirente al efecto de evitar la incursión en responsabilidad solidaria.

(183 bis) Artículos 5, 6, 8, 15.e), 21.b), 22.e), 26 *in fine*, 27, 30, 32.A, 36 A.2, 38.B, 38 D.b) y 45.

(184) Artículos 14, 38.e) y f), 38.j), 39, 40 y 41

a) La modificación del uso a que se destina el inmueble (art. 2, párrafo 3.º).

b) La hipotecabilidad de los elementos comunes, presupuesta la hipoteca de todos y cada uno de los elementos privativos a que aquéllos acompañan (art. 9, párrafo 2.º).

c) La configuración de elementos comunes como de otro orden cuando aquel carácter sea meramente dispositivo (art. 9).

d) La configuración de elementos comunes generales como limitados (art. 12).

e) La modificación material del objeto por construcción de nuevos pisos, sótanos o excavaciones, o realización de obras que puedan afectar a la seguridad, solidez y conservación del inmueble (art. 18) y, en general, para toda obra que afecte a elementos comunes del inmueble (art. 16).

f) La distribución de la indemnización por siniestro que extinga plenamente el inmueble (art. 44, párrafo 2.º).

g) Renunciar al régimen especial (art. 34).

La cuota de uso es expresiva del derecho de cada titular a disfrutar de los diversos elementos comunes del inmueble, de conformidad con lo previsto en el artículo 15; participación proporcional cuya determinación se aprecia mediante criterios de Derecho, equidad y sana convivencia (art. 42, párrafo 4.º), salvo la excepción de uso intensivo prevista en el artículo 38.e) (185).

Pero, igualmente, dicha cuota puede ser expresión de las facultades de gestión o administración de cada titular en función del criterio de mayoría porque se rija el inmueble, ante las alternativas previstas en el artículo 21 a que luego se alude, cuando dicha mayoría se fija combinando el criterio democrático con el plutocrático o de interés.

Y por sentido correspondiente, la cuota de uso significa asimismo la cuota de participación en los gastos de mantenimiento de los elementos comunes o de percepción de beneficios en su caso (art. 20).

(185) Artículo 38 e): Corresponde al Consejo de Titulares

“e) Imponer mediante el voto afirmativo de la mayoría de los titulares una cuota especial: 1) al titular del apartamento cuyos ocupantes o visitantes, sin impedir o estorbar el legítimo derecho de los demás titulares, regularmente, hagan un uso tan intenso de cualquier elemento común que los gastos de operación, mantenimiento o reparación de dicho elemento común sobrepasen los que razonablemente deban incurrirse en el uso normal y corriente de la referida facilidad, y 2) al titular del apartamento que por la naturaleza de la actividad que legítimamente lleva a cabo en su apartamento, conforme al destino que le ha sido asignado al mismo en la escritura de constitución, ocasione unos gastos comunes mayores a los que habría que incurrir si en el apartamento en cuestión no se llevase a cabo la referida actividad. La cantidad impuesta para cubrir el importe del exceso de gastos de referencia se añadirá y será exigible como parte de los gastos comunes atribuibles a dicho apartamento.”

CAPÍTULO IV

LA ADMINISTRACION DEL REGIMEN DE HORIZONTALIDAD**1. CONSIDERACIONES GENERALES**

Una de las novedades que aporta la Ley reformadora de 1976 es escindir la administración del régimen en dos momentos diversos. Uno primero de *administración inicial* (art. 36.A), y otro segundo de administración regular u ordinaria.

Una de las razones, al parecer, de la Reforma, fue obviar los inconvenientes de la legislación anterior, que “carece de normas para regir la administración del inmueble durante el período de venta de los apartamentos” (Exposición de Motivos). Ciertamente, no es que el texto anterior de 1958 impidiese los criterios de administración, sino que ofrecía posibilidades, por cuya virtud el titular único que sometía el inmueble al régimen especial podía aprovechar su situación de propietario único para reservarse determinados beneficios francamente abusivos; y, al parecer, la jurisprudencia no sabía canalizar los límites a dicho abuso. Así ocurría en la experiencia vivida con la reserva de determinados elementos comunes para un uso o título privativo (v.gr.: sobre elevación) o por la incorporación a los estatutos o reglamento del inmueble de criterios de participación plenamente ventajosos para aquel titular. Es verdad que la Reforma dificulta estos puntos concretos. Pero, indudablemente, también es cierto que preocupado el legislador por la venta del inmueble se ha olvidado en parte de la propia gestión de la horizontalidad. Y mediante el expediente de la intervención administrativa ha instaurado un sistema de fiscalización de dichas ventas que puede potenciar el abuso respecto de los copropietarios originado por el titular único que someta el inmueble al régimen especial, como ha de verse; beneficiando así a constructores y entidades financieras, en perjuicio de los comuneros.

2. LA ADMINISTRACION INICIAL DEL INMUEBLE

Las normas de administración del inmueble se constituyen con las disposiciones de la propia Ley especial, aparte el resto del ordenamiento en lo que sea aplicable, “y además por un reglamento que deberá insertarse en la escritura de constitución o que se agregará a dicha escritura. Copia certificada de dicha escritura y del reglamento, y toda enmienda a los mismos, deberá quedar archivada en el Registro de la Propiedad”, dispone el artículo 36 de la Ley.

Como regularmente será el constructor, promotor o propietario o ente financiador quienes advengan propietarios únicos del inmueble, o conjuntamente según casos, el artículo 36.A determina, aparte la carga de asumir aquéllos la administración inicial del inmueble, la forma en que se ha de transferir dicha administración inicial a los comuneros.

Dado que es frecuente en la realidad isleña remitir la gestión administrativa a entidades que se dedican a ello como negocio, también es frecuente que el constructor, el promotor, la entidad financiera, etc., mantengan vínculos de intereses con tales entidades, cuando no son ellos mismos, mediante una apariencia corporativa, quienes asumen aquella gestión. Rápidamente salta a la vista el poderoso conflicto de intereses que puede generarse si quien —administrador provisional del inmueble— consiente determinados contratos para la futura administración del mismo haciéndolos leoninos para los comuneros.

Este aspecto —que puede alcanzar sensible relevancia porque pueden tales contratos incorporarse como parte del reglamento del inmueble o de su escritura de sometimiento al régimen especial, dándoles trascendencia real incluso (aparte que el sistema elegido de *archivar* escritura de constitución y reglamento no es el más adecuado con el sistema registral, pero facilita aún más el perjuicio de terceros que pueden conocer lo que hay *archivado*) (186)— no parece haberse escapado al legislador. Aunque, y esto ha de verse de inmediato, parece haber facilitado este problema al jugar con unos criterios de mayoría francamente mínimos para homologar aquellos contratos, imponiendo un sistema de mayoría aplastante para su impugnación.

Aquella administración inicial queda vinculada legalmente a transferir a los condómines la gestión del inmueble —contratos incluidos— en dos momentos o alternativas que ofrece el texto legal:

a) Por reunión extraordinaria convocada por cualquier titular de un apartamento en que se harán las ratificaciones de la gestión anterior mediante voto mayoritario.

b) Por reunión extraordinaria, convocada por el titular o titulares que hayan venido teniendo la administración del inmueble, que aprobará por mayoría del 51 por 100 de los apartamentos.

Así, el artículo 36.A determina:

“El titular o los titulares que sometan el inmueble al régimen de pro-

(186) Quizá por franca influencia de los archivos inmobiliarios de los Estados Unidos, ejercida a través de las entidades de financiación, de seguros de títulos, etc. Ver tomo XIV.

piedad horizontal asumirán la administración inicial del inmueble, con todos los poderes y deberes que esta Ley confiere e impone y los que el Reglamento confiera e imponga al Director o a la Junta de Directores, al Presidente y al Secretario. El traspaso de la administración se efectuará: 1) tan pronto los titulares elijan a las personas que estarán al cargo de la administración en una reunión extraordinaria que podrá ser convocada en cualquier momento por cualquiera de los titulares de los apartamentos inscritos como fincas filiales, y 2) tan pronto los titulares elijan a las personas que estarán a cargo de la administración en una reunión extraordinaria que podrá convocar el titular que sometió el inmueble al régimen de propiedad horizontal una vez se haya segregado y enajenado más de la mitad de los apartamentos o un número de apartamentos suficientes para que al sumar los porcentajes de participación atribuibles a éstos el resultado exceda el 51 por 100.

En la reunión en que los titulares habrán de elegir las personas que ocuparán los cargos directivos, el titular o los titulares que hasta ese momento hayan estado al cargo de la administración deberán entregar al Consejo de Titulares los libros de cuentas de la comunidad debidamente auditados por un contador público autorizado independiente, así como todos los fondos de la comunidad que tengan en su poder.

Ningún contrato otorgado durante el periodo en que la administración del inmueble estuvo a cargo del titular que sometió el mismo al régimen de propiedad horizontal vinculará al Consejo de Titulares a menos que los titulares por voto mayoritario ratifiquen dicho contrato.

Este artículo se interpretará restrictivamente en protección de los derechos de los titulares.”

Ahora bien, como viene en resultar que el titular único o titulares todos que sometan el inmueble al régimen especial han de determinar en el reglamento que forma parte del régimen del inmueble (añadido o parte integrante de la escritura de constitución), el sistema de mayorías que la Ley permite fijar (187), esto es, una mayoría democrática o una mayoría

(187) “El Reglamento a que hace referencia el artículo 36 especificará cuál de las dos siguientes definiciones de mayoría regirá para el inmueble en cuestión:

a) La mitad más uno de los titulares.
b) La mitad más uno de los titulares cuyos apartamentos a su vez representen por lo menos el 51 por 100 de participación en los elementos comunes, de conformidad con los porcentajes asignados a los apartamentos según el artículo 8.

Del mismo modo, siempre que en esta Ley se haga referencia al Consejo de Titulares, se entenderá la totalidad de ellos, pero integrarán quórum para la adopción de acuerdos; la mayoría, según ésta, queda definida en el Reglamento, salvo los casos en que en esta Ley se disponga lo contrario.”

que, además, sea plutocrática, es muy sencillo para un constructor, promotor, etc., vender el 49 por 100 de los apartamentos a quienes han de ser comuneros y fingir una venta mediante testamento del 2 por 100, reservándose él el restante 49 por 100. Con ello queda asegurada la mayoría exigida por el artículo 36.A, párrafo tercero, y consiguiente aprobación de la gestión anterior.

Y si aquellos contratos se han incorporado al reglamento del inmueble, entonces es de aplicación el artículo 37, párrafo segundo (188), que reclama una mayoría de dos terceras partes (sea voto democrático, o democrático y plutocrático) para la modificación del citado reglamento.

Y no cabe confundir esa mayoría necesaria con aquella otra a que se refiere el artículo 38 de la Ley (189), pues ante el silencio de este precepto hay que entender lógicamente que la competencia del Consejo de Titulares para aprobar o enmendar el reglamento es por la mayoría determinada en el artículo 37 citado. Y esto es claro con sólo contrastar la otra mayoría (democrática o, además, plutocrática) a que se refiere el artículo 38, *a*), *b*) o *e*), que aluden a la mayoría estatuida para la administración regular del inmueble.

Por ello, ante tales situaciones, de muy poco sirve el párrafo último del artículo 36.A ("este artículo se interpretará restrictivamente en protección de los derechos de los titulares"), porque es la misma Ley quien impone la desprotección.

No se crea que el artículo 38.C.c) (190) es un arma en sentido contrario. Al revés. Puede el constructor astuto no solamente imponer sus contratos

(188) Artículo 37, párrafo segundo

"En cualquier momento, el titular único del inmueble o, si hubiere más de uno, las dos terceras partes de los titulares o de titulares y porcentajes de participación en los elementos comunes del inmueble, dependiendo de la definición de mayoría que rija para el inmueble, podrán modificar el Reglamento..."

(189) Artículo 38: "Corresponde al Consejo de Titulares:

"(.)

f) Aprobar o enmendar el Reglamento a que se refiere el artículo 36."

(190) Artículo 38.C "Los acuerdos del Consejo de Titulares se someterán a las siguientes normas

(...)

c) Cuando en una reunión convocada para enmendar el Reglamento no pueda obtenerse la aprobación de las dos terceras partes de todos los titulares, aquellos que debidamente citados no hubieren asistido serán notificados de modo fehaciente y detallado del acuerdo adoptado por la mayoría de los presentes, concediéndoseles un plazo de treinta (30) días, a contar desde dicha notificación, para manifestar en la misma forma su conformidad o discrepancia con el acuerdo tomado. Disponiéndose que el voto de aquellos titulares que no manifestaren su discrepancia dentro del plazo concedido se contará a favor del acuerdo. Dicho acuerdo será ejecutable tan pronto se obtenga la aprobación de las dos terceras partes de los titulares."

originales, sino incluso ratificarlos mediante el recurso a una convocatoria para enmendar el Reglamento, precisamente por no haberse desprendido todavía del porcentaje suficiente para impedir una mayoría en su contra (reunir a todos los titulares en horizontalidad es bastante difícil). Con lo que se daría una situación de *stoppel* en beneficio de los “terceros” contratantes con la comunidad. Nada digamos si el Tribunal Supremo sigue insistiendo en la “personalidad jurídica” del inmueble.

La otra vía, aparente, para evitar estas situaciones, determinada por el artículo 42, que adjudica competencia para impugnar aquellos acuerdos del Consejo de Titulares, de la Junta de Directores, así durante el período ordinario como en el de administración inicial, deviene en muy difícil de alcanzarse. Es verdad que “cualquier titular que estimase que el acuerdo, determinación, omisión o actuación en cuestión” *solamente* tiene que acreditar que dicho acuerdo es “gravemente perjudicial para él o para la comunidad de titulares”, porque nunca podrá demostrar que es “contrario a la Ley, a la escritura de constitución o al Reglamento a que hace referencia el artículo 36”, que son precisamente quienes permiten la situación. Y, realmente, un Juez que vea cómo “la mayoría” sensible acepta algo, difícilmente admitirá cualquier prueba ligera del perjuicio, que además solamente permite la impugnación cuando es “gravemente perjudicial”.

Pero es que, aparte lo dicho, antes de llegar al Juez habrá que pasar por la Administración, ya que la horizontalidad, con harta frecuencia, se da en edificios de vivienda, siendo competente el Departamento de Asuntos del Consumidor en todo caso de inmuebles en que al menos un solo apartamiento esté destinado a vivienda.

Nada se diga si por influjo del artículo 38.C.c) quienes callaron se estima que ratificaron, porque entonces aquellos contratos pueden considerarse aprobados por una mayoría abrumadora.

Con estas *garantías* para los adquirentes, la otra obligación del o de los administradores iniciales del inmueble queda limitada a la entrega de los “libros de cuentas de la comunidad, debidamente auditados y certificados por un contador público autorizado independiente, así como todos los fondos de la comunidad que tenga en su poder” (art. 36.A, párrafo 2.º).

Poco más aporta el Reglamento del Departamento de Asuntos del Consumidor relativo a condominios, pues las obligaciones que le especifica al administrador inicial o interino son las propias de todo administrador; pero no evita, naturalmente, pues iría contra la misma Ley especial el defecto de sustancia.

Pero hay más. Porque el Reglamento del Departamento de Asuntos del Consumidor, sección 14, c), determina que si aquel titular inicial vende “su participación en el condominio durante el período de administración

interina, quien compra dicha participación adviene administrador interino y con relación a los demás titulares del condominio asume todas las obligaciones, responsabilidades y derechos del previo administrador interino". De modo tal que los condómines pueden quedar subrogados automáticamente en lugar de aquél, estando vinculados por aquellos contratos que el mismo celebró en cuanto administradores asimismo interinos. Por ello, si convocada la reunión extraordinaria para poner fin a la administración interina deciden los condómines ignorar aquellos contratos, quedan automáticamente subrogados por haber sido administradores interinos, respondiendo por este concepto.

Evidentemente, con esta *protección* del legislador mal parados están los intereses de los comuneros. Es obvio que, también aquí, la Ley se pensó para beneficio de los vendedores. Y no es de extrañar que prácticamente todo el texto original de la Ley se haya mantenido igual, lo que no empece sus *insuficiencias*.

3. LA ADMINISTRACION REGULAR DEL INMUEBLE

Es evidente que el legislador, con una mentalidad claramente mercantilizada —en lo que ha recibido la ayuda de la jurisprudencia—, concibe la horizontalidad no como una forma de *convivencia*, sino casi como una organización mercantil, o, quizá, estaba más atento a los edificios multi-pisos dedicados a actividades de tal índole (ejercicio de actividades profesionales, comerciales, etc.). Porque hasta en la estructuración de los órganos que gestionan el inmueble parece que está instrumentando una corporación, al menos en las expresiones.

A) ORGANOS DE ADMINISTRACIÓN

La Ley instrumenta dos órganos de administración, correspondientes *mutatis mutandi*, con un organismo deliberante y otro ejecutivo. El primero se integra por todos los condómines reunidos en *Consejo de Titulares*, y el segundo por una persona o serie de personas pertenecientes a la horizontalidad, que son el *Director* o la *Junta de Directores*.

B) EL CONSEJO DE TITULARES

El Consejo de Titulares se integra por la totalidad de los partícipes en la comunidad, y a dicha totalidad deben entenderse las alusiones que hace

el texto legal al Consejo mismo, salvo expresa disposición en contrario (art. 21, párrafo 2.º, de la Ley).

a) *Competencia*

Las facultades del Consejo de Titulares vienen señaladas en el artículo 38 de la Ley, a cuyo tenor:

“Corresponde al Consejo de Titulares:

a) Elegir, por voto afirmativo de la mayoría, las personas que habrán de ocupar los siguientes cargos:

1. El Director o la Junta de Directores, quien o quienes necesariamente pertenecerán a la comunidad de titulares. El Director o los miembros de la Junta de Directores que los titulares designen actuarán como Presidente y Secretario del Consejo. El Presidente representará en juicio y fuera de él a la comunidad en los asuntos que la afectan y presidirá las reuniones del Consejo. El Secretario llevará, certificará y custodiará las actas en que consten los acuerdos del Consejo.

2. El agente administrador, quien podrá no pertenecer a la comunidad y en quien el Director o la Junta de Directores podrán delegar las facultades y deberes que les permita delegar el Reglamento.

Salvo que el Reglamento disponga otra cosa, estos nombramientos serán por un año, prorrogable tácitamente por períodos iguales.

b) Conocer las reclamaciones que los titulares de los apartamentos formulen contra los aludidos en el inciso anterior y removerlos, en todo caso, por acuerdo mayoritario tomado en reunión extraordinaria convocada al efecto.

c) Aprobar el plan de gastos e ingresos previsibles para el próximo año fiscal y el estado de cuentas correspondientes al año que finaliza.

d) Aprobar la ejecución de obras extraordinarias y de mejoras y recabar fondos para su realización.

e) Imponer mediante el voto afirmativo de la mayoría de los titulares una cuota especial: 1) al titular del apartamento cuyos ocupantes o visitantes, sin impedir o estorbar el legítimo derecho de los demás titulares, regularmente hagan un uso tan intenso de cualquier elemento común que los gastos de operación, mantenimiento o reparación de dicho elemento común sobrepasen los que razonablemente deban incurrirse en el uso normal y corriente de la referida facilidad, y 2) al titular del apartamento

que por la naturaleza de la actividad que legítimamente lleva a cabo en su apartamento, conforme al destino que le ha sido asignado al mismo en la escritura de constitución ocasione unos gastos comunes mayores a los que habría que incurrir si en el apartamento en cuestión no se llevase a cabo la referida actividad. La cantidad impuesta para cubrir el importe del exceso de gastos de referencia se añadirá y será exigible como parte de los gastos comunes atribuibles a dicho apartamento.

f) Aprobar o enmendar el reglamento a que se refiere el artículo 36.

g) Entender y decidir en los demás asuntos de interés general para la comunidad y acordar las medidas necesarias y convenientes para el mejor servicio común.”

b) *Funcionamiento*

1) *Convocatoria*.—Dispone el artículo 38.A de la Ley que “el Consejo de Titulares se reunirá por lo menos una vez al año para aprobar los presupuestos y cuentas y en las demás ocasiones que convoque el Presidente o la quinta parte de los titulares o un número de éstos cuyos apartamentos representen al menos el veinte por ciento de los porcentajes de participación en los elementos comunes.

La convocatoria estará firmada por la persona o personas que convoquen, e indicará los asuntos a tratar, hora, día y lugar de la reunión. Las citaciones se harán por escrito, entregándose en el apartamento perteneciente a cada titular o por medio de carta certificada dirigida a la dirección que a esos fines haya designado el titular que no resida en su apartamento.

La citación para la reunión ordinaria anual, cuya fecha se fijará en el Reglamento, se hará cuando menos con diez días de antelación, y para las extraordinarias, con la que sea posible para que pueda llegar a conocimiento de todos los interesados.

El Consejo podrá reunirse válidamente aun sin convocatoria siempre que concurren la totalidad de los titulares y así lo decidan.

No será necesaria la celebración de una reunión del Consejo de Titulares para determinado propósito si todos los titulares con derecho a votar en dicha reunión renunciaren a la referida reunión y consintieren por escrito a que se tome la acción propuesta”.

2) *Asistencia, quórum, votación*.—De conformidad con el artículo 38.B, la asistencia, voluntaria obviamente, debe ser personal (salvo las excepciones de representación necesaria o por apoderado o mandatario, siendo suficiente para tal acreditación un escrito informal firmado por el titular). Si el titular lo fuese una persona jurídica, ésta asistirá por medio

de sus órganos correspondientes (191). Si el apartamento perteneciese a dos o más copropietarios, intervendrán mediante “una sola persona para que represente a la comunidad” (art. 38.B, párrafo 4.º, de la Ley).

Si se tratase de un apartamento concedido en usufructo, está legitimado para asistir el nudo propietario, “quien salvo manifestación en contrario se entenderá representado por el usufructuario, debiendo ser expresa y por escrito la delegación cuando se trate de acuerdos que requieran la unanimidad de los titulares o de obras extraordinarias o de mejora” (art. 38.B, párrafo 5.º).

El voto por delegación queda limitado a la que se ostente por un solo titular (art. 38.B, párrafo 5.º, proposición última).

El quórum o asistencia mínima suficiente para tomar acuerdos eficaces se concreta inicialmente a la mayoría, según se determine ésta en el Reglamento, ante las dos posibilidades ofrecidas por el artículo 21, párrafo primero (art. 22, párrafo 2.º); esto es, la mitad más uno de los titulares o la mitad más uno de los titulares cuyos apartamentos, a su vez, representen por lo menos el 51 por 100 de participación en los elementos comunes del inmueble, de conformidad con los porcentajes asignados a los apartamentos según el artículo 8.

Este quórum, imperativo para la primera convocatoria, queda limitado a los presentes en segunda convocatoria [art. 38.C.a)].

Cada titular —dispone el art. 38.B, párrafo 2.º— tendrá derecho a un voto, irrespectivamente del número de apartamentos de que es propietario, para efectos del cómputo de mayoría numérica de titulares, y/o derecho al voto con arreglo al porcentaje correspondiente a su apartamento

(191) Artículo 38.B: “La asistencia a las reuniones del Consejo de Titulares será personal o por representación legal o voluntaria, bastando para acreditar esta última un escrito firmado por el titular.

Cada titular tendrá derecho a un voto, irrespectivamente del número de apartamentos de que es propietario, para efectos del cómputo de mayoría número de titulares y/o derecho al voto con arreglo al porcentaje correspondiente a su apartamento para los efectos del cómputo de mayoría de porcentajes, dependiendo de la definición del concepto de mayoría que rija para el inmueble.

Cuando uno o más apartamentos pertenecieran a una persona jurídica, ésta designará a uno de los oficiales para que asista a las reuniones y ejercite el derecho al voto que le corresponda.

Si algún apartamento pertenece *pro indiviso* a diferentes propietarios, éstos nombrarán a una sola persona para que represente a la comunidad.

Si el apartamento se hallare en usufructo, la asistencia y el voto corresponden al nudo propietario, quien salvo manifestación en contrario se entenderá representado por el usufructuario, debiendo ser expresa y por escrito la delegación cuando se trate de acuerdos que requieran la unanimidad de los titulares o de obras extraordinarias o de mejora. Ninguna persona podrá ejercitar el derecho al voto por delegación en representación de más de un titular.”

para efectos del cómputo de mayoría de porcentajes, dependiendo de la definición del concepto de mayoría que rija para el inmueble.

3) *Toma de decisiones. Criterios determinantes.*—El escaso rigor técnico jurídico con que se redactó la Ley reformadora del régimen de horizontalidad, puede explicar la diversidad de criterios contenidos en la misma para la toma de decisiones, que no corren por caminos diferenciadores de cuáles actos son de administración y cuáles de disposición. Muy por el contrario, igual puede reclamarse la unanimidad de todos (arts. 9, párrafo segundo, y 16), la unidad de algunos (art. 37, párrafo segundo), cuando no la unanimidad de todos y de algunos más (art. 32.A, párrafo segundo, respecto del art. 21, párrafo segundo (192).

(192) Artículo 9, párrafo segundo “La hipoteca de elementos comunes de un inmueble constituido en régimen de propiedad horizontal sólo podrá verificarse (*sic*) mediante acuerdo unánime de todos los titulares.”

Artículo 16, párrafo segundo “Para toda otra obra que afecte a los elementos comunes del inmueble requerirá el consentimiento unánime de todos los titulares.”

Artículo 37, párrafo segundo: “En cualquier momento, el titular único del inmueble o, si hubiere más de uno, las dos terceras partes de los titulares podrán modificar el Reglamento, pero siempre deberá quedar regulado cada extremo de los comprendidos en este artículo. La modificación no surtirá efecto mientras no se haga constar en la escritura pública y, además, se inscribirá en el registro particular de la finca matriz, dejándose archivada en el Registro de la Propiedad copia certificada, según dispone el artículo 36.”

Artículo 32 A “A menos que la escritura matriz, el Reglamento del inmueble o la Administración de Reglamentos y Permisos específicamente lo prohíban, los apartamentos y sus anejos podrán ser objeto de división material, mediante segregación, para formar otra u otras unidades susceptibles de aprovechamiento independiente o podrán ser aumentados por agrupación de otras partes colindantes del mismo inmueble, pero ninguna segregación o agrupación así realizada tendrá el efecto de variar el destino o uso dispuesto en la escritura matriz para el apartamento o apartamentos que quedaren modificados.

En tales casos se requerirá además el consentimiento de los titulares afectados y la aprobación del Consejo de Titulares, correspondiéndole al Director o a la Junta de Directores la fijación de los porcentajes o cuotas de participación, con sujeción a lo dispuesto en el artículo 8, y sin alterar los porcentajes correspondientes a los restantes titulares. La nueva descripción de los apartamentos afectados, así como los porcentajes correspondientes, deberán consignarse en la escritura pública de segregación o agrupación que se otorgue, la cual no surtirá su efecto hasta tanto no se inscriba en el Registro particular de cada una de las fincas filiales afectadas, dejándose copia certificada archivada en el Registro de la Propiedad, unida a la escritura matriz. A dicha copia certificada se unirá un plano, certificado por un ingeniero o arquitecto, autorizado para la práctica de su profesión en Puerto Rico, que de modo gráfico indique claramente los particulares del apartamento o apartamentos según resulten modificados. Cuando se trate de una segregación, dicho plano deberá también aparecer aprobado y certificado por la Administración de Reglamentos y Permisos.”

Artículo 21, párrafo segundo: “Del mismo modo, siempre que en esta Ley se haga referencia al Consejo de Titulares se entenderá la totalidad de ellos, pero integrarán quórum para la adopción de acuerdos; la mayoría, según ésta, queda definida en el Reglamento, salvo los casos en que en esta Ley se disponga lo contrario ”

En general, *se exige unanimidad* para:

- 1.º Alterar el uso fijado en la escritura matriz para el inmueble (art. 2, párrafo tercero).
- 2.º La imposible hipoteca sobre los elementos comunes (art. 9, párrafo segundo).
- 3.º Configurar como elementos privativos los que, salvo pacto en contrario, serían comunes [art. 11.c), d) y g)].
- 4.º Calificar como elementos comunes limitados los que, en defecto de tal pacto, se estimarían comunes generales (art. 12).
- 5.º Construcción de nuevos pisos, sótanos o excavaciones, o realizar obras que afecten a la seguridad, solidez y conservación del edificio (art. 18).
- 6.º Agregaciones de nuevos pisos o de terrenos colindantes, para integrarlos como elementos comunes (art. 31).
- 7.º Segregaciones de terreno común (art. 32).
- 8.º División material y agrupación de elementos privativos, que reclama el consentimiento del Consejo de Titulares y, además, el de los titulares afectados (art. 32.A, párrafo segundo, respecto del párrafo primero y 21, párrafo segundo).
- 9.º Renunciar al régimen de horizontalidad (art. 34).
10. Impedir la distribución de cuotas percibidas por seguro, en caso de siniestro que afectase a más de tres cuartas partes del inmueble (art. 44, párrafo segundo).
11. Aprobar el plan de gastos e ingresos previsibles para el próximo año fiscal y el estado de cuentas correspondiente al año que finaliza [art. 38.c)].
12. Aprobar la ejecución de obras extraordinarias y de mejoras y recabar fondos para su realización [art. 38.d)] (193).

(193) Que se requiera unanimidad en las hipótesis del artículo 38 c) y d) no debe extrañar, pues en ambos casos caben actos claramente dispositivos; lo son, ciertamente, las obras extraordinarias —no urgentes, art. 17— y puede serlo un plan de gastos e ingresos —que podría referirse a aquéllas—. Si el artículo 38 concreta cuando se reclama mayoría, *inclusus unus exclusus alterius*, donde calle debe entenderse la unanimidad. De otra forma, como el artículo 38 f), no precisa, habría que —por aplicación de igual criterio ante los apartados c) y d)— estimar que la simple mayoría puede aprobar o enmendar el Reglamento que ha de acompañar a la escritura de constitución.

Lo mismo ocurre en la comunidad de bienes, en que los actos de disposición (art. 331) requieren unanimidad, a diferencia de la mera administración, que se rige por la mayoría (art. 332). Por aquello, los gastos de conservación son ineludibles al trascender a la existencia y subsistencia del objeto (art. 329), estando incluso prohibida la división que implique inutilidad del bien (art. 335).

13. Incidentalmente, para reunirse en Consejo, sin convocatoria, siempre que concurren la totalidad de los titulares (art. 38.A, párrafo cuarto).

14. Aprobar o enmendar el reglamento a que se refiere el artículo 36 [(art. 38.f)].

Se reclama unanimidad de los afectados para alterar en la hipótesis del artículo 45, párrafo primero, a cuyo tenor: "Cuando el inmueble no estuviere asegurado o la indemnización del seguro no alcanzare para cubrir el valor de lo que deba reconstruirse, el nuevo costo de edificación será abonado por todos los titulares a quienes afecte directamente el daño, en proporción al porcentaje de sus respectivos apartamentos; y si alguno o varios de aquéllos que integren la minoría se negaren a ello, la mayoría podrá hacerlo a expensas de todos, en cuanto las obras les benefician, tomando el acuerdo oportuno, que fijará los particulares del caso e inclusive el precio de las obras con intervención del Consejo de Titulares.

"Lo dispuesto en este artículo podrá variarse por acuerdo unánime de los interesados, adoptado con posterioridad a la fecha en que ocurriere el siniestro".

Se requiere mayoría absoluta, de dos tercios:

1.º Para modificar el Reglamento, cuando hubiese más de un titular (art. 37, párrafo segundo).

2.º Para esa misma modificación, cuando no habiendo mayoría suficiente entre los asistentes, sean notificados los ausentes de modo fehaciente y detallado del acuerdo adoptado por la mayoría de los presentes, si luego de transcurridos treinta días desde la notificación, no manifestaren discrepancia [art. 38.C.c)] (193 bis).

En lo demás, es suficiente con adoptar la decisión por mayoría; la reglamentariamente determinada. Si bien, la Ley hace expresa referencia a la misma, para:

1.º Acordar las obras necesarias para la conservación del inmueble y para el uso eficaz de los elementos comunes (art. 16).

2.º Elegir las personas que habrán de ocupar los cargos de Director o Junta de Directores y el agente administrador, en su caso [art. 38.a)].

(193 bis) Ninguna relación guardan estas modificaciones del Reglamento, ya existente la *horizontalidad*, con la aprobación o enmienda del Reglamento que, acompañando a la escritura de constitución, fijará el régimen del inmueble.

Lo que no tiene sentido es que siendo ese Reglamento del artículo 37 expresión de actos administrativos, quede sometido a un criterio de sensible mayoría. La única razón que lo explica es claramente dificultar el ataque a aquellos "contratos de administración".

3.º Conocer las reclamaciones que los titulares de los apartamentos formulen contra los antes mencionados [art. 38.b)].

4.º Imponer una cuota especial, al titular del apartamento cuyos ocupantes o visitantes hagan un uso intenso de algún elemento común, cuyos gastos sobrepasen los normales [art. 38.e), proposición primera]; o al titular que, por la actividad que se realice en el elemento privativo ocasione gastos comunes mayores a los que se provocarían de no existir tal actividad [art. 38.e), proposición segunda].

5.º Habiendo mayoría de presentes, pero no los dos tercios requeridos para aprobar el Reglamento, notificar fehacientemente a los ausentes del acuerdo tomado, a efectos de, si no hubiere suficiente oposición o respuesta, contabilizar tales ausencia o silencio como votos positivos [art. 38.C.c)].

6.º Asegurar el inmueble contra riesgos (art. 43).

7.º Incidentalmente, para ratificar los contratos otorgados durante el período de que la administración del inmueble fuere con carácter inicial (art. 36, párrafo tercero); y

8.º Con mayoría de los afectados solamente, para decidir la reconstrucción del inmueble, o no, en caso de siniestro.

c) *Legitimación*

Aunque el Consejo, en sí mismo considerado, carece de legitimación, ésta va referida en la Ley a la persona de su Presidente, quien “representará en juicio y fuera de él a la comunidad en los asuntos que la afecten”, aparte de presidir las reuniones [art. 38.a).1, proposición tercera].

Naturalmente, se trata de una situación de representación necesaria, que no habilita, sin embargo, a la persona del Presidente para tomar decisión alguna, la cual queda en todo caso sometida a los criterios mayoritarios correspondientes.

Y, aparte esta legitimación, por parte alguna determina la Ley una posible personalidad jurídica en el régimen de horizontalidad. Legitimación, además, determinada solamente, y como es natural ante toda situación de comunidad, para beneficio de terceros, quienes tienen una persona concreta a quien dirigirse, como instrumento de canalización de relaciones, sin mayor trascendencia; ya que el Presidente carece de facultades de clase alguna para asumir decisiones. Recibirá las demandas, pero no podrá decidir respecto de ellas; demandará, si tiene poder suficientemente acreditado por el oportuno acuerdo de los titulares; carece de facultad para transigir, etc.

Como se ve, pues, la pretendida personalidad jurídica queda reducida

a una simple expresión jurisprudencial, dado que ese *sujeto de derecho* no surge con facultades para hacer absolutamente nada, salvo servir de posta.

d) *Responsabilidad*

El Consejo de Titulares (esto es los condómines, en cuanto organismo asambleario), tiene asignadas en la Ley concretas funciones e inherentes responsabilidades, debiendo diferenciar las referidas a los condómines mismos, así en cuanto partícipes de la comunidad como en su carácter individual, y las relativas a terceros.

1) *Respecto de los condómines*.—La Ley, en el artículo 38.g), atribuye al Consejo “entender y decidir en los (...) asuntos de interés general para la comunidad, y acordar las medidas necesarias y convenientes para el mejor servicio en común”. Por ello, siempre conforme a las normas de Derecho, equidad y buena convivencia (art. 42, párrafo cuarto), ha de asumir aquella función, adoptando las decisiones adecuadas; por ello exigiendo a los condómines la plena realidad de los mandatos impuestos en los artículos 14 (uso adecuado de los elementos comunes del inmueble) y 15 (uso de los elementos privativos, asunción de cargas por gastos comunes y acatar las disposiciones administrativas legales, escrituradas o reglamentarias) (cfr. *Pedro Ortiz Alvarez*, por *DACO vs. Junta de Condómines del Condominio Martí*, CA, 88-110).

2) *Respecto de terceros*.—En este tema, como era de esperarse, la Ley es sumamente parca. En concreto, hace referencia a personas ajenas a la comunidad en los artículos 15 (prohibiendo a los condómines un uso del apartamento que perturbe la tranquilidad de los demás cotitulares o *vecinos*, e imponiendo al propietario del apartamento responsabilidad por los actos de sus ocupantes, en general: apartados *b)* y *f)* respectivamente); 15.A, párrafo segundo (imponiendo al titular la obligación de notificar las generales de un cesionario y haciendo responsable al cedente del fiel cumplimiento por parte del arrendatario de las obligaciones de uso y disfrute inherentes a este contrato); 38.*b)* (por referencia a las facultades de remoción del Administrador, quien no puede ser calificado, en puridad, de tercero), y 37.*c)* (imponiendo, en general, el preceptivo contenido reglamentario relativo al cuidado, atención y vigilancia de los elementos comunes del inmueble, en tanto en cuanto su infracción puede generar algún daño a tercero) (194).

(194) Artículo 15.*b)*: “Ningún ocupante del apartamento producirá ruidos o molestias ni ejecutará actos que perturben la tranquilidad de los demás titulares o vecinos.”

Ciertamente, dada la función de vigilancia y cuidado respecto de los elementos comunes del inmueble, es indudable, que el Consejo de Titulares, en cuanto tal, puede ser responsable por daños extracontractuales que algún elemento común pueda significar para un tercero. Lo que no cabe (frente a la posición de algún autor), es pretender que exista una responsabilidad primaria de ese Consejo de Titulares por actos de un condómine, al modo como se pauta la responsabilidad por custodia de los artículos 1.810 y similares del Código Civil. De un lado, porque las obligaciones legales no son extensibles por analogía (art. 1.043 CC); y, además, porque en nada se parece la responsabilidad vicaria, en los supuestos en que se reconoce, a las situaciones fácticas de la horizontalidad. Si un cotitular genera un daño, él será responsable; si el daño surge de los elementos privativos, lo será el titular de éstas.

Igualmente, no es dable pretender ninguna particularidad en tema de responsabilidad contractual. Los sujetos que contratan con el Consejo de Titulares (bien directamente, bien por medio del Presidente, o del personal administrativo contratado), no presentan alteración alguna de las reglas generales de vinculación negocial.

Naturalmente, bajo el esquema de una pretendida personalidad jurídica del inmueble, las soluciones serían otras. Pero ya se ha defendido aquí la imposibilidad de sustentar, con las normas en la mano, tal conceptualismo jurisprudencial, vacío de todo contenido.

C) EL DIRECTOR O LA JUNTA DE DIRECTORES

El artículo 37 de la Ley, determina, en su apartado *a*), como contenido obligatorio del Reglamento, la forma de administración del inmueble, “indicándose si estará a cargo de un Director o de una Junta de Directores,

Artículo 15 *f*). “Todo titular deberá observar la diligencia debida en el uso del inmueble y en sus relaciones con los demás titulares, y responderá ante éstos por las violaciones cometidas por sus familiares, visitas o empleados y, en general, por las personas que ocupen su apartamento por cualquier título, sin perjuicio de las acciones directas que procedan contra dichas personas.”

Art. 15.A, párrafo segundo. “En caso de venta, cesión o arrendamiento del apartamento el titular deberá ponerlo en conocimiento del Director o la Junta de Directores, con expresión del nombre, apellidos, generales y de dirección del adquirente o del arrendatario en su caso. Además, deberá exigir al adquirente la expresión de que conoce y observará plenamente los preceptos de esta Ley, el Reglamento y demás bases del régimen de la propiedad horizontal en la escritura en que conste la transferencia o en el contrato de arrendamiento en su caso

El titular arrendador seguirá siendo el responsable exclusivo de las contribuciones para los gastos comunes y además responderá del cumplimiento de esta Ley y del Reglamento por parte del arrendatario.”

con expresión de sus facultades, remoción y, en su caso, remuneración. Deberá especificarse cuáles, si algunas, de sus facultades y deberes, podrá delegar el Director o la Junta de Directores a un Agente Administrador”.

Aparentemente, el precepto es *ius cogens*, dada la fórmula que emplea: es obligatorio señalar la forma de administración, si será a cargo de una persona, el Director, o de un grupo, la Junta de Directores. Naturalmente, nada impide que ese Director lo sea el Presidente, o cualquier cotitular en la horizontalidad. De donde el carácter aparentemente vinculante del precepto se disuelve. Es obvio, que la norma está pensada para concretos edificios, más mercantiles que civiles. Por ello, este órgano ejecutivo puede surgir del mismo Consejo de Titulares, que es lo normal y frecuente, como una expresión reducida de dicho Consejo, y sometida a su control. Es la idea que, asimismo, surge ante la lectura del artículo 38.a).1, cuando concibe al Director o a la Junta de Directores como, necesariamente, adscritos personalmente a la comunidad de titulares. La única particularidad es, que, tanto si el organismo es unipersonal como colegiado, surgen dos funciones, la de Presidente y la de Secretario, que parecen poder unificarse en un mismo individuo, lo que no tiene gran sentido. En efecto, indica el precepto citado, que: “... El Director, o los miembros de la Junta de Directores que los titulares designen actuarán como Presidente y Secretario del Consejo. El Presidente representará en juicio y fuera de él a la comunidad en los asuntos que la afecten y presidirá las reuniones del Consejo. El Secretario llevará, certificará y custodiará las actas en que consten los acuerdos del Consejo”.

Naturalmente, la pésima redacción del precepto —característica de toda la Ley, que abunda en oscura redacción, quizá para proteger ocultos intereses—, parece cruzar ideas entre el Consejo de titulares, con Presidente y Secretario y una Junta de Directores o un Director que sea al tiempo Presidente y Secretario.

De otro lado, sin embargo, los artículos 38.D y 38.E, están redactados pensando en un organismo colegiado (la Junta, aunque aluda indistintamente a un Director, sin más), en que el Secretario “certificará conjuntamente con el Presidente las actas de cada reunión” del Consejo de Titulares [art. 38.E.b)], idea que reitera el artículo 38.C, al referirse a las actas en que han de constar los acuerdos del Consejo, que “serán firmadas al final de su texto por el Presidente y el Secretario” [art. 38.C.e)].

Sea, pues, unipersonal o colegiado el organismo, cabe diferenciar en el Director o Junta de Directores, dos funciones: la presidencial y la secretarial o de fedación.

Al Director corresponde:

“a) Atender todo lo relacionado con el buen gobierno, administra-

ción, vigilancia y funcionamiento del régimen, y en especial lo relativo a las cosas y elementos de uso común y los servicios generales y hacer a estos efectos las oportunas advertencias y apercibimientos a los titulares.

b) Preparar con la debida antelación y someter al Consejo el presupuesto anual de gastos previsibles y de ingresos, fijando la contribución proporcional que corresponda a cada titular.

c) Dirigir los asuntos financieros concernientes a las recaudaciones y pagos y anotar detalladamente en un libro las partidas de ingresos y gastos que afecten al inmueble y a su administración, fijándoles por orden de fecha y especificando los gastos de conservación y reparación de los elementos comunes y tener disponibles para su examen por todos los titulares en días y horas hábiles que se fijarán para general conocimiento tanto del libro expresado como los comprobantes acreditativos de las partidas anotadas.

d) Cobrar a los titulares las cantidades con que deben contribuir a los gastos comunes y realizar los demás cobros y pagos que sean necesarios, extendiendo los correspondientes recibos y cheques.

e) Abrir una cuenta bancaria a nombre de la comunidad de condómines, en la cual depositará todos los ingresos del régimen, realizando los depósitos dentro del término de su recibo que fije el Reglamento; girar cheques contra dicha cuenta para realizar todos los pagos que sean necesarios, cuidando de no extenderlos al portador y que cada uno tenga su comprobante o recibo correspondiente.

f) Someter para la aprobación del Consejo el estado de cuentas correspondiente al año que finaliza. El estado de cuentas deberá indicar la cantidad total recibida por concepto de cuotas para gastos comunes y por otros conceptos, un desglose por partidas de todos los gastos incurridos, la remuneración percibida por el agente administrador (si alguna), las cuentas a cobrar por concepto de gastos comunes y por otros conceptos, balance para el próximo año y la cantidad disponible por concepto de fondo de reserva. El Director o la Junta de Directores será responsable de hacer que se notifique una copia del estado de cuentas a todo titular con quince (15) días de antelación, por lo menos, a la fecha en que se celebre la reunión ordinaria anual.

g) Atender a la conservación del inmueble y disponer las reparaciones ordinarias, y en cuanto a las extraordinarias, adoptar las medidas necesarias dando inmediata cuenta al Consejo.

h) Llevar el libro de propietarios, en el cual se anotarán los nombres y demás datos de los titulares de los apartamentos, así como las sucesivas transferencias o arrendamientos que ocurran en relación a esas unidades.

i) Cumplir y hacer cumplir las disposiciones de esta Ley, del Reglamento y los acuerdos de Consejos de Titulares.

j) Aumentar o disminuir las cuotas para gastos comunes y cubrir las vacantes de miembros de la Junta de Directores sujeto a revocación del Consejo de Titulares.

k) Todas las demás que se le sean asignadas por el Reglamento o por el Consejo de Titulares" (art. 38.D).

Por su parte, el Secretario tendrá los siguientes deberes y facultades:

a) Redactará las convocatorias a las reuniones del Consejo y notificará las citaciones en la forma dispuesta en el artículo 38.A.

b) Redactará las actas de las reuniones del Consejo en el libro correspondiente.

c) Certificará conjuntamente con el Presidente las actas de cada reunión.

d) Expedirá con vista al libro de actas las certificaciones que fueren necesarias, con la aprobación del Director o de la Junta de Directores.

e) Comunicará a los titulares ausentes todas las resoluciones adoptadas en la forma que esta Ley dispone para la notificación de las citaciones a las reuniones del Consejo y dentro del término que disponga el Reglamento.

f) Custodiará a disposición de los titulares toda la documentación concerniente a las reuniones del Consejo.

g) Todas las demás funciones y atribuciones que lógicamente sean de su competencia, por la naturaleza y cargo, y aquellas que le sean asignadas por el Reglamento o Consejo de Titulares" (art. 38.E).

EDUARDO VÁZQUEZ BOTE

Profesor de la Universidad de Puerto Rico

Líneas fundamentales de la nueva Ley de Amparo de Nicaragua

SUMARIO I. SUPREMACIA DE LA CONSTITUCION. A) CONCEPTO — B) CON-
DICIONES PARA EL FUNCIONAMIENTO DEL ESTADO DE DERECHO.—II. LA JUSTICIA
CONSTITUCIONAL.—III. CREATIVIDAD DE LA JUSTICIA CONSTITUCIO-
NAL.—IV. LAS CUESTIONES DE LA LEGITIMIDAD DEMOCRATICA Y
LA NECESIDAD DE LA JUSTICIA CONSTITUCIONAL.—V. SISTEMAS DE
CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD DE LAS LEYES: A) LOS DOS GRAN-
DES SISTEMAS JUDICIALES —B) LOS CASOS ESPECIALES DE FRANCIA E INGLATE-
RRA —C) BASES FUNDAMENTALES DEL SISTEMA DIFUSO.—D) INCONVENIENTES DEL
SISTEMA DIFUSO —E) CREACIÓN Y BASES DEL SISTEMA AUSTRIACO —F) DIFERENCIAS
FUNDAMENTALES DE AMBOS SISTEMAS —G) ACERCAMIENTO ENTRE ELLOS.—H) BREVE
REFERENCIA AL SISTEMA ALEMÁN ITALIANO Y ESPAÑOL —I) NUESTRA CLASIFICA-
CIÓN.—VI. UNIDAD DEL AMPARO —VII. VIAS PARA PROMOVER LA IN-
CONSTITUCIONALIDAD DE LA LEY, DECRETO-LEY, DECRETO O RE-
GLAMENTO —VIII. RECURSO POR INCONSTITUCIONALIDAD A) MATE-
RIA DEL RECURSO.—B) COMPETENCIA.—C) CAPACIDAD PROCESAL —D) LEGITIMA-
CIÓN ACTIVA —E) LEGITIMACIÓN PASIVA —F) PROCEDIMIENTO.—G) EFECTOS.—
IX. INCONSTITUCIONALIDAD EN CASOS CONCRETOS —X. EL AMPA-
RO: A) MATERIA DEL AMPARO.—B) LEGITIMACIÓN ACTIVA.—C) LEGITIMACIÓN PASI-
VA.—D) COMPETENCIA —E) PROCEDIMIENTO —F) EFECTOS —XI. EL RECURSO
DE EXHIBICION PERSONAL: A) MATERIA.—B) LEGITIMACIÓN ACTIVA —C) LE-
GITIMACION PASIVA.—D) COMPETENCIA.—E) PROCEDIMIENTO.

I. SUPREMACIA DE LA CONSTITUCION

A) CONCEPTO

El poder constituyente originario (1) emite (2) la Constitución en la que se organizan los poderes del Estado y se consagran los derechos individuales, políticos y sociales. Para realizar tan trascendental tarea

(1) En la doctrina se distingue entre poder constituyente y poderes constituidos. El

tendrá que recoger las realidades sociales, económicas y políticas, los valores más permanentes y arraigados la manera de ser y querer del pueblo para que la Constitución legal sea el reflejo de la real.

La Constitución es fundamental y superior. Lo primero porque sienta las bases esenciales del Estado y los derechos básicos del individuo y de la sociedad. Lo segundo es porque es la Ley de mayor jerarquía del Estado, la que representa la superlegalidad.

Dentro del orden jerárquico de las Leyes es la que ocupa el más alto rango, la Ley suprema, la super-Ley, la Ley de las Leyes como se le denomina. La Constitución y las Leyes constitucionales encabezan tal orden, siguen las Leyes, los Decretos legislativos y los Decretos con fuerza de Ley del ejecutivo, después los reglamentos y Decretos o acuerdos ejecutivos, continúan los acuerdos o resoluciones municipales y por último los casos en que se concretan las normas abstractas (resoluciones administrativas, sentencias judiciales, etc.). Estos casos concretos reciben los efectos de la actuación de la Ley y constituyen el límite inferior porque son los actos finales en la ejecución de la norma; y la Constitución, junto con las

primero es el encargado de estructurar el Estado y reconocer los derechos fundamentales por medio de la Constitución. Los segundos son los poderes u órganos creados por el poder constituyente para desarrollar los fines del Estado (poder ejecutivo, poder legislativo, etc.). A su vez, el poder constituyente se divide en originario y derivado (instituido). El primero es el encargado de hacer la Constitución y no tiene límites en cuanto al procedimiento que debe seguir para su elaboración, pero sí los tiene dentro del ámbito sustantivo, ya que no puede apartarse de las aspiraciones, ansias, derechos y realidades del pueblo, aunque fuera de ellos tiene libertad amplia. A este poder no se le puede imponer, por los poderes constituidos o por pactos de partidos, los principios en que debe estar inspirada la nueva Constitución, como ha sucedido en muchas ocasiones en nuestro país a través de pactos políticos partidistas (CHAMORRO-SOMOZA y AGUERO-SOMOZA). Puede surgir a raíz de un golpe de Estado o revolución mediante la convocatoria posterior a una Asamblea constituyente o bien por procedimientos pacíficos contemplados en la propia Constitución. El segundo, o sea, el poder constituyente derivado, es el encargado de hacer las reformas a la Constitución. Generalmente se le inviste de poder constituyente derivado a la Asamblea o Congreso ordinario, y en los sistemas semidirectos puede ser sometida la reforma a un referéndum. Cuando es el legislativo el encargado de hacer la reforma, puede tomar diferentes formas: Congreso en pleno (reunión de las dos Cámaras), las Cámaras ordinarias previamente renovadas al efecto mediante elección, las legislaciones ordinarias mediante procedimientos y condiciones especiales, como sucede en la Constitución sandinista. Algunos autores le niegan el carácter de poder constituyente a la Asamblea o Congreso ordinario facultado para hacer la reforma (cfr. *infra*, nota 8, R. CHAMORRO MORA, *Las constituciones políticas de Nicaragua*, Universidad Centroamericana, Managua).

(2) La titularidad de la soberanía se confunde con la titularidad del poder constituyente. Así, la puede tener el rey en las monarquías absolutas, las clases privilegiadas en la aristocracia, el pueblo y el rey en las monarquías constitucionales y el pueblo en la democracia. Por lo expuesto es posible contemplar en el Derecho comparado Constituciones denominadas otorgadas, porque es el monarca el que las da obedeciendo a su exclusiva voluntad, limitando así su poder.

Leyes constitucionales, el límite superior, pues no existe otra norma suprema que sobre ella prevalezca (3).

La Constitución le comunica unidad y validez formal al ordenamiento jurídico: la Ley ordinaria tiene que ajustarse a la Constitución, el reglamento a la Ley y la sentencia y demás actos concretos a las normas que los regulan. Sólo la Constitución no tiene sobre sí una norma superior; las demás normas se ajustan a la superior, pues ésta es condicionante de la inferior.

El principio de la supremacía de la Constitución tiene, entre otras, las consecuencias siguientes:

a) La Constitución no puede ser reformada por la Ley ordinaria. Aquí no opera el principio de que la Ley posterior deroga (expresa o tácitamente) a la anterior, aplicable a las normas de igual rango o cuando la posterior es de superior jerarquía, consagrado en los artículos 34, 35 y

(3) Sobre la Constitución no existe una norma superior que la condicione; pero el poder constituyente de donde emana, tal como lo expusimos en la nota número 1, tiene límites; las aspiraciones y realidades sociales, políticas y económicas, y el respeto a los derechos fundamentales no son limitaciones jurídicas, sino extrajurídicas. Sin embargo, pueden servir para apreciar la legitimidad o ilegitimidad de un Gobierno y de su Constitución. Por ejemplo el Gobierno y Constitución sandinistas carecen de legitimidad de origen y de ejercicio. Lo primero porque el partido gobernante se hizo del poder al margen de lo acordado con su pueblo y la OEA: celebración de elecciones no libres de Presidente y Asamblea constituyente para elaborar la nueva Constitución y leyes constitucionales, lo cual vicia de ilegitimidad su producto, en lo cual está de acuerdo la doctrina (cfr. BURGOS, *Derecho mexicano constitucional*, Editorial Porrúa, S.A., México, 1973, págs. 286 y sigs., 376 y sigs. SEGUNDO V. LINARES QUINTANA, *Tratado de Derecho Constitucional*, Editorial Alfa, Argentina, 1953 Parte General, t. II, págs. 139 y sigs.); publicación de la nueva Constitución divorciada de la Constitución real de Nicaragua, o sea, de las aspiraciones y realidades de nuestro pueblo expresadas en su manera de ser, pensar y querer, destruyendo, apartando o aplastando los factores reales de poder que con su accionar la llegan a formar, los cuales son necesarios para la legitimación y aplicación efectiva de la constitución jurídica, según la doctrina más autorizada, expresada, entre otros, por BURGOS (*Derecho constitucional*, ob cit., págs. 400 y sigs.) y FELIPE TENA RAMÍREZ (*Derecho constitucional mexicano*, Editorial Porrúa, S.A., México, 1969, pág. 23); destrucción del capital; destrucción de la clase media; aplastamiento del proletariado y campesinado; limitación de la acción de la Iglesia católica y amenaza de destruirla mediante la creación de la Iglesia popular, que, a decir del pueblo, no es iglesia ni popular; destrucción y condena del Ejército al que le prometieron integrarlo al nuevo; etc. Lo segundo, porque la actuación del Gobierno no se hizo dentro de la Ley y del bien común de los gobernados. No se concibe una legitimación posterior por la aceptación del nuevo orden en vista de que el pueblo de Nicaragua votó por el No, unos con los pies (los del éxodo, hemorragia incontenible y mortal), otros con las armas (la resistencia, que fue parte de la cruenta guerra civil) y el resto con el estómago (los hambrientos azotados por el flagelo de la miseria, sin precedentes en nuestra historia). Últimamente el pueblo votó en elecciones libres en busca del cambio, incluyendo el constitucional en que descansaba el totalitarismo frentista (cfr. *infra*, nota 4)

36 del Título Preliminar del Código Civil. Una Ley posterior a la Constitución no la puede derogar; por el contrario, es ineficaz por oponerse a ella, ya que representa la superlegalidad del Estado (4).

Existen constituciones rígidas y flexibles. Son rígidas aquellas que no pueden ser reformadas por los mismos procedimientos de la Ley ordinaria. Son flexibles las que pueden ser reformadas por la Ley ordinaria (5).

El pueblo, haciendo uso de su poder soberano a través del poder constituyente, manifiesta en forma expresa su deseo de que la Ley fundamental que se está dando no sea reformada sin causa justificada por medio de procedimientos ordinarios que no invitan a la reflexión necesaria en este tipo de decisión. Para ello recurre al principio de la rigidez constitucional (6).

En la vida real, de los hechos, los laudables propósitos de tal distinción, fundada en la separación del poder constituyente y el poder constituido, son burlados en donde se usa y abusa de las reformas constitucionales que responden a los intereses mezquinos de minorías o del dictador y no del pueblo. Por tal motivo la Constitución inglesa, ejemplo de flexibilidad, resulta ser más rígida que las denominadas así en nuestros países, incluyendo Nicaragua (7).

(4) CALEMANDREI advierte la presencia de superleyes que limitan al legislador ordinario, lo que da lugar a la existencia de una superlegalidad a la cual las leyes ordinarias deben ajustarse para ser válidas. De este modo ve surgir el concepto de Ley ilegal (inconstitucional), que a primera vista parece absurdo porque la Ley aparece de por sí como legítima por definición. Así como los actos jurisdiccionales y administrativos pueden ser ilegítimos en la forma o fondo por transgredir una Ley, ésta también puede ser ilegítima por violar las normas del procedimiento legislativo u oponerse en su contenido a una norma superior (*Ilegitimidad constitucional de las leyes. Estudios sobre el proceso civil*, Ejea, Argentina, 1962, pág. 41). Cfr. *supra*, nota 3.

(5) MARIO BERNASCHINA GONZÁLEZ rechaza la validez de la teoría del poder constituyente y se pronuncia a favor de las constituciones flexibles (*Manual de Derecho constitucional*, Editorial Jurídica de Chile, 1955, págs. 78-79). GABRIEL AMUNATEGUI favorece a las Constituciones semirrígidas (*Principios generales del Derecho constitucional*, Editorial Jurídica de Chile, 1953, pág. 91). Son semirrígidas aquellas que si bien no pueden ser reformadas por las leyes ordinarias señalan procedimientos especiales que contienen exigencias fáciles de cumplir sin muchas dilaciones. Casi la totalidad de las Constituciones del mundo occidental son rígidas.

(6) IGNACIO BURGOS sostiene que el principio de rigidez es complementario del de supremacía de la Constitución (*Derecho constitucional mexicano*, ob. cit., págs. 422-423).

(7) En Nicaragua se han dado catorce Constituciones, tres no nacidas y dos proyectos, uno del 1 de julio de 1848 y otro de 1972 presentado por el Partido Conservador. Las reformas de algunas de ellas han provocado protestas, levantamientos y la Constitución de 1854 (que no tuvo vigencia y pretendía derogar la de 1838) dio motivo a la guerra civil, en la que intervino el filibustero WILLIAM WALKER (el filibusterismo patrocinado por el frentismo no sólo viene del Norte, sino de los cuatro puntos cardinales: toma muchas formas; principalmente el internacionalismo es blanco, negro, amarillo,

No quiero dar pábulo a pensar de que propugno por la irreformabilidad de la Constitución (Constitución pétrea de que habla Kelsen). Por el contrario, creo que como toda Ley tiene que evolucionar a la par de su pueblo e incorporar a su texto las nuevas necesidades, dejando al poder judicial buena parte de adecuarlo a cada época para evitar en la medida de lo posible toda su integridad. A lo que me opongo es al abuso que se hace con reformas innecesarias o perversas. También hay que tener mucho cuidado de no abusar encubriendo reformas o haciendo desnaturalizaciones con las Leyes interpretativas (interpretación auténtica), ahora contempladas en el artículo 62 del Estatuto General de la Asamblea Nacional.

La Constitución de los sandinistas es tímidamente rígida (semirrígida). No puede ser derogada por la Ley ordinaria. Sin embargo, la reforma parcial presenta las flexibilidades siguientes: i) En buena parte los trámites de la reforma a la Constitución y los de la Ley ordinaria son iguales por expresa disposición del artículo 192 de la Constitución y en los que difieren no son tan sustanciales las distinciones que verdaderamente inviten a la meditación, salvo en el requisito de discutir la reforma de la Constitución en dos legislaturas. ii) La Constitución, a diferencia de las anteriores, no regula los procedimientos especiales para su reforma y las comunes para la formulación y reforma de las Leyes ordinarias. Una Ley ordinaria como es el Estatuto General de la Asamblea Legislativa consagra el procedimiento legislativo de la formación y reforma de las Leyes ordinarias aplicable en buena parte a la reforma de la Constitución por el artículo citado, lo cual da pie para que mediante la modificación de la Ley ordinaria (el Estatuto) se facilite con creces la reforma de la Constitución. iii) La Asamblea ordinaria que conoce de las reformas constitucionales es unicameral lo que le comunica una rapidez poco compatible con la rigidez. iv) Las Leyes constitucionales: Ley de Amparo, Ley Electoral y Ley de Emergencia, pueden ser reformadas sin el requisito de las dos legislaturas (art. 195 Const.), lo que prácticamente las hace posibles de ser reformadas a semejanza de una Ley ordinaria en cuanto a su facilidad y rapidez.

La reforma a la Constitución puede ser parcial o total. La primera la hace la asamblea ordinaria (8) por un procedimiento al cual aludimos

etc.). Esto demuestra la inestabilidad política en que hemos vivido y todavía falta cambiar la Constitución sandinista porque no se ajusta a la real de nuestro pueblo. La Constitución es una obra que pretende perdurar lo más que se pueda, y hay que respetarla. Fue RADBRUCH el que dijo que una Constitución es un escudo que es tanto más estimado cuanto más arañazos y abolladuras de pasadas luchas muestra (cfr. IVÁN ESCOBAR FORNOS, "Panorama procesal", *Revista Jurídica de la Barra de Abogados*, núm. 3, 1988, págs. 37 y 47).

(8) El constituyente derivado tiene limitaciones: la misma Constitución puede establecer limitaciones, como, por ejemplo, la no reforma después de cierto plazo, la no

anteriormente. La reforma total la hace una Asamblea Constituyente convocada para tal tarea.

Puede ser objeto de referéndum solamente la reforma parcial de la Constitución, según se desprende del artículo 160 de la Ley Electoral (9). Creo que se refiere este artículo a la reforma parcial porque la total la hace la Asamblea Constituyente electa por el pueblo. Lo que podría ser objeto de plebiscito es la conveniencia de hacer la reforma total, ya que es una medida de trascendencia nacional.

reforma bajo invasión extranjera, la no reforma del tipo de gobierno; prohibición de reformar los principios básicos o decisiones políticas fundamentales en que descansa la Constitución porque eso sólo lo puede hacer el poder constituyente originario. IGNACIO BURGOS se resiste a concederle al Congreso ordinario la calidad de poder constituyente y opina que los principios fundamentales no pueden ser modificados por él en su totalidad o cualquiera de ellos (*Derecho constitucional*, ob. cit., págs. 408, 426, 439, 442 y 443). ALEJANDRO SILVA BASCUÑÁN se adhiere a la idea de que el constituyente derivado no puede cambiar lo esencial del orden consagrado en la Constitución (*Tratado de Derecho constitucional*, Editorial Jurídica de Chile, t. I, 1963, pág. 76). En cambio, FELIPE TENA RAMÍREZ le reconoce el carácter de poder constituyente a la asociación de órganos constituidos encargados de reformar o revisar la Constitución, denominándolo constituyente permanente. Hace un estudio amplio de la doctrina y legislaciones relacionadas con el tema de las facultades del poder revisor de la Constitución y señala cuatro sistemas constitucionales que han acogido las distintas opiniones doctrinales: *a)* las Constituciones que le conceden al constituyente derivado facultades ilimitadas de reformarla en todo o en parte, pudiendo sustituirla (Constituciones francesas de 1791, 1793 y 1848, y la suiza de 1947); *b)* las que excluyen la revisión de los principios fundamentales (Constitución griega de 1927 y checoslovaca de 1948); las que sin referirse a los principios fundamentales no permiten la reforma de determinados preceptos (las que prohíben cambiar la forma federal de organización, la forma republicana de gobierno, etc.); *d)* las que sin hacer ningún pronunciamiento como las anteriores permiten su adición o reforma, como la mexicana (por nuestra parte agregamos a la sandinista). Con relación a la mexicana, opina que el poder constituyente permanente no puede formalmente dar una nueva Constitución, pero de hecho puede darse a través de las reformas. Nada escapa a su poder supremo siempre que subsista el régimen constitucional integrado por los principios que la conciencia histórica del país y de la época considere esenciales para que exista una Constitución (*Derecho constitucional mexicano*, ob. cit., págs. 51 y sigs.). En realidad, el tema es polémico. Me adhiero a la tesis de la limitación, que es la que implícitamente sigue la Constitución de los sandinistas. Distingue entre reforma parcial o total. La primera la hace la Asamblea ordinaria facultada para ello; en cambio, la segunda una Asamblea constituyente (poder constituyente originario). Carecería de objeto esta distinción y representaría una burla a la misma si se permitiera que, por reformas parciales, de hecho se pudieran cambiar los principios fundamentales en que descansa, ya sean todos o uno de ellos. No obstante, podría admitirse la reforma parcial que cambie algunos aspectos fundamentales, siempre que se actúe dentro de los límites a que está sometido el mismo poder constituyente originario cuando se someta la reforma a su referéndum, pues en éste aparecerá el pueblo dando su aprobación.

(9) La ciencia política fundada en el Estado liberal burgués es objeto de revisión en este siglo y, como consecuencia de ello, el Parlamento es una de las instituciones que recibe más reformas tras la primera y segunda guerras mundiales, pues se logró advertir que buena parte de los representantes se alejaban de su pueblo convirtiéndose en voceros de intereses particulares, familiares, de empresas o de grupos. Entonces, para asegurar

b) La Constitución consagra los medios de defensa de sus mismas disposiciones y los desarrolla fundamentalmente en la Ley de Amparo, aunque existen otros como, por ejemplo, el sistema difuso y la casación.

Sin medios de defensa, la fundamentalidad y supremacía serían una burla (10). Al gobernado hay que franquearle los institutos procesales para su defensa.

c) La competencia otorgada a los órganos estatales es indelegable.

Cada poder y sus respectivos órganos tienen señaladas sus funciones, las que no pueden ser delegadas. Por ejemplo, el legislativo no puede delegar sus funciones, salvo temporalmente en receso de la Asamblea Legislativa por permitirlo la Constitución; los jueces y Tribunales no pueden delegar la jurisdicción, ni avocarse causas pendientes, pero se permite la comisión para realizar determinadas diligencias judiciales (arts. 46, 139, 141, 187 Pr. y otros).

una participación efectiva y no nominal del pueblo en la formación de las leyes y en la vigilancia del cumplimiento del mandato dado a los representantes, se idearon varias figuras, entre las más conocidas las siguientes: la iniciativa popular de leyes, el veto de las leyes por el pueblo, el plebiscito popular para consulta de asuntos trascendentales, el referéndum para someter al pueblo la ratificación o rechazos de proyectos o leyes y la revocación directa o indirecta del mandato dado a los representantes (recall o revocación). La Constitución de los sandinistas en el artículo 7 habla de una República representativa y participativa, también en los artículos 168 y 170 contempla el plebiscito y el referéndum, los que son reglamentados por la Ley Electoral. De acuerdo con el artículo 159 de ésta, son objeto de plebiscito las decisiones de trascendencia que afecten los intereses fundamentales de la nación. Será objeto de referéndum el sometimiento de las leyes o reformas a la ratificación del pueblo, tanto ordinarias como constitucionales, según lo disponga el artículo 160 de la Ley Electoral. Este artículo o habla de proyectos de leyes y si de reformas, por lo que dentro de una interpretación literal no entrarían, a menos que el vocablo "reforma" que emplea abarque a los proyectos dentro de una interpretación extensiva. La decisión de convocar a plebiscito y referéndum le corresponde en forma facultativa a la Asamblea legislativa.

(10) CARLOS SÁNCHEZ VIAMONTE expresa que para la existencia del Estado de derecho es preciso el sometimiento de los gobernantes y gobernados al derecho que nace de la Constitución y su supremacía y que los gobernados estén en condiciones de oponer la supremacía y vigencia de la misma a las autoridades. Sin los medios de hacer efectiva la vigencia, el constitucionalismo sería una promesa irrealizable cuando no una añagaza ("Garantías constitucionales". *Enciclopedia Jurídica Omeba*, Editorial Bibliográfica Argentina, 1969, págs. 15 y sigs.). La supremacía de la Constitución es la base en que descansa la justicia constitucional; pero no basta darle esta superioridad jerárquica, pues es preciso crear los órganos y procedimientos adecuados que defiendan la Constitución contra sus violaciones por parte de los otros poderes y aun de los particulares, como tendremos ocasión de exponer más adelante (cfr. ALBRECHT WEBER, "La jurisdicción constitucional en Europa occidental", *Revista Española de Derecho Constitucional*, año 6, núm. 17, mayo-agosto 1989, pág. 48; CAPPELLETTI, *Necesidad y legitimidad de la justicia constitucional*. *La justicia constitucional*, Universidad Nacional Autónoma de México, 1987, pág. 310).

Expresa XIFRAS HERAS: "La imposibilidad jurídica de que los órganos deleguen el ejercicio de las competencias que les ha atribuido la Constitución, pues, como afirma ESMEIN, los diversos poderes constituidos existen en virtud de la Constitución, en la medida y bajo las condiciones con que los ha fijado: su titular no lo es de su disposición sino sólo de su ejercicio. Por la misma razón que la Constitución ha establecido poderes diversos y distintos y repartidos los atributos de la soberanía entre diversas autoridades, prohíbe implícita y necesariamente que uno de los poderes pueda descargar sobre otro su cometido y su función: de la misma manera que un poder no puede usurpar lo propio de otro, tampoco debe delegar lo suyo a uno distinto" (11).

La delegación legislativa es especialmente peligrosa porque el poder legislativo es el de más extracción popular. La Constitución de los sandinistas obliga a la Asamblea Nacional a delegar en su receso sus facultades legislativas en el Presidente de la República, salvo las relacionadas con los códigos (lo que en la práctica no tiene aplicación, pues se viven reformando solapadamente los códigos), según se desprende de los artículos 138, inciso 16, y 150, inciso 7, de la Constitución. Esta delegación es temporal. Por otra parte, el Presidente tiene iniciativa de Ley y poder para vetarlas, así como también se le permite dictar Decreto con fuerza de Ley que pueden derogar o modificar las Leyes de la Asamblea en materia fiscal y administrativa (art. 150, incisos 3 y 4, de la Constitución). En materia fiscal, pues, se aparta del principio esencial del funcionamiento de la democracia de que los impuestos deben ser creados por el poder legislativo, confirmando en consulta de la Corte Suprema de Justicia del 6 de agosto de 1954, *B.J.*, pág. 17256. Lo expuesto es permitido por la Constitución; pero junto con otras facultades concedidas al Presidente destruyen la teoría de la división de poderes.

En ocasiones el Presidente se excede en sus funciones legislativas y últimamente se ha venido delegando en forma ilegal las funciones legislativas por medio de Decretos, Leyes o Reglamentos. Para muestra un botón: *a*) por Decreto 299 del 20 de enero de 1988 (*Gaceta* núm. 23 del 3 de febrero de 1988) dictado por el Presidente de la República, se autorizó a la Corte Suprema de Justicia a crear, suprimir o fusionar juzgados de Distrito o Locales, y *b*) por Decreto 303 del 25 de enero de 1988 (*Gaceta* núm. 30 del 12 de febrero de 1988) dictado por el Presidente de la República, la Corte Suprema de Justicia puede ampliar el número de magistrados, sus calidades, competencia, jurisdicción, organización y distribución en salas especializadas de los Tribunales en apelaciones y determinar la

(11) Citado por IGNACIO BURGOS, *Derecho constitucional*, ob. cit., pág. 415.

competencia por razón de la materia y cuantía de los juzgados de Distrito y Locales. Las medidas son muy prácticas y ágiles, pero pueden ser tachadas de inconstitucionales porque toda la materia delegada a la Corte Suprema es objeto de Ley. Ni la Asamblea Nacional (salvo la delegación temporal al Presidente), ni el Presidente en su función legislativa propia o delegada, pueden delegar sus facultades legislativas. Al presidente no se le permite delegar la propia ni sustituir la delegada.

La delegabilidad de la función legislativa debilita la teoría de la división de poderes y hasta podría destruirla cuando es amplia. Casi todas nuestras constituciones establecen el principio de la indelegabilidad de la función legislativa, pero permiten algunas excepciones (Constituciones de 1858, 1905, 1911, 1939, 1948, 1950 y 1974). Sólo la de 1893 en forma absoluta consagró el principio de la indelegabilidad, con excepción de un caso de escasa importancia. Reconocemos que existen modernas tendencias doctrinales que permiten la delegabilidad de las funciones legislativas, recogidas por algunas constituciones. Pero creemos que puede ser objeto de abuso y además rompe con el principio de la teoría de división de poderes. La delegación la admitimos sólo en materia administrativa para facilitar la marcha de la administración tal como lo requiere el Estado moderno y no en forma general, sino sobre puntos concretos que determinará la Asamblea. No aceptamos mayores concesiones.

El principio general (desarrollado en otras disposiciones) de la supremacía de la Constitución aparece consagrado en el artículo 182 de la Constitución que dice: "Artículo 182. La Constitución política es la carta fundamental de la República; las demás Leyes están subordinadas a ella. No tendrán valor alguno las Leyes, tratados, órdenes o disposiciones que se le opongan o alteren sus disposiciones".

B) CONDICIONES PARA EL FUNCIONAMIENTO DEL ESTADO DE DERECHO

El Estado de Derecho es una de las creaciones de mayor importancia de la Ciencia Política; aunque partiendo de WEIMAR y principalmente después de la segunda guerra mundial muchos países se organizaron bajo el estado social de derecho que incorpora y promueve la aplicación de los derechos sociales y es un auténtico Estado de Derecho.

Termina con el poder omnímodo sintetizado en expresiones como éstas: "El Estado soy yo" (LUIS XIV). "Dentro de la revolución todo, fuera de la revolución, nada" (FIDEL CASTRO). "Palo y plomo" (DANIEL ORTEGA). Significa el desplazamiento del centro de gravedad del poder político del gobierno absoluto al pueblo soberano.

Lo que se pretende con esta figura es el sometimiento del Estado al derecho que regula las actividades de los gobernantes y gobernados. El imperio del derecho es su finalidad sustancial.

Los autores han propuesto diferentes formas para asegurar el postulado del Estado de Derecho (12); pero se acepta por lo general que son cuatro las instituciones que garantizan su funcionamiento: la opinión pública; la separación de poderes; una Constitución escrita y las acciones contra los actos de las autoridades.

A continuación tendremos la oportunidad de demostrar que en la Nicaragua actual (y en la frentista) no existen las condiciones adecuadas ni el ambiente para que funcione el Estado de Derecho, por lo cual la Ley de Amparo cayó en un vacío en donde resultará ineficaz, tal como sucedió con la anterior.

a) *La opinión pública*

Una vigorosa opinión pública contribuye al buen funcionamiento del Estado de Derecho. Los partidos políticos, los grupos de presión, el capital, los sistemas de enseñanza, los medios de comunicación social, los sistemas electorales, deben colaborar honestamente, sin manipulaciones y monopolios, a la formación de una opinión pública sana y constructiva.

La opinión pública y el derecho a la resistencia o sublevación como último recurso, son medios políticos que sirven para defender el cumplimiento y respeto de la Constitución.

En Nicaragua no existen condiciones para su funcionamiento: buen número de los medios de comunicación social pertenecen al Estado y al frentismo, existe la libertad de prensa y de expresión (no existía durante el frentismo) pero todos los medios escritos los controla una familia proclive al sistema anterior, los partidos políticos están en crisis (durante el frentismo no podían desarrollarse), el capital está destruido, los sistemas y organismos electorales no son aceptables (13), casi toda la estructura

(12) ELÍAS DÍAZ señala cuatro elementos. a) imperio de la Ley; b) separación de poderes, c) sujeción de la Administración a la Ley y control judicial de la legalidad de sus actos, y d) existencia de derechos y garantías fundamentales, sus medios de defensa y realización material de los mismos (*Estado de derecho y sociedad democrática*. Edicusa, Madrid, 1966, págs. 17 y sigs.).

(13) El negocio funcionó así el pueblo se toma el poder por la violencia y un grupo pasa a controlar los poderes del Estado (incluyendo el electoral) y la vida económica, política y social del país. Desde esa posición de ventaja celebra elecciones no libres en las que de antemano tiene asegurado el control abrumador de los poderes legislativo y ejecutivo. Estos, a su vez, generan a los otros dos: el judicial y el electoral. Una máquina

jurídica totalitaria del frentismo se encuentra vigente, el estilo de gobernar y administrar cada día se parece más al del frentismo, no se cumplen las sentencias judiciales y de la Comisión Nacional de Revisión, en el gobierno anterior la enseñanza la controlaba y orientaba el Estado en forma partidista con consecuencias graves hasta el día de hoy, las estructuras judiciales frentistas se encuentran intactas, etc.

b) *Constitución escrita*

Es preciso una Constitución escrita que consagre los derechos fundamentales y además no se violen por el Estado (14), o bien una Constitución sólida y respetada como la inglesa.

Para el buen funcionamiento del Estado de Derecho no sólo se exige que la Constitución sea escrita, sino también rígida, porque el legislativo debe estar sometido a ella. Según parece, es de la esencia de las constituciones escritas ser rígidas (15).

de tal envergadura era difícil desmontar, más aún cuando se funda en el marxismo-leninismo, pues está diseñada para la dictadura y los países democráticos la aceptaban como a uno de los grandes sistemas políticos mundiales que justifican una forma diferente de vida y organización a la que debe respetarse en base al principio de la autodeterminación de los pueblos. En Nicaragua el sistema caló hondo y mucho sacrificio representará desarraigarlo.

(14) La Comisión Permanente de Derechos Humanos de Nicaragua y otras de carácter internacional dan cuenta de las frecuentes y numerosas violaciones de los derechos humanos durante el régimen frentista. Actualmente también se violan. No se puede olvidar que el respeto de los derechos humanos es el trofeo ganado por el pueblo en su lucha por la libertad y no una concesión graciosa del Estado a los gobernados. Así funciona en la realidad a pesar de que el Estado y el Derecho están al servicio del hombre y no al contrario. Por eso los pueblos deben reclamarlos en una lucha a fondo y para todos porque la libertad es como virginidad que no tiene términos medios. Una vez que se obtiene ese don hay que conservarlo con celo, como Minerva con su castidad, la cual poniendo las manos a Tiresias le cegó por haberla sorprendido en el baño, aunque le concedió la visión interna y resistió los intentos de violación de Vulcano; como Diana, quien también cuidadosa de su castidad convirtió a Actión en ciervo para que fuera devorado por su propia jauría de perros porque la sorprendió bañándose en un arroyo, como Vesta, que juró ante Júpiter eterna virginidad; como la bella pastora Marcela de don Quijote, que defendió admirablemente su castidad y libertad destrozando corazones.

(15) Para SEGUNDO V. LINARES QUINTANA la concepción de la Constitución escrita exige sustancialmente que sea rígida, de lo que deduce que toda Constitución escrita es necesariamente rígida, y viceversa, aunque admite la opinión del profesor francés LAFERRIERE de que existen casos en que es posible reformar la Constitución por el mismo procedimiento de la Ley ordinaria cuando no señaló procedimientos especiales, lo que se produce en forma excepcional confirmando la regla de la rigidez de la Constitución escrita (*Tratado de Derecho constitucional*, ob.-cit., Parte General, t. II, pág. 105; cfr. *supra*, nota 5).

En una flexible, el poder legislativo no tendría limitaciones en cuanto a la modificación o reforma de la Constitución en el aspecto sustantivo, aunque podría estar sometido a sus procedimientos.

Ya dejamos expresado que nuestra Constitución no tiene la rigidez necesaria; es semirrígida.

c) *Separación de poderes*

En virtud de esta teoría el poder político se descentraliza y distribuye entre órganos que tienen funciones específicas y limitadas. Así se evita que el poder quede concentrado en manos de una sola persona o grupo, o de cualquiera de los otros poderes del Estado.

Aunque ha sido objeto de muchas críticas, su funcionamiento ha brindado benéficos frutos y hasta el momento no aparece otra que la sustituya como pieza fundamental de la democracia.

La separación de poderes consagrada en la Constitución de los sandinistas es más aparente que real, pues ha creado un ejecutivo sumamente poderoso que aniquila a los otros y destruye las bases de dicha teoría (16).

d) *Acciones contra los actos de las autoridades*

Se conceden estas acciones para que los gobernadores pidan al órgano competente revisar, reformar o anular los actos ilegales o inconstitucionales que les perjudiquen. Operan estas acciones dentro de la jurisdicción constitucional y la contenciosa administrativa, dando pie a la creación de ramas autónomas del Derecho procesal bajo los nombres de Derecho procesal constitucional y Derecho procesal administrativo.

Nicaragua nunca ha tenido una jurisdicción contenciosa administrativa dentro de la cual se controle en sede judicial la legalidad de la actuación de la Administración. Se contempló en los artículos 303 y 304 de la Constitución de 1974, pero no se reglamentó. Solamente ha consagrado el amparo como medio final para impugnar las resoluciones surgidas en los procedimientos administrativos.

La ausencia de esa jurisdicción y los términos limitativos de la nueva Ley de Amparo dejan al pueblo nicaragüense sin los suficientes medios procesales para la defensa de sus derechos frente al Estado (17).

(16) Cfr. IVÁN ESCOBAR FORNOS, *Panorama procesal*, ob. cit., nota 39, pág. 47

(17) Aunque parezca paradójico, en Nicaragua falta una revolución, pero pacífica. Una revolución para exterminar el despilfarro y la corrupción administrativa; para suprimir el ejército o reducirlo a las realidades económicas, creando en su lugar una

II. LA JUSTICIA CONSTITUCIONAL

El estudio sistemático y científico de la justicia constitucional se hace a través de la reciente rama denominada Derecho procesal constitucional, cuyo gran impulsor ha sido Kelsen con sus publicaciones, especialmente con su libro *La garantía jurisdicción de la Constitución*, publicado en 1928.

La materia que comprende esta disciplina es la siguiente: el control judicial de la constitucionalidad de las Leyes (nuestro recurso de inconstitucionalidad); los recursos y procedimientos específicos para la defensa judicial de los derechos fundamentales contra los actos del poder público, ya sean legislativos, judiciales y ejecutivos, denominada justicia constitucional de las libertades (el *Staatoerechtlich Beschwerde* en Suiza, la *Beschwerde* en Austria, nuestro amparo y *habeas corpus*); el juzgamiento de los funcionarios que de acuerdo con la Constitución gozan de inmunidad; resolución de los conflictos entre ciertos órganos de poder, denominada jurisdicción constitucional orgánica; los conflictos entre las disposiciones constitucionales internas y las de carácter internacional (comunitarias e internacionales), denominada jurisdicción supranacional.

ALBRECHT WEBER (18) señala el núcleo de las competencias esenciales de la justicia constitucional; a saber: control de la constitucionalidad de las normas federales y/o estatales; conflictos federales o cuasi federales; conflictos de competencia entre órganos federales supremos; y recurso de amparo de los derechos fundamentales, con ocasión de la violación directa o indirecta de la Constitución. La presencia de cualquiera de estas competencias hace surgir la justicia constitucional y se atribuyen todas a un Tribunal Constitucional y delimitan en plenitud la competencia de éste.

Junto a los esenciales señala: los conflictos electorales (19), la adquisi-

policía encargada de la seguridad de las personas y del Estado y otra judicial adscrita al poder judicial: para crear la carrera judicial, para establecer una verdadera carrera administrativa (servicio civil), pues la actual es solamente la perpetuación del frentismo; para hacer una reforma agraria integral en la cual el sujeto agrario sea dueño de la tierra; para establecer una economía de mercado, para conceder la autonomía municipal; para modernizar el poder judicial; para modernizar los códigos y leyes, para crear un órgano defensor de los pobres, de los derechos humanos, del consumidor y del ambiente que desempeñe el papel de un verdadero Prometeo, etc. Para crear un Estado libre, ágil y moderno casi todo está por hacerse

(18) "La jurisdicción constitucional en Europa occidental". *Revista Española de Derecho Constitucional*, año 6, núm. 17, mayo-agosto 1986, págs. 5, 8 y 78

(19) Son varios los sistemas de integración de los órganos electorales: a) El sistema político, caracterizado porque lo integran partidos políticos. Tiene como ventaja brindar al elector libertad para ejercer el sufragio sin presión por parte de los poderes del Estado y además logra una efectiva fiscalización de su pureza. Pero tiene como desventaja el peligro de que se quebrante la armonía de los organismos electorales por los

ción y pérdidas de mandatos, las consultas populares, procedimientos especiales de protección de la Constitución, resolución de conflictos entre autoridades administrativas y Tribunales de Justicia o de éstos entre sí (20), así como otros procedimientos atípicos.

Resulta difícil hacer una delimitación completa de las competencias del Tribunal Constitucional, pues en su fijación juegan factores políticos, económicos y sociales, pero sí es posible señalar la materia esencial que obedece su función.

En resumen, en el sistema concentrado no todas las funciones de los Tribunales constitucionales son de jurisdicción constitucional y en el difuso la generalidad de la actividad judicial no es constitucional.

Conviene hacer una cierta referencia a la justicia internacional en donde los actos y Leyes de los estados nacionales pueden ser revisados por un Tribunal internacional (21). Poco desarrollada debido a los obstáculos que opone el concepto de soberanía. Ha tenido sus principales manifestaciones lentas y restringidas en dos sectores: derechos humanos e integración económica.

Ya fue creada la Comisión y la Corte Interamericana de Derechos Humanos que toma como modelo la Comisión y Corte Europea de Derechos Humanos, aunque tiene sus propias particularidades. La integración

apasionamientos políticos y las posibles alianzas de partidos para dañar la pureza del sufragio. b) El sistema administrativo, en virtud del cual los organismos electorales se integran con funcionarios del orden administrativo. La materia electoral es objeto de un servicio administrativo. Es peligroso porque los miembros de los organismos electorales están expuestos a las presiones del poder central. c) Sistema judicial, caracterizado porque es el poder judicial el encargado de aplicar la materia electoral. Su ventaja consiste en entregarla a personas expertas e imparciales. Pero tiene la desventaja de recargar de trabajo al poder judicial al entregarle una materia compleja y además expone al poder judicial a las presiones políticas y a las críticas apasionadas. d) El mixto, que es una combinación de los anteriores. los organismos electorales se constituyen con funcionarios del poder judicial, funcionarios administrativos y representantes de los partidos políticos. Con este sistema se trata de corregir los inconvenientes de los sistemas anteriores. e) Sistema de poder electoral encargado de hacer las elecciones, referendos y plebiscitos y conocer de sus impugnaciones, lo mismo que de la organización de partidos políticos. Es el sistema que sigue nuestra Constitución y Ley Electoral. Encontrar el sistema adecuado es un problema de lo más trascendental y difícil porque de su solución depende el éxito y la honestidad del proceso electoral.

(20) En nuestro país los conflictos de competencia entre los Jueces los resuelve el Tribunal Superior de ellos y en otro caso la Suprema (art. 328 Pr.). Si el conflicto se plantea entre un Juez o Tribunal y otro tipo de funcionario, lo resuelve la Suprema (art. 2 136 Pr.).

(21) Cfr MAURO CAPPELLETTI, *Justicia constitucional supranacional*, ob. cit., págs. 215 y sigs.; *Formidable problema del control judicial*, ob. cit., págs. 320 y sigs.; HÉCTOR FIX-ZAMUDIO, *La justicia constitucional en América Latina. El constitucionalismo en las postrimerías del siglo XX*, Universidad Nacional Autónoma de México, 1989, págs. 452, 500 y sigs., 528 y sigs.

económica ha tenido poco éxito en Latinoamérica. Se creó por los países andinos según el Acuerdo de Cartagena del 26 de mayo de 1966, siguiendo el modelo del Tribunal de las Comunidades Europeas, el Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena, con competencia restringida para resolver conflictos sobre la aplicación de las disposiciones comunitarias con relación a las internas.

Nicaragua se sometió a la Comisión y Corte Interamericana de Derechos Humanos.

III. CREATIVIDAD DE LA JUSTICIA CONSTITUCIONAL

El Juez constitucional realiza su labor dentro del siguiente cuadro: *a)* las Constituciones, contrariamente a las Leyes ordinarias, son generales, sintéticas, frecuentemente programáticas, vagas, ambiguas, llenas de vacíos y de conceptos generales de valor (la igualdad, la dignidad, la honradez, la democracia, etc.) por lo que el Juez tiene que completar y concretar sus disposiciones; *b)* el Juez constitucional tiene, entre otras facultades, según el sistema que se siga, la de inaplicar o declarar sin valor general de la Ley, convirtiéndose así en legislador negativo y el legislativo en positivo; *c)* la Constitución consagra las ideas fundamentales de organización política, social y económica de una nación, y *d)* de aquí que la interpretación de las normas constitucionales, principalmente las concernientes a los derechos humanos, difiere de la empleada en las Leyes ordinarias.

Si el Juez constitucional llena vacíos legales, concreta con cierta discrecionalidad conceptos vagos y generales, anula actos (incluyendo Leyes) y decide puntos fundamentales y generales de la vida nacional, todo de acuerdo a las realidades en el momento de sentenciar, no se puede negar que tiene una función creadora y de carácter político, aunque cuantitativamente inferior a la legislativa.

La actuación creativa y discrecional no constituye una invasión del Juez constitucional en los otros poderes del Estado, sino de control; la cual, aunque de carácter político, contribuye, principalmente en el campo de los derechos individuales y sociales, al mejoramiento del sistema de la justicia constitucional, tornándola efectiva y saca al poder judicial del letargo en que se encontraba, dándole intervención importante en el desarrollo social, económico y político de la nación.

IV. LAS CUESTIONES DE LA LEGITIMIDAD DEMOCRATICA Y NECESIDAD DE LA JUSTICIA CONSTITUCIONAL

Los dos temas se relacionan íntimamente, pues la aceptación de su necesidad también conduce a la admisión de su legalidad, ya que éste no es un problema exclusivamente teórico, abstracto, ajeno a las exigencias reales de cada época, lugar y forma de pensar.

A) LEGITIMIDAD

Se le niega legitimidad democrática a la legislación judicial tanto a la general como a la constitucional, ya que el Juez carece de representación popular y es irresponsable ante el electorado. El enfoque se centra en la labor creadora de derecho del Juez.

Tal línea de pensamiento, aparentemente difícil de destruir, es arduamente combatida por un fuerte sector doctrinal que esgrime poderosos argumentos; a saber:

a) El Parlamento y el ejecutivo (poderes políticos) no siempre representan el electorado y los intereses generales de la población (abstenciones electorales, sectores no aptos para votar, minorías que no logran representación en el parlamento, etc.), sus decisiones en muchas oportunidades no responden a los intereses de la mayoría y en general con frecuencia se alejan del control de sus mandatos, por lo que, teniendo en cuenta también las desviaciones del poder, se han formulado correctivos políticos (revocación del mandato, el voto de censura, etc.) y judiciales (el amparo, el recurso de inconstitucionalidad).

b) En muchos países los Magistrados son seleccionados y nombrados conjuntamente por el ejecutivo y el Congreso, lo que permite que la Magistratura no sea ajena al pensamiento político imperante y que carezcan de cierta representatividad. Los Tribunales constitucionales generalmente están integrados por Magistrados elegidos políticamente.

c) Se sostiene que los Jueces no son responsables ante los otros poderes, los particulares y el electorado de sus opiniones legales y filosóficas, contrariamente al legislativo, por lo que resulta inconcebible que Jueces no responsables controlen a políticos responsables.

No obstante, tal modo de opinar es rechazado con fuertes argumentos; a saber: i) La libertad de expresión y el carácter público del proceso permiten al pueblo controlar la buena marcha de la administración de justicia y vuelve al Juez objeto de críticas y responsable socialmente. El Juez está abierto a la crítica externa y la actuación de su legalidad se puede controlar fácilmente, pues la Sentencia tiene que ser motivada. Por

otra parte, tiene responsabilidad civil, disciplinaria y penal. ii) El nombramiento periódico de los Magistrados asegura una vinculación con la sociedad y la política imperante. iii) La actuación del Juez en el proceso es altamente participativa y en contacto directo con la realidad, pues actúa ante casos reales y a petición e impulso de las partes.

d) La democracia y representatividad de los Tribunales aumenta mediante la protección a los grupos marginados que no han podido acceder a las ramas políticas. Esta defensa es más favorable dentro de un proceso judicial, en que las partes actúan en pie de igualdad, lo que no ocurre ante otros órganos. Dentro de este proceso encuentran la protección política que no hallan en otra parte.

e) La legitimidad de la justicia no es electoral, aunque en algunos países ciertos Jueces son escogidos en elección popular. Su legitimidad depende de su forma bastante segura y aceptable de decidir: sentencia un órgano independiente e imparcial; éste actúa a petición de parte ante casos reales; las partes tienen intervención en pie de igualdad; su decisión se ajusta a lo probado y alegado por las partes.

f) Un sistema de justicia activa y creadora contribuye a mantener un sano equilibrio de poderes frente a las ramas políticas. La democracia no funciona simplemente bajo la idea de las mayorías, pues es preciso completarla con otras instituciones útiles a su funcionamiento.

CAPPELLETTI (22) sostiene que las épocas más gloriosas de la civilización europea se han caracterizado por un profundo y competitivo pluralismo de fuentes de creación del derecho, entre las cuales ocupa una posición importante la creación del derecho por los Jueces y recuerda a los grandes creadores del derecho como son los pretores romanos, los jurisprudentes, los Tribunales de mercaderes que crearon el derecho comercial de la época moderna (23). Agrega que a esa creatividad sucede un período de estancamiento con la codificación, en que el único derecho es el escrito, visión que ya no responde a la verdad ante un nuevo pluralismo.

B) NECESIDAD

Dos argumentos principales se esgrimen en favor de su necesidad: es un instrumento de equilibrio frente al crecimiento del legislativo y el ejecutivo; y la aceptación generalizada de declaraciones de derechos.

(22) *Formidable problema del control judicial*, ob. cit., págs. 278 y sigs.

(23) En los países totalitarios regidos por el comunismo la fuente preponderante del Derecho es la Ley (cfr. V. KUDRIAVTSEV y otros, *Introducción al Derecho soviético*, Editorial Progreso, Moscú, 1988, págs. 21 y sigs., RENÉ DAVID, *Los grandes sistemas jurídicos contemporáneos*, Aguilar, S.A., Madrid, 1968, págs. 159 y sigs.).

a) *Instrumento de equilibrio*

Las funciones normales del Estado son administrar, legislar y hacer justicia; pero con el correr del tiempo, bajo la influencia de las nuevas doctrinas sociales, asume funciones de otra índole y así lo vemos aparecer como fabricante, mercader, agricultor y hasta como benefactor, sin éxito pues la realidad ha demostrado que es un mal administrador. Estas nuevas funciones lo dotan de un gran poder económico, político y social, generalmente en manos de una burocracia política omnipresente (aunque distante de su pueblo) que cree ser dueña de la verdad.

El primer mal es el consabido crecimiento y el segundo la desarmonía de ese crecimiento. La actividad legislativa se intensifica, pues así lo exige el carácter interventor del Estado. Sin embargo, los Parlamentos son objeto actualmente de desconfianza: su afán de intervenir en múltiples objetos lo sitúa en condiciones de no poder atenderlos y paradójicamente terminan abdicando en el ejecutivo; los Parlamentos generalmente responden a intereses locales o de grupo, alejándose de sus mandantes; en el desarrollo social no son tan eficaces como se piensa, pues no son pocas las Leyes que llegan tarde, que no responden a la realidad, que son contradictorias, etc. En fin no se puede esperar que todo lo solucione el Parlamento. El ejecutivo también crece y en ocasiones parece hipertrofiado en detrimento de los otros poderes. El judicial se encuentra sin recursos humanos y económicos, sin una efectiva independencia y en general temeroso de intervenir en el control de los otros poderes.

El surgimiento de poderosos grupos políticos, económicos y sociales justifican la consagración de la justicia constitucional en su aspecto del amparo para que el individuo pueda defenderse también de ellos frente a la violación de sus derechos.

Ante esta situación es necesaria no sólo la justicia constitucional sino también la contenciosa administrativa como contrapeso al crecimiento del legislativo y el ejecutivo, lo que permite a las personas defenderse de un estado poderoso que todo lo controla.

No vaya a creerse que la justicia constitucional sólo se justifica ante el peligro del Estado gigante. En el Estado meramente observador también existe tal peligro, aunque es menor.

b) *Generalización de las declaraciones de derechos*

Tanto a nivel internacional como nacional en la mayoría de los países que han emitido declaraciones de derechos, individuales y sociales. En la casi totalidad de las constituciones se incorporan pasando a formar la

parte dogmática de ellas. Algunas, como la nuestra, incorporan a su cuerpo varias declaraciones internacionales, dándoles rango constitucional.

Pero no basta la simple declaración de derechos para asegurar el cumplimiento de los mismos. Es preciso la creación de órganos que aseguren su cumplimiento y ese órgano tendrá que ser judicial, el menos peligroso y el más idóneo según lo ha demostrado la realidad práctica. Son órganos independientes encargados de controlar a los poderes políticos. Un órgano político no puede servir para el control del cumplimiento de tales declaraciones.

Como ya hemos visto existen Tribunales judiciales nacionales e internacionales encargados de verificar el cumplimiento de esas declaraciones.

Este control constituye una de las partes más importantes de la justicia constitucional, en donde los Jueces principalmente crean derechos. También es un importante factor de crecimiento del poder judicial.

V. SISTEMAS DE CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD DE LAS LEYES

A) LOS DOS GRANDES SISTEMAS JUDICIALES

Los dos grandes sistemas judiciales, el difuso o norteamericano y el concentrado o austríaco (denominado también europeo), han contribuido en forma extraordinaria al desarrollo de la justicia constitucional, dando pie a una expansión sin precedentes hasta llegar a Yugoslavia (24). El primero inspiró a la mayoría de los países latinoamericanos y algunos de Europa, a muchas de las excolonias inglesas (Australia, Canadá y la India) y al Japón, aunque en el viejo continente no rinde buenos resultados (25); el segundo prevalece en Europa y principia a tener aplicación en algunos países latinoamericanos (Guatemala, Perú y Ecuador). En resumen, el difuso se extiende sobre la Commonwealth, Japón, Suiza, Noruega, Dinamarca, Suecia, Alemania de Weimar e Italia de 1948-1956. El austríaco inspira al sistema de Italia, Alemania, Chipre, Turquía, Checoslovaquia de 1920, España, Guatemala, Perú y Ecuador.

(24) Si en Francia la teoría de la división de poderes impide el control judicial de la constitucionalidad de las leyes, por el contrario en los países socialistas el rechazo de esta teoría lo impide, pues se considera que el poder único y supremo está en la Asamblea popular surgida del pueblo, lo que no permite el control judicial (cfr. CAPPELLETTI, *Control judicial de las leyes*, ob. cit., págs. 31 y sigs.).

(25) Tiene un papel modesto en los países escandinavos y es un fracaso en los otros países del *civil law*, excepto en Suiza, pero con limitaciones (cfr. CAPPELLETTI, *Control judicial de las leyes*, ob. cit., págs. 56 y sigs.).

JAMES A. GRANT (26) sostiene que el control jurisdiccional de la constitucionalidad de las Leyes es una contribución de las Américas a la Ciencia Política, afirmación no compartida por CAPPELLETTI por considerarla una verdad parcial (27).

Reconoce que hasta la revisión judicial norteamericana no existió un sistema similar, por lo que con la Constitución norteamericana se inició la época del constitucionalismo bajo la concepción de la supremacía de la Constitución sobre las Leyes ordinarias, pues la Constitución norteamericana es el arquetipo de las rígidas contrapuestas a las flexibles.

No obstante, se reconoce que existen antecedentes: el precedente ateniense que distingue entre *nómos* (Ley) y *pséfisma* (Decreto) y la invalidez de éstos cuando son contrarios a los primeros, considerados superiores en jerarquía, por lo que el Juez no estaba obligado a fallar de acuerdo a un Decreto contrario a la Ley; la concepción medieval del derecho y la justicia que distinguió entre dos órdenes de normas: el de *jus naturale*, superior e inderogable, y el *jus positivum*, que no podía estar en contra del primero; la escuela jusnaturalista de los siglos XVII y XVIII que va desde GROTIUS a ROUSSEAU; la doctrina de la llamanda *heurense imprisance* del Rey de violar las Leyes (la feliz impotencia del soberano legislador de dictar Leyes que hoy se llamarían inconstitucionales), la doctrina de lord COKE de garantizar por medio de los Jueces la supremacía de la *common law* contra las arbitrariedades del Soberano y del Parlamento; y, aunque parezca paradójico, la doctrina (contraria a la de COKE) de la supremacía del Parlamento, que no permite revisión judicial de las Leyes, vigentes todavía en Inglaterra e impuesta por la gloriosa Revolución de 1688, la que condujo a los Jueces coloniales a controlar la supremacía de las Leyes del reino sobre las coloniales, sistema que posteriormente se aplicó para controlar la validez de las Leyes contrarias a las constituciones o cartas de los nuevos Estados independientes y después de la Constitución Federal de 1787.

B) LOS CASOS ESPECIALES DE FRANCIA E INGLATERRA

Francia e Inglaterra no se han incorporado a la corriente de la revisión judicial debido a sus propias condiciones internas.

(26) *El control jurisdiccional de la constitucionalidad de las leyes. Una contribución de las Américas a la ciencia política* (publicaciones de la Revista de la Facultad de Derecho, México, 1963, pág. 24).

(27) *El control jurisdiccional de la constitucionalidad de las leyes*, ob. cit., págs. 43 y sigs.

a) *Francia*

El constitucionalismo francés rechaza el control judicial de la constitucionalidad de las Leyes, admitiendo, por el contrario, uno de carácter político. Por ejemplo, en la Constitución del 3 de diciembre de 1799 se confiaba el control al Senado Conservador, en la Constitución del 14 de enero de 1852 al Senado, en la del 27 de octubre de 1946 al Comité Constitucional (con carácter de control preventivo) y en la del 4 de octubre de 1958 al Consejo Constitucional, siempre con carácter preventivo durante el breve tiempo que media entre la aprobación por el Parlamento y la promulgación, más dinámica y efectivo que el anterior. La doctrina señala varias razones de carácter histórico, político y práctico; a saber.

i) El prejuicio hacia los Jueces (Parlamento) del antiguo régimen por sus abusos e interferencias en la esfera de acción de otros poderes.

Si bien los parlamentos controlaban el poder absoluto del Rey imponiendo su poder de revisión sobre los Decretos del Soberano negando la aplicación de aquellos que eran incompatibles con las Leyes fundamentales del reino, están integrados por una casta prepotente, poderosa, abusiva y conservadora, opuesta a cualquier reforma por leve que fuere, dispuesta a defender sus privilegios e intereses, entre ellos la venalidad (28), o sea, la venta y herencia del oficio y el pago de los particulares para recibir justicia, todo lo cual despertó profunda antipatía en el ánimo de los revolucionarios, a causa de lo cual muchos de ellos fueron llevados a la guillotina, aunque no lo esperado porque cantidades de ellos huyeron al exilio.

ii) La tesis de la estricta separación de poderes que prevaleció en la idea de los revolucionarios no dejaba margen para interferencias o controles del poder judicial sobre el legislativo y el ejecutivo, como puede advertirse en la famosa Ley revolucionaria 16-24 de agosto de 1790 sobre organización judicial que sentó las bases del sistema judicial francés y los de él derivados.

Por el contrario, la versión americana de la teoría de la división de poderes, descrita como *checks and balance*, es más flexible y da lugar a una revisión judicial de las actuaciones legislativas y administrativas y a la intervención del ejecutivo y legislativo en la selección y nombramiento de los magistrados.

iii) La concepción revolucionaria de la supremacía y la infabilidad de la Ley por ser producto del legislativo que es representante del pueblo.

Por otra parte, el poder judicial fue degradado. MONTESQUIEU enume-

(28) El principio de la venalidad lo suprimió la Revolución por Ley 16 de 24 de agosto de 1790.

ró al judicial como uno de los tres poderes, pero decía que en cierto sentido era nulo.

Los revolucionarios franceses desconfiaban del poder judicial hasta el extremo de no permitirle a los Jueces la interpretación de la Ley, a diferencia de los revolucionarios americanos que confiaban en los Jueces, pero siempre procuraban mantener un adecuado equilibrio de poderes.

iv) En Francia se ha sentido más la necesidad de defenderse del ejecutivo y del judicial, a través del Consejo de Estado y la Corte de Casación, que del poder legislativo, de tal manera que cuando se decidió imponer límites al poder legislativo se aumentaron los poderes del ejecutivo en lugar de los del judicial, como se hizo en la Constitución de 1958 (29).

La mejor manera de controlar la actuación del poder ejecutivo y legislativo es a través de una organización independiente. Los autocontroles de los órganos políticos generalmente son ineficientes. Es difícil concebir un verdadero y libre control del mismo órgano controlado, principalmente en el mismo seno de los citados poderes, porque el primero mientras más organizado es, su jerarquización es más estricta y el segundo es considerado como el más representativo y supremo. Esto explica la ineficacia de todos los sistemas políticos como los consagrados en las Constituciones francesas de 1799, 1852 y 1945 y en los países socialistas.

Francia avanza considerablemente en el control de la actuación administrativa por medio del Consejo de Estado que ha llegado a ser de un simple departamento interno de la administración un órgano judicial independiente, considerado un alto Tribunal como la Corte de Casación.

Impulsada por la necesidad de las nuevas corrientes doctrinales, Francia dio sus primeros pasos dentro de la revisión judicial constitucional; a saber: el Consejo de Estado ha llegado a ser un órgano casi judicial y se encarga de revisar la inconstitucionalidad de las Leyes parlamentarias que violan los derechos fundamentales; por una enmienda constitucional de 1974 se legitimó a las minorías parlamentarias para impugnar la legislación

(29) Al Parlamento se le señaló una lista de materias de su competencia y el resto pasó a ser competencia del *porvoir reglementaire*, o sea, de las facultades legislativas autónomas del Ejecutivo. De esta manera, por ejemplo, inconcebible entre nosotros, a principios de los años setenta el Ejecutivo decretó un nuevo Código de Procedimiento Civil, dando al traste con uno de los cinco napoleónicos (Civil y Procedimiento Civil, Penal e Instrucción Criminal y Comercial), con una antigüedad mayor del siglo y medio. El desmoronamiento del quinteto principió con el reemplazo de la Instrucción Criminal por el Procedimiento Penal de 3 de diciembre de 1957 y 23 de diciembre de 1958 (cfr. CAPPELLETTI, *Formidable problema del control judicial*, ob. cit., págs. 250 y 251, ALCALÁ ZAMORA Y CASTILLO, "Bases para redactar el articulado del proyecto de Código Procesal Civil costarricense", *Código Procesal Civil*, Editorial Juricentro, San José, Costa Rica, 1990, pág. 2).

ante el Consejo Constitucional. Por eso sostienen algunos juristas franceses que el sistema es tan efectivo como el de los otros países vecinos de Europa. Sin embargo, tiene graves limitaciones: las personas afectadas en sus derechos fundamentales no están legitimadas para recurrir ante el Consejo Constitucional, pues solamente no menos de 60 ciudadanos están legitimados para recurrir, lo mismo que unas pocas entidades en función del interés general; el acto legislativo sólo puede ser atacado durante el corto plazo que media entre su aprobación y promulgación, por lo que una vez promulgada la Ley ningún Juez puede dejarla de aplicar bajo el pretexto de que es contraria a la Constitución.

Por otra parte es importante destacar que algunos juristas franceses famosos se han pronunciado a favor del sistema difuso.

b) *Inglaterra*

En este país el camino transitado es otro. No adopta la versión francesa de la separación estricta de poderes que no permite la interferencia de los Jueces en la actuación legislativa y administrativa, ni existía odio contra los Jueces; por el contrario, gozaban (y gozan) de prestigio sobre todo en su labor de protección de las libertades individuales, lo que impidió fuerte resistencia al establecimiento de la revisión judicial sobre la actuación administrativa. Sin embargo, el principio de la supremacía absoluta del Parlamento, que según el conocimiento proverbio puede hacer cualquier cosa excepto transformar en hombre a una mujer o a una mujer en hombre, impide la revisión judicial de las Leyes, pues esta revisión, según BLACKOTONES, equivale a poner el poder judicial por encima del legislativo lo que es subversivo en todo gobierno.

Ya vimos cómo la Revolución de 1688 impuso la tesis de la supremacía parlamentaria y termina con la de COKE.

La supremacía parlamentaria se encuentra habitualmente vigente, pero según CAPPELLETTI (30) se la han abierto brechas: a) el Derecho comunitario (Comunidad Europea) se aplica en forma directa, uniforme y prevalente sobre las Leyes nacionales, atribuyéndosele a los Jueces nacionales la facultad de rechazarlas cuando sean contrarias a la legislación comunitaria. Por otra parte, los problemas de interpretación los decide en última instancia y con efectos definidos para todos los miembros el Tribunal Europeo de Justicia. Este no es un control constitucional, pero sí un

(30) "¿Renegar de Montesquieu? La expresión y la legitimidad de la justicia constitucional", *Revista Española de Derecho Constitucional*, año 6, núm. 17, mayo-agosto 1986, págs. 29 y sigs.

debilitamiento de la supremacía absoluta de la Ley parlamentaria, y *b*) en Inglaterra rige la Convención europea y sus órganos de justicia se encargan de controlar su cumplimiento ante las quejas presentadas por cualquier ciudadano contra actos y Leyes violatorios de los derechos consagrados en ella, por lo que sostiene el citado autor que solo resta un pequeño paso para afirmar que la Convención es parte de la Ley inglesa y que quizá vinculante para el Parlamento y que los Tribunales británicos deben hacerla cumplir para que sus Sentencias no sean condenadas por el Tribunal Internacional del Convenio.

C) BASES FUNDAMENTALES DEL SISTEMA DIFUSO

El arquetipo del sistema difuso descansa sobre las bases siguientes:

a) Aplicar la disposición legislativa superior en jerarquía y desechar la inferior es una regla de interpretación del derecho que los Jueces están autorizados a emplear en su función de administrar justicia y por consiguiente no existe una invasión del Juez en la esfera legislativa.

b) Cualquier Juez está investido del poder de no aplicar la Ley contraria a la Constitución, de oficio o a petición de parte, en cualquier caso sometido a su conocimiento (vía incidental o indirecta). La inconstitucionalidad se puede presentar en todo tipo de procedimiento judicial y no existe un procedimiento especial para dilucidar la materia constitucional, pues se discute, tramita y falla dentro del juicio en que se plantea y llega a los Tribunales superiores a través de los recursos corrientes. La cuestión se falla en la Sentencia definitiva. La denominación vía incidental se puede prestar a confusión pues también sugiere accesoriedad y en realidad la cuestión de inconstitucionalidad en el sistema difuso es principal, ya que se falla en la Sentencia definitiva del juicio y forma parte de la premisa mayor del silogismo que constituye dicha Sentencia.

c) La cuestión de inconstitucionalidad no se puede proponer por vía de acción, ajena a un conflicto judicial. Esto no quiere decir que el actor en la vía judicial no puede promover la inconstitucionalidad de una Ley que le perjudica.

d) La Sentencia que declara la inconstitucionalidad de la Ley tiene efectos sólo con relación al caso concreto (inaplicabilidad al caso concreto), pero por el *stare decisis* produce efectos generales.

En los Estados Unidos los efectos generales de la Sentencia provienen del *stare decisis*, figura necesaria dentro de la concepción del derecho en ese país, en donde no existe un sistema de normas cerradas que el Juez

debe de interpretar e integrar, sino un conjunto de reglas concretas derivadas de los casos definidos. El Juez es creativo en la solución del conflicto y como existen infinidad de Jueces y Tribunales (todos creadores del derecho) es preciso, por razones de seguridad y unidad del derecho, vincular al Juez a sus propias decisiones y a la de los otros Jueces de igual o superior jerarquía, lo que en última instancia realiza la Corte Suprema.

El Juez norteamericano se ajusta a la jurisprudencia de la Corte Suprema no por el temor de que su resolución sea revocada, como sucede en nuestro sistema, sino para no apartarse del derecho vigente.

D) INCONVENIENTES DEL SISTEMA DIFUSO

El sistema difuso en los países en donde no existe el *stare decisis* presenta serios inconvenientes que provocan incertidumbres y conflictos entre órganos; a saber:

a) El mismo u otro Juez que declara la inconstitucionalidad puede aplicarla posteriormente o viceversa.

b) Pueden surgir diferentes interpretaciones a la Constitución entre órganos de diverso tipo, como, por ejemplo, entre la justicia ordinaria y la administrativa.

c) También se pueden presentar contrastes de opiniones entre Tribunales inferiores y superiores debido a que los primeros generalmente están formados por personas jóvenes y menos apegadas al pasado y posiblemente dispuestos a declarar la inconstitucionalidad, en cambio los segundos más conservadores inclinados a mantener la constitucionalidad.

d) A pesar de que en un caso concreto anterior ya se declaró la inconstitucionalidad de la Ley, cualquier otra persona extraña al juicio anterior que tenga interés en que no se le aplique tendrá que promover un nuevo proceso.

Estos inconvenientes han sido evitados en los Estados Unidos y en los otros países del *common law* en los cuales rige el *stare decisis*; pero persiste en los sistemas de base romanista. Podrían solucionarse otorgándole efectos generales a la Sentencia de la Corte Suprema, pero en tal caso surgiría un sistema mixto situado a mitad del camino entre el difuso y el austríaco.

E) CREACIÓN Y BASES DEL SISTEMA AUSTRÍACO

Varios factores contribuyeron en Europa al surgimiento del sistema concentrado: la modesta aplicación del sistema difuso en los países escan-

dinavos y su fracaso en los otros países del *civil law*; los inconvenientes ya vistos; el carácter extraño del *stare decisis* para poder adoptarlo; el carácter conservador de los Jueces comunes de carrera que, aunque capacitados y con prestigio de muchos siglos en la aplicación del derecho, carecían de la idoneidad para administrar la justicia constitucional que requiere de mayor atrevimiento, creatividad y voluntad política.

Por eso se pensó en la creación de un Tribunal especial, de carácter judicial, encargado fundamentalmente de controlar la constitucionalidad de las Leyes, sobre las bases siguientes:

a) Los Jueces ordinarios no pueden conocer de la constitucionalidad de las Leyes como manifestación de su poder de interpretarlas, ni bajo ninguna otra razón, sino una Corte Constitucional que, dentro del sistema de pesos y contrapesos, controla al poder legislativo para que respete la supremacía de la Constitución, lo que evidentemente constituye una función política.

En los sistemas de Italia, Alemania y demás que se inspiraron en el austríaco no se les permite a los Jueces ordinarios conocer sobre la constitucionalidad, sea por la vía de acción o de excepción.

b) Originalmente (1920) el control se daba solamente en la vía principal, esto es, mediante una acción especial directa cuyo objeto exclusivo es plantear la inconstitucionalidad de la Ley ante la Corte Constitucional. Están legitimados para ejercitar esta acción órganos políticos y no judiciales tales como el Gobierno Federal y los Länders, el primero para pedir el control de la legitimidad constitucional de Leyes de los Länders y los últimos para el control de las Leyes federales.

Solamente estos dos órganos constitucionales estaban legitimados, pero a partir de la reforma de 1929, se permite que en forma incidental dos altos órganos judiciales ordinarios planteen la cuestión de constitucionalidad de una Ley aplicable en forma relevante al caso que se encuentra bajo su conocimiento, pero los Jueces inferiores jamás pueden negar la aplicación de la Ley cuestionada de institucional.

Estos dos órganos superiores legitimados son: la Corte Suprema (Obers-ter Gerichtshof) para asuntos civiles y penales y la Corte Suprema para asuntos administrativos (Verwaltungsgerichtshof). No están legitimadas para proponer la acción especial de inconstitucionalidad.

La acción de inconstitucionalidad es abstracta, ajena a todo caso concreto y, como consecuencia, no presupone ninguna Sentencia judicial que impugnar.

Cuando la inconstitucionalidad es promovida por las Cortes Superiores, se suspende la aplicación de la Ley y se concede intervención ante la Corte Constitucional a las partes interesadas en el caso concreto a los

gobiernos interesados en la constitucionalidad de las Leyes (Gobierno Federal o Länders).

Se admite, pues, la vía de acción y la incidental, por eso se dice que es un sistema híbrido.

c) La Sentencia que dicta la Corte Constitucional tiene efectos generales, o sea, elimina del derecho vigente a la Ley declarada inconstitucional.

d) La Sentencia sólo tiene efecto para el futuro, aunque posteriormente (1929) se reconoció que la Ley inconstitucional no tiene aplicación al caso concreto y que la Ley derogada vuelve a entrar a regir cuando así se disponga, dos situaciones que constituyen excepciones al principio de la no retroactividad.

El sistema original aplicó estrictamente el principio de la no retroactividad de la Sentencia que declara inconstitucional a la Ley y, por tanto, los hechos verificados durante la vigencia de ésta son válidos y eficaces. La reforma de 1929, con criterio más práctico que teórico, a fin de legitimar a las dos cortes judiciales en la postulación de la inconstitucionalidad de las Leyes, dispuso que la Ley inconstitucional no es aplicable al caso concreto, como se dijo anteriormente.

F) DIFERENCIAS FUNDAMENTALES DE AMBOS SISTEMAS

Aunque la doctrina observa un acercamiento entre ambos sistemas, no por esto se borran las diferencias fundamentales. Veamos cuáles son:

a) El sistema difuso es descentralizado, pues conoce de la constitucionalidad cualquier Juez, sin distinción de jerarquía, que ante su despacho se tramita un caso concreto propio de su competencia; en cambio, el austriaco es concentrado, pues la Corte Constitucional tiene el monopolio del conocimiento sobre la inconstitucionalidad de las Leyes, privando de esa función a los Jueces y cortes judiciales ordinarias.

b) En el sistema difuso se conoce en forma indirecta (excepcional o incidental, llamada también) sobre la constitucionalidad de la Ley, pues surge con ocasión del caso concreto pendiente de trámite y fallo ante los Tribunales de Justicia, por lo que no existe un procedimiento especial, ni se permite la acción abstracta y directa; en cambio, en el austriaco se emplea la vía directa mediante acción abstracta y procedimiento especial ante la Corte Constitucional, aunque con posterioridad a la reforma se emplea la vía incidental, pero sólo están legitimadas las dos cortes superiores y no los Jueces inferiores.

c) En el sistema difuso la Ley inconstitucional es absolutamente nula por oponerse a una norma superior (constitucional) y, como consecuencia, no se anula dicha Ley con la Sentencia, sino solamente declara la nulidad preexistente de la misma y tiene efectos retroactivos (*ex tunc*); en cambio en el sistema austríaco la Sentencia anula la Ley que hasta el momento era válida y eficaz y tiene efectos para el futuro (*ex nunc*) a partir de su publicación, pero la Corte puede posponer su eficacia a una fecha posterior, no mayor de un año en Austria y seis meses en Turquía.

d) En el sistema difuso la Sentencia tiene eficacia sólo con relación al caso concreto con ocasión del cual se planteó la cuestión constitucional, no obstante en Estados Unidos y sus seguidores por el *stare decisis* adquiere efectos generales; en cambio el austríaco la Sentencia tiene efectos generales. La doctrina europea considera al sistema austríaco más completo que el difuso, pues en éste es posible que muchas Leyes escapen al control constitucional porque difícilmente se prestan a discusión en los casos concretos pendientes ante los Jueces y Tribunales; pero también más peligroso, pues sin la prudencia y sabiduría (la que tiene la Corte Suprema de Norteamérica) se corre el riesgo de que el Tribunal se convierta en una grave amenaza política al intervenir en el poder legislativo directamente o indirectamente en el ejecutivo.

G) ACERCAMIENTO DE AMBOS SISTEMAS

En la doctrina se observa un acercamiento de los dos grandes sistemas, a saber: la naturaleza judicial de ambos; los efectos generales de las Sentencias en ambos sistemas; la aceptación de la vía incidental en el sistema austríaco, aunque restringida; el funcionamiento casi exclusivamente constitucional de la Corte Suprema norteamericana y la orientación política de sus decisiones: la adopción de sistemas mixtos; la adopción en algunos países latinoamericanos del sistema austríaco; y la aceptación parcial en las constituciones alemana, italiana y austríaca del sistema de los *cheks and balances* en lugar de la versión francesa de la separación rígida de poder.

Se sostiene que los sistemas italiano y alemán en cierto sentido se encuentran en medio camino entre el austríaco y americano (31), lo cual no es compartido por algunos autores (32).

(31) Cfr. CAPPELLETTI, *Control judicial de las leyes*, ob. cit., pág. 85.

(32) Cfr. FRANCISCO RUBIO LLORENTE, "La jurisdicción constitucional como forma de creación del Derecho", *Revista Española de Derecho Constitucional*, año 8, núm. 22, enero-abril 1988, pág. 25.

H) BREVE REFERENCIA AL SISTEMA ALEMÁN, ITALIANO Y ESPAÑOL

En Italia, Alemania y España la cuestión de constitucionalidad se puede plantear ante un Tribunal constitucional tanto en la vía incidental como principal. La vía incidental, superando al sistema austríaco, la pueden promover todos los Jueces y Tribunales, en cambio en el austríaco en la vía incidental sólo están legitimados los órganos superiores judiciales.

En Italia la aplicación preferente de la Constitución provoca una prejudicialidad constitucional que paraliza el juicio ante los Tribunales de justicia en espera de la decisión del Tribunal especial (Corte Constitucional), el cual no se pronuncia sobre el fondo del caso discutido sino solamente sobre la constitucionalidad de la Ley que se pretende aplicar.

La inconstitucionalidad no se puede plantear directamente ante la Corte Constitucional, pues surge con ocasión de un conflicto pendiente de decisión ante los Tribunales ordinarios de justicia. No obstante, la Corte Constitucional es el único Tribunal que en forma exclusiva puede pronunciarse sobre la inconstitucionalidad de la Ley.

En España de dos maneras puede plantearse la inconstitucionalidad de la Ley: *a)* mediante una prejudicialidad constitucional surgida en un juicio pendiente de decisión ante los Jueces o Tribunales. La inconstitucionalidad la puede apreciar el Juez o Tribunal de oficio o a petición de parte, pero sólo esas autoridades la pueden plantear ante el Tribunal Constitucional, lo cual ha sido objeto de crítica (art. 35 y sigs.), y *b)* mediante el recurso directo de inconstitucionalidad de la Ley, disposición normativa o acto con fuerza de Ley ante el Tribunal Constitucional, pero sólo están legitimados; el Presidente del Gobierno; el Defensor del Pueblo; cincuenta Diputados; cincuenta Senadores; y los órganos colegiados ejecutivos y las Asambleas de las Comunidades autónomas en lo que puedan ser afectados en su autonomía (art. 35 y sigs.).

Como puede apreciarse, en ambos sistemas no existe pureza.

Son prejudiciales aquellas cuestiones de influencia en la decisión del proceso cuyo conocimiento pertenece a otra jurisdicción.

Dos son los elementos que deben concurrir: influencia de la cuestión prejudicial en el proceso y que el conocimiento de ella pertenezca a la autoridad de una jurisdicción diferente a la que conoce del juicio en que surge (33). Pueden ser penales, constitucionales, administrativas, laborales,

(33) Nuestras leyes contemplan algunos casos de prejudicialidad. Por ejemplo, el artículo 427 Pr establece la prejudicialidad penal autorizando a los Jueces y Tribunales a suspender los juicios civiles cuando la existencia de un delito fuere el fundamento preciso de la Sentencia que debe dictarse en aquellos o fuere de influencia notoria. Los artículos 198 y 199 Pr contemplan la prejudicialidad penal para el caso especial de

etcétera. Surgen a causa de la existencia de diferentes jurisdicciones para administrar justicia.

1. *Nuestra clasificación*

Son muchas las clasificaciones que se han formulado sobre los sistemas de control de constitucionalidad de las Leyes (34).

Intentaremos desarrollar con fines didácticos, de acuerdo a la doctrina y legislaciones que se han dado sobre la materia, la clasificación siguiente:

a) *Atendiendo a su extensión*

i) *Con alcance general*

En virtud de este sistema la Ley inconstitucional es invalidada con carácter general (*erga omnes*). Desaparece como Ley para siempre. En resumen, la Ley deja de ser Ley.

la falsedad de un documento cuando éste fuere indispensable para la prueba en el juicio civil (cfr. JAIME GUASP, *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, t. I, M. Aguilar, Madrid, 1948, págs. 954 y sigs.; JESÚS GONZÁLEZ PÉREZ, *Derecho procesal administrativo*, Editorial Temis, Colombia, 1985, págs. 68 y sigs.; ALCALÁ ZAMORA CASTILLO y RICARDO LEVENE, *Derecho procesal penal*, ob. cit., t. I, págs. 231 y sigs., CALAMANDREI, *Ilegitimidad constitucional de las leyes*, ob. cit., t. III, págs. 67 y sigs.).

(34) CALAMANDREI hace la clasificación de los sistemas de control de la constitucionalidad de las leyes así: 1) Atendiendo al objeto: a) Formal. Por violación del procedimiento de formación de las leyes (*error in procedendum*). b) Material. Por violación del contenido de la Constitución (*error in iudicando*). 2) Atendiendo al órgano: a) Judicial (difuso). Todos los órganos del poder judicial controlan la constitucionalidad de las leyes; b) Autónomo o concentrado. Controla un único y especial órgano instituido con esa atribución exclusiva colocado en forma preminente y fuera de cualquier otro orden de órganos. 3) Atendiendo a la legitimación: a) Incidental. Se propone en forma prejudicial por quien es parte de una controversia concreta al momento de aplicarse la Ley tachada de inconstitucionalidad. b) Principal. Cuando se propone como tema separado y principal de la petición. Se pone directamente en cuestión la inconstitucionalidad de la Ley sin esperar que se ofrezca la ocasión de una controversia especial. 4) Por la extensión de sus efectos: a) Efectos generales. La ilegitimidad conduce a invalidar la Ley *erga omnes*, haciéndola perder para siempre su eficacia normativa general y abstracta. b) Efecto especial. La inconstitucionalidad se limita a declarar la Ley inaplicable al caso concreto, limitando sus efectos sólo a este caso. 5) Por la naturaleza de los efectos: a) Efectos declarativos. La declaración de certeza (la Sentencia que declara la inconstitucionalidad) opera retroactivamente sobre una nulidad preexistente (*ex tunc*). b) Efectos constitutivos. Con efectos anulatorios o de ineficacia que valen para el futuro (*ex nunc*); pero respeta en cuanto al pasado la validez de la Ley ilegítima (*El control de constitucionalidad bajo el ordenamiento derogado*, ob. cit., t. III, págs. 29 y sigs.) CAPPELLETTI, atendiendo al perfil subjetivo u orgánico, distingue dos sistemas: el difuso o americano o el austriaco o europeo, pero reconoce un mixto como el de México e Irlanda (*Control judicial de las leyes*, ob. cit., págs. 60-61).

Tienen alcance general en cuanto a la inconstitucionalidad de la Ley: la Constitución austríaca de 1920; la cubana de 1940 (35); los recursos directos de inconstitucionalidad de Colombia, Venezuela y España (también lo acepta en la vía prejudicial constitucional); los sistemas italiano y alemán; en general todos los inspirados en el sistema austríaco; y nuestras Leyes de Amparo de 1948, 1950 y 1974.

Lo acoge la vigente Ley de Amparo en el recurso de inconstitucionalidad y se incorpora al sistema difuso como tendremos ocasión de demostrar (arts. 4, 19, 20 y 21 LA).

De acuerdo con el artículo XXXVII del Título Preliminar del Código Civil la derogación de la Ley derogatoria no restablece la primera Ley, a no ser que la última lo prescriba expresamente.

Esta regla no se aplica en el supuesto de inconstitucionalidad de la Ley, pues la Sentencia no es derogatoria, sino declarativa de la inconstitucionalidad de la Ley, preexistente a dicha Sentencia.

Existen dos sistemas: el austríaco en el que una vez eliminada la Ley inconstitucional entran de nuevo en vigor las Leyes que le preexistan, salvo lo dispuesto en sentido contrario por la Corte Constitucional; en el otro sistema las Leyes derogadas expresa o tácitamente por la Ley declarada inconstitucional entran de nuevo en vigencia sin necesidad de ningún acto o manifestación de la Asamblea Legislativa o de la Corte. Este último sistema es el que se ajusta a nuestras Leyes, por lo cual debe aplicarse a pesar de no existir disposición expresa.

ii) Alcance particular

En este sistema, la Sentencia se limita a declarar inaplicable la Ley al caso concreto y con relación a los contendientes; pero no desaparece como Ley, continúa vigente. Por eso la Sentencia que declara la inconstitucionalidad carece de efectos *erga omnes* y se desenvuelve dentro de los efectos relativos de la cosa juzgada (efectos entre las partes). No existe, pues, una declaración general de nulidad como en el sistema anterior. De donde se infiere que la Ley declarada inconstitucional puede ser posteriormente considerada válida por el mismo u otros Jueces o viceversa. Entonces se da el caso de lo que hoy se estima inconstitucional mañana no lo sea o viceversa. Esto crea inconvenientes que pueden dar pie a la incertidumbre

(35) Artículo 194 (cfr. RAFAEL PÉREZ LOVO, *Código Civil y Constitución*, Cultural, S.A., La Habana, 1944) El régimen comunista ha dado una nueva Constitución en 1976 y un nuevo Código Civil en 1987.

en la actuación de las personas con base a la Ley declarada inconstitucional y a la realización de fraudes.

Sin embargo, cuando la jurisprudencia es obligatoria (*stare decisis*) la Ley declarada inconstitucional en la práctica queda derogada y hasta es suprimida de las recopilaciones de Leyes vigentes y aunque así no se haga aparece como una Ley muerta (en Estados Unidos, por ejemplo).

Ha sido seguido por nuestras Leyes de Amparo de 1893, 1911 y 1939 y dentro del control difuso de la constitucionalidad de las Leyes, con excepción del actual.

iii) Alcance mixto

Resulta de la combinación de los dos anteriores y funciona así: cuando la inconstitucionalidad es por el quebrantamiento de los trámites de la formación de la Ley, la nulidad de ésta es absoluta y como tal desaparece del ordenamiento jurídico para siempre, ya no seguirá rigiendo como Ley (alcance general); cuando la violación se produce contra disposiciones materiales, la Sentencia que declara la inconstitucionalidad de la Ley sólo produce efectos en el caso concreto (alcance particular).

Es el sistema del Tribunal de Garantías de España de 1933 (36).

b) *Atendiendo a la naturaleza del órgano*

i) Sistema de control político

El control del cumplimiento de la Constitución es entregado a un órgano político que puede ser uno de la estructura normal del Estado o uno creado especialmente.

Corresponde a la primera forma: el Presidente del Reich de la Constitución Alemana de Weimar; el Congreso y Senado de la Constitución Federal de 1824; el Poder Legislativo en la Constitución de 1838.

Se encuentra dentro de la segunda forma: el Senado conservador de la Constitución francesa del 13 de diciembre de 1779 y las demás anteriormente citadas y el Consejo representativo de nuestra Constitución de 1826.

(36) Cfr. ALCALÁ ZAMORA CASTILLO y RICARDO LEVENE, *Derecho procesal penal*, Guillermo Koaft, Ltda. Argentina, 1945, t. I, págs. 195 y sigs.; ALCALÁ ZAMORA CASTILLO, *Significado y funciones del Tribunal de Garantías Constitucionales. Ensayos de Derecho procesal*, Revista de Jurisprudencia Argentina, S.A., 1944, págs. 503 y sigs.

Se aparta al poder judicial porque se piensa que esta función es política y le corresponde a un órgano de esa naturaleza. Además se estima conveniente alejar al poder judicial de las pasiones y conflictos políticos, dañinos a la buena administración de justicia. Tiene algunos simpatizantes.

No es aconsejable, más en nuestro medio, la adopción de un sistema como éste, pues se presta al juego político partidista y a las consecuencias que trae, y el autocontrol, como el francés, no rinde buenos frutos. Poca aceptación legislativa tiene, sobre todo en Latinoamérica.

ii) Sistema de control judicial

Es el sistema más aceptable por las razones siguientes: la oposición de la Ley o de cualquier acto a la Constitución es una cuestión jurídica que corresponde resolver a órganos judiciales mediante la aplicación preferente de este cuerpo superior de Leyes; los funcionarios judiciales son los mejor capacitados e imparciales para esa labor; el poder legislativo y el ejecutivo generalmente son los sujetos pasivos contra los que se dirige el amparo, lo cual les quita imparcialidad para conocer; el poder judicial es menos peligroso que los poderes políticos (legislativo y ejecutivo), más capacitado y ofrece mejores garantías.

— Sistema de control por los Tribunales ordinarios

La defensa de la Constitución se entrega a la jurisdicción ordinaria, ya sea en forma difusa (conocimiento por todos los Jueces y Tribunales) o directa mediante el conocimiento de la cuestión constitucional por un órgano determinado del mismo poder judicial que tenga la mayor jerarquía como la Corte Suprema de Justicia (37).

Es el que sigue Estados Unidos (38) y la mayoría de los países latino-americanos en su versión difusa y en menor medida la vía directa. Nica-

(37) La Constitución cubana de 1940 creó el Tribunal de Garantías Constitucionales y Sociales encargado de conocer de la inconstitucionalidad, pero era una Sala del Tribunal Supremo de Justicia que formaba parte de la justicia ordinaria, como puede verse en los artículos 171 y 172.

(38) La facultad de la Corte Suprema de Justicia no aparece a texto expreso en la Constitución. Es creación jurisprudencial de este Tribunal. Se deduce de las interpretaciones amplias del artículo 6, que establece que "la presente Constitución y las leyes de los Estados Unidos serán hechas, *en consecuencia*, según la Ley suprema del país". El uso de la expresión en "consecuencia" se interpreta en el sentido de que las leyes deben ser hechas de acuerdo a la Constitución

ragua consagra el difuso, pero complementado con el recurso de amparo directo ante la Corte Suprema y la casación ante este mismo Tribunal, como veremos más adelante.

— Sistema de control por un Tribunal especial

La defensa de la Constitución ha cobrado una formidable importancia pasando a ser parte principal de la nueva rama denominada Derecho procesal constitucional y sirvió de base para crear Tribunales jurisdiccionales especiales como los de Austria, Alemania, Italia, España y Guatemala (39).

No dudamos que el Derecho procesal constitucional tenga autonomía (principios propios, importancia reconocida y Ley especial: la de Amparo en nuestro medio) y de que son muchos los países que contemplan procedimientos defensivos de la integridad constitucional. Pero la autonomía de una rama procesal no necesariamente conduce a la creación de órganos especiales encargados de aplicarla, pues donde no se justifica podría traer complicaciones y gastos innecesarios. Por ejemplo, cuando existe una legislación procesal civil y constitucional ágil y moderna y Jueces ordinarios capaces, hay que meditar muy seriamente para crear nuevos Tribunales especializados.

Tampoco la autonomía de una rama sustantiva trae aparejada necesariamente la creación de una nueva rama procesal y el establecimiento de Tribunales especiales. Por ejemplo, no ha sido necesario crear Tribunales especializados y una rama procesal comercial, ni una Ley especial que la regule, para la aplicación del Derecho comercial, cuya importancia en la vida moderna es indiscutible. A pesar de ello generalmente en la mayoría de los países son los Tribunales ordinarios los que siguen conociendo de esos negocios mediante la aplicación del procedimiento civil con sus necesarias variantes. Debemos reconocer que en algunos países se han creado Tribunales mercantiles y Leyes especialmente sobre procedimiento mercantil, pero con posterioridad suprimidas (España).

No creo que amerite el control de la constitucionalidad la creación de un Tribunal especial, por lo menos en nuestro país, pues sería manejado por los poderes políticos.

Se podría argumentar a favor del Tribunal especial expresando que

(39) En Guatemala existe la Corte de Constitucionalidad compuesta de doce miembros, pero no actúa con carácter permanente. Se integra cuando la demanda es interpuesta (cfr. MARIO AGUIRRE GODOY, *Derecho procesal civil*, Guatemala, 1982, t. II, vol. I, págs. 490 y sigs.).

con él se logra la especialidad, se atienden más casos y se asegura una participación más dinámica, efectiva y sin temores de la justicia en el control de la constitucionalidad. Pero todas estas cualidades se pueden obtener para los Tribunales ordinarios por diferentes medios: creación de una sala especializada en la Corte Suprema, aumento del número de Magistrados, mejoramiento de locales, preparación del personal, garantía de independencia, etc. (40).

c) *Atendiendo a las formas de proponerlo*

1) Sistema difuso

En virtud de este sistema todos los Jueces y Tribunales de la justicia ordinarios, desde el de más inferior jerarquía hasta el Tribunal Supremo, pueden en la Sentencia definitiva del juicio aplicar de preferencia la Constitución desechando la Ley que se opone a ella. El interesado tiene a su favor los recursos ordinarios para atacar la Sentencia y el extraordinario de casación en el fondo cuando se violó la Constitución por aplicación de una norma contraria a ella.

El conflicto de la inconstitucionalidad se puede promover de oficio o a petición de partes. Son dos formas de proceder de este sistema. Pueden ir acompañadas o separadas.

Cuando el Juez o Tribunal inferior es el que declara la inconstitucionalidad, sus decisiones generalmente no forman jurisprudencia. Se soluciona este problema enviando el Tribunal inferior copia de la Sentencia para que la corte suprema de justicia se pronuncie sobre la inconstitucionalidad y así formar jurisprudencia.

Por ejemplo, en la Ley de 2 de julio de 1912 se disponía que los Jueces (locales o de distrito) o Tribunales (Tribunales de Apelación) que hubieren dictado Sentencia en la que se negó la aplicación de una Ley por juzgarla inconstitucional y que hizo tránsito a cosa juzgada, debían enviarla a la Corte Suprema a los propósitos del recurso de casación en interés de la Ley (41), es decir, con el fin de que ese Tribunal se pronuncie y establezca

(40) En Europa la creación de un Tribunal especial constitucional ha tenido éxito, pero no creo que se logre en nuestro país porque son otras las realidades.

(41) La casación tiene las finalidades siguientes: a) La defensa del derecho objetivo mediante la aplicación correcta de la Ley por los Jueces y Tribunales, con lo cual se pretende conseguir seguridad jurídica, la igualdad ante la Ley y la supremacía del órgano legislativo. Es la función nomofilática. b) Uniformar la jurisprudencia, con lo cual también se logra seguridad e igualdad ante la Ley. En la casación en interés de la

jurisprudencia, pero ésta no afecta lo decidido definitivamente *inter partes*. Si la Corte Suprema declara que la Ley es constitucional en nada beneficia la parte interesada que así lo sostenía en el juicio.

Este es el sistema que ha seguido nuestro derecho, acompañado de la casación y del recurso directo de amparo interpuesto ante la Corte Suprema de Justicia contra las Leyes, Decretos y actos de las autoridades que no sean judiciales.

En algunos países la proposición de la inconstitucionalidad ante Jueces o Tribunales inferiores suspende la tramitación del juicio y se traslada a la Corte Suprema la decisión de la inconstitucionalidad. Constituye una excepción de previo pronunciamiento que la falla este Alto Tribunal, aunque en ciertas legislaciones no provoca la suspensión pero el Juez debe fallar de acuerdo con la decisión constitucional, pero éste ya no es propiamente el sistema difuso.

ii) Sistema directo ante Tribunal especial constitucional

Aquí la acción de inconstitucionalidad se entabla directamente ante un Tribunal especial y único encargado de conocer de esa materia. La inconstitucionalidad es el objeto principal de la acción y no es preciso que surja con ocasión de una controversia especial.

Ley (o denuncias de oficio como la denomina CALAMANDREI, *Casación civil*, Ejea, Argentina, 1959, pág. 60) los efectos y propósitos se logran para el futuro porque la Sentencia casada en virtud de este recurso sigue surtiendo efecto entre las partes. Por el contrario, la Sentencia dictada por la Corte Suprema servirá para decidir de acuerdo a su criterio otros casos semejantes. Este tipo de casación ha sido objeto de crítica, y CALAMANDREI en la citada obra (pág. 62) se abstiene de abordarla porque aparece desprovista de toda importancia práctica al punto de ser abolida del proceso penal. MANUEL IBÁÑEZ FRECHAM se alegra de que en su país no se haya acogido y la califica de casación simbólica (*Los recursos en el proceso civil*, Editorial Bibliográfica Argentina, Buenos Aires, 1957, págs. 271 y 272). ALCALÁ ZAMORA la combate duramente (*Clínica procesal*, Editorial Porrúa, S.A., México, 1982, págs. 76 y sigs.). En realidad, la casación en interés de la Ley ha caído en desuso por su ineficacia práctica, se encuentra despreciada por el grave contraste entre la Sentencia de casación y la del Tribunal de Instancia declarada injusta, pero que a pesar de ello conserva su fuerza vinculante y tiene sustitutos. En materia constitucional este tipo de consulta es efectiva y beneficiosa. Antes de la Ley de 2 de julio de 1912 se podía usar del recurso de casación en interés de la Ley interpuesto por el Ministerio Público para discutir la inconstitucionalidad. Aunque prácticamente ya no es necesario, aún sigue vigente este medio (cfr. *infra*, nota 68).

iii) Sistema directo ante la Corte Suprema

Nuestras Leyes de Amparo han permitido que se recurra directamente ante la Corte Suprema de Justicia contra las resoluciones o actos de las autoridades no judiciales que apliquen disposiciones contrarias a la Constitución o que sin aplicar las Leyes también las violen. Pero no es un Tribunal especial que conocen, sino uno de la justicia ordinaria, el de mayor jerarquía.

Este sistema tiene dos variantes:

- La constitucionalidad puede ser propuesta por cualquier ciudadano independientemente de resultar perjudicado directamente. Es una acción abstracta independiente de un caso concreto.

Lo que legitima al proponente es simplemente la existencia de la oposición de la Ley a la Constitución. Es lo que se conoce bajo el nombre de acción popular o pública.

La acción popular también se da en los sistemas de recursos directos de inconstitucionalidad ante la Corte Suprema como en Colombia (42), Venezuela (43) y Nicaragua, aunque en nuestro país la actual Ley de Amparo la ha suprimido en forma ilegal como tendremos ocasión de señalar más adelante.

La acción popular se ha extendido a El Salvador, Panamá y algunas provincias argentinas.

- La inconstitucionalidad sólo puede ser pedida por la parte perjudicada o amenazada de serlo por la Ley.

d) *Sistemas declarativos y constitutivos*

i) Sistema declarativo

En virtud de este sistema, la Ley declarada inconstitucional es nula desde su aprobación (*ab initio*). Nace nula. Tal forma de operar de la nulidad le comunica a la Sentencia naturaleza declarativa con plenos

(42) Cfr. JAIME SANÍN GREIFFENSTEIN, *La defensa judicial de la Constitución*, Editorial Temis, Bogotá, 1971, págs. 110 y sigs., TULIO ENRIQUE TASCÓN, *Derecho constitucional colombiano*, Editorial La Gran Colombia, 1944, págs. 295 y sigs.

(43) Cfr. HUMBERTO J. LAROCHE, *Derecho constitucional general*, Maracaibo, 1969, págs. 110 y sigs., ALLAN R. BREWER-CARÍAS, "Introducción general al régimen del derecho de amparo a los deberes y garantías constitucionales", págs. 11 y sigs., y CARLOS H. AYALA CORAO, "La acción de amparo constitucional en Venezuela", pág. 111 y sigs., ambos en *Ley de Amparo, derechos y garantías constitucionales*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 1988.

efectos retroactivos al tiempo en que se produjo la nulidad por la colisión entre la Ley y la Constitución (*ex tunc*). La Sentencia se limita a declarar que en ese momento surgió la nulidad. No existe la creación de una situación jurídica nueva (44). De todo lo cual se infiere que la Ley desaparece para el pasado y para el futuro.

Al no ser Ley desde su nacimiento, carece de efectos para conceder derechos y protección jurídica e imponer deberes a los que actuaron de conformidad a ella. Por ejemplo, si fue condenado con base a una Ley que posteriormente se declaró inconstitucional no tengo que expiar la pena aunque exista Sentencia que hizo tránsito a cosa juzgada, pues en supuestos como éstos no se respeta.

Aplicado este sistema en forma rigurosa da pie a algunas injusticias y deja huérfanos de protección a actos que lo merecen. Por eso se propugna a favor de su suavización. Pongamos un ejemplo: si realizo un acto considerado lícito con base en una Ley declarada posteriormente inconstitucional y ese acto ha dejado de ser lícito porque la Ley anterior que pretendió derogar aquélla lo estima ilícito, deberé ser sancionado. La razón es muy sencilla: la Ley que se pretendió derogar siempre existió y de acuerdo a su texto el acto que realicé es ilícito y en base a ella tendré que ser sancionado. Por el contrario, la Ley inconstitucional en base a la cual actué nunca existió.

A fin de moderar esos rigores algunos autores han propuesto considerar la Ley inconstitucional como anulable y no nula (45). Esto nos llevaría a sostener que la Ley produjo efectos a los que se le deben protección, por lo que en el caso expuesto el acto que realicé será lícito y no podré ser sancionado. Pero en realidad esta posición más bien corresponde al sistema que a continuación desarrollaré.

También se propone la aplicación de principios o figuras jurídicas

(44) Cfr. COUTURE, *Declaración judicial de la prescripción adquisitiva. Estudios de Derecho procesal civil*, Ediar, Argentina, 1949, t. II, págs. 357 y sigs.; *Fundamentos del Derecho procesal civil*, Ediciones Depalma, Argentina, 1974, págs. 314 y sigs. En síntesis, sostiene que toda Sentencia contiene una declaración del derecho como antecedente lógico que es de la decisión principal, incluyendo las que no dan lugar a la demanda porque declaran la inexistencia del derecho que el actor pretende y las de condena y constitutivas por cuanto se llega a ese tipo de decisión después de considerar y declarar la existencia de la circunstancia que determinaron la condena o la constitución de un Estado jurídicamente nuevo. Pero la Sentencia de mera declaración no va más allá de esa decisión, la que tiene por objeto la pura declaración de la existencia de un derecho. Acepta como declarativas o de mera declaración: la que declara la existencia de la falsedad de un documento, la que declara la inexistencia de una obligación, la de jactancia y la que reconoce la prescripción adquisitiva.

(45) CALAMANDREI llega a aceptar que en el sistema declarativo existe una nulidad de la Ley y en el constitutivo una anulabilidad de la misma (*Ilegitimidad constitucional de las leyes*, ob. cit., t. III, págs. 95 y sigs.).

como el error común, la legitimación, el enriquecimiento sin causa, el abuso del derecho y la cosa juzgada excepto en lo penal.

La tendencia doctrinal se encamina hacia la suavización de los principios de la no retroactividad y de la retroactividad, teniendo en cuenta un justo equilibrio entre la justicia y la seguridad jurídica. Ya vimos cómo se hizo en Austria (modestamente) con relación al primero y ahora con relación al segundo, en donde se permite la consolidación, con base a los principios señalados en el párrafo anterior, de ciertas situaciones fundadas en una Ley posteriormente declarada inconstitucional con la finalidad de respetar la paz social y la estabilidad y certeza de las relaciones y situaciones jurídicas.

ii) Sistema constitutivo

A diferencia del anterior, la Ley declarada inconstitucional sólo desaparece para el futuro (*ex nunc*). Se aplica a los actos y hechos realizados antes de ser declarada inconstitucional. No existen efectos declarativos y retroactivos de la Sentencia que declara la nulidad; por el contrario, produce efectos constitutivos y para el futuro.

El efecto que produce esta Sentencia equivale al que surge de la derogación de la Ley: la Ley anterior se aplica para los actos o hechos realizados antes de la derogación y la nueva Ley a los futuros. La nueva Ley en esta técnica carece de efectos retroactivos.

En el sistema anterior se considera a la Ley inconstitucional como inexistente o nula absolutamente desde que se produjo la colisión. Por el contrario, en éste se considera anulable y, por lo tanto, existía y era válida hasta que se dictó la Sentencia que la anula (anulabilidad), lo que equivale en sus efectos a una derogación a partir de este momento. Se aplican a este sistema las mismas reglas que rigen para el conflicto de Leyes en el tiempo.

Este sistema también tiene sus inconvenientes y se presta a injusticias. Por esto se ha pretendido, con el fin de corregirlo, darle ciertos efectos retroactivos.

Lo sigue la actual Ley de Amparo (art. 18).

En realidad de verdad sólo existen propiamente hablando dos sistemas: el político y el jurisdiccional, los demás con características que pueden o no acompañar a uno o a otro. Pero como el sistema político carece de aceptación y no lo seguimos, nos limitamos a exponer la posibilidad de combinación de ciertas características en los sistemas generales judiciales.

Es posible que algunas de estas características estén presentes o no en los sistemas judiciales; pero generalmente, por razones de lógica, van acompañados así: el sistema de los Tribunales ordinarios es difuso, surgen

con ocasión de una controversia judicial, se limita a disponer la inaplicabilidad al caso de la Ley inconstitucional y es declarativo con efectos retroactivos; el sistema de los Tribunales especiales es directo, con efectos generales y constitutivos. Estos sistemas son antitéticos.

e) *Sistema de nuestro constitucionalismo*

Nuestro constitucionalismo ha formulado un mecanismo completo de control del cumplimiento de la Constitución, respaldado por una abundante jurisprudencia que con bastante conocimiento ha manejado nuestros juristas y juzgadores (46).

Este control se ha hecho a través del amparo (47), la casación en el fondo, forma y en interés de la Ley, la aplicación preferente de la Constitución por Jueces y Magistrados (forma difusa) y mediante el sometimiento del conflicto a la Corte Suprema cuando el ejecutivo veta de inconstitucionalidad un proyecto de Ley (control preventivo). A excepción del último, la legislación actualmente vigente admite los restantes medios de control.

Generalmente nuestro amparo ha tenido las aplicaciones siguientes:

- i) Amparo contra Leyes, Decretos o Reglamentos al aplicarse al agraviado por autoridades no judiciales, del cual conoce la Corte Suprema.
- ii) Amparo contra disposiciones, resoluciones, órdenes o actos de

(46) No se ha hecho un estudio ni existen estadísticas confiables sobre la eficacia práctica del amparo en todas sus manifestaciones. Lo mismo sucede en Latinoamérica, aunque se han hecho algunos intentos. Dos grandes obstáculos se le han interpuesto: la desorbitada amplitud de las cuestiones no justiciables que no son controlables, a las que la doctrina ha opuesto los conceptos correctivos de razonabilidad y desvío de poder, y los constantes estados de emergencia. Con el renacer de la democracia se espera un mejor futuro de amparo (cfr. FIX-ZAMUDIO, *La justicia constitucional en América Latina*, ob. cit., págs. 522 y 523). Sólo un caso en que se declaró la inconstitucionalidad registra nuestra jurisprudencia y el *habeas corpus* funciona mejor a pesar de los serios obstáculos que se ponen.

(47) Nuestro amparo se consagró en la Constitución de 1893 y lo reglamentó la Ley de Amparo de 29 de agosto de 1894. Se inspiró en el mexicano, aunque tiene sus diferencias y particularidades. La jurisprudencia y autores como GONZÁLEZ PÉREZ y FIX ZAMUDIO reconocen esa procedencia. Fue el segundo país, después de El Salvador, en adoptarlo (cfr. FIX ZAMUDIO, *La justicia constitucional en América Latina*, ob. cit., págs. 463 y 475, IVÁN ESCOBAR FORNOS, *El amparo*. Editorial Temis, Bogotá, Colombia, 1990, págs. 7 y sigs.) El amparo mexicano es multifinitorio, lo que va en detrimento de su identidad sirve de *habeas corpus*; de recurso de inconstitucionalidad contra las leyes; como proceso administrativo contra las resoluciones o actos de las autoridades administrativas cuando no pueden impugnarse ante un Tribunal administrativo; como casación; como instrumento tutelar de los campesinos (amparo social agrario).

autoridades no judiciales interpuesto por el agraviado o amenazado de serlo, del cual conoce también la Corte Suprema.

iii) Amparo contra actos restrictivos de la libertad personal por las autoridades (exhibición personal), del cual conoce la Sala de lo Criminal del Tribunal de Apelaciones correspondientes.

iv) Amparo contra actos restrictivos de la libertad personal por particulares (amparito), interpuesto ante los Juzgados de Distrito de lo Penal (48).

v) Amparo contra el auto de prisión del cual conoce la Sala de lo Criminal del Tribunal de Apelaciones correspondiente.

La actual Ley de Amparo suprimió el v) y el iv) lo absorbió el iii).

VI. UNIDAD DEL AMPARO

Con anterioridad se dijo que el amparo tiene varias manifestaciones. Lógicamente, por razones de importancia, facilidad y economía, en cada una de ellas pueden variar los procedimientos, reglas y competencias. No obstante, aparecen vinculadas por elementos comunes fundamentales que le comunican unidad al amparo: el fin (el control del cumplimiento de la Constitución) es el mismo; principios y reglas fundamentales de aplicación general; una sola Ley las regula. Existe un anchuroso campo común a todas ellas que orgánicamente las une. En resumen, el amparo es uno con manifestaciones específicas.

En *La Gaceta* número 5 del 9 de enero de 1987 se publica la vigente Constitución y en *La Gaceta* número 24 del 20 de diciembre de 1988 la Ley de Amparo (49). Los artículos 187, 188 y 198 de la Constitución establecen

(48) Nuestro amparo, como el mexicano y los que de él se derivan, sólo se da contra las autoridades; pero ultimamente (iniciado el movimiento por la jurisprudencia argentina) se acepta su procedencia contra los particulares (personas naturales o jurídicas o grupos de personas), como sucede en Venezuela, Bolivia y Uruguay por violación de cualquier derecho o libertad consagrado en la Constitución (cfr. FIX ZAMUDIO, *La justicia constitucional en América Latina*, ob. cit., págs. 467 y sigs.; CARLOS N. AMAYA CORA, *La acción de amparo constitucional en Venezuela*, ob. cit., págs. 137 y sigs.)

(49) La Corte Suprema de Justicia rechazó varios recursos de inconstitucionalidad antes de que se dictara la Ley de Amparo, argumentando que no podía aplicarse por carecer de reglamentación, olvidando que también las leyes procesales pueden ser suplidas o integradas por medio de leyes análogas y principios generales del Derecho y por los otros medios señalados en el artículo 433 Pr. Bien pudo aplicar el procedimiento del amparo propiamente dicho en ese entonces vigente. En algunos países el amparo ha sido creación jurisprudencial (Argentina) y en otros se ha aplicado a pesar de no existir Ley reglamentaria (Venezuela y Uruguay).

tres recursos: el de inconstitucionalidad contra Leyes, Decretos o Reglamentos; el de amparo; y el de exhibición personal (50). Estos debían ser regulados por una Ley de Amparo con rango constitucional, según lo disponen los artículos 184 y 190 de la Constitución.

Tal distinción y la forma en que se desarrolló en la Ley se apartan del concepto unitario del amparo, lo cual repercute en detrimento de la técnica legislativa empleada, de la claridad y de los fines del amparo.

Las dos primeras Leyes de Amparo (1894 y 1911) participan de esa distinción y no podemos criticarlas porque son los primeros experimentos. Pero a partir de la Ley de Amparo de 1939 se eliminó y bajo el nombre común de amparo regula todas sus manifestaciones. De aquí que la Corte Suprema haya dicho que el amparo y la inconstitucionalidad son un mismo recurso (51).

VII. VIAS PARA PROMOVER LA INCONSTITUCIONALIDAD DE LA LEY, DECRETO-LEY, DECRETO O REGLAMENTO

La vigente Ley de Amparo señala tres vías para acusar de inconstituciones esos cuerpos legales:

- a) El recurso directo por inconstitucionalidad. Su objeto principal y directo es que se declare la inconstitucionalidad.
- b) El recurso de amparo cuando la Ley, Decreto-Ley, Decreto o Reglamento considerado inconstitucional se le haya aplicado al agraviado por actos de una autoridad no judicial.
- c) La aplicación preferente de la Constitución y el rechazo de la Ley, Decreto-Ley, Decreto o Reglamento inconstitucional por el Juez o Tribunal que conoce de un caso concreto en asuntos de su competencia. Sistema difuso en donde se plantea de oficio o a petición de parte.

(50) El Partido Popular Social Cristiano presentó a la Asamblea un proyecto de Ley de Amparo que por encargo del mismo preparé desinteresadamente, inspirado en principios y orientaciones modernas del proceso y particularmente del amparo acción popular, impulso oficial, pruebas de oficio recabadas por el Tribunal, suplencia de la queja, responsabilidad y sanciones adecuadas a los funcionarios que no cumplan con las resoluciones judiciales, sana crítica y lista abierta, participación activa del Tribunal en el proceso, principio de celeridad, principio de buena fe, división y ordenamiento técnico y racional de las materias, epígrafe en cada artículo que indica la materia regulada, etc. En general, se aparta de la concepción individualista del amparo que lo limita y se adopta una más colectiva, pues se concede la acción popular, los efectos de la inconstitucionalidad son generales y se establece una posición más activa de los Tribunales en el proceso y en la búsqueda de la verdad material, sin confirmarse con la formal. No incorporé la oralidad por estimar que no era el momento oportuno

(51) S 10:30 a.m del 13 de agosto de 1962, *B.J.*, pág. 366.

El vencimiento del plazo de los sesenta días establecido en el artículo 10 de la Ley de Amparo sin interponer el recurso directo de inconstitucionalidad no cierra las puertas para que se pueda volver a plantear el tema por el perjudicado en cualquiera de las vías señaladas en las letras b) y c). La única sanción que puede deducirse de la no interposición del recurso dentro del término de Ley es la extinción del derecho de todos los ciudadanos de interponerlo por aplicación del principio general de preclusión porque no es una sanción expresamente impuesta. Ni la Constitución, ni la Ley de Amparo establecen como pena la conversión del cuerpo legal nulo en válido y la extinción de la oportunidad de discutirse posteriormente su inconstitucionalidad. De haberlo querido el legislador expresamente hubiera contemplado esa sanción, como hizo en el recurso de amparo en donde el artículo 51, inciso 3, de la Ley de Amparo lo estima improcedente cuando ha mediado aceptación tácita del agraviado por no recurrir dentro de los treinta días siguientes a la notificación del acto ofensivo (art. 26 LA). •

Sería inconcebible que por la decadencia de ese plazo, la Ley, Decreto-Ley, Decreto o Reglamento inconstitucional, viciado de nulidad, purgará su vicio, como si se hubiera bañado en el Jordán. La Ley de Amparo no se pronuncia a favor de tal aberración; por el contrario abre otras oportunidades para promover la inconstitucionalidad.

Como consecuencia de lo expuesto, si dejo transcurrir el plazo de los sesenta días sin interponer el recurso directo de inconstitucionalidad puedo plantear de nuevo la inconstitucionalidad de la Ley por medio del amparo o en la vía judicial. Si dejo transcurrir los plazos del recurso de inconstitucionalidad y de amparo, podré promover posteriormente la inconstitucionalidad en la vía judicial, pues la aceptación tácita por no recurrir de amparo dentro del término legal sólo me perjudicará para proponer nuevamente otro amparo sobre el mismo caso (art. 51, inc. 3, LA); mayor razón existe cuando promuevo la inconstitucionalidad en otros casos concretos.

En resumen, una Ley, Decreto-ley, Decreto o Reglamento es posible de ser acusado de inconstitucional en la forma indicada anteriormente mientras la Corte Suprema no declare a través de los recursos legales su constitucionalidad de acuerdo con el artículo 19 de la Ley de Amparo. Hasta este momento sale del Jordán purificado. Esta declaración no tendrá fuerza legal si la hace por medio de consulta.

VIII. RECURSO POR INCONSTITUCIONALIDAD

A) MATERIA DEL RECURSO

a) *Su objeto*

Este recurso tiene como objeto directo y principal la declaración de la inconstitucionalidad de la Ley, Decreto-Ley, Decreto o Reglamento por oponerse a la Constitución. Así se desprende de los artículos 2, 6, 7 de la Ley de Amparo y otros. No es preciso que de previo se encuentre pendiente de Resolución ante las autoridades administrativas o judiciales en caso concreto.

La materia regulada en la Ley de Amparo es amplia. Veamos lo que abarca:

i) Dentro del concepto de ley se comprende: las que dicta la Asamblea Nacional; las que dicta el Presidente por delegación de aquélla al recesar; las que dicta el Presidente en materia fiscal o administrativa sin necesidad de delegación, denominados decretos ejecutivos con fuerza de Ley por el artículo 150, inciso 3, de la Constitución; y los tratados internacionales (52).

ii) En el Decreto entran todas las disposiciones generales y abstractas dictadas por cualquier autoridad. Los planes de arbitrio y ordenanzas municipales podrían incluirse dentro del concepto de Decreto.

iii) El Decreto-Ley no existe en nuestra Constitución, por lo que se ha excedido la Ley de Amparo al dar como supuesto que es legal decretarlas. La Constitución anterior los autorizaba en el artículo 190, inciso 10.

(52) Existen disposiciones constitucionales, generalmente de carácter programáticas, que encierran derechos económicos y sociales para cuya aplicación efectiva en ciertos supuestos es preciso la erogación de recursos económicos y/o la actividad de los poderes políticos (leyes, decretos, reglamentos, acuerdos, etc.). Piénsese en aquellas que promueven la vivienda, la salud, la educación, etc. Las disposiciones constitucionales pueden ser violadas por omisión cuando la autoridad no hace lo preceptuado, y ante tal situación no se puede negar protección al perjudicado en Derecho económico y social por la omisión reglamentaria, la cual debe ser llenada por el Tribunal. Sin embargo, el control judicial en tales supuestos no es determinante de la acción que deben tomar los otros poderes y los Tribunales deben actuar con prudencia. La Constitución del Perú de 1979, en disposición transitoria, preceptúa que los preceptos constitucionales que representan gastos e inversiones se aplicarán progresivamente y el presupuesto anual cubrirá tal cumplimiento. El control y efectividad a los derechos económicos y sociales constituye un gran reto de la democracia moderna (cfr. JORGE MARIO GARCÍA, *La constitución y su función en el desarrollo y defensa de los derechos humanos. Educación y derechos humanos*, Libre Libre, Costa Rica, 1986, págs. 101 y sigs.).

Estos Decretos se dictan por el Presidente sin delegación del legislativo, en casos de necesidad y urgencia.

Los usan los gobiernos *de facto* para gobernar. Tras la caída del gobierno de SOMOZA fueron empleados. Ya no existe razón para seguirlos dictando y además carecen de respaldo constitucional.

Cuando el ejecutivo dicta Decretos por delegación del legislativo, generalmente en circunstancias anómalas (guerra, epidemia, crisis económica, etc.), la doctrina los denomina Decretos con fuerza de Ley. Tampoco los contempla la Constitución y más bien los confunde con las Leyes en el artículo 150, inciso 3, de la Constitución.

El Presidente no necesita echar manos de los Decretos-Leyes, ni de los Decretos con fuerza de Ley porque puede legislar en materia fiscal y administrativa, en receso de la Asamblea Nacional se le delega la función legislativa y en caso de necesidad puede decretar el estado de emergencia que le concede poderes absolutos de acuerdo con la nueva Ley de Emergencia (*Gaceta* núm. 198 del 19 de octubre de 1988).

iv) El Reglamento es un Decreto que en algunos países se puede impugnar en la jurisdicción contenciosa administrativa, pero como nosotros no la tenemos se hace en el recurso de inconstitucionalidad y de amparo.

Muchos administrativistas (53) se pronuncian a favor del control contencioso administrativo, aunque reconocen que algunos países siguen todavía el control constitucional.

b) *Vicios denunciabiles*

Los artículos 187 de la Constitución y 2 de la Ley de Amparo, que desarrollan en parte el principio de supremacía de la Constitución consagrado en el artículo 182 de la Constitución, señalan, sin hacer distinciones, como motivo del recurso, la oposición de la Ley, Decreto, Decreto-Ley y Reglamento a la Constitución. Procede pues, cualquiera que sea la naturaleza de la norma constitucional violada. Bien puede ser de procedimiento, de organización o sustantiva.

En la doctrina se conocen dos tipos de vicios que afectan a las Leyes: los que provienen por haberse violado las reglas de procedimiento establecidas en la Constitución para la formación de la Ley (*error in proceden-*

(53) GONZÁLEZ PÉREZ se pronuncia a favor del control a través de lo contencioso-administrativo (*ob. cit.*, págs 179 y sigs.)

dum); y los que provienen de la oposición de la Ley a las disposiciones sustantivas constitucionales (*error in iudicando*) (54).

Los dos tipos de errores son cubiertos por la Ley de Amparo como lo expresamos al comienzo de este párrafo.

Son pocos los artículos constitucionales de procedimiento relacionados con los cuerpos legales que son objeto del recurso y, como consecuencia, se reduce su campo de acción. Por ejemplo, en la Constitución vigente se eliminaron casi todas las reglas de procedimiento de la formación de las Leyes ordinarias que existían en las constituciones anteriores.

Pero existen ciertas normas de procedimiento que permiten interponer el recurso por su violación: el artículo 140 que establece el derecho de iniciativa; los artículos 141 y 143 que consagran el quórum; y los artículos 138, inciso 6, y 150, incisos 4 y 7, que conceden facultades legislativas al Presidente, pero le señalan límites que pueden ser controlados por este recurso.

El amparo en todas sus manifestaciones es un instrumento procesal que desarrolla y hace efectivo el principio de la supremacía constitucional consagrado en el artículo 182 de la Constitución. Esta supremacía y el amparo que la garantiza deben cubrir a toda la Constitución y no a una parte de ellos, cualquier que sea su naturaleza, contengan o no derechos o garantías fundamentales, deben ser protegidos por el amparo, mediante la acumulación de las Leyes, Decretos-Leyes, Decretos, Reglamentos, órdenes, acuerdos, disposiciones y órdenes que los violen. Deben ser protegidos no sólo los derechos y garantías consagradas en la parte dogmática de la Constitución, sino también la parte orgánica, y las Leyes constitucionales, en resumen toda la Constitución (55).

(54) La Ley de Amparo de 1948 admitió expresamente la inconstitucionalidad de la Ley por defecto de forma y de fondo. Lo fundamental de todo sistema moderno es que se permita la impugnación por violación de disposiciones sustantivas. Muchos países admiten el control por ambos motivos, pero se dan casos de algunos que sólo aceptan el control judicial por motivos de forma, como sucedió en Italia bajo el flexible estatuto Albertino de 1848 y se admite aún en los sistemas en que se rechaza el control judicial de la constitucionalidad de las leyes. Nuestra Corte Suprema se ha inclinado a rechazar los recursos fundados en irregularidades de forma (ver *infra*, nota 56).

(55) La doctrina moderna sobre el amparo respalda la tesis de la defensa total de la constitución por medio del amparo. Por ejemplo, IGNACIO BURGOS, destacado amparrista mexicano, en donde esta institución se la ha dado legislativamente un tratamiento individualista circunscribiéndolo a la defensa de los derechos fundamentales establecidos en la Constitución, expresa "La restricción practicada por los legisladores del 57 y 17 en lo concerniente al juicio de amparo viene a desnaturalizar el alcance propio y sustancial del mismo, ya que aquél, por esencia, debe ser un medio de control de toda la Constitución y no sólo, como sucede en nuestro actual y próximo pasado régimen constitucional, de determinados preceptos" (*El juicio de amparo*, Editorial Porrúa, México, 1957, págs. 202). En la página 214 de esta obra hace una formulación general

No obstante lo expuesto, en virtud de la nueva Ley de Amparo y artículos 188 y 189 de la Constitución nuestro amparo en todas sus manifestaciones sólo garantiza en forma primordial y directa una parte del articulado de la Constitución, la que contiene los derechos y garantías. Veamos: el recurso de inconstitucionalidad de acuerdo con el artículo 6 de la Ley de Amparo sólo puede interponerse por el perjudicado en sus derechos constitucionales, o sea, cuando han sido violadas disposiciones constitucionales que los consagran y no cuando la violación sólo fue de derechos de otra naturaleza, pues en éste supuesto debe existir la violación de otra disposición constitucional que contenga un derecho o garantía, no basta el perjuicio de cualquier bien o derecho; el recurso de amparo sólo se da por violación de los derechos y garantías consagrados en la Constitución (art. 23 LA); la exhibición personal en sus dos modalidades (contra las autoridades y los particulares) se otorga por violación de la libertad y seguridad personales.

En un sistema de marcada estructura individualista en el cual el individuo es el principal y directamente defendido y la Constitución en forma secundaria a través de la actividad y protección de los intereses de aquél. Pero ha sido superado por una concepción más socialista del derecho que estima la defensa de la Constitución como un objeto fundamental y de interés general, por lo que se, sin perjuicio de la protección del individuo, se concede acción popular, la ley inconstitucional es declarada nula y en general el proceso constitucional es inquisitivo.

El sistema vigente es contrario a la idea general que contempla el artículo 182 de la Constitución, a la acción popular consagrada en el artículo 187 de la Constitución, a la doctrina dominante y a nuestro constitucionalismo que no ha conocido una restricción semejante, ni siquiera en la primera Ley de Amparo dictada con ocasión de la Revolución Liberal.

Estos límites en que se desenvuelve el actual amparo, nos permiten vislumbrar un rechazo de los recursos fundados en violaciones de normas de procedimiento, porque la Corte Suprema podría argumentar que no se han violado derechos fundamentales con un cuerpo legal que adolece de tales vicios (56). Pero el artículo 6 de la Ley de Amparo se opone a los

de amparo: "Procede el juicio de amparo contra toda Ley o acto de cualquier autoridad que viole cualquier precepto constitucional, siempre y cuando dicha violación se resuelva en un agravio personal. No llega a la acción popular, pero cubre a toda la constitución a través de la acción de los agraviados"

(56) La Corte Suprema en algunas Sentencias ha sostenido que los requisitos de forma o de procedimiento no dan motivo para el amparo, pues no dañan en sus derechos y garantías al quejoso (S. 11 30 a.m. del 25 de enero de 1928, *B.J.*, pág. 6238; S. 10 a.m

artículos 182 y 187 de la Constitución, por lo que puede ser declarado inconstitucional y dejar abierto el paso para que prospere el recurso.

La procedencia de los recursos de inconstitucionalidad y amparo fundados solamente en violaciones de los derechos y garantías consagradas en la Constitución, no se ajusta a ella. Ya vimos que el artículo 6 de la Ley de Amparo se opone a los artículos 182 y 187 de la Constitución. Por otra parte, el artículo 188 de la Constitución, que solamente otorga el amparo por violación de los derechos y garantías constitucionales, está en contradicción por el artículo 182 de la Constitución. En esta contradicción prevalece este último, pues el primero no es más que el medio de desarrollar la idea general que impera en el artículo 182 de la Constitución. Por manera que es preciso establecer el amparo en todas sus manifestaciones como un medio para proteger el articulado completo de la Constitución y no sólo de una parte, como lo demanda este documento legal.

c) *Inconstitucionalidad de algunas Leyes, Decretos y de la nueva Ley de Amparo*

Existen varias Leyes, Decretos y Decretos-Leyes dictados, unos antes y otros con posterioridad a la Constitución, pero antes de que entrara en vigencia la Ley de Amparo (Ley de Municipalidades que viola la autonomía municipal, etc.) que se oponen a la carta fundamental.

Es conveniente advertir que después de la caída del gobierno de SOMOZA no existió amparo contra las Leyes y Decretos. Este surge con el nombre de recurso de inconstitucionalidad en la reciente Constitución y posterior Ley de Amparo.

Todos esos Decretos y Leyes pueden ser objeto del recurso de inconstitucionalidad. Con relación a las normas dictadas con anterioridad a la Constitución puede existir duda, pues podría argüirse que contra Leyes derogadas no cabe el recurso y el artículo 198 de la Constitución las derogó tácitamente. Creo que es un problema de constitucionalidad que puede discutirse dentro del recurso de inconstitucionalidad, pues los artículos 2 de la Ley de Amparo, 182 y 187 no distinguen, para los efectos del recurso, entre Leyes anteriores o posteriores a la Constitución. Además la más autorizada doctrina lo confirma (57).

del 6 de agosto de 1929, *B.J.*, pág. 7097; S. 12 m. del 27 de septiembre de 1929, *B.J.*, pág. 7163; cfr. *supra*, nota 54).

(57) Cfr. CALAMANDREI, *Ilegitimidad constitucional de las leyes*, ob. cit., t. III, págs. 106 y 144; *Primera Sentencia de la Corte Constitucional*, ob. cit., t. III, págs. 185 y sigs. En este estudio comenta elogiosamente la doctrina de la Corte formulada en su

¿Pero, a todas esas Leyes y Decretos se les aplica el plazo preclusivo de sesenta días establecido en la Ley de Amparo para interponer el recurso contado a partir de la publicación de la Ley o Decreto?

Terminantemente contesto que no, por dos razones: ese plazo es para las Leyes futuras y no para las anteriores a la Ley de Amparo a las cuales lógicamente no se puede aplicar; en las disposiciones transitorias, que es donde pudo establecerse un plazo preclusivo para ese grupo de normas, o establecer la improcedencia del recurso, no se hizo. En resumen se puede recurrir contra cualquiera de tales normas y Decretos en cualquier tiempo.

La propia Ley de Amparo puede ser tachada de inconstitucional en virtud de que:

- No fue dictada por la Asamblea Constituyente como lo exige el artículo 184 de la Constitución. En el texto de ella aparece que fue dictada por la Asamblea Nacional y no por la Constituyente (ya no se guardan ni siquiera las apariencias). El Gobierno en sesión solemne dio por concluidas las funciones de la Asamblea Constituyente, antes de que se aprobaran las Leyes constitucionales.

Esta Ley puede valer como ordinaria por aplicación de la teoría de la conversión del acto nulo. Pero nadie se atrevería a impugnarla porque peor es no tenerla. Mejor es conservarla aunque sea aparentemente con rango constitucional.

Lo mismo puede decirse de las Leyes de Emergencia y Electoral.

- Violó el artículo 187 de la Constitución que consagra expresamente la acción popular para promover el recurso de inconstitucionalidad. Todos los ciudadanos perjudicados o no pueden interponer el recurso por el único y suficiente motivo de que la norma o normas impugnadas se oponen a la Constitución, es una acción abstracta.

Contrariando lo expuesto, los artículos 6 y 11, inciso 4, de la Ley de Amparo exigen el perjuicio, directo o indirecto, para interponer el recurso.

primera Sentencia a favor del control de la ilegitimidad de las leyes anteriores a la Constitución y que permitió la caída de muchas leyes fascistas. Destaca que la Sentencia se funda en dos razones para rechazar la tesis de que la ilegitimidad constitucional se limita a las leyes posteriores a la Constitución. un textual (*ubi lex non distinguit*) y otro ilógico, pues la relación de prevalencia entre la Constitución y las leyes ordinarias no se basa en razón de sucesión cronológica, sino siempre en una diversidad intrínseca de autoridad en la gradación de las fuentes jurídicas (cfr. ALEJANDRO SILVA BASCUÑÁN, *Tratado de Derecho constitucional*, ob. cit., t. III, pág. 438; CAPPELLETTI, *Justicia constitucional comparada*, ob. cit., págs. 136-137)

Son dos sistemas antitéticos que se rechazan. El sistema de la acción popular se funda en una concepción publicista y social del amparo y la acción es abstracta; y el de la acción en manos del agraviado en una concepción privada e individualista del mismo y la acción es causal, lo que supone un caso concreto.

Como ya expresamos, el plazo preclusivo de sesenta días señalado en la Ley de Amparo para interponerlo es contrario a la acción popular establecida en el artículo 187 de la Constitución. Esta acción funciona sin el plazo preclusivo porque su objetivo es ampliar las posibilidades de denunciar las violaciones a la Constitución mediante el otorgamiento de la acción a todos los ciudadanos sin trabas que las hagan nugatorias.

Se encuentran otras violaciones a la Constitución que en el lugar oportuno se señalarán.

No nos debe extrañar que una Ley constitucional sea impugnada por oponerse a la Constitución porque, en primer lugar, son Leyes ordinarias que se incorporan a ella para recibir su protección frente a las reformas de las Leyes también ordinarias y no para autodestruirse, por lo que no la pueden contrariar; en segundo lugar, si las mismas reformas a la Constitución, en donde interviene el poder constituyente, pueden ser tachadas de inconstitucionales según lo confirma la doctrina (58), con mayor razón las Leyes constitucionales que la contradicen.

B) COMPETENCIA

De acuerdo con los artículos 164, inciso 3, de la Constitución y 8 de la Ley de Amparo la Corte Suprema es la competente para conocer del recurso de inconstitucionalidad. Se mantiene la antigua tradición de nuestro constitucionalismo.

C) CAPACIDAD PROCESAL

Los artículos 187 de la Constitución y 6 de la Ley de Amparo conceden el derecho de interponer el amparo a los ciudadanos. Es un derecho

(58) Cfr. SEGUNDO V. LINARES QUINTANA, *ob. cit.*, Parte General, t. II, págs. 143 y sigs. En Colombia la acción popular de inconstitucionalidad se da contra las reformas a la Constitución por defecto de forma (cfr. FIX ZAMUDIO, *La justicia constitucional en América Latina*, *ob. cit.*, págs. 493 y sigs.; JAIME SANÍN GREIFFENSTEUN, *La defensa judicial de la Constitución*, Editorial Temis, Colombia, 1971, págs. 178 y sigs., *La inconstitucionalidad de las reformas a la Constitución se dan cuando son contrarias a los principios fundamentales* (ver *supra*, nota 8) o violatorias de las reglas de procedimiento.

otorgado exclusivamente a los ciudadanos. Podría calificarse como un derecho ciudadano de carácter público. Ahora bien, son ciudadanos los nicaragüenses que hubieren cumplido los dieciséis años (art. 47 Const.).

En virtud de lo expuesto los de dieciséis años tiene capacidad procesal para interponer personalmente, sin necesidad de la asistencia de su representante legal, el recurso de inconstitucionalidad. Es una excepción a la capacidad procesal que se adquiere a los veintiún años.

Esta capacidad junto con la acción popular constituyen los dos pilares fundamentales en que descansaba la amplitud del recurso, pero se trocó en restricción al suprimirse ésta.

En el proyecto del PPSC la acción popular se concede en forma amplia a cualquier ciudadano, grupo de ciudadanos, uniones y organizaciones, con o sin personalidad jurídica.

Los que tienen suspendidos sus derechos ciudadanos no pueden interponer este recurso.

D) LEGITIMACIÓN JURÍDICA

Sólo el ciudadano o ciudadanos perjudicados directa o indirectamente están legitimados para interponer este recurso. Así lo establecen los artículos 6 y 11 de la Ley de Amparo. El extranjero no tiene legitimación para interponerlo, lo mismo que las personas jurídicas por no gozar de tal calidad.

Estas disposiciones, como expresamos, violan el artículo 187 de la Constitución que establece la acción popular, por lo que es posible que sean impugnadas de inconstitucionales.

Desde un principio el gobierno se propuso reducir la eficacia de este recurso, pues en el proyecto original de Constitución sólo se lo concedió al Presidente de la República, al Presidente de la Asamblea Nacional, al Presidente del Consejo Supremo Electoral en asuntos de su competencia, a treinta y cinco representantes de la Asamblea Nacional y a diez mil ciudadanos (59).

Parece que por presiones aceptó la acción popular, pero arrepentido la suprimió en abierta violación a la Constitución y en general le ha puesto obstáculos al recurso: plazo corto y preclusivo de sesenta días para su interposición y posibilidad de rechazarlo desde el inicio.

Es indiscutible que existió el propósito de no dejarlo funcionar.

En el proyecto del PPSC se estableció la acción popular en todas las

(59) Suplemento del diario *Barricada* del 5 de septiembre de 1986.

manifestaciones del amparo. Nuestro constitucionalismo ha concedido acción popular en la exhibición personal y en el amparito, dos manifestaciones importantes del amparo. Antes de la Constitución sandinista he sostenido la tesis de la acción popular (60) a pesar de la oposición de algunos autores (61) y del temor de que se llenen los Tribunales de expedientes que hagan imposible su tramitación y fallo, muchos de ellos iniciados infundadamente. Algunos países, como ya dijimos, han concedido la acción popular para el recurso de inconstitucionalidad y esto es una prueba de que puede funcionar. No hay que tenerle temor.

Los sandinistas más por temor al riesgo de ver muchas Leyes o Decretos declarados inconstitucionales que de llenar a la Corte Suprema de Recursos, suprimieron la acción popular, establecieron un plazo preclusivo corto y un sistema de inadmisibilidades que descabeza el recurso desde el umbral, por cuestiones de fondo y forma. No se ha entendido que, por una parte, a través del amparo solo la Ley Castrillo (62) ha sido declarada inconstitucional (yo no conozco otra); y, por otra, los Jueces y Tribunales en el sistema difuso casi nunca entran a controlar la constitucionalidad de los cuerpos legales que aplican, lo cual no es correcto, pero así es.

En los Boletines Judiciales, por el contrario, abundan los reclamos y se conceden protecciones a favor de los perjudicados por violaciones a la Constitución por actos, hechos y órdenes de las autoridades no judiciales. También se brinda bastante protección en la exhibición personal (no la necesaria) y el amparo contra el auto de prisión, hoy suprimido.

E) LEGITIMACIÓN PASIVA

El recurso se dirige contra el titular del órgano que emitió la Ley, Decreto-Ley, Decreto o Reglamento. Así lo dispone el artículo 7 de la Ley de Amparo. Por ejemplo, si la Ley la emitió la Asamblea Nacional se dirige contra el Presidente que es su representante (art. 23 del Estatuto General de la Asamblea Nacional). Se interpone contra el presidente de la República cuando éste emita una Ley (ya sea en sus funciones legislativas propias, ya sea en sus funciones legislativas delegadas), Decreto, Decreto-

(60) Cfr. *El amparo*, ob. cit., pág. 81

(61) CALAMANDREI, *Legitimidad constitucional de las leyes*, ob. cit., t. III, págs. 69 y sigs.; HÉCTOR FIX ZAMUDIO, *Juicio de amparo*, Editorial Porrúa, S.A., México, 1964, pág. 119

(62) Sentencia 12 m del 8 de agosto de 1918, *B.J.*, pág. 2034 Se declara inconstitucional por imponer penas más que correccionales sin intervención del Jurado y además invadía la jurisdicción civil y penal.

Ley, o Reglamento. Contra el Ministro cuando en la Ley se le concedió la facultad de dictar el Reglamento, como últimamente se acostumbra.

F) PROCEDIMIENTO

a) *Interposición del recurso*

El segundo párrafo del artículo 11 de la Ley de Amparo señala los elementos que debe contener el escrito de interposición del recurso.

La Ley de Amparo carece de disposiciones que, a diferencia del proyecto del PPSC, concedan al recurrente una oportunidad para corregir los errores u omisiones de ellos. Sólo le otorga oportunidad en el artículo 12, para llenar las omisiones formales.

b) *Admisibilidad*

Los conceptos de admisibilidad y fundabilidad son aplicables tanto a la demanda como a los recursos. A manera de introducción me referiré a la admisibilidad porque la doctrina asimila el amparo a una u otra de las últimas figuras, pues su naturaleza es dudosa. Algunos dicen que es un recurso, otros que es una demanda, quienes es una acción-impugnación haciendo participar de una naturaleza mixta (de la acción y del recurso) (63).

La admisibilidad de la demanda o del medio impugnativo (recurso) exige que se cumplan los requisitos procesales para que puedan ser tramitados y fallados en el fondo (64). Por ejemplo, son requisitos de admisibilidad de la demanda las exigencias de los artículos 1.021 y 1.024 Pr. y el Juez de oficio, según lo dispone el artículo 1.035 Pr., puede rechazar la demanda que no contenga los tres primeros requisitos señalados en el 1.021 o cuando fuere ininteligible u oscura; son requisitos de admisibilidad del recurso de apelación: recurrir dentro del término de Ley, ser apelable la Sentencia, tener interés jurídico el apelante, ausencia de pacto de no apelar, que no se interponga en forma condicional. Los controla el Juez a

(63) Se considera por un sector doctrinal minoritario, pero respaldado por autores destacados, que la jurisdicción constitucional es voluntaria, no contenciosa (cfr. CAPPELLETTI, *Breves explicaciones de otros problemas y conclusión*, ob. cit., pág. 107)

(64) Cfr. ALCALÁ ZAMORA CASTILLO, *Derecho procesal penal*, ob. cit., t. III, pág. 273; CALAMANDREI, *La acción*, págs. 56 y sigs.; *El proceso*, págs. 349 y sigs.; *Estudios*, ob. cit., t. I

quo y el tribunal *ad quem*, quien aún de oficio los puede denunciar y en cualquier tiempo aunque haya admitido provisionalmente el recurso (65). Nuestro Código de Procedimiento Civil se refiere a ellos usando indistintamente los vocablos admisión y procedencia del recurso.

El trámite de la admisibilidad y la exigencia de fundar el recurso (expresar los agravios es el escrito de interposición) (66) son medios usados para impedir la interposición de recursos maliciosos o temerarios, sin viabilidad.

El trámite de la admisibilidad se realiza *ad limine*, constituyendo la puerta de entrada en donde se controla la posibilidad de acceso a trámite de la demanda o recurso, pero sin prejuzgar el fondo del asunto.

La fundabilidad se refiere a las razones jurídicas que se invocan en la demanda o recurso y de cuyo acreditamiento y justicia dependerá el éxito de los mismos. En la demanda son: existencia de un derecho, interés y legitimación activa y pasiva. Generalmente las razones del recurso se fundan en normas de derecho material, pero hay casos en que son de carácter procesal y la Sentencia que decida aplicará esas normas.

Al concepto de admisibilidad de la demanda se le ha dado por algunos autores gran amplitud (67), comprendiendo muchas figuras. Se consideran que forman parte de él: la capacidad procesal y la capacidad para ser parte, la jurisdicción y competencia, los requisitos formales de la demanda, los requisitos fiscales, la legitimación, el interés y las imposibilidades judiciales de atender desde el umbral la pretensión del demandante.

En la mayoría de las legislaciones no se aprecian y fallan *ad limine* las inadmisibilidades de la demanda. Son objeto de excepciones dilatorias puestas al servicio del demandado por aplicación del principio dispositivo, pero en algunos códigos la omisión de cualquier elemento del contenido de la demanda provoca su rechazo desde el inicio aún de oficio por el Juez. Es importante destacar que el fondo o mérito del asunto, lo mismo que sus presupuestos: existencias de un derecho, interés (legítimo, actual y lícito) y la legitimación en la causa activa y pasiva deben ser fallados en la Sentencia definitiva, como quiera que atañen a la fundabilidad y la acción es autónoma (se otorga al que tiene o no tiene el derecho sustancial invocado) y vista por el Derecho procesal moderno como un Derecho humano fundamental, ya que concede el poder de solicitar la actividad jurisdiccional para pedir justicia. Como es lógico y puede observarse, las

(65) Artículo 2.002 Pr.

(66) Cfr. ENRIQUE VESCOVI, *Derecho procesal. Recursos*, Ediciones Idea, Montevideo, 1985, t. VI, pág. 34.

(67) Cfr. VÍCTOR FAIRÉN GUILLÉN, *Demanda*. *Nueva enciclopedia jurídica*, F. Seix Editor, Barcelona, 1954, t. VI, págs. 738 y sigs.

inadmisibilidades de la demanda y del recurso tienen tratamientos diferentes: las primeras se tramitan y como regla general no se fallan *ad limine*; las segundas se fallan *ad limine*, sin o con escasos trámites.

No obstante, algunas se aprecian y fallan en el umbral; la incompetencia absoluta denunciada de oficio por el Juez (art. 827, inc. 2, Pr.); la falta de solvencia fiscal; la falta de los tres requisitos del artículo 1.021 Pr. o cuando la demanda fuere ininteligible u oscura. El obstáculo legal que imposibilita la tutela jurídica (pedir divorcio vincular donde no existe) y la invocación de una causa torpe para fundar la pretensión (reclamar deudas de juegos prohibidos) se estiman como motivos de inadmisibilidad. En estos dos últimos casos se admite por excepción, dada la naturaleza de ellos, que el Juez desde el inicio rechace la demanda pronunciándose sobre el fondo del asunto.

La nueva Ley de Amparo distingue la admisibilidad de los requisitos de forma del recurso de inconstitucionalidad. Establece el trámite de admisibilidad más con el propósito de que no funcione que el de evitar recursos maliciosos o temerarios, pues se le conceden facultades al Tribunal para apreciar en vía de inadmisibilidad cuestiones vinculantes al fondo que en el amparo, más asimilable a la acción que al recurso, deben dejarse para la decisión de la Sentencia definitiva.

Cuando faltan los requisitos de forma, el Tribunal, de acuerdo con el artículo 12 de la Ley de Amparo, le señala al recurrente un plazo de cinco días para que llene las omisiones del recurso bajo apercibimiento de tenerlo por no interpuesto sino lo hiciere. Estos requisitos son: que el recurso se redacte en español, que sea por escrito y en papel sellado y que se acompañen sendas copias para el funcionamiento contra quien se dirige y el Procurador General de la República, quien participa como parte. Interpuesto en forma el recurso, el Tribunal dentro de quince días se pronuncia sobre la admisibilidad con base en los artículos 6, 10, 11, 12, 13 y 19 de la Ley de Amparo. La resolución que tome será rechazando el recurso si hubieren causas de inadmisibilidad y en caso contrario ordenará su tramitación. Así lo dispone el artículo 14 de la Ley de Amparo.

Veamos cuáles son las causas de inadmisibilidad contempladas en los citados artículos:

i) Artículo 6 de la Ley de Amparo

Este artículo, que establece fundamentalmente la legitimación activa, señala tres condiciones para este recurso; a saber:

- Que se interponga por un ciudadano.

Este es un presupuesto de admisibilidad por lo que si el recurso

lo interpone un extranjero, una persona jurídica o un ciudadano que tiene suspendido sus derechos, el Tribunal lo puede declarar inadmisibile desde la entrada.

- Que el recurrente resulte perjudicado en forma directa o indirecta en sus derechos constitucionales.

Ya vimos que este requisito del perjuicio personal al recurrente es inconstitucional por oponerse a la acción popular consagrada en la Constitución. Pero en el supuesto que no lo fuere, creo que es un exceso de la Ley considerar al interés como una cuestión de admisibilidad controlable en el umbral como se hace en los recursos propiamente dichos, por las razones siguientes: el amparo tiene más de acción que de recurso y, como consecuencia, el interés para obrar debe ser tratado en forma diferente a la del recurso. En cada uno de ellos el interés para obrar se aprecia y falla en forma diferente. En la acción el interés para obrar es objeto de decisión de la Sentencia definitiva o cuando menos, como sucede en Brasil y Venezuela (excepción de inadmisibilidad), objeto, junto con algunos de los otros presupuestos de fondo o condiciones de la acción, de una excepción de previo y especial pronunciamiento, porque la acción en virtud de su autonomía se concede al que tiene o no tiene la razón. En el recurso el derecho a la impugnación lo tienen las partes que han actuado previamente en el proceso y la medida del interés lo da el agravio que consta en el expediente, por lo que se puede apreciar y decidir en el umbral como condición de admisibilidad sin peligro de prejuzgar el fondo del asunto. Además no se trata del ejercicio inicial de la acción y de juzgarla en el inicio, sino de la realización de un acto procesal dentro del proceso. Claro está que cuando es un tercero el que recurre se puede abrir un incidente para acreditar el interés y en base a su resultado conceder o denegar el recurso.

En resumen, en su afán de impedir el funcionamiento del amparo, partiendo de que es un recurso, estima como condición de admisibilidad el interés para obrar.

La Ley de Amparo habla de que la norma recurrida perjudique los derechos constitucionales del recurrente. Por manera que si el cuerpo legal impugnado que se opone a la Constitución no viola derechos consagrados en la misma, el recurso puede ser declarado inadmisibile aunque se oponga a otras disposiciones de la Constitución. Otra limitación del recurso que no aparece en el artículo 187 de la Constitución por lo que en esta parte puede ser tachada de inconstitucional la Ley de Amparo.

- Que se recurra contra una Ley, Decreto-Ley, Decreto o Reglamento. Si no se recurre contra un cuerpo legal de esa especie se puede declarar inadmisibile el recurso, a menos que la naturaleza del mismo sea el objeto principal de la impugnación, en cuyo caso debe fallarse en la Sentencia definitiva.

ii) Artículo 10

Este artículo señala sesenta días para interponer el recurso contados desde la fecha en que entra en vigencia el cuerpo normativo impugnado. Si no se recurre tempestivamente se declara la indamisibilidad.

iii) Artículo 11

Este artículo en su primera parte señala los requisitos de forma del recurso y en su segunda el contenido del mismo.

Sostengo esto porque el artículo 14 no expresa que todo lo establecido en el artículo 11, al cual remite, sea objeto de inadmisibilidad. Lo que se deduce de su redacción es una remisión para que se busquen estos motivos en el citado artículo.

De acuerdo con lo expuesto la omisión de un requisito de forma da lugar a que el Tribunal mande a llenar el vacío. Por el contrario, la omisión de uno de los elementos que debe contener el recurso, señalados en el párrafo segundo del artículo 11, es causa de inadmisibilidad.

iv) Artículo 12

La remisión que hace el artículo 14 al 12 es innecesaria y antitécnica. Si el recurrente no llenó las omisiones que el Tribunal le ordenó que hiciera, el recurso se tendrá por no interpuesto. La resolución será teniéndolo así y no declarándolo inadmisibile.

Además esos son requisitos formales que tienen un tratamiento diferente a la inadmisibilidad por el propio artículo 12.

v) Artículo 13

El artículo 13 restablece que el recurso puede interponerse personalmente o por medio de apoderado. Si se hiciera en esta última forma el

apoderado debe estar especialmente facultado para ello en escritura pública otorgada ante Notario domiciliado en Nicaragua.

Por lo expuesto, si el apoderado no tuviere facultades suficientes o el poder no fue otorgado ante Notario Público domiciliado en Nicaragua el Tribunal declarará la inadmisibilidad.

Esta es otra traba que se le pone al recurso. Bien es sabido que como un millón de nicaragüenses se encuentran fuera de Nicaragua y que a los Notarios nicaragüenses les privó el frentismo del derecho de cartular fuera del país. Para interponerlo tenían que venir al país y hacerlo personalmente o por apoderado, pero a la mayoría les resultaba prácticamente imposible. Actualmente se les permite cartular en el extranjero, pero no es ahí donde ejercen su función (no están a mano del afectado) y existe la prohibición de poder otorgar el poder ante notario extranjero por lo que siempre permanece la peligrosa restricción. Este requisito viola la libertad de salir y entrar a la República que tienen todos los nicaragüenses de acuerdo con el artículo 31 de la Constitución y la igualdad de los mismos consagradas en el artículo 27 de la Constitución. Asimismo mengua el derecho de defensa. Por esta razón también puede ser acusada de inconstitucional la Ley de Amparo.

vi) Artículo 19

Este artículo establece que la Sentencia que declara inconstitucional o constitucional una Ley, Decreto-Ley, Decreto o Reglamento, o una parte de éstos, produce cosa juzgada general.

Si la Ley en todo o en parte fue declarada inconstitucional con anterioridad y se pretende en el nuevo recurso discutir nuevamente su inconstitucionalidad, se declarará inadmisibile el recurso por falta de interés. También se declarará inadmisibile el recurso si la Ley en todo o en parte ya fue declarada constitucional en un anterior recurso y se tratare en el nuevo declararla inconstitucional.

De lo expuesto fácilmente se deduce que la admisibilidad, con excepción del fondo o mérito del conflicto (constitucionalidad o inconstitucionalidad), todo lo abarca, el fondo y la forma: la capacidad procesal y la capacidad para ser parte; ilegitimidad de personería; interés para obrar; materia de la impugnación; tiempo de la interposición; elementos del escrito de interposición; y control de la cosa juzgada sobre la constitucionalidad o inconstitucionalidad declarada con anterioridad.

b) Otros trámites

Admitido el recurso, el Tribunal pedirá informe al funcionario en contra del que se interpuso, el cual lo dará dentro de quince días del notificado (art. 15 LA). Si el Tribunal necesitare algún dato para resolver, dictará la providencia ordenando su obtención con intervención de las partes (art. 18 LA). La procuraduría dictaminará sobre el recurso dentro de seis días y después el Tribunal fallará dentro de sesenta días (art. 17 LA).

En este recurso la confrontación sobre la que decide el Tribunal se da entre la Constitución y el cuerpo legal impugnado (68). Como ambos

(68) Tanto el amparo como la casación son instrumentos de lucha a favor del cumplimiento del Derecho, pero diferentes. En el primero, la confrontación se da entre el acto o cuerpo legal (de inferior jerarquía) y la Constitución (de superior jerarquía) y se juzga sobre la validez de los primeros en base a la conformidad con ésta. Es un sistema de control externo encomendado al poder judicial en el cual el Estado deposita su confianza. En la segunda, entre la Sentencia y la Ley, y se juzga sobre la legalidad de ésta (control de la legalidad). Es un sistema de control interno de carácter jurídico, aunque originalmente fue externo y político del legislativo sobre el judicial, a quien los revolucionarios franceses no le tenían confianza. No obstante, ALCALÁ ZAMORA CASTILLO encuentra una semejanza entre el recurso de inconstitucionalidad y la casación. El primero persigue constatar la conformidad de una Ley con la Constitución y el segundo la de una Sentencia con la Ley aplicable al caso discutido. De aquí que así como la casación admite la impugnación por errores *in procedendum e in iudicandum*, el de inconstitucionalidad procede por violaciones materiales y formales. En nuestro sistema ocupamos a la casación para acusar de inconstitucionales a las leyes (*Tribunal de Garantías Constitucionales*, ob. cit., pág. 513. *Derecho Procesal Penal*, ob. cit., t. III, pág. 316). Las semejanzas que tengan en manera alguna borran las notables diferencias. Sin embargo, no son incompatibles; los revolucionarios franceses crearon la casación como un instrumento de control constitucional, pues el Tribunal de Casación originalmente era un órgano político adscrito al poder legislativo para que el poder judicial no invadiera, aun en vías de interpretación, el campo de acción del poder legislativo, con la finalidad de que se cumpliera estrictamente la teoría de la separación de poderes, por lo que para cumplir con esta separación tampoco interpretaba la Ley y no se pronunciaba sobre la decisión del asunto, limitándose en caso de infracción a anular y reenviar el asunto, en México el amparo abarca a los dos y en Nicaragua existe una Ley de Amparo que consagra el recurso de inconstitucionalidad de la Ley y en virtud de la causal primera del recurso de casación en el fondo se puede denunciar tal inconstitucionalidad, lo cual está autorizado por la misma Ley de Amparo (art. 20). No se vaya a creer que al dejar de tener vigencia la Constitución anterior quedó derogada dicha causal porque en realidad sólo cayó el orden jerárquico en que descansaba el sistema que al entrar en vigor la nueva Constitución volvió a funcionar (cfr. MARIO CAPPELLETTI, *Control judicial de la constitucionalidad de las leyes*, págs. 37 y sigs.; DANILO MANZANARES ENRÍQUEZ, *Causales de casación en el fondo*. Tesis doctoral, León, Nicaragua, 1961, págs. 15-16, "Opinión de la Corte Suprema", en *B.J.* de 1915, págs. 939 y 740). En España, en donde el amparo se concede también contra las resoluciones judiciales violatorias de las libertades y derechos constitucionales, es considerado por algunos autores como un recurso especial de casación limitado a examinar la aplicación e

forman parte del Derecho no necesitan probarse, por lo que basta citar en el escrito de interposición el concepto de violación y la fecha de publicación y vigencia del cuerpo legal impugnado. Es nada o poco lo que tiene que probarse en este recurso, por lo que la Ley no contempla ningún término probatorio.

G) EFECTOS

De acuerdo con los artículos 18 y 19 de la Ley de Amparo la inconstitucionalidad produce efectos para el futuro (a partir de la Sentencia que la declara) y en forma general, de manera que la Ley, Decreto-Ley o Reglamento dejan de ser tales como si hubieren sido derogados, desaparecen de la legislación nacional.

También la Sentencia que declara la constitucionalidad produce cosa juzgada general (art. 19, inc. 2, LA). Lo cual significa que será constitucional para todos sin que pueda volverse a discutir su inconstitucionalidad, en base a lo cual el Tribunal puede rechazar de plano el recurso (arts. 14 y 19 LA).

El Tribunal de oficio puede pronunciarse sobre la inconstitucionalidad del resto del cuerpo de normas cuando se impugnó una parte del mismo.

El carácter constitutivo (efectos *ex nunc*) que le imprime la Ley de Amparo a la Sentencia es contrario al efecto declarativo que se desprende del artículo 182 de la Constitución que a texto expreso dispone que no tienen valor alguno las Leyes, tratados, órdenes o disposiciones que se opongan a la Constitución. Se consagra la nulidad absoluta con el objeto que la defensa de la Constitución sea completa. Este resultado sólo lo puede dar la Sentencia declarativa con efectos retroactivos. Con la retroactividad del sistema declarativo se borran todos los efectos de la Ley declarada inconstitucional, por eso expresa el citado artículo que no tendrán efecto alguno. En resumen, la Constitución consagra el sistema declarativo con los naturales efectos retroactivos. En este punto también puede ser tachada de inconstitucional la Ley de Amparo.

Pero no sólo choca con la Constitución, sino también comete el error de no proveer de correctivos al sistema constitutivo. Veamos: si realizó una acción tipificada como punitiva por una Ley y ésta es declarada con posterioridad inconstitucional, como tal declaración sólo tiene efectos para el futuro (sistema constitutivo de la Ley de Amparo) será juzgado y

interpretación hecha por los Tribunales ordinarios de las normas constitucionales reguladoras de los derechos constitucionales (cfr. JOSÉ ANTONIO MIQUEL CALATAYUD, "El amparo", *RCDI*, núm. 559, julio-agosto 1990, pág. 88)

penado de acuerdo a ella a pesar de haber sido declarada inconstitucional. Por el contrario, en el sistema declarativo se sobreseerá a mi favor en el procedimiento y si ya fui condenado se revisará el proceso para dejarme en libertad porque la Sentencia tiene efectos retroactivos que borran los efectos basados de la Ley inconstitucional.

Para casos como éstos se debió contemplar algún correctivo que le diera efecto retroactivo a la Sentencia. En España, el artículo 40.1 de la Ley Orgánica del Tribunal constitucional aplica la retroactividad en sanciones administrativas y las reglas de la retroactividad penal en sanciones de este tipo. Dice así: "Artículo 40.1: Las Sentencias declaratorias de la inconstitucionalidad de Leyes, disposiciones o actos con fuerza de Ley no permitirán revisar procesos fenecidos mediante Sentencia con fuerza de cosa juzgada en los que se haya hecho aplicación de las Leyes, disposiciones o actos inconstitucionales, salvo en el caso de los *procesos penales o contencioso-administrativos referente a un procedimiento sancionador* en que, como consecuencia de la nulidad de la norma aplicada, resulte una reducción de la pena o de la sanción o una exclusión o limitación de la responsabilidad".

Creo que, para suavizar este rigor, podría aplicarse la regla de la retroactividad penal beneficiosa al reo contemplada en los artículos 38 de la Constitución y 14 Pn. al caso expuesto, pues se ajusta más al sistema declarativo consagrado en el artículo 182 de la Constitución que es el que debe aplicarse para restablecer en este punto la supremacía de la Constitución y el principio penal *indubio pro reo*.

El caso del ejemplo contempla una situación diferente a la retroactividad penal. En la retroactividad penal existen dos Leyes ordinarias, la más rigurosa (la antigua) y la nueva más favorable al reo. En el caso del ejemplo existe la Constitución (antigua Ley) y una Ley posterior declarada inconstitucional por lo que no puede aplicarse la regla de la retroactividad penal. Es Ley más favorable que se aplica retroactivamente aquélla que elimina el carácter delictivo de la acción o rebaja la pena o en general beneficia al reo.

El Proyecto del PPSC establece el sistema declarativo con las correspondientes correcciones para suavizarlo. Creo que se consagra el sistema constitutivo con el propósito de no restituir en sus derechos a cantidad de personas perjudicadas por Leyes inconstitucionales.

IX. INCONSTITUCIONALIDAD EN CASOS CONCRETOS

Bajo este epígrafe el capítulo cuarto de la Ley de Amparo contempla la posibilidad de alegar en casación y en el amparo la inconstitucionalidad

de la Ley, Decreto-Ley, Decreto o Reglamento, indica algunas reglas de procedimiento y señala los efectos de la Sentencia que se pronuncia en esos recursos.

Se contemplan dos formas de declarar la inconstitucionalidad: dentro de un juicio mediante Sentencia dictada por cualquier Juez o Tribunal: Jueces locales, Jueces de distrito, Tribunales de apelación y Corte Suprema de Justicia (arts. 5, inc. 1, 20 y 21 LA), conocido como sistema difuso; en el recurso de amparo que conoce directamente la Corte Suprema, sin que exista con anterioridad juicio ante autoridades judiciales (art. 20 LA).

La inconstitucionalidad declarada por la Corte Suprema en casación o amparo tiene efectos futuros y generales. Si la Sentencia la pronuncia un Juez o Tribunal inferior y no pudiese llegar a casación porque no se recurrió o porque no admite ese recurso, deberá enviarse a la Corte Suprema para que se pronuncie sobre el punto de la inconstitucionalidad. Si es confirmada, la Sentencia confirmatoria produce efectos futuros y generales. No está de más señalar que la Sentencia dictada por los Jueces o Tribunales inferiores no sienta jurisprudencia ni anula todo o parte del cuerpo legal declarado inconstitucional, sólo resultará inaplicable al caso concreto. La Suprema es la única competente para dictar una Sentencia con esos trascendentales efectos.

La Ley no dispuso nada expresamente con relación a los efectos de la resolución de la Corte Suprema sobre la Sentencia de los Jueces o Tribunales inferiores. Si se confirma la inconstitucionalidad no afecta a la Sentencia del Tribunal inferior y sus efectos son para el futuro, lo que también refuerza lo expuesto primeramente. Si la Sentencia declara la inconstitucionalidad de la Ley considerada constitucional por el Juez o Tribunal *a quo* no se modifican los efectos que produjo entre las partes la Sentencia del Tribunal inferior por aplicación de la Ley de 2 de julio de 1912.

Cuando conoce la Corte Suprema en virtud del amparo la declaración de inconstitucionalidad también produce efectos futuros y generales.

Debemos reconocer que la consagración de los efectos generales en el sistema difuso es un avance, pues no existe en las anteriores Leyes (69).

En el sistema difuso se puede proceder a petición de parte o de oficio.

(69) Cuando entró en vigencia el Código de Procedimiento Civil y la Ley de 2 de julio de 1912, el sistema de nuestro amparo era el de la inaplicabilidad de la Ley declarada inconstitucional al caso concreto y sin efectos generales, y no hay razón para creer que el Código haya implantado otro diferente al permitirle a los Jueces y Tribunales en el artículo 194 Pr. aplicar con preferencia la Constitución y rechazar las leyes estimadas inconstitucionales. Todavía en 1936 la Corte Suprema decía que nuestro sistema constitucional no permitía invalidar la Ley de modo general (S. 11 a.m. del 20 de mayo de 1936, *B.J.*, pág. 9318).

El Juez o Tribunal lo hace en la primera forma cuando la inconstitucionalidad del cuerpo legal la pide una de las partes del proceso mediante solicitud en tal sentido. Para proceder en la segunda forma lo autorizan los artículos 182 de la Constitución, 194 Pr. y 5 de la Ley de Amparo. La Suprema ha mantenido este criterio desde hace mucho tiempo fundado en disposiciones semejantes al artículo 182 de la Constitución que sienta el principio de la supremacía de la Constitución (70).

Para impugnar las violaciones de la Constitución hechas por la Sentencia, existe una causal autónoma y es la primera de la casación en el fondo (art. 2.057, inc. 1, Pr.). La jurisprudencia ha limitado el alcance de esta causal a los supuestos en que la violación a la Constitución es directa y no a través de Leyes o códigos ordinarios (71), en cuyo caso sabe aplicar la causal 2 del artículo 2.057 Pr. Lo correcto es aplicar la causal 1 de este artículo cuando se violen directamente las disposiciones constitucionales y cuando se aplica una Ley inconstitucional (72).

No conozco antecedente de esta causal en el derecho comparado y la doctrina dominante en Nicaragua le niega razón de existir; pues con la causal segunda se pueden impugnar las violaciones a la Constitución. Se funda en las razones siguientes: importancia de mantener la supremacía de la Constitución; el hecho de que con esta causal se aclara la duda de si era o no procedente el recurso fundado en normas constitucionales, pues se pensaba que carecían de aplicación directa e inmediata, lo cual no es cierto, sobre todo en constituciones modernas que, a diferencia de las clásicas, contienen un buen número de derechos y garantías de aplicación inmediata.

¿Cuáles son los efectos de la declaración de constitucionalidad parcial o total del cuerpo legal emitida por la Corte Suprema de Justicia en las vías expuestas? Creo que también son generales y no pueden volverse a discutir y para ello aplicamos el artículo 19 de la Ley de Amparo.

(70) Sentencias 12 m. del 3 de mayo de 1921, *B.J.*, pág. 3286, y 9:30 a.m. del 30 de agosto de 1970, *B.J.*, pág. 20074.

(71) Sentencias 11 a m. del 22 de febrero de 1966, *B.J.*, pág. 41, 9:45 a.m. del 2 de febrero de 1967, *B.J.*, pág. 41, 11 a.m. del 12 de mayo de 1967, *B.J.*, pág. 75; 8:30 a.m. del 5 de septiembre de 1967, *B.J.*, pág. 175; 10:35 a.m. del 22 de diciembre de 1967, *B.J.*, pág. 258; 8:30 a.m. del 13 de agosto de 1970, *B.J.*, pág. 186; 9:45 a.m. del 15 de diciembre de 1971, *B.J.*, pág. 242; 10 a.m. del 24 de febrero de 1972, *B.J.*, pág. 14; 9:45 a.m. del 14 de marzo de 1972, *B.J.*, pág. 39; 8 30 a m. del 15 de agosto de 1972, *B.J.*, pág. 190; 12 m. del 9 de marzo de 1961, *B.J.*, pág. 20328, y 10 a.m. del 21 de abril de 1961, *B.J.*, pág. 30396.

(72) Cfr. ARÍSTIDES SOMARRIBA V., *Casación en el fondo*. Tesis doctoral, León, 1947, págs. 43 y sigs.; DANILO MANZANARES E., *Causales de casación en el fondo*, ob. cit., págs. 11 y sigs.; "Opinión de la Suprema", publicada en el *B.J.* de 1915, págs. 739 y 740.

El mencionado capítulo no tiene razón de ser. El sistema difuso debe ser regulado por la Constitución y el Código de Procedimiento Civil (73) y lo referente al amparo debe pasar al capítulo que lo reglamenta.

No obstante, se justifica la inserción provisional del sistema difuso porque la Constitución lo omitió y representa mucho tenerlo aunque sea provisionalmente en una Ley constitucional. Es verdad que se encuentra consagrado en el artículo 194 Pr., pero siempre necesita de un respaldo constitucional para su funcionamiento más duradero y firme.

X. EL AMPARO

A) MATERIA

El amparo se interpone contra toda disposición, acto o resolución y en general toda acción u omisión de autoridades no judiciales o sus agentes, a menos que las judiciales actúen en funciones administrativas, que violen o traten de violar los derechos y garantías consagrados en la Constitución. Así lo dispone el artículo 23 de la Ley de Amparo.

B) LEGITIMACIÓN ACTIVA

Se interpone por la persona natural o jurídica a quien perjudique o esté en peligro inminente de serlo por disposición, acto, resolución, acción u omisión de cualquier funcionario, autoridad o agente de los mismos que viole o trate de violar los derechos y garantías consagradas en la Constitución (art. 23 LA). Lo pueden interponer nacionales y extranjeros.

Ya vimos que la reducción del amparo a la violación de los derechos y garantías constitucionales establecida en los artículos 3, 23 de la Ley de Amparo; 164, inciso 3, y 188 de la Constitución choca con la amplitud de protección de toda y cada una de las partes de la Constitución consagrada en el artículo 182 de la Constitución, pero que prevalecía éste. El cercenamiento hecho al amparo es muy grande, lo mismo que el que sufrió el de inconstitucionalidad al exigirse la misma violación de esos derechos y garantías (art. 6 LA). Con estas medidas y el debilitamiento del Juez ejecutor en la exhibición personal, se le han cortado las dos manos al amparo en general con consecuencias graves como si lo mismo se le hiciera a un pintor.

(73) El sistema difuso era regulado antes del frentismo en el artículo 194 Pr., en el artículo 311 Cn. y en la Ley de 2 de julio de 1912.

C) LEGITIMACIÓN PASIVA

Se interpone en contra del funcionario o autoridad que emitió el acto impugnado de violatorio de la Constitución, contra el agente ejecutor o contra ambos (art. 24 LA).

Se recoge la doctrina y tradición de nuestro constitucionalismo en esta disposición, por lo que la jurisprudencia y opiniones anteriores a esta nueva Ley son aplicables.

D) COMPETENCIA

La Corte Suprema de Justicia es la competente para conocer y fallar el amparo; pero la Ley de Amparo comisionó al Tribunal de Apelaciones donde no hay salas o a la sala civil de éstos donde existen para que instruya las primeras actuaciones hasta la suspensión del acto inclusive (art. 25 LA). Se concede tal comisión para facilitar la interposición y ciertos trámites del recurso.

Este artículo habla de conocer de estas primeras diligencias, lo cual es excesiva afirmación, porque de acuerdo al artículo 160, inciso 3, de la Constitución a la Corte Suprema le corresponde el conocimiento y fallo del amparo. La atribución concedida al Tribunal de Apelaciones sólo la podemos apreciar como una comisión judicial hecha por la Ley.

E) TRAMITACIÓN

El recurso se interpone por escrito en papel común, acompañando sendas copias para las autoridades responsables y el Procurador General de Justicia, que es parte. El interesado tiene treinta días para hacerlo, contados desde la notificación o conocimiento del acto. Este plazo se puede ampliar por razón de la distancia (arts. 26 y 27, inc. 1, y 30 LA).

El segundo párrafo del artículo 27 de la Ley de Amparo señala los elementos que debe contener el escrito de interposición. Ninguna novedad trae, solamente vale la pena destacar dos circunstancias. Se permite la interposición por medio de apoderado especialmente autorizado, sin la limitación del artículo 13 de la Ley de Amparo que exige al otorgante comparecer ante un Notario domiciliado en Nicaragua y representa un avance sobre la Ley de Amparo anterior que exigía la presencia en el país del agraviado para que quedara interpuesto. Aunque es menos amplia que la de 1974 que permiten su interposición con poder general judicial sin

especial autorización. Por otra parte, se contempló el silencio administrativo, aunque no dice si la circunstancia de no fallar equivale a una resolución confirmativa o denegativa, simplemente concede el derecho de recurrir de amparo si la autoridad de la última instancia no resuelve dentro del término legal. La regulación es muy útil sobre todo en estos últimos tiempos donde es ya un estilo de actuación no decidir las peticiones que los interesados hacen a las autoridades, burlándose del derecho de petición consagrado en el artículo 52 de la Constitución.

El funcionario señalado como responsable debe rendir un informe y su falta es tenida como presunción de ser cierto el acto reclamado.

El Procurador General de Justicia y las personas que pueden ser afectadas por la resolución tienen intervención en el amparo.

Se pena con deserción la no comparecencia del recurrente dentro del término de tres días ante la Corte Suprema.

La Ley regula la suspensión del acto como medida precautelar.

Sigue en esto a las Leyes anteriores.

El artículo 43 de la Ley de Amparo dispone que si el Tribunal no encontrare datos suficientes para fallar el amparo lo abrirá a prueba por diez días. Será admisible toda clase de prueba y puede el Tribunal recabarlas de oficio si lo considera conveniente.

Buena parte del material probatorio aparece en las diligencias levantadas por la autoridad responsable, las cuales tendrán que ser enviadas al Tribunal. El citado artículo le permite a éste fallar de acuerdo a los datos que arrojan las diligencias y las que con posterioridad se pudieran aportar sin necesidad de abrir la prueba. Aplicar el citado artículo atendiendo su sentido literal resulta peligroso. Por una parte, las pruebas aportadas en las diligencias administrativas por el funcionario culpable no son recibidas con las garantías necesarias. Por otra parte, debe abrirse a prueba el amparo siempre que existan hechos dudosos o contravertidos, a menos que la discusión sólo verse sobre la constitucionalidad del acto y no sobre los hechos del conflicto, pues no debemos olvidar que el amparo tiene más de juicio que de recurso, en el cual es necesario la prueba. El amparo no tiene una simple función revisora del acto de la autoridad, en la cual no sea necesario el término de prueba.

No se establecen sanciones adecuadas para la retardación de la justicia y el incumplimiento de las resoluciones del Tribunal. En el Proyecto del PPSC se hizo una regulación detallada de las responsabilidades del Tribunal Sentenciador y de las autoridades responsables o encargadas de hacer cumplir las resoluciones. Para tal fin se tipificaron varios delitos y se establecieron multas y otras sanciones. Se contempla, como medida novedosa, la separación de los magistrados que no resolvieron en tiempo el amparo.

Es muy importante la regulación amplia y eficaz de las responsabilidades y sanciones para que el amparo funciones mejor y se ejecuten sus resoluciones.

En el artículo 5 de la Ley de Amparo se consagran varias orientaciones generales y principios procesales, aplicables a los tres recursos que regula La Ley de Amparo; a saber: la participación activa del Juez o Tribunal en el recurso, inclusive en el cumplimiento de las resoluciones; y la aplicación de los principios procesales de economía, buena fe, igualdad, publicidad y celeridad.

El citado artículo no contiene más que una enumeración de principios con escasa aplicación, pues no se desarrollan en el resto del articulado de la Ley de Amparo. Por el contrario, algunos son violados como hemos visto: el de economía porque se exige papel sellado para interponer el recurso de inconstitucionalidad; el de igualdad al obligar prácticamente a los nicaragüenses que se encuentren en el extranjero a venir a Nicaragua para interponer el citado recurso.

El proceso constitucional es inquisitivo (74), dada la naturaleza esencialmente pública de las normas que protege (las constitucionales) y la indisponibilidad de las mismas.

Partiendo de tal carácter, podemos estructurarlo sobre los principios y bases siguientes: consagración de la acción popular; dirección y participación activa del Juez; indisponibilidad del objeto; impulso oficial; búsqueda de la verdad material (a esto contribuye la prueba oficiosa, la lista abierta y la sana crítica); aplicación de los principio de concentración, publicidad, buena fe y oralidad.

La Ley de Amparo sandinista está lejos de ajustarse a tales lineamientos. Por el contrario, el Proyecto del PPSC se aproxima a ellos.

F) EFECTOS

La Sentencia que se dicta en el amparo sólo tiene efectos con relación al caso controvertido (art. 44 LA), que son los efectos relativos de la cosa juzgada.

Si el acto reclamado fuere positivo la Sentencia que acoge el amparo restituye al quejoso en sus derechos mediante el restablecimiento de las cosas al estado que tenían antes de la violación. Si fuere negativo, la autoridad será obligada a respetar la Ley o garantía y a cumplir con lo que ésta exija (art. 45 LA).

(74) Cfr CALAMANDREI, *Líneas fundamentales del proceso civil inquisitorio. Estudio sobre el proceso civil*, Editorial Bibliográfica Argentina, 1945, págs. 225 y sigs.

XI. EL RECURSO DE EXHIBICION PERSONAL

A) MATERIA

Este recurso tiene por objeto proteger la libertad, integridad y seguridad de las personas consagradas, entre otros, en los artículos 25, 31 y 35 de la Constitución. La violación de esas garantías da origen a este recurso (75).

B) LEGITIMACIÓN ACTIVA

Se concede a favor del que sufre la violación o amenaza y lo puede promover éste o cualquier habitante de la República (acción popular) por escrito, carta, telegrama o verbalmente (art. 52 LA). Cuando es contra un particular sólo se permite por escrito o verbal (art. 74 LA).

C) LEGITIMACIÓN PASIVA

La exhibición personal se da tanto contra las autoridades como contra los particulares por actos restrictivos de la libertad personal. En las Leyes anteriores aparecían en forma separada. Esta unión ha provocado ciertas oscuridades en la distribución de capítulos y ubicación de artículos, lo que refleja falta de mejor técnica.

D) COMPETENCIA

Cuando la exhibición se da contra actos de autoridad por detención ilegal conoce el Tribunal de Apelaciones o la Sala Penal en su caso. Se

(75) Ante la ausencia de procedimientos especiales se ha echado mano en Latinoamérica (Argentina, Bolivia, Perú y Brasil) del *habeas corpus* (exhibición personal) como instrumento de protección de todos los derechos consagrados en la Constitución, a excepción en algunos países de los de carácter económico. Por otra parte, se ha ocupado el amparo como *habeas corpus*, asimismo como medio de protección de todos los derechos fundamentales, con excepción de la libertad personal protegida por el *habeas corpus* que funciona paralelamente con él. En nuestro país, bajo la Ley de Amparo, funcionan el recurso de inconstitucionalidad de la Ley, el amparo propiamente dicho y el *habeas corpus*. Este fue consagrado en el Código de Instrucción Criminal de 1879, posteriormente absorbido por las leyes de amparo, pues técnicamente pertenece al Derecho procesal constitucional y no al proceso penal (cfr. VÍCTOR MANUEL ORDÓÑEZ, *La defensa de la libertad personal en Nicaragua*, Universidad Centroamericana, Managua, 1989).

nombra para cumplimentar la exhibición a un Juez Ejecutor. Si el recurso se concede contra un particular es el Juez Penal respectivo, el que personalmente o por delegado cumplimentará la exhibición.

E) PROCEDIMIENTO

Nada especial y digno de comentarse y menos de elogiarse existe en la nueva Ley de Amparo. Por el contrario, existen evidentes inconvenientes. Por ejemplo:

a) Cuando la exhibición se pide por amenazas de detención ilegal de previo se solicita informe a la autoridad responsable, en vez de nombrar inmediatamente al Juez Ejecutor, con palpable pérdida de tiempo y grave riesgo para la seguridad e integridad del quejoso.

b) Se debilita la independencia del Juez Ejecutor, pieza fundamental de la exhibición personal, pues éste puede ser acusado por la autoridad responsable ante el Tribunal de Apelaciones cuando estime que se ha excedido en su atribución o resuelto contra Ley expresa y se establece como sanción una multa del 25 por 100 de sus ingresos y otras responsabilidades. También lo puede juzgar de oficio dicho Tribunal por las mismas razones (arts. 67 y 83 LA). Cuando el Tribunal no está contaminado por la política la situación no es peligrosa, pero en caso contrario resulta fatal pues es quien interpreta y decide lo que expresa la Ley.

A lo anterior se puede agregar como medida de hostigamiento y ablandamiento contra ciertos ejecutores el envío frecuente de casos, ya que el cargo es obligatorio bajo la sanción de ser juzgado por desobediencia y multado con el 25 por 100 de sus ingresos (art. 59 LA).

Todas las anteriores medidas tienen por objeto ablandar a los ejecutores y obligarlos a seguir las orientaciones del Tribunal.

c) La exhibición funciona junto con la Ley de Funciones de la Policía Sandinista (Ley 65 publicada en *La Gaceta* núm. 44 del 26 de diciembre de 1989) que todavía aplican las autoridades de policía a pesar de oponerse a los artículos 158, 159 y 160 de la Constitución que le conceden al poder judicial la exclusividad de administrar justicia. En virtud de esa Ley se prolonga por nueve días la detención de las personas en poder de la policía y, como consecuencia, el ejecutor no puede liberar al detenido en ese período.

En conclusión es necesario dictar una nueva Ley de Amparo ajustada a nuestra realidad y a los principios del Derecho procesal constitucional, o cuando menos a la Constitución sandinista.

CONCLUSION

El amparo puede ser estructurado sobre las bases y principios siguientes:

- a)* Consagración de la acción popular en dos de sus principales manifestaciones: la exhibición personal y la inconstitucionalidad de la Ley.
- b)* Dirección y participación activa del Juez durante todo el curso de su tramitación y ejecución.
- c)* Indisponibilidad de su objeto.
- d)* Impulsa oficial y eliminación de la caducidad como modo de extinguirlo.
- e)* Búsqueda de la verdad material. A esto contribuye el establecimiento de la prueba oficiosa, la lista abierta de los medios de prueba y la sana crítica como sistema de apreciarlos.
- f)* Aplicación de los principios de concentración, publicidad, buena fe y oralidad.

DR. IVÁN ESCOBAR FORNOS

Profesor de Universidad
(Guatemala)

La formación del concepto de propiedad que acoge el Código Civil

SUMARIO PLANTEAMIENTO —I. PROPIEDAD Y DOMINIO EN EL LENGUAJE JURIDICO.—II. EL ITINERARIO HISTORICO DEL DERECHO DE PROPIEDAD: 1 DERECHO ROMANO REALIDAD Y MITO.—2. EL DERRUMBAMIENTO DEL CONCEPTO DE PROPIEDAD EN LA ALTA EDAD MEDIA Y EL LARGO CAMINO A RECORRER HASTA LA RECUPERACIÓN DE UN CONCEPTO UNITARIO.—3. LA ELABORACIÓN DEL CONCEPTO MODERNO DE PROPIEDAD: a) *La aportación de los teólogos y juristas españoles.* b) *Derecho natural racionalista y "usus modernus Pandectarum".* c) *Cambio de escenario: la propiedad inviolable y sagrada.* d) *El concepto de propiedad en la pandectística moderna.* e) *Libertad de los fondos y conceptos de propiedad.* g) *Crisis, vicisitudes y nuevos horizontes del concepto moderno de propiedad. El retorno a la tradición jurídica* —III. LA PROPIEDAD PRIVADA EN EL CODIGO CIVIL

PLANTEAMIENTO

La propiedad es un concepto central del Derecho civil, entendido éste, como no puede ser por menos, en cuanto ordenamiento fundamental o nuclear de la persona humana, por más que en su auxilio venga ahora el Derecho constitucional, para integrar la *garantía* de su efectividad. Concepto de propiedad que, por lo demás, se desarrolla primordialmente en las relaciones de la persona con los bienes, y, en general, con el ejercicio de su actividad económica a la que sirve de punto de referencia.

Ahora bien, por esto mismo, y por ser un concepto central no se agota en éste tipo de referencias y hay que tomarle en cuenta, también, respecto de todo tipo de relaciones patrimoniales, no sólo las llamadas jurídico-reales, sino también en las personales o de obligación, así como en las familiares y en las sucesorias. Lo que tiene pleno sentido ya que, como concepto, no sólo ocupa un lugar eminente, junto con la autonomía pri-

vada, en el núcleo central de todo el sistema de Derecho privado, sino que, como hemos anticipado, aparece, constantemente, irradiándose y proyectándose sobre cualquier tipo de actividad económica, siempre que respecto de ella se lleve a cabo una valoración jurídica.

Sin embargo, esta perspectiva un tanto difusa no debe enturbiar las propias exigencias sistemáticas del concepto, en cuanto, a pesar de todo, constituye una categoría concreta, aunque peculiar por su magnitud y por sus resonancias, del Derecho de los bienes, como concepto propio y específico del Derecho civil. Bien es cierto, por otra parte, que dada su dimensión e importancia, en el concepto de propiedad confluyen, como veremos, tanto el Derecho privado como el Derecho público, lo que constituye una expresión elocuente de la unidad esencial del Derecho, pero esto no desnaturaliza lo que queda dicho, sino que contribuye a dar al concepto de propiedad una parte muy importante de su peculiar dimensión.

Con todo, no se ha enunciado más que una parte de la problemática que plantea, al conocimiento jurídico, la determinación del concepto de propiedad. El cual, por hallarse en el centro también del sistema económico y social, del que su dimensión jurídica no es más que una perspectiva, aunque sea la que aquí más nos interesa, es objeto de estudios por otras ciencias sociales y lugar de confluencia de las tendencias doctrinales más diversas, en el conjunto de las teorías, opiniones e ideologías que constituyen el complejo entramado de la vida social moderna. Por todo ello, el concepto de propiedad viene a ser uno de los más arduos y controvertidos de la ciencia jurídica. Comportando su delimitación muchos riesgos, entre los que el más grave de todos consiste, en tomar la parte por el todo, o en dar más importancia a un aspecto que a los restantes, cuando todos deben ser atendidos por igual, en su conjunto.

También existe el riesgo de tomar por definitiva una mera fase temporal de las transformaciones que, constantemente sufre este instituto y que, de una u otra manera, en mayor o menor medida, influyen en la delimitación de su concepto, aunque no acaban de modificarle sustancialmente. Por ello, no puede uno dejarse llevar por las apariencias, como puede suceder con tales transformaciones si no se adopta un punto de vista adecuado, ya que aquellas se encuentran más en una legislación coyuntural u ocasional que en el propio sistema económico y social, eso sin olvidar aquellos supuestos, bastante numerosos en nuestros días, en los que la legislación por su falta de adecuación a la realidad social y económica, no produce los efectos queridos por el legislador sino en una mínima parte, cuando no acarrear los efectos precisamente contrarios, como acredita hasta la saciedad la experiencia jurídica. Según la cual, cabe afirmar, desde ahora, el siguiente corolario: en un sistema en el que se reconoce la

iniciativa económica de los particulares, suele ser mucho más importante y duradera la innovación —el cambio— debida a esta iniciativa que la que, en algunos países, pretende arrogarse el legislador (1). Por eso, la comprensión del concepto de propiedad requiere un distanciamiento de cualquier enfoque particular, sea de índole técnica o permanezca en el plano puramente ideológico. Para ello, será preciso, por una parte, tomar un adecuado distanciamiento de toda apariencia, por evidente que se presente. Mientras que, por otra, es necesario tomar el concepto desde cierta perspectiva globalizadora, porque, sólo de este modo, la reflexión que se lleve a cabo, incluso con cierta perspectiva histórica, permitirá la maduración adecuada, hasta cierto punto.

No cabe aquí, como respecto de otras categorías conceptuales o dogmáticas, acudir a la tradición jurídica, para obtener de ella un concepto que pueda servir de base para entender —en cuanto concepto teórico o natural (de la *natura rei*)— el complejo régimen de la propiedad. Porque, en este sentido, la propiedad privada es un concepto moderno y, con ello, también son modernos las condiciones o los presupuestos del contexto en que se desarrolla. En cuanto tal se ha podido pensar que la propiedad como categoría dogmática que consagran los Códigos Civiles modernos, es una institución relativamente reciente y cuya conformación apenas cuenta dos siglos, a partir de la *Declaración de los derechos del hombre* de 1789 (2). No es como otras instituciones que alcanzan una vida varias veces secular, vinculadas a la tradición romanista. Tal sucede con otros derechos reales, como por ejemplo, con el usufructo que podemos encontrar ya formado en el Derecho Romano clásico, aunque su encaje sistemático sea, definitivamente, obra del pandectismo (3). Lo mismo podríamos decir de otros conceptos del elenco de los *iura* privados, dentro del cuadro de los derechos reales o de los derechos de obligación, sin perjuicio de que se hayan ido decantando a lo largo de la tradición jurídica romanista y hasta recibiendo influencias extrañas a la misma y modelándose definitivamente de acuerdo con tales influencias. En cambio, la formación del concepto de propiedad privada, no sigue esta misma línea, seguramente

(1) Alude a esta realidad J. CARBONNIER en la "Introduction" a *L'évolution contemporaine du droit des contrats* ("Journées René Savatier", Poitiers, 24-25 octobre 1985), París, 1986, págs. 28 y ss.

(2) Esta concepción, como dice CH. ATIAS, "fue una de las decisiones revolucionarias de principios del siglo XIX, consistente en que la noción de propiedad sea indiferente tanto a la cualidad de su titular como a las particularidades de su objeto", en "Destin du droit de propriété Ouverture, Droits" (*Revue Française de Théorie Juridique*), I (1985), págs. 5-6.

(3) En el que desaparece la confusión, al menos terminológica, entre usufructo y servidumbres, al dejar de calificarse aquél de servidumbre personal por un mayor rigor sistemático.

por el papel eminente que juega en el conjunto del sistema jurídico y como expresión de un sistema social y económico que pusieron en obra las constituciones y los códigos a lo largo del siglo XIX. Sólo entonces queda entronizada la propiedad en el sistema, como un instrumento de liquidación del *ancien régime*, pero fuera de esta función que cumple a la perfección y del énfasis retórico que cobra, en cuanto “derecho absoluto” que no se traduce de todo en la regulación jurídica, su origen dogmático hay que encontrarle en la especulación teórica de la doctrina del Derecho común, cuando no cumplía ninguna de aquellas funciones y cuando convivía con otros derechos de uso y disfrute sobre las cosas de naturaleza “limitada” (4).

Por otra parte, aunque el concepto moderno de propiedad poco tenga que ver, de acuerdo con un análisis riguroso, con el concepto romano de *dominium* o *proprietas*, como veremos, es indudable que toma del mismo un significado que ya se halla contenido en el Derecho Romano, en cuanto justifica o funda una *atribución* o poder a favor de un sujeto de derecho que, si bien tenga un contenido y hasta una calificación diversos, con el tiempo —desde lejos, mejor— y a través de una serie sucesiva de idealizaciones que pretenden restaurar un concepto jurídico que dista mucho de parecerse al que efectivamente existió, configuran un *derecho absoluto* de la persona sobre las cosas y los bienes, a imagen diríamos del *dominium ex iure Quiritium* romano. Lo que no puede entenderse cabalmente, sin tener en cuenta como se lleva a cabo, mediante una serie sucesiva de renacimientos, el *cursus* de la especulación jurídica en la tradición romanista o del Derecho común europeo (5).

Esto nos obliga, de una parte, a prestar atención a la formación de este concepto dogmático de propiedad que acaba por encontrar su acomodo en los Códigos Civiles, para poder discernir lo que, en el mismo, hay de permanente desde el punto de vista del progreso jurídico y lo que hay de perecedero y caduco, fruto de una pretérta temporaneidad. Porque, para algunos, es evidente que este concepto de propiedad ha sido superado en la evolución jurídica que ha tenido lugar durante el último siglo, como consecuencia de haber sido desbordado por los acontecimientos económi-

(4) En tal sentido, el espléndido artículo de P. Grossi, “Propietà (Diritto intermedio)”, en *Enciclopedia del Diritto*, t. XXXVII (1990), págs. 226 y ss.

(5) Hay que valorar adecuadamente la recepción del Derecho romano, sin trivializaciones, para darse cuenta del verdadero significado que comporta la utilización de conceptos romanos, lo que tiene lugar en una relación abierta entre las antiguas fuentes y las necesidades de la realidad cotidiana que se opera fundamentalmente en el plano especulativo no “*ratione imperii, sed imperio rationis*” y donde aparece, desde el primer momento, una veneración por la antigüedad clásica. Vid. ahora, por todos, H. COING, *Europäisches Privatrecht*, I. *Alteres Gemeines Recht*, München, 1985, págs. 7 y ss.

cos y sociales y por carecer, sobre todo, de valor para representar conceptualmente un sistema social y económico, o, al menos, para representarlo por entero, no fragmentaria o parcialmente. Por ello, y porque otros opinan todo lo contrario, a pesar de los pesares, tenemos naturalmente que prestar una extraordinaria atención al significado de aquellas transformaciones sociales y económicas (6), para saber hasta donde llega su alcance.

Pero no sólo interesan las tendencias que inspiran estas transformaciones, sino también los cambios que se producen en un contexto más amplio, sobre todo, aquellos que ponen de relieve la existencia de una estructura económica y social diferente de la que vio surgir los Códigos Civiles, pues, al cambiar el escenario, el mismo discurso suena de manera diferente. Sin olvidar que, aquí, el escenario se enmarca en un incensante intervencionismo estatal en la actividad económica privada, formando parte del decorado la economía mixta en el régimen de la empresa y los intentos y las realizaciones, aquí y allá, de colectivización, en mayor o menor medida. Por lo que hay que preguntarse si aquel concepto de propiedad de los Códigos Civiles sirve todavía y si no ha sido sustituido por un concepto distinto, o en el caso de que subsista, en que medida subsiste y como comparte, total o parcialmente, con otros derechos su pérdida hegemonía, si es que realmente la ha perdido por completo. Esta es la cuestión, en definitiva.

Para contestar a ella, han de hacerse a su vez una serie de preguntas y hallar para cada una de ellas una contestación razonable. Seguramente de, entre ellas, las más importantes, siguiendo una opinión autorizada, son las siguientes: "¿Cuáles son los poderes del propietario y cuáles sus deberes? ¿Cuáles son los bienes que pueden constituir objeto de propiedad privada? ¿Cómo se adapta la propiedad privada respecto de las diversas clases de bienes? ¿Cuáles son las relaciones entre propiedad y empresa privada? ¿Cuáles son las relaciones entre propiedad y trabajo? ¿Cuáles las relaciones entre propiedad y control de la gestión económica? ¿Cuál es el significado real de la función social asumida por la propiedad privada y cuál el

(6) Aparece esta preocupación con motivo de la crisis del pandectismo, y aunque la literatura es tan abundante que sería imposible aquí reseñar, voy a limitarme por ello a señalar algunos hitos que considero interesantes, comenzando por la famosa conferencia de O. VON GIERKE, *Die soziale Aufgabe des Privatrechts* (pronunciada en Viena el 5 de abril de 1889, publicada en Berlín el mismo año y reeditada en la última postguerra), en la colección "*Deutsches Rechtsdenken*", heft 12, Frankfurt/M. 1948; apareciendo en el mismo año el libro de G. RIPERT, *Le régime démocratique et le Droit civil moderne*, París, 1948; tomando, finalmente, en el mismo autor, conciencia de crisis del Derecho en *Le déclin du droit*, París, 1949, por lo que entonces se generaliza, con diversos matices vid. *La crisi del diritto* (Facoltà Giuridica di Padova), Padova, 1953; *Summunus, summa iniuria* (Juristische Fakultät Tübingen), Tübingen, 1960; etc.

sentido de la utilidad social exigida a la actividad empresarial? ¿Cuáles son la posición y la función que asume en los sistemas capitalistas la propiedad pública y cuál la diferencia entre la propiedad en mano pública y la propiedad pública? ¿Cuáles son la posición y la función de la propiedad socialista y de la propiedad personal en los sistemas colectivistas?" Finalmente: "¿Cuáles —son— las dificultades en el funcionamiento de la propiedad socialista y cuál el sentido de la expansión de la propiedad personal?" (7).

Pero todas estas preguntas, o cualesquiera otras, deben hacerse y ser contestadas teniendo en cuenta un planteamiento más general, por lo menos, en lo que se refiere al plano de la "idea" de la propiedad en cuya dinámica se halla presente, de una u otra manera, la contraposición entre individuo y sociedad. Punto de vista que ilustra también cualquier referencia histórica que pretendamos llevar a cabo, bien sea el Derecho antiguo, la época de la codificación, o las transformaciones que el concepto ha sufrido posteriormente y hasta la actualidad. En la época de la codificación es notorio que hay una evidente aproximación dialéctica entre libertad individual y propiedad privada. Mientras que las transformaciones posteriores y actuales, ¿puede decirse que supongan realmente lo contrario, o se trata sólo de una apariencia?

De todos modos, planteadas las cosas en estos términos, el jurista, aunque para ello tenga que situarse en el plano del "deber ser", lo que es perfectamente lícito y le está permitido como jurista, en la fase previa del "entender" anterior a la delimitación del *factum*, debe contribuir —buscando más que la paz social un buen orden intelectual— a hallar un equilibrio entre lo uno y lo otro, entre el individuo y la sociedad. Para ello, el reconocer y el destacar que, en determinado contexto, tal equilibrio se ha producido, aunque haya sido más en potencia que en la realidad, es avanzar mucho en éste sentido. Avance que se sitúa, en lo que los autores antiguos llamaban el progreso jurídico, afirmación que hay que suponer no venía guiada solamente por una inefable ingenuidad, sino por algo tan importante como la experiencia jurídica que nos remite, constantemente, a la idea de un *desarrollo paralelo* entre los poderes del ordenamiento y los poderes de los particulares, siempre que se les reconozca a éstos una esfera jurídica autónoma, mayor o menor. Tal sucedería en el surgimiento del *dominium ex iure Quiritum*, o en los círculos sapientes de la Edad Media tardía, donde una serie de procesos teóricos, fundamentalmente

(7) Este es el planteamiento que hace el gran civilista italiano contemporáneo, F. SANTORO-PASSARELLI en el artículo "Proprietà", en *Enciclopedia del Novecento*, V (Roma, 1980), págs. 656 y ss.

especulativos, van descubriendo un concepto de propiedad que se halla conforme con el Derecho natural y, así, sucesivamente.

1. PROPIEDAD Y DOMINIO EN EL LENGUAJE JURIDICO

En las lenguas románicas, la voz *propiedad* y sus equivalentes, derivan de la palabra latina *proprietas* que indica cualidad o carácter particular de una persona o de una cosa. De esta suerte, propiedad es lo que es propio de alguien o de algo, acabando por significar lo que es propio o pertenece a una persona. Lo que también se designa, en el lenguaje técnico-jurídico, con la voz *dominio*, referido exclusiva o casi exclusivamente al derecho de propiedad, diferenciación que la doctrina pone de relieve (8), aunque el Código Civil usa indistintamente ambos términos (9). Para la citada doctrina, la voz *dominio* designa la propiedad en sentido técnico y que viene regulada en el Código Civil (arts. 348 y concordantes), quedando la voz propiedad para designar algo más difuso y general que comprende tanto aquella regulación como las regulaciones especiales, o bien, tanto un concepto estricto y riguroso del derecho de propiedad, como su dimensión más amplia en el ordenamiento económico y social y hasta en las teorías que hablan de la propiedad en el marco más extenso de las ciencias sociales.

Volviendo al lenguaje jurídico, en la tradición anglosajona también se distingue entre *Property* (= propiedad) y *Ownership* (= dominio), aunque de ella poco podamos obtener que no sea una confirmación de ese doble uso. Por lo que se refiere al término romano *dominium* (más exactamente, *dominium ex iure Quiritium*), hay que hacer notar que supone un poder mucho más amplio que el que se atribuye al propietario en los códigos decimonónicos, sobre la cosa objeto de su derecho. Esta amplitud se muestra en el propio origen del término que deriva de *domus* (casa), haciendo referencia al poder doméstico en bloque, el que corresponde al *dominus* (señor) y que designa, también, al propietario. Por lo demás, como es sabido, y aunque los romanos desarrollan un verdadero sistema

(8) Entre la manualística española más moderna, vid J. LACRUZ, *Elementos de Derecho civil*, III *Derechos reales*, I. *Posesión y propiedad*, Barcelona, 1979, págs. 167 y ss.; L. DÍEZ-PICAZO y A. GULLÓN, *Sistema de Derecho civil*, III. *Derecho de cosas*, 4.^a ed., Madrid, 1988, págs. 153 y ss.; J. PUIG BRUTAU, *Fundamentos de Derecho civil*, III-1, Barcelona, 1978, págs. 141 y ss.; M. ALBALADEJO, *Derecho civil*, III *Derecho de bienes*, I, Parte General, 3.^a ed., Barcelona, 1977, págs. 123 y ss. Lo mismo que la inmediatamente anterior, por todos: J. CASTÁN TOBEÑAS, *Derecho civil español, común y foral*, II, 8.^a ed., Madrid, 1951, págs. 49 y ss., y allí otras referencias.

(9) Vid los arts. 338 y ss., arts. 348 a 350, 407 y ss., 432, 605, 606, 608, 1.940 y ss., etc. que utilizan ambas expresiones indistintamente.

jurídico, y hasta una compleja dogmática, se resistían a usar expresiones y conceptos abstractos, no hablando por tanto de *proprietas* o *dominium* como referidos al derecho de propiedad que hasta se ha dudado fuera un verdadero “derecho subjetivo”, a diferencia de los derechos reales limitados (*iura in re aliena*), incluso para designar la pertenencia de una cosa prefirieron utilizar otras expresiones (*habere esse, rem meam esse*). Es más, la propiedad o el dominio, no constituían propiamente, como se ha dicho, un *ius in re*, como el usufructo o la servidumbre, no apareciendo en las listas conocidas de los *iura*, sino que el derecho se identificaba con la cosa misma que, a su vez, era expresión de su propia regulación jurídica, como diríamos hoy, que emanaba de la misma cosa (*fundus, res corporalis*). De modo que *dominium* o *proprietas* no indicaban un derecho sobre la cosa, en el sentido moderno, sino un conjunto global de poderes que se deducía como una cualidad de la misma, la de ser propia de alguien o susceptible de apropiación (10).

Para algunos, por ello, el término alemán *Eigentum* (propiedad, dominio), se halla más cerca del concepto de propiedad que los términos latinos, *proprietas* o *dominium*. Bien es verdad que el concepto de propiedad no es un concepto originario o natural, como otros conceptos jurídicos, como lo sería el concepto de *posesión*, si prescindimos de sus aspectos técnico-jurídicos, en lo que aquí no podemos entrar (11), sino fruto de una elaboración dogmática y, por ello, no aparece como uniforme en las distintas culturas antiguas. Sea como fuere, la voz alemana *Eigentum*, lo mismo que la voz inglesa *Ownership*, deriva también de *eigen* (propio) que vendría a ser algo así como posesión en sentido jurídico. Aunque también, posteriormente, en posición a “feudo” y “herencia”, designe el patrimonio propio, para diferenciarle del adquirido por negocio jurídico. Pero para que del *eigen* (propio) resultase la *Eigentum* había de intervenir la práctica judicial, puesto que *Tum* significa tribunal, comunidad judicial. De esta suerte, lo propio viene reconocido como perteneciente al propietario por la comunidad judicial (12).

Por lo demás, una aproximación terminológica no arroja mucha más luz para determinar el concepto de propiedad, si prescindimos de la carga dogmática que se agregará a tales términos, que la de poner de relieve la

(10) Vid. M. VILLEY, “Le sens de l’expression *jus in re* en Droit romain classique”, en *Revue Internationale des Droits de l’Antiquité*, III, Bruxelles, 1949, págs. 417 y ss., y también del mismo autor, “La notion de droit subjetif et les systèmes du droit romain classique”, en *ibid.*, I, págs. 201 y ss.

(11) Vid. J. L. DE LOS MOZOS en la Introducción a la *Tutela interdictal de la posesión*, Madrid, 1962, págs. 2 y ss.

(12) Vid. por todos, H. HATTENHAUER, *Conceptos fundamentales del Derecho civil*, trad. esp., Barcelona, 1987, págs. 111-112.

relación de las cosas y de los bienes, como *objeto* de los derechos con el *sujeto* a que pertenecen y del que pertenecen y de que son *proprios*. Relación que no deja de atraer la atención, a lo largo de la formación del concepto de propiedad, cuando como consecuencia del Derecho natural, se pone también en relación el concepto de persona con el concepto de propiedad y como consecuencia del ejercicio de la libertad individual (13), tanto que para PORTALIS, la propiedad no sólo se halla “en la constitución misma de nuestro ser”, sino que es doblemente consustancial a las nociones de persona y de bien (14).

II. EL ITINERARIO HISTORICO DEL CONCEPTO DE PROPIEDAD

I. DERECHO ROMANO REALIDAD Y MITO

Cómo fue la propiedad en Roma, es todavía una cuestión controvertida, sobre todo, en lo que respecta a su origen y a su desenvolvimiento en el Derecho arcaico y en el Derecho preclásico, debido a la falta de fuentes, y a las dificultades que se derivan de relacionar las ideas que los romanistas antiguos se han hecho de la propiedad arcaica con el descubrimiento de nuevas fuentes, con su utilización crítica, o con su relación con la interpretación y valoración de las que, por ser posteriores no son mejor conocidas. Por otra parte, algunas de las ideas sobre la propiedad antigua, actualmente ya superadas, son las que han germinado en épocas posteriores, a través de glosadores y humanistas, dejando una huella decisiva en la formación del concepto moderno de propiedad, aunque no sean conformes a la realidad histórica y se hallen más de acuerdo con una mitificación de la propiedad quiritaria.

Durante algún tiempo, han pensado los romanistas que el relativo retraso en que aparecen en la lengua latina los términos *dominium* y *proprietas*, como expresión de la noción abstracta del derecho de propiedad, se corresponde con un análogo retraso en definir el régimen de tal institución. Apreciación que se desarrolla en la segunda mitad del siglo XIX, debido a algunas observaciones de IHERING y de VOIGT y fundamentalmente por obra de BONFANTE (15), acabando por suponer que el régimen

(13) P. GROSSI, “La proprietà nel sistema privatistico de la Seconda Scolastica”, en *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico*, I (1973), págs. 117 y ss.

(14) Exposé des motifs du Code Civil. *Récueil Fenet*, I, París, 1827, pág. 125.

(15) “*Res Mancipi*” e “*nec Mancipi*”, Roma, 1888-1889.

jurídico de la propiedad privada sólo alcanza madurez en la época tardo republicana (16). Pone por otra parte de relieve esta orientación, para explicar la propiedad arcaica, la contraposición entre *res Mancipi* y *res nec Mancipi* que se encuentra estrechamente vinculada a la estructura social y económica patriarcal. De modo que las *res Mancipi* sólo podían ser transmitidas por la *Mancipatio* y la *in iure cessio*, como negocios solemnes, mientras que las *res nec Mancipi* podían ser objeto de transmisión por la mera *traditio*. No tiene que ver que la distinción se mantenga todavía en el Derecho clásico y que venga recogida por la *Instituta* de GAIUS (2,22), lo mismo que tampoco tiene nada ver que la *Mancipatio* subsista y se utilice, todavía entonces, para otros fines. Por otra parte, se cree que una misma tutela procesal amparaba tanto la protección de estos bienes como los restantes poderes del *pater familias* que, en un sistema patriarcal, expresaban su absoluto posición de preeminencia, confundidos en la *manus* como suma y compendio de todos ellos. Poder eminente que, al igual que el poder político de la *civitas* no estaba sometido a reglas, según la afortunada formulación de POMONIO: "*omniaque manu a regibus gubernantur*" (D.1,2,2,1) (17).

Esto muestra que, en Roma, los poderes del grupo familiar, se individualizan y personalizan en el *pater familias*, aunque no se designen con el término *dominium*, sino con los de *manus*, *Mancipium*, *potestas*, todos los cuales contribuyen a formar el clásico concepto de *dominium ex iure Quiritium* del que únicamente podían gozar los ciudadanos libres, los *sui iuris*, es decir, los *patres*. Lo que andando el tiempo, en el transcurso de los siglos y con las idealizaciones ilustradas y revolucionarias, en los albores de los tiempos modernos, cuando se trate de consolidar un orden nuevo, surgido de las constituciones y los códigos, aquella interpretación histórica idealizada, realidad y mito, sirve para hacer emulación, como en juego de prestigio, con la comparación de ciudadanos libres con los *quirités*, ya que liberados de las servidumbres del *ancien régime* pueden gozar también de una propiedad libre, una vez que se han abolido los privilegios señoriales y feudales (18).

Pero volviendo al Derecho Romano, nos encontramos con que el dominio se confunde en bloque con los otros poderes del *pater*, como ya hemos dicho. Sólo con el tiempo se irán diferenciando éstos (*manus*, patronato, dominio, *usus*, *possessio*, etc.), lo mismo que los distintos

(16) Vid. L. CAPOGROSSI COLOGNESI en el artículo "Proprietà (Diritto romano)", en *Enciclopedia del Diritto*, t. XXXVII.

(17) *Ibid.*

(18) Vid. ahora, por todos, A. M. PATAULT, *Introduction historique au droit des biens*, París, 1989, págs. 141 y ss.

regímenes de los bienes (*fundus, res corporalis*, etc.), dando lugar con el tiempo al nacimiento de derechos separados sobre los mismos, como las servidumbres y los otros *iura in re alinea*. Pero antes y paralela y gradualmente a que aquel poder global o absoluto del *pater* sobre personas y cosas, se fuera especificando, lo mismo que acaba por surgir la posibilidad de su transmisión *mortis causa*, a través de la continuidad del culto doméstico (19), aparecerá también y hacia afuera del círculo familiar la defensa procesal, primero globalmente, como siempre se había pensado respecto del sistema de las *legis actiones* (GAIO, 4,16), después, de forma más específica y circunstanciada como en el sistema formulario. Pero, en cualquier caso, la *vindicatio*, tiene un significado excluyente. Significado y alcance excluyente que, en un principio, tendrá una mera eficacia *inter partes* solamente, propia de la *vindicatio* arcaica, como cauce para hacer valer la *propiedad relativa*, según ha demostrado mi maestro M. KASER de manera convincente (20). Sólo después alcanzará eficacia frente a todos (*erga omnes*), es decir, frente al que la posea indebidamente y no porque tenga algún derecho contra el demandado, sino porque la cosa le pertenece al actor *ex iure Quiritium* (GAIO, 4,51 y 92).

De este modo, y por esta doble vía de consolidación del concepto de propiedad, para la jurisprudencia clásica aparece el *dominium* o la *proprietas*, como la dominación jurídica, exclusiva e ilimitada de una cosa. La idea básica del concepto, según W. KUNKEL, fue la consideración de que la cosa se hallaba sometida a su dueño en todos sus aspectos (totalidad de la propiedad), pudiendo proceder con respecto a ella de su arbitrio y hallándose facultado para repeler cualquier perturbación procedente de terceros (exclusividad de la propiedad). Ciertamente, y en época no muy antigua, se reconocieron algunas limitaciones a este dominio, primeramente de escasa importancia y más adelante en mayores proporciones; pero la base del concepto de propiedad continuó siendo la misma hasta el final de la etapa antigua del Derecho romano. Se estimó que la propiedad no era un derecho que sólo concedía al propietario determinadas facultades y le privaba de otras. Por el contrario, las limitaciones de la misma se consideraban como perjuicios de procedencia puramente externa contra un poder dominical fundamentalmente libre. De este concepto se derivaban fundamentales consecuencias: las limitaciones de la propiedad, no su libertad eran las que necesitaban ser probadas (presunción de *libertad* del dominio), en tanto los gravámenes que pesaran sobre la propiedad lo

(19) Sobre lo que han fantaseado bastante los historiadores del siglo XIX, así FUSTEL DE COULANGES, *La ciudad antigua* (trad. esp.), Barcelona, 1984, págs. 81 y ss.

(20) Vid. en especial su monografía, *Eigentum und Besitz im alteren römischen Recht*, 2.^a ed., Köln-Graz, 1956.

permitieran, el propietario no estaba cohibido por ellos, y tan pronto desaparecían, la propiedad recobraba automáticamente su integridad (contenido *flexible* del dominio); y, finalmente, al propietario no podía corresponder sobre su cosa otro derecho real que su propiedad ("*nemini res sua servit*", etc.) (21).

Por lo demás, y en la evolución posterior del instituto, a partir de la época tardo republicana en que aparece formado el concepto de dominio *ex iure Quiritium*, se produce un ensanchamiento y una generalización del mismo, siempre a través de una paulatina especificación, así junto a la propiedad quiritaria, aparece la bonitaria y la peregrina, por obra del pretor. Pero esto no demuestra que exista una línea evolutiva que acentúe este sentido de uniformación y de consolidación de un concepto unitario de propiedad, más que en la mente historicista, propicia a la evolución social, de la mayor parte de los autores del siglo XIX (22). Por el contrario, como han puesto de relieve los modernos estudios e investigaciones, lo que tiene lugar, una vez que se han formado definitivamente el concepto de dominio quiritario, son una serie de especificaciones y matizaciones que van creando un conjunto de conceptos análogos, pero que nunca pierden de vista el modelo central al que constantemente se refieren y del que inevitablemente parten, así en alguno de los supuestos citados, o en otros muchos, como sucede en el ámbito de la *exceptio rei venditae et traditae*, o con la aparición de la propiedad publiciana (23), o en el contraste que se deriva de la ampliación constante de los *iura in re aliena*, o en la diferenciación respecto de los derechos sobre el *ager publicus*, o en el desarrollo del ordenamiento paralelo de la *bona fides*, respecto del *ius strictum*, o en la actuación constante, en fin, de las diversas esferas normativas romanas (*ius civile*, *ius honorarium*, *ius gentium*).

Paralelamente, tampoco tiene lugar esta transformación como consecuencia de una intensificación de las limitaciones del dominio, a lo largo de la evolución, porque aunque así fuera, no por ello desaparecen los conceptos fundamentales que integran su contenido y estructura. Lo mismo sucede con el decaimiento, al comienzo de la época clásica, de las formas solemnes de transmisión del *dominium* y su sustitución por la *traditio*, porque aunque decaigan no desaparecen por completo, serán utilizadas todavía en otro ámbito, como antes hemos indicado, pero lo más importante es que siempre permanecerán como punto de referencia

(21) *Derecho privado romano* (trad. esp.), Barcelona, 1935, pág. 172.

(22) En tal sentido, CAPOGROSSI COLOGNESI, *op. y loc. cit.*, núms. 22 y ss.

(23) Como han demostrado paralelamente, coincidiendo en sus conclusiones contemporáneamente, pero sin tener el uno noticia del otro: J. M. DE LA CUESTA, *La acción publiciana*, Madrid, 1984, P. APATHY, *Die Publizianische Klage. Das relative dingliche Recht des rechtmässigen Besitzers*, Wien, 1981.

en la argumentación y en el razonamiento que va implícito en las fuentes romanas, no sólo en los *responsa prudentium*, sino en general. Consideración que es importante, para no olvidar el estilo mental de los romanos. Por ello, al final del período clásico se mantiene vivo el concepto de propiedad quiritaria, aunque es posible que haya perdido un cierto énfasis en cuanto concepto que tiene también una significación política, como consecuencia de que la sociedad civil tiene una estructura bien distinta (24).

Lo que sucede después, con el Derecho postclásico, no supone como se ha creído que tenga lugar una consolidación definitiva de la evolución anterior, sino que tiene lugar todo lo contrario, una ruptura. De manera que la idea, típicamente historicista por otra parte, según la cual, en este período postclásico, se consuma al paso del *dominium* de predominante significado jurídico-político, a la *proprietas* que presenta ya exclusivamente connotaciones jurídico-económicas, lo que todavía viene a aventurar ALBERTARIO (25), no sólo es puramente imaginaria, sino absolutamente errónea, como se ha demostrado hasta la saciedad, a partir de los estudios de E. LEVI (26) y de M. KASER (27). Lo que sucede en esta época, aparte de que la legislación ha perdido en buena parte el “sentido de lo jurídico”, es que se va a derrumbar el concepto de toda propiedad, porque ante el proceso se confunden las instancias petitorias con las posesorias, borrándose con ello las diferencias existentes entre propiedad y posesión, al protegerse a toda posesión, incluso a la *momentaria possessio* (28). Con ello, la lenta y minuciosa labor de construcción dogmática que había tenido lugar durante siglos y que se manifestaba a través de las distintas fuentes de producción jurídica, se viene abajo, al quedar aquellas cegadas en su mayoría y venir sustituidas, casi exclusivamente, por las constituciones imperiales, que hacen figura de legislación especial, cuando no excepcional o de urgencia, reiterativa e incluso contradictoria, incapaz de poner remedio a problemas que, probablemente, ya no lo tenían, o que ponía al descubierto que, los encargados de buscar soluciones carecían de la capacidad y de la formación suficiente requerida para ello, puesto que habían perdido con la *vulgarización* que caracteriza a toda la época el modelo y la forma de actuar jurídicamente (29). Situación que sólo podrá remediar

(24) En tal sentido. CAPOGROSSI COLOGNESI, *op. y loc. cit.*, núm. 35.

(25) *Corso di diritto romano (possessione e quasi possessione)*, Milano, 1946.

(26) *West Roman Vulgar Law, The Law of Property*, Philadelphia, 1951.

(27) *Das römische Privatrecht, II (Die Nachklassischen Entwicklungen)*, München, 1959, págs. 184 y ss.

(28) Aparte de los anteriores, vid. también J. MALAFOSSE, *L'interdit momentariae possessionis*, Th. Toulouse, 1949.

(29) Como punto de partida, definitorio del nuevo concepto, vid. E. LEVY, “Westen

parcialmente la restauración justiniana. Con todo, a pesar de los ingentes materiales recogidos en el *Corpus iuris*, en ellos solamente se contiene una mínima parte del régimen de la propiedad que, con sus inevitables especificaciones y variantes, habían regido en los inmensos territorios de lo que fuera el imperio romano (30).

Sin embargo, desde otro punto de vista, el tiempo dirá que estos materiales son más que suficientes para que la especulación posterior, durante el Derecho común, tenga elementos con que construir el *instrumentarium* del que, una idealización actualizadora de la antigua propiedad quiritaria, el concepto moderno de propiedad.

2. EL DERRUMBAMIENTO DEL CONCEPTO DE PROPIEDAD EN LA ALTA EDAD MEDIA Y EL LARGO CAMINO A RECORRER HASTA LA RECUPERACIÓN DE UN CONCEPTO UNITARIO

Como es sabido los reinos bárbaros asentados sobre el antiguo suelo provincial romano, continúan en muy buena parte el *Derecho romano vulgar*, sin que pueda decirse que aportan concepciones nuevas, ya que, de diferenciarse ambas vías, confluyen en el mismo primitivismo (31). Por otra parte, lo que se ha considerado en el siglo XIX, debido a los germanistas, como una aportación a la teoría de la propiedad, en relación con un supuesto *colectivismo*, no puede ser tomado como tal en los términos que algunos han considerado (32), es decir, no se trata de una idea que aportaran los pueblos germánicos y que se iba a oponer a la idea romana de la apropiación individual, manteniendo a lo largo del Derecho intermedio, como en un juego dialéctico, un combate secular, en el que acaba por triunfar la propiedad privada, conforme al modelo napoleónico-

und Osten in der nachklassischer Entwicklung des römischen Rechts", en *Zeitschrift des Savigny-Stiftung*, rom. abt., 49 (1929), págs. 230 y ss. Otras referencias en J. L. DE LOS MOZOS, *Derecho civil español*, I-I, Salamanca, 1977, págs. 60 y ss., texto y notas (47-51).

(30) CAPOGROSSI COLOGNESI, *op. y loc. cit.*, núms. 32 y ss.

(31) P. MERA, "A tradição romana no nosso medieval", en *Boletim da Faculdade de Direito*, 20 (Coimbra, 1944), págs. 556 y ss.; A. D'ORS, *El Código de Eurico*. Roma-Madrid, 1956; J. GAUDEMET, *La formation du droit séculier et du droit de l'église aux IV et V siècles*, París, 1957; etc.

(32) Siguiendo los modelos de SUMNER MAINE y de LAVELEYE, como denuncia P. GROSSI en *op. cit.*, en *Enciclopedia del Diritto*, t. XXXVII, págs. 226 y ss., núm. 2. Lo que, entre nosotros, se manifiesta más o menos en R. ALTAMIRA, *Historia de la propiedad comunal*, Madrid, 1890; E. DE HINOJOSA, *El régimen señorial y la cuestión agraria en Cataluña durante la Edad Media*, Madrid, 1905; G. DE AZCÁRATE, *Ensayo sobre la historia del derecho de propiedad y su estado actual en Europa*, 2 vols., Madrid, 1876-1879; J. COSTA, *Colectivismo agrario en España*, Madrid, 1898; etc.

pandectista. La historia es siempre mucho más compleja; lo que tampoco debe de olvidarse cuando se hace historia de la dogmática que no depende sólo de condicionamientos monoculturales, sino de arquetipos culturales que se desarrollan de manera diferente, cada uno en su círculo respectivo (eclesiástico, regio, monástico, etc.), sea o no tangencial a otro diferente, o se interfiera con él, formando círculos secantes. Sin olvidar que las diferencias socioeconómicas, constantemente cambiantes, hace que la misma idea se desarrolle de forma distinta, o, que partiendo de ideas diferentes se llegue a soluciones parecidas, en las que la facilidad para recibir técnicas o ideas que, en otro momento parecerían extrañas, hace que se llegue a una identidad que, en otro contexto, sería impensable: por ejemplo, el desarrollo mercantil ("hanseático") de las ciudades del Norte de Europa acelera, sin duda, en la baja Edad Media, la recepción del Derecho Romano. Lo que también podríamos considerar en sentido contrario.

Por eso, una historia de la propiedad en esta época requeriría un planteamiento adecuado (33). De modo que, al hablar de la indudable continuidad del mundo bajo romano los reinos bárbaros del Occidente europeo, ilusión de continuidad que se mantiene en el área mediterránea, hasta las invasiones del Islam, momento en que desaparece la posibilidad del comercio con Oriente (34), esto significa que, al menos la vida oficial, se desarrolla de acuerdo con el Derecho romano vulgar, perfeccionado en el *Liber iudiciorum*, por lo que se refiere a la Península Ibérica, lo que supone que la propiedad privada, es decir, una forma de propiedad-posesión, aunque no estuviese cerrada se hallaba protegida frente a terceros, salvo la limitación de permitir el paso a los caminantes (L. VIII, 3, 12; VIII, 4, 27; VIII, 5, 1; etc.). Pero con ella coexistían otras formas de *tenencia* de la tierra, como el precario visigodo (35), o las comunidades derivadas del aprovechamiento de los baldíos, montes o pastizales, o de los bienes comunes entre los huéspedes (hispano-romanos) y los consortes (godos), derivados de las *sortes Gothicae* (L. X, 1,8 y 9). No apareciendo en el Derecho territorial, la troncalidad (36) que, sin embargo, surge du-

(33) Cuyo diseño metodológico dibuja P. GROSSI con todo empeño y rigor, del que pueden obtenerse consecuencias muy importantes en general y, en particular, llevando a cabo las adaptaciones necesarias a partir de la experiencia italiana. *Op. cit.* en *Enciclopedia del Derecho*, t. XXXVII, págs. 226 y ss, núms. 1 a 5 fundamentalmente.

(34) H. PIRENNE, *Mahoma y Carlomagno* (trad. esp.), Madrid, 1978 (reimp. 1985). Si bien su método haya sido puesto en cuestión por los historiadores económicos: C. M. CIPOLLA, *Entre la historia y la economía (Introducción a la historia económica)* (trad. esp.), Barcelona, 1991, págs. 87 y ss.

(35) C. SÁNCHEZ DE ALBORNOZ, *Estudios sobre las instituciones medievales españolas*, México, 1965, págs. 19-46.

(36) BRAGA DA CRUZ, "Direito romano vulgar occidental", en *Boletim da Faculdade de Direito*, 25 (Coimbra, 1949), págs. 167 y ss.

rante la Reconquista en los Derechos locales (Fueros Municipales), lo mismo que otras manifestaciones de la colectivización de la propiedad, como las derivadas del régimen económico matrimonial y del sucesorio. En lo que hace referencia al primero, rige un sistema de modificación del régimen legal o supletorio que es un verdadero anticipo del de participación en las ganancias y que todavía recoge la versión romance del *Liber* (Fuero Juzgado, IV, 2, 17), aunque en la práctica se estableciera, en muchos casos, un régimen de comunidad de adquisiciones (gananciales), como acreditan colecciones documentales muy antiguas (37), lo que llevará a la distinción entre bienes *proprios* y *adquiridos*, pero que sólo en algunos Fueros Municipales llega a tener la trascendencia que adquiere en otras partes, como limitación del *ius disponendi* de su titular. Por lo que hace referencia al régimen sucesorio, hay que observar que el Derecho visigótico, salvo la mejora y las disposiciones en favor de la Iglesia, que se encuentran también en otras tradiciones, se halla muy próximo del Derecho Romano vulgar y aun del justiniano, no admitiendo los pactos sucesorios más que limitadamente (38) y siendo discutible si la reserva es propiamente tal o participa del carácter de la legítima, por influencia cristiana y justiniana (39). Sólo durante los primeros siglos de la Reconquista, y en ciertas tradiciones locales, se incrementará la vulgarización de esta materia.

Lo mismo que hay que decir un poco en general para los primeros siglos de la Reconquista y para las influencias indudables, más o menos intensas, del *feudalismo* y de sus consecuencias (40), en una época en la que, en la España cristiana y en el mundo de las ideas ya no se vive, como anteriormente, la ilusión de continuar la romanidad, sino la de restaurarla: el reino astur-leonés se considera ciertamente continuador del reino visigótico, pero en conexión con la Europa carolingia de la *renovatio imperii* y los propios reyes leoneses se consideran también emperadores *in totius Hispaniae* (41). Todo lo cual tendrá igualmente sus consecuencias para la

(37) J. L. DE LOS MOZOS, "La nueva sociedad de gananciales", en *ibid.*, 60 (Coimbra, 1984), y ed. sep. 1988, págs. 11 y ss.

(38) P. VISMARA, *Storia dei patril successori*, 2 vols., Milano, 1938-1941. Vid. también J. L. DE LOS MOZOS, "Sucesión contractual", en *Derecho civil español, común y foral*, V-3, 8.^a ed., Madrid, 1978, págs. 262 y ss., y allí referencias.

(39) Para esto, por todos, vid. J. VALLET DE GOYTISOLO, *Panorama del Derecho civil*, Barcelona, 1963, págs. 285 y ss., y en CASTÁN TOBEÑAS, *Derecho civil español, común y foral*, VI-2, 8.^a ed., Madrid, 1973, págs. 471 y ss.

(40) Aparte de C. SÁNCHEZ ALBORNOZ, *En torno a los orígenes del feudalismo*, 3 vols., Mendoza, 1942, y la obra citada del mismo autor en nota 35, vid. F. L. GANSHOF, *Qu'est-ce que la féodalité?*, Bruxelles, 1947; M. BLOCH, *La société féodale*, Paris, 1949.

(41) R. MENÉNDEZ PIDAL, *Introducción a la Historia de España*, IV, Madrid, 1956, págs. XXI y ss.

restauración a la larga de la idea de la propiedad, aunque ésta vaya a desarrollarse muy lentamente y sólo a partir de la recepción del Derecho Romano, operando a través de aislamientos técnico-jurídicos que se desarrollan en el interior de sus propios círculos culturales y de constantes sofocamientos económicos, como se ha dicho muy acertadamente (42).

Sea como fuere y debido a la mayor romanización originaria, las zonas de colectivización existentes, en aumento o en retroceso según las épocas, no impiden que subsista en mayor o menor medida una forma de propiedad libre, que se incrementa llegado determinado periodo (ss. IX al XI) como consecuencia de llevarse a cabo la Reconquista, especialmente en la naciente Castilla, por medio de la *presura* (43), lo que da lugar al nacimiento temprano de una sociedad de hombres libres que gozan también de una propiedad libre, aunque con el tiempo, por obtener la protección de los poderosos, sobre las tierras libres se constituya la propiedad señorial, aparte de las concesiones reales en favor de la nobleza o del clero (44), desarrollándose también paralelamente, en muy diversa medida, la propiedad comunal de los municipios y de los pueblos y de comarcas más amplias (p.ej., las Comunidades de Villa y Tierra, en la Extremadura castellana, etc.) (45).

Por hacer un cuadro global del Estado de la propiedad en el Derecho intermedio español, diremos lo siguiente: hay momentos efectivamente en que, para algunos, la única propiedad individual viene constituida por el *ajuar uxorio* para la mujer y por la *lanza y el caballo*, para el guerrero, pero tanto la una como el otro podían acceder a la propiedad de otros bienes, ganancias o gananciales en cuanto adquiridos, o bienes heredados que generalmente adquirirían la condición de propios, aunque no siempre fueran troncales y, finalmente, los restantes bienes adquiridos, tanto por el varón como por la mujer (soldadas) y los procedentes de donaciones y de arras nupciales que podían tener distinto carácter (46). Por otra parte, la llamada "propiedad familiar", vinculada o troncal, aunque aparece en algunos Fueros Municipales sobre todo en Aragón, Navarra y Vizcaya, no se halla tan extendida como en otras partes y, desde luego, no parece que

(42) R. MENÉNDEZ PIDAL, *op. cit.*, en *Enciclopedia del Derecho*, t XXXVII, págs. 226 y ss., núm. 4.

(43) L. GARCÍA DE VALDEAVELLANO, *Curso de historia de las instituciones españolas*, Madrid, 1982 (reimp. ed. 1968), págs. 240 y ss., y 332 y ss.

(44) L. GARCÍA DE VALDEAVELLANO, *op. cit.*, págs. 518 y ss.

(45) L. GARCÍA DE VALDEAVELLANO, *op. cit.*, págs. 542 y ss.

(46) Lo que se puede apreciar fácilmente en la penetración del elemento germánico o autóctono, en definitiva no romano, en los orígenes de la disposición "mortis causa" a través de formas contractuales, a las que luego se incorpora, tardíamente, en la Baja Edad Media, el testamento: vid. J. L. DE LOS MOZOS, "La partición de herencia por el propio testador", en *Revista de Derecho Notarial*, 27 (1960), págs. 168 y ss.

se halle muy consolidada particularmente en Castilla, a pesar de algunos indicios en contra (especialmente FV, IV, 1, 10). Sin embargo, en general, casa, huerto y era, aparecen como una unidad en el tráfico jurídico, lo que viene a recordar a la *Eigentum an Haus und Hof* (propiedad sobre casa y huerto) y, curiosamente, se conserva todavía una voz de origen germánico para designar una de sus dependencias, la *herrén* que en las descripciones de bienes, actualmente aún, aparece con la casa, el huerto y la era, o sustituyendo a algunas de ellas (47). Por lo demás, si en algunas partes la vinculación de los bienes a la familia toma lugar por medio de la troncalidad, en otras, el mismo efecto se conseguirá con una técnica distinta, andando el tiempo, por medio del mayorazgo (Leyes de Toro, 40-46) y de los fideicomisos familiares, con ayuda en cualquier caso de los retractos gentilicios o de abolengo (FR, III, 10, 13).

Existen también numerosas formas de propiedad colectiva, de bienes pertenecientes a los municipios, integrados por bosques y pastizales de aprovechamiento comunal (P., 3, 28, 9), para distinguirlos de los propios de las villas y ciudades (P., 3, 28, 10), lo mismo que otros bienes se hallaban en manos de la Corona de forma duradera o permanente (ulteriormente, sitios reales, etc.). Pero la mayoría de los bienes eran cedidos para constituir los señoríos, ya fueran jurisdiccionales o meramente solariegos. Por otra parte y por diversos caminos, aparece, aquí y allá, la manifestación de una propiedad eminente, a favor del rey o del señor, bien como propiedad superior (*Obereigentum*), en relación con determinados aprovechamientos (caza, minas, molinos, salinas, etc.), bien dando lugar a los *iura regalia* a favor del Estado (48). Pero ello no impedía que sobre los mismos bienes existieran otros aprovechamientos, los cuales cuando no se desmembraban y se atribuían a un sólo titular daban lugar a una propiedad de disfrute (*Nutzungeigentum*), compatible con la propiedad superior. Pero la expresión más elocuente de este fenómeno tendrá lugar con el desarrollo del *censo enfiteútico*, que sobre la base de unos antecedentes greco-romanos, fue una creación técnica de glosadores y postglosadores, a lo que volveremos a aludir seguidamente, una vez que completemos este sucinto panorama de la propiedad en la Edad Media, y donde nos limitaremos a señalar algunos de los aspectos más significativos y puedan tener alguna utilidad, más allá de la mera alusión histórica.

En este contexto, diremos que también se extienden las formas de propiedad colectiva a las tierras de labor, por una continuación del sistema

(47) El *Diccionario de la Lengua española*, de la Real Academia, 19 ed., 1970, lo define como "terreno en el que se siembra", pero me parece que, además, debe de estar cerca de la casa o contigua a ella para que originariamente reciba este nombre

(48) L. GARCÍA DE VALDEAVELLANO, *op. cit.* págs 444 y ss., 589 y ss., 600 y ss.

de las suertes góticas (*Hufer, Huva, Hova*, de donde deriva la palabra castellana "huebra", lo que se puede labrar en un día) y, sobre todo, surgen, sobre la base del antiguo precario visigodo y del arrendamiento bajo romano, numerosas formas de tenencia y de uso de la tierra, en el campo de los contratos agrarios (49). Todo ésto, por lo demás, tenía una dimensión diferente según que tales contratos —y lo mismo había que considerar respecto de las suertes o de las presuras— tuviera lugar entre hombres libres y alguno de ellos fuera siervo o pechero. Pues, en el segundo caso, había que añadir a las prestaciones derivadas de la relación jurídica que se estableciera —por utilizar una imagen moderna— las prestaciones señoriales. Sistema de prestaciones que como *cargas reales* gravan una propiedad tan débil que, en la mayor parte de los casos, no puede llamarse propiedad. Un ejemplo paradigmático de esta situación se puede encontrar en la *enfiteúsis* que aparece en la época postfeudal y que tiene un importante desarrollo en Cataluña, cuya técnica recoge la idea de la propiedad superior y de la propiedad inferior (dominio *directo* y dominio *útil*) y dentro de su propio esquema (laudemio, comiso, etc.) consagra y mantiene la típica prestación señorial que todavía conserva el Código Civil (arts. 1.648 a 1.650 y 1.652; arts. 1.631 y 1.644 a 1.646, respectivamente).

Pero aquí nos hallamos ya en plena *recepción* del Derecho Romano, de modo que la invención de la distinción entre dominio *directo* y dominio *útil*, constituye una aportación *sapiente* o culta a la teoría de la propiedad (50) y que se construye, no desde la lógica del titular del derecho, para quien el dominio es uno, sino desde la lógica de los bienes y de sus innumerables y diversos aprovechamientos. Pues bien, partiendo de esta compleja y rica estructura, por un lado tenemos la *substantia* que integra el dominio directo, por otro, la *utilitas*, que da lugar al dominio útil, un dominio entendido como contenido o suma de los aprovechamientos susceptibles de obtener de los bienes. Pero, desde el punto de vista técnico, lo más importante de esta construcción es haber resuelto en *dominium* la situación del concesionario cultivador de la tierra (51), mientras que, desde

(49) En España no se ha hecho un estudio completo en la materia o, al menos, paragonable al efectuado en Italia por diversos autores. vid. solamente, por todos, G. ASTUTI, "Aspetti del regime giuridico medioevale della proprietà fondiaria e dei contratti agrari", en *Dopo il primo Convegno internazionale di diritto agrario*, Milano, 1958, págs. 63 y ss., P. GROSSI, *Locatio ad longum tempus Locazioni e rapporti e rapporti reali di godimento nella problematica del diritto comunale*, Napoli, 1963, y *Le situazioni reali nell'esperienza giuridica medievale*, Padova, 1968.

(50) FEENSTRA, "Les origines du dominium utile chez les glossateurs (avec un appendice concernant l'opinion des Ultramontains)", en *Facta iuris romani. Etudes d'histoire du droit*, Leyden, 1974, págs. 519 y ss.

(51) P. GROSSI, *op. y loc. cit.*, núms. 9-11.

el punto de vista histórico, al cabo de los siglos, el enfiteuta, debilitado el canon y quedando las prestaciones señoriales como un mero vestigio, vendrá a ser el verdadero propietario. Lo que vale también para las distintas modalidades de censos, rurales (censos reservativos, foros, etc.) y urbanos. Aproximándose la figura al arrendamiento a largo tiempo y prácticamente perpetuo (52).

De acuerdo con el esquema enfiteutico el *Código de las Siete Partidas* regula el censo en el título VIII de la Partida 5.^a, destinado a los contratos de uso y disfrute, aunque se configura claramente como un derecho real (P., 5, 8, 28 y 29), lo que se refuerza al regular el establecimiento de censos sobre bienes eclesiásticos (P., 1, 14, 3) y también al exigir para su validez la escritura de constitución (P., 3, 18, 69). Por lo demás, el código alfonsino contempla, en el título 28 de la Partida 3.^a, bajo la rúbrica: "*De las cosas en que ome puede auer señorío, e como lo puede ganar*", un concepto de propiedad que guarda más relación con la mentalidad "posesoria" altomedieval que ha heredado del Derecho Romano vulgar, en la que posesión y dominio se confunden, en el juego de la relación del hombre con las cosas que busca especialmente una fundamental *efectividad*, al igual que sucede con la creación del *dominio útil*, que la restauración de un concepto de propiedad quirritario, por más que manualística moderna española haya querido ver, en la definición de Partidas, la restauración de aquel concepto: "*Señorío es poder que ome ha en su cosa de fazer della e en ella lo que quisiere, según Dios e según fuero*" (P., 3, 28, 2). Nos fundamos para establecer esta conclusión en que, el término "señorío", a pesar del énfasis utilizado en la definición transcrita, vale tanto para designar la propiedad como la posesión (*vid.* P., 3, 30, pr.), mientras que por otra parte, al designar en la propia Ley citada, en que se contiene tan flamante definición, y después de citar las tres maneras de señorío que es bastante ilustrador por lo demás, al indicar sobre qué cosas puede recaer el señorío pone en el mismo plano: "fruto o renta de algunas cosas en su vida, o a tiempo cierto, o en castillo, o en tierra que ome oviesse en feudo", por lo que, más que de propiedad está hablando de derecho real, haciendo una enumeración abierta de los *iura in re aliena* más importantes de su época (P., 3, 28, 1). No tiene que ver que, en el resto del título, la clasificación de las cosas (comunes, públicas, sagradas, religiosas, etc.), o la regulación de la accesión, tenga un empaque claramente romano. Siendo también romano, en lo fundamental, su sistema de adquisición (P., 3, 28, 46 y

(52) J. L. DE LOS MOZOS, *Estudios de Derecho agrario*, Madrid, 1972, págs. 263 y ss.

47) (53), aunque al final del propio título vuelva a ocuparse de otras cuestiones que aquí no interesan.

En una palabra, las Partidas traducen un concepto de dominio en el que existen asonancias y coincidencias con el concepto moderno de propiedad, concepto de dominio que es el propio de la doctrina del Derecho común (54), donde los dominios (*dominia*), expresión que se utiliza frecuentemente, no se corresponde con el *dominium* en sentido técnico y se identifica, más o menos, con los *iura in re aliena*, o con ciertas formas de posesión o disfrute que, aunque surgidas de los contratos agrarios, fundamentalmente, o de la constitución de señoríos, confieren a su titular una cierta estabilidad, dando lugar técnicamente, en la mayor parte de los casos, a verdaderos derechos reales. Todo esto revela, como se ha puesto de relieve sagazmente y como anteriormente indicábamos a propósito de la invención de la propiedad útil, que se construyen desde la lógica del objeto, por ello, para que vuelva a resurgir el concepto romano de la propiedad, hará falta una reflexión subjetiva, lo que, por el momento, no tiene lugar (55). Por eso, antes de ocuparnos de ella y como resumen de este esquema o cuadro global de la propiedad medieval, vamos a señalar únicamente los tipos más importantes que uno debe de tener en cuenta, a saber: *a*) propiedad *señorial*, con jurisdicción o sin ella, a medida que el poder de la monarquía se va consolidando, algunas de las prestaciones señoriales pasan a la Corona y se transforman en *regalías*; *b*) propiedad comunal; *c*) propiedades eclesiásticas, de los municipios, universidades y otras corporaciones (manos muertas); *d*) propiedad *alodial* o libre, viene a ser la excepción pero se intensifica como consecuencia del desarrollo mercantil y urbano a fines de la Edad Media y a comienzos de la Edad Moderna, sobre ella se constituyen los mayorazgos y otras vinculaciones familiares; *e*) propiedad beneficiaria o re-encomendación de la propiedad libre, como tuvo lugar en las *behetrias* (FV, IV, 1, 10), o en otras formas (P., 3, 18, 89), de ofrecimiento en feudo, y *f*) finalmente, la propiedad servil, tiene menos importancia, en la medida que existió no es propiamente tal, sino un derecho de uso y disfrute sobre la tierra, siendo susti-

(53) Esta forma expositiva es muy característica del Código de las Siete Partidas, tomando un término o concepto en su unidad, *señorío* en este caso, para desde ella deducir los diversos conceptos o preconceptos soberanía, propiedad, dominio útil, sobre muebles, etc.

(54) Donde tiene lugar el encuentro de la tradición romana con la tradición feudal: vid. J. L. DE LOS MOZOS, *El derecho de superficie en general y en relación con la planificación urbanística*, Madrid, 1974, págs. 70 y ss

(55) P. GROSSI, *op y loc. cit.*, núms. 9-11, H. COING, *Europaisches Privatrecht*, I, cit., págs. 291 y ss. A. M. PATAULT, *Introduction historique au droit des biens*, cit., págs. 17 y ss

tuida por la concesión a *censo*, o por al arrendamiento de larga duración que tenía una consideración equivalente (56).

Este cuadro se mantiene, aunque debilitado, a lo largo de todo el antiguo régimen y es llevado a América, donde rige por aplicación del Derecho castellano y en el caso de que no se aplique el Derecho indiano que establece un complicado sistema de concesión real, por medio de las encomiendas, en interés de los indios, pero ésta es otra historia en la que aquí no podemos entretenernos (57).

Por otra parte, al final del antiguo régimen es probable que solamente un tercio de la propiedad fuera libre, no vinculada (58), pero ya las ideas habían cambiado y es por ese camino por donde va a tener lugar la liberación de la propiedad, lo que pasamos a estudiar bajo los epígrafes siguientes.

3. LA ELABORACIÓN DEL CONCEPTO MODERNO DE PROPIEDAD

Como dice P. GROSSI, uno de los grandes historiadores del Derecho contemporáneo que ha estudiado el desenvolvimiento de la propiedad y del Derecho de los bienes, en general, en numerosos trabajos y desde diversos puntos de vista, "la operación *propiedad moderna* que se concluye apenas a nuestras espaldas (aunque inmediatamente después de haber empezado a discutirla del principio al fin), presenta una natural sincronía con la más amplia renovación antropológica que da vida a una civilización *moderna*; sincronía sobre la que hemos insistido en el planteamiento reiteradamente. La que prende impulso en aquel siglo tan pleno de anticipaciones y que, para el historiador y el jurista, es el *trecento*" (59). Este siglo, de grandes acontecimientos también en la historia de España (60), marca el inicio de un tiempo nuevo que se va a expresar, con la aparición del "voluntarismo", en un nuevo orden de ideas y que, por lo que se refiere al mundo del Derecho, se expresa sobre toda en la sustitución de la *ratione imperii* por el *imperio rationis* que consolidará la recepción del Derecho Romano, manifestándose dentro del sistema jurídico en el triunfo de la

(56) P. GROSSI, *op. y loc. cit.*, págs. 241 y 243.

(57) J. L. DE LOS MOZOS, "La propiedad agraria en el Derecho indiano como aportación de las técnicas de reforma agraria", en *Estudios de Derecho agrario*, 2.ª serie, Valladolid, 1981, págs. 47 y ss.

(58) Vid. J. L. DE LOS MOZOS, *Estudios de Derecho agrario*, cit., Madrid, 1972, págs. 263 y ss.

(59) *Op. y loc. cit.*, pág. 245; y allí otras referencias.

(60) En el que se opera la consolidación legislativa en la monarquía castellana con la promulgación del Ordenamiento de Alcalá (1348).

“autonomía privada”, con la afirmación del consensualismo frente al viejo formalismo, sea de origen romano o feudal. Con ello, en esta época, aparece el *contrato* como “categoría general” frente a los singulares tipos de contrato que ofrecía a glosadores y postglosadores el *Corpus iuris* (61). De ello, existen en Castilla manifestaciones tempranas, tanto respecto de la “forma” de los contratos (62), como del “contenido” de los testamentos (63). Pues bien, es ésta nueva lógica del sujeto la que, con el tiempo, va a dar lugar a un nuevo concepto de propiedad, actuando las ideas individualistas.

Por otra parte, se puede decir, haciendo una gran síntesis, que Roma ha organizado una propiedad exclusiva y absoluta sobre las cosas, absorbiendo a través de la *manus* del *pater*, primero, todos los poderes sobre personas y cosas (*familia pecuniaque*) del grupo familiar; lo que se limita después a todos los posibles aprovechamientos y facultades sobre las cosas; mientras que la Edad Media ha inventado las “propiedades” (*señorío* dicen las Partidas) simultáneas sobre los mismos bienes. Pero por opuestas que estas concepciones hayan sido, según la interpretación más verosímil, tienen la base de la organización jurídica de la atribución de las cosas el que esta se opera a partir de las cosas mismas y de la utilidad que ofrecen a los hombres. Bien es cierto que, como hemos visto, aunque de manera muy superficial, la historia jurídica es mucho más compleja (64). Pero, también es verdad que, a partir del Renacimiento, la poderosa corriente individualista hace que se derrumbe esta perspectiva considerada como objetiva. “El individuo deviene el centro del mundo. Es a partir de él que los juristas deducen por encima de todo el sistema de Derecho y en particular el derecho de propiedad” (65). Lo que no deja de ser cierto por muy idealizado, simplista y un tanto maniqueo que nos parezca el planteamiento, más por el punto de partida que por las consecuencias que deduce, ya que las ideas no lo son todo en el curso de la historia, ni cabe interpretarla solamente desde un plano ideal. Es lo mismo que cuando se contraponen *colectivismo* y *apropiación individual*. No cabe, por tanto, contraponer un “orden natural” fundado en la naturaleza de las cosas, o en la ley divina, lo que se correspondería con la concepción romana y la concepción medieval, para dar lugar a una concepción *objetiva* de la propiedad, con

(61) J. L. DE LOS MOZOS, “La forma del negocio jurídico”, en *Anuario de Derecho Civil*, 1968, actualmente en *El Negocio Jurídico*, Madrid, 1987, págs. 381 y ss

(62) Ord. de Alcalá, XVI

(63) Ord. de Alcalá, XIX.

(64) Sin embargo, el esquematismo a que suele reducirse puede ser de gran utilidad para no perderse en la pluralidad de los hechos y de las ideas. En tal sentido, A. M. PATAULT, *Introduction historique au droit des biens*, cit., págs. 141 y ss

(65) A. M. PATAULT, *op. cit.*, págs. 142-143.

un "orden" que, aunque ciertamente no se califique de arbitrario, surge únicamente del individualismo. Lo que supone la primacía de la voluntad, de una voluntad humana individual que pretende vivir en libertad en medio de la sociedad, lo que también a su manera forma parte de un nuevo "orden natural" y de donde surgiría la concepción individualista o *subjetiva* de la propiedad.

El descubrimiento de este orden nuevo cobra aliento en el voluntarismo de la Baja Escolástica y se desarrolla en una serie de universos confluyentes, como el humanismo jurídico, o la afirmación de las monarquías nacionales, la mutación del sentimiento religioso, o el surgimiento de un nuevo Derecho natural. Lo que se acelera al final del antiguo régimen con la Ilustración, ya en pleno siglo XVIII. Aquí, en la imposibilidad de ocuparnos de todo este amplio y complejo panorama, vamos a limitarnos a establecer los hitos más importantes, aquellos que se hallan más estrechamente unidos con la formación gradual del concepto moderno de propiedad, destacando los siguientes puntos.

a) *La aportación de los teólogos y juristas españoles*

Sin la aportación de la Baja Escolástica —símbolo de continuidad y de renovación— no hubiera sido posible la continuación de la *recepción* del Derecho Romano, ni la consolidación del Derecho natural. Continuidad que se sobrepone a la ruptura respecto del *mos italicus* que representó el Humanismo y a las profundas escisiones que llevó a cabo la reforma protestante, de lo que me he ocupado repetidas veces (66). Pues bien, en este contexto, el núcleo central y el más importante y significativo viene constituido por un grupo de teólogos y juristas españoles, cuya importancia en relación con la formación del concepto de propiedad moderno viene especialmente destacada por P. GROSSI, con toda justicia (67).

Efectivamente, esta nueva *lógica del sujeto*, dotada de profundas raíces cristianas, establece una nueva relación entre el espíritu europeo y el *ordo naturalis*. Lo que responde, como ha reconocido F. WIEACKER, a la exigencia metódica ciceroniana, prototípica del Humanismo, de obtener el saber jurídico *ex intima Philosophia*, desarrollándose posteriormente como un *ars*, esto es como una ciencia metodológicamente subordinada (68). Cambia con ello la comprensión de la *natura rei*, pasando del

(66) *Metodología y ciencia en el Derecho privado moderno*, Madrid, 1977, págs. 249 y ss.

(67) *Op. cit.*, en *Quaderni fiorentini*, I (1973), págs. 117 y ss.

(68) *Privatrechtsgeschichte der Neuzeit*, 2.^a ed., Göttingen, 1967, págs. 88 y ss.

plano de la inteligencia de la creación, al plano de la redención, donde la libertad individual es la verdadera protagonista, en el seno de las encendidas discusiones teológicas sobre el *arbitrio* de la voluntad humana. Es cierto que, en rigor, no cabría distinguir estos dos momentos. Tampoco cabe contraponer la Baja Escolástica a SANTO TOMÁS DE AQUINO, globalmente, lo que sería trivializar el planteamiento. Pero no hay que olvidar que los teólogos y juristas del siglo XVI se veían forzados a acentuar esta nueva comprensión de la *natura rei* por exigencias pedagógicas y apolegéticas en el contexto de una diatriba más profunda. No se separan por tanto caprichosamente o por una deformación metodológica del tomismo, como ha pretendido M. VILLEY (69), sino porque llevan a cabo una renovación de la *natura rei*, como es sobre todo el caso de GABRIEL VÁZQUEZ, LUIS DE MOLINA y FRANCISCO SUÁREZ, desde la nueva lógica del sujeto (70).

De este modo, mientras los simples juristas siguen diseñando y aplicando las figuras tradicionales del viejo orden, los teólogos y filósofos-juristas, en plena renovación humanista, hacen que la propiedad se convierta en un concepto general del nuevo espíritu europeo, aunque todavía tarde mucho en imponerse en la realidad. Pero serán ellos los que suministren a los tiempos venideros las ideas fundamentales de este concepto, entendido en sentido moderno. De suerte que, *in interiore homine* el connubio entre la Baja Escolástica y el provocante equipaje ideal de los “modernos” se realiza por el trámite de la visión del mundo esencialmente humanista de los maestros españoles (71), lo que se manifiesta ya, en la llamada “escuela española”, desde el primer momento, en FRANCISCO DE VITORIA y en DOMINGO DE SOTO, más atentos a los maestros parisinos que al propio SANTO TOMÁS (72), vinculación dialéctica que no se pierde a lo largo de todo el siglo, más que nada para superar los excesos del nominalismo, pero sin renunciar a él como una de las fuentes más fecundas de la tradición cristiana (73).

(69) “Historique de la nature des choses”, en *Archives de Philosophie de droit*, X (1965), págs. 267 y ss.

(70) J. L. DE LOS MOZOS, *Metodología*, cit., págs. 74 y ss. y 83, nota 99.

(71) AMBROSETTI, *Il diritto naturale della riforma cattolica*, Milano, 1951, págs. 21 y ss., H. THIEME, “Naturliches Privatrecht und Spatscholastik”, en *Zeitschrift der Savigny-Stiftung*, germ. abt., 70 (1953), págs. 250 y ss.

(72) P. GROSSI, *op. cit.*, en *Quaderni fiorentini*, I (1973), págs. 122-123.

(73) Para la escolástica tardía la vinculación a Santo Tomás tenía, sobre todo, el valor de la vinculación a una voz objetivista en viva dialéctica con la conciencia del siglo, tenía el valor de ocasión —no perdida— de verificar y de redimensionar los excesos de una diagnosis únicamente voluntarista de la sociedad, en una encrucijada tan turbulenta como fue para Occidente la parte central del siglo XVI (P. GROSSI, en *ibid.*, pág. 127).

Entre el sistema de SANTO TOMÁS DE AQUINO y las modernas invenciones la distancia es grande, como observa exactamente P. GROSSI, y “casi se puede afirmar que muchos engarces culturales entre el texto de la *Summa* y estos tratados del siglo XVI —que por otra parte aparecen como un comentario de aquélla— han sido piadosamente ressecados. SANTO TOMÁS se hubiera guardado mucho de hacer del *dominium* el eje central de su orden, entre su trama resplandece la idea del *dominium sui*, que rebota en las páginas donde los franciscanos habían comenzado su insistente, siempre más insistente reflexión, y allí apenas se hace notar el nexo entre *dominium suorum actuum* y *dominium rerum*. Para ello, será preciso una larga aventura intelectual en otra dirección y que en los tiempos, los operadores culturales y la sociedad se encuentren maduros para expresar en toda su plenitud e integridad un nexo que a nuestros ojos aparece como de una extraordinaria modernidad” (74). No ocurre esto todavía en el tiempo de SANTO TOMÁS (75). Es preciso que, para obtener un concepto nuevo del *dominium* se plantee la cuestión en el interior de la autonomía individual. De esta manera podrá decir BAÑEZ que la propiedad “*pertinet ad dignitatem*” que ella es “*quaedam perfectio*”: consecuencia consciente de haber proyectado lo “mío” como prosecución y complemento del “yo” sobre el terreno de las cosas (76).

Lo que aparecerá más claramente en MOLINA, quien se pregunta primero en qué consiste la relación entre sujeto y cosa que llamamos dominio. ¿Es un conjunto de poderes, o la reunión de los poderes que el *dominus* tiene sobre la cosa, o, en cambio, es algo que antecede lógica y cronológicamente al coagularse los poderes? A lo que responde con firmeza: “*facultas seu ius perfecte disponendi est effectus dominii, non secus ac facultas ridendi est effectus hominis*” (77). Respecto de los poderes del propietario no estamos todavía en el momento constitutivo del *dominium*, en relación con ellos el *dominium* es todavía un *prius*, tanto que uno puede transferirlos a un procurator o a un amigo sin que abandone necesariamente la propia titularidad de propietario. Pero, como sigue diciendo P. GROSSI, la investigación del teólogo va más lejos. El “*ius ad utendum re aliqua et ad illam alienandum et consumendum distinctum quid est a dominio*”, el cual “*in eo praecise est positum, quod res sit sua simpliciter*”.

(74) *Op. cit.*, en *Quaderni fiorentini*, I (1973), pág. 142.

(75) M. F. RENOUX-ZAGAMÉ, “Les origines théologiques du concept moderne du propriété”, en *Droits*, I (1985), págs. 158 y ss.

(76) *Decisiones de jure et justitia*, ad quaest. LXIII, pág. 75 (cit. GROSSI, *ibid.*, pág. 144).

(77) *De justitia et jure*, t. I, Tract. II, disput. 3, col. 35 (cit. GROSSI, *ibid.*, pág. 145).

Lo que repetirá rebatiendo: "*ratio dominii circa unam rem est unica et simplicissima*" (78).

Por otra parte, el fundamento íntimo del dominio lo encuentran nuevos maestros en la *libertad* individual, en un intercambio íntimo entre la libertad y propiedad. Lo "mío" es la esfera del *proprium*, es decir la de la autonomía respecto de los demás, como expresión de independencia o de *propia auctoritate* (79), lo que en la relación con la cosa atribuye a esa relación simple y primaria el adjetivo de *absoluta*, constatación de la prioridad psicológica del *proprium* sobre lo *comune*, por lo que sería impensable una *función social* de la propiedad. Efectivamente, como recuerda P. GROSSI, "una propiedad económicamente funcionalizada sería portadora de instancias técnicas, objetivas, provenientes *ex natura rei*, lo que, en el primer momento que va de VITORIA a MOLINA y que se extiende por todo el siglo XVI, se parte de la premisa que '*non ex praestantia rei sed ex potestate, quam quis habet supra illam ratio dominii debe desumi*' y que propiedad es únicamente una dimensión del sujeto. El cual —que no tiene otros límites que sus propias exigencias— reclama la total recuperación de la propiedad a la esfera de su *libitum* y de su *arbitrio*" (80).

Mientras los glosadores medievales habían definido un tipo de propiedad *utilitas fundi* (81), en cambio, la noción de *utile*, de *commodum*, a la que aluden nuestros doctores, se modela sobre el sujeto y en el sujeto, de manera que frente la función social de la propiedad, la Escolástica tardía, afirma su función individual (*libitum, commodum, arbitrium*). La que, actualmente, llamaríamos función social de la propiedad queda fuera de su concepto y habría que relacionarla con la distinción entre *dominium* y *iurisdictio*. Mientras los confines de la primera se desarrollan en el ámbito del *proprium*, el fin de la *iurisdictio*, por el contrario, es externo a su titular y, por su naturaleza, proyectado hacia la colectividad y colocado en el área del *publicum*. Es más, una separación terminológica, representa fielmente, los poderes de los particulares y los poderes del ordenamiento: para significar tales poderes, se reserva la voz *dominium*, para los primeros, mientras que, los segundos, se designan con el término *dominatio*, pero sólo la debida proporción, entre unos y otros, hace que el *imperium*

(78) *Ibid.*, pág. 145

(79) En lo que coinciden SUÁREZ y MOLINA (GROSSI, *ibid.*, págs. 149 y nota 81)

(80) *Op. cit.* en *Quaderni fiorentini*, I (1973), pág. 156.

(81) P. GROSSI, *Le situazioni reali nell'esperienza giuridica medievale*, cit., pág. 191. *Utilitas* era, en este contexto, el resultado de una lectura disponible de la cosa, de una humildad del operador que renunciaba a su voz para escuchar la de la naturaleza; era, en suma, un cúmulo de circunstancias objetivas, técnicas, escritas *in re ipsa*, variables por el solo variar de los presupuestos objetivos sobre los cuales se fundaba (*op. cit.* en *Quaderni fiorentini*, I [1972], págs. 158-159)

no se convierta en tiranía (82). Hasta puede pensarse que, con este planteamiento y, en un momento histórico que está tomando fuerza la propiedad privada, reaparece el concepto privatista de la propiedad e incluso que, en todo el discurso, subyace también la distinción entre *propietas* y *dominium*, como una recuperación que lleva a cabo la paciente interpretación humanista de la vieja tradición escolástica.

Pero como se ha dicho, certeramente, el dato más significativo y relevante de toda esta doctrina para la historia del patrimonio "dogmático" del individualismo jurídico hay que encontrarlo en la separación de *ius*, *facultas* y *potestas* y *exercitium iuris* en el ámbito de la estructura del derecho subjetivo de propiedad (83). Lo encontraremos perfectamente delineado en la obra del cardenal DE LUGO, para quien la propiedad es una *potestas* del operador social, un *signum prius* suyo, un carácter indeleble, pensable como *potentia* del sujeto, lo que nada tiene que ver con los múltiples comportamientos del *dominus*, sino que se manifiesta en el momento en que el sujeto, afirmando su propio poder sobre la *substantia rei*, lo que realmente afirma es su libertad de elección, independiente y soberana —es decir, está actuando una facultad. Mientras que el *dominus* es visto desde la perspectiva de la titularidad y así sucesivamente (84). Por lo demás, ya desde FRANCISCO DE VITORIA, el *dominium* es de Derecho natural, con independencia de la *fides* del individuo y, por tanto, también a los indios les corresponde el derecho de propiedad, ya que depende únicamente de su voluntad (85).

Pero volviendo al concepto de dominio y sobre la base de la diferenciación apuntada, la Escolástica tardía española, siguiendo las huellas de la pauta marcada por el canciller parisino GERSON (86), que hace descansar el concepto de dominio en una *potestas* por considerar que la *facultas*, como simple licitud queda delegada al área del *fas* (87), estiman que la *potestas* tiene un contenido demasiado genérico y acusadamente potencial, por lo que, rectificando, prefieren hablar de *facultas*, como signo típico de la soberanía del sujeto y de su vocación a concretarla en forma posesiva. A ella se ajusta la famosa definición del *dominium* de DOMINGO DE SOTO (88) que fue aceptada y seguida por casi toda la escuela (89).

(82) *Ibid.*, págs. 161-162.

(83) *Ibid.*, págs. 176 y ss.

(84) *De iustitia et iure*, t. I, disput. II, sect. I, n. 9 (pág. 15) (*ibid.*, págs. 176-177).

(85) L. PEREÑA, *Misión de España en América*, Madrid, 1956.

(86) *De potestate ecclesiastica*, en *Ouvres complètes*, VI, París, 1965, pág. 245.

(87) Cfr. "*Dominium est potestas propinqua assumendi res alias vel ut alias in sui facultatem vel usum licitum secundum iura vel leges rationabiliter institutas*".

(88) Cfr. "*Dominium .. est propria facultas et ius in rem quamlibet, quam in suum ipsius commodum usurpare potest quocumque usu lege permissio*" (*Relectio de dominio*, págs. 78-79).

Entre tanto, en la jurisprudencia nacional española, sigue vigente el concepto de dominio que expresa la definición de BARTOLO (90), como puede verse en los autores más significativos de la época, ANTONIO GÓMEZ (91) y GREGORIO LÓPEZ (92), entre otros (93). Por ello, el mencionado concepto neoescolástico no satisface del todo a LUIS DE MOLINA (94), que opta por la definición de BARTOLO, introduciendo en ella una motivación subjetiva (95). A MOLINA no le satisface la idea de *dominium* como realización del *proprium commodum*, que tiene un sentido en la construcción voluntarista e individualista de SOTO, sino que pretende una construcción de la teoría de la propiedad con sentido realista, en lo que viene seguido por otros maestros jesuitas (96). Para ello, se fija en un elemento *externo* del dominio, siguiendo a BARTOLO, el *ius disponendi*, que éste atribuye al *dominium plenum*, pero que MOLINA generaliza, prescindiendo de la división de los dominios que el anterior tenía presente, es decir, absolutizando la consecuencia o carácter del dominio, aunque introduciendo en ella una matización que es el exponente de su realismo, de modo que el *perfecte disponere* de la definición bartoliana viene dotado de un significado más amplio: "*sive in proprium sive in alienum commodum*" (97). Con lo que MOLINA y sus seguidores no quieren encerrar la propiedad en un espacio simplemente utilitario, apartándose por igual de una función dispensadora como la propiedad tenía en el sistema de SANTO TOMÁS (98). Por otra parte, como señala P. GROSSI, la adopción de la definición de BARTOLO que refiere el dominio exclusivo a la *res corporalis*, a pesar de que tenga el rechazo de los teólogos, al quedar fuera una serie de figuras análogas que había ido elaborando denonadamente el Derecho canónico, supone un avance extraordinario y tiene

(89) F. DE VITORIA, GREGORIO DE VALENCIA, MARTÍN LEDESMA, BAÑEZ, SALÓN, ARAGÓN, etc. (P. GROSSI, *op. cit.*, en *Quaderni fiorentini*, I [1973], págs. 203-204).

(90) "*Ius perfectae disponendi de re corporali nisi lege prohibeatur*" (*Dig. novum*, ed. Venetiis, 1585, ad D. 41.2.17, Imn. 4).

(91) *Ad leges Tauri commentarium absolutissimum*, Matriti, 1780, ad. l. 45, n. 5, pág. 353.

(92) *Las Siete Partidas*, III, Salamanca, 1555, ad l. I, tit. XXVIII, P. 3.^a, glosa e), fol. 155v.

(93) L. DE MOLINA, *De iustitia et iure*, t. I, tract. II, dis. 3, col. 34, la califica como "*communis opinio*" entre los jurisconsultos de la época.

(94) Pareciéndole mucho más expresiva la definición de BARTOLO "*Haec autem Bartoli definitio multo magis probatur quam illa alia, quam tradit Sotus. Licet enim idem sit utriusque sensus, compendiosior sane et forte cautior est Bartoli definitio*" (*ibid.*).

(95) P. GROSSI, *op. cit.*, en *Quaderni fiorentini*, I (1973), págs. 204-207.

(96) Así, F. DE SUÁREZ, "*Dominium... est principale ius disponendi de re aliqua in quemcumque usum lege non prohibitum*" (*ibid.*, págs. 207, n. 237).

(97) *De iustitia et iure*, t. I, Tract. II, disp. 3, col. 34.

(98) Vid. RENOUX-ZAGAMÉ, *op. cit.*, en *Droits*, I (1985), págs. 158 y ss.

mucho interés para *Dogmengeschichte* del Derecho privado moderno (99).

Por otra parte, MOLINA, aunque teólogo, se encuentra mucho más próximo de las realidades jurídicas, lo mismo que otros maestros jesuitas, que algunos otros representantes de la Escolástica tardía, por eso su concepto de la *natura rei* es, para un jurista, perfectamente moderno. Para ellos, "*natura rei* es la fusión entre un objetivismo abstracto de marca racionalista y un objetivismo concreto de marca historicista: es el cúmulo de instancias provenientes *ab intrinseco* del objeto en su individualización histórica" (100). Con ello, el *dominium* "ha dejado la esfera del *libitum* para contestarse con la esfera del *proprium*, entendido como la posición de poder independiente, fundada *per se* y por su propia virtud, en la cual la libertad del sujeto encuentra el límite objetivo en la *natura rei*". No se trata de absoluta de poderes, sino de autonomía, lo que hace posible la subsistencia de diversos *dominia* sobre una misma cosa, llegando con ello a las mismas conclusiones a las que había llegado BARTOLO y la doctrina medieval. De esta manera, FRANCISCO SUÁREZ, ha depuesto la perplejidad que tanto ha atormentado a MOLINA, en relación con estas cuestiones en torno a la *natura rei*, pero lo que en MOLINA no es más que una mera intuición, alcanza en SUÁREZ pleno desarrollo lógico (101).

Por lo demás, después de ocuparse nuestros autores del *dominium* en general, al pasar al terreno del *dominium rerum* y tener en cuenta las diferentes clases de cosas, reconducirán, la *divisio rerum*, al *ius naturale* y al *ius gentium*, hablando por tanto más de *dominia* que de *dominium*, a cuyas diversas formas el hombre es llamado por naturaleza, en cuanto se refiere al objeto; y lo mismo pasará con la fundamentación del dominio, partiendo de la idea de *proprium*, no dependiendo del *dominium suorum actuum*, el dominio de los propios bienes espirituales, sino del *communis omnium consensus* que se halla en base del *ius gentium*, con lo que se proclama, desde este momento, la *utilitas* y la *necessitas* de la propiedad de las cosas, entendida como *facultas*, la que hace referencia al elemento interno del derecho subjetivo, que rechaza toda idea de función social o económica, la cual, sería verdaderamente extraña a su construcción, al estar, como lo están, tan preocupados por la relación interna y eso que son conscientes que, el dominio, en cuanto *facultas* y *potestas* del propietario, se realiza en comunidad (102).

Esta importante aportación de la Escolástica tardía española que cons-

(99) *Op. y loc. cit.*, págs. 206-208

(100) P. GROSSI, *ibid.*, págs. 191-192, H. RAPP, *Die Bedeutung der Lehre Molinas von der natura rei für die Theorie des Naturrechts*, Freiburg i.Br., 1963.

(101) *Quaestiones de iustitia et iure*, q. XII, p. 35 (P. GROSSI, *ibid.*, pág. 197)

(102) P. GROSSI, *Op. y loc. cit.*, págs. 215-222

truye el *dominium* desde la lógica del sujeto, como una *facultad* que emerge internamente de su libertad y que, por ello, corresponde por igual a todos los hombres por Derecho natural (también a los indios), va a integrar el acervo dogmático de la especulación jurídica posterior, a pesar de las rupturas confesionales que trajo consigo la Reforma, nutriendo fundamentalmente las teorías de la Escuela racionalista del Derecho natural (103) y las del *usus modernus Pandectarum* que de alguna manera, por otra parte, vuelve al *mos italicus* (104). Su aportación más significativa hay que encontrarla en la mutación del fundamento de la propiedad que traslada su sede de la objetividad de las cosas, de su *utilitas*, distribuida y dispensada por un *ordo naturalis*, a la subjetividad del individuo. Aunque esa objetividad vuelva a aparecer en un concepto totalmente distinto: en el ámbito externo del ejercicio del derecho, de manera que la *natura rei*, queda fuera, en el campo marginal ontológico, condicionando o poniendo límites al ejercicio del *dominium*.

Todo esto tiene lugar en un contexto en el que, mientras los juristas disputaban en torno a la distinción entre dominio útil y dominio directo (105), o trataban de afirmar el concepto de propiedad relativa y de establecer la distinción entre *dominium* y *iura in re aliena* (106), nuestros teólogos juristas construían el derecho de propiedad como *derecho subjetivo*, antes de que lo hiciera DONELLO y posteriormente GROCIO y PUFFENDORF (107). Fundamentando, por otra parte, mediante las ideas de *posibilidad* y *efectividad*, el sistema de transmisión del dominio, en abierto diálogo con los juristas prácticos y con una tradición que se remonta a la provincialización del Derecho común, tal y como se manifiesta en la famosa “teoría del título y el modo” (108).

(103) Para la continuidad de estas doctrinas en el *usus modernus Pandectarum* vid H. COING, *Europäisches Privatrecht*, I, cit., págs. 291 y ss.

(104) J. L. DE LOS MOZOS, *Metodología*, cit., págs. 272 y ss.

(105) P. GROSSI, *op. cit.*, en *Enciclopedia del Diritto*, t. XXXVII, págs. 226 y ss. núms. 9-11.

(106) J. M. DE LA CUESTA, *op. cit.*, págs. 187 y ss.

(107) Como reconoce el propio M. VALLEY, vid. J. M. DE LA CUESTA, *op. cit.*, pág. 189, notas 272 y 274.

(108) No fue H. GROCIO el que primero sistematiza la teoría de los modos de adquirir como cree M. VILLEY, “Le jus in re du droit romain classique au droit moderne”, en *Publications de l'Institut de droit romain de l'Université de Paris*, 6, Paris, 1950, págs. 204 y ss. Vid. J. L. DE LOS MOZOS, “Crisis del principio de abstracción y presupuestos romanistas de la adquisición del dominio en el Derecho español”, en *Anuario de Derecho Civil*, 1972, págs. 1062 y ss., y allí bibliografía.

b) *Derecho natural racionalista y "usus modernus Pandectarum"*

Como ha dicho P. GROSSI la *interpretatio* de los humanistas, historici-
cista y por tanto rigurosamente romanística, se resuelve en exégesis y
aunque se halle lleno de resonancias y de prefiguraciones, es más un
modelo cultural que operativo en la sociedad de su época (109). Por todo
ello, las ideas nuevas, sólo aflorarán en los siglos XVII y XVIII, debido al
Derecho natural racionalista y posteriormente a la Ilustración, lo que se
manifestará, en mayor o menor medida, en los autores del *usus modernus
Pandectarum* y, al final, del período, en todo el pensamiento jurídico
moderno.

"La apropiación cesa de ser la traducción jurídica y empírica de la
utilidad de las cosas —dice A. M. PATAULT— en una perspectiva de
humildad cristiana delante de Dios, para devenir un sistema racional
derivado de la naturaleza humana" (110). De esta manera, entre los dere-
chos naturales del hombre, aparecerá el derecho de apropiación de las
cosas y que se considerará como el más importante por condicionar la
supervivencia del individuo. Para definirle GROCIO no parte de Dioniso de
la humanidad (111). Esta idea que renueva la concepción del Derecho, es
retomada por J. LOCKE que afirma, más decididamente que el hombre
porta en él, por esencia, el derecho de propiedad puesto que es señor de su
cuerpo y de sus facultades. Este derecho se ejerce sobre las cosas como
consecuencia del derecho fundamental a la conservación individual.
LOCKE abandona la noción medieval de Dios dueño soberano de los
bienes de los cuales el hombre no tiene más que el gozo. Ciertamente que
el filósofo, como señala A. M. PATAULT, se cuida de recordar que Dios es
el solo señor y propietario de todo el universo, pero añade que el hombre,
en estado de naturaleza, es señor absoluto de su propia persona y de sus
posesiones (112). De donde surge el concepto de propiedad como dominio
exclusivo y excluyente ("*ius ceteros excludendi*") y así se dirá (MERCIER
DE LA RIVIÈRE): "Yo digo propiedad exclusiva porque si no es exclusiva
no sería un derecho de propiedad" (113).

La idea de este poder *pleno*, en el interior de la relación con la cosa,
simple, absoluto, excluyente, se encuentra con otra idea que viene de la
tradición romanista del Derecho común, el *ius disponendi*, pues, ya
BARTOLO había afirmado que la propiedad es la plena disposición de una

(109) *Op. cit.*, en *Enciclopedia del Diritto*, t. XXVII, págs. 226 y ss., núms 12-13

(110) *Op. cit.*, pág. 142.

(111) *Traité du droit de la guerre et de la paix*, 1625 (cit. de la anterior)

(112) PATAULT, *op. cit.*, pág. 142.

(113) *Ibid.*

cosa corporal (114). Idea que aparece en GROCIO sobre la base de una interpretación analógica de un texto del *Codex* sobre el mandato: "cada uno gobierna y decide soberanamente de su bien" (C., 4, 35, 21) (115) y que desarrollará S. PUFENDORF, dándole por primera vez un significado económico. Efectivamente, para este autor que permanece fiel a la idea de que Dios es el dueño absoluto de todas las cosas (116) y que, a través de GROCIO, recibe un influjo directo de la doctrina de L. DE MOLINA (117), la propiedad es "un derecho en virtud del cual el fundo y la sustancia de una cosa pertenecen a alguien" (118), con lo que, por otra parte, ahondando en la distinción entre propiedad que es el dominio sobre los bienes corporales y *iura in re aliena*, afirma que el *dominium* es el único derecho real que otorga a su titular el disponer libremente del fundo (119).

Por lo demás, el acercamiento entre las dos corrientes, *ius naturalista* y romanista que sigue las huella de la, a veces, difícil y tormentosa tarea especulativa del Derecho común una vez que, después del humanismo, vuelve al *mos italicus*, se va a hacer patente en algunos de los autores más significativos de la época y en el paso del siglo XVII al siglo XVIII, como es el caso de CH. WOLFF, de J. G. HEINECIO y de J. POTHIER.

Para CH. WOLFF, todos los hombres tenían igualdad de derechos y deberes en relación con las cosas. Si alguien con diligencia y habilidad consigue una cosa, ningún otro puede apropiársela. Lo que antes era común a todos, se atribuye ahora como propiedad al individuo. De lo que deduce el propietario puede excluir a terceros del uso de su cosa. Con lo que la propiedad era admitida como un *derecho subjetivo*, como un fenómeno característico y especialmente importante de la libertad ciudadana (120). Pero naturalmente, no debe extrañarnos que no tuviera un concepto unitario de propiedad, sino que se mantenía en la tradición del *ius rerum*, según la cual comprendía tanto al *dominium* como a los *iura in re aliena* más importantes, puesto que el señor de la cosa está facultado para hacer en ella lo que quiera, no sólo con la cosa misma o su sustancia, sino también con los frutos y el uso de la misma, de ahí que la propiedad conlleve un derecho triple: el derecho a disponer de la cosa, de su uso y de

(114) Ad D. 41.2 17.1.

(115) *Droit de la guerre*, liv 2, chap. 6, parág. 1.

(116) *Le droit de la nature et de gens ou système général des principes les plus importantes de la morale, de la jurisprudence et de la politique*, 1672 (trad. Barbeyrac, Londres, 1740), liv. 4 4 2 (cit. PATAULT, *ibid.*)

(117) Aunque esto lo pone en duda DIESELHORST, *Zum Vermögensrechtssystem Samuel Pufendorfs*, Göttingen, 1976, págs 15 y ss.

(118) *Le droit de la nature et des gens*, liv. 4.4 2.

(119) PATAULT, *op. cit.*, págs 143-144

(120) J. L. GARDIES, *La chose et le droit sur la chose dans la doctrine du droit de Kant*, en *Archives de Philosophie du droit*, 24 (1979), págs. 142-143

sus frutos. El primero se llama propiedad (*propietas*), el otro, derecho a usar de la cosa (*ius utendi*) y el tercero, derecho a los frutos (*ius fruendi*). Cuando la propiedad no se ha cercenado de éstos derechos se la llama propiedad plena (*dominium plenum*), pero si se le ha cercenado, entonces aparece como incompleta (*dominium minus plenum*). Al que tiene la propiedad se le llama propietario porque la cosa queda suya, aunque el uso o el disfrute pertenezca a otra persona, y queda por tanto como señor de la cosa (*dominus*) (121). Para HEINECIO, el dominio es un *ius in re*, “pues el señor de una cosa, de tal manera la tiene ligada a él, que puede reclamar de cualquier poseedor, aunque no haya negociado con él”. Añadiendo que “es *derecho en una cosa corporal*, porque las incorporeales están en nuestros bienes, pero no en nuestro dominio”, así “si reclamamos el derecho que a ellas tenemos, no usamos de reivindicaciones, que pertenece solamente a las cosas corporales”. De todo ello se deduce, la *facultad de disponer* de la cosa y de reivindicarla, exponiendo después las diversas clases de dominio, en que vuelve a estar presente, junto con otras categorías romanistas, la distinción entre dominio pleno y menos pleno (referido este último al derecho enfiteútico, de superficie y al feudo) (122).

Como vemos, nuestro autor, que tanta influencia tuvo en la formación de varias generaciones de juristas españoles y americanos, como tantas veces he puesto de relieve (123), no siendo tampoco desdeñable la que alcanzara en otras partes de Europa, aunque aparece como un autor ilustrado, y por ello, asume la construcciones de la Escuela racionalista del Derecho natural, se mantiene dentro del modelo pedagógico de las *Instituta*, como exigencia práctica que impone la continuidad y la pervivencia del Derecho común en Alemania. Exigencias que no impiden sino que imponen la división del *ius rerum*, en las dos categorías que, desde los primeros tiempos de la provincialización de la glosa, se habían venido diseñando (*ius ad rem* y *ius in re*) y que tanta importancia tiene, para la distinción entre derechos reales y derechos de obligación (124), lo que brillantemente desarrolla HEINECIO en sus *Recitaciones* (125), división que trasciende también a los modos derivativos de la transmisión del dominio (126), en contra de lo que había enseñado DONELLO (127), que

(121) J. L. GARDIES, *ibid.*

(122) *Recitaciones de Derecho civil según el orden de las Instituciones de Justiniano*, I (trad. esp.), Valencia, 1879, págs. 221-222.

(123) *Metodología*, cit., págs. 276 y ss

(124) PATAULT, *op. cit.*, págs. 145-146.

(125) *Recitaciones*, cit., págs. 219 y ss.

(126) *Ibid.*

(127) *Commentarii de iure civili*, lib. IV, cap. XVI, pág. 384.

rompe con la tradición del Derecho común anterior a SAVIGNY (128). Todo esto, aparte de ocuparse de las diversas clases de dominio, como hemos visto.

Esto prueba que, mientras los teólogos y los filósofos van por un camino, los juristas teóricos o prácticos discurren por otro; cierto que ambos caminos no son siempre paralelos, pues, aquí y allá, encontramos puntos concurrentes, lo mismo en tiempos del Humanismo que en la época racionalista y preilustrada. Entre los teólogos y filósofos son emblemáticas las concurrencias en VITORIA, SOTO y MOLINA, lo mismo que después las que tienen lugar en GROCIO, PUFENDORF y WOLFF. Pero no llegan a encontrarse del todo, como lo muestran los juristas más eminentes de la época, DOMAT, HEINECIO y POTHIER. Para que tenga lugar un transformación más profunda serán precisos los nuevos vientos de la Ilustración y que el Derecho, como ya hemos dicho antes, se haga por primera vez patrimonio de la política (129). Por el contrario, esto explicará también las supervivencias, en épocas posteriores, soterradas o manifiestas, del *ordo vetus* de la propiedad, tal y como aparecen en los flamantes Códigos Civiles del siglo XIX. Es decir, esto explicará la continuidad a despecho de la ruptura.

Pero, antes de ocuparnos de estos y de otros temas próximos, vamos a referirnos al significado y a la obra de R. J. POTHIER, representante máximo del *usus modernus Pandectarum* en la Francia prerrevolucionaria, pero perteneciente todavía al *ancien régime* (130). Creo que todos hemos leído en alguna parte que el concepto de propiedad que consagra el *Code Civil* había sido cuidadosamente elaborado, como si de un alquimista jurídico se tratara, por POTHIER. Más exactamente, P. GROSSI, que se ha cuidado de desmitificar, recientemente, esta idea mostrenca sobre el ilustre pandectista francés (131), dirá que se le ha querido atribuir, como si para magnificarle se le tratara de colocar en un paraíso, “una cultura jurídica moderna, extendida como territorio neto y delimitado, en el que destaca como la figura más expresiva; y donde las virtudes beatificantes serían sobre todo virtudes proféticas, ya que la propiedad teorizada por POTHIER estaría pensada para un futuro orden económico-jurídico de Francia” (132).

Sin embargo, prestando atención, una y otra vez, al testimonio del

(128) “La doctrina de F. C. von Savigny en torno a la transmisión de dominio”, en *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, 1967-2 y ed. separada.

(129) *Privatrechtsgeschichte*, cit., págs. 322 y ss.

(130) P. GROSSI, *Un paradiso per Pothier*, en *Quaderni fiorentini*, 14 (1985), págs. 401 y ss.

(131) *Ibid.*

(132) *Op. y loc. cit.*, pág. 406.

ilustre jurista en materia de propiedad y de derechos reales, nos damos cuenta de que estamos en presencia del último de los juristas del antiguo régimen, no el último en sentido cronológico, sino en cuanto que es el último que se ha ocupado de sistematizar y definir en su conjunto el Derecho francés prerrevolucionario (133). Ligado a la larga tradición del *droit coutumier*, lo mismo que a la tradición romanista de su antigua Universidad de Orleans, POTHIER es el último de los juristas *viejos*, no el primero de los juristas *nuevos* (134). Para ello, basta estar un poco habituado a utilizar las obras de POTHIER (135), aunque se trate de su famoso Tratado dedicado al *domaine de propriété* (136), allí nos encontraremos con las mismas distinciones sistemáticas (*ius in re* y *ius ad rem*) y con la misma fragmentación dogmática, propia del “desmembramiento del dominio” en el antiguo régimen. Por lo que no puede decirse que la obra de POTHIER, traduzca en tema de derechos reales, la polémica antifeudal de los fisiócratas (137), menos aún puede encontrarse en ella la noción moderna de la propiedad como derecho subjetivo como pretende A. J. ARNAUD (138), la que, por otra parte, tanto ha atormentado a su maestro M. VILLEY, en sus estudios o tanto idealizantes sobre la historia de los derechos reales (139). Por el contrario, llevando al máximo la tradición de la Escuela elegante, POTHIER que es un ilustre provinciano, se vuelca en el estudio del Derecho consuetudinario, estudiándole con rigurosa técnica romanista, como se venía haciendo desde el siglo XVI (140), por eso puede decirse, con toda exactitud y justeza, que se halla más próximo de DUMOULIN que de DOMAT (141), de ahí que su influencia, por el momento, fuera de Francia, sea mucho menor que la de otros juristas del *usus modernus Pandectarum*, paradójicamente, su influencia vendrá de la mano del *Code Civil*.

De todos modos, la influencia del racionalismo en los modelos del pensamiento y la utilización de una técnica romana que ha salido más

(133) P. GROSSI, *op. y loc. cit.*, págs. 406-407.

(134) *Ibid.*, pág. 407.

(135) *Ibid.*, pág. 407.

(136) *Oeuvres de Pothier*, 2ª ed., de BUGNET, 11 vols., París, 1861-1862

(137) SCOZZAFAVA, “La soluzione proprietaria di Robert-Joseph Pothier”, en *Rivista di Diritto Commerciale e del Diritto Generale Delle Obbligazioni*, 78 (1980), págs. 327 y ss.

(138) ARNAUD, *Les origines doctrinales du Code civil français*, París, 1969, págs. 182 y ss.

(139) Para el juicio de M. VILLEY en su obsesión por seguir la evolución histórica desde la noción de “derecho subjetivo”, de la que siempre nos hemos apartado con una cierta cautela, vid. P. GROSSI, *op. y loc. cit.*, págs. 449 y ss

(140) *Op. y loc. cit.*, págs. 409 y ss

(141) P. GROSSI, *op. y loc. cit.*, págs. 409 y ss

depurada del Humanismo, para la construcción jurídica, supone sino un avance considerable en orden a anticipar el futuro si, por el momento, una depuración del método jurídico que es común a toda Europa (142), aunque salvo por lo que se refiere a DOMAT y a POTHIER, no encontraremos las colosales construcciones humanistas. Por lo demás, la continuidad del *usus modernus Pandectarum*, entre los juristas, se desarrolla en medio de una idea de crisis de la conciencia europea que solamente aflora reflexivamente con la Ilustración (143), donde uno de los temas fundamentales va a ser la tensión entre el Derecho Romano y el Derecho nacional de las monarquías absolutas (144), lo que afectará, en muy pequeña medida, a los expositores tanto del Derecho Romano, como del Derecho Real (145).

Sin embargo, por lo que se refiere a la doctrina de la propiedad, la acentuación de estas corrientes va a preparar, sin duda, un elenco de concepto dogmáticos particulares que serán utilizados, más adelante, cuando cambie el concepto general de la propiedad en sentido moderno. Conceptos particulares que siguen los pasos de la tradición romanista. Así, el concepto de *ius disponendi* como un característica del dominio, desde BARTOLO y que sirve para ahondar las diferencias entre propiedad y derechos reales, o la oposición entre derechos reales y derechos de obligación, en torno a la figura del *ius ad rem*. Lo mismo sucede con la utilización de la regla romana *superficies solo cedit* que contribuye a cimentar el carácter absoluto del dominio, o la relación entre dominio y servidumbres que contribuye a fortalecer la presunción de libertad de los fondos, y así sucesivamente (146).

(142) Baste citar aquí dos testimonios lejanos entre sí por partir de presupuestos diferentes, pero confluyentes en relación con esa depuración metodológica: los de G. B. VICO, *De nostri temporis studiorum ratione*, Napoli. 1709, y de G. W. LEIBNIZ, *Nova methodus docendae discendaeque Jurisprudentiae*, París. 1771. Pero para una valoración de conjunto de esta evolución, vid. F. WIEACKER, *Privatrechtsgeschichte*, cit., págs 208 y ss.; G. WESENBERG y G. WESNER, *Neure deutsche Privatrechtsgeschichte rahmen der europäischen Rechtentwiclung*, 4.ª ed., Wien, 1984, págs. 115-116; H. COING, *Europäisches Privatrecht*, I, cit., págs 67 y ss.

(143) P. HAZARD, *El pensamiento europeo en el siglo XVIII* (trad. esp.). Madrid. Ed. Madrid, 1985, *passim*, y págs 132 y ss.

(144) J. DE LOS MOZOS, "Los precedentes de la codificación la unificación del Derecho en los propósitos y en la Ilustración española", en *Anuario de Derecho Civil*, 1988, págs 637 y ss.

(145) Por todos, JORDÁN DE ASSO y MIGUEL DE MANUEL, *Instituciones de Derecho civil de Castilla*, 5.ª ed., Madrid, 1792; J. SALA, *Ilustración del Derecho Real de España*, 2 vols., Valencia, 1803

(146) A. M. PATAULT, *op cit.*, págs. 143-158

c) *Cambio de escenario: La propiedad inviolable y sagrada*

Anteriormente hemos visto que nuestros juristas no eran modernos, los que eran modernos durante el siglo XVIII eran los ilustrados, aunque generalmente no escribían de Derecho, sino de cosas mucho más vagas y difusas, entre las que aparecían los temas jurídicos más importantes, liberados de las exigencias que impone la interpretación y la exégesis de los textos. Pero son tantos los testimonios que es muy difícil escoger.

Sin embargo, nos vamos a fijar en uno de los ámbitos más atractivos de la especulación ilustrada que se halla, por otra parte, en los balbuceos de la Economía Política; pues bien, en este nuevo campo de observación del *sapere aude*, los fisiócratas apoyarán, en Francia, la reivindicación del "propietario-empresario" sobre el contenido *absoluto* del dominio y, todo ello, en nombre de la eficacia económica. Como se ha dicho con toda exactitud, "la libertad de disponer deviene un arma contra el sistema fundiario tradicional y une paisanos y burgueses en el combate por la liberación del individuo. Ella será bien pronto el fermento que sostendrá la legislación revolucionaria e inspirará a los redactores del *Code Civil*" (147). De tal modo, podrá decir TEILHARD que "lo que importa por encima de todo es establecer solemnemente en el Código que los particulares tienen la libre disposición de los bienes que les pertenecen, he ahí la principal disposición del capítulo III, he ahí la salvaguarda y la garantía de las propiedades" (148).

En España, no podemos silenciar la opinión de G. M. DE JOVELLANOS, prototipo de ilustrado y uno de los fundadores del pensamiento liberal español, cuya obra y cuyos hechos se hallan íntimamente vinculados a la tormentosa peripecia nacional. Como otros ilustrados, se hallaba muy preocupado con los problemas de la enseñanza, en general (149), y en particular, con la enseñanza del Derecho, cuyos modelos pedagógicos, en la tensión entre Derecho romano y Derecho nacional, en polémica a lo largo de todo el siglo XVIII (150), le obsesionaban de modo casi constante, tal y como aparece en su correspondencia. Así, en una carta al doctor PRADO de la Universidad de Oviedo, aparte de algunas consideraciones de carácter general sobre los estudios del Derecho en España (151), no sólo

(147) A. M. PATAULT, *op. cit.*, págs. 144-145

(148) *Ibid.*, pág. 145.

(149) "Discurso sobre la necesidad del estudio de nuestras antigüedades" (de recepción en la Real Academia de la Historia), en *Obras*, I, Madrid, 1845, págs. 477 y ss., y todo el t. II: Instrucción pública, reforma de los estudios, etc.

(150) Por todos, A. ALVAREZ DE MORALES, *La Ilustración y la reforma de la Universidad en la España del siglo XVIII*, 2.^a ed., Madrid, 1979, págs. 81 y ss.

(151) Añorando la falta de una obra como la de J. DOMAT, *Les lois civiles dans leur ordre naturel* (1689), en *Obras*, I, *cit.*, págs. 494-495.

se extiende en la consideración de la importancia que tiene para estos estudios el conocimiento de la lengua, de la lógica y de la metafísica, sino también “a estos estudios debería de suceder el de la geometría que es la verdadera lógica del hombre...”, y “después de este estudio puede entrar bien el de la física”, añadiendo que “la física que yo desearía debe ser experimental...” (152), con lo que, sin duda alguna, aparte de que la afirmación tenga visos de beatería ilustrada, está pidiendo apoyo a las enseñanzas que los fisiócratas habían divulgado, él que se halla a mitad de camino entre mercantilismo y fisiócratas (153), para fortalecer sus teorías sobre la propiedad. Teorías que, por lo demás, vienen reiteradamente expuestas en su famoso *Informe sobre la Ley Agraria* (154) y cuyo pensamiento central, en relación con el tema, es conceder el máximo de derechos y de facultades al propietario cultivador, aunque para la transformación de los extensos terrenos *baldíos* (abandonados de diversa procedencia) y *concejiles* no dude en contemplar concesiones a *censo* (reservativo) o a *foro* (modalidad de enfiteusis), pero sin *laudemio* (prestación de carácter señorial) para facilitar el acceso de los campesinos y aumentar y fijar la población. Pero no sólo se ocupa de la libre disposición de la tierra, sino que también se preocupa de hacer que el poder del propietario sea absoluto mediante el cerramiento de las fincas y la desaparición de servidumbres personales y de aprovechamientos menores sobre el suelo rústico, lo que extiende también a los montes de propiedad particular. Por otra parte, se opone a cualquier tipo de dirección del cultivo por considerarla perjudicial para el agricultor y para la política alimentaria. Lo mismo que respecto de los arrendamientos se opone a los de larga duración y a que no exista una libertad de renta. Finalmente y por su fidelidad a la línea mercantilista que defiende, propugna la libertad de comercio de los productos agrarios por entenderla más beneficiosa que cualquiera otra a los intereses de los propietarios y de los consumidores.

Por otra parte, es contrario a las *manos muertas*, civiles o eclesiásticas y defiende, por ello, la *desamortización* y la *desvinculación*. Su opinión, en una nota al informe, no puede ser más negativa respecto de los mayores que convirtieron en vinculada, dice, la propiedad libre y permanente de las familias (155). En el mismo sentido que JOVELLANOS y del que es fiel seguidor, se manifestará J. SEMPERE Y GUARINOS, de alguna manera implicado en el *Informe de la Ley Agraria*, que aunque elaborada por

(152) *Op. cit.*, en *Obras*, I, pág. 493

(153) L. BELTRAN FLOREZ. *Historia de las doctrinas económicas*, 3.^a ed., Barcelona, 1976. págs. 53-86.

(154) *Obras*, cit., I, págs. 25 y ss.

(155) *Obras*, I, pág. 257, nota 25.

JOVELLANOS fue realmente emitida, a instancias regias, por la Real Sociedad de Amigos del País de Madrid (156), en cuyo seno se constituyó una Junta particular para ampliar actuaciones y estudios sobre la materia y a la que perteneció nuestro autor, contribuyendo con su *Historia de los vínculos y mayorazgos* (157), que termina en 1803. Esta obra que no ha merecido elogios es, en cambio, un testimonio muy valioso en relación con los intentos que lleva a cabo el antiguo régimen para dar entrada a las nuevas ideas sobre la propiedad.

En este sentido, el propio SEMPERE Y GUARINOS, alabando estos esfuerzos, recuerda que el *Informe*, “manifestando los daños de los mayorazgos y su inconducencia para la conservación de nobleza y volviendo a su principio fundamental sobre la importancia de extender la propiedad y desembarazarla de las infinitas trabas con que ha estado sujeta, persuade la necesidad no sólo de contener las nuevas vinculaciones, sino de ampliar el dominio de los actuales poseedores, permitiéndoles vender algunas fincas, darlas en enfiteusis y arrendamiento por largo tiempo y disponer a su arbitrio de las mejoras”. Añadiendo: “Estas juiciosas ideas, que a pesar de su solidez y muy clara evidencia hubieran tal vez escandalizado en otros tiempos y pasado por meras paradojas, auxiliadas de las urgencias del Estado, propagaron mucho los buenos principios de la economía política y con ellos abrieron un nuevo campo al aumento de la riqueza nacional y la real hacienda” (158). Pero todas estas reformas, aunque tengan en perspectiva un nuevo concepto de propiedad, se dan en el marco propio del despotismo ilustrado y que, por ello, no consiguen llevar a cabo el cambio fundamental que la nueva sociedad civil demanda (159).

Pero este cambio sólo llegaría con la Revolución Francesa, produciendo una verdadera ruptura con la tradición jurídica preexistente. Sin embargo, desde la perspectiva posterior, la ulterior especulación de los juristas, revistiendo la discontinuidad de ropaje romanista, hará verosímil la ilusión de continuidad, como una constante siempre recurrente en la historia de la dogmática jurídica (160).

Esto, en cualquier caso, sólo se consigue gradualmente. Por un lado,

(156) Publicada en 1795, en el tomo V de sus Memorias.

(157) Segunda edición, Madrid, 1847.

(158) *Op. cit.*, pág. 125.

(159) P. VILLARD, *Histoire des institutions publiques de la France*, 3.^a ed., París, 1983, págs. 7 y ss., hace una valoración de estas reformas y, en general, denunciando el intento de cortar en dos la historia de Francia. Pero, en particular, vid. M. GARAUD, *Histoire générale du droit privé français (de 1789 a 1804) La Révolution et la propriété foncière*, París, 1959.

(160) H. THIEME, “Kontinuität-Diskontinuität in der Sicht der Rechtsgeschichte”, en *Kontinuität-Diskontinuität in der Geisteswissenschaften*, Darmstadt, 1973, págs. 150 y ss.

inmediatamente, se van a producir los actos revolucionarios; por otro, la reelaboración jurídica requiere un proceso más lento.

En el primer sentido, hemos de recordar que en 1797 se proclama en Francia la famosa *Declaración de los derechos del hombre y del ciudadano*, en cuyo artículo 17 puede leerse: "*La propriété étant un droit inviolable et sacré ne peut en être privé si ce n'est lorsque la nécessité publique, légalement constatée, l'exige évidemment et sous la condition d'une juste et préalable indemnité*" (161). Como se ha observado, la revolución del tercer estado "que ambicionaba su encumbramiento social, el poder económico y el control del poder político hubiera estado mal aconsejada de no haber incorporado la propiedad a su programa, cosa que ocurriría en el patético, amado y odiado y, desde entonces, siempre citado artículo 17" (162).

Por lo que se refiere a la reelaboración jurídica del nuevo concepto de propiedad, podemos decir que ésta comienza con el Decreto de 15 de marzo de 1790 aboliendo el régimen señorial y que se completa en disposiciones sucesivas (163) hasta la promulgación del *Code Civil*.

Sin embargo, como se ha observado con toda exactitud, el descubrimiento de la unidad de la propiedad, alcanzado primero en el plano filosófico y político después, también en el jurídico, "no ha cancelado del todo la tradicional articulación del dominio en un *ius disponendi* y en un *ius utendi*, fruto de una cultura diversa y de una visión objetiva de la pertenencia que, partiendo de presupuestos antitéticos a los de los juristas napoleónicos, había hipotizado como legítima la división misma del dominio". De esta manera queda, en el seno del artículo 544 del *Code Civil* (164), "la idea desentonada de una propiedad como suma de poderes, como resultado de la adición de un gozar y de un disponer que debería de haber rendido aceptable el por otra parte inaceptable e inaceptado principio de la división de la propiedad" (165).

A lo que parece, el *Code Civil* no había podido ir tan lejos como hubiera podido pretenderse y desearse. Al afirmar tal cosa, no sólo constatamos lo que es una conclusión válida desde el punto de vista de la historia de la dogmática, sino que nos introducimos de lleno en el seno de las discusiones modernas sobre la propiedad, seguramente por aquello de

(161) Cfr. "La propiedad es un derecho inviolable y sagrado y nadie puede ser privado de ella, a no ser que la necesidad pública, legalmente constatada, así lo exija y bajo la condición de una justa y previa indemnización"

(162) H. HATTENHAUER, *Conceptos fundamentales*, cit., pág. 114

(163) GARAUD, *op. cit.*, págs. 251 y ss.; PATAULT, *op. cit.*, págs. 188 y ss.

(164) Cfr. "La propriété est le droit de jouir et disposer des choses de la manière la plus absolue, pourvu qu'on n'en fasse par un usage prohibé par les lois ou par les règlements".

(165) P. GROSSI, *op. cit.*, en *Enciclopedia del Diritto*, t. XXXVII, págs. 251-253, Ch. ATIAS, *op. cit.*, en *Droits*, I (1985), págs. 11-12.

que "donde termina la historia empieza la dogmática" (166). Pero la ocasión merece un poco más de consideración por nuestra parte.

Efectivamente, la unificación de la propiedad llevada a cabo por el *Code Civil* hace que la noción de propiedad "sea indiferente a la cualidad de su titular lo mismo que a las particularidades de su objeto. No hay más que una propiedad, siempre igual a ella misma, un derecho único y constante, tal es la significación del artículo 544" (167). Pero esta significación tiene más un contenido institucional que un contenido civilístico; en tal sentido no hay que olvidar que el artículo 2.º de la *Declaración de los derechos del hombre y del ciudadano* establece que: "El fin de toda asociación política es la conservación de los derechos naturales e imprescriptibles del hombre. Estos derechos son la libertad, la propiedad, la seguridad y la resistencia a la opresión".

Por ello, en Prusia, el eco de los coetáneos hechos de Francia lleva a relacionar la libertad del ciudadano con la propiedad, aunque no directamente, sino a través de la libertad de actuar (168). Sólo con el tiempo la propiedad del ciudadano se convertirá, indiscutiblemente, en una de las características fundamentales de su libertad. Desde entonces no sólo el Derecho constitucional, sino también los trabajos científicos y las formulaciones legales abundarían en su interpretación como derecho fundamental (169).

De forma mucho más clara y decidida, el eco de aquellos acontecimientos revolucionarios va a manifestarse en España, donde las heroicas Cortes de Cádiz proclamarán en el artículo 4 de la *Constitución de 1812* que: "La Nación está obligada a conservar y proteger por leyes sabias y justas la libertad civil, la propiedad y los demás derechos legítimos de todos los individuos que la componen" (170). Mientras que las propias Cortes, a partir de 1813, inician el proceso de reformas de la propiedad (171).

Pero volvamos al concepto dogmático de la propiedad. Como dice CH. ATIAS, "la reflexión teórica se atiene más fundamentalmente a la noción, a su significación, que a sus componentes. Será poco decir que el artículo 544 *Code Civil* es una de sus disposiciones mejor conocidas. La

(166) Como decía F. CAIASSO, *Il negocio giuridico*, Milano, 1959, págs. 341 y ss.

(167) CH. ATIAS, *op. cit.*, en *Droits*, I (1985), págs. 5-6.

(168) H. HATTENHAER, *op. cit.*, pág. 115.

(169) *Ibid.*, 113.

(170) *Constitución española*, reimp. an. de "Lex Nova" de la ed. de Sauri, Barcelona, 1836.

(171) Conjunto de disposiciones que constituyen un verdadero *corpus* legislativo que se mantiene a lo largo del siglo XIX, con anterioridad al Código Civil, de lo que seguidamente nos ocuparemos.

propiedad permanece como un concepto clave, una idea faro, peor una imagen por la que los propios juristas se han dejado y se dejan prender, olvidando que “una ciencia que acepta imágenes es, más que toda otra, víctima de las metáforas” (172). Pues a pesar de las incesantes limitaciones de sus atributos, esta noción tan desacreditada ve extender interminablemente la lista de los objetos que se la someten” (173). Cuestión que tiene en su origen algo que no se compagina con la idea de que el artículo 544 *Code civil* reacciona contra la concepción feudal, considerada como contraria a la esencia misma del derecho de propiedad. Lo que el precepto consagra es una noción general y única. “Por encima del anacronismo que verá en ello una banalidad y más allá de los contrasentidos múltiples —dice CH. ATIAS—, la cuestión a plantear es la de saber si el legislador no ha caído en la trampa de la simplicidad abstracta e ilusoria”. Añadiendo que “el individualismo de la burguesía fundiaria conforme al cual es tan cómodo caracterizar a la codificación napoleónica no es, sin embargo, el rasgo dominante del *Code*. El artículo 544 no tiene necesariamente una significación kantiana, sino que, más o menos, hay que ponerle en relación con BARTOLO, siendo fácil de enumerar todas aquellas disposiciones que manifiesta la preocupación de sus redactores para poner a la propiedad en situación de limitarse a sí misma” y de tener en cuenta los diversos objetos sobre los que recae (174).

Del mismo parecer es P. GROSSI cuando califica al *Code Civil* como un palimpsesto jurídico, afirmando: “Estamos efectivamente convencidos que, en un análisis detenido, el Código, como su fuera un palimpsesto antiguo, puede revelar una doble escritura y ofrecernos un testimonio históricamente interesante; más que una definitiva conquista, persiste en el mismo un contraste de mentalidad y una resistencia de mentalidad bastante retrógrada. Nuestro temor es que el jurista se quede extasiado ante el dichoso artículo 544, que tiene, con su triunfalismo, diseñado de acuerdo con la retórica burguesa del ochocientos, el riesgo de que los futuros juristas identifiquen en esta sede el núcleo del concepto de la nueva propiedad en sentido jurídico. Por nuestra parte, nos gustaría que, pacientemente y sin ningún prejuicio, se mirase un poco más a fondo la sistemática del Código por cuanto se refiere a los derechos reales y a la estructura misma del artículo 544. Entonces, el palimpsesto emergerá con suficiente nitidez” (175).

(172) G. BACHELARD, *La formation de l'esprit scientifique, contribution à une psychanalyse de la connaissance objective*, 11 ed., París, 1980, pág. 38.

(173) CH. ATIAS, *op. cit.* en Drouin, I (1985), págs. 8-9

(174) *Ibid.*, págs. 11-12.

(175) *Op. cit.* en *Enciclopedia del Diritto*, t XXXVII, pág. 251.

Por ello, como decíamos al principio, es conveniente distinguir aquí también, entre mito y realidad. Efectivamente, la modulación del concepto civilístico de la propiedad es más bien obra de la pandectística que del *Code Civil* y de la Escuela de la Exégesis incluso, cuyo papel y función, sin duda alguna, ha sido también trivializado (176).

d) *El concepto de propiedad en la pandectística moderna*

Donde verdaderamente se desarrolla un concepto moderno de propiedad es en la pandectística moderna, dependiente de construcciones dogmáticas y de presupuestos sistemáticos, anteriormente inexistentes.

Cuando aludo a la pandectística es evidente que me refiero fundamentalmente al pandectismo alemán del siglo XIX y, naturalmente, a la influencia que ha ejercido un poco por todas partes, incluyendo, cómo no, a algunos representantes de la Escuela de la Exégesis (177). Por eso me he cuidado antes de separarla de la pandectística, y aunque esto pueda parecer una obviedad, no tengo reparo alguno en incurrir en tal censura porque en España se suelen meter en el mismo saco a ambas, poniendo encima la etiqueta común de "positivismo" (178), lo que, evidentemente, no es exacto ni correcto. Mientras la Exégesis carece de unidad de orientación y es poco más que un acotamiento cronológico (179), el pandectismo alemán decimonónico tiene una orientación uniforme, debido a la aceptación, más o menos consciente, de unos presupuestos metodológicos específicos: los del positivismo científico (180), aunque la apreciación *grosso modo* vale para toda la pandectística desde el momento en que con la Escuela histórica se rompe con el *usus modernus Pandectarum*, si bien esto tendría que matizarse todavía más. Sea como quiera, este período intermedio es importante por la influencia que ejerce en algunos Códigos europeos y americanos (piénsese, p. ej., en el Código Civil de Argentina) (181). Por lo demás, en este período intermedio, figuras como SAVIGNI, ORTOLAN,

(176) Como se ha puesto de relieve recientemente, vid. Ph. RÉMY, "Eloge de l'exégèse", en *Droits*, I (1985), págs. 115 y ss.

(177) Vid. J. L. DE LOS MOZOS, *Derecho civil español*, I-I, cit., págs. 653 y ss.

(178) Para la Escuela científica, por razones que no se le escapan a nadie fácilmente, la Exégesis fue la creadora del positivismo jurídico, pero ésta es una generalización que se halla muy lejos de la realidad; vid. Ch. ATIAS, *Epistemologie juridique*, París, 1985, pág. 47.

(179) Ph. RÉMY, *op. y loc. cit.*, págs. 115 y ss.

(180) Para esto la enjundiosa investigación de P. CAPELLINI, "Systema iuris", en *Quaderni Fiorentini*, 17-18, 1984-1985.

(181) J. L. DE LOS MOZOS, "Los derechos reales en el sistema de Vélez Sarsfield", en *Revista de Derecho Privado*, 1986, págs. 491 y ss.

GLÜCK o MÜLLENBRUCH, algunas de ellas eminentes, tendrán una influencia decisiva, sólo comparable a los autores del *Code Civil* y a los primeros exegetas, cuyos discursos y comentarios se harán pronto famosos a un lado y otro del Atlántico (182).

Por lo que se refiere a los autores de la Exégesis, es de hacer constar que ponen de relieve la duplicidad de argumentación del *Code Civil*, como recuerda P. GROSSI (183) y como la práctica de la vida jurídica francesa muestra bien pronto (184). Señala el primero que la ideología no consigue impregnar todavía completamente todo el edificio jurídico preexistente ni diseñar un modelo acabado: las declaraciones programáticas y la ingeniería jurídica siguen caminos paralelos sin llegar a encontrarse. De manera "inconsciente la vieja mentalidad —que es la que se halla sedimentada y por ello más identificada con el Derecho común— continua a hacer emerger un concepto compuesto de propiedad, una indiferenciación cualitativa entre propiedad y derecho real, un acto constitutivo de derecho real limitado que viene calificado como desmembramiento, en tanto que el derecho real es calificado como fracción, como fracción separada de aquel haz total que únicamente en la suma de todas las fracciones es la propiedad" (185).

Algo parecido les sucede a los pandectistas de la época que hemos calificado de intermedia, aunque en algunos de ellos, como señaladamente en SAVIGNY, se puedan encontrar ya prefigurados los rasgos fundamentales de la definitiva configuración pandectística de la propiedad, por lo menos en lo que atañe a la organización del sistema de los derechos reales (186). Pero lo característico del pandectismo es la profundización en el subjetivismo, de manera que la antigua *facultas* que se halla en el núcleo central de la concepción de la propiedad, típica del iusnaturalismo (187), se va a transformar en la *facultas dominii*, elemento psicológico que contribuye a dar generalidad y abstracticidad al dominio, como aparece tempranamente en algunos autores (188), lo que pone de relieve,

(182) *Ibid.*, referencias.

(183) *Op. cit.*, en *Enciclopedia del Diritto*, t. XXXVII, pág. 252, y "Tradizioni e modelli nella sistemazione post-unitaria della proprietà", en *Quaderni Fiorentini*, 5-6 (1976-1977), págs. 216 y ss.

(184) Ch ATIAS, *Droit civil*, cit., I, págs. 77 y ss., y *op. cit.*, en *Droits*, I (1985), págs. 11 y ss.

(185) *Op. cit.*, en *Enciclopedia del Diritto*, t. XXXVII, pág. 252.

(186) J. L. DE LOS MOZOS, "El derecho de los bienes en el Código Civil", en *Anales de la Real Academia de Jurisprudencia*, 21-2 (1989), págs. 61 y ss.

(187) Así, por influencia LEIBNIZ, lo encontramos en A. TEXEIRAS DE FREITAS, vid J. L. DE LOS MOZOS, "Aproximación metodológica al sistema de Teixeira de Freitas", en *Augusto Teixeira de Freitas y el Derecho latinoamericano*, Padova, 1988, págs. 465 y ss.

(188) BOCKING, *Pandekten des römischen Privatrechts*, II, Leipzig, 1855, pág. 5;

exagerándola, la relación entre voluntad y utilidad. La misma que había estado en el origen remoto del concepto desde el Humanismo. Lo que sucede es que, ahora, se va a tratar de construir este concepto dogmáticamente. De ello existe ya una muestra anticipada en THIBAUT cuando en sus *Pandekten* definiría la propiedad como “el derecho, generalmente objetivo, en virtud de cuya naturaleza se atribuye a alguien la facultad incondicional de disponer a su arbitrio de una cosa corporal y concreta con fines de propia utilidad” (189).

Pero el pandectismo, a partir de PUCHTA, llevará las cosas todavía más lejos, pues se va a construir la dogmática rigurosamente conforme a las exigencias de la nueva sociedad civil (pasando del “*Lehrsystem*” que propuso la Escuela histórica al “*Levengystem*”) (190) que pone el provecho económico en las relaciones privadas por encima de todas las cosas. Lo que se va a traducir en la dogmática de dos maneras distintas: por un lado, la persona, como sujeto de los derechos, no interesa más que como titular, por razones sobre todo de seguridad jurídica, más de seguridad en el tráfico que de seguridad de los derechos, lo que trasciende de manera decisiva en el sistema de adquisición del dominio por medio de negocio jurídico y que se configura, ya desde SAVIGNY (191), como un acto abstracto, es decir, como un verdadero negocio de buena fe. Por otro, el objeto de los derechos, los bienes, sólo interesan en cuanto que atribuyen un valor, sirviendo de base al crédito territorial, de forma que su utilidad queda relegada a este aspecto económico. De este modo la propiedad adquiere un significado económico, convirtiéndose en una categoría abstracta y general que confiere a su titular un valor absoluto sobre la cosa concreta en la que recae, que no puede ser más que una cosa corporal, con lo que se rompe la vieja unidad del *ius rerum*. De una parte, se desvanece la antigua relación del hombre con las cosas, y de otra, se ahonda en las diferencias existentes entre el dominio y los derechos reales, que ya no aparecen como momentos distintos de relaciones análogas, sino como relaciones contrapuestas, a lo que había contribuido también THIBAUT con su crítica de la “división de los dominios”, atribuida a una falsa interpretación de los textos romanos por parte de los glosadores” (192).

LEIST, “Ueber die Natur des Eigentums”, en *Civilistische Studien auf dem Gebieten Dogmatischer Analyse*, 3 (Jena, 1859), págs. 56 y 59.

(189) H. HATTENHAUER, *Conceptos fundamentales*, cit., pág. 115.

(190) *Encyclopadie als Einteilung zu Institutionem Vorlesungen*, Leipzig und Berlin, 1825.

(191) J. L. DE LOS MOZOS, *op. cit.*, en *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, 1967-2, cit., y ed. sep., Madrid, 1967.

(192) H. HATTENHAUER, *Conceptos fundamentales*, cit., pág. 115; P. GROSSI, *op. cit.*, en *Enciclopedia del Diritto*, t. XXXVII, núms. 9 y ss., y “Naturalismo e formalismo nella sistemazione medievale delle situazioni reali”, en *Jus*, 18 (1967), págs. 255 y ss.

De esta manera, los *iura in re aliena* no sólo son una excepción a la “libertad de los fundos”, sino que su existencia sólo se explica por la disposición de la ley, de donde deriva su *tipicidad* (legal), propia del sistema del *numerus clausus* de su reconocimiento, que ha sido acogida por la mayoría de los Códigos modernos (argentino, alemán, suizo, italiano de 1942, etc.) (193).

Este es el concepto de propiedad que aparece recogido en la obra de B. WINDSCHEID (194) y al que se vincula el parágrafo 903 BGB, según el cual “el propietario de una cosa puede, en cuanto no se oponga a la Ley y a los derechos de un tercero, proceder con ella a su libre arbitrio y sustraerla a la acción de los demás”. En esta frase, como se ha observado, “se encerraba toda la teoría de la propiedad, definida como un dominio material absoluto en virtud del cual el propietario podía disponer a su antojo de la cosa... Según la doctrina liberal, había que evitar la sensación de que el propietario tenía que usar su cosa ateniéndose a unas reglas determinadas o, incluso, que estuviera en absoluto obligado a hacer uso de ella. Formaba parte de la libertad del propietario que el legislador no pudiese ponerle andaderas” (195).

Según esto, la propiedad aparece como un derecho de exclusión, por lo que el antiguo *ius disponendi* del propietario se radicaliza, mientras que, por otra parte, el legislador no sólo se preocupa de que nadie pueda molestarle, sino que se abstiene de regular su contenido por respeto a la libertad del ciudadano, configurándose dentro del sistema jurídico como “derecho subjetivo”, pues en el tráfico jurídico la persona realiza su libertad mediante derechos subjetivos, relativos o absolutos, y la propiedad no puede ser otra cosa que un derecho subjetivo absoluto como auténtica personificación de la libertad burguesa (196).

Por otra parte, este nuevo concepto de la propiedad que contempla el BGB se pone en relación con la regulación de la propiedad inmobiliaria y con el crédito territorial, que a través del Registro fundiario consigue una efectiva movilización de la propiedad, con lo que la propiedad acaba por ser fundamentalmente un valor, quedando en segundo término tanto la condición del titular como sujeto del derecho al no establecerse distinción alguna al respecto (por ejemplo, si se trata de una persona individual o de una persona jurídica, etc.), como la diferente naturaleza y destino de los bienes sobre los que recae el derecho y que, de alguna manera, modelaba las relaciones del hombre con las cosas anteriormente.

(193) P. GROSSI, en *Enciclopedia del Diritto*, t. XXXVII, pág. 252

(194) *Lehrbuch des Pandektenrechts*, I, Frankfurt a M., 1900, pár. 37

(195) H. HATTENHAUER, *Conceptos fundamentales*, cit., pág. 118.

(196) *Ibid.*, págs. 119-120

Hacerlo de otro modo hubiera sido ir en contra del concepto de propiedad como derecho absoluto y, sobre todo, de su fundamento entendido como una prolongación de la libertad y de la igualdad de los ciudadanos, de manera que no podía concebirse la sociedad civil sin el reconocimiento de la propiedad como derecho subjetivo. No en el sentido de que la propiedad derivara directamente de la libertad, sino en el de que su contenido se había remodelado a través de la idea de libertad y de igualdad, consecuencia de la desaparición de los derechos feudales, de manera que a la vez que se lograba la deseada "libertad" de los *fundos* se propiciaba instaurar un ordenamiento de la propiedad *igual para todos* (197). Esto parece que es cierto en el plano ideológico general y a ello contribuyen los programas revolucionarios y de reformas que se llevan a cabo en todas partes, aunque, unas y otras, no lleguen a calar del todo en el plano técnico jurídico, por lo que se refiere a los Códigos europeos y americanos anteriores al BGB, como ya hemos apuntado y como tendremos ocasión de repetir, lo que, sin duda, se ha olvidado, exagerando el discurso ideológico de la época, como veremos, al hacer crisis el concepto moderno de propiedad.

Finalmente diremos, haciendo honor a la crítica que en tiempos de crisis ha suscitado este concepto de propiedad, que tal concepto, al concebirse como un derecho *absoluto*, no admite otras limitaciones que las establecidas en las leyes (art. 544 *Code Civil*, art. 348 CC español) o en la Ley y en los derechos de un tercero (§ 903 BGB), por lo que ha llevado la discusión, en apariencia, fuera del sistema del Código o de los Códigos, planteando su régimen jurídico en la concurrencia de normas de Derecho público y de Derecho privado. Pero esto sería del todo exacto si, como vemos, fuera cierto ese concepto de propiedad como derecho absoluto y si no tuviera limitaciones en su propio contenido de índole "intrasistemática", como un análisis de la normativa del Código Civil pone claramente al descubierto. Lo que será objeto de estudio en su momento oportuno.

Pero antes vamos a ocuparnos de algo que es importante referir por la indudable trascendencia que tiene.

e) "*Libertad de los fundos*" y concepto de propiedad

La crítica del concepto liberal de propiedad que venimos analizando parece que se olvida de la verdadera función histórica del mismo, al servir

(197) Vid. SCHEUNER, *Die Garantie des Eigentums in der Geschichte der Grund- und Freiheitsrechte*, en SCHEUNER y KÜNG, *Der Schutz des Eigentums*, Hannover, 1966, págs. 18 y ss.

de instrumento eficaz en la supresión de los privilegios feudales. Como consecuencia de ello, y de rechazo, la propiedad —ya en parte lo hemos dicho— en cuanto derecho adquiere un significado que difícilmente se puede separar del despliegue de aquella función histórica que, de una u otra manera, se produjo en todas partes. En unos sitios tuvo lugar revolucionariamente, como en Francia, desde los primeros momentos, lo que ulteriormente consagró el *Code Civil* (198); en otros casos, como en Prusia, fue el resultado de protestas y reformas que llevaron a un objetivo final que era el mismo: la posesión del suelo tenía que resolverse en propiedad plena: unas veces perjudicaba a los campesinos y otras a los señores (199). En España fue el resultado de una serie de marchas y contramarchas que duró casi medio siglo.

Las medidas legislativas adoptadas se plasman en una dualidad metodológica: la desvinculación y la desamortización. Según el *Diccionario* de MARTÍNEZ-ALCUBILLA, “por la primera, los bienes se hacen libres en sus mismos poseedores, como sucede, por ejemplo, con los mayorazgos; por la segunda, sus poseedores los pierden, pasan al Estado, bajo cuyo dominio son bienes nacionales. El Estado los vende a particulares y, al adquirirlos los compradores, se hacen bienes libres” (200).

Ambas técnicas son utilizadas, ya tempranamente, por las heroicas Cortes de Cádiz siguiendo el pensamiento ilustrado, por lo que no es de extrañar que tuvieran su antecedente en el reinado de Carlos III (201) y aun anteriormente (202). Sea como fuere, por *Decreto de 6 de agosto de 1811*, las Cortes disponen la supresión de todos los señoríos jurisdiccionales, aboliendo la relación de vasallaje y las prestaciones señoriales, así como los derechos eminentes (pesca, caza, hornos, molinos, montes, etc.), que pasaron al libre uso de los pueblos. La consecuencia más importante es que los antiguos señoríos territoriales y solariegos se convertían en propiedad particular, poniendo fin a los contratos feudales. Esta disposición fue anulada por *Decreto Real de 4 de mayo de 1814*, siendo restablecida por *Decreto de 27 de septiembre de 1820*, que es una continuación del dado por las Cortes de Cádiz en 1811 y en el que se establece la supresión de toda suerte de vinculaciones: mayorazgos, fideicomisos, patronatos y

(198) GARAUD, *La Révolution et la propriété foncière*, París, 1959; A. M. PATAULT, *op. cit.*, págs. 162 y ss.

(199) H. HATTENHAUER, *Conceptos fundamentales*, cit., págs. 117-118.

(200) *Diccionario de la Administración Española*, V, Madrid, 1916 (voz “Desamortización”), pág. 709.

(201) F. TOMÁS Y VALIENTE, “Planteamientos políticos de la desamortización”, en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 1969, págs. 9 y ss.

(202) I. M. DE LOS MOZOS TOUYA, “Tres cuestiones jurídicas vinculadas a Macanaz”, en *Cuadernos de Investigación Histórica*, 11 (1987), págs. 37 y ss.

cualquier especie de vinculaciones de bienes raíces, muebles, semovientes, censos, juros, foros o de cualquier otra naturaleza, los cuales quedaban como bienes libres. Completa este proceso la *Ley de 3 de mayo de 1823*, que establece el procedimiento a seguir para comprobar que los señoríos de los que se trataba no eran de los que se incorporaban a la Nación —lo que sólo era aplicable a los señoríos jurisdiccionales— y que, por ello, la hacían en calidad de bienes nacionales (combinándose aquí desvinculación con desamortización). Pero esta Ley fue anulada por *Real Cédula* de la Regencia de 15 de agosto de 1823. Finalmente, y tras las vicisitudes políticas acontecidas a partir de 1833, se promulga el *Real Decreto* de 30 de agosto de 1836, que restablecía con todo su vigor el Decreto de las Cortes de 27 de septiembre de 1820 como antecedente de la disposición definitiva que culmina la extinción de los vestigios feudales en España y, con ello, el proceso iniciado en 1811: la *Ley de 26 de agosto de 1837* (203).

Entre las disposiciones desamortizadoras, que cuentan un claro precedente bajo el imperio del “antiguo régimen” (204) y de carácter general para la libertad de los fundos, hemos de destacar también las medidas tomadas por las Cortes de Cádiz. Aparte del *Decreto de 22 de marzo de 1811* sobre venta de bienes de la Corona, y del *Decreto de 13 de septiembre de 1813* sobre desamortización eclesiástica, aquí interesan fundamentalmente los *Decretos de 4 de enero de 1813 y de 8 de junio del mismo año*. Según el primero de ellos, todos los terrenos baldíos o realengos, y de propios y arbitrios, salvo los ejidos necesarios a los pueblos, se reducen a propiedad particular y en clase de acotados para que sus dueños puedan cercarlos, sin perjuicio de las servidumbres de paso de ganados, y destinarlos al uso o cultivo que más les acomode, con la obligación de no vincularlos ni cederlos a las manos muertas. Concediéndose preferencias a los vecinos para su adquisición, a los comuneros en su disfrute y, finalmente, a los soldados y veteranos de la guerra; cediéndose en censo los que no fueren enajenados a un canon módico. El Decreto de 8 de junio de 1813 se refiere al cierre y acotamiento de las fincas, sean de propiedad libre o vinculadas, sin otras limitaciones que las servidumbres de paso en favor de la ganadería, norma que pasa a integrar el futuro artículo 349 del Código Civil.

Pero contiene este Decreto otras disposiciones que, generalmente, es-

(203) Aparte de SAMPERE Y GUARINOS, cit., J. F. PACHECO, *Comentarios a las Leyes de Desvinculación*, 3.^a ed., Madrid, 1847; entre los autores modernos, R. GIBERT, *La disolución de los mayorazgos*, Granada, 1958, y S. DE MOXÓ, *La disolución del régimen señorial en España*, Madrid, 1965.

(204) Tanto por lo que respecta a la desamortización civil como a la eclesiástica o como consecuencia de otras reformas sociales, por todos, A. DOMÍNGUEZ ORTIZ, *Sociedad y Estado en el siglo XVII español*, Madrid, 1976, págs. 402 y ss.

capan a la atención de los historiadores por su falta de sensibilidad jurídica. Efectivamente, tan importante como el cierre de las fincas es la declaración que hace el Decreto sobre la libertad de los arrendamientos, dependiente únicamente de la voluntad de las partes contratantes y del tiempo estipulado, sin prórrogas de ninguna clase ajenas a la tácita reconducción. Régimen que, por lo demás, no se aplica a los foros de Galicia y Asturias y demás provincias que se hallen en igual caso. Por último, contempla mencionada disposición una serie de normas sobre la libertad del comercio de los productos agrarios, de la artesanía y de la industria.

Estas y otras disposiciones de las Cortes de Cádiz fueron anuladas por Fernando VII, el rey *felón*, en 1814, restableciéndose transitoriamente en el trienio liberal (1820-1823) y ulteriormente a 1833, en el que fueron objeto de un amplio y definitivo desarrollo. De todos modos, a partir de estos momentos debemos de distinguir entre desamortización eclesiástica y desamortización civil.

Por lo que se refiere a la desamortización eclesiástica y con independencia de los precedentes próximos y remotos, hemos de decir que, con el trienio liberal, al restablecer la Constitución de 1812, se restablecen también las disposiciones emanadas de las Cortes de Cádiz. En este sentido, el *Decreto de 27 de septiembre de 1820*, antes citado, que establecía supresión de las vinculaciones, contiene en su artículo 15 una norma en la que señalaba que las iglesias y conventos y demás manos muertas no pueden adquirir bienes raíces en las provincias de la monarquía. Con ello se estaba anticipando lo aprobado en el *Decreto de 1 de octubre de 1820*, por el que se suprimen monasterios de una serie de Ordenes y se reducen los de las no suprimidas, aplicando al crédito público las rentas sobrantes de los conventos subsistentes y todos los bienes de los suprimidos. Esta importante disposición desamortizadora subsistirá hasta 1823, fecha en que fueron devueltos a los religiosos los bienes, si bien con carácter provisional, por cuanto en 1835 el *Real Decreto de 3 de septiembre* convalidaba las ventas de bienes que hubiesen sido confiscadas en el período anterior. Lo que preparaba el camino para las dos disposiciones fundamentales en materia de desamortización eclesiástica: el *Real Decreto de 19 de febrero de 1836*, siendo ministro Alvarez Mendizábal, por el que se disponía la venta de todos los bienes que hubiesen pertenecido a corporaciones religiosas del clero regular, y el *Real Decreto de 2 de septiembre de 1841* estableciendo la venta como bienes nacionales de las propiedades del clero secular. De esta manera entran en el mercado inmobiliario extensas cantidades de tierra y numerosos edificios de gran valor arquitectónico en su inmensa mayoría, que experimentaron escasos índices de cotización, con lo que no se mejoró la situación de la Deuda Pública, mientras que, por

otra parte, se iniciaba la ruina y ulterior desaparición de un tercio del patrimonio artístico nacional, si es que no fue en una proporción mayor. Tampoco se consiguió, por esta vía, contribuir indirectamente a la mejora de la agricultura, puesto que no se respetaron los límites máximos establecidos para las suertes (205). Estas disposiciones venían complementadas por sendas Instrucciones reales (206) y por otras disposiciones complementarias (207). Poniendo fin al proceso de venta de bienes el *Concordato con la Santa Sede de 1851*, en cuyo cumplimiento se dictará la *Real Orden de 13 de mayo de 1851* que dispone la suspensión de la venta de propiedades, acciones y censos de ambos cleros. Sin embargo, no termina con ello la desamortización eclesiástica, ya que al promulgarse la *Ley general de desamortización de 1 de mayo de 1855*, debida al ministro Madoz, que declaraba junto a la desamortización civil la venta de los predios rústicos y urbanos, censos y foros pertenecientes al clero, así como a otra institución conocida con el nombre de manos muertas, vuelve a plantearse el tema hasta que se promulga el *Real Decreto de 23 de septiembre de 1856*, por el que se establece la supresión de la venta de bienes del clero.

Por lo que se refiere a la desamortización civil, a pesar de que en 1814 se anulan las disposiciones de las Cortes de Cádiz, el régimen absolutista se vio obligado a poner en venta las tierras de baldíos y realengos, des poblados y mostrencos a fin de pagar los réditos de amortización de la deuda pública (RR.DD. de 5 de agosto de 1818 y 22 de julio de 1819). Restaurada la Constitución de 1812, se trata de poner en marcha la realización y la ampliación de las medidas adoptadas por las Cortes de Cádiz. Este es el objetivo de la *Real Orden de 8 de noviembre de 1820* y del *Decreto de 29 de junio de 1822*, que ampliaba aquellas medidas, disponiendo pasaran a ser propiedad privada los baldíos, realengos, propios y arbitrios de los pueblos, la mitad de ellos habían de repartirse entre militares y campesinos no propietarios a censo, con el módico canon anual del dos por ciento del valor de los bienes, y la otra mitad quedaría como garantía afecta al pago de la Deuda Pública. Las normas posteriores no son más que complemento de estas disposiciones y su trascendencia es escasa (208). Posteriormente, la *Ley general de desamortización* completa el panorama, pero cambia de orientación al desaparecer totalmente el reparto de tierras entre los campesinos por concesiones a censo. Esta Ley establecía la declaración en

(205) Por un lado, se trataba de que la venta se dispusiera en el mayor número de partes o suertes (art. 3.º, apartado 4), mientras que norma dada bajo la Regencia de Espartero ponía de manifiesto que los predios rústicos no debían de exceder de 40 000 reales (art. 11); pero ambas disposiciones parece que no se cumplieron.

(206) Reales Instrucciones de 1 de marzo de 1836 y 2 de septiembre de 1841

(207) Real Decreto de 23 de septiembre de 1856.

(208) RR.OO. de 6 de marzo de 1834 y 18 de mayo de 1837.

estado de venta de las propiedades de propios y comunes y baldíos de los pueblos, y la venta había de realizarse con el pago de los remates en metálico, invirtiéndose el ochenta por ciento del producto de la venta en títulos de la Deuda Pública, consolidada al tres por ciento.

Con ello el proceso de desvinculación y desamortización había quedado completo, aunque su realización todavía durara unos años (209). Liberada la propiedad había que convertirla en un instrumento eficaz de riqueza, movilizándola mediante el establecimiento de un sistema eficaz de crédito territorial, lo que se consigue con la promulgación de la Ley Hipotecaria y con el establecimiento de un eficiente Registro de la Propiedad que se implanta en 1861, siendo objeto de sucesivas reformas y perfeccionamientos hasta nuestros días (210). El sistema registral es, sin duda, el instrumento técnico-jurídico que más ha servido a la consolidación del concepto moderno de propiedad, teniendo la virtud de haber sabido armonizar la fidelidad a una tradición con la eficacia de una técnica que ha recibido de sistemas ajenos a la misma, como expresa la famosa *Exposición de Motivos* de la Ley Hipotecaria de 1861 (211).

Pero lo que no se ha destacado suficientemente son las consecuencias dogmáticas debidas al influjo de la función histórica que ha cumplido el concepto moderno de la propiedad al *liberar a los fundos* de las prestaciones señoriales, de las vinculaciones y de su amortización, lo mismo que de las restantes trabas y limitaciones que impedían la movilización de la riqueza territorial. Es cierto que el desarrollo de esta función histórica, como se ha dicho, incorpora una dinámica especial al propio concepto de propiedad, acentuando su significado económico y apareciendo como representativa de un valor, por servir de base al *crédito territorial*, lo que, de una u otra manera, se incorpora de manera predominante a su régimen jurídico; y aunque nuestros Códigos acogen simultáneamente dos conceptos de propiedad, como hemos visto, la que se hallaba en el discurso de los políticos y en el de las reformas liquidadoras del antiguo régimen, y la que respondía a un concepto anterior representativa de “las relaciones del hombre con las cosas” y expresión de la “continuidad” del “*usus modernus Pandectarum*”, no cabe duda que la acentuación de esa finalidad añade

(209) A partir de la Ley de 1 de mayo de 1855, vid. *Diccionario de Legislación*, de ARANZADI, t. V, Pamplona, 1951, núm. 6162 a 6202.

(210) Con la reforma de 1944-1967.

(211) Planteándose los dos sistemas posibles, francés y alemán, se decide por el segundo en atención a sus ventajas que ofrece modificando para ello todas las leyes que se refieren a las hipotecas. “Profundo debe ser el convencimiento de la Comisión —se refiere a la Comisión General de Codificación— cuando a pesar de su religioso respeto al derecho nacional propone que esencial y radicalmente sea reformado: *Novísima legislación hipotecaria de España, anotada y concordada*, de L. MORENO, 3.^a ed., Madrid, 1879.

nuevas dificultades a la reconstrucción dogmática de su concepto en el conjunto del *sistema* de los derechos reales.

De estas dificultades son conscientes algunos codificadores que partiendo del modelo de las Institutas, por razones iusnaturalistas e ilustradas, se apartan del mismo por tratar de construir el sistema sobre una rigurosa separación entre derechos reales y derechos personales o de obligación (212), yendo mucho más lejos que el *Code Civil*. En definitiva, la dificultad está en que, concebido el dominio como un derecho absoluto que no acepta otras limitaciones que las establecidas por la Ley, las posibilidades de compatibilizar los derechos concurrentes sobre una cosa quedan fuera de la ordenación jurídica de la propiedad establecida por el Código, lo que no es exacto, tal y como resulta del régimen de la propiedad establecido por el propio Código. Lo que ha sido certeramente observado para el régimen de *Code Civil* (213) y que puede predicarse igualmente de los otros Códigos que le han tomado por modelo, y entre ellos el italiano de 1865, el portugués de 1866 y el español de 1889. Lo mismo pasa en la *relación* del dominio con los demás derechos reales, que aunque pueda parecer a primera vista lo contrario, el carácter absoluto del dominio no obliga necesariamente a que los derechos reales limitados y su contenido tenga que venir determinado por la Ley, conforme a un sistema de "*numerus clausus*", aunque éste sea el sistema elegido por algunos Códigos más modernos (como el argentino, el suizo, el alemán y el italiano de 1942), porque a ello se opone el que tengan su "causa" o "título" en el contrato traslativo correspondiente (art. 609 CC español), aparte de que tal posibilidad se reconozca expresamente (art. 2.2.º LH), como es el caso del Derecho español y pese a algunas reticencias doctrinales (214). Lo mismo que la disciplina de la accesión o las relaciones de vecindad entre los fundos dan idea de la limitación del contenido absoluto del dominio, el cuadro de posibilidades que ofrece el Código Civil en materia de usufructos, de servidumbres, de censos, de derechos de superficie, etc., dan también una idea cabal de las posibilidades de constituir derechos reales limitados de contenido diferente e, incluso, en ocasiones, de construir nuevas figuras de derechos reales sin necesidad del "*auxilium legis*", aunque éste sea, a veces, necesario y conveniente, como ha pasado con la propiedad horizontal.

Lo que pasa es que la función liberadora de fundos llevada a cabo por

(212) En esta línea, el proyecto de Código Civil de Brasil y el Código Civil argentino: J. L. DE LOS MOZOS, *op. cit.*, en *Revista de Derecho Privado*, 1986, págs. 491 y ss.

(213) Ch. ATIAS, *Droit civil. Les biens*, 1, cit., págs. 79 y ss.

(214) J. L. DE LOS MOZOS, *op. cit.*, en *Revista de Derecho Privado*, 1986, págs. 503 y ss.

el concepto liberal de propiedad y asumido por el Código ha dificultado estas posibilidades.

Efectivamente, con las reformas relativas a la libertad de los fundos han desaparecido un cortejo bastante difuso de *cargas reales*, la mayoría de ellas de origen señorial, aunque otras proceden únicamente de una individualización de las utilidades susceptibles de prestar una cosa, como es el caso de las servidumbres o comunidades de pastos y leñas (arts. 600-604 CC) (215). Otras obedecían a vínculos familiares, como el *retracto gentilicio*, y ponían un límite evidente a la movilidad de los fundos; por eso desaparecen del *Code Civil* la mayor parte de los derechos de adquisición, tengan o no configuración como derecho real, a diferencia de lo que sucede en nuestro Código Civil, que aparte de conservar los tanteos y retractos tradicionales, con excepción del citado, crea en interés de la agricultura el retracto de colindantes (216). Finalmente, aunque no puedan calificarse propiamente como tales, algunas obedecen a la vinculación de las propiedades, como mayorazgos y fideicomisos, que quedan reducidas al límite que establece el artículo 781 del Código Civil, es decir, dentro del segundo grado de llamamiento o a favor de personas que vivan a la muerte del testador, o son debidas a prohibiciones de disponer que quedan limitadas en los términos del artículo 26 de la Ley Hipotecaria.

De este modo el concepto de *cargas reales* queda limitado, en sentido estricto, al desaparecer la fuente principal de su origen (de tipo señorial o de individualización de las utilidades o aprovechamientos de los fundos), a los derechos reales de garantía y, en sentido amplio, puede comprender censos, servidumbres y otros derechos reales ("cargas y gravámenes"); pero, naturalmente, este concepto en sentido riguroso y técnico no es operativo, por lo que hemos de quedarnos con el sentido estricto. Ahora bien, al establecerse un sistema de publicidad registral en beneficio del crédito territorial, es natural que las cargas se tipifiquen fuertemente, lo cual es propio de los principios que inspiran el *sistema*, y en particular del de publicidad y del de especialidad, desapareciendo prácticamente las cargas ocultas y las tácitas y generales, que quedan relegadas a unos pocos supuestos (217). Esto ha supuesto, aunque no lo parezca, una enorme

(215) Vid. J. L. DE LOS MOZOS, en *Estudios de Derecho agrario*, 1972, págs. 139 y siguientes.

(216) En general, J. L. DE LOS MOZOS, en *Estudios de Derecho agrario*, 2.^a serie, cit., págs. 226 y ss.; G. GAMAZO, en la última fase de la elaboración del Código Civil, hizo una brillante defensa de esta nueva figura en los debates parlamentarios del mismo.

(217) Quedan reducidos a las preferencias del artículo 1.923 del Código Civil, con las precisiones de los artículos complementarios de la Ley Hipotecaria y de su Reglamento, cerrando el sistema por lo demás, de una parte, el artículo 98 de la Ley Hipotecaria, y de otra, los artículos 13, 32 y 225 de la misma.

dificultad para la *relación* entre dominio y derechos reales y para la construcción dogmática de la diversidad de contenidos de un mismo derecho real, o de derechos reales nuevos, por la dificultad de definir y de encajar en el sistema el concepto de *obligación real*. Prueba de ello que el Código Civil argentino pretende negar su existencia (218), aunque no lo consigue del todo (219), mientras que un sector de la doctrina francesa o habla de ella como una categoría intermedia entre el derecho real y el derecho personal (220), o reconduce su concepto a la oposición entre ambos, conforme a la desprestigiada "teoría personalista" del derecho real (221); y, sin embargo, la *obligación real* se halla presente en la regulación de nuestros Códigos, modalizando el contenido de los derechos reales de algunas modalidades de propiedad (222) e, incluso, de algunas situaciones en las que se puede encontrar el dominio (223). En su estructura, la obligación real recuerda a algunas prestaciones señoriales o a aquellos "*persönliches dingliches Rechts*" del "*usus modernus Pandectarum*" tardío y que se encuentran en algunas cargas "personales" desaparecidas, pero de las que todavía habla SAVIGNY; pero no se confunde con el "patti" de la servidumbre, por lo que no le afecta la regla "*servitus in faciendo consistere nequit*" ni es una figura intermedia entre el derecho real y el derecho de obligación, como es el caso de ciertas obligaciones personales que pueden producir eficacia real (arrendamiento inscrito, derecho de opción, etc.), sino que sirve, naturalmente, por disposición legal o contractual, para delimitar el contenido de los derechos reales, a pesar de que la dogmática, generada por la dialéctica entre el dominio pleno y los derechos reales, hasta el presente no haya sido capaz de desarrollarla adecuadamente, habiéndose limitado a indicar su presencia. Si esto se llevara a cabo, el panorama dogmático del sistema de los derechos reales, excesivamente rígido, cambiaría por completo y se pondría de relieve que, entre derechos personales y derechos reales, existe una comunicación evidente, recuperándose, de este modo, la vieja unidad del "*ius rerum*" de las Institutas. De lo que saldría totalmente renovado el propio concepto de propiedad, perdiendo ese carácter abstracto que le comunica la idea de derecho "absoluto" y de contenido "pleno", que tan mal se compagina con la realidad de la vida

(218) Artículo 3.042 del Código Civil argentino.

(219) Artículo 3.023 del Código Civil argentino

(220) H. ABERKANE, *Essai d'une théorie générale de l'obligation propter rem en droit positif français*, París, 1957.

(221) S. GINOSSAR, *Droit réel, propriété et créance. Elaboration d'un système rationnel des droits patrimoniaux*, París, 1960, págs. 94 y ss., y 149 y ss.

(222) J. L. DE LOS MOZOS, "La obligación real, aproximación a su concepto", en *Libro-homenaje a R. M. Roca Sastre*, II, Madrid, 1976, págs. 331 y ss.

(223) *Ibid.*, págs. 359 y ss.

jurídica, a pesar de que la doctrina del primer tercio del presente siglo contrapusiera frente al carácter dinámico de los derechos de obligación el carácter estático del dominio y de los derechos reales (224), tal es el espejismo que, a veces, producen los conceptos (225).

f) *Crisis, vicisitudes y nuevos horizontes del concepto moderno de propiedad. El retorno a la tradición jurídica*

Es indudable que este concepto moderno de propiedad, surgido de los ideales ilustrados y revolucionarios y que inspira las reformas legislativas, siendo reconocido y respetado por las Constituciones y ocupando un lugar predominante en los Códigos Civiles decimonónicos, es un instrumento eficaz de renovación y de modernización social, gracias al cual, y en un concierto de factores ideológicos y sociales a los que pertenece, la sociedad humana conoce una época de desarrollo y de progreso económico como anteriormente no se podía sospechar. De este modo, el concepto moderno de propiedad se convierte, junto con la libertad y la igualdad, y en coincidente desarrollo con la autonomía de la voluntad, en uno de los pilares de la nueva “sociedad civil”. Sirviéndose de ella, la burguesía alcanza un poder económico y político en el que muchos “grandes” del antiguo régimen no hubieran podido soñar: el capitalismo. Lo que da lugar al comienzo de la crisis del concepto moderno de propiedad.

Pero no hay como que un concepto entre en crisis para que pueda durar indefinidamente, saliendo después de cada una de ellas mucho más reforzado. Sobre todo cuando el propio concepto viene asumido por los que anteriormente le combatían y con el mismo o mayor entusiasmo. Pero vayamos por partes y sin tratar de adelantar acontecimientos.

Ante todo tenemos que considerar el punto de partida, para después tratar de hacer un balance de los resultados. El punto de partida es bien conocido y a él ya hemos aludido: la Revolución de 1789 había proclamado que la propiedad era un “derecho del hombre” y completamente indispensable para su libertad (226). Como consecuencia de ello, el legislador, como ya hemos visto, trata de organizar junto a la libertad de los ciudadanos la “libertad de los fundos”. Esto se traduce inmediatamente en el *Code Civil* de 1804 o, por lo menos, en el énfasis más bien literario que

(224) *Ibid.*, pág. 335.

(225) *Vid.*, por todos, Ch. ATIAS, *op. cit.*, en *Droits*, I (1985), págs. 6 y ss.

(226) “*Le but de toute association politique est la conservation des droits naturels et imprescriptibles de l'homme. Ces droits sont la liberté, la propriété, la sûreté et la résistance à l'oppression*” (Declaración de los derechos del hombre, 28 de agosto de 1789, art. 2.º).

doctrinal que le acompaña: sus redactores afirmarán que la propiedad es un derecho natural (227) e, incluso, se puede decir que para el *Code Civil* la propiedad individual se halla en la base de la organización social (228). Esto mismo es también aplicable al caso español, aunque por el tiempo que transcurre y por el propio retraso de la codificación el entusiasmo del legislador es mucho más moderado (229). Sin embargo, la situación podría resumirse, siguiendo a F. TERRÉ, en los siguientes términos: "La propiedad individual es un derecho casi soberano, exclusivo y perpetuo. Un propietario no puede aceptar, salvo por actos jurídicos, limitación alguna de su derecho; no puede consentir, se estimaba entonces, otras limitaciones que las expresamente previstas por el Código Civil" (230). Al lado del derecho de propiedad, los derechos reales limitativos del dominio se conciben como limitados, estando considerados como la excepción frente a la "plenitud" del derecho de propiedad, lo que se completa con la presunción que se establece a su favor. Por otra parte, los derechos de uso y disfrute de naturaleza personal (arrendamientos) son siempre temporales, a diferencia de lo que sucedía en el Derecho anterior. Finalmente, se excluye toda idea de regalía o de dominio eminente del Estado, de manera que cuando éste, en el ejercicio de su soberanía y actuando un interés público, utiliza la expropiación forzosa no puede hacerlo sino mediante una justa y previa indemnización (art. 545 CC francés, que se corresponde con lo dispuesto en el art. 349 del nuestro) (231). De esta manera, el derecho de propiedad privada, aun en nuestros días, viene a ser la forma más completa del derecho subjetivo, su paradigma (232). Pero de entonces acá han venido evolucionando no sólo las reglas jurídicas, sino también las ideas o los puntos de vista, que han dado lugar a perspectivas y métodos diferentes,

(227) El propio Napoleón había dicho en los trabajos preparatorios. "*La propriété, c'est l'inviolabilité dans le personne de celui qui la possède: moi-même, avec les nombreuses armées qui sont à ma disposition, je ne pourrais m'emparer d'un champ, car violer le droit de propriété d'un seul, c'est le violer dans le tous*" (LOCRE, IV, pág. 235).

(228) Todos los derechos patrimoniales, así como los modos de adquisición o de extinción (sucesiones, contratos, etc.) son estudiados y reglamentados en función del derecho de propiedad. F. TERRE, "*L'évolution du droit de propriété depuis le Code Civil*", en *Droits*, I (1985), págs. 33 y ss.

(229) Este mismo entusiasmo cabe observar, sin embargo, en los debates parlamentarios o en la Comisión de Codificación, a pesar de todo en ALONSO MARTÍNEZ, GAMAZO o B. GUTIÉRREZ.

(230) *Op. y loc. cit.*, pág. 34.

(231) Cfr. "Nadie podrá ser privado de su propiedad sino por autoridad competente y por causa justificada de utilidad pública, previa siempre la correspondiente indemnización. Si no precediere este requisito, los Jueces ampararán y, en su caso, reintegrarán en la posesión al expropiado".

(232) P. ROUBIER, *Droits sujetsifs et situations juridiques*, París, 1963, pág. 29.

uniéndose al punto de vista del jurista el del sociólogo (233), el moralista y de tantos otros que acaban por formar o deformar la opinión pública, llegándose en definitiva, a medida que las circunstancias históricas cambian, a una cierta degradación del propio concepto jurídico de propiedad privada, a un cierto desprestigio social de la propiedad que, por otra parte, no se compagina bien con su mayor difusión social.

Por ello, renunciando a otros posibles puntos de vista y en la imposibilidad de abarcarlos todos vamos a ver qué ha pasado, centrando nuestro discurso en el terreno jurídico, para que se haya producido ese cambio tan radical. En primer lugar, hay un agente externo a la regulación de los Códigos Civiles que influye de manera decisiva en las transformaciones modernas del derecho de propiedad, proveniente de la propia transformación del Estado, que deja de ser un Estado “policía” para convertirse en un Estado intervencionista, produciéndose una “invasión del Derecho público en el ámbito del Derecho privado” (234). Lo que se ha acentuado con el socialismo y con la aparición de los totalitarismos (235); pero ésta es una cuestión de la que ahora no vamos a ocuparnos, aunque más adelante hagamos a ella alguna referencia y a pesar de que se trata de una perspectiva que nunca se puede perder de vista.

Sin embargo, vamos a fijarnos de nuevo en otras circunstancias que contribuyen, desde dentro de la propia lógica del sistema jurídico, a transformar el concepto de propiedad. En este sentido, lo que más llama la atención es su “expansión”, una expansión que comienza antes de que su concepto moderno, en sentido originario, entre en crisis. Todo el mundo sabe que la forma de pensar por analogías es característica del estilo de los juristas, por eso se dice que en el mundo del Derecho se procede más por imitación que por invención (236). Esto aplicado a nuestro caso ha llevado a una extensión constante del concepto de propiedad. Donde, aparte de las tradicionales *propiedades especiales* (aguas, minas, montes), bien pronto se ha aplicado a la *propiedad intelectual e industrial*. Pero de aquí se ha pasado, en un estadio siguiente, a la *propiedad comercial*, en la que, como sucede en el “establecimiento mercantil”, la unidad del objeto sobre el que

(233) J. L. DE LOS MOZOS, *Metodología*, cit., págs. 153 y ss.

(234) Tema relacionado con la literatura de la crisis del Derecho, a lo que antes aludíamos, o con el de las transformaciones que éste sufre en su seno como consecuencia de los cambios sociales y económicos; en tal sentido, R. SAVATIER, *Les métamorphoses économiques et sociales du droit civil d'aujourd'hui*, Paris, 1952-1959; T. ASCARELLI, *Ordinamento giuridico e processo economico*, en *Problemi giuridici*, I, Milano, 1959, pág. 48; y toda la literatura en torno al Derecho económico de aquella época: J. L. DE LOS MOZOS, *Metodología*, cit., págs. 163 y ss.

(235) F. A. HAYEK, *Derecho, legislación y libertad*, (trad. esp.), II, Madrid, 1979, pág. 15; G. RADBRUCH, *Rechtsphilosophie*, 4.^a ed., Stuttgart, 1950, pág. 126.

(236) F. TERRÉ, *op. cit.*, en *Droits*, I (1985), pág. 35.

recae ese flamante derecho no es propiamente jurídica, sino económica, consecuencia de su referencia al concepto de empresa. Llegándose en nuestros días a aplicar esa idea a la explotación industrial o agrícola, por donde sobre todo en este segundo campo, han surgido una serie de limitaciones a la propiedad de los fundos como consecuencia de la protección dispensada al arrendatario cultivador, tal y como aparece en nuestro Derecho a partir de la Ley de 15 de marzo de 1935 (237). Todo ello, por otra parte, ha tenido una gran trascendencia para renovar el concepto del "objeto" sobre el que recaen los derechos en general, y en particular el derecho de propiedad, volviéndose a la idea romana del "*fundus instructus*" (238).

Un fenómeno parecido ha tenido lugar como consecuencia de la transformación de la propiedad inmobiliaria. Por una parte, desde la época de las desamortizaciones a la actualidad, la propiedad inmueble ha perdido en buena medida el significado que tuviera entonces como representativa de acumulación de riqueza y de poder económico. Efectivamente, la desamortización señorial lo único que hizo fue cambiar el concepto, no la atribución de los bienes, al transformar los señoríos en propiedad privada. Lo que completaron las desamortizaciones eclesiástica y de los bienes de los pueblos en favor de los que disponían de medios económicos para concurrir a las subastas, con lo que la desamortización en su conjunto hizo más ricos a los ricos y, por otra parte, la propiedad era representativa de un valor económico por encima de cualquier otra consideración. Pero esta consideración bien pronto cambia de significado, sobre todo cuando aparecen otros bienes, que entran, cada vez más, en concurrencia con los bienes inmuebles, como las participaciones sociales, el dinero y los títulos valores en general. Adquiriendo en nuestros días los *bienes muebles*, productivos o de consumo un valor extraordinario que en la época de las codificaciones era imposible de imaginar. Junto a esto, las transformaciones operadas en el medio rural y en el urbano han hecho cambiar por completo la imagen de la propiedad inmobiliaria.

En el medio rural, las técnicas de la llamada colonización interior, ya desde fines del siglo pasado, o las de la reforma agraria o la ulterior colonización de zonas regables, lo mismo que la concentración parcelaria, hasta llegar a la técnica de las comarcas y fincas mejorables (239), han

(237) J. L. DE LOS MOZOS, *Presupuestos para una reforma de los arrendamientos rústicos en el Derecho español*, ahora en *Estudios de Derecho agrario*, 2.ª serie, págs. 127 y ss.

(238) G. BOLLA, "Il fondo nei suoi aspetti giuridici", en *Scritti di diritto agrari*, Milano, 1963, págs. 281 y ss.

(239) Técnica que ha aplicado la reciente Ley de Reforma Agraria Andaluza, a la que más adelante tendremos ocasión de referirnos

supuesto una serie de limitaciones de la propiedad de todo orden. Aunque en este campo las modificaciones más importantes vienen impuestas por razones tecnológicas, relacionadas con el cultivo y la productividad de las tierras, por razones laborales, falta de mano de obra como consecuencia de la emigración de la población rural a las ciudades y acentuación en todo del modelo industrial y urbano. No obstante, a diferencia de lo que ocurre en otros países, la propiedad rústica sigue siendo refugio de fortunas recién adquiridas que buscan la ilusión de una seguridad más que otra cosa. Todo lo cual viene facilitado por un régimen fiscal hasta ahora favorable (240), dando lugar a una movilidad mayor de la propiedad que en otras partes como resultado del *crédito territorial*, tanto en cuanto la favorece o la impone de manera inexorable. Pero, sin embargo, la propiedad se ha desacumulado bastante, de modo que el latifundio ya no existe prácticamente sino como recuerdo histórico o como argumento meramente retórico. De mayor trascendencia han sido las transformaciones operadas en el medio urbano, consecuencia del constante crecimiento de las ciudades, de la escasez de viviendas y de suelo. Lo que motivó, como es sabido, la congelación de los alquileres mediante una legislación intervencionista que no solamente influyó en la transformación de la propiedad urbana, sino que produjo su paulatina degradación, lo que en España se ha acentuado todavía más, de manera innecesaria, por falta de competencia y de valor de los gobiernos (241). Pero el paradigma de todas las limitaciones de la propiedad viene de la mano de la planificación que suscita de manera integral por medio del *urbanismo* moderno (242). Llegándose a entender, primero por un sector de la doctrina muy extenso (243), después por la

(240) Tanto que la revisión catastral que ha supuesto un incremento excesivo de los valores catastrales de las fincas supondría una presión fiscal excesiva que, a pesar del déficit municipal, no se atreve a aplicar un Gobierno socialista.

(241) Esta legislación intervencionista impidió en su tiempo una adecuada reforma de la legislación de arrendamientos urbanos y, paralelamente, una reforma de legislación de fomento a la construcción de viviendas, lo que ha originado una serie de desigualdades verdaderamente flagrante, sin que se hayan solucionado la escasez de viviendas y un exceso de construcción, por un lado, y de abandono, por otro, de viviendas antiguas que no han podido ser conservadas.

(242) Un urbanismo poco riguroso que se concibe de una manera y se ejecuta de otra por la excesiva intervención administrativa, que no va acompañada de la disciplina que sería necesaria y que, a la larga, resulta un poco arbitrario y, sobre todo, poco efectivo.

(243) Debido, naturalmente, al esfuerzo por comprender y exponer el diseño legal desde el punto de vista del Derecho público predominantemente, consecuencia de presentarse el urbanismo como "una función pública" y de las consecuencias de su actuación a través del "planeamiento". Por razones de economía me limito a citar esta doctrina por referencia en el importante libro de J. M. LOBATO GÓMEZ, *Propiedad privada del suelo y derecho a edificar*, Madrid, 1989, págs. 471 y 481, respectivamente.

jurisprudencia (244) y finalmente por la propia legislación (245) que “el plan determinaba el contenido normal del derecho de propiedad”, lo que no pasa de ser una desafortunada metáfora, que en una adecuada revisión dogmática habrá que abandonar. Pero entre tanto muestra hasta dónde ha llegado a calar, en la conciencia social, el sentido de las limitaciones y de las transformaciones padecidas por el derecho de propiedad privada. Sin embargo, en este ámbito de la propiedad urbana tampoco se ha detenido con ello ese proceso de expansión de la propia noción de propiedad, como lo muestra el surgimiento de la flamante “propiedad horizontal” que representa un sesenta y nueve por ciento del régimen de utilización de la vivienda en España (246) y que se aplica por igual no sólo a los edificios destinados a viviendas, sino también a otros conjuntos inmobiliarios que han alcanzado en los últimos decenios un desarrollo extraordinario.

Pero lo más importante de esta transformación, tanto en el medio urbano como en general, puesto que aquél extiende su modelo a todas partes, como decíamos antes, es que como consecuencia de la utilización de las técnicas de planificación y de ordenación del territorio, lo mismo que en ellas se produce una superposición de fines, esto genera una superposición de aprovechamientos sobre el suelo, echando por tierra la idea simplista del dominio *pleno y absoluto*, dando a la propiedad y a los derechos sobre los bienes una elasticidad y una dinamicidad que anteriormente era inconcebible (247), aunque esto no siempre hace desaparecer del todo, por mucho que se acumulen servidumbres u obligaciones accesorias, como las poco conocidas “obligaciones reales”, el derecho de propiedad, que aunque cuajado de limitaciones, en cumplimiento de los intereses públicos o sociales más diversos, desde las diversas redes viarias hasta la conservación de la naturaleza y del medio ambiente, todavía permanece y, en su esencia, resta “entero”, como diría el Marqués de VAREILLES-SOMMIERES, anticipándose a su tiempo, en un artículo memorable (248).

¿Qué ha quedado, pues, de la propiedad a pesar de todas estas transformaciones y del cúmulo de limitaciones que sufre y que es capaz de sufrir? Seguramente que muchos pensarían todavía que muy poco, a pesar

(244) Vid. las referencias en J. M. LOBATO, *Propiedad privada del suelo*, cit., págs. 471 y 481.

(245) El proceso se inicia en la Ley del Suelo y de Ordenación Urbana de 12 de mayo de 1956, se acentúa en la Ley de 2 de mayo de 1975 y en la de 25 de julio de 1990.

(246) Diversas estadísticas oficiales rondan esta cifra.

(247) F. TERRÉ, *op. cit.*, en *Droits*, I (1985), págs. 36 y ss., Ch. ATIAS, *ibid.*, págs. 8 y ss., G. MARTY, en *Propriété et urbanisme*, París, 1968, págs. 29 y ss., y 269 y ss., cuyas palabras conservan todavía plena actualidad.

(248) “La définition et la notion juridique de la propriété”, en *Revue Trimestrielle de Droit Civil*, IV (1905), págs. 438 y ss.

de que se ha iniciado su restauración en los países del Este europeo a medida que se pretende en ellos salir del llamado “socialismo real”. Sin embargo, hay que reconocer que la propiedad que creyeron entronizar en los Códigos los legisladores del siglo XIX se ha transformado notablemente. Pero se ha transformado por expansión, aplicando el nombre y el “modelo” de la propiedad a relaciones jurídicas que poco tienen que ver con ella, como es el caso de la “multipropiedad”, que no es más que un peculiar “derecho de uso y disfrute”, limitado en cuanto a su extensión y a su duración. Nadie que conozca, por otra parte, la historia de la propiedad se tiene que extrañar de estas transformaciones, ni nadie que haya sabido interpretar en su verdadero sentido la idea de su construcción como derecho de contenido “pleno” y de valor “absoluto”, lo que hace referencia más que a la ausencia de limitaciones, a la índole de su estructura interna: como haz de facultades, en la relación de su titular con los bienes sobre que recae. En cuanto relación directa que no requiere de intermediarios, puesto que se trata de un derecho de “atribución” respecto de tales o cuales bienes, expresando tanto su contenido elástico, por el que las facultades revierten a su titular cuando la limitación desaparece, cualquiera que sea su origen, como el *ius disponendi* del propietario. Construcción que, dejando a un lado el verbalismo que acompaña a los Códigos decimonónicos, es la que realmente acogen, como la doctrina no ha dejado de señalar oportunamente (249), pues, de todos modos, no hay que olvidar que, por lo que a nuestro artículo 348 del Código Civil se refiere, el reconocimiento de “limitaciones legales” forma parte de su propio concepto (250).

En consecuencia, a pesar de esas limitaciones que se han seguido multiplicando incesantemente desde la promulgación del Código Civil, y a pesar de las transformaciones operadas, como consecuencia de ello y de la expansión de su concepto que se ha aplicado a nuevas relaciones jurídicas, la institución sigue en pie acreditando su gran vitalidad, como no podía ser menos. Por eso, ha podido decirse recientemente que “la noción de propiedad tiene una tal virtud de expansión que existe una tentación teórica común de absorber en ella todas las modalidades jurídicas de las relaciones entre los hombres y las cosas. Este derecho es tan fuerte y completo que contiene todos los otros”. Pero en toda propiedad duerme un usufructo virtual, por regla o por cuenta, y nada prohíbe extender el razonamiento al uso, como en el caso del arrendamiento. Es por lo que un retorno a las fuentes es indispensable para entender el fundamento de la

(249) Ch. ATIAS, *op. cit.*, en *Droits*, I (1985), págs. 11 y ss.

(250) Cfr. “La propiedad es el derecho de gozar y disponer de una cosa, sin más limitaciones que las establecidas en las leyes” (párrafo primero).

propiedad “como proyección y prolongación de las personas en las cosas, expresión más viva de su libertad. La reflexión abstracta y descarnada podría ser aquí particularmente peligrosa. Ciertamente el derecho de propiedad sitúa a su titular en relación con los otros —donde encajan las limitaciones que han sido siempre inseparables del concepto de propiedad—, pero toda sociedad asigna a sus miembros un estatuto, un puesto. La propiedad no es, sin duda, el peor de los criterios. Ella es en todo caso —la experiencia histórica lo demuestra— la que gracias a la cual la sociedad civil contiene lo mejor de las aspiraciones básicas del Estado” (251).

En definitiva, toda esta transformación de la propiedad no solamente ha servido para adaptarla al curso de los tiempos, sino para retomar la dimensión tradicional que corresponde a su concepto, tal y como la desarrollara el Derecho romano y la recrearan los autores del Derecho común, desprendiéndola de la costra y de la hojarasca que, con ocasión de la codificación, traduce el “*pathos*” revolucionario de su época al pretender *liberar* la propiedad paralelamente a la liberación de los ciudadanos, de manera que sólo represente la traducción de un valor económico, con independencia de quién sea su titular y cuál el objeto sobre el que recae; y precisamente esto segundo es lo que se ha corregido, ya que actualmente la propiedad, aunque en su concepto no haya perdido unidad, se modaliza según el *objeto* sobre el que recae, mientras que como consecuencia de ello, al restablecer el sentido humano de la “*relación del hombre con las cosas*”, que como tal se transforman en *bienes*, el exclusivo valor económico que antes había tomado pasa a un segundo término.

Para terminar esta apresurada reflexión, no quiero dejar de caracterizar el derecho de propiedad que podemos reencontrar en los códigos, y especialmente en el nuestro, con aquellas lúcidas precisiones que hacía a primeros de siglos el Marqués de VAREILLES-SOMMIERES. En primer lugar, después de destacar que la propiedad “no es un derecho de hacer en una cosa *absolutamente* todo lo que uno quiere”, porque este derecho no existe ni puede existir, según las leyes naturales..., sino un cierto número de actos sobre todas las cosas que uno puede tener legítimamente bajo su poder, dirá: “Además, sin que el derecho de propiedad pierda su nombre y por consecuencia su definición, las leyes positivas le imponen numerosas restricciones, y el mismo propietario al conceder a otras personas derechos sobre la cosa disminuye frecuentemente el campo libre de su actividad sobre ella”. Concluyendo este razonamiento diciendo que “la propiedad es

(251) Ch. ATIAS, *op. cit.*, en *Droits*, I (1985), pág. 10

solamente el derecho de obtener de una cosa todas sus utilidades, *salvo excepciones*" (252).

Más adelante dirá que "casi todos los autores opinan que la propiedad es la reunión y la suma de todos los derechos que pueden existir sobre una cosa". Pero "esto es todavía inexacto". Aun cuando la propiedad sea completa, hay sobre la cosa en provecho de los demás dos derechos que coexisten necesariamente con ella: el derecho de impedir que la cosa perezca y el derecho de servirse de la cosa en caso de necesidad". Pero lo más importante para nuestra reflexión es lo siguiente: "Cuando la propiedad queda restringida por las leyes positivas o por las convenciones, todavía es más evidente que la propiedad, que entonces es ciertamente incompleta, sin embargo, *permanece entera*" (253).

Finalmente, cuando habla de los caracteres del derecho de propiedad, absoluto, exclusivo y perpetuo, merece que destaquemos lo que dice a propósito del primero. "Diciendo que es absoluto se quiere decir que no tiene límites, que es el derecho de obtener de la cosa todas sus utilidades sin excepción, sustituyendo sobre la cosa un legítimo despotismo. Sin embargo, se produce así un error muchas veces señalado y destruido en las páginas precedentes. Jamás el derecho de propiedad carece de límites y a menudo no otorga a su titular más que los débiles poderes de un rey constitucional" (254).

A la luz de esta doctrina, la preocupación que suscita el cúmulo de incesantes limitaciones y de profundas transformaciones de la propiedad se desvanece, y el ánimo del jurista siente un cierto alivio comprobando, una vez más, que todo proceso de conocimiento, como diría K. R. POPPER, lleva más a menudo a descubrir errores que a comprobar verdades (255).

III. LA PROPIEDAD PRIVADA EN EL CODIGO CIVIL

Como ya hemos dicho al ocuparnos de la "liberación de los fundos" en relación con la formación del concepto moderno de propiedad, el que nuestra institución tuviera que cumplir la misión histórica de eliminar los residuos del feudalismo y de liquidar la supervivencia del Antiguo Régimen, no hay que ver en ella un concepto abstracto que lleva necesariamen-

(252) *Op. y loc. cit.*, págs 443-444.

(253) *Op. y loc. cit.*, pág. 446

(254) *Op. y loc. cit.*, págs. 481-482.

(255) K. LORENZ-K. POPPER, *L'avenir est ouvert* (Entretien d'Altenberg. Textes du symposium Popper à Vienne), trad. fr., Paris, 1990.

te a la configuración de un derecho absoluto e incondicionado. Buena prueba de ello es que aunque esta idea haya podido tener cabida en el énfasis de algunas teorías o en las exageraciones retóricas de los discursos parlamentarios, no se corresponde en absoluto con la regulación que ofrece el Código Civil. Regulación que se halla inspirada en la tradición del "*usus modernus Pandectarum*", que permanece fiel al modelo de las Institutas y que no se puede entender teniendo presentes algunos preceptos aislados solamente, sino toda la regulación del "Derecho de los bienes". Por otra parte, el reconocimiento de limitaciones al derecho de propiedad, lo mismo que en la tradición del Derecho antiguo, está presente en su propia definición legal, como revela el artículo 348 del Código Civil. Aunque las cosas hubieran sido de otra manera, no podía ser por menos en el caso de nuestro Código Civil, infinitamente más moderado y fiel a la tradición que su modelo, el *Code Civil*. Las diferencias entre uno y otro son evidentes, mientras que el *Code Civil* consagra el triunfo de la Revolución, aunque haciéndolo de forma moderada y dando marcha atrás en muchos temas, como la implantación de una *publicidad registral* de tipo alemán, por no referirnos más que a un punto íntimamente relacionado con nuestro tema; el nuestro es el resultado de una serie de avatares de todo tipo y tiene tras de sí una experiencia en la implantación de las reformas; por eso, sus soluciones son mucho más técnicas y, en su conjunto, teniendo en cuenta la Ley Hipotecaria, resulta en todo muy superior al modelo, pues no hay como regular el futuro teniendo una profunda experiencia del pasado.

Sin embargo, en el *Code Civil* se acoge igualmente la tradición, una tradición que es, en casi todo, común con la nuestra; por eso resulta muy relativo hablar de modelo cuando ambos códigos parten de una tradición común o al menos muy próxima, y el nuestro se aparta del francés en materias muy importantes. Pero esto no es lo que ahora importa, sino todo lo contrario, es decir, lo que hay de común en ambos.

En tal sentido, es interesante resaltar, continuando con lo que anteriormente hemos anticipado, en relación con la "continuidad" del "*usus modernus Pandectarum*" en la regulación de la propiedad que ofrece el *Code Civil* por obra de POTHIER, la aguda observación que hace el profesor P. GROSSI, cerrando las conclusiones de una profunda investigación sobre el desarrollo de la propiedad en el Derecho común, cuando dice que, en esta materia, el *Code Civil* aparece "como si fuera un palimpsesto antiguo: puede revelar una doble escritura y ofrecernos un testimonio histórico interesante; más que una definitiva conquista —respecto del concepto *nuevo* de propiedad—, persiste en el mismo un contraste de mentalidad y una resistencia de una mentalidad bastante retrógrada. Nues-

tro temor es que el jurista se quede extasiado ante el dichoso artículo 544, que tiene, con su triunfalismo, diseñado de acuerdo con la retórica burguesa del ochocientos el riesgo de que los futuros juristas identifiquen en esta sede el núcleo del concepto de la nueva propiedad en sentido jurídico. Por nuestra parte, nos gustaría que, pacientemente y sin ningún perjuicio, se mirase un poco más a fondo la sistemática del Código por cuanto se refiere a los derechos reales y a la estructura misma del artículo 544. Entonces, el paslímpesto emergerá con toda su nitidez" (256).

Estas palabras, que descansan sobre la experiencia histórica, llevada a cabo con todo rigor crítico y con una sensibilidad exquisita, nos aclaran muchas cosas y nos ponen en situación de entender cuál ha sido la regulación efectiva de la propiedad en la mayoría de nuestros Códigos decimonónicos, de manera que ésta no se agota en la flamante fachada que nos ofrece el artículo 544; hay que tener en cuenta también una serie de preceptos que establecen, dentro del sistema, la coexistencia de ese pretendido "derecho absoluto" con los derechos reales limitados, con la doctrina de la accesión y con la de las relaciones entre los fundos, etc. Más aún: existen preceptos concretos, como los artículos 645 (257) y 1.370 (258), según recuerda CH. ATIAS, que guardan una cierta relación con la relatividad del concepto (259). En definitiva, lo que le pasa al *Code Civil* con la regulación de la propiedad es algo parecido a esos edificios que por fuera son renacentistas, pero que tienen todavía por dentro una sólida estructura gótica.

Si eso puede decirse del Código Civil francés, mucho más podríamos decirlo del nuestro, por las razones apuntadas y porque se ha perdido el énfasis que acompaña, en el primero, a la expresión del *nuevo* concepto de propiedad, como lo muestran los propios discursos parlamentarios o las opiniones doctrinales de la época, infinitamente más moderadas. La conclusión a la que se llega después de examinar unos y otros, pero especialmente los debates en la Comisión General de Codificación (260) o en el Congreso y en el Senado (261), es que existía una gran unanimidad en cuanto al concepto que el Código Civil consagra, como se exterioriza en

(256) *Op. cit.*, en *Enciclopedia del Derecho*, t. XXXVII, núm. 15, y 14 y 15.

(257) Cuando surjan contiendas sobre el uso de las aguas entre el propietario, los Tribunales, al resolverlas, deben conciliar el interés de la agricultura con el respeto debido a la propiedad.

(258) Ciertas relaciones obligatorias se constituyen sin que haya convención... relaciones constituidas involuntariamente, como las que surgen entre propietarios vecinos

(259) *Op. cit.*, en *Droits*, I (1985), pág. 12.

(260) J. F. LASSO GALLIE, *Crónica de la codificación española*, 4 *Codificación civil*, I, Madrid, 1970, págs. 543 y ss

(261) *Ibid.*

la reflexión que se lleva a cabo, muy del gusto de la época, por otra parte, sobre su fundamento.

Baste traer aquí, como muestra, el testimonio de B. GUTIÉRREZ, que influyó personalmente en la redacción de los *Libros II y III* del Código Civil, siendo autor material de muchos de sus preceptos. Según este ilustre profesor y jurista, la propiedad halla su fundamento en el Derecho natural, como un complemento de la personalidad del sujeto; así, dice: “Lejos de que sea un error ese modo de considerar la propiedad en el individuo, en él reside ese elemento; es fuerza buscar en él ese derecho, como se busca el de su libertad, el de su seguridad. En sus mismas facultades se descubre el origen y la independencia de este derecho: la propiedad sobre el mundo físico es el desenvolvimiento necesario de la libertad; sin la propiedad sería nulo su poder. Esta idea de LERMINIER es exacta y admite igual explicación que la que ha dado el representante de la Escuela histórica, el célebre SAVIGNY. El hombre no sería libre enfrente de la naturaleza si no tuviera el derecho de dominarla: ese derecho, que no es otra cosa que la extensión de la libertad individual sobre los objetos exteriores, es lo que constituye el derecho de propiedad” (262).

Esta exteriorización de un “liberalismo moderado tiene detrás, sin duda alguna, la crítica que había suscitado el entusiasmo por la codificación en una primera época, como lo revelan las citas que B. GUTIÉRREZ hace de SAVIGNY y LERMINIER. Pero un concepto parecido en cuanto al fundamento de la propiedad podemos encontrar en F. SÁNCHEZ ROMÁN, a pesar de que se muestra siempre muy crítico con el Código Civil y, sobre todo, a pesar de que su pensamiento se encuentra contaminado por el krausismo y por un cierto colectivismo postromántico, un tanto difuso e incierto, aunque no tan acusado como en otros personajes de la época. Así, dirá que: “El *derecho de propiedad* representa una de las esencias del Derecho natural y en la naturaleza humana ha de buscarse su fundamento, toda vez que aquel derecho no es otra cosa que el conjunto de condiciones, racional y jurídicamente necesario, para llevar a efecto la relación del hombre con la naturaleza; relación necesaria a las exigencias de su vida y que se satisface mediante la aplicación reflexiva de las facultades del espíritu. El hombre, la Naturaleza con los medios que ella proporciona, la utilidad de los mismos, las necesidades de la vida humana, la relación del hombre y la Naturaleza, y como ley ordenadora y reguladora de todos esos elementos las facultades espirituales del hombre, son los factores de cuya suma resulta el conjunto del derecho de propiedad” (263).

(262) *Códigos o estudios fundamentales sobre el Derecho civil español*, II, Madrid, 1863, pág. 56.

(263) *Estudios de Derecho civil*, III, Madrid, 1900, pág. 31.

Incluso tiene mucho más valor esta doctrina si tenemos en cuenta que el propio SÁNCHEZ ROMÁN pretende estar al día, y sin duda alguna lo está, mucho más que otros de sus contemporáneos, de las limitaciones y transformaciones que para entonces ya había sufrido el concepto moderno de propiedad. Así, dirá que “la tendencia transformadora del derecho de propiedad en los tiempos modernos es evidente, así como que el sentido que la inspira es marcadamente *armónico*, dirigido a conciliar la soberanía individual del propietario con los compatibles provechos de un orden general y social que la propiedad debe ofrecer, siquiera la fórmula exacta de la completa concordia entre el interés individual y el colectivo sea de difícil determinación” (264). Pero lo importante es señalar que existe esa tendencia, la cual para nada dice que viene dificultada por la regulación del Código Civil, como naturalmente no hubiera podido decirlo a la vista del artículo 348 del Código Civil, que no sólo se refiere al *derecho de gozar y disponer* del propietario, sino también a que tales facultades pueden venir *limitadas por las leyes*, y teniendo en cuenta, además, que el propietario se halla amenazado eventualmente por la *expropiación forzosa* (art. 349 CC).

Pero en relación con esta preocupación por las novedades que expresa paladinamente SÁNCHEZ ROMÁN, persona tan autorizada como F. DE CÁRDENAS, que intervino también muy activamente en la redacción de los *Libros II y III* del Código Civil, en la Comisión General de Codificación (265) y que, por otra parte, era partidario de alguna de ellas (266), cuando se trata del concepto de propiedad que ha de acoger al Código no duda ni un momento, y refiriéndose al contenido del *Libro II* nos dice que “para su redacción han tenido que ajustarse los autores del Código a la Ley de Bases, según la cual debían mantenerse el concepto de la propiedad, la división de las cosas y el principio de la accesión y de la copropiedad, con arreglo a los fundamentos capitales del derecho patrio. Además, habían de mantenerse las leyes especiales de aguas, minas y propiedad literaria y artística, juntamente con la hipotecaria. Esto basta para explicar por qué no se podían tomar en cuenta las nuevas teorías sobre la propiedad, que algún crítico ha echado de menos. Pero aunque la base décima no existiera, no habrían hecho mal los autores del Código en proceder como lo han hecho, pues no hay innovaciones en derecho tan aventuradas,

(264) *Estudios*, cit., III, pág. 55

(265) Vid. J. F. LASSO GAITE, *op. y vols. cit.*, págs. 572 y ss.

(266) “Las leyes de inquilinato. Informe presentado a una Comisión de la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas”, en *Estudios Jurídicos*, II, Madrid, 1884, págs. 149 y ss.

y quizá tan peligrosas, como las que a la propiedad se refieren" (267). El ilustre autor alude tanto a las novedades instrumentales y concretas que pretenden ampliar, con finalidad de fomento, el crédito territorial, como a un colectivismo incierto que ha suscitado J. COSTA y ha defendido G. DE AZCÁRATE (268), pero que se halla ya en el inicio de la ola que acaba por empobrecer a media Europa, con la ulterior implantación del socialismo real. Lo mismo que se está refiriendo a un concepto de propiedad que ya ha sido curado de entusiasmos, como lo demuestran las leyes especiales citadas y el amplio reconocimiento de la accesión, que constituye, por otra parte, la derogación más elocuente del carácter absoluto del dominio en el *Code Civil*, como ha puesto de relieve en otro lugar (269).

En el mismo sentido, podríamos citar a G. GAMAZO, cuya dedicación al Código Civil, en los últimos momentos del debate parlamentario, es verdaderamente ejemplar, destacando sobre todo su lucidez para combatir el intento de incorporar a su articulado novedades en gestación (270) que, tarde o temprano, acabaron por abortar. Finalmente, para cerrar esta cuestión aludiré, sin embargo, a la autorizada opinión de J. M. MANRESA, que entrando ya en polémica con los importadores de novedades, aunque sin nombrarlos, al hablar del fundamento de la propiedad rechazando que descansen en la Ley, dice, con su sobriedad característica y modélica: "Los que conceptúan que la Ley es quien crea la propiedad, fijan en la influencia que ésta ejerce en las modificaciones jurídicas de la propiedad, pero olvidan que la Ley es ya una declaración del derecho hecha por la voluntad del Estado, la cual voluntad no crea el derecho, sino a lo sumo lo consagra de modo expreso y reflexivo" (271). Argumento que vale actualmente para explicar el alcance de la garantía constitucional de la propiedad; pero no adelantemos acontecimientos y veamos lo que dice el ilustre comentarista seguidamente: "La propiedad, sin duda, tiene su fundamento en la finalidad racional humana, que exige, si ha de ser plenamente cumplida, la aplicación reflexiva de la actividad libre para obtener de la naturaleza todas las utilidades de que ésta es susceptible. Siendo el derecho de propiedad la ordenación adecuada de la relación que se establece entre el ser racional y la naturaleza, y por razón de esta relación con todos los seres racionales, de ahí que comprenda este derecho las limita-

(267) *Introducción a los Comentarios del Código Civil*, de J. MANRESA Y NAVARRO, I, Madrid, 1890, págs. XLIV-XLV.

(268) Vid. J. L. DE LOS MOZOS, "La cultura jurídica del Código Civil. Una aproximación a su estudio", en *Centenario del Código Civil*, I, Madrid, 1990, págs. 663 y ss.

(269) J. L. DE LOS MOZOS, *El derecho de superficie*, cit., págs. 89 y ss., y 227 y ss.

(270) J. M. DE LA CUESTA, "Notas para la semblanza de un teórico del Derecho", en *Centenario del Código Civil*, cit., I, págs. 635 y ss.

(271) *Comentarios*, cit., III, pág. 110.

ciones relativas, bien al sujeto, bien al objeto, bien a la relación misma, bien, por último, al sistema de condiciones en que, cada relación de propiedad, cada sujeto y cada objeto han de desenvolverse en la vida humana" (272).

Por lo demás, esta misma doctrina y la posterior se preocupará de marcar diferencias respecto a la fórmula utilizada por el artículo 544 *Code Civil*, que es fielmente seguida por el artículo 436 del Código Civil italiano de 1865, cuando al hablar de las facultades del dominio se refieren al derecho de gozar y disponer de una cosa "*de la manera más absoluta*", expresión que ya no aparece en el artículo 391 del proyecto de Código Civil de 1851 (273) y que queda excluida igualmente del texto del artículo 348 del Código Civil. Con lo cual se quiere hacer ver que la fórmula a la que se atiene nuestro Código Civil es más moderada que la utilizada por el Código Civil francés.

Asimismo se ponen de relieve las concordancias con otros Códigos (274) y los precedentes de la propia tradición jurídica, haciendo con ello alusión a las Partidas (3, 28, 1), donde ya se encuentra prefigurado el concepto de propiedad al que se atiene el artículo 348 del Código Civil. Efectivamente, este texto al hablar del dominio como "*señorío*" empieza por delimitar el ámbito en el que el mismo se contiene, al decir: "*Señorio es poder que ome ha en su cosa de fazer della lo que quisiere: según Dios e según fuero*". Concepto preliminar que guarda relación tanto con los poderes indeterminados y globales del propietario como respecto del límite impuesto al ejercicio de su derecho, con lo que las Partidas no hacen más que recoger, expresándolo de otra manera, la fórmula más descriptiva elaborada por la tradición romanista y que va en ella implícita. Fórmula según la cual el dominio es el "*ius utendi et abutendi re sua quatenus iuris ratio patitur: unusquisque enim est rerum suarum moderator et arbiter, nisi lex arbitrium tollat*" (275). Por otra parte, en el propio texto citado, a continuación se alude a tres significados distintos de "*señorío*". Refiriéndose, en primer lugar, a través del "dominio eminente" del príncipe, a la soberanía, y en segundo y tercer lugar, al dominio pleno y a otras formas de dominio o señoría (276). Poniendo de relieve que, en ambos casos, se

(272) *Ibid*

(273) F. GARCÍA GOYENA, *Concordancias, motivos y comentarios del Código Civil español*, I, Madrid, 1852, pág. 352.

(274) Vid., por todos, el documentado libro de V. L. MONTES PENEDES, *La propiedad privada en el sistema del Derecho civil contemporáneo*, Madrid, 1980.

(275) Concepto que en la tradición española acogen J. DE ASSO y M. DE MANUEL, *Instituciones*, cit., II-2, págs. 95 y ss.; sin embargo, lo que es objeto de la regulación no tiene nada que ver con su reflejo en la codificación. Vid., en general, H. COING, *Europäisches Privatrecht*, cit., I, págs. 291-293, y allí interesantes referencias.

(276) Cfr "Señorio es poder que ome ha en su cosa de fazer della, e en ella lo que

puede hablar de dominio, aunque en ocasiones no se trate más que de dominio útil o algo parecido, pues este campo es precisamente el que atrae la atención preferente de los autores del Derecho común (277), aunque no por ello se deje de considerar que sólo el que recae sobre cosas corporales es verdaderamente dominio, como pone de relieve la glosa “señorio” de GREGORIO LÓPEZ al decir: “*accipiamus dominium in vera significatione et stricte, tunc dominium est ius in re corporali perfecte disponendi: nisi lege prohibeat*”, siguiendo a BARTOLO y BALDO casi al pie de la letra (278), donde de nuevo vuelve a aparecer, como una constante, la idea de que las limitaciones del dominio y su configuración legal forma parte de su propio concepto.

Este concepto de propiedad que refleja el artículo 348.1 del Código Civil no sólo viene amparado por la propia tradición jurídica, sino también por los propios preceptos constitucionales desde la Constitución de 1812, como ya hemos visto anteriormente y complementado y desarrollado por lo que establece el artículo 349, siendo por lo demás objeto de desarrollo sistemático en otros preceptos (arts. 350, 358 y ss.; 387; etc.), cuyo estudio dejamos para mejor ocasión, en la que también hemos de abordar la defensa de este concepto de una serie de trivializaciones que vienen impuestas desde la lógica de las legislaciones especiales y desde la idea de la “función social” de la propiedad, con olvido de la garantía constitucional de la propiedad que contempla el artículo 33, por una parte, y delimita, por otra, el artículo 53.1 de la Constitución española.

JOSE LUIS DE LOS MOZOS

Catedrático de Derecho civil

quissiere: segun Dios e segun fuero. E son tres maneras de señorio. La una es poder esmerado que han los Emperadores e los Reyes en escarmentar los malfechores, e en dar su derecho a cada uno en su tierra. E deste hablamos assaz cumplidamente en la segunda partida, e en muchas leyes de la quarta, deste libro. La otra manera de señorio, es poder que ome ha en las cosas muebles, o raiz deste mundo en su vida. e despues de su muerte passa a sus herederos, o a aquellos a quien las enajenase mientras biviessse. La tercera manera de señorio, es poderio que ome ha en fruto, o en renta de algunas cosas en su vida, o a tiempo cierto, o en castillo, o en tierra que oviesse en feudo, assi como dice en las leyes deste nuestro libro, que fablan en esta razon”

(277) P. GROSSI, *op. cit.*, en *Enciclopedia del Diritto*, t. XXXVII, núms. 9-11

(278) *Las Siete Partidas*, cit., III, gls. e) y f), fol. 154v

El humanismo de Andrés Bello y su proyección en el Derecho civil iberoamericano

SUMARIO: I. ANDRÉS BELLO, HUMANISTA —II. ANDRÉS BELLO, JURISTA
1. LAS DISCIPLINAS JURÍDICAS CULTIVADAS POR BELLO. 2. LA LABOR DE BELLO COMO
CODIFICADOR. 3. EL CÓDIGO DE BELLO COMO EJEMPLO DE LENGUAJE JURÍDICO ESME-
RADO. 4. EL CÓDIGO DE BELLO COMO FACTOR DE UNIDAD IBEROAMERICANA

Cuando tras la emancipación de la América española apareció en los nuevos países la tendencia a la codificación, comenzaron a gestarse —siquiera fuera con alguna lentitud que permitió que la legislación española siguiera vigente en las diversas Repúblicas durante un tiempo mayor o menor— los nuevos Códigos Civiles. Esa aspiración a ordenamientos propios dio ocasión a que se consagraran como auténticos codificadores algunos juristas nacidos en el continente americano. Tres entre ellos han pasado con honor especial a la historia del Derecho: el venezolano ANDRÉS BELLO (chileno de adopción), el argentino DALMACIO VÉLEZ SARFIELD y el brasileño AUGUSTO TEIXEIRA DE FREITAS. Sus obras respectivas —el Código Civil chileno, el Código Civil argentino y el *esbozo* de Código Civil brasileño— contienen millares de preceptos todavía vigentes y siguen siendo merecedores de aprecio y estudio. Por otra parte, las figuras de los tres codificadores, cuyos centenarios se han celebrado en la década de los ochenta, continúan suscitando atención y admiración. Interés singular merece acaso ANDRÉS BELLO, autor personal, virtualmente único, del Código Civil chileno, cuerpo legal de obvia importancia en el elenco de los Códigos americanos por su temprana fecha y su expansión a otros países del continente. Las presentes notas aspiran sólo a poner de relieve desde España —en la línea de otros trabajos anteriores (1) y a

(1) Así los estudios "El Código Civil de Andrés Bello y la unidad del sistema

través de la admirable REVISTA CRÍTICA DE DERECHO INMOBILIARIO— el humanismo de ANDRÉS BELLO, su reflejo en el Código Civil de Chile y el valor de este cuerpo legal como aportación jurídica consciente a la unidad iberoamericana.

I. ANDRÉS BELLO, HUMANISTA

La condición de humanista es, sin duda, esencial en la personalidad de ANDRÉS BELLO. Antes de iniciar su fecunda dedicación al Derecho, BELLO fue poeta, escritor y estudioso del lenguaje (2). Las Humanidades fueron, pues, su primera vocación, nunca abandonada.

Pero interesado como buen humanista por cuanto afecta al hombre, BELLO no podía limitarse a un puro y grato cultivo de las letras. Le era, por el contrario, casi forzoso el extender su estudio a otras áreas y el proyectar su esfuerzo a otras actividades. Lo mismo, en el curso de la historia, les había ocurrido en Europa a muchos humanistas, entre ellos a varios de los renacentistas más ilustres. Y él había de sentirse especialmente obligado en función del momento que le tocaba vivir con la recién conquistada independencia de las Repúblicas americanas, que era preciso consolidar e incluso encauzar hacia integraciones superiores, como soñaba BOLÍVAR, amigo y discípulo de BELLO en la primera juventud de ambos. Así se convertiría don Andrés en el polígrafo increíble cuya obra literaria y jurídica no puede contemplarse hoy sin asombro.

Es natural que a un maestro de esa altura se le haya comparado con diversas figuras señeras del pensamiento occidental. Un jurista y escritor español contemporáneo, el profesor ALFONSO GARCÍA-VALDECASAS, en sugestiva conferencia de hace años sobre BELLO, recordaba que a don Andrés se le ha comparado con algunos hombres del siglo XVIII y especial-

jurídico iberoamericano", en *Anuario de Derecho Civil*, enero-marzo 1982, págs. 121-129; "Humanismo y Derecho en Andrés Bello", en *Anuario de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas*, núm. 13, Universidad de los Andes (Mérida-Venezuela), 1983-1984, págs. 41-52, y *La influencia de la literatura jurídica española en las codificaciones americanas*, Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, Madrid, 1984, págs. 109-122.

(2) Sobre la iniciación de Bello como publicista y sobre sus primeros poemas y estudios sobre el lenguaje, véase P. GRASES, *Algunos temas de Bello*, Monte Avila Editores, Caracas, 1978, págs. 34-43. Acerca de la formación inicial de Bello en Caracas, véase también R. CALDERA, *Caracas. Londres. Santiago de Chile: las tres etapas de la vida de Bello*, Caracas, 1981, págs. 9-14. Un estudio de las fuentes gramaticales manejadas por Bello en Caracas puede verse en el extenso e importante libro de F. MURILLO RUBIERA, *Andrés Bello. historia de una vida y de una obra*, La Casa de Bello, Caracas, 1986, págs. 86 y ss.

mente con FEIJOO, aunque él le veía mayor semejanza con JOVELLANOS dado el común interés de ambos por la cultura y la ciencia y su desvelo por el bien común. También con BALMES, observaba, ofrece analogía BELLO, al tener ambos una actitud filosófica de raíces tradicionales que busca una situación equilibrada del elemento racional y del empírico; consta, desde luego, que BELLO conoció la obra de BALMES; y si en algún momento reaccionó críticamente contra ella, reconoció en definitiva su valía. Puede también establecerse un paralelo, a juicio de GARCÍA-VALDECASAS, entre BELLO y TOCQUEVILLE: éste desde el Viejo Mundo contempla la naciente República norteamericana y escribe *La democracia en América* con la visión cansada de un hombre que ve la inmensa fuerza naciente del continente americano; BELLO, por su parte, observa el Viejo Mundo desde el Nuevo y su visión de Europa, distinta de la de TOCQUEVILLE, tiene un horizonte de futuro histórico; BELLO no se siente provinciano, y hablando de los pueblos americanos dice que se hallan incorporados a una gran asociación de pueblos de cuya civilización son destello y de cuya cultura son herederos (3).

Más recientemente, y desde América, se ha comparado, o al menos aproximado, a BELLO con DIEGO PORTALES. Afinidades entre ambos han sido, en efecto, señaladas por OSCAR ROJAS JIMÉNEZ en uno de sus ensayos sobre la *Gramática* de don Andrés: "Estas afinidades del relevante político con el venezolano, esa era portaliana fue, en gran parte, configurada por BELLO; y piénsese también que pudo ser la era de BELLO. Por ello fueron amigos leales. ¿BELLO y PORTALES políticos? La apreciación podría ser valedera si, como en el caso presente, únense en las faenas el empeño y la eficacia para la transformación e identidad de un país que pretendía definirse con opciones politiqueras, dejando de lado los grandes proyectos ambiciosos planificados por el político chileno con el brazo ejecutor de ANDRÉS BELLO" (4).

También en España y desde la vieja tribuna del Ateneo de Madrid, dentro del foro bellista organizado por el Instituto de Cooperación Iberoamericana, en colaboración con la Comisión Nacional del Bicentenario de Andrés Bello, se ha trazado un parangón entre éste y JEREMÍAS BENTHAM. Así lo hizo PEDRO SCHWARTZ, quien no dejó, empero, de

(3) Recogí estas y otras ideas del ilustre académico español acerca de Bello en mi crónica "Conferencia del profesor García-Valdecasas sobre Andrés Bello", en *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, febrero 1966, págs. 269-272.

(4) O. ROJAS JIMÉNEZ, *Andrés Bello y el idioma castellano*, Ediciones de la Presidencia de la República, Caracas, 1981, págs. 29-30. En relación con este libro y sus novedades puede verse el artículo de H. ARABENA WILLIAMS, "Bello y el bellismo", en *Índice Literario de El Universal*, núm. de 14 de septiembre, Caracas, 1981, pág. 34.

señalar las diferencias ideológicas entre ambas figuras, poniendo de relieve que BELLO fue enemigo del utilitarismo y del estatismo (5).

Por mi parte, me he atrevido a apuntar (6) las coincidencias que cabe observar entre ANDRÉS BELLO y JUAN LUIS VIVES, derivadas de curiosas afinidades en el talante personal, en la peripecia vital, en la inquietud intelectual y en la proyección supranacional.

Como coincidencias, en efecto, creo que pueden, entre otras, anotarse:

1.^a *La moderación*: LUIS VIVES fue, en su tiempo, enemigo notorio de la violencia. Hizo la apología de la concordia (7) y, lo que es más difícil, la practicó personalmente de acuerdo con su lema *sine querella*, que para sí y para su obra de humanista había adoptado. ANDRÉS BELLO, por su parte, fue también en su tiempo (época por cierto no tranquila en la América española) hombre moderado. "Por su carácter —observa GRASES— no era hombre para participar en acción pública que implicase violencia. Su espíritu moderado y analítico correspondía al modo de ser de quienes trabajan en el silencio de la meditación y de la reflexión pacífica, por más que su pensamiento se adhiriese a los cambios de régimen. Nos costaría imaginarnos a BELLO en luchas y combates. Su misión en la vida era distinta" (8).

2.^a *El amor a las letras*: VIVES fue un humanista renacentista típico, prontamente entregado al estudio de la literatura clásica, cuyo conocimiento profundo asoma a toda su obra. También BELLO se entregó tempranamente a la literatura —desde la primera etapa de su vida en la Caracas natal— (9) y pudo afirmar muchos años más tarde, en el de 1843, en su importante discurso de inauguración de la Universidad de Chile, hallándose ya en la sesentena y volviendo la vista atrás con comprensible nostalgia, que las letras "adornaron de celajes alegres la mañana de mi vida". En realidad adornaron la totalidad de su existencia.

3.^a *La modestia de vida*: VIVES, formado sin lujos en su Valencia natal, se creó una vida sencilla y serena de trabajo intelectual en un hogar de Brujas. BELLO, por su parte, conoció en el segundo período de su vida —el de Londres— dificultades y estrecheces: "No tengo medios de que disponer", le escribía en una ocasión a su madre. Bien ha podido, pues, el profesor JULIÁN MARÍAS recordar recientemente la "pobreza" de

(5) P. SCHWARTZ, intervención del 5 de octubre de 1981 en la mesa redonda sobre "Bello, el pensador", de las Jornadas del Bicentenario de Andrés Bello.

(6) En *Humanismo y Derecho en Andrés Bello*, cit., págs. 44 y ss.

(7) Véase J. L. VIVES, "Concordia y discordia en el linaje humano", en *Obras Completas*, Ed. Aguilar, Madrid, 1948, págs. 75 y ss.

(8) Véase P. GRASES, *op. cit.*, pág. 44.

(9) Véanse los estudios citados en la nota 2.

BELLO (10). Y si en la última etapa de su vida —la de Santiago de Chile— alcanzó BELLO una situación oficial importante, rodeado del respeto general en su país de adopción (respeto que era también, por supuesto, sentido en su país de origen y se extendía a otras Repúblicas de América e, incluso, a los círculos cultos de España), no parece que su vida llegase nunca a caracterizarse por el lujo.

4.^a *El relativo exilio*: Tanto VIVES como BELLO hubieron de pasar buena parte de su vida y producir la mayor parte de su obra lejos de su país natal, aunque dentro de la misma comunidad de pueblos. LUIS VIVES, en efecto, salió a los diecisiete años de Valencia y vivió en París, Lovaina, Oxford y Brujas; añoró siempre su ciudad natal, que evocaba llamándola “mi Valencia”, y describió con nostalgia en alguno de sus *Diálogos* los paseos juveniles por la calle de la Taberna del Gallo y otros lugares valencianos; pero de sus años de exilio, muchos transcurrieron en Brujas, que, como ha observado CORTS GRAU, “era un rincón del Imperio”: si no una ciudad española, tampoco una urbe totalmente extranjera para un español. De modo un tanto análogo, BELLO abandonó también muy joven su ciudad natal, Caracas, a la que nunca había de volver, pero a la que nunca dejó de añorar. Su etapa de Londres constituyó, al decir de CALDERA, “la maceración del alma de BELLO” (11), y el poema conocido como *Elegía del desterrado* fue la bella y dolorosa expresión de su nostalgia (12). Pero si VIVES no fue un extranjero en la ciudad en que fundó su hogar, Brujas, tampoco BELLO fue *extranjero* —todo lo más, como ha dicho MARÍAS, forastero— (13) en la ciudad en que vivió la más larga y fecunda etapa de su vida: Santiago de Chile; porque esa ciudad, que tanto cariño llegó a demostrar a BELLO y en la que tan fielmente se conserva su recuerdo, no podía ser territorio extranjero para un venezolano; Santiago pertenecía, como Caracas, a una comunidad de pueblos, los de Hispano-

(10) J. MARÍAS, ponencia sobre “Andrés Bello y su concepto del hombre de la historia” en las citadas Jornadas del Bicentenario

(11) Discurso citado en las Jornadas del Bicentenario en Madrid. La etapa de Londres ha sido ampliamente estudiada en la obra colectiva *Bello y Londres (II Congreso del Bicentenario)*, La Casa de Bello, Caracas, 1980.

(12) “En los versos de Bello —escribe Pedro Grases— hallamos la misma expresión de amoroso recuerdo a la ciudad natal y a sus gentes. Sin duda, la manifestación de añoranza más profunda está contenida en los versos por muchos años inéditos, que se publicaron por primera vez en el volumen II de las *Obras Completas* de Bello (Borradores de poesía, Caracas, 1982). El P. Pedro P. Barnola, prologuista del volumen, calificó certeramente una posición de tales versos, como ‘Elegía del desterrado’... Fueron escritos en Londres antes de 1828, en los momentos en que, embebido en la meditación del tiempo ido, eran gozo del espíritu, tanto como dolor y llanto, según su misma expresión” (P. GRASES, *Algunos temas de Bello*, cit., págs. 25-26). Sobre la creación poética de Bello, puede verse F. MURILLO RUBIERA, *Andrés Bello...*, cit., págs. 77-83

(13) J. MARÍAS, ponencia citada.

américa, de cuya identidad y destino común era BELLO, por cierto, bien consciente (14).

5.^a *La pasión por la enseñanza*: LUIS VIVES consagró a la educación muchas páginas, convirtiéndose en un renovador de la pedagogía y haciéndose acreedor a los títulos que se le han dado de “pedagogo de Europa” y “segundo QUINTILIANO” (15). BELLO, por su lado, tuvo durante toda la vida, como es bien sabido, inclinación a la docencia: si en plena juventud era ya profesor de SIMÓN BOLÍVAR (16), en su ancianidad se le reputaba “maestro de América” y su magisterio se extendía realmente a muchas de las jóvenes naciones americanas.

6.^a *El gusto por la correspondencia epistolar*: VIVES mantuvo a lo largo de su vida una dilatada correspondencia que integra un epistolario notable (17). A través de ella tuvo intensa comunicación con personas de la época (papas y reyes incluidos), con los humanistas europeos de primera fila contemporáneos suyos (como ERASMO, CRANEVELT y BUDÉ) e, incluso, con algunas corporaciones (como los Jurados de Valencia o los Burgomaestres). También BELLO gustó de la comunicación escrita, y muchas son las cartas suyas que se han conservado y que confirman su relación con muchas figuras de su tiempo, especialmente de la vida intelectual americana y española (desde JOSÉ MARÍA BLANCO WHITE y BARTOLOMÉ JOSÉ GALLARDO a MANUEL RIVADENEYRA y JOSÉ JOAQUÍN DE MORA).

7.^a *El prestigio reconocido oficialmente a nivel internacional*: Tanto VIVES como BELLO fueron en algunos momentos de sus vidas encargados de funciones arbitrales importantes. Si VIVES era llamado por los monarcas europeos para dirimir conflictos delicados o dictaminar en asuntos importantes, BELLO era escogido por las Repúblicas americanas para arbitrar contenciosos.

(14) Esa identidad y ese destino los había advertido Bello desde Londres. La distancia le daba una perspectiva que no hubiera tenido de permanecer siempre en Caracas. El hecho lo señala bien Rafael Caldera: “Bello, en Londres, adquiere la plena conciencia de lo que es su América; de lo que ella puede y de lo que no puede. La confronta, la hembra, la contrarresta con la Europa representada en Londres que se prepara a ser la capital del Viejo Mundo. Sobre todo, la siente. De lejos puede verla mejor en su íntegra realidad. La *intuición y experiencia* de América, que lleva de Caracas, se convierten durante los diecinueve años de su ausencia en *reflexión y emoción* de América” (*op. cit.*, pág. 18).

(15) Véase L. RIBER, *op. cit.*, pág. 189

(16) En carta, bien conocida, de Simón Bolívar a José Fernández Madrid, decía el Libertador refiriéndose a Bello: “Fue mi maestro cuando teníamos la misma edad y yo le amaba con respeto”. (Sobre las relaciones entre Bello y Bolívar puede verse V. ROMERO MARTÍNEZ, *Las aventuras de Simón Bolívar*, 4.^a ed., Caracas, 1976, páginas 38-39.)

(17) Está recogido en el volumen de J. JIMÉNEZ DELGADO, *Epistolario de Juan Luis Vives*, Editora Nacional, Madrid, 1978.

Queden ahí apuntadas, por si algún interés ofrecen, esas posibles coincidencias entre dos grandes humanistas y pasemos a contemplar la otra vertiente de BELLO: la jurídica.

II. ANDRÉS BELLO, JURISTA

1. LAS DISCIPLINAS JURÍDICAS CULTIVADAS POR BELLO

En su condición de humanista, don ANDRÉS BELLO hubo de interesarse, como antes señalé, por cuanto afecta al hombre. Y para el hombre es vital el Derecho. Por ello tenía que asomarse también al campo jurídico (18). Lo mismo le había ocurrido a muchos de los humanistas europeos del XVI. El caso de BELLO, sin embargo, es singular: su dedicación al Derecho llegó a ser tan intensa y su obra jurídica tan extensa, que su gloria como jurista sobrepasa hoy, si cabe, a la que tan legítimamente ostentó como gramático o como poeta. Un bellista español, el profesor MURILLO, expresa bien esta realidad al escribir: "La importancia de BELLO en el campo del Derecho es sólo comparable a la que hay que atribuirle en el gramatical y lingüístico. En la tercera etapa de su vida, la de la creación, el cultivo de las disciplinas jurídicas es el que, sin duda, le ocupó más tiempo y más ininterrumpidamente se manifestó en escritos de varia índole. Su condición de jurista fue, por lo demás, tan completa que constituye un caso excepcional" (19).

No fue don Andrés, como jurista, un puro filósofo del Derecho ajeno a la realidad —aunque estuvo atento a las direcciones de la filosofía jurídica y era sensible al tema del Derecho natural— (20), ni fue tampoco un profesional del Derecho atento únicamente a la práctica. La increíble actividad que en la tercera etapa de su vida desplegó en Chile discurrió por

(18) Sobre la faceta jurídica de Bello pueden verse: M. PACHECO GÓMEZ, *La Universidad de Chile*, Editorial Jurídica, Santiago, 1953, págs. 34-47. J. L. DE LOS MOZOS, *Algunos aspectos de la influencia hispánica en el Código Civil de Andrés Bello*, en Studi Sassareci, t. V (*Diritto romano, Codificazioni e unità del sistema giuridico latinoamericano*, Giuffrè Editore, Milano, 1981, págs. 163 y ss.; A. DE AVILA MARTEL, *Andrés Bello (Breve ensayo sobre su vida y su obra)*, Ed. Universitaria, Santiago de Chile, 1981, págs. 53-69, y todos los estudios del vol. colect. *Andrés Bello y el Derecho latinoamericano* (Congreso Internacional Roma 10/12 diciembre 1981), La Casa de Bello, Caracas, 1987.

(19) F. MURILLO RUBIERA, *op. cit.*, pág. 345.

(20) Sobre la creencia de Bello en el Derecho natural, véase M. PACHECO, *Don Andrés Bello y la formación del jurista*, en el vol. colect. *Andrés Bello y el Derecho latinoamericano*, págs. 202-203. Acerca de Bello y la filosofía jurídica en general, véase F. MURILLO RUBIERA, *op. cit.*, págs. 345-357.

cauces variados: legisló, organizó y enseñó. Frutos de esa múltiple actividad son, entre otros, el Código Civil chileno, la Administración chilena, la Universidad de Chile... Por lo que a las disciplinas jurídicas se refiere, no se limitó BELLO a cultivar una sola; su atención se proyectó sobre varias y en tres, sobre todo, penetró con autoridad: el Derecho Romano, el internacional y el civil.

La condición de romanista, en primer lugar, la tiene BELLO por derecho propio: impartió clases de Derecho Romano, publicó sus explicaciones e inspiró en buena parte su obra legislativa en el ordenamiento y el espíritu de Roma. Un prestigioso romanista italiano de hoy, el profesor SANDRO SCHIPANI, ha señalado con precisión este hecho al decir: "Andrés Bello reunió en su persona las misiones de docente de derecho, que desarrolla o promueve la enseñanza del 'Derecho Romano', bajo la forma de las *Instituciones*, y de autor para la República de Chile, pero con una recepción bastante amplia en Hispanoamérica del Código Civil. En él se manifiesta de modo excepcional, en la experiencia de la misma persona, aquella unidad estructural profunda entre *Instituciones* y Código Civil: la actividad del docente romanista-institucionalista se entrelaza de manera directa y dinámica con la actividad codificadora, y al mismo tiempo que influye sobre ésta en forma determinante y concurre a destacar caracteres esenciales del mismo resultado, el Código, por otra parte, también se ve influida por ésta" (21). Las convicciones de BELLO sobre el valor formativo del Derecho Romano, proyectadas sobre su obra, han influido no sólo en los juristas chilenos de su tiempo, sino en los de las generaciones posteriores de toda Iberoamérica. Recientemente, desde Europa, figuras como los profesores HANS A. STEGER y PIERANGELO CATALANO han señalado el papel de los juristas —o, más exactamente, de los "abogados"— iberoamericanos para cimentar la unidad de aquel continente y para afirmar una cultura jurídica propia capacitada para resistir a las influencias extrañas (22).

La condición de internacionalista la tiene también BELLO con merecimientos indiscutibles (23). Iniciado pronto en el conocimiento de la vida internacional por su destino en Londres, publicó en 1832, ya en Chile, calificándolo modestamente como "manual", un libro titulado *Principios*

(21) S. SCHIPANI, *Antecedentes del Código Civil Andrés Bello (De las instituciones a los principios generales del Derecho)*, trad. de Fernando Hiestrosa, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1989, pág. 11.

(22) Véase P. CATALANO, "Diritto romano attuale, sistemi giuridici e diritto latinoamericano", en el vol. colect. *Elementi di unità e resistenza del sistema giuridico latinoamericano*. Consiglio Nazionale delle Ricerche, Roma, 1989, pág. 17.

(23) Sobre Bello y el Derecho internacional, véanse los siete estudios contenidos en el vol. colect. *Andrés Bello y el Derecho latinoamericano*, cit., págs. 23-169

del derecho de gentes, que, al decir de MURILLO, "vino a ser el primer libro completo sobre esta rama del Derecho publicado en la América independiente"; en él, sin perder de vista la doctrina europea del Derecho internacional, BELLO dedicaba especial atención a las instituciones o prácticas que eran de especial interés para Hispanoamérica (24), en línea seguramente con su mantenida aspiración a la unidad. Las actuales generaciones internacionalistas ven en BELLO, como observa GROS SPIELL, "no sólo al fundador de la doctrina del Derecho internacional en América, el que hizo posible su desarrollo posterior, sino también a un autor con un pensamiento increíblemente joven que no cayó en los errores de algunos sectores de la doctrina jurídica americana de fines del siglo pasado y de principios del presente" (25).

La condición de civilista, finalmente, la ostenta BELLO con honor especial; es ella la que destaca en su faceta de jurista y la que principalmente le ha hecho pasar a la historia del Derecho. Su fama en este orden está ligada al Código Civil chileno, que fue virtualmente obra suya (26), aunque su atención hacia el Derecho civil era, obviamente, anterior: fue su bagaje como civilista el que le permitió asumir el difícil encargo de redactar el Código. Ese cultivo del Derecho civil por BELLO supone acaso, por cierto, otra coincidencia con LUIS VIVES, añadible a las que con anterioridad me he atrevido a apuntar. También el humanista valenciano, en efecto, había proyectado su atención sobre esa vieja disciplina, y en su tratado *De la corrupción del Derecho civil* nos legó páginas sugestivas, de validez e interés perennes, sobre las leyes y la técnica de legislar (27). Una gran diferencia hay, sin embargo, entre ambos humanistas: LUIS VIVES se limitó a desarrollar algunos conceptos generales del Derecho civil, sin descender a la exposición de instituciones concretas, y se atuvo a la función doctrinal, sin emprender tareas legislativas; BELLO, en cambio, estudió una por una, durante largos años, las instituciones y asumió una labor

(24) F. MURILLO RUBIERA, *op. cit.*, págs. 384 y 392.

(25) H. GROS SPIELL, "Andrés Bello y el Derecho internacional", en el vol. *Andrés Bello y el Derecho latinoamericano*, cit., pág. 88.

(26) Sobre la vertiente civilista de Bello pueden verse, entre otros, H. TAPIA ARQUEROS, "Don Andrés Bello y el Código Civil de Chile", en *Revista General de Legislación y Jurisprudencia* (Madrid), febrero 1966 y ed. sep., y, más extensamente, P. LIRA URQUIETA, *El Código Civil chileno y su época*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1956. Estudio fundamental es hoy el de A. GUZMÁN BRITO, *Andrés Bello, codificador (Historia de la fijación y codificación del Derecho civil en Chile)*, Ediciones de la Universidad de Chile, Santiago, 1982, 2 tomos.

(27) De ello me he ocupado en mis trabajos "El Derecho civil en la obra de Luis Vives", en *Anuario de Derecho Civil* (España), abril-junio 1958, págs. 411-433, y "Las leyes y su reforma según Erasmo y Vives", en *Estudios en honor del profesor José Cortis Grau*, Valencia, 1977, págs. 81-93.

legislativa de tanta dificultad técnica como trascendencia real: la redacción del Código Civil de Chile.

2. LA LABOR DE BELLO COMO CODIFICADOR

Al afrontar el encargo de llevar a cabo la Codificación civil, BELLO se realizaba plenamente como jurista. Legislar, si se hace bien, es una de las tareas más fecundas que puede emprenderse en pro del ordenamiento y de la sociedad. Como ha escrito RODRÍGUEZ ARIAS, “en esto consiste el verdadero progreso del Derecho: en dictar reglas nuevas para asegurar un mundo mejor” (28).

El momento en que don Andrés emprendió la tarea era, ciertamente, bueno. Como ha observado el profesor ALEJANDRO GUZMAN, el modelo que en Iberoamérica iba a imponerse era el de la Codificación, que “no fue sino el resultado de un cierto proceso histórico que, por regla general, culmina en la segunda mitad del siglo XIX, con algunos adelantamientos (caso de Bolivia, 1831) o con algunos retrasos (caso de Brasil, 1916)”; y BELLO apuntó hacia la Codificación, a diferencia, por ejemplo, de FREITAS, que comenzaría su trabajo con una *Consolidação*, que es algo muy distinto a una Codificación (29).

Creo que al trabajar día a día, durante lustros, en su Código, BELLO no aspiraba solamente a dar a los chilenos, que tan cordialmente le habían acogido, un Código Civil: contemplaba el continente con visión de pedagogo, porque sabido es que, como dice DÍEZ PICAZO, “el Derecho codificado es aquel que cumple la función pedagógica y que forma el sedimento de nuestras primeras experiencias jurídicas” (30).

Fruto del trabajo de BELLO fue el Código Civil chileno, todavía vigente. La importancia de ese cuerpo legal es bien conocida y por ello sólo recordaré aquí dos aspectos suyos: la calidad del lenguaje (acorde con la formación humanista del autor) y su vocación de Código Civil para Iberoamérica (acorde con la visión unitaria de BELLO).

(28) L. RODRÍGUEZ ARIAS-BUSTAMANTE, *Los presupuestos del Derecho comunitario*, Sao Paulo, 1973, pág. 4.

(29) A. GUZMÁN BRITO, “Puntos de orientación para el estudio histórico a la fijación y codificación del Derecho en Iberoamérica”, Ponencia de las III Jornadas Italo-latinoamericanas de Derecho Comparado (Sao Paulo, 1976, pág. 6); véanse del mismo autor, “El pensamiento codificador de Bello entre las polémicas chilenas en torno a la fijación del Derecho civil”, en *Studi Sassaresi*, t. V (*Diritto romano, Codificazioni e unità del sistema giuridico latinoamericano*), Giuffrè Editore, Milano, 1981, págs. 139 y ss., y todo el tomo I de la obra *Andrés Bello, codificador*, cit.

(30) L. DÍEZ PICAZO, *Experiencias jurídicas y teoría del Derecho*, Ed. Ariel, Barcelona, 1973, pág. 159.

3. EL CÓDIGO DE BELLO COMO EJEMPLO DE LENGUAJE JURÍDICO ESMERADO

Es precisamente en esta última faceta —la de BELLO legislador— donde su humanismo tuvo la mejor proyección. El Código de BELLO se caracteriza por su tecnicismo y su claridad, dos cualidades que parecen difícilmente conciliables y que, a veces, han sido contrapuestas como dos opciones diferentes para el legislador (31). Pues bien, el tecnicismo lo poseía don Andrés por las muchas horas quemadas en el estudio del Derecho civil; pero la claridad le vino, aparte las dotes naturales de su pluma, por su profunda preparación como gramático y su larga experiencia como escritor: “Sus conocimientos gramaticales y lingüísticos —observa LIRA URQUIETA— y, ¿por qué no decirlo?, su fino instinto literario le sirvieron para dar realce a su obra. Mucho hubiera perdido en belleza el Código Civil si a la solidez y equilibrio de sus disposiciones no hubiera correspondido la propiedad y elegancia del lenguaje. Si STENDHAL lo hubiera conocido, lo hubiera elogiado con más propiedad que al Código francés. Entre la lengua sabrosa pero difusa de las Partidas y la seca conclusión del Código alemán, la lengua de nuestro Código queda en una dorada medianía, en un término correcto y elegante a la vez, ligeramente persuasivo” (32). “Sin temor de caer en exageración —afirma, en la misma línea, otro gran civilista chileno, el profesor FUEYO LANERI—, puede afirmarse que ni el modelo francés en su idioma, ni los Códigos americanos que se dictaron después que el de Chile, sea que hayan tenido por fuente el nuestro en forma directa o indirecta, le han superado en lenguaje” (33).

Cabe apreciar la calidad del lenguaje jurídico de BELLO, por ejemplo, en las definiciones contenidas en el Código Civil chileno. No suelen ser proclives los legisladores a esbozar definiciones, y se comprende. Las definiciones son siempre, como tantas veces se ha dicho, peligrosas. Definir es limitar. *Definir, c'est finir*, dicen los franceses. Y en el Derecho civil las definiciones son, si cabe, más expuestas; ya previnieron contra ella los romanos: un célebre texto de JAVOLENO en el *Digesto*, que, por cierto, ha sido objeto últimamente, según observa IGLESIAS-REDONDO, de particular atención (34), advierte los peligros de las definiciones al afirmar que *omnes*

(31) Véase F. DE CASTRO, *Estudio preliminar* a la ed. del Código Civil español del Instituto de Cultura Hispánica, Madrid, 1959, pág. 24.

(32) P. LIRA URQUIETA, *op. cit.*, pág. 27.

(33) F. FUEYO LANERI, *Reforma de nuestro Código Civil bajo la inspiración de Andrés Bello*, “Mapocho” (Santiago de Chile), vol. 12 de 1965, pág. 86.

(34) Véase J. IGLESIAS-REDONDO, *La técnica de los juristas romanos*, Universidad Complutense, Madrid, 1989, págs. 80-83.

definitio in iure civili periculosa est (35). Pero BELLO, lejos de eludir ese riesgo, lo asumía con valor e incluso, al parecer, con complacencia. Su Código contiene un número sorprendente de definiciones. Seguramente don Andrés se recreaba al escribirlas. Y muchas de ellas conservan hoy validez.

Son varias así en el Código de BELLO las instituciones cuya regulación comienza con una definición que nos ofrece, condensado, el concepto de la institución. Ello revela la preocupación pedagógica de BELLO. Se ha ponderado algunas veces el valor educativo del Código de BELLO (36). Cabría añadir que es éste, acaso, el Código Civil más pedagógico que se haya promulgado y que constituye no solamente una joya jurídica, sino también una joya gramatical. Cabría también señalar que, en el aspecto lingüístico, ofrece una cierta ejemplaridad para nuestro tiempo, en el que frecuentemente se legisla con escaso cuidado por el lenguaje. En España vienen mostrando su preocupación a este respecto juristas como NICOLÁS PÉREZ SERRANO (37), ANTONIO HERNÁNDEZ GIL (38) y LEONARDO PRIETO-CASTRO (39). Ellos, como otros juristas escritores, han llamado la atención sobre el grado de vinculación entre el Derecho y el lenguaje. El humanista y jurista ANDRÉS BELLO fue, sin duda, consciente de esa vinculación: de modo ejemplar supo utilizar el lenguaje para embellecer las leyes y las leyes para formar a los pueblos.

4. EL CÓDIGO DE BELLO COMO FACTOR DE UNIDAD IBEROAMERICANA

Don Andrés Bello había comprendido desde su etapa de Londres la necesidad de unión entre países que habían sido la América española. Para contribuir a su unidad hizo el esfuerzo que suponía su *Gramática*, llamada a mantener el vínculo esencial del lenguaje; y con la misma intención redactó el Código Civil de Chile, llamado a extenderse a otros países.

(35) Dig. 50, 17, 202.

(36) Así lo hizo el profesor J. MARÍAS en su ponencia de las Jornadas del Bicentenario de Bello celebradas en Madrid.

(37) Véase N. PÉREZ SERRANO, "La LAU ante la Gramática", en *Anuario de Derecho Civil*, octubre-diciembre 1956, pág. 1068.

(38) Véase A. HERNÁNDEZ GIL, *La ciencia jurídica tradicional y su transformación*, Cuadernos Civilistas, 1981, pág. 19; este autor ha tratado también del tema lenguaje-derecho en recientes discursos de apertura de curso en la Real Academia de Legislación y Jurisprudencia sobre *La sentencia y el estilo judicial* (1986), *El lenguaje en el Código Civil* (1988) y *El lenguaje del Código Civil* (1990).

(39) Véase L. PRIETO-CASTRO y FERRÁNDIZ, "El nuevo régimen procesal de la adopción", en *Anales de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación*, núm. 18, 1988, pág. 30.

El profesor HANS-ALBERT STEGER ha podido a este respecto escribir: "Bello desarrolló consecuentemente la *alternativa interna* y mostró cómo se podía llegar a una hispanidad federativa y cooperativamente estructurada. Esto comienza ya con la lengua, es decir, con la gramática, del mismo modo que en la conquista de América había comenzado con la *Gramática* de ELIO ANTONIO DE NEBRIJA (Salamanca, 1492)" (40).

Si BELLO no alcanzó a ver realizadas plenamente sus ilusiones, al menos consiguió que el Código chileno, obra suya, alcanzara una extensa proyección en el resto de Iberoamérica. Tal proyección ha sido considerablemente estudiada en los últimos años (41). Resumiendo datos bien conocidos, podemos recordar que hubo Estados que, como Colombia y Ecuador, adoptaron el Código de Chile en verdadero fenómeno de "trasplante jurídico". Pero además ejerció gran influencia sobre otros Códigos, como el de Uruguay, según han estudiado GATTI, CERRUTTI y más recientemente el brasileño SILVIO MEIRA (42), y el de Argentina, según ha estudiado MUSTAPICH (43). Y también es notoria su influencia, según observa FERNÁNDEZ SESSAREGO, en el Código Civil de Venezuela de 1862, en los mexicanos de 1870 y 1884, y en los de Nicaragua y El Salvador (44). Todavía en nuestro tiempo el Código de BELLO, con un siglo largo de vida, sigue mostrando su aplicabilidad y su ejemplaridad. En Chile, su país, el civilista FUEYO LANERI advierte que la reforma del Derecho civil tiene que hacerse bajo la inspiración de BELLO por la superioridad de aquel Código en muchos aspectos, entre ellos el del lenguaje (45). Y en Colombia, país de excelentes juristas y donde existen trabajos prelegislativos importantes para la reforma, como los del profesor VALENCIA ZEA,

(40) H. A. STEGER, "Derecho romano y modelo universitario de Andrés Bello", en el volumen *Andrés Bello y el Derecho latinoamericano*, cit., pág. 179.

(41) El estudio de éste y otros temas relacionados con las codificaciones americanas ha sido llevado a cabo, principalmente, por civilistas, romanistas e historiadores del Derecho a través de Jornadas convocadas y coordinadas por organismos como ASSLA y CEISAL, habiendo supuesto especialmente grandes avances para el tema el coloquio celebrado en Sassari en 1978 y el Congreso Internacional sobre Bello celebrado en Roma en 1981.

(42) Véase S. MEIRA, *Teixeira de Freitas, o juriconsulto de Imperio*, Livraria José Olympio Editora, Río de Janeiro, 1979, pág. 573.

(43) J. M. MUSTAPICH, "Dalmacio Vélez Sarsfield, el codificador". Estudio preliminar de la ed. del *Código Civil de la República Argentina*, del Instituto de Cultura Hispánica, Madrid, 1960, págs. 21-22. Sobre el tema, también L. MOISSET DE ESPANÉS, "Derecho Civil español y americano (Sus influencias recíprocas)", *Revista de Derecho Privado*, 1972, pág. 602.

(44) Véase C. FERNÁNDEZ SESSAREGO, "Comparación jurídica y unidad del sistema jurídico latinoamericano", en el vol. colect. *Diritto romano. Codificazioni e sistema giuridico latinoamericano*, Giuffrè Editore, Milano, 1981, pág. 14.

(45) Véase F. FUEYO LANERI, *Reforma de nuestro Código Civil bajo la inspiración de Andrés Bello*, en "Mapocho" (Santiago de Chile), vol. 12/1965, pág. 86.

se sigue admitiendo, según se puso de relieve en el Congreso de Abogados de 1987, el valor del Código de BELLO. Cabe, pues, pensar que éste conserva en no pocas zonas del Derecho civil su papel de mentor de la legislación civil de la América que fue española. Y hay que agradecer a don Andrés Bello, gramático ilustre y jurista de pro, haber puesto las humanidades y el Derecho al servicio de una idea que él captó pronto y que no ha perdido el valor: la unidad del sistema jurídico iberoamericano.

JOSÉ M.^a CASTÁN VÁZQUEZ

Académico numerario de la Real de Jurisprudencia
y Legislación. Madrid

Aportaciones hispanoamericanas a los Congresos Internacionales de Derecho registral

I. PROYECCION JURIDICA Y HUMANA DE LOS CONGRESOS

Hay en todo Congreso dos proyecciones fructíferas que es preciso destacar a la hora del enjuiciamiento del significado y la importancia de esas reuniones de juristas de distintas partes del mundo para el intercambio de opiniones. Una cosa es el conocimiento más o menos aséptico de los diferentes sistemas que pueden regir y organizar la publicidad a través del instrumento técnico del Registro, y otra comprobar los matices singulares que dan lugar a coincidencias de sistema y, de otra, a diferencias entre ellos. A esto le podríamos denominar *proyección jurídica*.

La humana tiene más garra, pues el conocimiento de las personas provoca el entendimiento entre ellas y la prolongación del mismo durante muchos años. Hablo en estos casos por propia experiencia, pues nombres que para mí eran familiares se humanizan y el trato indirecto a través de sus escritos se transforma en relación humana que acepta críticas, enseñanzas y enriquecimiento de conocimientos.

No sé si este señalamiento en su doble proyección responde claramente a lo que podrían ser las directrices o finalidades que se persiguen con los Congresos, que no es otra que la confrontación de singularidades en la organización del sistema de publicidad y el deseo de una posible unificación. Un poco más adelante comprobaremos esto que digo al comparar el Primer Congreso Internacional de Derecho Registral que se celebra en España con motivo del Centenario de la Ley Hipotecaria que circunscribe la “confrontación” a los países europeos y la que se realiza en lo que se ha llamado primer Congreso Internacional de Derecho Registral, celebrado

en Buenos Aires en el año 1972, en el que más que *confrontación* lo que se intentó es la "unificación" de principios hipotecarios a través de conclusiones plasmadas en unas "cartas" finales.

Con gran maestría, GARCÍA GARCÍA (1) resume en su primer volumen lo que para él significaron los Congresos Internacionales que comenzaron a celebrarse desde el año 1972, sin tener en cuenta el del Centenario de la Ley Hipotecaria. Por ello concreta así los principios o finalidades que los Congresos persiguen:

- a) Señalar unos *principios generales* que puedan servir de orientación a todo sistema registral.
- b) Procurar una cierta *aproximación* de las técnicas legislativas.
- c) Divulgar el *conocimiento* del Derecho comparado en su doble proyección de comparación de sistemas y de instituciones particulares.
- d) *Profundizar* en las instituciones que constituyen los temas del Congreso.
- e) Ofrecer *soluciones* para aquellos casos de lagunas o puntos oscuros de cada una de las legislaciones confrontadas.
- f) Intentar el *perfeccionamiento* de los sistemas a través de posibles reformas legislativas.
- g) Ofrecer a los estudiosos la *oportunidad* de presentar ponencias y comunicaciones que enriquezcan el temario del Congreso.

La verdad es que no se pueden poner reparos a esta completa enunciación de finalidades que, por razones de experiencia y presencia, han sido la constante en cada una de las diferentes ocasiones que se han tenido desde el año 1972, hasta la que ha de celebrarse en el año 1992 en España como país del Descubrimiento. Pero yo también viví el Congreso Internacional del Centenario, pues poco antes de su celebración ingresamos en la carrera de Registradores un grupo de cincuenta, formando la promoción que se ha conocido como la del "centenario".

En ese Congreso del que hablo, en el que yo no pasé de ser un mero espectador y asustado congresista de todo lo que allí se estaba diciendo, creo que la "esencia" del mismo estuvo en la intervención de figuras de talla, que tras analizar los sistemas brindaron soluciones para un futuro en forma trascendental. No hay que olvidar que por entonces vivían hipotecaristas de la calidad de ROCA SASTRE, LA RICA y LACRUZ BERDEJO, entre otros, que intervinieron en forma magistral. La figura internacional que brindó su aportación estuvo representada por el doctor EMILIO BETTI

(1) J. M. GARCÍA GARCÍA, *Derecho inmobiliario, registral o hipotecario*, t. I, Civitas, Madrid, 1988, págs. 481 y ss.

y la proyección de futuro la explicó en forma sensacional Pío CABANILLAS a través de la idea italiana de la *circulación controlada*.

Los temas de aquel Congreso fueron tres: “Desenvolvimiento técnico del principio de inscripción”, “La finca y el principio de inscripción” y “Valor y trascendencia social del Registro”. La aportación de trabajos españoles fue numerosa. De la importancia de la presencia extranjera sirvan estos nombres: doctor ROGER NERSON (Universidad de Lyon), doctor ROSARIO NICOLÒ (Universidad de Roma), así como los profesores JEAN BOULANGER, JULIUS WOLF, ALBERTO CATARINO, GERARD EGGEN, ROBERT DIETRICH y FREDERICH PETERS.

Dada la finalidad de estas notas, debo abandonar aquel Congreso y hacer pasar los años hasta el 1972, donde en la ciudad de Buenos Aires va a celebrarse el Primer Congreso Internacional de Derecho Registral, al que convocan los argentinos, y España, por supuesto, acepta su participación. Hubo más representación hispanoamericana que europea. Las circunstancias que rodearon la celebración coincidieron con la vuelta de PERÓN a la Argentina, lo cual dio más emoción a la celebración. Yo había escrito un libro en colaboración y allí era conocida la publicación, lo cual me podía haber convertido en figura a poco que hubiese hecho, pero preferí estar en segundo plano dejando el “manejo” a otras personas y sometiéndonos siempre a la habilidad parlamentaria del que era por entonces Consejero del Reino, Pío CABANILLAS, al cual se le debe gran parte del éxito de esa celebración y de la redacción final de la llamada “Carta de Buenos Aires”.

A pesar de la experiencia que pudo adquirirse con la celebración del Centenario de la Ley Hipotecaria, lo que sí es cierto es que la hábil y fácil palabra de los hispanoamericanos nos sorprendió inmediatamente. La delegación española, la más numerosa sin duda, ocupó la parte central del anfiteatro, y los dos flancos los ocupaban los argentinos y otras delegaciones americanas. Desde ambos lados llegaban, como si fueran los puntos de *corner* o saque de esquina, las preguntas y las interpelaciones, y he de reconocer que tardamos un tanto en reaccionar, sobre todo en ese tema tremendo de la expedición de certificación con “cierre registral”. Fue una gran experiencia que ha servido posteriormente para las sucesivas confrontaciones. Fruto de ella fue la solución que se dio a ese problema en el siguiente Congreso Internacional.

Vamos ya a intentar recordar todo lo aportado por aquellos juristas en un breve repaso de los diferentes Congresos. Desde la proyección humana la cosa es más emotiva, pues todos aquellos con los que hicimos amistad han permitido varios viajes a América para impartir conferencias y varias ocasiones para ser aquí recibidos por nosotros en la correspondencia de

nuestras visitas. No me atrevo a citar a ninguno, no vaya a ser que la memoria me traicione, pero en mi corazón guardo los gratos recuerdos de las Jornadas de La Plata, Córdoba y Mar de Plata, Lima, Nicaragua, Montevideo, etc. De alguno de esos juristas que por entonces conocí he hecho recensiones de libros y publicaciones, y haré en este volumen alguna otra.

B) APORTACIONES HISPANOAMERICANAS

Resulta muy difícil reconstruir todo lo que en los Congresos se dijo y se escribió, material que ya forma biblioteca; pero sin pretender ser exhaustivo, vamos a ver si destaco los rasgos esenciales de esas aportaciones a través de los principales temas de los diferentes Congresos.

Primer Congreso

Se celebra en la ciudad de Buenos Aires del 26 de noviembre al 2 de diciembre de 1972. Teniendo en cuenta las inevitables diferencias existentes entre los diferentes sistemas que allí concurrían (Argentina, Brasil, Colombia, Costa Rica, Chile, Francia, Italia, México, Perú, Portugal, Puerto Rico, Suiza, Uruguay y España) fue un gran éxito lograr la “Carta de Buenos Aires”, en la que se reconocía la independencia del Derecho registral, se basaba el Registro en el principio de seguridad jurídica, se calificaba al mismo de “jurídico” (cosa que luego ha estado a punto de perderse), se aceptaba el principio de especialidad, la inscripción “obligatoria” y el funcionamiento de los principales principios hipotecarios, con la recomendación que la delegación argentina hacía respecto del principio de prioridad, el cierre registral y la expedición de certificación.

De todo ello creo que pueden derivarse tres grandes aportaciones jurídicas que se corresponden con los temas que fueron objeto del Congreso:

a) *La seguridad jurídica y la publicidad inmobiliaria.* Es la “Carta de Buenos Aires” el testimonio más evidente de que siendo la *seguridad jurídica* el principal eje sobre el que gira toda la eficacia del Registro, éste debe ser encuadrado dentro de los “jurídicos” y no de los “administrativos”, aunque hubo ciertas discrepancias en ello. Pesó mucho la ponencia de la delegación española y ciertos trabajos que a la misma iban dándole escolta: el de TIRSO CARRETERO, el de ABELARDO GIL y el mío. La verdad es que ello quedó complementado con el tema segundo que estudiaba los principios hipotecarios.

b) *Las técnicas de registración.* Se nos había hablado de la gran mecanización del Registro de Buenos Aires hecha al alimón por SCOTTI y FALBO, y aunque demostramos que estábamos en vías de su logro en España con ponencias de MUÑOZ CARIÑANOS y MARTÍNEZ DE BEDOYA, lo cierto es que aquello fue un “aviso” importante para modernizar nuestras oficinas y utilizar la informática en aquello que de bueno tenía.

El sistema —por el paso de los años— se había quedado un tanto retrasado pero era espectacular, sobre todo aplicado a una ciudad cuadrículada como Buenos Aires. A mí, de todo aquello lo que más me impresionó es la forma materializada de organizar el historial jurídico de las fincas: una carpeta por cada finca.

Creo recordar que fue la delegación nicaragüense la que señaló la forma material de llevar el Libro Diario con apertura y cierre, pero sin necesidad de firmar todos los asientos y fecharlos. No sé si fue en ese Congreso o en la gira americana que hicimos unos cuantos Registradores donde la conferencia la daba yo, pero en el coloquio intervenían todos los que me acompañaban.

c) *La creación del CINDER.* Otra de las aportaciones fue la creación del Centro Internacional de Derecho Registral como organismo aglutinador de las relaciones de los diferentes países participantes en Congresos y su promoción.

Tuvo su sede en Buenos Aires hasta 1982 que recayó en España; se le señalaron unos fines, siendo el principal el de la convocatoria de Congresos, y se rigió por un Reglamento que se aprobó en el año 1974, fecha en que se celebra en Madrid el II Congreso.

No creo que debamos pasar al siguiente Congreso sin hacer mención de algo que ya preocupó en el primero y sobre cuyo tema se discute en otros posteriores. Me estoy refiriendo al problema que presentaba el tema de la situación de “prehorizontalidad” y sobre el cual ofrecen comunicaciones las legislaciones de Argentina, Bélgica, Italia y Nicaragua, y una de nuestro compañero CÉSAR GARCÍA ARANGO, sobre la protección de los contratos sobre inmuebles futuros o en construcción.

Segundo Congreso

Había un conjunto de temas que en el primer Congreso quedaron sin una solución definitiva y ello condicionó los temas que habrían de ser la base del Congreso que se celebra en Madrid durante los días 5 y siguientes del mes de octubre de 1974. Siguió preocupando en las mentes organizadoras dos temas que habían quedado a medio desarrollar en el anterior

Congreso: la mecanización, el folio real y la base física de la finca, por un lado, y la certificación con “cierre” registral, por el otro. A ello se unió un propósito laudable pero muy peligroso, cual fue el de la unificación de los Registros. Disecciono los problemas:

a) *Proyecto de Ley uniforme de los Registros*. Sin perjuicio de que la aportación fuera “novedosa” y llevaba la gran carga de la simplificación, tenía el gran problema de no llegar a una perfecta disección de lo que luego haría nuestra Constitución: separar los Registros jurídicos de los administrativos. Y en esa trampa cayeron todos aquellos que quisieron, al amparo del principio de publicidad, llegar a la unificación.

Todos recordareis el trabajo de FUEYO LANERI donde se aglutinaban los Registros jurídicos y los administrativos; el de MONTORO PUERTO, que utilizaba el principio de publicidad para justificar la Ley uniforme —sin querer distinguir entre la publicidad efecto de la publicidad noticia—, y todos esos autores que cito en otros lugares que, atraídos por la idea, la consintieron y la apoyaron (2). Ultimamente me preocupa la postura doctrinal de varios componentes de la Comisión de Reforma del Reglamento Hipotecario en materia de urbanismo, que están hablando de “mera publicidad” y de inscripción “a los solos efectos de publicidad”, concibiendo ésta como “mera noticia” (3).

b) *Mecanización del Registro, folio real y base física*. Creada la inquietud en Buenos Aires, era preciso fortalecerla con compromisos que modernizaran la forma de llevanza de los Registros, aceptando técnicas nuevas como medios instrumentales y otras singulares medidas que facilitasen la información pública y, sobre todo, la conexión catastral. En el sistema español influyó poderosamente esta forma de proyección registral, aunque en vez de avanzar en el sistema de reunir en una carpeta el historial de cada finca se adoptó el sistema de libros de “hojas móviles”, que sigue sin solucionar el problema de los “pases”, y la dificultad en la expedición de certificaciones que no pueden basarse solamente en datos informáticos de dudosa veracidad.

(2) En la lista de autores que brindaron posibilidades terminológicas y construcciones adecuadas a esta finalidad, podemos citar a PASCUAL MARÍN PÉREZ (*Introducción al Derecho registral*, Madrid, 1947), JESÚS GONZÁLEZ PÉREZ (“Naturaleza del procedimiento registral”, *RCDI*, 1949, pág. 579), JESÚS LÓPEZ MEDEL (*Teoría del Registro como servicio público*), AMORÓS GUARDIOLA (*Sobre el derecho inmobiliario registral y su posible autonomía*, 1967), MONTORO PUERTO (*Apuntes para la estructura de una Administración registral*, en el libro-homenaje a L. Rodó) y JOSÉ MENÉNDEZ HERNÁNDEZ (*La deseable unificación del régimen jurídico de los Registros*. Comunicación al III Congreso Internacional de Puerto Rico).

(3) J. L. LASO MARTÍNEZ, “Anotaciones preventivas urbanísticas”, en *Revista de Derecho Urbanístico*, núm. 122, 1991.

c) *La certificación con reserva de prioridad.* Uno de los temas punta que consumió horas de discusión en Buenos Aires era la certificación con cierre registral. El sistema argentino dominado por la actuación del Escribano permite esta figura, que a toda costa quieren implantar en sistemas como el nuestro que se rige por la prioridad en la presentación y que legalmente admite el tema de la doble o triple venta. La estructuración de este sistema impide aceptar el argentino, pues como defendió con gran éxito CARLOS HERNÁNDEZ CRESPO, en él se está protegiendo un derecho que no ha nacido frente a otro que es existente.

Tercer Congreso

La verdad es que este tercer Congreso, que se comprometió México en organizarlo, hubo de retrasarse, y en vez de en 1976 se celebró en Puerto Rico desde el 27 de octubre hasta el 2 de noviembre de 1977. Sin perjuicio de que el orden de los temas de las Comisiones repitan en primer lugar el de los principios básicos de los Registros de bienes, trascendían por su mayor importancia el de la situación de la prehorizontalidad y el de la documentación de los derechos inscribibles. Latía en el ánimo de los congresistas el sistema americano del “seguro del título”, y de ahí que estos dos últimos problemas fueron trascendentes. Vamos a distinguir materias:

a) *Los Registros jurídicos de bienes muebles.* Este primer tema del Congreso, que luego ocupa un lugar preferente en la “Carta de Puerto Rico” o conclusión final sobre la materia, arranca de aquella idea luminosa que PÍO CABANILLAS avanzó en el Centenario de la Ley Hipotecaria, “la circulación controlada”; y en este Congreso lo que se hizo es desarrollar las conclusiones de Madrid para aplicar a los bienes muebles un conjunto de principios que informan el de los bienes inmuebles. La idea, que era trascendente, ha tenido solamente conatos de formulación de normativa de difícil aplicación en países que cuentan con Registros administrativos destinados a controlar otros aspectos que brindan los “jurídicos”.

b) *La propiedad horizontal y la prehorizontalidad.* Este tema que puso de actualidad la serie de posibles fraudes al amparo de una legislación no suficientemente desarrollada, ofreció grandes aportaciones en materia de *prehorizontalidad*, pero no se quedaron en conclusiones de tipo general y, sobre todo, sin reflejo inmediato en legislaciones como la española, tan necesitada de ella.

Quizá sea una de las más intuitivas aportaciones que a los Congresos se ha llevado, pues con el transcurrir del tiempo la aparición de nuevas Leyes del Suelo y determinados brotes de fraudes han renovado en estos

momentos aquella preocupación del Congreso, que, como decimos, ofrecía soluciones discutibles.

c) *Instrumentalización de los derechos inscribibles*. La apariencia del tema llevaba más carga explosiva de la que podía suponerse en principio, pues en el juego de la documentación que facilita el acceso al Registro aparecía en el horizonte una figura preocupante —por la inevitable relación norteamericana— del seguro de títulos que sólo garantiza la seguridad “económica”, pero no la jurídica. Por ello los pronunciamientos fueron favorables a la documentación notarial, la judicial y la administrativa, según las diferentes clases de legislaciones y sistemas.

Precisamente una de las dos ponencias que siempre presento a los diferentes Congresos —quizá, más que ponencias debamos llamarlas comunicaciones para no herir susceptibilidades— me valió el que los juristas argentinos me concediesen la primera medalla de oro al mejor trabajo publicado en la *Revista Notarial*. Contenía un elogio de la función notarial y la labor constructiva de la calificación registral.

Cuarto Congreso

México, que había empeñado su palabra para la celebración de un Congreso y que no pudo cumplirla en el año 1976, lo hizo en 1980, durante los días del 1 al 7 de diciembre de ese año. El temario no pudo ser más sugestivo para los juristas que hemos trabajado sobre materias tan importantes, pero por razones que no son del caso y a pesar de la insistente invitación que se me hizo no pude asistir, pero envíé tres comunicaciones (una más de las habituales) para cada uno de los temas del Congreso. Estos fueron:

a) *La función calificadora*. Esta función se conectaba con la judicial y la administrativa, tratando de distinguir unas de otras y precisar suficientemente sus caracteres. Sólo mediante el mantenimiento de esta función puede lograrse la eficacia de la seguridad del tráfico jurídico, aun y a pesar de las grandes diferencias que ofrecían en este aspecto los diversos sistemas que se confrontaban.

Todo ello tuvo su reflejo en la “Carta de México”, que, al igual que todas las anteriores, precisaba una serie de conclusiones de tipo general. Quizá de todo su contenido sea importante destacar cómo en el ámbito de la calificación no debería ser considerado como obstáculo que impidiese la inscripción el hecho de no haber satisfecho obligaciones tributarias o haber cumplido limitaciones de carácter administrativo. Las posibles notas de afección en uno y otro campo deben su origen a estas ideas.

b) *El catastro y el Registro*. Bajo la vieja idea de que el Catastro suministra datos físicos y el Registro los jurídicos, se construye la parte de la “Carta de México” que al tema iba destinado y de ahí no se pasó, pues los componentes de la delegación española lo que destacamos era el comentario a una legislación reciente de 3 de mayo que apuntaba la posibilidad de la deseada coordinación. No sé a estas alturas cuál puede ser la solución: si la cartográfica, la informática (con identificación de fincas en plano) o la más lógica de partir de un “catastro registral”.

c) *La publicidad y el urbanismo*. Este es otro de los grandes temas que la institución registral ha tenido en trances de resolución y en lucha abierta con las actuaciones administrativas que no querían valerse de los grandes servicios que el Registro les estaba ofreciendo. Pero de aquella política del “gruñido y del zarpazo” se ha pasado a un entendimiento fundamental en el que se ha reconocido lo tremendamente eficaz que resulta la publicidad registral en esta materia tan difícil y complicada como es el urbanismo. Estas, en el fondo, fueron las premisas de las que se partió en ese Congreso sobre la base de distinguir entre planificación y ejecución de planes.

Entiendo que aquellas conclusiones que contemplaban situaciones físicas de las fincas, usos y destinos, ejecuciones, transformaciones, etc., han servido de base a una próxima legislación española, pendiente sólo de un texto refundido y un reglamento de aplicación.

Quinto Congreso

Suele decirse que por todos los caminos se llega a Roma, y yo no encontré el mío. El Congreso se celebra los días 8 a 12 de noviembre de 1982, a punto de cambiar el régimen político español. Hubo cuatro comisiones y cuatro temas, a diferencia de otros Congresos, que podían estar justificadas por lo candente de los puntos que se afrontaban no sólo presentes en la realidad, sino en su proyección de futuro. Exigencias monetarias excesivas y premoniciones que luego se cumplieron limitaron mi contribución al Congreso con dos comunicaciones, pero el mismo exigía más. De lo que allí pasó no estoy legitimado para contar nada, pero sí, a través de las conclusiones, aportar mi juicio sobre lo tratado:

a) *La publicidad registral de los conjuntos inmobiliarios*. Tema éste de actualidad, pues desde que se intentó solucionar el problema que se planteaba —a través de diversos criterios—, hasta el borrador de proyecto legislativo que ha salido de la Comisión General de Codificación ha transcurrido tiempo: casi nueve años. Ello supone la feliz aportación de esta

problemática y las soluciones que a la misma se le dieron a través de la “Carta de Roma” y sus conclusiones. La verdad es que al no existir legislación pionera en este aspecto se especuló muy mucho con conceptos abstractos e ideas generales referentes a la definición de los conjuntos, sus estatutos y su publicidad.

b) *Aspectos financieros del derecho de hipoteca.* Creo que en las conclusiones del Congreso se perdió un tren que venía en marcha de cara a la integración española en el Mercado Común, y esto lo digo siendo uno de los “comunicantes” de aquel Congreso en esta materia. Se vieron parcialmente los problemas, pero no se llegó a profundizar en el gran tema del préstamo a bajo interés, de larga duración y de fácil y rápida ejecución. Esta posible crítica de soluciones no empaña para nada la idea de incluir en el temario un problema que exigía respuestas actuales.

c) *Inexactitud registral.* Las soluciones a este tema fueron conservadoras y ello queda patente en las conclusiones donde está jugando el interés legítimo, principios de agilidad, eficacia y seguridad, así como los efectos sustantivos y procesales de la inexactitud.

Sexto Congreso

Se vuelve a Madrid con el Congreso, que se celebra entre los días 22 a 26 de octubre de 1984, y vuelve uno a encontrarse con caras conocidas, con amistades consolidadas, con personas a las que se distingue y con una organización de mucha trascendencia. En esos momentos en que ingreso en la Junta Directiva del Colegio me incorporo a la organización, y sólo puedo decir aquella frase marinera: “Las regatas las pierde la tripulación y las gana el patrón”. Yo era solamente tripulación, pero aparte de otras cosas aporté dos comunicaciones sobre reversión y tecnología registral. Los temas del Congreso eran o respondían a situaciones que se habían planteado en alguna de las legislaciones de los países concurrentes con el tema de la inscripción de las “limitaciones” legales a la propiedad privada y pública, el derecho de superficie, la figura del *leasing* inmobiliario y el genérico tema de la informática jurídica y procesamiento de datos. Descendamos a cada uno de los temas:

a) *Limitaciones del derecho de propiedad.* Las influencias doctrinales sobre la configuración de las limitaciones “legales” que, apoyadas en la Ley, ofrecen una publicidad superior a la que el Registro les puede proporcionar sobre la base del principio de que “la ignorancia de la Ley no excusa de su cumplimiento”, ha sufrido duros golpes en base de ese privilegio. Ello podía sostenerse en épocas en las que las limitaciones eran

excepciones escasas, pero no ahora que se generaliza y afectan no sólo a núcleos de propiedad, sino a propiedades concretas.

De ahí que en esta primera Comisión se acuerde en las conclusiones que las Administraciones consideren conveniente el acceso de las mismas al Registro, así como la inscripción de los bienes de dominio público.

Esta tesis, que defendió en su día TIRSO CARRETERO (4) y que negó ROCA SASTRE (5), ha tenido plasmación legislativa en la nueva legislación del suelo del año 1990, donde se cuenta con la publicidad registral para dar a conocer esas limitaciones de tanteos y retractos, así como de reversiones en materia de expropiación (6).

b) *El derecho de superficie*. No sé la razón por la que la figura del derecho de superficie no haya tenido una difusión importante, ya que en su configuración ofrece unas soluciones estimables que, debidamente reglamentadas, podían solucionar muchos de los problemas de la construcción y de la vivienda. Pero para ello es preciso saber lo que es el derecho de superficie.

Quizá en este Congreso se abran puertas “fáciles” a la figura ofreciendo este derecho que se distancia de la endiablada figura de la “enfiteusis”, pero que separa dominios y compatibiliza los mismos. La cosa no pasó de ser un “ofrecimiento”.

c) *El “leasing” inmobiliario*. La figura del *leasing* era una novedad importante en esa constante renovación de criterios y orientaciones que exige y requiere el Derecho inmobiliario. La incorporación de la figura del *leasing* al Registro era un reto que se convirtió en realidad poco después.

Lo que sucede es que dentro de la figura existían y existen una serie de problemas que “rozan” (por no decir que chocan) con la institución registral, y ese es el tema que las sucesivas normativas tratan de solucionar en forma paralela.

d) *Informática jurídica*. El tema o la denominación del tema de esta cuarta Comisión se concretaba en un enunciado más complicado: “El Derecho como condicionante de la técnica de procesamiento de datos” Pero a la hora de la verdad hay que dar marcha atrás, ya que en otros Congresos se había tratado y acordado que este sistema —diabólico, dicho sea de paso— sólo podría prestar servicios “auxiliares”, no podría afectar al derecho de la “intimidad de las personas” y, en todo caso, habría que justificar “un interés legítimo”.

(4) T. CARRETERO GARCÍA, “Tanteo y retracto urbanos y Registro de la Propiedad”, *RCDI*, 1957-1958.

(5) R. M.^a ROCA SASTRE, *Derecho hipotecario*, 7.^a edición.

(6) Ha de tenerse en cuenta a este respecto la solución que da la Ley de Bases de 25 de julio de 1990 sobre reforma del régimen urbanístico y valoraciones del suelo, que ya recoge la necesidad de estas publicaciones.

La verdad es que cuando a uno le cogen dos generaciones y hacen de él una especie de bocadillo, resulta difícil decidirse si el mismo se lo comen los tradicionales o los nuevos. Creo que la informática puede suministrar grandes servicios, pero puede poner en serios compromisos el principio de responsabilidad registral. La aceptación de los sistemas va a depender de la "prudencia" (y considero que hay muy poca y mucho deseo de notoriedad) y de la consideración de este medio como "colaborador" de la función. Quizá ésta es la solución que el Congreso dio al tema y es de esperar que, en adelante, no se rebasen esas barreras...

Séptimo Congreso

Se celebró en Río de Janeiro (Brasil) los días 9 a 13 de mayo de 1987, y los temas fundamentales que allí se trataron son los siguientes:

a) *La propiedad con titularidad temporal compartida.* El problema que centró en ciertos Congresos las situaciones que planteaban las figuras de la *prehorizontalidad*, *propiedad horizontal*, *conjuntos urbanísticos*, etc., se completa en éste de Río de Janeiro con la figura de la "multipropiedad". Figura ésta bastante estudiada y llena de posibles soluciones, algunas de las cuales salen como conclusiones en este Congreso: la ordenación del estatuto que ha de regirla, la necesidad de una publicidad registral y las medidas para evitar el fraude.

La figura está siendo objeto de discusión en la Comisión General de Códigos, proponiéndose dos soluciones: o la configuración de la misma como un derecho de uso compartido que grava la propiedad, o la de una propiedad compartida temporalmente. Ya en el Congreso de Madrid, J. ANTONIO LEYVA DE LEYVA había presentado una ponencia o comunicación sobre ella y, junto con la novedad de la figura, hizo que se tomase como tema.

b) *Registración de negocios jurídicos condicionales y fiduciarios.* El tema ofrecía amplias perspectivas dada la complicada estructura contractual que trata de reaccionar frente al acoso de acreedores mediante la constitución de hipotecas unilaterales, opciones de compra unilaterales, arrendamientos, etc. Por ello resulta altamente satisfactorio que se adoptase como asiento registral adecuado el de inscripción y no el de anotación, que se reflejase en el cuerpo de la inscripción la condición expresa resolutoria y que el negocio fiduciario tenga cabida adecuada en los libros registrales.

Quizá lo que faltase en esas conclusiones es el estudio dinámico de la condición estrechamente vinculada con el principio de publicidad, pues

ello hubiese sido un pequeño freno para que la doctrina de nuestra Dirección deslindase los casos de los artículos 11 de la Ley Hipotecaria, 59 del Reglamento Hipotecario y 1.504 del Código Civil de los supuestos de resolución del 1.124 del Código Civil y del peculiar caso del 175 del Reglamento Hipotecario.

c) *Asientos definitivos y provisionales*. Al ser un tema prácticamente aceptado por la mayor parte de las legislaciones, lo único que pudo tener trascendencia eran los supuestos en que cabían esa clase de asientos que, contribuyendo al principio de publicidad, solamente afectan al tercero durante su vigencia.

El cuarto tema de este Congreso se refería al “Parcelamiento de tierras urbanas y rústicas”, que por tener una similitud con las conclusiones de la “Carta de México” a la misma se remitieron. No obstante, se afirmó la gran utilidad que la institución representaba en esos procesos de parcelamiento del suelo.

Octavo Congreso

Vuelve a ser Argentina la sede del último Congreso de los celebrados hasta ahora, pues en el año 1992 va a tener lugar otro en España del que sólo nos podemos referir por los temas a tratar. Durante los días 10 al 14 de octubre de 1989 —fechas que se me quedaron grabadas por haberme caído días antes de una bicicleta “díscola” y poco respetuosa— se celebró en Buenos Aires este Congreso, que reunió a más de doscientos congresistas pertenecientes a veinte países de Europa, Africa, América del Norte, Centro y Sur. Los temas que se sometieron a debate fueron los siguientes:

a) *La función del Registrador y la seguridad jurídica*. El tema venía a repetirse, pues ya en el primer Congreso se tocó el de la “seguridad” jurídica a través de los principios; y aunque aquí solamente se destacaba el de la “legalidad”, es evidente que se incidió en repetición.

Por ello no creo que pueda hablarse de “aportación”, sino de “confirmación” de criterios mantenidos, reafirmados y publicados en las sucesivas Cartas que como conclusiones se han hecho a través de los Congresos anteriores. El tema, por demás, creo que doctrinalmente está tan tratado que entiendo difícil apuntar más ideas de las que en mis publicaciones he reflejado por ser tema muy mimado por mis estudios.

b) *Informática, seguridad jurídica y responsabilidad registral*. La valoración del tema debe hacerse no desde el punto de vista de la aplicación de la informática a la actividad registral, sino de lo que la misma puede representar en orden a dos grandes factores: la seguridad jurídica y la

responsabilidad de quien —basado en un informe informático— certifica de un contenido registral. Estos dos aspectos son los que dan novedad a los trabajos que se realizaron en el Congreso.

De las conclusiones que se sacaron se deduce la gran cautela que es preciso tener ante un medio poco fiable como es la informática, sobre todo cuando tras ella existe una responsabilidad personal. La alegría de un listado puede convertirse en tragedia de un condenado.

c) *Hipoteca mobiliaria*. Potenciar el crédito es ofrecer porvenir y, por ello, todo medio que lo facilite debe ser aceptado y cuidado con esmero, pues los valores que lleva consigo la cosa mueble y su posible identificación permiten avalar esa operación crediticia. Las conclusiones suponen una remisión a la Carta de Puerto Rico y España donde residían los criterios esenciales para la estructuración de esos Registros.

Próximo a celebrarse el Congreso de 1992 en España, sólo cabe reseñar aquí los tres grandes temas que han de ser debatidos en el mismo: 1) “Prevención del fraude inmobiliario: la protección registral”; 2) “Libre circulación de capitales y su incidencia en el crédito hipotecario”, y 3) “El Registro Mercantil o de Comercio: seguridad jurídica y publicidad”.

Entiendo que es una gran ocasión para destacar los grandes valores de eficacia y seguridad que ofrece el Registro de la Propiedad, la asimilación por el sistema español de los principios de circulación de capitales y la importancia adquirida por el Registro Mercantil en su pluralidad de funciones.

III. CONCLUSIONES

Poco puede añadirse a lo dicho en esa especie de resumen crítico de las diferentes Cartas que como conclusiones se han ofrecido en cada Congreso. Lo fundamental —a mi entender— es que la repetición de estas ocasiones de confrontación es una gran muestra de vida de la inquietud internacional por el problema registral. La repetición de tanto Congreso pudo llevar al agotamiento de temas y a la ineficacia de las discusiones y ha sucedido todo lo contrario, pues cada vez se ha suscitado más la curiosidad jurídica y la necesidad de encontrar soluciones a problemas que la vida del Derecho ha ido planteando.

Desde mi punto de vista personal —en mi fidelidad de asistencia—, el resultado ha sido siempre enriquecedor por haber conectado con problemas que eran nuevos en mi panorámica jurídica y haber resuelto dudas

que otros me han planteado: sirvan de ejemplo los temas de las cláusulas variables de capital e intereses, el aspecto jurídico de la calificación, el tema de la desagrupación de fincas, etc. A ello debo añadir todo ese gran conjunto de amigos que van incorporando durante esos días del Congreso y que luego te brindan la posibilidad de impartir conferencias en muchos lugares de Hispanoamérica. En base de esas vinculaciones se me abrieron las páginas de la *Revista Notarial* y en ella me concedieron dos medallas de oro, así como el nombramiento de profesor honorario de la Universidad Notarial de La Plata y, también, el recibimiento con brazos abiertos.

JOSÉ MARÍA CHICO Y ORTIZ

Registrador de la Propiedad.

Miembro correspondiente del Instituto de Derecho Registral
de la Universidad Notarial argentina

Perfil del Notariado y de la institución del Registro de la Propiedad en España: su influencia en América

A mi padre, recientemente fallecido.

SUMARIO: EL NOTARIADO. ANTECEDENTES. EL DERECHO ROMANO. LA EDAD MEDIA. LA EDAD MODERNA. EL SIGLO XIX. LA LEY DE 1862. PRECEDENTES Y VALORACIÓN CRÍTICA DE LA LEY ORGÁNICA NOTARIAL. EL NOTARIADO AMERICANO.—LA INSTITUCIÓN REGISTRAL. ACOTACIONES HISTÓRICAS. ESPECIAL EXAMEN DE LAS CONTADURÍAS DE HIPOTECAS. LA LEY DE 1861. HACIA UN SISTEMA DE PUBLICIDAD HISPANO

EL NOTARIADO: ANTECEDENTES

Acerca de los precedentes de la institución notarial y frente a algunos autores como GONZÁLEZ PALOMINO (*Instituciones*, pág. 22) que entienden no sólo oscura, sino que está por hacer la historia del Notariado, la generalidad de la doctrina se divide en dos corrientes: Una primera, FERNÁNDEZ CASADO a la cabeza, engarzan el Notariado con lo más remoto de los tiempos. Así en su *Tratado* afirma: "A poco que examinemos la historia de un pueblo, encontraremos la función de autenticar encomendada a alguna persona o clase en una u otra forma." La segunda, DURANDO en Italia, o entre nosotros AZPEITIA, proclama que el Notariado es un instituto relativamente reciente en la Historia, pudiendo situarse en el Bajo Imperio Romano.

Sea cual sea la posición que se adopte, lo cierto es que no se pueden

desconocer precedentes históricos sobre todo en el pueblo egipcio, el heleno y el hebreo. En este sentido GIMÉNEZ ARNAU habla, a nuestro entender con mesura y acierto, de una fase, cuando menos, “prenotarial”.

1) Al descubrirse la Piedra Rosetta, el lingüista francés CHAMPOLLION conseguiría descifrar la escritura jeroglífica egipcia en el año 1822. El hecho de que el Edicto de Ptolomeo V se cincelase en tres idiomas: escritura jeroglífica, demótico (el entonces popular del reino) y griego, va a proporcionar una preciosa información sobre la situación social vigente bajo los Ptolomeos y las influencias que arrastraba de épocas anteriores.

Así, y por lo que concierne a nuestra materia, en el Antiguo y Medio Egipto, se admite la existencia de funcionarios e incluso a veces particulares con funciones notariales. Y mucho más claramente en la etapa demótica aparecen los “Scribas sacerdotales”, encargados de la redacción de los contratos; sin embargo, hay que reconocer que la autenticación del documento la daba el sello del Magistrado.

2) En la civilización griega, para FERNÁNDEZ CASADO, los “Singraphos” y los “Apographos” eran verdaderos Notarios. Otros autores (MENGUAL) indican que el auténtico precedente heleno del Notario era el “Mnemon”, que no sólo formalizaba, registraba también, tratados públicos y contratos.

3) En el pueblo hebreo se citan como precursores de los Notarios actuales a los “Scribae”. Se dividían en Escribas de la Ley, del Rey, del Estado y del pueblo. OTERO defiende que eran auténticos ejercientes de la fe pública. Lo cierto es que en la época de Cristo, con el nombre de Escribas, se designaba a una clase de hombres doctos entre los judíos, quienes representaban la autoridad oficial sobre la Ley escrita y las tradiciones orales. Una vez cursados los estudios correspondientes, los judíos se podían hacer escribas a la edad de treinta años; para ello pasaban por un ceremonial, que incluía la imposición de las manos y la entrega de una Tabla y una llave. Dos clases de Escribas nos interesa aquí reseñar: los abogados, especialmente adiestrados para litigar en el Tribunal sobre asuntos de la Ley judía; y los jueces que se sentaban en el Sanedrín nacional o en los Tribunales locales para juzgar.

EL DERECHO ROMANO

Con más o menos variantes, si examinamos los manuales de Derecho Romano (SCHULTZ o ARIAS RAMOS) con referencia a los textos legales de la época, aparece una curiosa nomenclatura acerca del notario romano. GIMÉNEZ-ARNAU cita: tabellio, tabullarius, notarius, cursos, amanuensiis,

grafarios, librarius, scriuarius, cognitor, actuarius, chartularius, exceptor, libelense, censuale, refedendarius, scribe, conciliarius, cancelarius, logographis, numerarius, cornicularius, diastoleos, epistolares y argentarios. Llega así este autor a la conclusión de que esta variedad de nombres prueba que la función notarial está dispersa y atribuida a muy variados oficiales públicos y privados.

DURANDO destaca dentro de estos personajes los “Tabularii” y los “Tabelliones”. Los primeros tienen su origen en el llamado *Ius publicum*, y desempeñaban funciones oficiales del Censo primariamente. Luego, y probablemente por su prestigio, sus funciones invadieron la órbita del *Ius privatum*, dedicándose a la custodia de testamentos, contratos y en general documentos, para ser exhibidos o por si su prueba era necesaria.

Los “Tabelliones” ponen de manifiesto su influencia, cuando la prueba escrita pasa a tener primordial importancia en la última fase del procedimiento romano. Podía estar constituido tal medio de prueba por documentos privados o por los documentos redactados por los “Tabelliones”.

La fuerza convincente de los primeros se graduaba según que fueran o no firmados los mismos por tres testigos; los segundos (*publicae confectae*) se confirmaban para ser *fehacientes* respecto a los actos o hechos que en ellos se relataban, por el juramento del “Tabellio”, que los había redactado. Concluyen, pues, autores como FERNÁNDEZ CASADO que la figura del “Tabellio” está bastante próxima a la del Notario actual, y el mismo DURANDO no deja de reconocer cierta similitud.

Hemos dejado para el final la figura del *Notarius*. Para AVILA ALVAREZ, creemos que con razón, “no pasaba de ser un amanuense”. Apuntaba COVARRUBIAS, en su “Tesoro de la Lengua Castellana”, que “éstos y todos los demás, que escribían con velocidad, usaban la letra por partes y muchas abreviaturas, que propiamente se llamaban *notas*, de donde tomaron el nombre de Notarios”. De todas formas, es curioso observar cómo la voz Notario sustituyó, y en concreto en nuestro Derecho español, a la voz Escribano. De ello nos ocuparemos más adelante.

LA EDAD MEDIA

Es en esta etapa de la Historia donde sin duda alguna están los orígenes más claros de la Institución notarial. Dice el mismo AVILA ALVAREZ: “... los particulares, legos, no ya en Derecho, sino también en el arte de escribir y redactar, buscan quién redacte sus documentos y quién dé seguridad a sus contratos; encuentran redactores en los monjes (depositarios de la cultura, necesaria para tal menester) y autenticadores en los Jueces;

pero la necesidad sentida encuentra satisfacción cuando se crea el órgano que cumple ambas funciones. Y así, en esta Edad, van surgiendo al lado de los Escribanos del Rey y de los Nobles... los Escribanos del pueblo o del concejo...”

Y en efecto, ya en el Fuero Juzgo nos encontramos con la existencia de Escribanos del Rey, Escribanos comunales o del pueblo, y Notarios privados de fe pública, que deberían ser meros amanuenses o calígrafos. Y se dice en este Fuero, que aquellos que fuera de “los notarios públicos, se atreviese a recitar o escribir los mandatos y Leyes de los príncipes... Si fuese cogido (diríamos con lenguaje actual, en el indebido ejercicio de la fe pública) cualquiera de aquellos a los que estuviese prohibido, tanto si es ingenuo como siervo, a instancia del príncipe o del juez, sufra doscientos azotes, sea decalcado torpemente y además sufra que se le corte el pulgar de la mano derecha, porque trató de realizar actos que no le eran lícitos contra lo establecido en este edicto”.

Aún más completa es la regulación del Notariado en el Fuero Real. En el Libro I, Título VIII, se ocupa de los Escribanos públicos: desde “Cómo ser dados en los lugares”, o “Cómo los Escribanos públicos deben tener en sí las notas de lo que ante ellos pasa”, pasando por “Cómo el Escribano es obligado de dar la carta y en qué manera debe signar, y dar la parte”, hasta terminar en “Cómo el Escribano debe conocer a los que ante él otorgaron alguna cosa”. Y en el Libro II, contiene normas acerca de las cartas y traslados, disponiendo que las cartas se redacten con la intervención de tres testigos, por lo menos, además del Escribano; que estén expresados en ellas el año, día y hora, y que sean signadas convenientemente, etc.

Pero son Las Partidas, sin duda alguna, la normativa más perfecta en materia notarial tal vez hasta la Ley de 1862. No está probada la influencia que en el Rey Sabio pudiera tener la llamada Escuela de Bolonia (IRNERIO, y sobre todo ROLANDINO). Lo cierto es que en el Título XVIII de la Partida III se aborda el problema de la escritura como prueba procesal (“en pleytos”), y en el Título XIX —un auténtico tratado de Derecho notarial— se trata: Ley I: Que quiere decir Escribano; Ley II: De que manera deben ser los Escribanos, y cómo deben ser de buena fama; Ley III: Quién debe poner los Escribanos en la corte del Rey, en las ciudades y en las villas; Ley IV: Cómo deben ser probados los Escribanos; Ley V: Cuáles son las cosas que deben guardar los Escribanos; Ley VI: Cómo deben hacer los Escribanos para “ditar” las cartas de simple justicia; Ley VII: Que los Escribanos de la corte del Rey y los de las ciudades y de las villas, deben escribir “cumplidamente” sus escritos, y no por abreviaturas; Ley VIII: Que pro nace en hacer los registros, y qué deben hacer y “guar-

dar” los registradores; Ley IX: Qué deben hacer y guardar los Escribanos en las ciudades y villas; Ley X: Cómo el Escribano debe rehacer la carta otra vez cuando aquél a quien la dio dijere que la había perdido; Ley XI: Idem, cuando... no quisiere (emplazado) venir, o viniendo la contradijere; Ley XII: Qué debe hacer el Escribano público, cuando alguno demandare que le renueve la carta que es vieja; Ley XIII: Qué deben “tomar” los Escribanos de casa del Rey, por los privilegios, y por las cartas que hacen en pergamino de cuero; Ley XIV: Cómo deben ser guardados y honrados los Escribanos de las ciudades y de las villas; Ley XV: Qué deben haber los Escribanos de las ciudades y de las villas, por las cartas que hicieren, y Ley XVI: Qué pena deben haber los Escribanos de casa del Rey, y de las ciudades que “fizieren” falsedad en su oficio. Creemos que si comparamos este Título con los Títulos de la Ley de 1862, y del Reglamento Notarial de 1944 (con sucesivas modificaciones vigentes hasta nuestros días) huelga todo comentario acerca de la bondad y perfección del mismo. Sólo faltaba, como apunta AVILA ALVAREZ, “organizar adecuadamente la institución, que es a lo que se llega a partir del siglo XIX”.

Finalmente, como última disposición importante de la Edad Media ya en su curso de ocaso, anotamos el Ordenamiento de Alcalá de 1348, que al proclamar el principio del consensualismo (“De cualquier forma que el hombre quiera obligarse, queda obligado”), suprimió solemnidades, como por ejemplo en materia testamentaria, la rogación de los testigos.

LA EDAD MODERNA

Este período que podemos concluirlo con la Novísima Recopilación, se caracteriza para la *communis opinio* de la doctrina (CASTÁN, OTERO, AZPEITIA...) por un estancamiento del Notariado y *el problema de la enajenación de oficios* de la *fides publica*. Dice GIMÉNEZ-ARNAU: “Concebida la función del Escribano en las Partidas como un oficio público, era lógico que la muerte del titular de oficio, extinguiese todo derecho al mismo, ya que su cargo no era una propiedad particular, sino del Señorío del Reino. Pero esta verdad teórica no tuvo aplicación práctica..., esta facultad de ejercer la fe pública, se entendió concedida a perpetuidad, con el carácter de cosa u objeto de tráfico jurídico, que se podía comprar y heredar.”

Si a esto añadimos que en las Partidas no había más que Escribanos de la casa del Rey, y Escribanos públicos de las ciudades y de las villas, mientras que ahora van a proliferar las clases de los mismos con sus respectivas jurisdicciones, tendremos una idea de la dispersión de la fun-

ción notarial rayana en su desprestigio. (Por citar sólo un ejemplo dentro de los Escribanos de "Palacio", existían los de bureo, de casas, de sitios y bosques reales, de bailía, de caballerizas reales..., etc.).

Las disposiciones regias, son unir y venir para poner coto a esta desorganización. Veamos: En 1480, los Reyes Católicos dictan su "Revocación de los oficios de los Concejos acrecentados desde el año 1440 hasta 1480".

En 1491, vuelven a regular los monarcas católicos la jurisdicción de los Escribanos reales y públicos de los pueblos.

El 7 de junio de 1503, la Pragmática de Alcalá (quizá la disposición notarial más importante de estas majestades) reglamenta el instrumento público en su aspecto formal, la saca de copias o traslados y la custodia del protocolo, así como la dación de fe de conocimiento de los otorgantes.

Por privilegio de la reina Doña Juana, en el 1513, se concede a todas las villas de Guipúzcoa la facultad de nombrar sus propios Escribanos.

En 1573, Felipe II vende a la ciudad de Sevilla todas las Escribanías de su tierra (curiosamente unos años más tarde el mismo Rey prudente —1578— prohíbe trocar "incluso los oficios particulares").

En los tiempos del Rey Felipe IV, señala GONZALO DE LAS CASAS, que sólo en el período de 1640 a 1646 se efectuaron transacciones de casi sesenta y dos mil oficios. "Enajenaciones al por mayor", habla este autor.

En 1693, sin embargo, el malhadado Rey Carlos II vuelve rigurosamente a prohibir la enajenación de los oficios, e incluso el Borbón Carlos III (1777) trató de que revirtieran a la Corona "lo enajenado" con la pertinente indemnización a los particulares.

La Novísima Recopilación (1805) poco pudo aportar a remediar esta situación. Nace ya en un período en que en Europa, se están llevando a cabo Codificaciones, sobre todo las napoleónicas, que no son sólo agrupaciones de Leyes, sino reelaboración y articulación de las mismas. Por lo tanto, hay que calificarla de sistema de Leyes desfasado (se insertan Leyes derogadas, se omiten otras que a la sazón estaban vigentes, algunas se incluían simplemente en notas, e incluso se cometieron errores de referencia tanto en el autor, como en las fechas de las mismas Leyes). De otro lado, Carlos IV por necesidades de la Hacienda Pública, sigue con la mala política de la enajenación de oficios.

Alboreando pues el siglo XIX, y en punto a la institución notarial, nos encontramos con los siguientes defectos que magistralmente resume AVILA ALVAREZ:

1.º Nombramiento de Escribanos por quien no debía nombrarlos, y a favor de personas no aptas para ello.

2.º Competencia personal. Al lado de los Escribanos residentes, con

competencia territorial ("limitada a un determinado territorio"), existían los Escribanos del Reino, cuyas atribuciones se extendían a todo el mismo y cuya conciliación con los residentes era fuente de problemas.

3.º Confusión de los distintos aspectos de la fe pública. "El que era investido de la fe pública judicial o de la administrativa, la ejercía también entre particulares, y así crecía desmesuradamente el número de los encargados de la fe pública extrajudicial, pasaban a ésta las corruptelas que se daban en la judicial y se hacía más difícil (por el distinto origen y dependencia de los fedatarios) el control de su actuación."

4.º Desconexión de los Escribanos entre sí, al no existir (salvo excepciones en Aragón, Cataluña o Valencia) la colegiación.

Había que proceder a *un arreglo del Notariado*, tarea que va a ser fruto del XIX.

EL SIGLO XIX LA LEY DE 1862

En la festividad de San José de 1812 (por eso se la conocerá *popularmente* como "La Pepa"), las Cortes de Cádiz aprueban la Constitución que han venido elaborando desde su apertura el 24 de septiembre de 1810. En lo que a este trabajo interesa, su artículo 258 establecía: "El Código Civil, y Criminal, y el de Comercio, serán unos mismos para toda la Monarquía, sin perjuicio de las variaciones que por particulares circunstancias podrán hacer las Cortes. "Como indica CASTÁN, con este precepto se inicia en nuestra Patria el movimiento codificador, y añade, "para dar aplicación práctica al precepto constitucional se nombraron en 1813, 1814 y 1820, Comisiones encargadas de formar el Código Civil; pero sus trabajos fueron interrumpidos por virtud del restablecimiento (por el Rey Fernando VII añadimos) del antiguo régimen". La última de estas Comisiones (la de 1820), redactó un Proyecto, si bien incompleto, del Libro I del Código Civil, presentándolo en el año 1821, que tiene la especialidad de apartarse del patrón napoleónico, pero no pasó a mayor gloria.

Con un carácter *particular* y privado de grandes medios, GOROSABEL publicó también un Proyecto de Código Civil, y la misma labor, pero con un carácter *oficial*, acomete MANUEL MARÍA CAMBRONERO; muerto, terminaron su obra (1836) TAPIA, VIZMANOS y AYUSO. Mas sin duda alguna el Proyecto más importante del Código Civil es el de 1851 o Proyecto de GARCÍA GOYENA. Proyecto también fracasado, quizá por su excesivo centralismo y afrancesamiento. Ante esta situación suele atribuirse a BRAVO MURILLO la frase "hagamos el Código Civil, pero por partes", y el Gobierno optó por la elaboración y publicación de Leyes especiales. En

seguida van a aparecer dos, entrañables para nosotros: la *Ley Hipotecaria de 1861* y la *Ley del Notariado de 1862*. De esta última nos referiremos ahora.

PRECEDENTES

No se puede decir —como afirman algunos autores— que desde 1805 hasta 1860 la normativa notarial era la misma. Hubo, creemos por la influencia de la Ley francesa de 25 Ventoso del año 11, una serie de disposiciones francamente interesantes. Así: El Decreto de 21 de abril de 1815, que reservó al Rey el nombramiento de Escribanos en los pueblos de su Señorío, ratificado por Real Cédula de 21 de enero de 1819.

El Real Decreto de 13 de abril de 1834, que atribuye a las Audiencias el examen y aprobación de los Escribanos.

El Reglamento de los Juzgados de 1.^a Instancia de 1 de mayo de 1844, que parece producir la deseada diferenciación entre Escribano y Notario.

La Real Orden de 4 de julio de 1850 en materia de residencia de los *Notarios* (se emplea ya la voz Notario en disposiciones oficiales) del Reino.

La Real Orden de 22 de mayo de 1851 de conservación de los protocolos, o la Ley de 29 de abril de 1855, *v.gr.*, por la que se ordenaba suspender las subastas de Notarios y Escribanías de número.

En definitiva, publicada la Ley Hipotecaria de 1861, como matiza GIMÉNEZ-ARNAU, “la reforma (notarial) estudiada desde tiempo atrás y largo tiempo deseada, se hace imprescindible. En este sentido suele citarse como un primer precedente de la reforma en el plano teórico la obra de JUAN JOSÉ SÁNCHEZ (Escribano real del Colegio de Valencia), *Nobleza de Escribano*; y en análogo sentido las Ordenanzas del Colegio de Madrid del año 1747.

El mayor impulso reformador, no obstante, lo da JOAQUÍN JOSÉ CERVINO, quien en el puesto de jefe del Negociado de Escribanos (lo que luego sería nuestra Dirección General) provoca la Real Orden de 14 de abril de 1844, siendo Ministro de Gracia y Justicia MAYANS, por la que se crean Cátedras de Derecho para la enseñanza del Notariado, y que desemboca en el año 1857 en la Carrera Superior del Notariado. El hecho es, que tras Proyectos de Ley del Notariado oficiales, como el del Ministro ARRAZOLA, o privados, como el de GONZALO DE LAS CASAS, es sancionada la LEY DEL NOTARIADO, el día 28 de mayo del año 1862, publicándose en la *Gaceta de Madrid* el día siguiente.

La Ley de 1862, se encuentra estructurada en *seis Títulos*, que hacen

un total de 46 artículos, dos disposiciones generales (arts. 47 y 48) y diez disposiciones transitorias.

El Título I “De los Notarios” trata del concepto del Notario, la obligatoriedad de su ministerio o función, la demarcación notarial, sustituciones, competencia territorial, y su dependencia del Ministerio de Justicia.

El Título II “Requisitos para obtener y ejercer la fe pública”, norma la oposición como sistema de ingreso en el Notariado, la necesidad de prestar fianza y juramento, así como las incompatibilidades.

El Título III, se ocupa “Del protocolo y de las copias del mismo que constituyen el instrumento público”.

El Título IV, se refiere a “La propiedad y custodia de los Protocolos e Inspección de las Notarías”.

El Título V lleva por rúbrica “Del gobierno y disciplina de los Notarios”.

Y, por último, el Título VI regula los “Derechos y premios de los Notarios”, donde se establece la retribución por el sistema de arancel, y las pensiones de jubilación y viudedad por inutilización o muerte por salvar el Protocolo.

Las *disposiciones generales* autorizan al Gobierno para dictar la normativa reglamentaria oportuna y derogan la legislación anterior que le sea contraria. Y, finalmente, las *disposiciones transitorias* esencialmente se refieren a la reversión al Estado de los oficios de la fe pública enajenados, la separación de la fe pública judicial de la extrajudicial y del sistema de oposición.

Con posterioridad a la Ley de 1862, Ley Orgánica del Notariado, han advenido *sus seis Reglamentos*, a saber, el primero que aparece el mismo año que la Ley, el 1862; el de 1874; el de 1917; el de 1921; el de 1935 (que curiosamente llevaba el nombre de “provisional”; y en materia electoral hubo que echar mano de él en nuestra reciente transición política); y el hoy vigente, con sucesivas modificaciones, de 2 de junio de 1944, que ostentó el carácter de definitivo por el trámite de audiencia del Consejo de Estado.

VALORACIÓN CRÍTICA DE LA LEY ORGÁNICA NOTARIAL

A juicio de la mayoría de los autores, la Ley de 1862, supuso un orden, un arreglo en lo que era desarreglo. En definitiva, *progreso*. Ciertamente, y sobre todo si se la enjuicia desde el prisma de nuestros días, que sus defectos son obvios; pero como señala otra vez AVILA ALVAREZ con precisión y justicia, “no se olvide que tales defectos acaso no lo eran en

1862, y aún siéndolo, interesaba más la publicación de una Ley no perfecta que la conservación del *statu quo*". Y frente a las críticas acerbas (de un COSTA, v.gr.) y a pesar de que hoy poco subsiste de la letra de su articulado, nos quedamos con las hermosas palabras de GONZÁLEZ PALOMINO: "... La Ley es como las XII Tablas del Notariado; matriz fecunda de sucesivos desarrollos, modelo perfecto de *leyes de sementera* y guía segura de cualquier reforma notarial."

Para terminar, y en cuanto a por qué se sustituye la palabra Escribano por la del Notario, cuestión que había quedado postergada, se han dado muy sesudas explicaciones; posiblemente habría que quedarse con la más sencilla, por la influencia de la Ley del Ventoso (16 de marzo de 1803), o sea, el afrancesamiento propio de la época. Recuérdese que la voz "*Notaire*", era la tradicional en Francia.

Volviendo a la Ley de 1862, podemos en conclusión afirmar sin temor a equivocarnos, que es a partir de ella cuando el Notario recupera su prestigio y arraigo que ha trascendido ciento treinta años después hasta el momento presente. Y ello, porque como anotaba GARCÍA DE CORTÁZAR (*Contribución al estudio de la transformación del régimen de oficios enajenados de la fe pública, en el régimen notarial vigente en España*, Ponencia presentada en el I Congreso Notarial Internacional del Notariado Latino, celebrado en Buenos Aires el 1948), en ella se contienen las bases fundamentales del Notariado moderno: a) *Función pública*: El Notario es un funcionario público que ejerce una función del Estado en interés público, suprimiéndose el concepto patrimonialista de la Notaría. b) *Función jurídica*: El Notario en la nueva Ley deja de ser un perito práctico, y se convierte en un jurista seleccionado por oposición. c) *Función extrajudicial*: El artículo 1 de la Ley es terminante al respecto, es el funcionario público autorizado para dar fe, conforme a las Leyes, de los contratos y demás actos extrajudiciales. d) *Función independiente*: El Notario en el ejercicio de sus funciones, no depende de autoridad alguna ni judicial ni administrativa (podríamos agregar, incluso puede impetrar el auxilio de las mismas). e) *Función unitaria*: La Ley establece también en su artículo 1, párrafo 2.º, que habrá en todo el Reino una sola clase de notarios. Y f) *Función conservadora*: Los notarios son los encargados de conservar los protocolos que pertenecen al Estado.

Su espíritu, pues, está ahí, y estimamos con GIMÉNEZ-ARNAU que ha de ser considerado como "*una gran conquista legislativa*, de la que no sólo una clase sale favorecida, sino que da prestigio al Estado y causa considerables beneficios al público interés".

EXPANSIÓN A LAS AMÉRICAS

Reseña histórica

En la época de los grandes descubrimientos geográficos (final de la Baja Edad Media y comienzos de la Edad Moderna) el objetivo posiblemente esencial consistió en llegar a la India; España y Portugal se pusieron a la cabeza del movimiento descubridor. Era tradicional la experiencia catalano-aragonesa en el Mediterráneo, y las exploraciones de castellanos y portugueses por el Atlántico.

Portugal, con el magnífico impulso que recibe de Don Enrique “El Navegante”, se lanzó a la empresa de la India por la ruta del Este. Bartolomeu Dias en 1486 dobla el Cabo de Buena Esperanza. Y en 1498 la flota de Vasco da Gama llega a la India.

España, reinando los Reyes Católicos, acoge a un marino llamado Colón, que se lanza para llegar a la India, a Asia, por la ruta del Oeste; y este esfuerzo va a llevar tras sí el descubrimiento de América. Los modernos historiadores se preguntan si realmente Colón quiso llegar a la India por Occidente o si intuyó un nuevo mundo; y parece que Colón murió creyendo que había llegado a las Indias. Pero estuviera errado o no, aportó a la humanidad el hallazgo del Continente americano.

Los Reyes Católicos, que habían financiado la expedición colombina, se preocuparon en seguida por obtener las *garantías legales* sobre las tierras descubiertas en las Indias. Ello vuelve a plantear el conflicto de las relaciones hispano-portuguesas, que es resuelto por la bula “Inter Caetera” del Papa Alejandro VI, otorgando a los españoles el dominio y posesión de las tierras situadas a cien leguas al Oeste de las Azores (1493). Y por el Tratado de Tordesillas (1494) se confirma la división del mundo en dos hemisferios: el oriental, portugués, y el occidental, español. La línea de demarcación se fijó a 370 leguas al Oeste de Cabo Verde.

La Corona española inició con rapidez la *conquista y colonización del Nuevo Mundo*. Así la expedición de Ovando, 1502, marca el comienzo de la de las Antillas; en 1513, Vasco Núñez de Balboa atraviesa el istmo de Panamá y descubre el “Mar del Sur” (Pacífico); en 1519, Cortés conquista Méjico; en 1520, Magallanes encuentra el paso que une el Atlántico con el Pacífico por el estrecho que todavía lleva su nombre; en 1536 Pizarro somete a los incas; en 1540, se produce la expedición de Pedro de Valdivia a Chile (Nueva Extremadura); y en 1541 se adentra en el Marañón-Amazonas, Orellana. Esto resumidamente en cuanto a las grandes conquistas, por lo que como señala ELLIOT, hacia mediados del siglo XVI, el período de conquista, puede considerarse terminado y comienza la época colonial.

EL DERECHO EN EL NUEVO MUNDO. LAS LEYES DE INDIAS (Sinopsis)

El Derecho de las Indias nace del Derecho castellano, adaptando éste a las necesidades del Nuevo Mundo. Esto no quita que hubiese un Derecho especial de Indias, porque si el Derecho requiere aproximación al hecho, *había que dictar normas propiamente indianas*, o sea, para regular aquellas manifestaciones de la vida social, que por darse solamente en el Continente americano, requerían soluciones jurídicas distintas de la Península. Pero la aplicación del Derecho castellano, no se olvide, se hace con un carácter pleno en todo aquello que no esté regido por leyes especiales. Es más, hasta comienzos del siglo XVII, toda Ley castellana rige sin ningún otro trámite en las Indias; sólo a partir de 1614 las Leyes que se promulguen en Castilla, se aplican al mundo indiano cuando son expresamente aprobadas para el mismo o cuando reciben el visto bueno del Consejo de Indias.

Efectivamente, lo que sucede, como apunta GARCÍA GALLO, es que “la gran distancia de la Corte a que se encuentran las Indias y la gran variedad que presentan sus diferentes partes, hacen difícil legislar para ellas desde España, y por ello, en la tarea legislativa se llega a una cierta *descentralización*, y en mucho mayor grado que en la Península” (Disposiciones de Virreyes, Audiencias, Ciudades, etc.).

En consecuencia, la aplicación de la legislación, sea procedente de la Metrópoli, sea “descentralizada”, en las Indias, se encuentra principalmente con serio obstáculo (y en esto coinciden la mayoría de los tratadistas de Historia del Derecho): el que las normas sean conocidas; *el problema de su conocimiento*. En un principio se trata de paliar la cuestión con la formación de Índices o tablas (Repertorio de Maldonado en Méjico en 1556), pero pronto el sistema se sustituye por el de Recopilación. Destacaríamos: La compilación de Vasco de Puga en Méjico, que contiene las disposiciones dictadas entre 1525 y 1562; también en este virreinato, el Proyecto del Virrey Toledo (1570).

Las Ordenanzas de Ovando (1569-1571), que como tal Cuerpo de Leyes u ordenanzas fracasa y no recibe la sanción real, ni del Papa al abordar materias eclesiásticas, pero algunos de sus Títulos, se promulgan como Ordenanzas aisladas: “Del Consejo de Indias —1571—, de descubrimiento y nuevas poblaciones —1573— o del Patronato Real —1574—”.

El Cedulaario de Encinas (1582-1586), etc. *Es a partir de 1603*, cuando el propio Consejo de Indias inicia los trabajos de una auténtica recopilación de Leyes. Fruto de los mismos y tras distintos Proyectos, Revisiones, Colecciones..., retrasos en definitiva, aparece *La Recopilación de Indias de 1680*. Se compone de nueve libros que tratan: Libro I: Derecho ecle-

siástico, enseñanza y libros; Libro II: Leyes y Organización del Consejo de Indias, de las Audiencias de éstas, y Tribunales especiales; Libro III: Del dominio sobre el Nuevo Mundo, virreyes y gobernadores, organización militar e informaciones al Rey; Libro IV: Descubrimiento y población, organización de los pueblos y economía; Libro V: Autoridades judiciales y Derecho procesal; Libro VI: Sobre los indios; Libro VII: Derecho penal; Libro VIII: Hacienda, y Libro IX: Navegación y comercio.

Esta obra, una de las más importantes del reinado del Rey don Carlos II, no se limitó a reproducir las disposiciones, sino que en abundantes casos les da nueva redacción y en otros contiene nueva normativa; mas con todo lo más significativo, es que se promulga con carácter GENERAL, derogándose las disposiciones no recopiladas. A partir de 1740, se inicia la tarea de su reforma; pero tras los intentos de Carlos III (*Nuevos Códigos de Leyes de Indias*, que no vio su publicación) y Carlos IV, a comienzos del XIX, sobreviene la *Independencia de las Américas*.

Sin embargo, como decía el Notario JOSE MARÍA FONCILLAS ("El Notariado en la República de Chile", REVISTA CRÍTICA DE DERECHO INMOBILIARIO, núm. 60, año V). "El movimiento que inició Bolívar, el Libertador, asegura después de Ayacucho, la independencia de un mundo; pero con todo, el cordón umbilical, *nutridor de la savia española*, no se *había cortado* para tantos órdenes de la vida de aquellas naciones juveniles... Todavía y durante medio siglo desde entonces, aquel monumento, gloria española, de la Recopilación de Indias, reguló en Chile (apostillamos: y en la generalidad de las nuevas naciones americanas), los requisitos para crear la escritura pública, y las condiciones de su validez." ... Volvemos, pues, al Notariado.

Pero ya, al Notariado en América. Dos son los sistemas claves en cuanto a la organización del Notariado en el mundo. *El sistema del Notariado sajón*, y el sistema del *Notariado latino*. Y aunque los dos tipos admiten múltiples variantes, podemos afirmar que el primero no solemniza el documento (todo lo demás firmas del mismo), en tanto que el segundo procede a conformar el instrumento público.

De ahí que en el primer sistema el Notario no tiene el carácter de funcionario. Es solamente un profesional. Un profesional que únicamente es "funcionario" (*officer*) en aquellos actos en que el Derecho Internacional exige autenticidad. En cambio, en el llamado sistema latino (que es el español), el Notario implica ser un profesional y a la vez, un funcionario público. En efecto, el artículo 1, párrafo 2.º, del Reglamento Notarial español, determina: "Los Notarios son a la vez profesionales del Derecho y funcionarios públicos, correspondiente a este doble carácter la organización del Notariado. Como profesionales del Derecho tienen la misión de

asesoramiento a quienes reclaman su ministerio y aconsejarles los medios jurídicos más adecuados para el logro de los fines lícitos que aquéllos se proponen alcanzar.” Y el párrafo 3.º añade: “Como funcionarios ejercen la fe pública notarial...”

Estas son si se quiere de un modo simplista, las características del Notariado sajón y del Notariado latino. Y, *¿cuál de los dos sistemas es el preferido o seguido por los países hispanoamericanos?* Para averiguarlo vamos a echar una ojeada al tantas veces denominado *Nuevo Mundo*, pero advirtiendo que desde un punto de vista puramente ejemplificativo, sencillo y llano.

Argentina

Nadie discute que los conquistadores españoles llevaron consigo “Escribanos”. Estos, se ocupaban en principio de documentar la toma de posesión de tierras, ciudades y pueblos. Más tarde, autentificaban los contratos y testamentos. Lo cierto es, que el llamado Derecho de la Metrópoli, como dice SAVARI, no sólo se mantiene hasta la independencia de la Argentina (1810), sino que subsiste a la misma. Así, por lo que se refiere a la institución notarial, no es el Código de 1871 (Código conocido como de Vélez Sarsfield), sino primordialmente la Ley de 12 de noviembre de 1886 (De Organización de los Tribunales para la Capital Federal y Territorios Nacionales), la que sienta las bases de un Notariado autóctono.

La primera Ley orgánica (1927) aparece para Buenos Aires, que en el año 1934, obtiene la Ley Notarial. Esta Ley Notarial modificada sobre todo en 1959, ha sido seguida en sus líneas generales por otras provincias; así, *v.gr.*: Córdoba, Corrientes, Chaco, Chubut, Entreríos, La Pampa, La Rioja, Mendoza, Misiones, Neuquen, Salta, San Luis, etc.

La competencia del Notario en la Argentina es *semejante a la del resto* del llamado no hace mucho *sistema latino*. Esto es, dar forma solemne a los actos y negocios jurídicos de los otorgantes, sean personas físicas o jurídicas, públicas o privadas. Para el ejercicio profesional; es necesario cursar los correspondientes estudios en las Escuelas del Notariado, que dependen de las Facultades de Derecho.

También la llevanza y custodia del protocolo es sinónima de la hispana. Funcionan los Colegios de Escribanos, que ejercen potestad disciplinaria sobre sus miembros; esta colegiación, no obstante, carece de una pirámide al modo del Consejo Superior francés o nuestra Junta de Decanos. Y por lo demás, pertenece Argentina como la generalidad de los países de Hispanoamérica (incluida Venezuela, que, como veremos excepcionalmente

sigue la pauta del Notariado sajón) a la Unión Internacional del Notariado latino.

Bolivia

No existen datos rigurosos sobre los precedentes prenotariales que pudiera haber entre los aimares y los quechuas. Lo cierto es que en el siglo XV se hallaban bajo el dominio de los incas. De ahí que la historia de Bolivia es durante la etapa colonial la de Perú. En 1539, el enviado de Pizarro, Pedro Anzures, funda Charcas. Surgen luego Potosí (1545), La Paz (1548), Trinidad (1556), Santa Cruz (1557) o Cochabamba (1574). Los archivos de la Audiencia de Charcas (que se crea en 1559), como Tribunal de Justicia dependiente del virreinato de Perú, prueban la existencia de Escribanos que intervenían no solamente en la fundación de ciudades, sino también en la contratación privada, al modo y con las competencias de los Escribanos españoles de la época. Redactaban igualmente los testamentos.

Actualmente, los llamados *Notarios de Fe Pública* son designados por la Excelentísima Corte Suprema de Justicia de la Nación, en base a ternas elaboradas por las Cortes Superiores de los Distritos Judiciales de la República.

En cuanto a sus funciones, los Notarios *son funcionarios públicos* establecidos para autorizar todos los actos, testamentos y contratos a que las partes quieran dar el carácter de autenticidad, con sujeción a las prescripciones de la Ley. Por cierto, que la materia testamentaria, aparece perfectamente regulada al modo español, en el propio Código Civil de la República de 6 de agosto de 1975 (en vigor desde el 2 de abril de 1976), en los artículos 1.127 y siguientes, al tratar de los testamentos cerrados, abiertos, especiales, y de extranjeros o celebrados en país extranjero.

Se llevan los Protocolos, cuya custodia y conservación está encomendada a los Notarios de Fe Pública y no al Estado. Por lo que atañe a la retribución, para los Notarios de Fe Pública en Bolivia, se sigue el *sistema arancelario*, arancel que es fijado también por la Excelentísima Corte Suprema con sede en Sucre.

La fase de colegiación notarial en Bolivia se encuentra todavía en formación. Destacar aquí el Colegio de la Paz que se crea en el año 1949. Finalmente, están *sujetos a responsabilidad* civil, penal y disciplinaria, radicando esta última en las respectivas Cortes Superiores, las cuales podrán delegarlas en los Jueces.

Como vemos, con sus matices, el Notariado boliviano *sigue el patrón del Notariado latino*, magníficamente resumido éste en la conclusión a)

del apartado B) del ya lejano Primer Congreso Internacional del Notariado Latino celebrado en Buenos Aires en 1948. “El Notario latino es el profesional del Derecho, encargado de una función pública consistente en recibir, interpretar y dar forma legal a la voluntad de las partes, redactando los instrumentos adecuados a este fin y confiriéndoles autenticidad; conservar los originales de éstos y expedir copias que den fe de su contenido. En su función está comprendida la autenticación de hechos.”

Colombia

La normativa fundamental está contenida en el Decreto 960/1970, que se denomina “Estatuto del Notariado”; ha sufrido algunas modificaciones, siendo tal vez la más importante la operada por Ley 29/1973 y Decreto 717/1974.

El artículo 3 relata con prolijidad la *competencia del Notario*: recibir, extender y autorizar las declaraciones que conforme a las leyes requieren escritura pública y aquellas a las cuales los interesados quieren revestir de esa solemnidad: Reconocimiento de documentos privados. Autenticidad de firmas. Dar fe de la identidad que exista entre un documento y su copia. Acreditar la existencia de personas. Llevar el protocolo. Expedir copias y testimonios. Redactar los testamentos, así como la apertura y protocolización de los testamentos cerrados. Tienen también competencia en cuanto al Registro Civil... “Y las demás funciones que les encomiendan las leyes”.

El artículo 5 determina la *retribución* por las partes, según la tarifa oficial (arancel). Y su artículo 10 establece la *incompatibilidad* con todo empleo o cargo público o con el ejercicio de la profesión de Abogado.

La circunscripción se denomina *círculo notarial*, que corresponde al territorio de uno o más municipios del mismo departamento, uno de los cuales será la cabecera y la sede del Notariado. Se *distinguen tres categorías de Notarios*: de primera, que deben ser Abogados y haber ejercido el cargo de Notario, Registrador o Juez por plazo de cuatro años o de Profesor en materias jurídicas durante seis años o de Abogado durante diez años; y en el caso de no ser Abogado se requiere el ejercicio por lo menos de ocho años en Notaría de segunda o doce años en Notaría de tercera; el círculo notarial ha de comprender trescientos mil habitantes o ser la capital de la República para ser servido por Notarios de primera, de segunda (cincuenta mil a trescientos mil) y de tercera (menos de cincuenta mil).

Se diferencia igualmente entre Notarios de carrera y Notarios en ser-

vicio. Los primeros tienen un escalafón, no así los segundos, que ejercen funciones notariales, pero sin pertenecer a la carrera.

Finalmente, diremos que el cargo puede desempeñarse en propiedad, en interinidad o por encargo y que la normativa colombiana se extiende también a regular el *Colegio de Notarios* (cuyos estatutos y reglamentaciones requieren la aprobación del Ministerio de Justicia), responsabilidades, vigilancia e inspección que corresponden al mismo Ministerio a través de la superintendencia de Notariado y Registro.

Costa Rica

En este país, desde su independencia, la función notarial *está compartida* por los Escribanos, los Jueces y los Alcaldes. Así lo reconoció la Ley Orgánica de 12 de octubre de 1887 y la Ley de 5 de enero de 1943. La cartulación o autorización del documento (instrumento) público, por regla general, corresponde al Notario o Escribano; sólo no habiendo Notario en el distrito puede autorizarlo el Juez (bien de Primera Instancia o Civil) o el Alcalde. De todas formas, *para su plena eficacia* las escrituras han de ser notarialmente *protocoladas*.

Los Notarios han de ser Abogados y dependen de la Corte Suprema de Justicia.

Cuba

Como en el resto de los países hispanoamericanos —LOSADA— rigió hasta su independencia la legislación española. Es más, al ser Cuba una de nuestras últimas colonias que alcanza la independencia (1898), rigió la Ley de 1862, que se promulgó como Ley para Cuba el 29 de octubre de 1873. A partir de 1899 surgen abundantes disposiciones en materia notarial hasta el *20 de febrero de 1929*, fecha en la que se publica el Código Notarial cubano, de clarísima inspiración hispana.

El 17 de diciembre de 1937 aparece la llamada Ley Notarial, que desarrolla el Decreto 1069/1938. Esta Ley asignó al Notariado cubano la mayor parte de la jurisdicción voluntaria, que con anterioridad era ejercida exclusivamente por el poder judicial. Finalmente, bajo el régimen de Fidel Castro, con más o menos altibajos legislativos, podemos decir que se ha incrementado la presencia notarial (incluso en materia de confiscaciones).

Chile

Señalaba FONCILLAS la existencia en Chile de *dos clases de Escribanos*: los Escribanos reales, que autorizaban los actos propios de la realeza, y los Escribanos de número, que intervenían en los actos de las personas privadas. Suele incluso citarse como primer Escribano real chileno (Real Cédula de 1540) a Pinel.

Tras su independencia, por Decreto de 3 de septiembre de 1866 se separa la fe pública judicial y la extrajudicial, reservando esta última al Notariado. En el año 1925 (19 de marzo) se aprueba el Código del Notario. Hoy se exige el título de Abogado para el ejercicio de la fe pública notarial. Sus competencias son *similares* a las del Notariado español. Llevan además los Registros de Bienes Raíces, de Comercio y de Minas (sector éste vital para la economía del país).

Custodian el protocolo (de 500 folios), que remiten anualmente al llamado Notario Archivero. Las tareas de inspección y vigilancia son ejercidas por los Tribunales de Justicia.

Ecuador

Los Notarios están estructurados dentro de la Ley Orgánica del Poder Judicial. Ya en su artículo 127 previene: “Son Notarios los funcionarios llamados a intervenir en el otorgamiento de las escrituras públicas y demás instrumentos auténticos, desempeñando las funciones que correspondían a los Escribanos. “Para ser Notario se requiere: ser ciudadano en ejercicio de los derechos civiles, mayor de veinticinco años, gozar de buena reputación y sufrir el correspondiente examen. *Hecho el nombramiento* (art. 131), será expedido el título (de Notario) *por la Corte Superior*, dándole posesión el Juez provincial..., pasando a hacerse cargo del Archivo (Protocolo). Estos nombramientos están sujetos a caducidad (seis años), pero los que hayan aprobado por oposición no tendrán necesidad de nuevo examen.

Están sujetos (independientemente de la penal) a responsabilidad disciplinaria. Deben prestar para el ejercicio de la función notarial fianza personal o hipotecaria. Destacar finalmente que la vigilancia suprema (supervigilancia) será ejercida por la Corte Superior en cuestión.

La función del Notario ecuatoriano, pues, como la de la institución notarial hispana, es esencialmente autorizar escrituras que tienen las características de autenticidad y fuerza probatoria. Y aunque esté “integrado”, por decirlo de algún modo, dentro del Poder Judicial del Estado, su órbita es la jurisdicción voluntaria.

El Salvador

El 7 de diciembre de 1962 la Asamblea legislativa de la República de El Salvador aprueba el Decreto 218, conocido como *Ley del Notariado*. Es Presidente de la República don Julio Adalberto Rivera y Ministro de Justicia don Alvaro Marino.

El artículo 1 de dicho Cuerpo legal determina que el Notariado es una función pública. “En consecuencia, el Notario es un delegado del Estado que da fe de los actos, contratos y declaraciones que ante sus oficios se otorguen y de otras actuaciones en que personalmente intervenga, todo de conformidad con la Ley”. Compárese con nuestro artículo 1 del Reglamento Notarial.

Los instrumentos notariales son (art. 2): escritura matriz, que es la que se asienta en el protocolo; escritura pública o testimonio, que es aquella en que se reproduce la escritura matriz, y actas notariales, que son (curiosamente) las que no se asientan en el protocolo.

Conforme a su artículo 4, sólo podrán ejercer la función del Notariado quienes estén autorizados por la Corte Suprema de Justicia. Y para obtener esta autorización se requiere:

- ser salvadoreño;
- estar autorizado para el ejercicio de la profesión de Abogado en la República;
- someterse a examen de suficiencia en la Corte Suprema de Justicia aquellos salvadoreños que hubieren obtenido su título universitario en el extranjero.

También podrán obtener dicha autorización los centroamericanos autorizados para ejercer la abogacía en El Salvador y que tengan dos años de residencia en el país por lo menos, siempre que no estén inhabilitados para ejercer el Notariado en su país y que en este último (reciprocidad) puedan ejercer dicha función los salvadoreños.

El artículo 5 añade que los jefes de misión diplomática permanente y cónsules de carrera podrán ejercer las funciones notariales en los países en que estén acreditados. Y que los Jueces de Primera Instancia con jurisdicción en lo civil podrán ejercer el Notariado “tratándose de testamentos”.

Para acabar, diremos que es la Corte Suprema de Justicia quien emite el acuerdo donde se contiene la “nómina”, por orden alfabético, de los Abogados autorizados para el ejercicio del Notariado en forma permanente; dicha relación será aumentada por acuerdos especiales respecto de los Abogados que en lo sucesivo llenen los requisitos necesarios para ejercer tal función. Los Abogados idóneos, cuyos nombres hubieren sido

omitidos en la nómina, podrán pedir a la Corte que se amplíe el acuerdo y obtener la consiguiente autorización. Todos estos acuerdos deberán ser publicados en el *Diario Oficial*. Autorizado un Notario, no podrá ser excluido si no es por resolución de la Corte conforme a la Ley.

Guatemala

Fundamentalmente rige el Código del Notariado de 1963. Para el desempeño de la función notarial se exige la formalidad de la *inscripción* del *Abogado-Notario en la Corte Suprema*, sección o departamento de Archivos y Protocolos. En lo demás: competencia, llevanza del protocolo, retribución, etc., corre la organización del Notariado guatemalteco *paralela* a la institución notarial española.

Honduras

Por Ley de 1 de noviembre de 1880 (1.^a Ley del Notariado) se escinden la fe pública judicial y la fe pública extrajudicial, criterio que es confirmado por la Ley de 26 de marzo de 1930. Como apunta MURILLO SELVA, el Notario en Honduras interviene en actos de la vida civil y mercantil, asesorando, redactando y *autorizando los instrumentos públicos* (también los testamentos) y custodiándolos en el protocolo.

Igualmente, los nombramientos notariales competen a la Corte Suprema de Justicia, a quien se encomienda la potestad disciplinaria.

México

Hay quien recuerda que el propio Hernán Cortés había hecho aprendizaje de Escribano en Valladolid. No tiene que extrañar, pues, como indican VÁZQUEZ PÉREZ y MONROY ESTRADA en sus *Antecedentes del Notariado mexicano*, México, 1962, que desde 1573 los Notarios constituyan cofradías (embrión del Real Colegio de Escribanos de México de 1792).

Después de la independencia la primera disposición interesante en materia notarial aparece con el *Decreto de 1834*, que sigue la pauta del sistema de la antigua metrópoli. La *Ley para Arreglo de la Administración de Justicia de 1853* establece unos requisitos *sine qua non* para el cargo de Notario: estudios universitarios, período de prácticas (dos años) y examen

de aptitud ante el Tribunal Supremo. Mas este sistema se derrumba en parte al triunfar en México el modelo federalista. Con acierto, dice GIMÉNEZ-ARNAU que ello dio lugar a *leyes diferentes en cada Estado*, aun cuando sean todas muy similares.

Así, por ejemplo, en México, Distrito Federal, desde la Ley de diciembre de 1945 (31 de diciembre) el Notario es, a la vez que funcionario público, un profesional del Derecho, cuyo reino es el instrumento público (escrituras, actas, protocolización de documentos, testimonios, legitimidad de firmas...) y cuyo archivo es el protocolo. Han de ser Abogados y aprobar un examen-oposición (este examen no se exige en otros Estados).

Nicaragua

Desde la Ley de 7 de noviembre de 1905, lo más característico del Notariado en la República de Nicaragua es ser un sistema de Abogado-Notario libre. Esto es, se faculta al Notario para actuar o autorizar (cartular) en cualquier punto de la nación. Son depositarios de la fe pública extrajudicial y su nombramiento depende de la Corte Suprema.

Panamá

Se encuentra su regulación en el propio Código Civil (arts. 1.714 a 1.752) y en los Decretos-Ley 10/1957 y 14/1958. La función del Notario es, por supuesto, semejante a la española. Son nombrados por el Procurador general. La colegiación no existe como en muchos otros países iberoamericanos, pero no deja de ser una necesidad sentida.

La llevanza del protocolo es análoga a la hispana y en él se asientan por el Notario los actos, contratos y declaraciones que ante él se otorguen, salvo los exceptuados por la Ley. Como indicaba NÚÑEZ LAGOS, tienen los Notarios, como en todas las legislaciones que siguen el llamado patrón latino, una primordial función de *autenticación documental*.

Los Notarios son responsables de los perjuicios que por su negligencia, malicia o ignorancia inexcusables pudieran ocasionar a las partes, pudiendo además ser inhabilitados o suspendidos (el art. 346 de nuestro Reglamento Notarial, independientemente de las responsabilidades civiles o penales, abre el título dedicado a las correcciones disciplinarias que ha inspirado mucha de la nueva normativa americana).

Paraguay

Desde el Código Civil de 1876, podemos afirmar que los Escribanos son las personas habilitadas por la Autoridad competente para redactar, extender y autorizar bajo su fe y firma todos los actos y contratos que deben celebrarse con su intervención. Se distinguen *dos clases*: Escribanos y Notarios públicos. Sigue igualmente esta República el sistema de Notariado latino: actividad (incluso de Registro Civil), protocolos, expedición de copias y testimonios, etc.

Perú

Prescindiendo de antecedentes históricos remotos, magistralmente estudiados por CHEPOTE y ORIHUELA en la *Revista Int. del Notariado*, donde se indica la figura del “Quipucamayoc”, autoridad política y judicial que desempeñaba también funciones notariales, lo que es indudable es que Pizarro llevó consigo a Escribanos que aplicaban el Derecho de Castilla. Y este Derecho de Indias, con sus virtudes y sus defectos —principalmente, como sabemos, la enajenación de oficios—, va a subsistir no sólo hasta la independencia del Perú, sino hasta el Código de Enjuiciamiento Civil de 1852 y el Reglamento de Tribunales de 1855.

El citado Código establece *cuatro clases de Escribanos*, siendo los propiamente Notarios (en el sentido español) los Escribanos públicos o de instrumentos. Los actos en que intervienen se dividen en actos de “registro” (contratos, protocolizaciones, testamentos, escrituras en general) y “fuera de registro” (legalizaciones, poderes, cotejos...). Dependen en cuanto a su organización de las Cortes Superiores de Justicia. Decir, para acabar, que las modificaciones legislativas posteriores, en lo primordial, no han alterado el sistema. Los Colegios Notariales más señeros son los de Lima —creado en el año 1943— y el Callao; con posterioridad han surgido otros en Piura, Lambaye, La Libertad...; pero la influencia del de Lima es tan notoria que, como anota RAFAEL CHEPOTE, sus estatutos rigen en los demás de la nación.

La potestad disciplinaria compete también a las Cortes Superiores de Justicia y los Juzgados de Primera Instancia, criterio que tampoco ha variado desde la Ley del Notariado de 1911.

Puerto Rico

Lo mismo que Cuba, vio regir la Ley orgánica de 1862. Tras su independencia y Tratado de Paz con España de 1898, la mejor prueba del

enraizamiento de la institución notarial española la da el propio Código Civil de este Estado. Así, por vía de ejemplo, los artículos 644 y siguientes con relación al testamento abierto *calcan*, valga la expresión, los artículos 694 y siguientes de nuestro primer Cuerpo legal civil.

República Dominicana

El principal cometido del Escribano (Notario) es autorizar testamentos y dar autenticidad, de acuerdo con las leyes, a las declaraciones de voluntad, contratos o convenciones. Depende su nombramiento de la Corte General de Justicia. *El Abogado-Notario público* ejerce su función por distritos, siendo el nacional el correspondiente a la capital.

Uruguay

Como decía algún autor, en Uruguay podemos observar una *triple* reglamentación de la institución notarial: el Escribano propiamente dicho, el Escribano de la Administración y el Actuario. Aparte, claro, de las funciones notariales de los Cónsules. Tras la Ley de 1858, y en lo que nos interesa, se establecieron dos “registros”, uno para las escrituras públicas y otro para los documentos que se deban protocolizar. La Ley de 31 de diciembre de 1878 exige para ingresar en el Notariado título universitario, hoy carrera del Notariado en la Facultad de Derecho; pasantía o prácticas de dos años en una Notaría y otros dos en una actuaría; examen ante un Tribunal de Escribanos y ulterior examen ante el Tribunal Superior de Justicia. Con aclaraciones y modificaciones posteriores, este régimen pervive.

Todo escribano, además del signo y firma, “podrá usar alguna seña particular” en precaución de cualquier adulteración o falsificación, lo que comunicará, junto con el signo y firma, el Secretario de la Alta Corte. La fiscalización corresponde a los Tribunales de Justicia.

La conclusión es obvia. La savia española de que hablaba FONCILLAS aparece clara. La generalidad de los países hispanoamericanos, con la excepción de Venezuela (y no se olvide que la excepción confirma la regla), *sigue el sistema de Notariado latino.*

LA INSTITUCION REGISTRAL

ACOTACIONES HISTÓRICAS

Escribía TIRSO CARRETERO en un artículo publicado también en la REVISTA CRÍTICA DE DERECHO INMOBILIARIO (enero-febrero 1965): “De tiempo en tiempo la publicidad inmobiliaria sufre *crisis* de crecimiento como todos los seres y todas las instituciones. Cuando sus formas no se acomodan a la realidad social, la publicidad hace crisis, parece desvanecerse; muchos despistados aplauden el fenómeno creyendo que ha habido un progreso jurídico y un paso más hacia la libertad del hombre. Pero pronto se comprende el error: la *publicidad resurge*, remozada, acomodada a la nueva realidad social y, muchas veces, reforzada para vengarse del período de loca clandestinidad”.

Hoy día la publicidad inmobiliaria corre a cargo de la institución del *Registro de la Propiedad* (véase el art. 1 de nuestra Ley Hipotecaria), pero este instituto obedece igualmente a un desenvolvimiento histórico. De los precedentes registrales en Babilonia o entre los hititas o en el Derecho asirio, e incluso en el Código de las Leyes de Manú del pueblo indio, se ocupan autores del prestigio de PUGLIATTI (*La trascrizione*). De los antecedentes griegos, SALVIOLI; de los egipcios es interesante citar a RAMOS FOLQUES, quien en 1961 publica en nuestra REVISTA CRÍTICA *El Registro de la Propiedad egipcio según la literatura papirológica registral egipcia*. CAMY refleja hasta pasajes del Génesis.

Sin dejar de reconocer su interés, entendemos con ROCA SASTRE que estos, la mayor parte de las veces, “catastros inmobiliarios” no son más que atisbos del Registro de la Propiedad futuro.

En el *Derecho romano primitivo* la transmisión de los bienes era esencialmente formalista. Regían como mecanismos de la transmisión la *mancipatio* (aplicable a las *Res Mancipi*: esclavos, feudos itálicos y animales de tiro y carga) y la *In iure cessio* (*Res Mancipi* y *Nec Mancipi*). Por la *mancipatio* —ARIAS RAMOS—, el adquirente y el transmitente comparecían ante el *libripens* y cinco testigos rogados; el adquirente emitía las palabras rituales: “Hanc rem ex iure Quiritium meam esse aio”, y el transmitente o enajenante guardaba silencio expresivo de su asentimiento. Para BONFANTE, los testigos actuaban a modo de *registro viviente* como prueba de la transmisión operada.

La *In iure cessio* era un proceso fingido (*Ficta*) en el que el adquirente simulaba ser el demandante y el transferente se allanaba a su pretensión. La función aquí de publicidad la desempeñaba el Magistrado. Y existían otras formas que podemos calificar de publicidad en esta época primitiva,

como, por ejemplo, la *Adjudicatio* en los juicios divisorios (*familiae erciscundae*, *commune dividundo* y *finium regundorum*), que, igualmente, realizaba el Magistrado. Pero como matiza el propio TIRSO CARRETERO, había una ausencia de toda idea de protección de terceros.

En el *Derecho Romano clásico* estos dos mecanismos de transmisión van a ser paulatinamente sustituidos por la *Traditio*, que implica la *negación de toda la publicidad*. Sólo quedó un cierto resquicio publicitario en la *insinuatio* para aquellas donaciones o liberalidades que excedieran de ciertos límites. La clandestinidad provoca una enorme confusión en la propiedad de las tierras y algunos Emperadores (Constantino con dos Constituciones en el Derecho postclásico, por ejemplo) tratan de poner remedio a esta situación; pero se consume en el Derecho justiniano con la primacía y unidad de la *Traditio*.

La característica, sin embargo, del *Derecho germánico* es que la transmisión inmobiliaria se haga con *publicidad*. Brevemente, podemos decir que el acto de transmisión es un negocio del tipo de los reales (negocio real), con dos apartados, el contrato de enajenación encaminado a la transmisión, y la entrega propiamente tal del inmueble a través de la “investidura” (*Auflassung*), que se simboliza con la entrega de una rama o un puñado de tierra, etc., para dar a entender al *público* el abandono de la cosa por el enajenante, y posesión de la cosa (*Gewere*) y recepción por el adquirente.

Más adelante estos rituales o ceremonias que se realizaban en el propio fundo pasaron a celebrarse ante los Tribunales o ciertos funcionarios. Y ya desde la Alta Edad Media, como con más o menos variaciones señalan los hipotecaristas (D. JERÓNIMO, CAMY, ROCA, CHICO y BONILLA entre nosotros, v.gr.), se reflejó la transmisión del inmueble en *libros* especiales. El ejemplar más famoso es el de la parroquia de San Martín de Colonia (1135).

Estos libros, que aparecen luego en otras ciudades de la Liga Hanseática (Hamburgo, Bremen, Lübeck, Dantzig...), se refirieron, primero, a las fincas urbanas, para después hacerlo con las fincas rústicas e inmuebles en general; y de otro lado, de un sistema meramente cronológico de llevanza, se pasó a abrir un folio especial para cada finca, originando el sistema de *folio real*, sin duda alguna, para nosotros, el más perfecto (arts. 242 y 243 de nuestra LH).

En lo que atañe a *España*, prescindiendo de la etapa primitiva, a medida que España va siendo conquistada por Roma, ésta impone su propia concepción del Derecho, y ya nos es conocido cómo el Derecho Romano desemboca en una ausencia de publicidad. No obstante, hay autores (JERÓNIMO GONZÁLEZ) que incluso en este período citan ejemplos

precursores del Registro de la Propiedad. La *Lex malacitana*, a juicio de D. JERÓNIMO preconizaba un Registro de contratos. A nuestro juicio esta Ley, como otras similares (*Lex de urso*, *Lex salpensa*...), no eran sino leyes especiales “municipales” y, por tanto, que se ocupaban de la organización de colonias y municipios.

Van a ser los *Fueros Municipales* quienes decididamente instauren el sistema de publicidad inmobiliaria. Toda la doctrina está de acuerdo en ello. Y la formalidad más generalizada es la *roboratio*. Así, el Fuero de Alcalá señala que se haga constar por escrito los contratos de venta de heredades y haciendas, y que “sea robrado —confirmación de la transmisión por los testigos— en la colación exida de la Misa”.

Más perfecto el Fuero de Sepúlveda, establece la *roboratio* ante el Concejo y en unos días determinados: el día o el martes de las Ochavas de Navidad, o el martes de las Ochavas de Pascua, o el martes de las Ochavas de Quincuagésima. El Fuero de Baeza (y en análogo sentido otros como los de Consuegra o Plasencia) preceptúan que la venta se pregone durante el plazo de tres días por la ciudad. El Fuero de Navarra ordena el pregón a toque de campana durante tres domingos consecutivos. Etcétera.

Otro sistema extendido fue el de *insinuatio*, sobre todo en Aragón, Cataluña o el Reino de Valencia, que contenía ya no sólo una publicidad testifical, sino libraria.

A comienzos del siglo xv, en plena *Baja Edad Media*, el uso de las Reales Pragmáticas, sobre todo en Castilla, se ha extendido. Los reyes pretenden legislar libremente y sin limitación, con el solo asesoramiento del Consejo Real. Tratando de evitar las transmisiones clandestinas, Juan II (1423), por Real Pragmática de 21 de diciembre, ordena sancionar con pena de nulidad todas aquellas prebendas obtenidas o mercedes inmobiliarias si no se presentaban ante los Contadores mayores a fin de ser tomada su razón en sus libros. Tal disposición (que en el Derecho inmobiliario actual llamaríamos de inscripción obligatoria) no tuvo mayores logros.

En este proceso hacia la implantación de un Registro de la Propiedad en España, anota OLIVER en su *Derecho inmobiliario*: las Cortes de Madrid de 1528. Dichas Cortes proponen al rey Don Carlos I que los contratantes y el Notario autorizante presentasen las escrituras de imposición y venta de censos y tributos en la Secretaría del Ayuntamiento donde se otorgaran dentro de los treinta días siguientes. Pero el monarca, posiblemente viendo con recelo la medida, sólo dispuso que dichas cargas o gravámenes fuesen “advertidos” al adquirente, so pena de indemnización del duplo en caso de perjuicio.

Como los abusos y el fraude que la clandestinidad comporta prose-

guían, surge en 1539 la *pragmática de Don Carlos y Doña Juana*, sin duda, a juicio de la generalidad de la doctrina, la primera manifestación organizada de publicidad registral en España. Por esta Real Pragmática se mandaba que en cada ciudad, villa o cabeza de jurisdicción hubiese una persona que llevase un libro en que se registren los contratos de censos, tributos, imposiciones e hipotecas; y no registrándose en los seis días, “no hagan fe, ni se juzgue conforme a ellos, ni por ellos sea obligado ningún tercero poseedor”... A pesar de su intento loable y de que incluso las Cortes de Valladolid (en 1548 y 1555) reiteraron que la misma fuese cumplida, la Pragmática careció de efectividad.

Reinando Felipe V, por *Real Pragmática de 1713* se intenta poner en vigor estos Registros de Censos y Tributos y que los mismos se ubicaran en las casas Capitulares. También vio el fracaso. ¿Y por qué estos fracasos? Algunos autores hablan del prolongado influjo de las Leyes de Partidas o, lo que es lo mismo, del Derecho Romano; a nuestro modesto parecer, el fracaso se debió a la *técnica legislativa* empleada. Las Pragmáticas se admiten cuando no se oponen a los fueros, derecho consuetudinario o Leyes de Corte. Y mientras que en Castilla la legislación de Cortes se debilita, sobre todo a partir del siglo XVI, en los restantes territorios españoles, por el contrario, y como dice GARCÍA GALLO, la oposición de las Cortes a las Reales Pragmáticas que contradicen las Leyes de Cortes “se mantiene inquebrantable”. Pensemos que la Real Pragmática de 31 de enero de 1768 por la que se organizan los Oficios o Contadurías de Hipotecas tiene ya abonado el terreno por los Decretos de Nueva Planta de Felipe V y el espíritu del Despotismo Ilustrado, y que ni aun así va a regir en Navarra, donde se aprueba una normativa semejante en 1817.

ESPECIAL EXAMEN DE LAS CONTADURÍAS DE HIPOTECAS

Bajo el reinado de Carlos III, una vez más, se insta (en esta ocasión por el Consejo de Castilla) la aplicación de la Real Pragmática de 1539 y, si era preciso, su modificación. Viendo que la misma era insuficiente, Pedro Rodríguez, conde de Campomanes, y José Moñino, conde de Florida-Blanca, fueron designados por el antedicho Consejo redactores de una Instrucción sobre organización de los Registros. El 31 de enero de 1768 se promulga la Real Pragmática por la que se crean los Oficios de Hipotecas, pasando luego a denominarse Contadurías de Hipotecas. La disposición (que tuvo la fuerza de Ley de Cortes) tuvo aplicación en todo el territorio español, salvo, como ya sabemos, en Navarra.

Con acierto, hace notar CAMY que su propia denominación marca de

una forma clara el contenido de la institución: se *trata de un Registro de gravámenes* afectantes a bienes inmuebles. En efecto, los actos sujetos a registración eran:

- las imposiciones, enajenaciones o redenciones de censos o tributos;
- las ventas de bienes raíces gravados;
- Las fundaciones de mayorazgos y obras pías;
- Los actos en que se pactaba hipoteca expresa (quedaban al margen las hipotecas generales, las legales, tácitas y judiciales);
- y por último, la liberación y redención de los censos, hipotecas y demás gravámenes reales.

En el aspecto puramente organizativo, las Contadurías se establecían en todas las cabezas de partido o, en su caso, de jurisdicción, estando a cargo de los Escribanos de los Ayuntamientos, los cuales tenían obligación de prestar fianza, estaban sujetos a responsabilidad y percibían remuneración por arancel. Los libros se abrían para cada término municipal y se foliaban y numeraban con similitud a los protocolos notariales, siendo competente la Contaduría del término municipal en que estuviese sita la finca; y en los mismos *se tomaba razón* de: la fecha del documento, circunstancias de los otorgantes, naturaleza del acto y descripción de los bienes que quedaban gravados. Por lo que concierne a la publicidad formal, las Contadurías eran públicas, pudiendo expedirse las oportunas certificaciones; y en punto a la publicidad material, sus efectos eran simplemente negativos: los actos registrales que no estuviesen registrados (ROCA) “carecían de valor ante los Tribunales”.

Pragmática, la de 1768, por algunos autores (e incluso por la Exposición de Motivos de la Ley de 1861) duramente juzgada. Otros, a nuestro entender más acertados, reivindican tras más de doscientos años la misma, principalmente por dos razones: “por contener el ordenamiento embrionario del moderno Registro de la Propiedad” (ROCA) o porque para la época, como indicaba GÓMEZ DE LA SERNA, difícilmente se podía haber logrado más (y fue el mentor de la propia Exposición).

LA LEY HIPOTECARIA DE 1861: HACIA UN SISTEMA DE PUBLICIDAD HISPANO

En un principio, lo que podríamos llamar gestación de nuestro moderno Derecho inmobiliario va unida al *impulso codificador* (lo mismo habíamos reseñado no hace mucho para el Derecho notarial). El primer cuerpo legal donde se intenta establecer los principios de un sistema hipo-

tecario auténtico es el proyecto de Código Civil de don Manuel María Cambronero, concluido a su muerte (1836), como ya mencionamos, por don Eugenio de Tapia, don Tomás M.^a Vizmanos y don José de Ayuso. En este proyecto se regulaban ya las hipotecas bajo los principios de especialidad y publicidad; mas dichos principios no se extendían ni al dominio ni a los demás derechos reales sobre bienes raíces. El hecho es que ni siquiera llegó a discutirse.

En el año 1843 la Comisión de Códigos elabora otro proyecto de bases para el futuro Código Civil. Las bases 50 a 52 (hijas de LUZURIAGA) se ocupaban del sistema inmobiliario. Y en concreto, en la *base* 52 se proclamaba un sistema de inscripción, para unos constitutiva (LACRUZ), para otros necesaria (SANZ), al decir: "Para que produzcan efecto los títulos constitutivos y traslativos del dominio, tanto universales como particulares, *ha de ser precisa* la toma de razón de bienes raíces en el Registro publico". Esta Comisión de 1843 fue sustituida por otra, de la que formaron parte Bravo Murillo, García Goyena, Luzuriaga y Sánchez Puy, quienes ultiman el anteproyecto de 1848, que va a cuajar en el *proyecto de 8 de mayo de 1851*.

Es debido al criterio transaccional entre la inscripción voluntaria y declarativa y la inscripción constitutiva cuando no necesaria, representado por García Goyena y Luzuriaga respectivamente, que la redacción de la conocida base 52 quedara así: "Para que produzcan efectos *en cuanto a terceros* los títulos constitutivos y traslativos del dominio, tanto universales como particulares, *ha de ser precisa* la toma de razón de los bienes raíces en el Registro público".

Al fracasar el proyecto de Código Civil de 1851, que dedicaba al Derecho inmobiliario dos títulos: el XIX, "Hipotecas", y el XX, "Registro de la Propiedad", se cae en la cuenta de que la codificación en España requería tiempo, como dice Francisco Cervera. En cambio, quizá por imperativos económicos (seguimos al mismo autor: "La década de 1851-1861", REVISTA CRÍTICA, 1961), "la reforma hipotecaria se consideraba casi por unanimidad urgentísima e *inaplazable*; y en vista de ello se acudió al sistema... de llevar a una Ley materia hipotecaria provisionalmente, esto es, hasta que pudiera integrarse en el futuro Código Civil". En resumen, lo de "hagamos el Código Civil por partes".

A estos efectos, el Real Decreto de *8 de agosto de 1855* fundamentaba la urgencia de la reforma con las siguientes palabras: "Pocas reformas en el orden civil y económico son de más interés y urgencia que la de las Leyes Hipotecarias. Las actuales se hallan condenadas... porque ni garantizan suficientemente la propiedad... ni asientan sobre sólidas bases el crédito territorial, ni dan actividad a la circulación de la riqueza... ni dan

la debida seguridad a los que sobre aquella garantía prestan sus capitales. Hubieran, sin duda, estas consideraciones provocado hace tiempo la reforma a no haberse creído que el Código Civil era lugar más oportuno para verificarla...; pero en la imposibilidad de hacerlo, no debe dilatarse lo que requiere tan urgente remedio y que es indispensable para la creación de los bancos de crédito territorial para dar certidumbre al dominio y a los demás derechos de la cosa para poner límite a la mala fe y para libertar al propietario del yugo de usureros despiadados". Mejor, creemos, no se puede justificar la necesidad de *una reforma legislativa*.

Tras la Orden de 10 de agosto del mismo año dando instrucciones en cuanto a las bases sobre las que debía redactarse el proyecto de Ley Hipotecaria, la Comisión de Códigos creada el 1 de octubre de 1856 acaba el proyecto el *3 de junio de 1857*, que Seijas Lozano como Ministro presenta a las Cortes, pero no prosperó al ser suspendida la legislatura. El esfuerzo parecía que iba a quedar, una vez más, baldío. Y no fue así. Fernández de la Hoz retira de las Cortes el proyecto para hacer las modificaciones oportunas el 9 de febrero de 1858. Y por fin, la Comisión (compuesta por: don Manuel Cortina como presidente, don Pedro Gómez de la Serna, don Pascual Bayarri, don Juan Manuel González Acevedo, don José Ibarra, don Manuel García Gallardo, don Francisco Cárdenas y don Alejandro Díaz Zafra como secretario) termina el proyecto articulado el 5 de junio de 1858.

Presentado el proyecto a las Cortes en julio de 1860, tras amplios debates en las Cámaras, recibe la sanción de la reina Doña Isabel II el *8 de febrero de 1861*, ostentando el cargo de Ministro de Gracia y Justicia don Santiago Fernández Negrete. Por Real Decreto de 9 de julio de 1862 se ordenó su *vigencia el 1 de enero de 1863*. Había comenzado un sistema de Registro de la Propiedad moderno en nuestra patria.

La Ley consta de 416 artículos, que se distribuyen de la siguiente forma:

Título I: "De los títulos sujetos a inscripción".

Título II: "De la forma y efectos de la inscripción".

Título III: "De las anotaciones preventivas".

Título IV: "De la extinción (*sic*) de las inscripciones y anotaciones preventivas".

Título V: "De las hipotecas".

Título VI: "Del modo de llevar los Registros".

Título VII: "De la rectificación de los asientos del Registro".

Título VIII: "De la dirección e inspección de los Registros".

Título IX: "De la publicidad de los Registros".

Título X: "Del nombramiento, cualidades y deberes de los Registradores".

Título XI: "De la responsabilidad de los Registradores".

Título XII: "De los honorarios de los Registradores".

Título XIII: "De la liberación de las hipotecas legales y otros gravámenes existentes".

Título XIV: "De la inscripción de las obligaciones contraídas y no inscritas antes de la publicación de la presente Ley".

Título XV: "De los libros de Registro anteriores a esta Ley y su relación con los nuevos".

La Ley va precedida de una Exposición de Motivos que don JERÓNIMO calificó de "armoniosa obertura".

Nada vamos a decir de la valoración, evolución y reformas sucesivas de la Ley de 1861. Tampoco de la legislación hipotecaria actual. Ni tampoco acerca de su influencia en las Américas. Nos remitimos a una magna obra que el Ilustre Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España ha editado al respecto, bajo el título de *Leyes hipotecarias y registrales de España*, como "aportación de los Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España al V Centenario del Descubrimiento de América en homenaje a los juristas que en él participaron y cuya huella perdura en las legislaciones iberoamericanas" y que ha sido vista con satisfacción por la más alta Magistratura española. Precedente: el Congreso de Buenos Aires de 1989.

Pero no queremos terminar estas líneas sin abordar *tres cuestiones finales*:

— La primera es que la Ley Hipotecaria de 1861 instaura un sistema de publicidad "hispano". Ciertamente que sus autores se basaron en sistemas inmobiliarios extranjeros, principalmente en las legislaciones germánicas; esto nadie lo pone en duda o lo discute. Sin embargo, como indicaba el maestro CASTÁN TOBEÑAS, la Ley Hipotecaria de 1861 "no fue una copia servil de ellas". Y RAMOS FOLQUES, en un artículo publicado en la REVISTA CRÍTICA en 1947 ("Lexicografía hipotecaria: su necesidad..., la fisonomía del Derecho hipotecario español..."), apunta como ejemplos de su españolidad, "de sus rasgos netamente españoles" (CASTÁN), el no haber dado valor constitutivo a la inscripción, el haber respetado la teoría del título y el modo (tradicional en nuestro Derecho), así como haber modelado la figura del tercero hipotecario.

El espíritu que crea la Ley de 1861, pues, penetró en nuestra vida nacional. Y su influjo, como el de *todas las leyes de sementera* (GONZÁLEZ PALOMINO), y ésta también entendemos nosotros que lo es, llega hasta

nuestros Registros actuales; en efecto, a partir de ahí nuestros Registros no son sólo unos meros "Registros de gravámenes" o, si se prefiere, "Registros de hipotecas". Ciertamente que no rompe con el pasado y regula ampliamente esta materia; pero no lo es menos que el contenido más innovador de la Ley es la normativa acerca de los efectos de las transferencias inmobiliarias y sus relaciones con la publicidad.

La prueba es, como después de estos ciento y pico de años desde su entrada en vigor, el Registro ha ido calando en sectores fundamentales para el desarrollo y prosperidad de nuestro pueblo. Así, en la *propiedad agraria*, la ha robustecido y le ha dado seguridad y transparencia. Hasta tal punto que la Administración del Estado en la moderna política de concentración parcelaria, v.gr., ha acudido al Registro de la Propiedad para su publicidad (merced al mecanismo de la inscripción obligatoria o necesaria, art. 235 LRDA 12 enero 1973) y para su conservación (arts. 237 y ss. de la citada Ley). Extensamente estudia estas relaciones CORRAL DUEÑAS en su tesis doctoral *El Registro de la Propiedad y la legislación social agraria*, publicada por el Centro de Estudios Hipotecarios en 1977.

En materia de *propiedad urbana*, tanto las disposiciones, por ejemplo, en viviendas de protección oficial..., como la más actual legislación urbanística, también recaba el auxilio del Registro. La reciente Ley de la Jefatura del Estado 8/1990, de 25 de julio, sobre reforma del régimen urbanístico y valoración del suelo contiene reglas generales y especiales al respecto. Como reglas generales, la disposición adicional décima señala los actos que serán, en su caso, objeto de inscripción, anotación preventiva o nota marginal; y luego reglas especiales, en orden, v.gr., al derecho de edificación (art. 25), al derecho de aprovechamiento urbanístico (arts. 28.2, 29 ó 55), a la expropiación (art. 59), etc.

Obvio es destacar la importancia del Registro y de los Registradores en el *orden fiscal*. Desde el Real Decreto de 23 de mayo de 1845, en que se encomendó a las antiguas Contadurías de Hipotecas la liquidación del Derecho (impuesto) de hipotecas, antecedente del Impuesto de Derechos Reales, son las *Oficinas Liquidadoras* a cargo de los Registradores de la Propiedad la piedra angular del tributo (gestión, liquidación y recaudación). No tenemos más que repasar la normativa vigente, esto es, el Texto Refundido del Impuesto de Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados de 30 de diciembre de 1980 y su Reglamento de 29 del mismo mes de 1981; este último, en su artículo 76 dice: "La gestión y liquidación de los impuestos regulados en el presente Reglamento estarán encomendadas en la Administración central al Ministro de Hacienda y a la Dirección General de Tributos, y en la Administración periférica estará a cargo de (las Delegaciones de Hacienda —Dependencias de Relaciones

con los Contribuyentes—)... y de las Oficinas Liquidadoras de Partido, entendiéndose por éste el distrito hipotecario a cargo de un Registrador de la Propiedad cuando dicho distrito no coincida exactamente con el partido judicial". El mismo criterio ha prevalecido en la Administración autonómica.

* * *

Derecho vigente, hasta la Ley de 16 de diciembre de 1991. Mas es de esperar que tras la referida Ley de adecuación de determinados conceptos impositivos a las Directivas y Reglamentos de las Comunidades Europeas, aquellas Comunidades Autónomas que tienen la delegación del Estado en punto a la gestión y liquidación del Impuesto sigan esta tradición. A ellos les faculta, desde luego, la Disposición Adicional octava, número 2, de la tan mentada Ley del 91, al señalar: "Las Comunidades Autónomas que se hayan hecho cargo por delegación del Estado de la gestión y liquidación del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados *podrán*, dentro del marco de sus atribuciones, *encomendar* a las Oficinas de Distrito Hipotecario, a cargo de los Registradores de la Propiedad, funciones de gestión y liquidación de este Impuesto". Lo contrario sería romper con una tradición ya más que secular.

En el terreno de la *economía del país*, finalmente, destacar que el crédito territorial se aglutina en buena parte en torno a nuestra institución registral. Baste leer los datos estadísticos oficiales en la contratación hipotecaria para darse cuenta de lo que representa un buen Registro en el panorama de la economía nacional.

Podemos, por tanto, afirmar, sin temor a equivocarnos, que el sistema de publicidad inmobiliaria que estableció la Ley de 8 de febrero de 1861, no exento de defectos como toda obra del hombre, y de ahí sus sucesivas modificaciones y aditamentos legales y reglamentarios, y los que en el futuro habrán de llegar, *vive en su esencia*. Vive en esa institución segura, protectora, que cumple con creces el servicio público para el que nació y que es el *Registro de la Propiedad español*.

— La segunda de las cuestiones es el "ensanchamiento" de la idea de publicidad. La publicidad, en el sentido que aquí nos interesa, es el conjunto de medios que se emplean para extender la noticia de las cosas o de los hechos. *Lo público es lo notorio*, lo patente, lo manifiesto, lo visto o sabido por todos. Uno de estos medios de "notificación" (BARASSI) o de "constatación de situaciones" (FERRARA) son los libros de los Registros.

En el campo del Derecho de cosas (derechos reales), en un principio, la publicidad registral se limitaba a los inmuebles. Y no solamente por la importancia de éstos frente a los muebles ("las cosas muebles eran cosas

viles”), sino, creemos, sobre todo por su mayor duración y facilidad para su identificación. Y como estamos viendo a lo largo de este trabajo, la historia circunscribió en primer lugar la publicidad inmobiliaria al derecho real de hipoteca, que como derecho real sin contacto posesorio era el más necesitado de publicidad, y de publicidad en libros.

Después se siente la necesidad de ampliar el ámbito de los libros del Registro de Inmuebles no sólo a los actos de gravámenes, sino a la totalidad de su *iter*: nacimiento, modificación, extinción...). Nada, ciñéndonos al campo de los derechos reales, reiteramos, se dice respecto a los bienes muebles. Es el creciente valor de la propiedad mobiliaria lo que provoca en la doctrina —sobre todo civilista e hipotecarista— la necesidad de sustituir la clasificación de cosas inmuebles y cosas muebles por la de cosas registrables y no registrables.

Tal vez uno de los pioneros en esta distinción sea el propio FERRARA, *que incluía* entre los bienes registrales, aparte de los inmuebles, los bienes muebles siempre que reunieran las siguientes condiciones:

- valor económico;
- permanencia o una existencia duradera que les haga susceptibles de una utilización reiterada;
- y una individualidad que los identificara.

En la misma dirección abren brecha en España autores del prestigio de ALAS, CASTÁN, DE CASTRO, MARÍN PÉREZ, VALLET o SANZ. Sus posiciones se plasman en nuestro Derecho positivo. Y así, prescindiendo de otros campos (Registro Mercantil, de la Propiedad Intelectual, de la Propiedad Industrial...) que caminan, en frase feliz de algún autor, “hacia la cosificación de la mercadería o del ingenio, lo primero con justificación hiperbólica, entendiendo la mercadería como oficio de mercader”, el paso más claro en el Derecho de cosas lo da la *Ley de 16 de diciembre de 1954* de hipoteca mobiliaria (y prenda sin desplazamiento), que creó el Registro de su propio nombre. Y en este mismo ámbito de los derechos reales, nuestro moderno legislador por *Ley de 25 de julio de 1989* de reforma parcial y adaptación de la legislación mercantil a las Directivas de la Comunidad Económica Europea en materia de sociedades, en su disposición final segunda, establece: “Los libros de buques y aeronaves llevados hasta ahora en los Registros Mercantiles constituirán registros independientes y continuarán rigiéndose por las normas referidas a ellos hasta que se establezca el REGISTRO DE LA PROPIEDAD MOBILIARIA, en el que se unificarán los actuales Registros de Hipoteca Mobiliaria y Prenda sin Desplazamiento y los libros de buques y aeronaves, y se dote al mismo de la adecuada regulación, para lo que se concede al Gobierno la corres-

pondiente autorización". Finalmente, en este orden de cosas, la *Ley de 2 de julio de 1990*, en su disposición adicional, previene que el llamado Registro de Venta a Plazos "SE INTEGRARA EN EL REGISTRO DE LA PROPIEDAD MOBILIARIA..."

Recordamos aquí a un compañero recientemente fallecido, Pío CABANILLAS, quien ya en el año 1961 en una conferencia en el Colegio Notarial de Canarias (islas, por otra parte, tan ligadas al Nuevo Mundo) esbozaba ya estas ideas de ampliación de la publicidad al tratar "sobre el Derecho registral del futuro", significando que el Registro de la Propiedad, como Registro de las titularidades de dominio o titularidades básicas y estables, en un futuro próximo provocaría la existencia de Registros mobiliarios de *titularidades completas*.

— La última de nuestras cuestiones es un deseo, pero no exento de realidades. Nuestro Registro de la Propiedad, intermedio entre los sistemas germánicos y los sistemas latinos, puede ser "puente" entre los mismos. Avisaba de ello TIRSO CARRETERO ("Los principios hipotecarios y el Derecho comparado", REVISTA CRÍTICA, enero-febrero 1974, pág. 45) y lo hace ANTONIO PAU ("La comparación en Derecho registral", en *Revista de Derecho Registral*, núm. 13, 1986). Puede ser, pues, punto de conexión entre Europa y América. Y, como decíamos, este desideratum no está exento de transformarse en real porque el terreno está sembrado para ello.

Y así, ya en el *Congreso de Derecho Registral* celebrado en la ciudad de México del 1 al 7 de diciembre de 1980, al que asistieron delegaciones no sólo de los países con sistemas registrales tipo, como Francia, Alemania o Suiza (por supuesto, España), sino la generalidad de los Estados iberoamericanos: Argentina, Brasil, Colombia, Costa Rica, Chile, México, Nicaragua, Perú, Portugal, Puerto Rico, República Dominicana, República de El Salvador y Venezuela; además de Bélgica, Canadá, Estados Unidos, Indonesia, Italia, Marruecos, Mozambique y Rumania, en la *sesión de clausura*, presidida por el entonces Presidente de México don José López Portillo (y a la que asistieron también, entre personalidades españolas, el señor Die Lamana, Director General de los Registros y del Notariado en el momento; el señor Tierno Galván, Alcalde de Madrid, y una comisión del Notariado español presidida por el señor Font Boix, Notario de Barcelona) elaboró y aprobó la Declaración, conocida como *Carta de México*.

En dicha sesión, después de reconocer "que los Registros Jurídicos de Bienes son instituciones específicas organizadas por el Estado y puestas a su servicio y al de los particulares para consolidar la seguridad jurídica, facilitar el tráfico, garantizar el crédito y el cumplimiento de la función social que tiene la propiedad, compatible con la libertad, el progreso y el

desarrollo de los pueblos”, se contienen distintos puntos de acuerdo sumamente interesantes.

Nosotros resaltamos en el apartado I de dicha Carta el punto sexto: “La seguridad de los derechos que los Registros Jurídicos de Bienes proporcionan se sustenta en la coordinación entre la tutela judicial y la registral de aquéllos (piénsese en el art. 1, párrafo 3.º, de nuestra Ley Hipotecaria), mediante normas que garanticen la actuación del principio de prioridad registral (arts. 17 de nuestra Ley y —lema *Prior tempore potior iure* de nuestro Cuerpo— 537 del Reglamento Hipotecario), la inoponibilidad del acto no registrado (art. 32 LH) y la ineficacia de la anulación o resolución del derecho del transmitente, todo ello frente al tercero de buena fe” (art. 34 también de nuestra Ley actual). Si estas afirmaciones no es *resumir nuestro sistema...*, que venga Dios, con perdón, y lo vea. Y este sistema de Registro de la Propiedad es el que puso en pie la Ley de 8 de febrero de 1861.

Mas recordemos que las leyes, por buenas que sean en su técnica (no nos referimos a las leyes divinas), no se transforman en buen derecho positivo si *no son correctamente aplicadas*. Afirmaba NAVARRO AZPEITIA: “Por muchas que hubieran sido las previsiones de la Ley (la de 1861), no hubieran conseguido del sistema un contenido humano y un desenvolvimiento eficaz de no haber sido *manejadas por dos Cuerpos* o carreras jurídicas como son los *Notarios y los Registradores de la Propiedad*, sólidamente formados en el cultivo del Derecho, especializados en el de la protección del tráfico inmobiliario; cuidadosos, los primeros, de la buena titulación que les está encomendada; celosos y competentes aplicadores, los segundos, de la facultad calificadora, que siempre han ejercido de una manera prudente, ponderada y progresiva; con lo cual se ha conseguido que la propiedad inmobiliaria, acogida al Registro español, sufra el mínimo de inconvenientes, defectos y perjuicios que dentro de cualquier sistema pueden comprobarse”.

Ojalá dentro de otros quinientos años, cuando se celebre, y tal vez con más fausto, el descubrimiento en su milenario, nuestras queridas Notarías y Registros de aquí y allende los mares sigan por caminos de perfección. Que así sea.

ANTONIO MANUEL OLIVA RODRÍGUEZ

Registrador de la Propiedad
Notario excedente

Nota final: Dentro de las conclusiones del VIII Congreso Internacional de Derecho Registral (Buenos Aires, 1989), se acordó por unanimidad que el IX Congreso se celebre en Sevilla. Tema general: “Huellas de la legislación española en las legislaciones iberoamericanas”.

BIBLIOGRAFIA

- ARIAS NAVARRO: *Derecho Romano*, Ed. Revista Derecho Romano, Madrid, 1963
- AVILA ALVAREZ: *Estudios de Derecho notarial*, Montecorvo, Madrid, 1973
- AZPEITIA: *Legislación notarial*, Madrid, 1930.
- CAMY: *Comentarios a la legislación hipotecaria*, Pamplona, 1974-1975
- CASTÁN TOBEÑAS: *Derecho civil español, común y foral*, Ed. Reus, Madrid, edición de 1965, *Función notarial y elaboración notarial del Derecho*, Ed. Reus, Madrid, 1946
- CHICO ORTIZ y BONILLA ENCINA: *Apuntes de Derecho inmobiliario y registral*, Madrid, 1968.
- DURANDO: *Il Tabellionato o Notariato, nelle leggi romane, nelle medioevali italiane e nelle posteriori*, Turín, 1897
- ELLIOT: *La España imperial*, Vicens Vives, Barcelona, 1965
- FERNÁNDEZ CASADO: *Tratado de Notaría*, Madrid, 1895
- GARCÍA GALLO: *Manual de historia del Derecho español*, Madrid, 1977.
- GIMÉNEZ-ARNAU: *Derecho notarial*, Universidad de Navarra, Pamplona, 1976.
- GONZÁLEZ MARTÍNEZ: *Estudios*, Madrid, 1948.
- GONZÁLEZ PALOMINO: *Instituciones de Derecho notarial*, Madrid, 1948
- LA RICA Y ARENAL: *Contribución de la legislación hipotecaria a nuestro progreso jurídico*, Madrid, 1951
- LACRUZ: *Lecciones de Derecho inmobiliario registral*, Zaragoza, 1957
- MENGUAL: *Elementos de Derecho notarial*, Barcelona, 1933
- OTERO: *Sistema de la función notarial*, Igualada, 1933.
- ROCA SASTRE: *Derecho hipotecario*, Barcelona, 1979.
- SANZ: *Instituciones de Derecho hipotecario*, Madrid, 1945-1953
- SCHULZ: *Derecho Romano clásico*, Bosch, Barcelona, 1960

El Canal de Panamá

SUMARIO: PARTE PRIMERA. ANTECEDENTES HISTORICOS: 1. BREVE INTRODUCCIÓN SOBRE LA HISTORIA POLÍTICA DE PANAMÁ. 2. GÉNESIS DE LA EMPRESA DEL CANAL.—PARTE SEGUNDA EL NUEVO REGIMEN: 1 ANTECEDENTES INMEDIATOS. 2 FUENTES FORMALES DEL RÉGIMEN VIGENTE: 2.1 *Tratado relativo al Canal de Panamá de 7 de septiembre de 1977*. 2.2. *Tratado relativo a la neutralidad permanente y al funcionamiento del Canal de Panamá de 7 de septiembre de 1977*. 2.3. *Protocolo relativo a la neutralidad permanente del Canal de Panamá de 7 de septiembre de 1977*.— 3 TRATADO RELATIVO AL CANAL DE PANAMA DE 7 DE SEPTIEMBRE DE 1977.—4. TRATADO RELATIVO A LA NEUTRALIDAD PERMANENTE Y AL FUNCIONAMIENTO DEL CANAL DE PANAMÁ DE 7 DE SEPTIEMBRE DE 1977: 4.1. *Consideraciones generales previas y de aproximación al problema*. 4.2. *Consideraciones generales sobre la neutralidad a la luz del Tratado de 1977* 4.3. *Contenido del régimen de neutralidad*. 4.3.1 La libertad de tránsito. 4.3.2 La igualdad de trato. 4.3.3 Ambito de aplicación territorial del régimen de neutralidad 4.3.4 La seguridad del Canal. 4.3.5. La garantía del régimen de neutralidad

PARTE PRIMERA. ANTECEDENTES HISTORICOS

I. BREVE INTRODUCCIÓN SOBRE LA HISTORIA POLÍTICA DE PANAMÁ

Panamá tenía un estatuto especial, bajo la Corona de España. En 1821, se declara independiente y se incorpora voluntariamente a la República de Colombia. Queda así, la Gran Colombia integrada por la Colombia actual, Panamá, Venezuela y Ecuador, hasta que, en 1830, se escinde en tres Estados independientes: Nueva Granada, Venezuela y Ecuador. Panamá, al carecer de ejército, quedó involuntariamente unida a la Colombia actual, en ese entonces Nueva Granada. En 1863, Nueva Granada adopta el nombre de Estados Unidos de Colombia y, en 1886, se autodenomina República de Colombia.

Siempre existieron en el Istmo, fuertes tendencias secesionistas. Hubo un primer intento de unirse a Gran Bretaña, pero se quedaron en la

Federación de Nueva Granada, a instancias de Bolívar. Desde 1846 a 1903, se sucedieron distintas rebeliones o insurrecciones en el Istmo de Panamá, hasta que, en 3 de noviembre de 1903, el pueblo de Panamá se constituyó en Estado independiente, con una revolución, en la que sólo hubo un muerto: el ciudadano chino Wong Kong Yee.

Los americanos apoyaron la insurrección. Impidieron a las tropas colombianas desembarcadas en Colón, utilizar el ferrocarril y llegar a la zona insurrecta. El Presidente Teodoro Roosevelt interpretó el artículo 35 del Tratado Bidlack Mallarino en el sentido de que los Estados Unidos estaban obligados a proteger a Colombia de ataques exteriores, pero no de insurrecciones internas en el Istmo, o sea, en territorio entonces sometido a la soberanía panameña.

Estados Unidos reconoció la independencia de Panamá, en 6 de noviembre del mismo año de 1903 y lo mismo hicieron, poco después, las principales naciones de Europa y Asia.

Doce días más tarde, se firmó el tratado para que los Estados Unidos pudiesen excavar el Canal de Panamá y terminar así lo que habían iniciado los franceses.

2. GÉNESIS DE LA EMPRESA DEL CANAL

Fernando el Católico ordenó ya la construcción de un camino o ruta, por el Istmo, en 1519.

En 1526, Hernán Cortés buscó infructuosamente el paso del Atlántico al Pacífico que, en 1513, había descubierto Vasco Núñez de Balboa en el Darién.

Hasta 1826, sólo hubo un camino que atravesaba el Istmo, que tenía el nombre de Camino de Cruces. Se componía de una parte fluvial (río Chagres) y parte de tierra.

Va desapareciendo, en la zona, la influencia española, que va siendo sustituida por la influencia inglesa y americana (Doctrina de Monroe).

La construcción de un canal, por el Istmo, comienza a tomar cuerpo en la política americana. El Secretario del Estado Clay envió dos delegados al Congreso Anfictiónico, que se reunió en 1826, en Panamá. Uno murió en el camino y el otro llegó cuando habían terminado los trabajos. Las instrucciones recibidas eran que el Canal debía ser excavado de una orilla del océano a la otra, para hacer posible la navegación, a través del mismo, en beneficio de diversas naciones.

A mediados de siglo, Nueva Granada intenta aproximarse a las potencias europeas, para realizar la construcción del Canal, por el Istmo. Esta

tentativa no encontró el eco adecuado y los neogranadinos buscan la aproximación a los Estados Unidos, con el doble objeto de evitar la independencia del Istmo y aliarse con una potencia importante para construir un canal.

Dejando a un lado, por razones de espacio, más extensas informaciones sobre la actividad política y diplomática generadas, nos vamos a centrar en el estudio de los tratados internacionales, de los que extractaremos una breve referencia.

Tratado Bidlack-Mallarino, de 12 de diciembre de 1846. Suscrito entre los Estados Unidos de América y la República de Nueva Granada. El Senado americano lo ratificó el 3 de junio de 1848.

Los autores doctrinales consideran que este tratado condiciona y determina definitivamente la situación jurídica del Istmo y del Canal.

El contenido esencial de su artículo 35 pervive hasta nuestros días.

Los Estados Unidos aseguraron, en todo caso, la soberanía de Nueva Granada sobre el Istmo. Se garantiza la neutralidad del Istmo, no sólo del Canal, para el tránsito de buques y mercancías. Esta neutralidad no fue garantizada por otros países.

El artículo 35 aludido otorga, a Estados Unidos, la facultad de ejercer ciertos derechos de soberanía sobre el Istmo de Panamá, consistentes, fundamentalmente, en la potestad de intervenir militarmente contra un agresor y el derecho al libre tránsito, sobre el canal a construir.

Tratado Hise Selva. Fue firmado entre Nicaragua y Estados Unidos. Contiene grandes concesiones a los Estados Unidos en torno a la posible construcción de un canal a través de Nicaragua. Este tratado no fue sometido a la ratificación del Senado de los Estados Unidos.

Tratado Clayton Bulwer. Se firmó, en 1850, entre la Gran Bretaña y los Estados Unidos. Los signatarios adoptaron el compromiso de que el canal, en Centroamérica, habría de llevarse a cabo por acuerdo de ambas partes. Se prevé el establecimiento de un régimen de neutralidad muy amplio.

Este tratado es sustancialmente incompatible con el de 1846 (Bidlack Mallarino). El último es mucho más conveniente para la política americana, que acaba convirtiendo en un sueño irrealizable el Tratado de 1850.

Tratado Hay Pauncefote. Suscrito en 18 de noviembre de 1901, entre Gran Bretaña y Estados Unidos. Deroga el Tratado Clayton Bulwer.

Este tratado es muy favorable a los Estados Unidos que, por primera vez, obtienen el derecho a construir el canal.

Se establece un principio de neutralización.

Los Estados Unidos van incrementando su potencia, como consecuencia de la Guerra de Secesión, y reafirman su política imperialista frente al

exterior. Necesitan cada vez más del canal, como consecuencia de la guerra hispano-americana y de otros hechos que aumentan su poderío y extensión territorial: Filipinas, Guam, Hawaii. Cuba es independiente, pero la enmienda Plat puede propiciar intervenciones.

Imposible dar cuenta de la ingente actividad diplomática que se genera y únicamente se destaca la concesión otorgada a Luciano Napoleón Bonaparte Wyse, en 1878, para la construcción de un canal interoceánico. Dicha concesión fue comprada por una compañía, presidida por Lesseps, que quebró en 1889.

A finales de siglo, la posición USA puede resumirse así: se admite el libre tránsito, en tiempos de paz y, como los Estados Unidos rechazan cualquier garantía multilateral, la seguridad de dicho tránsito sólo está garantizada en favor de Estados Unidos y del Estado soberano.

Tratado Hay Buneau Varilla, de 18 de noviembre de 1903. Buneau Varilla, ciudadano francés, que había sido Ingeniero Jefe en las obras de la Compagnie Universel du Canal Interoceanique, fue el primer embajador en Washington, al proclamarse la independencia de Panamá.

Gestionó precipitadamente el tratado, y cuando una comisión llegó de Panamá para las conversaciones, ya Buneau Varilla había firmado horas antes el tratado con el Secretario de Estado Hay.

Panamá tuvo que hacer concesiones, condicionada por diversas razones: presión de los enemigos políticos del Presidente Roosevelt, actividad diplomática de Colombia ofreciendo mejores condiciones a los Estados Unidos, etc.

En sustancia: Los Estados Unidos se reservaron, a perpetuidad, el ejercicio de todos los derechos de soberanía sobre el Canal: Policía, Poder Judicial, Aduanas, Defensa, Administración, etc.

Panamá conserva una soberanía residual, sin contenido práctico.

Los Estados Unidos no pueden ceder sus derechos a una tercera potencia.

Se estableció una neutralidad permanente.

Tratado Hull Alfaro. Firmado en 1936.

Tiene gran trascendencia, ya que pone fin jurídicamente al protectorado USA sobre el Canal.

Se suprime el artículo primero del Tratado de 1903, por el que los Estados Unidos garantizaban la soberanía y la independencia de Panamá.

A partir de este Tratado de 1936, los Estados Unidos no podían intervenir en los asuntos internos de Panamá, por motivos que no tuviesen relación alguna con el Canal.

Se mantiene el principio de responsabilidad de los Estados Unidos, en materia de seguridad del Canal.

Se pactó un régimen de consultas previas.

Se produjo un cambio de notas, en 1939, en las que se autorizó a los Estados Unidos a actuar, por razones de urgencia, sin esperar a las consultas.

PARTE SEGUNDA: EL NUEVO REGIMEN

I. ANTECEDENTES INMEDIATOS

Al llegar al poder el General Torrijos y tras el rechazo de los proyectos de tratados de 1967, Panamá pone en marcha una intensa actividad diplomática cuyo objetivo fue hacer efectiva su soberanía sobre la zona del Canal y sobre el Canal mismo. Los panameños buscan el apoyo de los presidentes latinoamericanos, el de la OEA y el del grupo de los no alineados.

En los Estados Unidos, amplios sectores de la opinión y de las fuerzas políticas se oponían a cualquier cambio o renuncia de derechos sobre el Canal. El Congreso de los Estados Unidos era reticente a nuevas negociaciones. El estudio de los tratados tropezó con una fuerte resistencia, en las comisiones respectivas del Congreso y del Senado.

En la memoria del Ministro de Relaciones Exteriores panameño Juan Antonio Tack, de septiembre de 1970, se enumeran como causa de los conflictos, por parte panameña, los siguientes: la perpetuidad pactada en los tratados anteriores; el ejercicio irrestricto "de jurisdicción política y autoridad administrativa" de Estados Unidos en la zona del Canal, con exclusión y menosprecio de los derechos que se reservó "el soberano territorial", es decir, Panamá; la construcción, por parte de los Estados Unidos, de obras de gran magnitud dentro de la zona del Canal, que no tienen relación alguna con el mantenimiento, funcionamiento, saneamiento y protección del Canal; el poderío militar que Estados Unidos despliega dentro del territorio de la República, sin aprobación ni consentimiento de Panamá, e insuficiencia de beneficios directos e indirectos para Panamá.

El embajador John C. Mundt, que fue jefe del equipo de los Estados Unidos, en una fase de las negociaciones, concretó así los beneficios económicos que se produjeron para Panamá, como consecuencia del régimen anterior: el producto nacional bruto de Panamá en 1970 fue de aproximadamente U.S. \$992 millones, de los cuales cerca de un tercio se obtuvo, directa o indirectamente, del Canal y de las bases militares; el monto de las exportaciones de Panamá, tanto de bienes como de servicios, en el mismo año de 1970, fue de U.S. \$367 millones, y de esta cifra el 45 por 100, o sea

U.S. \$162 millones, correspondieron a pagos directos del Canal y de las bases militares; el Canal genera una tercera parte del empleo, en Panamá; y el ingreso *per capita* panameño es el más alto de América Central.

En 1973 se reunió en Panamá el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas. Se aprobó una resolución en la que se reconocía la plena soberanía de Panamá sobre el Canal. Estados Unidos vetó la resolución. El Ministro panameño Tack dijo que el mundo había vetado a los Estados Unidos.

Por fin, en 1974, se firma el acuerdo Tack-Kissinger que contiene un resumen de principios a ser tenidos en cuenta en las negociaciones futuras, a saber: abrogación del Tratado de 1903, conclusión de un acuerdo de duración limitada, supresión de la Zona, aumento de las ventajas económicas reconocidas a Panamá, participación de Panamá en la gestión del Canal y control exclusivo del Canal por Panamá a la expiración del tratado.

2. FUENTES FORMALES DEL RÉGIMEN VIGENTE

No existe derecho consuetudinario.

Los tratados de 1977 han derogado los de 1903, 1936 y 1955, así como cualquier otro tratado, acuerdo o canje de notas relativos al Canal.

Queda vigente el Tratado Hay Pauncefote, de 18 de noviembre de 1901, entre Estados Unidos y Gran Bretaña. Formalmente, para Panamá, este tratado es *res inter alios acta*. En los tratados de 1977, no se hace referencia al mismo.

Los acuerdos adoptados entre los Estados Unidos y Panamá fueron los siguientes:

2.1. *Tratado relativo al Canal de Panamá de 7 de septiembre de 1977*

Consta de 14 artículos. Hay que tener además en cuenta seis reservas y seis interpretaciones.

2.2. *Tratado relativo a la neutralidad permanente y al funcionamiento del Canal de Panamá de 7 de septiembre de 1977*

Integrado por ocho artículos, un anexo, dos enmiendas, dos condiciones, cuatro reservas y varias declaraciones interpretativas.

2.3. *Protocolo relativo a la neutralidad permanente del Canal de Panamá de 7 de septiembre de 1977*

Consta de tres artículos y se abre la posibilidad de acceso, a favor de todos los Estados del mundo.

3. TRATADO RELATIVO AL CANAL DE PANAMÁ DE 7 DE SEPTIEMBRE DE 1977

En su breve preámbulo reconoce, de modo terminante, la soberanía de Panamá sobre su territorio.

3.1. El artículo primero contiene una cláusula derogatoria plena y exhaustiva, que ya ha sido comentada anteriormente.

Ese artículo primero establece, en términos generales, la relación que se crea entre ambos signatarios, en la siguiente forma:

La República de Panamá, “en su condición de soberano territorial”, otorga a los Estados Unidos de América, por el plazo de duración del tratado, los derechos necesarios para regular el tránsito de barcos a través del Canal de Panamá y para manejar, operar, mantener, mejorar, proteger y defender el Canal.

El Licenciado JUAN MATERNO VÁZQUEZ analiza la naturaleza jurídica de la relación establecida en el tomo tercero de su obra *Tratados del Canal de Panamá* y llega a la conclusión de que se ha creado una concesión de servicio público.

Se apoya en la doctrina de Gaston Jeze, sobre los elementos esenciales de la concesión de servicios públicos y transpone esta teoría concesional al campo de Derecho Internacional Administrativo, siguiendo la línea doctrinal de los profesores Gascón y Marín y Bustamante y Sirvén que admiten que en la mencionada relación estén implicadas las voluntades de varios Estados.

En este mismo artículo primero, se prevé también una participación creciente de la República de Panamá, en la administración, protección y defensa del Canal y una cooperación, entre ambos Estados, para asegurar su funcionamiento ininterrumpido y eficiente.

3.2. En el artículo 2.º, se regula la ratificación, el comienzo de la vigencia y la terminación del tratado. El canje de instrumentos debe hacerse, en un sólo acto, con el tratado de neutralidad.

El tratado terminará, a mediodía, a las doce, hora de Panamá, del día 31 de diciembre de 1999.

La ratificación, por parte de los Estados Unidos, se llevó a cabo con la

adopción de reservas y entendimientos que, sin alterar la relación jurídica concesional, clarificaron la situación de neutralización.

3.3. El artículo 3.º regula la administración del Canal.

A la expiración del tratado, el 31 de diciembre de 1999, Panamá será gerente exclusivo del Canal; pero durante la duración del instrumento mencionado, Panamá, reconocido como soberano sobre la totalidad de su territorio, cede, precisamente en el ejercicio de su soberanía, a los Estados Unidos, y sólo por el tiempo de duración del tratado, los derechos necesarios para reglamentar el tránsito de barcos, así como la gestión del funcionamiento, mantenimiento, mejora, protección y defensa del Canal.

Se crea la Comisión del Canal de Panamá. En adelante "La Comisión". Está dirigida por un consejo de nueve miembros: cuatro panameños y cinco americanos. La gestión corre a cargo de un administrador americano y un subadministrador panameño. Se trata de una agencia gubernamental creada de conformidad con el Derecho de los Estados Unidos. Depende de la autoridad del Presidente que puede delegarla en el Secretario de Defensa. A partir de 1990, el administrador es panameño y el subadministrador norteamericano.

El tratado establece dos órganos de consulta.

Aunque teóricamente se suprime la Zona, se atribuye a la Comisión la facultad de usar, pacíficamente, superficies de tierra y agua, que representan un cuarenta por ciento de la antigua zona. La comisión tiene el derecho de utilizar la aguas del Canal, de los lagos y de los estuarios fluviales que alimentan a aquél.

3.4. *Protección y defensa*

La legalización de las instalaciones militares de los Estados Unidos se consagra en el artículo 4.º del Tratado, que empieza por declarar que la responsabilidad de la protección y defensa del Canal corresponde conjuntamente a Panamá y a los Estados Unidos.

Durante la vigencia del tratado, los Estados Unidos tendrán la responsabilidad *primaria de proteger y defender el Canal*.

En acuerdo adjunto, para la ejecución de este artículo cuarto, se determinan los derechos de los Estados Unidos para transportar, estacionar y adiestrar fuerzas militares en la República de Panamá.

Se prevé el establecimiento de una Junta Combinada para facilitar la participación y cooperación de las fuerzas armadas de ambas partes en la protección y defensa del Canal.

3.5. *Distintos reflejos en el Tratado de la soberanía panameña. Art. 5.º: Principio de no intervención; art. 6.º: Protección del medio ambiente y art. 7.º: Banderas*

Los artículos mencionados son consecuencia necesaria del pleno reconocimiento de la soberanía panameña sobre la integridad de su territorio. Sin entrar en un análisis detallado de los mismos y de la posible redundancia en que incurren de forma parcial, hacemos, a continuación, su reseña sucinta:

Se consagra el principio de no intervención en los asuntos internos de Panamá. Por enmienda del Senador de Concini se estipula que solamente Estados Unidos intervendría en caso de que se pusiere en peligro la operación del Canal. El Senador Nunn aclaró mediante otra enmienda que en ningún caso ello significaría intervenir en asuntos internos de Panamá.

El “Principio de no intervención” se refiere a los “elementos de la Comisión del Canal de Panamá que fueren nacionales de los Estados Unidos de América, sus dependientes y los contratistas designados por la Comisión del Canal de Panamá que fueren nacionales de los Estados Unidos de América, los cuales respetarán las leyes de la República de Panamá y se abstendrán de cualquier actividad incompatible con el espíritu de este tratado. En consecuencia, se abstendrán de toda actividad política en la República de Panamá, etc.”

Las Partes contratantes se comprometen a la protección y mejora del medio ambiente, para lo que crean una comisión conjunta a la que deben mantener plenamente informada.

En todo el territorio nacional debe ondear solamente la bandera de Panamá. La bandera de los Estados Unidos sólo puede desplegarse en determinados puntos y cuando lo acuerden ambas partes.

3.6. *Privilegios e inmunidades*

Al margen de la relación concesional, entendida en sentido estricto, el artículo 8 del Tratado, otorga los siguientes privilegios, en favor de los Estados Unidos:

Inviolabilidad de las instalaciones de dependencias de los Estados Unidos: las instalaciones propias o simplemente operadas, por los Estados Unidos, en territorio panameño, en relación con el tratado y demás acuerdos concordantes, tanto como sus archivos y documentos, son inviolables. No cabe su examen, por ninguna autoridad, ni siquiera por el poder judicial.

Inmunidad de Jurisdicción: ninguna agencia ni dependencia de los

Estados Unidos, operantes en Panamá, en virtud del tratado, queda sometida a la Jurisdicción de los Tribunales Panameños.

Además, el párrafo tercero del propio artículo 8 está redactado en los siguientes términos:

“En adición a los otros privilegios e inmunidades que se otorgan a los empleados del Gobierno de los Estados Unidos de América y sus dependientes, de conformidad con este tratado, los Estados Unidos de América podrán nombrar hasta 20 funcionarios de la Comisión del Canal de Panamá quienes, junto con sus dependientes, gozarán de los privilegios e inmunidades que se otorgan a los agentes diplomáticos y sus dependientes, conforme al derecho y prácticas internacionales. Los Estados Unidos de América proporcionarán a la República de Panamá una lista con los nombres de dichos funcionarios y sus dependientes, identificando los cargos que ocupan dentro del Gobierno de los Estados Unidos de América y mantendrán dicha lista actualizada en todo momento.”

3.7. *Leyes aplicables y Ejecución de Leyes*

El artículo 9.º del Tratado pretende regular las consecuencias jurídicas, de la nueva situación, que vamos a tratar de sintetizar.

Se declara aplicable la legislación de Panamá en las áreas geográficas que han de ser utilizadas por los Estados Unidos, como consecuencia de este tratado y de los acuerdos complementarios y de conformidad con los mismos. La legislación panameña se aplicará a las materias o eventos ocurridos, en la Zona del Canal, con anterioridad a la vigencia de este tratado, solamente en la medida en que tal aplicación del Derecho panameño estuviese prevista y admitida, en los tratados y convenios anteriores.

Se regulan, con detalle, y se reconocen los derechos adquiridos tanto por actividades empresariales como por la adquisición y tenencia de bienes inmuebles y, en consecuencia, se establece la correlativa obligación de Panamá de indemnizar en caso de lesión.

En el apartado 8, se prohíbe a la República de Panamá adoptar cualquier norma de derecho interno, suscribir un acuerdo con otros países o adoptar cualquier medida que de algún modo interfiera con el ejercicio, por parte de los Estados Unidos de América, de los derechos conferidos en este tratado o acuerdos conexos.

El párrafo anterior era innecesario y superfluo, en buena lógica, habida cuenta de los propios términos de los tratados y de su escrupuloso cumplimiento.

Pone de relieve el Licenciado JUAN MATERNO VÁZQUEZ que no existe

una declaración de contenido semejante, en favor de Panamá y frente a los Estados Unidos. Cita diversas actuaciones del Presidente Dr. Arístides Royo en notas dirigidas al Presidente de la nación americana y en su discurso ante la Asamblea General de las Naciones Unidas, el 30 de septiembre de 1981, en las que se formula toda una doctrina relativa a la posición panameña de reclamaciones sobre supuestas violaciones de los tratados por parte de los Estados Unidos, y que se concentra, fundamentalmente en la Ley 96-70 de 1979, aprobada por el Consejo de los Estados Unidos.

El resto del artículo 9.º se refiere a la exención de pago de derechos causados por atravesar el Canal y a otros aspectos que no podemos desarrollar, en mérito a la naturaleza de este trabajo.

3.8. *Canal a nivel del mar*

En el artículo 12 del Tratado, los Estados Unidos de América y la República de Panamá reconocen que un Canal a nivel del mar puede ser importante para la navegación internacional en el futuro. Las partes se comprometen, durante la vigencia de este tratado, a estudiar, conjuntamente, la viabilidad de este proyecto y en caso de que lo estimen oportuno, negociarán las condiciones en las que habrán de llevarlo a cabo.

En consecuencia: Los Estados Unidos de América y la República de Panamá acuerdan.

a) No se construirá un nuevo Canal interoceánico en el territorio de la República de Panamá, durante la vigencia del tratado, y

b) Durante la vigencia de este tratado, los Estados Unidos no negociarán, con terceros Estados, el derecho de construir un Canal interoceánico, o cualquier otra ruta, en el hemisferio occidental.

3.9. *Transferencias de bienes y participación económica de la República de Panamá*

El artículo 13 declara que "Al finalizar la vigencia de este tratado, la República de Panamá asumirá la plena responsabilidad de la administración, funcionamiento y mantenimiento del Canal de Panamá, el cual le será transferido en condiciones de funcionamiento, libre de gravámenes y deudas, salvo lo que convinieren las partes."

El 2 de septiembre de 1990, "La Estrella de Panamá" recoge la disertación del Dr. CARLOS LÓPEZ GUEVARA, en la Universidad Tecnológica

de Panamá, de cuyo contenido reflejamos lo siguiente: doce horas antes de la finalización del actual milenio, “se rescatará el patrimonio panameño del poder colonial”. Estima el conferenciante en veinticinco mil millones de dólares USA el valor de los bienes que ingresarán en el patrimonio nacional panameño.

En este artículo 13 se regulan, asimismo, otras transferencias de bienes, que se producen con la entrada en vigor del tratado.

Se determina la participación económica de la República de Panamá.

Las cláusulas económicas son mucho más favorables a Panamá que las del régimen anterior. Artículo 13, línea 4, letra *a*) del Tratado: Panamá tiene derecho a percibir 30 céntimos de dólar USA por tonelada neta que pase por el Canal. Esta cifra será revisada cada dos años, en función del índice de precios de los productos manufacturados en los Estados Unidos.

En la letra *b*) de la misma línea 4, se fija una prestación anual de diez millones de dólares USA y en la letra *c*) se prevé una indemnización condicional por la misma cifra.

Estos pagos habrán de hacerse por el Tesoro americano.

Panamá recibe 10 millones de dólares USA anuales por las actividades ejercidas anteriormente, por la Compañía del Canal y que le fueron transmitidas.

Por un cambio de notas, los Estados Unidos se obligaron a considerar favorablemente la posibilidad de otorgar a Panamá una ayuda económica y militar por valor de 345 millones de dólares USA. Esto no constituye una obligación en sentido estricto.

En conjunto, el monto de lo que Panamá habría de recibir ascendía a la cifra de 80 millones de dólares USA anuales, equivalentes a 2.262 millones hasta el fin del siglo.

3.10. *Arreglo de controversias*

El artículo 14 del Tratado dispone que en la eventualidad de que surgiera alguna controversia concerniente a la interpretación de este tratado o acuerdos conexos, las Partes harán todo esfuerzo por resolver el asunto mediante consultas a los comités competentes establecidos de conformidad con este tratado y acuerdos conexos o, si fuese oportuno, mediante los canales diplomáticos. Cuando las partes no pudiesen resolver un determinado asunto por dichos medios, podrán, en casos apropiados, acordar someter el asunto a conciliación, mediación, arbitraje u otro procedimiento que mutuamente considerasen conveniente para el arreglo pacífico de la controversia.

El Licenciado JUAN MATERNO VÁZQUEZ en el tomo 3.º de su obra mencionada, estudia las consecuencias de esta regulación de las controversias, a la luz del capítulo 6.º de la Carta de las Naciones Unidas, del capítulo 5.º de la Carta de la Organización de Estados Americanos y del artículo 60 de la Convención de Viena de 1969, sobre el Derecho de los Tratados.

Destacamos aquí, como circunstancia relevante, la facultad de suspender la aplicación de un tratado, en caso de violación grave.

4. TRATADO RELATIVO A LA NEUTRALIDAD PERMANENTE Y AL FUNCIONAMIENTO DEL CANAL DE PANAMÁ DE 7 DE SEPTIEMBRE DE 1977

4.1. *Consideraciones generales previas y de aproximación al problema*

La neutralidad es una institución clásica de Derecho Internacional Público: Un Estado, en presencia de un conflicto armado internacional, decide mantenerse al margen, y adopta una actitud de imparcialidad. Neutralidad no significa desmilitarización o pacifismo. Sólo dura, mientras existe el conflicto armado. El estatuto de neutralidad se rige, esencialmente, por los convenios de La Haya de 1899 y 1907.

La neutralización es la situación en que se encuentra un Estado que, a consecuencia de un acuerdo internacional, se obliga a no participar en empresas bélicas. Esta neutralización convencional implica que el Estado neutralizado no puede tomar armas, salvo en caso de legítima defensa. La neutralización es indeterminada y permanente.

Un Canal marítimo o interoceánico es una vía navegable artificial que atraviesa el territorio de uno o de varios Estados y que establece una comunicación entre dos espacios marítimos. El Canal es internacional, cuando su utilización está regulada por el Derecho Internacional.

Por razón de su carácter artificial, un Canal está sometido, en *principio*, a la soberanía del Estado territorial de la misma forma que cualquier otra porción de su territorio. Puede ser susceptible, sin embargo, de una regulación.

Se discute, por la doctrina, si el Canal forma parte del dominio marítimo o terrestre del Estado y un sector entiende que los canales internacionales deben asimilarse al dominio marítimo y su régimen debe participar de la idea de la libertad de los mares.

RICHARD PERRUCHOU, en su excelente libro *Le régime de neutralité du Canal de Panamá*, sostiene que no se puede aplicar al Canal de Panamá un régimen de mar abierto.

La libertad de navegación es consustancial al régimen del mar abierto. En los canales, la libertad de navegación es acordada discrecionalmente por el Estado soberano o establecida por un tratado internacional.

Aunque un tratado internacional regule el régimen de un Canal, este régimen de utilización convencional no es incompatible con la afirmación del estatus de aguas interiores de un Canal.

El Canal de Panamá se alimenta también de los ríos y lagos panameños.

Afirma PERRUCHOUD que no hay una doctrina común a los canales internacionales. Cada caso es distinto y se rige por reglas propias.

El Canal de Suez lo construye una sociedad privada, lo garantiza un tratado multilateral y lo administra exclusivamente un ribereño desde 1956.

El Canal de Kiel fue una vía nacional, antes de estar sometido a un régimen internacional. Este último estatuto fue denunciado, al comienzo de la Segunda Guerra Mundial.

Los Estados Unidos excavan y construyen el Canal de Panamá, lo administran y garantizan su seguridad, con exclusión de la posible garantía de cualquier otro Estado. Lo consideran como una de sus posesiones y, en período de guerra, lo incluyen en su sistema de defensa.

Por ello, concluye PERRUCHOUD que esta diversidad no permite la elaboración de un cuerpo de reglas uniformes aplicables a los canales internacionales.

4.2. *Consideraciones generales sobre la neutralidad a la luz del Tratado de 1977*

En el artículo primero del Tratado de neutralidad, Panamá declara que el Canal será neutral, permanentemente. Esta declaración que hace la República de Panamá, en forma de manifestación de voluntad unilateral, y en el ejercicio de su soberanía, se produce dentro de un tratado internacional, con lo que se causan los efectos vinculantes propios del acuerdo de voluntades, entre contratantes. Pero conviene resaltar algo de gran trascendencia y de proyección presente y futura: esta declaración de neutralidad permanente opera, en beneficio de la comunidad internacional, que se empieza a convertir en beneficiaria de una situación jurídica irreversible, por una posible aplicación analógica de la doctrina civilista de la estipulación en favor de tercero.

La declaración de neutralidad se complementa con el artículo 4.º del Tratado, según el cual los Estados Unidos y Panamá aceptan mantener el

régimen de neutralidad establecido, de manera permanente, y sin perjuicio de la terminación de los tratados existentes.

Un sector de la doctrina, representado por PERRUCHOU, sostiene que el Canal es una vía, artificialmente creada, que debe quedar asimilada al espacio terrestre del Estado. Hay muchas dificultades para asimilar la libertad de tránsito por el Canal, al derecho de navegación pacífica, en el mar territorial.

La construcción de un paso artificial no ha transformado la zona que ocupa, en una área geográfica sometida al principio de libertad de navegación, con derecho de paso irrestricto e inofensivo. El punto de partida y de referencia es la soberanía del Estado, sobre su espacio terrestre.

Este sector de la doctrina insiste en que los terceros Estados sólo tienen el derecho de libre tránsito que les conceden los tratados, de los que no son parte. En consecuencia perderían este derecho si los tratados fuesen revocados sin ser sustituidos por otros.

No queda agotado el tema de la neutralidad del Canal de Panamá con las consideraciones anteriores.

Desde el punto de vista de *lege data*, y a la vista de los textos vigentes, anteriormente comentados, existen declaraciones terminantes de neutralidad que trascienden la simple voluntad de los signatarios de los tratados y producen efectos jurídicos irreversibles en favor de la comunidad internacional. En los artículos primero y cuarto del Tratado de neutralidad se hace una declaración terminante, antes analizada, de neutralidad que pretende llegar más allá de la vigencia de los tratados.

El protocolo de adhesión de 7 de septiembre de 1977 invita a todos los Estados del mundo a adherirse al Tratado Permanente de Neutralidad, que para estos efectos reposa en la Organización de Estados Americanos en Washington. Muchos Estados se han adherido al protocolo de neutralidad.

Sin embargo, la opinión predominante, en Panamá, es que los tratados vigentes no han podido establecer una neutralidad auténtica que sólo existirá, cuando, superada la actual situación, basada en una relación bilateral, se establezca un verdadero régimen de neutralidad del Canal y de la República, garantizado por todos los miembros de la ONU.

Las características de la República de Panamá se prestan a una neutralización perpetua. Se trata de un país pequeño, pacífico y en una situación estratégica de indiscutible trascendencia tanto en tiempos de paz, como de guerra.

El Dr. Ernesto Caballero Pimentel, en su conferencia dictada el 18 de diciembre de 1963, en un ciclo organizado por la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Panamá, dijo literalmente lo si-

guiente: "...sin excepción, los más grandes hombres de la historia panameña han comprendido que la misión del Istmo es una misión de paz, de cordialidad hacia todos los pueblos de la Tierra, rechazando la idea de que nuestra Patria sirva como base militar para ninguna potencia imperialista, como cuartel para ejércitos amenazantes extranjeros, como depósito de armas alistadas para la destrucción y la muerte."

El Dr. Carlos Iván Zúñiga en un artículo publicado por la Universidad de Panamá, de fecha 17 de enero de 1964, reduce a tres las constantes de la política panameña, a saber: la lucha por la soberanía, la lucha por la neutralidad y la lucha contra la perpetuidad (se refiere en este último punto a los privilegios concedidos a los Estados Unidos en 1903).

Puede afirmarse, a modo de conclusión, que los tratados vigentes no han resuelto de modo concluyente y satisfactorio el problema del Canal de Panamá.

El mismo Torrijos, promotor de los actuales tratados, observó que el Canal de Panamá quedaba bajo el paraguas del Pentágono.

Es preciso buscar, en el futuro, una solución más armoniosa, tomando la soberanía panameña como postulado y punto de partida..

4.3. *Contenido del régimen de neutralidad*

Entiende PERRUCHOUD que el estudio de este epígrafe debe referirse a los siguientes puntos: libertad de tránsito, interdicción de discriminación, ámbito de aplicación territorial del régimen de neutralidad, medidas de seguridad relativas al Canal y garantía del régimen de neutralidad.

4.3.1. La libertad de tránsito

El artículo segundo del Tratado de Neutralidad estipula que la República de Panamá "declara la neutralidad del Canal, a fin de que permanezca seguro y abierto en tiempo de paz, como en tiempo de guerra, al tránsito pacífico de barcos de todas las naciones".

El término seguro implica que los barcos deben realizar la travesía, en condiciones de navegabilidad que garanticen la inexistencia de riesgo.

El Canal debe estar siempre abierto al tráfico, salvo casos de fuerza mayor como podrían ser un movimiento sísmico o cualquier corrimiento de tierras.

No sería admisible la excusa de falta de rentabilidad sobrevenida, pues siempre podría Panamá, después del año 2000, adoptar un nuevo régimen de tarifas.

Históricamente el Canal no fue construido en función de su rentabilidad económica sino en la de su utilidad para los Estados Unidos y, por supuesto, para el resto del mundo.

La libertad de tránsito para todos los barcos, tanto mercantes como de guerra se consagra, en el artículo tercero del Tratado, línea 1, letra *e*), a cuyo tenor los barcos de guerra y las naves auxiliares de todas las naciones tienen el derecho de franquear el Canal, en todo tiempo, sea cual fuere su modo de propulsión, su origen, su destino o su armamento, sin estar sujetos a inspección, investigación o vigilancia.

Se discutió, sobre todo en los Estados Unidos, si esta neutralidad debería respetarse, en caso de que los Estados Unidos fueren beligerantes en un conflicto armado.

Teóricamente debe optarse por una respuesta afirmativa, pero la cuestión carece de trascendencia práctica. El Derecho Internacional no prohíbe interceptar un barco, en alta mar, y, por ello, los Estados Unidos tendrán siempre la oportunidad de impedir que cualquier barco enemigo se aproxime al Canal.

4.3.2. La igualdad de trato

El artículo dos del Tratado de Neutralidad establece que el Canal estará abierto a todos los barcos, en pie de entera igualdad, sin posibilidad de discriminación alguna y siempre que se cumplan cuatro condiciones: satisfacer los derechos de peaje; cumplir con los reglamentos aplicables; no cometer acto alguna de hostilidad durante la travesía y observar las otras condiciones establecidas en el tratado.

La primera condición no presenta problemas especiales dignos de más extenso comentario.

Los reglamentos aplicables son las observaciones adoptadas por el Congreso de los Estados Unidos, la Panamá Canal Act, el Ejecutivo Americano, las Panamá Canal Regulations y la Comisión. Se trata del sometimiento a medidas de sanidad y de cuarentena, declaración de cargamentos peligrosos, inspección y medida de los barcos, etc. Todas estas materias serán competencia de Panamá, en el año 2000.

La tercera condición, o sea la de no cometer acto alguno de hostilidad durante la travesía, no plantea problemas especiales, en tiempo de paz. En caso de conflicto armado, ya hemos visto anteriormente que las posibilidades de cometer un acto hostil, dentro del Canal, son prácticamente inviables.

La cuarta y última condición se refiere a la línea 1, letras *d*) y *e*), del artículo tercero del tratado. La letra *d*) obliga a los barcos a prestar

garantías financieras para indemnizar posibles daños y la letra *e*) reconoce a los barcos de guerra, el derecho a no ser inspeccionados.

El artículo tercero, línea 1, letra *c*) dispone que todos los derechos del peaje y los originados por servicios complementarios, serán justos, equitativos, razonables y compatibles con los principios del Derecho Internacional.

En la actualidad, y bajo la administración americana, los derechos económicos, derivados del tránsito de los buques, se fijan en función del principio de equilibrio financiero.

El interrogante de fondo, en esta materia, se plantea de cara al año 2000, en que Panamá hace plenamente efectivos sus derechos soberanos y pasa a ejercer irrestrictamente la administración del Canal. ¿Podrá Panamá elevar sus tasas más allá de lo necesario para cubrir los gastos de explotación?

No olvidemos que las tasas tendrán que ser competitivas, pues de lo contrario los usuarios acudirán a otros medios. Ya existe una especie de Canal férreo de contenedores que va desde la Costa Este a la Oeste en Estados Unidos.

Cabe también preguntarse si la administración panameña del Canal se llevará a efecto sin que participe en la misma la política criolla. El Canal para ser eficiente tiene que funcionar como empresa privada aunque sus fines sean de interés público.

La contestación a esta pregunta está estrechamente relacionada con el problema central de determinar si el Canal es un área geográfica estrictamente sometida a la soberanía panameña o si, por el contrario, nos hallamos ante una situación de internacionalización irreversible. Este es uno de los temas, de distinta trascendencia, que habrá de resolverse, al finalizar el régimen vigente. Está relacionado con la gran interrogante: la posible y auténtica neutralización de Panamá.

4.3.3. Ambito de aplicación territorial del régimen de neutralidad

El Tratado de Neutralidad declara que el Canal será perpetuamente neutral y de su artículo tercero, línea 2, especifica, entre otros extremos, que el término "Canal" tendrá el significado que le asigna el anexo A del tratado a cuyo tenor el "Canal" comprende el actual Canal de Panamá, sus accesos y el mar territorial de la República de Panamá adyacente, según se delimita, en el plano adjunto (anexo B) y cualquier otra vía de agua interoceánica, en cuya construcción o financiamiento, participaren o hubiesen participado los Estados Unidos, que estuviese situada total, o

parcialmente, en territorio panameño así como sus accesos y el mar territorial adyacente.

Se plantean difíciles problemas de interpretación, que no pueden ser analizados, a fondo, dentro de los límites de este estudio y que derivan de la disparidad que existe entre el mapa del anexo B mencionado y el mar territorial con la superficie y extensión reivindicados por Panamá.

4.3.4. La seguridad del Canal

El artículo 5.º del Tratado de Neutralidad estipula que, al terminar el Tratado del Canal, sólo la República de Panamá puede administrar el Canal y mantener fuerzas militares, elementos de defensa e instalaciones militares, dentro de su territorio nacional.

Con el advenimiento del Gobierno que representa a Panamá desde 1985, las Fuerzas de Defensa han sido abolidas y se acentúa una progresiva desmilitarización. Los Estados Unidos no han expresado su opinión acerca de si tal actividad infringe los tratados en materia de defensa del Canal.

Como dice el licenciado JUAN MATERNO VÁZQUEZ, lo anterior no significa que los Estados Unidos quedan desvinculados de la operación del Canal, ya que en el artículo cuarto del Tratado de Neutralidad los Estados Unidos y Panamá acuerdan mantener el régimen de neutralidad establecido en el tratado, con carácter permanente, con independencia de la terminación de cualesquiera tratados existentes entre las partes.

El Senado de los Estados Unidos aprobó un “entendimiento” en los siguientes términos: en relación con este artículo cuarto, cualquiera de las partes puede, de acuerdo con sus procedimientos constitucionales, tomar acción unilateral para defender el Canal de Panamá contra cualquier amenaza, según determine la parte que tome la acción.

Concluye el tratadista mencionando que, con este “entendimiento”, se consagra el derecho de intervención de los Estados Unidos en relación a la defensa de la neutralidad del Canal, ya que tiene la facultad de determinar unilateralmente cuando está amenazada la seguridad de la vía. Efectivamente, tanto el General Torrijos, los negociadores Escobar Bethancourt y Arístides Royo, explicaron que no se habían obtenido en el tratado todas las aspiraciones de los panameños.

En cuanto a la protección y defensa del Canal de Panamá, durante el régimen vigente, hacemos nuestros los principios básicos que enumera el licenciado JUAN MATERNO en sus comentarios al artículo cuarto del Tratado del Canal, a cuyo tenor, la responsabilidad de protección y defensa del Canal corresponde conjuntamente a Panamá y a los Estados Unidos.

Dichos principios son los siguientes:

- Cada parte conforme a sus procedimientos constitucionales, tomará medidas para hacer frente al peligro.
- Los Estados Unidos tienen la responsabilidad primaria de proteger y defender el Canal.
- Los Estados Unidos tendrán derecho a estacionar, adiestrar y transportar fuerzas militares en la República de Panamá.
- Se crea una Junta Combinada cuya finalidad es la de facilitar la participación y cooperación de las Fuerzas Armadas de ambas partes, la cual está integrada paritariamente.
- Corresponde a la Junta Combinada examinar, a intervalos de cinco años, los recursos que ambas partes hubieren dispuesto para la protección y defensa del Canal, y formular, consecuentemente, a ambos gobiernos, las recomendaciones pertinentes.
- En la medida de lo posible los Estados Unidos procurarán mantener sus fuerzas armadas en Panamá, a un nivel que no exceda del que tenían antes de la vigencia del tratado.

4.3.5. La garantía del régimen de neutralidad

El Tratado de Neutralidad establece un régimen de igualdad formal entre las partes. Su artículo cuarto, varias veces mencionado, establece que los Estados Unidos de América y la República de Panamá declaran terminantemente que se mantendrá el régimen de neutralidad, establecido en el tratado, de manera permanente, con independencia de la terminación de cualquier tratado, existente entre las partes.

Para los Estados Unidos, el Canal de Panamá es un tema que afecta a su seguridad. El Senado americano autorizó al Presidente de los Estados Unidos para ratificar el Tratado de Neutralidad, incluyendo entre otras recomendaciones la reserva llamada “de Concini”, añadida en algunas precisiones por NUNN, del siguiente tenor:

“Conforme al Tratado concerniente a la Neutralidad Permanente y funcionamiento del Canal de Panamá, Panamá y los Estados Unidos tienen la responsabilidad de asegurar que el Canal de Panamá permanecerá abierto y seguro a naves de toda las naciones. La interpretación correcta de este principio es que cada uno de los dos países, de conformidad con sus respectivos procedimientos constitucionales, defenderá el Canal, contra cualquier amenaza al régimen de neutralidad y por consiguiente tendrá el derecho de actuar contra cualquier agresión o amenaza dirigida contra el Canal o contra el tránsito pacífico de naves por el Canal. Esto no significa ni se interpretará como un derecho de intervención de los Estados

Unidos en los asuntos internos de Panamá. Cualquier acción por parte de los Estados Unidos, estará dirigida a asegurar que el Canal permanecerá abierto, seguro y accesible y nunca estará dirigida contra la integridad territorial o la independencia política de Panamá.”

En opinión del Licenciado MATERNO esta reserva aceptada por Panamá, en el canje de ratificaciones, forma parte del Tratado. Por tanto, la misma modifica los términos originales de la declaración panameña sobre la neutralidad permanente del Canal.

La “Reserva de Concini”, según el tratadista mencionado, causó y sigue causando mucha preocupación en cuanto a si la misma es violatoria del principio de no intervención “tan caro al sistema interamericano”.

El principio de no intervención se recoge en el artículo 8 de la Conferencia sobre los Derechos y Deberes de los Estados, aprobada por la Séptima Conferencia Panamericana, celebrada en Montevideo, Uruguay, en 1933.

El texto aludido está redactado en los siguientes términos: “Ningún Estado tiene derecho a intervenir en los asuntos internos y externos de otro.”

A instancias de juristas latinoamericanos, entre ellos el panameño Dr. Ricardo J. Alfaro, la Carta de las Naciones Unidas, en 1945, estableció lo siguiente, en su artículo 2: “Los miembros de la Organización, en sus relaciones internacionales, se abstendrán de recurrir a la amenaza o al uso de la fuerza, contra la integridad territorial o la independencia política de cualquier Estado o en cualquier otra forma incompatible con los propósitos de las Naciones Unidas.”

Este principio de no intervención se reiteró, en 1948, en el artículo 15 de la Carta de la Organización de Estados Americanos, aprobada en Bogotá, en 1948.

Nos limitamos a dejar constancia de estos textos de claro contenido jurídico, que pueden conducir a interpretaciones no armonizables, por lo que queda patente, una vez más, que el tema del Canal de Panamá no ha encontrado aún una solución definitiva y fundamentada en el Derecho Internacional Público. Máxime porque sus normas y principios quedan sujetos en su aprobación al criterio de una de las partes, en el caso de Panamá, al del más fuerte que son los Estados Unidos.

Hace años que Panamá, en su política exterior, viene luchando para abrirse camino como nación neutral, tal como es Suiza. Varios esfuerzos se han hecho a pesar de las presiones. De conformidad con la condición de estado neutralizado, Panamá no podría pertenecer a ningún organismo

militar regional, ni participar en bloqueos, embargos, declaraciones de guerra, ni formar parte de alianzas en materia de seguridad o estrategia.

Estas aspiraciones entran quizá en conflicto con la voluntad de países más fuertes que tienden a comprometer a los vecinos, considerándose aliados.

MANUEL ACEDO-RICO Y SEMPRÚN

Abogado

Justicia y organización judicial: especial contraste entre Argentina y España, conexiones y diferencias

SUMARIO: EXPLICACION.—**PRIMERA PARTE:** LA JUSTICIA, LA INDEPENDENCIA JUDICIAL, EL JUEZ.—I. LA JUSTICIA A) ANTECEDENTES.—II. LA INDEPENDENCIA JUDICIAL: A) CONCEPTO Y SIGNIFICADO EN EL ESTADO DE DERECHO.—B) CLASES: 1. *Orgánica: Inmunidad organizatoria: a) Su naturaleza ad intra.* 2. *Funcional. Inmunidad actuatoria.*—III. EL JUEZ: A) VALORES: 1. *Vocacional.* 2. *Intelectual.* 3. *Psíquico.*—**SEGUNDA PARTE: LA ORGANIZACION JUDICIAL.**—I ORGANIZACION JUDICIAL EN ESPAÑA. A) DE LA PLANTA Y ORGANIZACION TERRITORIAL — B) DEL TRIBUNAL SUPREMO.—C) DE LOS OTROS ORGANOS.—II. ORGANIZACION JUDICIAL EN ARGENTINA. A) LA CORTE SUPREMA.—B) TRIBUNALES NACIONALES DE LA CAPITAL FEDERAL.—C) LOS TRIBUNALES NACIONALES —III. CONCLUSIONES A) DIFERENCIAS 1. *Políticas.* 2. *Socioeconómicas.* 3. *Territoriales*

EXPLICACION

Cuando se nos hizo el encargo a través del Secretario de la REVISTA CRÍTICA DE DERECHO INMOBILIARIO (mi excelente amigo y compañero FRANCISCO CORRAL DUEÑAS) de un trabajo sobre un “aspecto de la Justicia”, bien con enfoque histórico o de actualidad, en relación con los países iberoamericanos para participar en el V Centenario del Descubrimiento, se decidió por limitar el estudio al presente ensayo, en donde, fundamentalmente, se trata de contrastar las diferencias existentes entre la organización judicial de la República Argentina y la de España; las razones para ellos pueden ser las siguientes:

1.^a Porque un estudio total, omnicomprensivo, que abarcase la dis-

tinta organización y funcionamiento de los Tribunales de Justicia Ibero-americanos, naturalmente, no pasaría de ser una especie de transcripción de instrumentos de estricta formalidad que en cualquier órgano de emisión de los respectivos países pueda encontrarse, aparte que esa misma extensión dificultaría acometer, con cierto rigor, aspectos que se consideran sobresalientes.

2.^a La decisión de limitar el estudio a un solo país, tenía la ventaja de ofrecer al lector una impresión más sólida o gráfica de lo que, al respecto, puede constatar, en cuanto se pueda así, más fácilmente, edificar una suerte de homologación con la estructura de la organización y funcionamiento de la justicia española.

3.^a Por último, se pensó que dentro de la comunidad iberoamericana de los 20 países que la componen, existe uno de ellos, precisamente la República Argentina, que por su modernidad, por su secular europeísmo, y cómo no, con un adelanto de sus instituciones, podía servir como modelo significativo de ese contraste comparativo.

El ensayo comprende dos partes: La primera, un estudio teórico en donde se analizan conceptos y valores *comunes* en toda organización judicial por su misma universalidad y privanza de todo Estado de derecho, acordes con la dimensión ontológica de la institución de que se trata, y así se exponen los conceptos de la justicia e inmunidad del poder o administración que la dispense, en relación con el poder ejecutivo; en una segunda parte se aborda, ya en particular, lo concerniente a la transcripción de textos y análisis comparativo entre las respectivas organizaciones de ambos países; en un primer lugar, en cuanto a la República Argentina nos ha sido de valioso interés la monografía publicada por el Ministerio de Justicia, Comisión General de Codificación, con el título "organización judicial argentina" elaborado por el profesor de Derecho procesal de la Universidad Nacional de La Plata, LEONARDO JORGE AREAL, publicada por Gráficas Uguina, Madrid, 1970, para transcribir después la actual organización judicial española según la estructura actualmente vigente según la Ley Orgánica del Poder Judicial 6/1985, de 1 de julio (*BOE* 2-7-85), y la posterior Ley de Demarcación y Planta de 28-12-1988, publicada en el *BOE* de 31-12-1988.

PRIMERA PARTE: LA JUSTICIA, LA INDEPENDENCIA JUDICIAL, EL JUEZ

I. LA JUSTICIA

El primer artículo del Título preliminar de nuestra LOPJ, siguiendo el precedente de la secular Ley de 15-9-1870, comienza por proclamar un precepto imperativo, o de *ius cogens*, en cuanto que la función judicial o administradora de la Justicia habrá de hacerse siempre “en nombre del Rey”. Más adelante se considera el alcance político de este principio, emanador del Pueblo o de la potestad soberana del Estado. La dicción literal del artículo provoca estas puntualizaciones: 1) El término “Justicia”, ¿se emplea en su auténtico sentido conceptual? Es sabida la clásica definición que de la misma formuló ULPIANO: “Constans et perpetua voluntas ius suum cuique tribuendi”, o ALFONSO X EL SABIO: “Virtud que dura siempre en las voluntades de los omes justos e da e comparte á cada uno de su derecho igualmente” (*vid.* en *Digesto*, 10, tít. L, lib. 1, e *Instituciones de Justiniano*, lib. 1, tít. 1, párrafo inicial; igualmente, en Partida 3.^a, tít. 1, pág. 369 de la edición “Códigos antiguos de España”). De cualquier forma, no parece que el legislador se planteara en todo su rigor, un auténtico y complejo alcance nocional de la Justicia: simplemente, bajo el arraigo general, de que en las conciencias de los hombres, su sentido es perfectamente comprensible. Así se dice: “La idea de Justicia está en la mente de todos, desde el intelectual puro —que reduce el universo a una función pensante— hasta el salvaje que intuye los principios absolutos como defensa contra el caos. No hay nadie que no tenga una apriorística idea de la Justicia, entendiéndola, tanto por lo que hace a la manera de defenderse contra la inevitable desigualdad humana como por la ocasión trascendente que ofrece el reparto equitativo del Bien en la eternidad” (cfr. cap. “La Justicia”, en *El imperio del Derecho*. Discurso de ingreso en la RAJL, por J. L. DEL VALLE ITURRIAGA, Madrid, 1969, págs. 37 y sigs.), como la atribución a cada uno de lo suyo, de lo que le pertenece, en la asignación de los derechos dentro de la convivencia social, estimó que ello entraña el básico cometido de la actividad jurisdiccional. Sobre las acepciones de la Justicia, se dice, “El mismo sentido de sus concepciones clásicas tienen algunas frases usuales de las que es fácil deducir la idea vulgar de la justicia. Decir de un hombre que es justo, es llamarle impecable, severo en su conducta, incapaz de separarse de la regla moral que constituye la Ley de la idea de imparcialidad, de ajustamiento a las leyes de su razón, de culto a la verdad, de virtud para distribuir los elogios según el mérito o los favores en proporción a los merecimientos; igualmente, según la expresión

elegante de la Ley de Partida. Con la palabra justicia, se designa otras veces el mismo derecho, y así son corrientes las frases “pedir justicia, hacer justicia, administrar justicia”. Aparte de esta acepción objetiva, hay otra por la cual la voz justicia sirve para calificar la institución encargada por la Ley de mantener, administrar o distribuir el derecho. “Tenerse a la justicia”, “de justicia en justicia”, “aquí de la justicia” son frases vulgares por las que se significa la idea de poder, de autoridad. En este sentido —como el de Justicia en parangón— tomamos nosotros la palabra, designando lo que con más o menos propiedad viene calificándose de “poder judicial” (*vid. Diccionario de la Administración Española*, M. M. ALCUBILLA, 5.^a ed., tomo VIII, Madrid, 1894, pág. 500). En este sentido, también se escribe: “No empleamos la palabra ‘Justicia’ como expresión apropiada para significar la conformidad de las peticiones, de los actos y de las decisiones humanas con los dictados de la Ley natural o jurídica; ni para referirnos a aquella constante y perpetua voluntad de dar a cada uno lo suyo; sino que la aplicamos con el designio de comprender bajo su contenido el conjunto de instituciones, organismos y funcionarios a quienes está encomendada la misión de administrarla en toda clase de juicios y procedimientos judiciales” (*vid. ídem, Diccionario*, 6.^a ed., tomo X, Madrid, 1921, pág. 655). Una versión tecnicificada y novedosa de la justicia es la que la define como “el valor fundante de los actos de relación interhumana en el plano de la impersonalidad, o sea, en el estricto ámbito social, el cual se constituye como ámbito jurídico, como reino del Derecho, por la referencia a aquel valor” (*vid. L. LEGAZ LACAMBRA, Amor, amistad, justicia*. Discurso ingreso en RALJ 24-3-1969, pág. 41). En esa idea es natural que al iniciarse la ordenación orgánica de la Magistratura se aluda a lo que sustancialmente tiende su cometido, o lo que es igual, lo único que justifica su estructuración política dentro de la Comunidad estatal: el travase de la Justicia objetiva o axiológica a la Justicia subjetiva o particular, que no es sino la incidencia del Derecho constituido en la órbita del justiciable mediante el proceso aplicatorio de la metodología judicial. El comentario que sobre la justicia formula CARRETERO, al estudiar el citado artículo 1, es: “La formulación es clara, pero, no obstante, presenta una dificultad de interpretación, porque el término “justicia” es demasiado abstracto. La justicia es uno de los valores que no tiene traducción jurídica, ya que se trata de un concepto metafísico que sólo se positiviza cuando se realiza dentro de un Estado y entonces es el objeto de derecho. Esta última finalidad de todo el Derecho es el objeto de todas las funciones del Estado, y por eso, referida a la función judicial, debe ser precisa y matizada. La Ley lo que pretende es asimilar la Justicia a la función judicial: a la realización del Derecho positivo por medio de la organización estatal” (*en op. cit., Revista de Derecho Judicial*, núm. 26, pág. 132). En general,

sobre el significado y concepciones de la Justicia, véase magistralmente tratado el asunto en J. CASTÁN TOBEÑAS, *La idea de justicia social*. Discurso de apertura de Tribunales de 1966, Servicio de Publicaciones Ministerio Justicia. Asimismo, con mayor amplitud: *La justicia y su contenido a la luz de las concepciones clásica y moderna*, ídem, 1967 (Servicio Publicaciones M.º Justicia, y separata Ed. Reus; ídem, A. ITURMENDI, *De la justicia y de los jueces*. Discurso Apertura Tribunales, 15-9-1952, Ed. Reus, págs. 18 y sigs).

2) Al utilizar la expresión de que la “Justicia se administrará”, incita a meditar especialmente en si la modalidad verbal utilizada prejuzga un atisbo atrayente de la significación que el Poder Judicial ostenta en la total estructura política comunitaria, pues, asimismo y por otro lado, de confirmarse esa sospecha, debe denunciarse cierta incongruencia entre la calificación que la Ley otorga a la institución judicial como verdadero Poder, y luego la involucrada nota “administrativa”. Sobre tales particulares conviene, en nuestro sentir, subrayar: a) Que tal dicción no puede interferir la caracterización que *ab initio* la Ley confiere al Poder Judicial, como tal Poder, como algún sector de la doctrina ha querido traslucir. b) Que, en consecuencia, admitiéndose de antemano la conformación política del Poder Judicial —y con independencia de que en la realidad no alcance su plenitud o, incluso, que la misma Ley, a lo largo de su contexto no sea siempre consecuente como la gama de reconocimientos y garantías que ello suponga— en la expresión empleada ha de encontrarse en cauce exhibidor con que se materializa la justicia, cuando los Organos encargados de aplicarla, efectivamente, la actualizan. c) Por ello, se estima que ante un valor supranormativo, con real categoría trascendental, como la Justicia representa, sea pertinente que su recto entendimiento y faceta distributiva por los Hombres, suponga un cometido administrador, o sea, acomodar la misma, disponer de ella, ordenadamente, que es tanto como que su realizador opera con un bien superior y ajeno, sobre el que tiene deber de emplearlo en provecho del bienestar de la comunidad. e) En definitiva, pues, tanto por personificar así mejor el servicio que el Organó presta a la Justicia, a la que se deben fidelidad, como que por su recta aplicación conlleva a que la misma sea manejada o dirigida hacia el que la demanda, en armonía precisa con el bien superior común, se nominalizan ambas acciones con el término “administrar” que es, en puridad, la función que exactamente le subsume. Es obvio el conocimiento exacto de la voz “administrar”, y nosotros no vamos ahora a desarrollarla. Basta al punto la siguiente idea, de la que se ratifica esta nota de subordinación o servicio entre el agente u órgano encargado y aquello que tiene que manejar o “administrar”: “Si descendemos a los antecedentes etimológicos adverti-

remos que el término “administrar” significa servir, gobernar, gestionar, cuidar, manejar, proveer, conferir, aplicar, ejercer... Para evitar divagaciones, la emplearemos directamente para designar el aparato burocrático en sentido amplio encargado de la gestión o manejo de los intereses colectivos de las comunidades políticas, o la función o actividad misma de gestiones de los asuntos públicos” (*vid.* R. FRAGA GARCÍA en *El fomento administrativo como técnica psicológica*, Tesis Doctoral, Madrid, 1970, bajo la dirección del profesor LUIS JORDANA DE POZAS, págs. 12 y 14).

3) Como se ha dicho, la última referencia a “en nombre del Rey”, remite el asunto a su entronque generador y al puro significado etimológico de la administración. Porque ésta es la tesis defendida de la corrección del término por la Ley: si se administrara la Justicia, es porque se sirve a la Justicia, en la misión de atribuirla a los que la demandan, que es la función jurisdiccional. Con ello su valor permanece y se cosifica, aunque sea el Rey su depositario o mandante, y la Jurisdicción el administrador o mandatario o que actúa “en nombre” de otro, del Rey. Piénsese que si se utilizara la expresión “se entregará” en vez de “se administrará”, equivaldría a un atributo personal del Rey del que puede despojarse para su traslación a los demás. Como se dice, la Justicia, ostenta un trasfondo metafísico, que no puede corporeizarse en la personalidad estatal.

A) ANTECEDENTES

Es este enfoque el que explica la naturaleza del artículo comentado al atribuir la función de administrar justicia, como última adscripción, al Rey, se está, sin duda, incorporando la misma a su fuente generadora, de donde emanan todos los Poderes de la Nación; el dato que se personalice en el Monarca no es sino el símbolo que aglutina la máxima potestad política de la Comunidad. Siempre, pues, de esta Potestad, regentada por el Jefe del Estado, partirá el decurso operativo de la soberanía de la Nación o del Pueblo, génesis única y exclusiva, de donde provienen los distintos poderes reconocidos y estructurados. Por ello, no se trata de una fórmula lapidaria o inamovible, porque su terminología atributiva depende del sistema político a la sazón y, por tanto, del Ente asumidor de la Jefatura del Estado. En ese mismo parecer expresa CARRETERO (en *op. cit.*, núm. 26, págs. 132 y 133): “Al imputar la realización de la función judicial al Jefe del Estado se hace para atribuirla al centro unitario del ordenamiento jurídico. Las fórmulas de la Administración de Justicia han variado: “en nombre de la Nación” —Constitución de 1869—; “en nombre del Estado” —Constitución de 1931—; “en nombre de sí misma”, llegó a

proponerse en la votación de la Constitución de 1869. Todas ellas en el eco de la configuración de los poderes del Estado en la Constitución: Una Constitución clásica la imputará a la Nación, que es su tentáculo del Estado, su base social; una Constitución técnica, al Estado, que es la organización jurídica de la comunidad nacional. Todas ellas son, en parte acertadas; pero en realidad la nación como tal, carece de personalidad jurídica y no es posible regularla jurídicamente, ni puede ser una Organización a la que se le imputen actos jurídicos, como los que en la última instancia deben practicarse para la realización de la Jurisdicción. Definir la Jurisdicción como administrada en nombre del Estado no es inexacto, pero tampoco nos caracteriza la función, porque lo mismo la Jurisdicción que todas las funciones estatales, han de efectuarse necesariamente en nombre del Estado y se incurre con ello en una petición de principio. No es cierto tampoco que la Jurisdicción se ejerza en nombre de sí misma, porque en sí misma no es nada si no lo referimos a un Estado, y ha de poderse materializar en una Organización y desplegar sus efectos por medio de actos visibles. Ninguna de las fórmulas de atribución de la función judicial es jurídicamente perfecta. De ahí que lo más práctico sería prescindir de ella y de las lapidarias frases de que la Justicia se hace en nombre de una u otra Entidad u Organización. Solamente el hecho de que la Constitución de 1812 es el antecedente de esta fórmula legal y su gran arraigo en las leyes fundamentales puede explicar la dogmática declaración, impropia además de las leyes orgánicas, y más bien adecuadas a un texto constitucional. De todos modos, tampoco es un error ni produce consecuencias perjudiciales”.

Efectivamente, como se dijo, no suelen las ordenaciones orgánicas establecer fórmulas semejantes a las del artículo 1, e, incluso, a la mayoría de su Título Preliminar tal y como se observó, en su lugar acerca de la vigente Ley Orgánica de la Carrera Judicial; pero también es cierto que en nuestro sentir la incorporación de esas fórmulas, todas solemnes y programáticas, a tono con el rango constitucional, ennoblecen el marco de la Ley, y la elevan a un pedestal integrador de la totalidad reglamentadora de la jurisdicción.

Por otro lado, como se rubrica, asimismo, véase en ello un simbolismo practicado inveteradamente, o según escribe CARRETERO (*ibidem*, al final de su anterior exposición) “es una mera fórmula rituarial y como tal debe hoy tomarse”. Se redobra con este hábito, por un lado, el dogmatismo proclamador del fondo político instaurar del Poder Judicial en su justo entronque con la soberanía de la nación o “que emana del Pueblo”, y por otro, se prosigue la tendencia de que la consagración de instituciones trascendentales para la salud del Estado de Derecho, se exterioricen con

la debida solemnidad preambular, sin olvidar que toda potestad reconocida proviene y emana de las disposiciones actuatorias de la maximalidad estatal, albergante y depositaria del poder soberano del pueblo. No ha de olvidarse la referenciada transcripción que la Ley hace en su Título preliminar al sometimiento exclusivo a la respectiva Constitución (así, en su mismo Discurso de Presentación a las Cortes Constituyentes, se decía literalmente: "Los primeros artículos del Proyecto consagran las bases cardinales en que descansa el poder judicial, según los preceptos de la Constitución del Estado, determinan las diferencias que los separan y distinguen del poder ejecutivo, y establecen las oportunas reglas para la aplicación rigurosa de sus consecuencias legítima y necesarias, arreglándose de tal manera a los principios consignados en el Código Político de 1869, que en varias de sus partes más importantes se hace uso de las mismas frases y palabras que la Constitución emplea"). He ahí otra razón de su rango, y he ahí, también, su especial significación, que no debe desvirtuarse por la comentada técnica de su impresencia en los modernos textos organizatorios.

II. LA INDEPENDENCIA JUDICIAL

Genéricamente, el concepto de independencia, aplicado a cualquier esfera actuatoria de la persona, implica la falta de subordinación o sujeción del agente a otra entidad o elemento extraño a su naturaleza. Se dice que se es independiente, en cuanto el natural derecho a la libertad de todo hombre, reconocido por las Leyes como presupuesto mínimo de juridicidad ordenativa, no encuentra en el ejercicio goce de sus consiguientes prerrogativas o facultades, impedimentos que obstaculicen su normal operatividad, procedentes de deletéreos controles ajenos a su *substratum* ontológico. Es claro que la circunstancia obstativa y, por ende, infractora de la cualidad independiente, ha de ostentar ese matiz de irregular proge-nie, lo que, por otro lado, no prejuzga la existencia de arreglados límites que dicha independencia ha de respetar; según sea el contorno en donde opere el sujeto independiente, debidamente potenciado en racional normalidad, así se calificará su norte delimitativo: todo aquello que se pretenda realizar que contradiga la naturaleza y justificación teleológica de aquel contorno deberá ser condenado, y su sanción nunca implicará la presencia del elemento de irregularidad acusado. No se olvide que la convivencia de la persona incesante, y por tanto bajo el imperio de los elementos dictados de juridicidad reglamentadora de esa convivencia *ipso facto* la sitúan en un estado de relatividad dinámica, esto es, que su actividad sólo será viable

y, como tal, tutelada, si la misma no traspasa las líneas generales de regulación social en que se subsume su capacidad de ejercicio jurídico. De igual modo, el presupuesto de independencia se predica dentro de homogéneos sectores de funcionalidad colectiva, es decir, si la debida selección de los cometidos públicos presupone la correspondiente dación de grupos cualificados de funcionarios que realizan semejantes actos, tendentes a un uniforme postulado, dentro de la generalidad de organizaciones comunitarias, es obvio, que los mismos han de actuar bajo una elemental independencia actuatoria, o sea, si la intromisión de unos grupos en la esfera funcional de los otros; con ello se consigue, no sólo la clarificación de las funciones públicas, sino el beneficio inherente a la especialización, aparte del estímulo y prestigio para aquellos agentes que personifican la subjetividad del grupo diferenciado. La sucesiva adscripción de los grupos a sus bases orgánicas etiológicas, hasta alcanzar la fundamental estructuración del Estado de Derecho, asimismo condicionará la vigencia del principio de independencia; porque si cada uno ha de operar en esa directriz independiente, cuando éste se cohesiona con los demás por su última dependencia funcional, es claro, que cabe una ordenativa general que aglutine la actuación de los grupos dependientes, y por tanto en ello cabe detectar un desvío del principio. Pero si, hasta en su misma génesis existencial, el distingo sancionador de los cometidos públicos resulta evidente, por su equiparación en la total sistematización de las funciones del Estado de derecho, la independencia que ha de garantizar la actividad cada uno es inconcusa. Se remonta, entonces, el tema a la conocida tricotomía de los poderes políticos, tan considerada en las vías constitucionales. No se trata de plantear su idoneidad, ni su acertada plasmación por la Revolución Francesa, como tampoco de abordar hasta qué punto hoy en día puede hablarse de su permanencia o de su pertenencia. Parece, sin embargo, que en la actualidad persiste la fundamentación ocasionante de la trilogía: Poder Ejecutivo, Poder Legislativo y Poder Judicial; esto no sólo es así porque la esencia ontológica de sus respectivas actuaciones resulta diferenciada, sino porque, con más o menos intensidad, en todas las organizaciones políticas comunitarias, se prevé una ordenación atinente con aquella configuración. Que, luego en su *praxis*, acaezca una maximalidad en la incidencia del Ejecutivo mediante la inflación operatoria de la Administración Pública, que como en el fenómeno disgregador y mutilante del Derecho privado, invada esferas secularmente atribuidas a los otros Poderes, es otro aspecto que en nada desvirtúa aquella realidad: sin erigir un amago justificante, cabe atenuar la censura, meramente, bajo el punto de vista de que el Poder que “administra” la cosa pública, y por tanto el que manipula los medios materiales de subsistencia comunitaria es el Ejecutivo, y por tanto él se encarga de orientar lo administrado, en la diversidad

necesitada de funciones públicas precisas para la total ordenación de su colectividad. De toda suerte, no puede eludirse la verdad dispar en su génesis funcional, de los tres Poderes, todos procedentes del atributo de la Soberanía de la nación.

En consecuencia, la precitada independencia se predica, sustancialmente, del Poder Judicial, siguiendo esa línea de clarificación de las funciones públicas del Estado. Aplicando la anterior teoría general se subrayan estas consideraciones:

1) Como Poder Político, perfectamente sustantivizado, sólo se relacionará con los demás, en tanto en cuanto los tres sirven a la ordenación de la vida comunitaria y se derivan de la misma Fuente o Soberanía de la nación.

2) Careciendo, de consiguiente, de la cohesión aglutinante con los estamentos adscritos a los Otros Poderes, es imprescindible que la esfera de actuación de dicho Poder Judicial esté libre, o sea independiente de injerencias extrañas a su cometido funcional; ello conduce a que en el ejercicio de su función solamente se respeten los generales límites de la total juridicidad de la comunidad, o lo que es igual, se mantenga únicamente bajo el control de la legalidad suprema. Ya se indica luego que esta supeditación a la Ley encuentra su recto sentido según sea la visión del Estado de Derecho acorde con los Principios Universales de política organización.

3) Toda subordinación formalmente reconocida que condicione la actividad y organización del Poder Judicial a la preeminencia del Poder Ejecutivo es una crasa violación del principio de independencia; de igual modo, si eludiendo la equiparación e independencia consagradas en los textos supranormativos, coexisten dictados o presiones "de facto" que supediten la acción judicial, asimismo comportarán resquicios deletéreos de dependencia.

4) Habida cuenta la especificidad de la función judicial, en la que el juez se erige en dirimente del conflicto particular, extrayendo del total ordenamiento la norma concreta atinente a la fricción planteada, e, incluso, garantizando al justiciable frente a los actos provenientes de la Administración Pública, con igual virtud de imparcialidad, se comprenderá cómo la exigencia de independencia en este Poder sobresale por su mayor afección en la órbita de derechos e intereses de la persona. Huelga reproducir el sinnúmero de opiniones que condicionan la realidad de un verdadero Estado de derecho, a la existencia de un auténtico Poder Judicial independiente.

5) Por último, meramente subrayar, que aquella limitación que la actuación judicial encuentra en el marco de la Ley (aparte de su indiscutible certeza por delinear así a la función pública bajo la panorámica

ordenadora de los intereses de la comunidad a que toda Ley propende), no puede —ello es pueril— mixtificar el asunto con una suerte de supeditación al Poder Legislativo, pues el exacto alcance de la función jurisdiccional, ceñido en aplicar en exclusividad las leyes, justifica aquella relación; el Poder Legislativo dicta las leyes que el Judicial aplica con absoluta independencia.

En definitiva, concebimos la independencia judicial como la plena inmunidad del Poder Judicial frente al Poder Ejecutivo, en todas sus manifestaciones, tanto las regladas como las que son producto del conocido fenómeno de su incesante expansión rebasando ámbitos de jurisdicción antes marginados en su órbita funcional; es, según CASTÁN, acogiendo la frase de ENSOR: “Que los miembros de la Magistratura estén fuera del alcance de la influencia del Gobierno ni de los partidos políticos ni de otros poderes de hecho que puedan ejercerse a través del Gobierno.

A) CONCEPTO Y SIGNIFICADO EN EL ESTADO DE DERECHO

Reflejada nuestra simplista concepción de la Independencia Judicial como la inmunidad de este Poder frente al Ejecutivo, conviene subrayar la significación que en la vida pública del país puede la misma representar. Pero ello requiere como preliminar necesario predetermined el sentido y relieve que se entiende debe concurrir en todo Estado de Derecho, ya que, al final y a la postre, la configuración de los distintos poderes políticos, y su fatal interrelación dependen de la envolvente perspectiva de jurisdicción reflejada por dicho Estado. ¿Qué se entiende por Estado de Derecho? A nuestro modo, sintéticamente, aquél en el que impera un sistema de legalidad consecuente con la mentalidad del mundo occidental, y por tanto, garantizador de las elementales libertades políticas y derechos del individuo, conforme a su peculiar idiosincrasia comunitaria. La disección de semejante tesis implicaría [acerca del Estado de Derecho, entre una gama doctrinal, se encuentra el ejemplar y documentadísimo trabajo del profesor LEGAZ LACAMBRA (“El Estado del Derecho en la actualidad. Una aportación a la teoría de la jurisdicción”, en *RGLJ*, tomo 163, julio-diciembre 1933, págs. 722 a 797), y en torno al concepto del mismo se argumenta con parecida tendencia a la expuesta lo que sigue: “Hay que conformarse con un *mínimum* de características formales para designar el Estado de Derecho: la existencia de un régimen de distinción de poderes, de un *mínimum* de ‘libertad’ especialmente en el sentido de ‘libertad política’ —organización democrática de los poderes— y de un *mínimum* de ‘igualdad ante la Ley’ —aun cuando tanto la libertad como, en consecuencia, esta igualdad

sufran restricciones importantes en ciertos casos, por ejemplo, por motivos de 'laicismo'—. La existencia de estos indicios no autoriza, ciertamente, a afirmar que se trata de una 'democracia liberal', pero para pensar que existe un 'Estado de Derecho' es suficiente; tenemos esas características el signo con el cual podemos reconocer una existencia posible de un Estado jurídico; pero su sentido íntimo sólo nos lo descubrirá el estudio de las realidades sociológico-ideológicas que lo sostienen y vivifican; el Estado de Derecho es, en la idea, la democracia liberal organizada jurídicamente; en la realidad política anterior, la organización jurídica era escasa; en la realidad actual y probablemente en la futura, la organización se perfecciona, pero el contenido liberal desaparece paulatinamente" (cfr. págs. 732 y 733). Puede, desde luego, tras la descarga ideológica que anima al estudio en mor al momento histórico de elaboración y concepciones vigentes, estimarse apto para exhibir una caracterización del Estado de Derecho. La importancia que en la vida jurídica en general, comporta el Estado de Derecho, en su versión española, y la genuinidad de sus notas, se resaltan monográficamente así: "Se trata de discernir, ante todo —una vez de acuerdo en cuanto al exacto concepto y genuinas características del Estado de Derecho—, si realmente servimos, como juristas prácticos españoles al derecho mismo o, más bien, a la Fuerza, cristalizada, en lo normativo, en mero decisionismo, de férrea eficacia vinculante para los cuerpos, pero no para las almas; dicho en otros términos: si vivimos y actuamos dentro de un ESTADO DE DERECHO, regido por una Ley, iluminada ésta, a su vez, por el Derecho natural, o conllevamos por inercia, parquedad, o cómoda conveniencia, un régimen de mando arbitrario, cuya protección penal no sería otra que un duro sistema coactivo, de exclusivo sentido utilitario, más enérgico y opresivo que racional y justo". "Siendo ESTADO DE DERECHO en el que vive conforme a una JUSTA LEGALIDAD que rige para todos incluso y en primer lugar para el propio poder público, que la acata y garantiza..." "No basta para que una comunidad merezca el nombre de ESTADO DE DERECHO la escrita legalidad no observada en la práctica ni tampoco la existencia de un orden normativo vigente, pero injusto, ya que como enseña SANTO TOMÁS, la Ley humana tiene razón de Ley en cuanto sea conforme con la recta razón y en cuanto se aparta de la razón, se llama Ley inicua". "El actual Derecho —para serlo en verdad— requiere no ya sólo la fijeza imprescindible para la seguridad jurídica, sino, además, la justicia de su contenido. LEGALIDAD VIGENTE Y JUSTA, 'son suficientes y sinceras garantías jurisdiccionales y procesales de efectividad'" (cfr. A. DE MIGUEL GARCILÓPEZ en "Ley Penal y Ministerio Público en el Estado de Derecho", separata del *Anuario de Derecho Penal*, Madrid, INEJ; 1963, principalmente, págs. 251, 253 y 254)];

- La organización de la comunidad nacional, bajo el imperio de un conjunto de leyes, respetuosas de esas garantías, lo que lleva consigo su previa elaboración, inspirada en el respeto al Derecho natural y a los principios generales supranormativos.
- Como resultado de lo que antecede, la existencia de un Texto Constitucional o Fundamental, que formalmente consagre que la diversidad de poderes o cometidos públicos de basicidad, si bien emanados de la misma raíz de Soberanía nacional, han de desarrollar su ámbito de aplicación por cauces de nítida diferenciación, eliminando cualquier preeminencia de unos sobre otros.
- Que, incluso, si por circunstancias particularmente explicables en la Nación de que se trate, la personificación del poder soberano se incorpora a un órgano exclusivamente cualificado, éste en sus vías de reglamentación jurídica, posibilite y, es más, asegure la deseada ininterferencia de las orgánicas funciones públicas.
- Que si ese Poder Ejecutivo, en quien se centraliza el ejercicio de la soberanía, no quiere incidir en desvíos atentatorios de su adscripción a la fisonomía universal del Estado de Derecho, debe escrupulosamente garantizar: 1) Respecto al Poder Legislativo, su insornable aptitud para elaborar leyes, obedientes con el maximalismo jurídico de la persona, sin duda, reconocido en sus normas fundamentales. 2) En torno al Poder Judicial, cuya presencia acontece con posterioridad al pronunciamiento legislativo, preservarlo de toda injerencia que adultere la imparcialidad de su acción, e, incluso, otorgándole una suerte de autogobierno encauzador de la profesionalidad de sus órganos.

Bajo ese esquema es, a nuestro entender, cuando se debe emitir un juicio sobre la significación del principio de independencia en el Estado de derecho, porque resultaría absurdo inquirir su problemática si ya se quiebra la perspectiva de información jurídica general que anima la concepción de la Comunidad Política, en la que aquél forzosamente se asienta.

Prejuzgando, pues, ese Estado de Derecho, la importancia y alcance del dogma de independencia garante de la operatividad judicial, sobresale, en modo, porque su real verificación depende incluso la verdad propugnada por el aserto constitucional de aquél; si la correspondiente Administración Pública arbitra fórmulas en su infinita gama de posibilidades de privilegio como vehículo materializador de las eminentes prerrogativas del Poder Ejecutivo, que desvirtúen aquella independencia, o que la modelen con inmisiones orgánicas condicionantes de un desviacionismo servil de la Magistratura, estará truncado el equilibrio modelador de los Altos Orga-

nismos encargados de velar por la sanidad comunitaria, y, lo que es más hipersensible, a sus miembros, los sumirá en una orfandad de instrumentos frente a la arbitraria discrecionalidad de supuestas medidas atentatorias de su *status* jurídico". Igualmente, la nefasta situación a que se condena al país cuando el Gobierno respectivo manipula en torno a la independencia judicial, resalta, en razón a que tras la elaboración legislativa de sus vías ordenadoras —incluso bajo la hipótesis de un círculo parlamentario libre en su específica actividad— no queda sino el dilema de cumplir sus preceptos o transgredirlos con prácticas abusivas de poder: si lo segundo, únicamente merced a una Magistratura independiente (que es tanto como predicar su autogobierno y autonomía funcional), es como se puede controlar ese intento de ilegalidad; de lo contrario, tal arbitrariedad prosperaría, siempre por supuesto, por la razón de la fuerza, y entonces ese Estado sería imaginario de Derecho y se estaría muy cerca del despotismo o el autoritarismo a ultranza.

En definitiva, se entiende, que la precipitada independencia judicial implica para todo el Estado de derecho el reconocimiento formal y en su *praxis* efectiva, de que la Magistratura es libre no sólo para organizarse, sino, lo que más importa al justiciable, para el desempeño de su específica actividad, que no se someterá a injerencias subordinantes de los demás Organos detentadores del Poder más ostensible por el peso de su efectividad.

B) CLASES

Acaece en la formulación del elenco respectivo una especie de proliferación doctrinal, que suele exhibir el tema con una excesiva parcelación cuando, a nuestro entender, siguiendo los dictados de una incipiente disciplina metódica, la clasificación no tiene por qué subsumir supuestas categorías que no pasan de aditamentos caracterizantes aplicables a las únicas que, ontológicamente, cabe señalar. Por ello, y con deseo asimismo de simplificar el problema, se sigue un plan en todo coherente con la visión anteriormente reflejada sobre la integración esencial del principio de independencia judicial.

Efectivamente, la proyección intercalada acerca de su significado y alcance dibuja el contorno preciso en el que, en rigor, debe enmarcarse las clases de independencia: Orgánica y Funcional; la primera estática, la segunda dinámica. La una afectante al funcionario judicial en sí, la otra a la esfera de su actividad. Sobre ambas ha de incidir el dogma de inmunidad o de no injerencia del Poder Ejecutivo. Se insiste, como se apreciará, que

los atributos precisos para la más completa caracterización de cada una de ellas suelen ofrecerse por cierta doctrina como otras tantas especies de independencia.

Examinemos la dicotomía [sobre dicha clasificación expresa SILVA MELERO: “Modernamente se ha considerado el problema de la independencia judicial bajo un doble aspecto: el de la función y el de la organización. El primero, la llamada independencia funcional, afecta a la esencia misma de la actividad jurisdiccional, que a diferencia de la administrativa no precisa de una subordinación jerárquica, en lo que se refiere a las órdenes de los superiores, ya que el juez está subordinado únicamente a la Ley, según las normas de interpretación y conforme a sus convicciones jurídicas. El sometimiento del juez, pues, desde el plano de la función, es exclusivamente a la norma abstracta y general, sin intermedio de ningún sujeto. Esta independencia funcional ha sido siempre reconocida, al menos en teoría, incluso en los regímenes más autoritarios, por eso se ha destacado como de gran valor práctico el problema de la independencia en relación con la organización judicial. Como fácilmente se comprende, el objeto es asegurar a los jueces una situación jurídica que favorezca su fuerza de resistencia a través de un sistema de garantías, entre las que destaque la inamovilidad, pero, sobre todo, manteniendo el principio de autogobierno de la Magistratura, único modo de hacer tangible una independencia frente a los demás poderes del Estado” (en *op. cit.*, *Las garantías de la independencia judicial*, págs. 308-9)]:

I. ORGÁNICA: INMUNIDAD ORGANIZATORIA

El contenido a que se contrae el principio halla en este *genus* su concreta aplicación al implicar la no injerencia del Gobierno en la organización y funcionamiento instrumental de los Tribunales. Por ello se afirma que afecta primordialmente al estamento profesional del funcionariado judicial, por supuesto en su cúspide orgánica o titular respectivo: Juez o Magistrado, en base a la misma, se ha aspirado —con más vehemencia que realidad, es la verdad— a la consecución del autogobierno o autoadministración de la Magistratura; sin pretensiones de perfilar tecnicismos —que ubican la cuestión en el dominio de los iuspublicistas—, puede pergeñarse un esbozo diferenciador: si el autogobierno recae sobre la potestad de ordenar la selección y destino de los Organos judiciales correspondientes, la autoadministración tiende a la provisión y manejo de las necesidades materiales de toda índole que aquéllos requieran para su normal funcionamiento. Lo normal es que la independencia orgánica

preserva al funcionario judicial del control gubernativo en lo atinente a su situación profesional y, por tanto, lo subsume exclusivamente en los dictados emanados de los altos organismos que jerárquicamente ostentan la dirección y rectoría del Poder Judicial a que pertenece; en consecuencia y, claro está, si esa rectoría asimismo ha accedido por vías electivas o de designación surgidas del mismo Poder se colmará un *status* plenamente inmune a presiones de extraña etiología; el Juez, por ende, se entregará sin reservas al cumplimiento de su excelsa misión, porque le consta que inexistente la suspicacia de postergación o anonimato. Aunque la distinción conceptual que se apunta entre “autogobierno” y “autoadministración” no sea dogmática y ofrezca en la doctrina, como se constata en la nota siguiente, pareceres no del todo coincidentes, a esa caracterización tiende ORIOL Y URQUIJO, al examinar el epígrafe: “El gobierno y la administración de la justicia”, exponiendo: “En íntima relación con la organización de los Tribunales se halla el problema del gobierno y administración de la Justicia, que también, naturalmente, ha merecido la atención del Anteproyecto. El adecuado planteamiento del problema obligaba a tener en cuenta los siguientes factores: de un lado, el doble carácter de los Jueces, pues si en su aspecto funcional son plena y absolutamente independientes y sólo subordinados a la Ley, por su condición funcional están ligados a la Administración del Estado, pero no sometidos a ella de modo tal que pueda ponerse en peligro su independencia, que es, por definición, característica de su actuar. De otro lado, la Justicia precisa de una serie de elementos personales y materiales que han de serle proporcionados por la Administración; nada mejor para alcanzar esta aspiración que trasplantar al Gobierno y administración de la Justicia lo que es garantía de la independencia funcional, esto es, el imperio de la Ley. Si la legalidad preside las manifestaciones de la condición de funcionario, si conforme a ella se han de reconocer los derechos inherentes a esta condición y ha de exigírsele el cumplimiento de los deberes que les alcanzan y responsabilidades en que pueda incurrir, la independencia de los jueces proclamada como principio del desempeño de la función, no tendrá resquicios por los que pueda ser mermada; inspirándose en estas ideas el Anteproyecto establece que compete el GOBIERNO a los propios órganos de la Justicia, que a estos efectos están sometidos a una ordenación jerárquica de necesaria observancia. La ADMINISTRACION corresponde al Ministerio de Justicia y estará presidida por la idea de cooperación con los órganos judiciales para el mejor cumplimiento del servicio e inspirada y realizada según principios de estricta legalidad. Las actividades de gobierno encaminadas a la selección de los funcionarios más idóneos se confían al Consejo Judicial, que se mantiene con mayor amplitud representativa, como órgano encargado de la calificación de los funcionarios al servicio de la Justicia, de tal forma

que es la propia organización judicial quien calibra sus méritos y selecciona a quienes lo merecen para el desempeño de los cargos que requieren especiales aptitudes o condiciones" (cfr. en *El plan de reforma de la Justicia y su estado actual*. Discurso de apertura de los Tribunales de 16-9-68, Servicio Publicaciones Ministerio Justicia, págs. 38 y 39).

No obstante, conviene subrayar que este aspecto nunca puede *per se* menoscabar total e intensamente el principio; o sea, la nebulosa sobre la vigencia de la independencia orgánica no presupone sin más que se desconozca el dogma, porque, es claro, que el verdadero Juez, cuya sentida vocación refuerza su capacidad de integridad, nunca hará dejación de su libre convicción porque se tambalee su persona, prestigio o futuro profesional. De nuevo habrá ocasión de reincidir sobre el particular cuando se aborde lo que es inconcuso: la independencia, por naturaleza, más exigente y que el Poder Judicial nunca debe reducir, es la funcional; si ésta quiebra, entonces sí será cierta la desconfianza del justiciable y el aniquilamiento de la axiología judicial.

a) Su naturaleza *ad intra*

Se ha rubricado una particular terminología, facilitadora de la comprensión del principio, habida cuenta la plataforma circunstancial en que desarrolla su acción el Poder Judicial; o sea, si éste tiene por misión la aplicación de la Ley al caso controvertido en su exclusiva jurisdiccional, o, traslaticamente, el control de las garantías constitucionales y derechos de la persona frente a los poderes políticos residuales, es obvio, que dicha actuación trasciende en relevancia exhibidora, o lo que es igual, con su verificación, se toma conciencia o se hace noticia de que el Poder Judicial está cumpliendo su misión. Por tanto, la temática referente las incidencias o vicisitudes del estamento profesional judicial —cuyos antecedentes de subjetividad indispensable para la idoneidad de su ulterior actividad nadie, y menos nosotros, desconoce— parece como si se escamoteara o quedara oculto para el gran mundo de destinatarios a los que se dirige la función judicial; estamos seguros de semejante aserto; ese justiciable anónimo, que no es sino la comunidad social, en general, ignora la trascendencia que pueda suponer la cuestionabilidad orgánica del titular que le administra Justicia; como se expuso, a él le afecta e interesa la obtención de una resolución justa, o, cuando más, su confianza en que, si sus derechos son transgredidos, encontrará una magistratura independiente. Acaso por tales razones, nosotros hemos adosado a esta independencia una naturaleza *ad intra*, es decir, recae sobre presupuestos personales de los órganos judicia-

les, y, por tanto, no se exhiben visiblemente para los receptores de su función.

Que lo anterior no plantea un desconocimiento de la pertinencia de esa inmunidad organizatoria es claro, pues se ha expresado y se insistirá en que cuanto más robusta sea la independencia orgánica más calidad y seguridad existirá en la certeza de la funcional.

2. FUNCIONAL: INMUNIDAD ACTUATORIA

Es la otra clase de independencia judicial, conforme al criterio personal esbozado, y que responde a valorar, en puridad, los cometidos consustanciales de la Magistratura, sobre los que debe proyectarse el dogma de independencia, o de no injerencia de los otros Poderes, en particular, por su omnipresencia accional del Ejecutivo.

Acerca de la puntualización justificativa de la dicotomía, se trata, ahora, de perfilar el otro estadio necesitado, por esencia, de la insubordinación gubernativa: contemplada ya la de carácter orgánico, o afectante al funcionamiento y organización de los Tribunales, con predominante base de subjetividad funcionarial esta otra modalidad de independencia recae en la esfera de objetividad sobre la que se desenvuelve la misión jurisdiccional: el desempeño de su función por los Organos judiciales, esto es, toda la problemática referida a su actividad específica de juzgar o acción judicial *strictu sensu*, con mayor exigencia ontológica ha de permanecer inmune a los dictados normados o simplemente influyentes del Gobierno.

Como se ha reiterado, sin desconocer la decisiva importancia que tiene el mantenimiento de la independencia orgánica, es el respeto absoluto a la funcional, el determinante de la existencia de un Poder Judicial independiente, y, por ende, de la viabilidad del Estado de derecho; y, precisamente, aquella importancia de la inmunidad organizatoria, no encuentra otra explicación gnoseológica que su inmediata repercusión en la actuatoria, porque si, especulativamente, acaeciera la hipótesis de que las sendas dinámicas del respectivo elenco dicotómico fueran autónomas, no habría fundamento serio para proclamar o exigir la predicada independencia orgánica, cuya temática sería exactamente igual a la de los demás funcionarios públicos.

Quede claro que con esta rúbrica no se desconoce el relieve de la inmunidad organizatoria de los Tribunales, por aquella afección —tal y como se expresó en su lugar—, más adviértase que la única con caracteres *per se* atrayentes de la disciplina independiente, es la de la actividad judicial, cuyo sentido teleológico asimismo prejuzga la pertinencia de la

otra. Por ello, de modo rotundo, se define el principio de independencia judicial, aludiendo, sin duda, a la funcional por su citada categoría preferencial, como “aquel estado permanente de garantías que permite que los jueces PUEDAN DICTAR SUS RESOLUCIONES sin más estímulos que de su propia conciencia” (cfr. B. RULL, “Conferencia sobre Independencia Judicial”, en *Conmemoración Centenario...*, folleto, pág. 93). Asimismo, la caracterización mayúscula preinserta, resplandece de los siguientes párrafos: “Si el Estado es al mismo tiempo organizador de la comunidad y protector de los derechos de los individuos, es indudable la necesidad de una especialización funcional. Puesto que los órganos de la Jurisdicción han de realizar una tarea que se distingue netamente de las restantes funciones que al Estado competen, han de estar sin duda organizados de modo que no se confunda su actividad con las distintas manifestaciones de la acción legislativa o de gobierno. Dicho en otros términos: la diferencia de la FUNCION ha de reflejarse por fuerza en una diferencia de estructura: la nota diferenciadora y típica de la función jurisdiccional, que determina la suprema garantía de los derechos humanos proclamados por las Leyes fundamentales de los Estados, es la que se recoge en el principio denominado de la INDEPENDENCIA DE LA JUSTICIA. Todo Estado, para hacer efectivos los derechos reconocidos a los individuos, está obligado a crear una organización que lleve a cabo la función judicial en una posición diferenciada o autónoma... ESTA INDEPENDENCIA, ESTA AUTONOMIA FUNCIONAL, se refuerza además con la nota de lo que le es característico, es decir, el ejercicio de la función jurisdiccional ha de encarnarse en la organización judicial, cuyo cometido, único, exclusivo y excluyente, es la íntegra realización de la Justicia” (cfr. ORIAL, *loc. cit.*, págs. 26 y 27).

Esa categoría preferencial, con que se intitula el rango de la misma, resalta del contraste comparativo con la orgánica:

- Mientras que la inmunidad organizatoria aspira a preservar al funcionario judicial de manipulaciones del Poder Ejecutivo que interfieren su situación profesional con medidas ajenas a las necesidades o conveniencias del servicio, que sólo puede sopesar el propio Estamento Judicial, la actuatoria conlleva la soberana y libre formación de la convivencia del Órgano encargado de dirimir la controversia a través de su resolución.
- Es una simple alegación sobre la etiología del Poder Judicial, se advierte que la razón de su existencia junto a los otros poderes políticos no es sino la apreciación de su exclusividad jurisdiccional, o sea, la misión aplicatoria del Derecho positivo, como fórmula armónica fundamentada en el dogma de independencia, y nunca,

obvio es, las vicisitudes o problemas por los que discurra la planta y organización interna de los Tribunales.

- En el plano personal, y aunque ello suscite censuras o equívocos torpemente interpretadores de nuestra tesis, no es aventurado afirmar —y la experiencia puede servir de contrapunto aleccionador— que es viable, y de hecho existen o han existido, Organos Judiciales que, aunque mediatizados en algunos aspectos secundarios a su misión —sin perjuicio de su vitalidad perceptible, como por ejemplo la dignidad retributiva— no por ello han transigido en la imparcialidad y rectitud de sus resoluciones, que es lo que, en definitiva, comporta su acervo vocacional; en esa idea nos parece certera, en principio, la afirmación de MENÉNDEZ PIDAL, transcrita por CASTÁN (en *op. cit.*, *Poder Judicial e...*, pág. 55. M. PIDAL en *Derecho Judicial Español*, Madrid, Ed. Reus, 1935, pág. 124), de que los “jueces son o no independientes, sin que entre para nada en juego el problema económico; en la historia de la vida judicial española podrían citarse numerosos casos de funcionarios de la justicia municipal espléndidamente remunerados y poco independientes, por deber su nombramiento y esperar su reelección de cualquier partido político, mientras que otros funcionarios judiciales mal pagados, designados por oposición, defienden su independencia quizá a costa de traslados o destituciones”. Y no es que sea éste, por suerte, el estado presente de la organización judicial, pero su ejemplo nos sirve de antecedente ilustrador. Como se repetirá más adelante, a lo más que puede conducir una incompleta articulación de algunos presupuestos de la independencia orgánica será a dificultar personalmente el imperio de la funcional, o con otras palabras, el Juez condicionado profesionalmente por injerencias espúreas, no por ello dejará de ser independiente en su función y recto en su decisión, si bien el grado de sacrificio o el cumplimiento de su deber jurisdiccional alcanzarán cotas más elevadas de esfuerzos o privaciones personales. Porque, en resumen, como expresa el profesor DE CASTRO: “Más que la organización es la personalidad del Juez el factor central para una sana vida del Derecho” (cfr. F. DE CASTRO en *Derecho Civil de España*, tomo I, 2.ª ed., págs. 491 y sigs.). Asimismo, sobre la incidencia del factor económico en el dogma de la independencia judicial, se escribe: “Pero la clave de la independencia hay que buscarla en otro elemento: en el factor personal, y en las circunstancias de que cabe rodearse su actuación. Quien nació y creció en una familia atendida a la retribución que perciben nuestros funcionarios judiciales, sabe por experiencia di-

recta, y sin necesidad de que nadie se lo refiera, toda la estrechez penosa en que Jueces y Magistrado han de vivir para que la modestia de sus recursos no desdore el brillo de la función que le está atribuida. Honra de nuestra carrera judicial, y gloria indiscutible de sus individuos, es la de que no exista la claudicación lamentable por móviles económicos. la limpieza de conducta ha permitido que se perpetúe, a través de agobios y tristezas, el lustre inmaculado de una Magistratura que no cometió el crimen gravísimo de simonía judicial, vendiendo por más o menos precio, la justicia. Pero, aún así y todo, es tan rudo el contraste entre la penuria en que se mueve el funcionario y la opulencia de los litigantes sobre cuyos derechos falla; es tan notoria y tan injusta la situación de inferioridad en que se encuentra con respecto a profesionales de rango análogo, cuando no menos elevado; es tan potente todo esto y tan imprescindible remediarlo, que a nadie... No ha de olvidarse, sin embargo, que, a la postre, la Independencia TIENE SU RAIZ EN UN MOVIMIENTO ESPIRITUAL: podrá el cimiento económico ser condición casi indispensable para su ejercicio; podrán el vigor mental y la disciplina científica servir de eficaces coadyuvantes; pero, en definitiva, la independencia NACE CON EL SENTIMIENTO DE LA PROPIA VALIA Y EL CONVENCIMIENTO DE LA MISIÓN QUE SE REALIZA; y una vez arraigados aquel sentimiento y esta convicción, el juzgador se da cuenta de la autoridad que posee, y sintiéndose ligado a una tradición secular y venerable, encuentra en todo ello la firme garantía de su falta de supeditación a toda clase de indicaciones y exigencias. LA INDEPENDENCIA, EN SUMA, LOGRA SIEMPRE QUE EL PODER JUDICIAL TIENE CONCIENCIA CLARA DE SU AUGUSTA FUNCIÓN, y cada vez que uno de los individuos que lo componen adquiera concepto preciso de que pertenece a aquel Poder, ha de estar a la altura que esto exige, no le es lícito transmitir mermado a su sucesor el depósito de prestigio que él recibiera, y ha de arrostrar impasible las consecuencias de sus actos; porque, recordando el lema de cierta escuela vieja penal, el Juez no ha de pensar sino en que la justicia resplandezca: "fiat iustitia et pereat mundus" (del Discurso del Ministro de Gracia y Justicia, J. ESTRADA, en *t. cit.*, págs. 95 y 96). Desde luego, nos parece modélica la fundamentación técnica, bajo el soporte psicológico-vocacional, del dogma de independencia judicial, que nunca debe condicionarse por circunstancias que, aunque necesarias no ostentan una ontología afín a la del principio, como se ha subrayado en el texto.

III. EL JUEZ

Aun cuando se incluye esta materia dentro de la rúbrica “Presupuestos del principio de la independencia funcional”, como se expresó al reflejar su caracterización debe distinguirse, en puridad: Los verdaderos requisitos o elementos integradores del principio, que ostentan un valor de indispensable condicionalidad para su efectiva verificación, de aquéllos otros que, por su naturaleza, son más bien medios de instrumentación técnica coadyuvantes para propiciar dicha independencia. Entre los primeros se examinaron las correspondientes “garantías legales”, que condicionan, efectivamente, el ejercicio del dogma; y entre los segundos, se hallan éstos sometidos ahora a examen. Bien es cierto que investigando el alcance gnoseológico de estas exigencias, y por tanto trasladando el asunto a sus implicaciones más radicales o de hipótesis marginalmente más extremas, pudiera acontecer una suerte de incongruencia, en la idea de que, difícilmente, encontraría acomodo de realidad el reconocimiento de la independencia funcional si luego los órganos judiciales que personificasen la actividad jurisdiccional no ostentaran estas exigencias; quedaría todo en entera lapidación de formulaciones teóricas, en razón, a esa rotunda incapacidad de Jueces y Magistrados, huérfanos en plenitud de dichas virtudes, más esto es un método irreal que conduce a unos resultados insólitos, porque parte de premisas desconocedoras de la generalidad y normalidad circunstancial. Entendámonos: si inexisten las mínimas exigencias que se propugnan en toda la Magistratura, es inútil resaltar o reivindicar la independencia funcional, porque la ineptitud de sus ejercientes la modela con meridiana ineficacia; pero al igual que en cualquier incidencia jurídica —y en este punto, avalado el aserto por una incensante ejemplaridad proveniente de la *praxis* judicial— ha de argumentarse sobre comportamientos de racionalidad, y así edificar la tesis. En esta plataforma la realidad es obvia: el núcleo de subjetividad orgánica de la Magistratura, secularmente, ha reunido las condiciones regularmente idóneas para el desempeño de su preclara misión. Entonces, y bajo esta experiencia que opera como axioma, es cuando se debe, lógicamente, delinear el marco de aquellas exigencias de la personalidad del Juez, que, por coherencia reflexiva, se consideran en un nivel selectivo, especie de exquisitez aplicable sobre la normal gradación intermedia del grupo comunitario en particular; o, en otras palabras, las exigencias referenciadas, se dirigen a conformar un *prius* de condiciones ético-psíquicas del órgano judicial respecto no sólo al ciudadano medio, sino incluso, acerca de ese “Juez medio”, cuya realidad se da por supuesta en cualquier contingencia temporal que se someta a polémica.

A nuestro sentir, con esa puntualización, la significación que en punto al dogma de la independencia funcional representa las exigencias de personalidad no es sino la de reforzar o asegurar aún más su recto uso, o de otro modo, habilitar un conjunto de resultantes aplicatorias de la misma, en las que se refleja fidelísimamente que su autor, esto es, el Órgano Judicial, ha interpretado *rectae et bonae* sus más recónditas directrices: porque si así ocurre, se afirmará, sin paliativos, que la razón de ser del dogma, o su radicalidad teleológica, se ha cumplido.

¿Qué exigencias serán esas, de consiguiente, mediante las cuales, en esferas de subjetividad dinámica, se logra la recta observancia y consecuentes efectos materializados de principio de independencia funcional?, o ¿qué cualidades ha de reunir el Juez para que ejercite su potestad jurisdiccional de tal forma que plasme en sus resoluciones una elaboración bajo el socaire de su independencia funcional?

Naturalmente que la repuesta exhaustiva de estas preguntas provocaría prolijidad expositiva tendente al exceso de visión personal, pues podían articularse un serie inacabada de virtudes o notas cualitativas, abarcadoras de la complejidad estructural de la persona en general, y luego adosarle las atinentes a la especialización orgánica de que se trata. El intento, se insiste, conllevaría a una especulación agotadora: habría que abstraer el ente orgánico-funcional en sus diversos componentes o ingredientes básicos de su personalidad; desde los somáticos o fisiológicos, psicológicos, hasta los de etiología incorporada o adquirida, como los culturales, intelectuales, sociales, ideológicos, ambientales, etc. en su temática selectiva o privilegiada, porque no se olvide que se aspira a conformar un *prius* respecto al hombre medio; traslaticiamiente, decantada esa persona genérica, habría que incorporarla a la peculiar fisonomía del estamento judicial, ratificando las virtudes proverbiales que se han transcrito, por doquier, de los órganos de la Magistratura. Como todo ello, produciría un piélago muy próximo a un laberinto sin norte, hemos preferido y optado por sintetizar las más significativas exigencias de aquella personalidad, presuponiendo, de antemano, la ocurrencia de las citadas características de general acaecimiento.

A) VALORES

Antes de considerar esta tricotomía, integradora de la personalidad del Juez selecto o determinante del *prius* orgánico-funcional, resulta ilustrador transcribir el parecer de preclaros prohombres de la Magistratura española, sobre las condiciones que ha de reunir aquél, soporte de su conducta socialmente ejemplarizante. Sobre el particular y sin perjuicio de meritorias monografías que han abordado el asunto —véase, en la cita bibliográ-

fica general, los trabajos entre otros, de CARLOS DE LA VEGA BENAYAS, CALAMANDREI, HIJAS PALACIOS, MARTÍN DEL BURGO [afirma MARTÍN DEL BURGO: “En principio fue el hombre. Y el Juez es, ante todo y sobre todo, eso: un hombre. En última instancia toda institución valdrá lo que valgan las personas en quienes encarne. Por eso de la grandeza moral del Juez dependerá, en gran parte, la grandeza moral de la vida jurídica de su país” (cfr. en “El ilustrado trabajador: La función judicial en España. Apuntes para una política de perfeccionamiento”, en *RGLJ*, año 1959, tomo 207, pág. 350)], SILVA MELERO [“La función judicial plantea múltiples exigencias: de un lado, condiciones humanas que supongan gran claridad de inteligencia, valor y entereza, comprensión y flexibilidad. De otra parte, una gran formación jurídica y moral, una objetividad para garantizar un juicio imparcial, sin consideración a ningún estímulo que no sea el cumplimiento del deber, y, en cualquier caso, la eliminación de cualquier influencia o sugestión partidista” (cfr. SILVA MELERO, *Las Garantías...*, pág. 298)], ONECHEA SANTAMARIA, RULL VILLAR [“Las virtudes que más se honran en los jueces son: la imparcialidad, la resistencia a todas las seducciones del sentimiento y esa serena indiferencia, casi sacerdotal que purifica y recompone, bajo la rígida fórmula de la Ley, los casos más turbios de la vida” (cfr. RULL VILLAR, “Independencia Judicial”, en *Conmemoración...*, folleto cit., pág. 98). Asimismo añade: “El Juez debe estar desligado, no sólo de todo temor, sino de toda vinculación humana, por encima de toda simpatía y de toda amistad. Además, hay que tener presente que no basta que los jueces sean justos; es menester que su comportamiento les haga parecer como tales” (ibidem)], etc., se seleccionan los siguientes modelos:

- RUIZ JARABO (en Discurso de apertura de Tribunales de 15-9-1969): Bajo el epígrafe *ad hoc* de *Cualidades de los hombres encargados de la misión de juzgar*.

“En este aspecto yo afirmo, sin temor a equivocarme, que para que un hombre pueda soportar el peso extraordinario, verdaderamente agobiante de las responsabilidades que caen sobre sus espaldas, hace falta que esté dotado de una vocación extraordinaria, de un espíritu de servicio inquebrantable. Vocación, sí porque la misión de juzgar está reservada a ese grupo de hombres que sin pensar, ni mirar dificultades ni sacrificios, se sienten llamados especialmente al desempeño de esa actividad, casi divina, de impartir la Justicia; y el que no la sienta en el fondo de su alma no debe formar en nuestras filas, y si ya estuviera en ellas, debe tener el valor de marcharse.”

- DE LA PLAZA (*op. cit.*, págs. 212 y sigs.): En su *Derecho Procesal civil español*, tomo I, 2.^a ed., subraya como virtudes que han de adornar al Juez: la rectitud, la prudencia, la austeridad, el sentido humano de la misión judicial, la sagacidad, la energía, y las aptitudes de resistencia para eliminar las sugerencias de toda índole que pueden desviar al Juez al cumplimiento de sus deberes.
- CASTÁN TOBEÑAS (en *op. cit.*, pág. 52): En su obra *Poder Judicial e independencia judicial*, Ed. Reus, 1951, afirma:

“No ofrece, en efecto, ninguna duda que el régimen de ingreso en la carrera judicial ha de estar basado en un criterio de selección y formación profesional, en la que jueguen papel fundamental no sólo la capacidad científica de los candidatos, sino también la comprobación de sus calidades morales.”

Suscribiendo el elenco señalado por DE LA PLAZA. Y (*ibídem*).

“El autogobierno de la judicatura es la meta, la solución última y más perfecta. Ha de ser dicha solución algo así como el coronamiento de una organización judicial cuyo centro de gravedad sea el elemento humano, constituido por dos generaciones de buenos jueces, de jueces cabales. Demos un alma al Cuerpo judicial, hagamos que surja en nuestros Magistrados una plena y perfecta conciencia judicial, y todo lo demás se nos dará por añadidura ”

En opinión personal, ese *prius* que todo Juez ha de reunir, haciendo de su posesión una irrenunciable aspiración, comprende esta trilogía de VALORES:

1. Vocacional

Sin vocación no hay Juez apto; constituye el elemento esencial, cuya carencia imposibilita la erección de una teoría pura de su personalidad.

¿Qué es la vocación judicial? ¿Qué notas perceptibles la incorporan? ¿Cómo se manifiesta o se hace ostensible?:

- Con independencia de posibles concepciones que rayan en el paternalismo e incurrir en riesgo de censores de ingenuidad por su matiz espiritual (y provocarían discusiones sobre su inactualidad o repulsa científica) no es la vocación, sólo aquella concepción secularmente transmitida de la llamada misteriosa o divina al ejercicio de una función humana que, como se dice, pudiera ser controvertida por las corrientes laizantes que, lamentablemente, parecen, en exclusiva, privar sobre ciertos sectores cultos de la sociedad moder-

na: sin que nosotros entremos o participemos en la discusión, pensamos que el sentido vocacional del hombre se encuentra arraigado vitalmente a su circunstancia si aquél se desenvuelve en ésta con plenitud ilusionada e íntima satisfacción compenetrante con su profesión.

- En su consecuencia, la vocación del Juez no es sino la realidad de esa ilusión, satisfacción íntima y compenetración social que experimenta cuando ejerce su misión de Juzgar.
- Juez vocacional, pues, será aquel que, orgulloso de su cometido, irradia un sello especial en todas las actuaciones en que se proyecta su peculiar misión jurisdiccional.
- Juez vocacional será tanto como aquél que en su medio personal, familiar, amistoso o social, denota, con pruebas constantes, que el peso de su responsabilidad por el cargo que ejerce para él significa la dignificación suprema de su persona y la fuente de su felicidad palpable para los demás.
- En definitiva, la vocación no es una entelequia, ni una ficción de irrealdad; la misma, aunque no se presente dibujada con moldes formalistas, se detecta, se intuye, se compulsa por los otros, ante un Juez que recta, ilusionada y felizmente actualiza su cometido, bien estrictamente en su función jurisdiccional, bien mediatamente, al participar en la convivencia social. El Juez con vocación exhibe un relieve, tan perceptible que prestigia el cargo: su personalidad se colma de señorío. En torno a la relación del elemento vocacional en el Valor de la Justicia, administrada por el Juez, se dice: “La justicia sin vocación en el que la ejerce corre el peligro de ser bastardeada. El Juez sin vocación puede transformar la más excelsa de las funciones, puesto que se trata de aplicar la primera de las virtudes en el más odioso de los latrocinios. ¿Qué queda sino esto, cuando un Juez sin vocación aplica la Justicia sin ánimo recto y desinteresado?” (de A. ITURMENDI, *op. cit.*, págs. 67 y 68). “Función carismática” es la expresión utilizada por DE MIG para nombrar el sello indeleble que se imprime el Juez tras su acceso correspondiente (*vid. en loc. cit.*, pág. 266).
- La vocación, en fin, sustancialmente, no tiene una única procedencia congénita; el principal factor que proporciona su ocurrencia o, en su caso, su fortalecimiento es el hábito y la entrega apasionada y sin reservas al desempeño de la función, porque si es cierto que “el Juez que nace” cuenta ya con más talentos para ser buen Juez, asimismo será buen Juez el que “sin nacer”, “se hace”, con su esfuerzo y deseo de arraigo judicial. En torno a la vocación se dice:

“Lo primero que se necesita en las cualidades personales para ser Juez es tener vocación, como un llamamiento interior irresistible, que nos hace el Espíritu Santo para que cada cual siga en esta vida su propio camino, el más adecuado para lograr su perfección” (ídem, RULL, pág. 97).

2. *Intelectual*

Otro valor que también prejuzga la calidad del órgano judicial. Por supuesto, que su importancia cede frente al anterior, porque si éste ha de predicarse en generalidad de casos, el factor intelectual contiene, por naturaleza, una flexibilidad disciplinaria que facilita su constatación.

El *prius* referido a este valor, no obstante, por su misma inesencialidad, adolece de imprecisiones caracterizantes, ya que si es válido afirmar que repugna a la función un Juez integralmente inculto, por ejemplo, tampoco ello nos permite la estimativa de un Juez letrado en la totalidad de conocimientos especializantes o, usualmente, acervo cultural. Sobre el Juez y la cultura jurídica se dice por el Magistrado DE LA VEGA BENAYAS: “Entendemos por cultura en sentido amplio la adquisición por el hombre de los medios que contribuyan a su formación integral moral, intelectual, técnica, etc. En términos amplísimos aquello que permita al hombre vivir justa, pacífica y razonablemente, mediante la conquista de los secretos de la naturaleza moral y física... la cultura del Juez debe ser de primer orden y, como director del debate judicial y órgano decisor de la contienda, debe saber, por lo menos, tanto como el que más sepa de los que ante él acuden como juristas. No puede dejarse al arbitrio de la buena voluntad, recta intención y deseo de acierto, la resolución de problemas que envuelven cuestiones y presupuestos jurídico-científicos o normales legales necesitadas de interpretación y preceptos para cuya aplicación sistemática se presupongan conocimientos superiores a los del buen sentido. Se precisaría para ello que la legislación de un país fuera toda ella tan simple como una ordenanza de villorrio. Pero no es así. Pesa sobre el ordenante jurídico del país tal cúmulo de historia y tradición, de ciencia y antecedentes, de jurisprudencia y doctrina, que su aplicación, por fuerza, ha de ser hecha por persona perita, experta, no tan sólo llena de buena voluntad, necesita también ‘saber’ para saltarse a la torera la Ley que molesta su conciencia; necesita no sólo ingenio, sino ciencia para disfrazar su ‘justicia’ de legalismo externo” (cfr. en *op. cit.*, 2.^a parte en RDJ, núm. 6, págs. 116 y 117). Aunque aparentemente atrevido, el juicio final de escamotear el formalismo legal, es atinadísimo: sólo así puede el Juez respetar la Ley, a veces, sin trincar la equidad. Entonces, ¿dónde estará ese tipo de *tertium genus*?

- Más que el estatismo de su formación, o sea, la ostentación erudita de una vasta memorización de las distintas ramas del saber, se tiende a conformar un prototipo que, en sus intentos de perfecta superación, sea sensible o mantenga un estado de inquietud intelectual que le permita el acceso a nuevos conocimientos propiciatorios de su mejor ilustración.
- Por ello, no se trata de pergeñar qué es lo que el Juez tiene que saber o no, porque, como se dice —y presuponiendo, de antemano, una general constancia de elementos de cultura, aparte de sus específicos profesionales—, el valor intelectual antes que a la estabilizada serie de conocimientos que ante el Juez tenga, se refiere en pura técnica de funcionalismo, a una exigencia determinante de la virtualidad captatoria de aquello que redunde en el incremento de su preparación; es decir, acaecerá, cuando se esté dispuesto, por la forma de vida o circunstancias de ambientación —diversiones, estudios, reuniones, etc.— a acometer el acceso a nuevas o más amplias materias del saber, relacionadas con la mejora de su actividad.
- Esa potencialidad o actitud posibilitadora de incrementar el bagaje intelectual existente —enemiga, radicalmente, de la atrofia mental, del “chapucerismo” o vulgaridad en la instrumentación de las sentencias— captará, sin duda, no sólo los acontecimientos más incidentes en la cultura básica, adelantos del progreso técnico o nuevas mentalizaciones político-sociales, sino que asimilará las novedosas técnicas de las normativas reformadoras de otras pretéritas, “estando al día” acerca del espíritu jurídico informador de problemática coetánea. Sobre los peligros que “acechan en su duro camino a la persona del buen Juez, aparte de la absoluta sumisión al tecnicismo y la falta de formación humana”, y relacionado con el apuntado “chapucerismo” y exigencias de perfeccionamiento intelectual comentadas, pronunció las siguientes palabras el entonces Ministro de Justicia, ANTONIO ITURMENDI, dirigidas a los Alumnos de la Escuela Judicial en 16-4-1952: “Decía yo a los nuevos jueces que una tarea gloriosa les aguardaba en los Juzgados de los pueblos españoles, que debían servirla con amor y entregarse a ella con la generosidad propia de la juventud. Que acaban una formación para comenzar una misión, que les hacía partícipes de un atributo del Poder soberano. Que no se durmieran en los laureles logrados, sino que usaran la altura de que habían alcanzado para llegar a metas más altas; cada día su labor ofrecerá a los jueces un nuevo tema de estudio, en que tendrán ocasión de desplegar nuevos entu-

siasmos y poner a prueba su formación profesional; en cada caso hallarán nuevos motivos de ilustración y progreso. Huid de la "RUTINA" como del más poderoso enemigo de vuestra profesión. Un enemigo que gusta de asediar las plazas más fuertes para rendirlas con mayor escándalo. La rutina es un mal de nuestro tiempo, y es un mal que aqueja, sobre todo hoy, a las profesiones más nobles, a aquellas que son apostolado más que medio de vida, a aquellas que exigen de los que las practican la más generosa y heroica entrega de todas sus potencias, entre las que figuran, en lugar preferente la Judicatura y el Magisterio" (según su transcripción en Discurso de apertura de 15-9-1952, *loc. cit.*, pág. 72).

- El valor intelectual, por último, deberá el Juez cultivarlo en sus distintos medios de expresión, en especial, en sus resoluciones motivadas; no se trata de un rebuscamiento de enigmáticas palabras, que torpemente escamotean su verdadero significado, ni de hacer artificios de deleznable erudición; pero tampoco ha de descuidarse ni en el lenguaje, ni el estilo, ni la terminología judicial, ya que siendo el derecho, en general, una rama del saber especializado que cuenta con instrumentos explicatorios, ha de manipularse el mismo, en su relevante exhibición, con la debida justeza y elección lógica técnico-conceptual. Sobre el estilo judicial, uno de los objetivos de su notable aportación, argumenta DE LA VEGA BENAYAS: "Breves consideraciones acerca del estilo literario judicial... Por si fuera poco lo que al Juez se le demanda, al final pedimos que sea también un artista —tal y como razona WEBER—. Y efectivamente lo ha de ser si quiere que su obra resista la crítica, no sólo científica o de fondo, sino de forma, juega aquí, además de la elegancia en la concisión del lenguaje, el uso adecuado de la sintaxis. Y no como mero lujo, ya que la belleza no deja de ser también un atributo de Telmis. No es, desde luego, la belleza o elegancia el fin de la justicia. Por eso no debe criticarse a la función judicial por razon de fealdad, sequedad o penuria idiomática. Pero no cabe duda de la íntima correlación entre forma y fondo; he aquí para terminar unas cuantas sugerencias que la experiencia dicta, con el fin de obtener que las razones de la justicia se vistan con la gracia de la belleza o de la severa elegancia" (*ibidem*, págs. 134 y 135). Y a continuación expone su criterio idiomático en la redacción de sentencias: tras el estudio meditado de los problemas de fondo, establece un plan o método de los temas a resolver; ser claro y preciso. Uso de vocabulario sencillo, sin barroquismo ni exageraciones. Concisión. Huir de las citas en la sentencias. Consideraciones breves, proscribiéndose los

puntos en los mismos, sustituyéndose en su caso por los puntos y coma, corrección, y en fin, sintaxis (cfr. en pág. 135). Sin apuntar al conceptualismo, quiebra la dogmática jurídica, el buen juez ha de emplear sus medios de dicción con el cuidado debido, para que su producción revele el origen selecto y especializado de su autor. Sobre el valor intelectual, véase lo intelectual y lo volitivo en la función del Juez, de MARTÍN DEL BURGO, *op. cit.* Idem: “no dejaremos de aludir el elemento básico de toda justicia: al propio Juez. La personalidad, la formación moral, la autoridad científica y programática del Juez es lo que importa y lo que, en definitiva, confiere verdadera independencia” (de la VI Reunión de PDP, *Ya*, 17-4-1970).

3. *Psíquico*

Es el último valor que se exige en la referenciada noción de la personalidad judicial. Ofrece, etimológicamente, una dual consideración: la una, que lo infravaloriza, pues su compulsión se escapa a una sencilla tarea captatoria, porque, tampoco, existe, en puridad, un diseño compulsador de su ocurrencia o no; la otra, por el contrario, lo maximaliza, pues, a su socaire, cabe emitir una opinión agotadoramente repulsiva a la función judicial en quien no lo ostente.

- En punto a la primera consideración, como se dice, no hay modo, sistema o nivel que nos permita emitir un juicio exacto sobre cuales serán las cualidades psíquicas necesarias para integrar la personalidad seleccionada del Juez; o en otro sentido, ¿cuándo, por ejemplo, las mismas faltan, o tal vez, sobran?; porque, en ello, también juega un primordialísimo papel, el resto de la complejidad orgánico-funcional de la persona, e incluso la intensidad con que se posean los otros dos valores. Quiere decirse que, por ejemplo, la falta de carácter o reciedumbre —en la idea, de que ambas cualidades se detentan disminuidas— se podrán, acaso, suplir con un exceso vocacional o cultural. El fondo de meridiana subjetividad, en que se concita el tema, incapacita para prefijar ni siquiera un dibujo orientativo.
- En cuanto a la segunda, se explica esa categoría, por la tremenda evidencia socialmente decantada, de que la aptitud para el oficio judicial depende, a veces, de la particular fisonomía psíquica de la persona. En uso vulgar, de gran entendimiento, se dice que “éste o aquél no vale para ser Juez”, o “yo, por mi manera de ser, no

podría ser juez", que, en paradigma ilustrador, podrá exclamar un pusilánime, un timorato o de conciencia obsesivamente escrupulosa.

Con reenvío a la transcrita conjunción de virtudes que DE LA PLAZA incorporó al oficio del juzgador, se intenta esta caracterización de elementos psíquicos:

Personales: sanidad mental, equilibrio actuatorio de sus facultades; entereza, decisión, autoridad, capacidad de trabajo y sacrificio; que la satisfacción del deber de conciencia cumplido, compense y libere cualquier resolución punitiva para el justiciable.

Profesionales: Cordialidad, comunicabilidad y consideración, que nos menoscaben el principio de autoridad, con los subordinados, con los asesores técnicos, y con los justiciables.

Sociales: Repulsa absoluta tanto al ostracismo generador de inadaptados o neuróticos, como a la mezcolanza masiva e informal en los ambientes localistas, en donde se conjuran invisibles presiones personales, menoscabadoras de la integridad judicial; de consiguiente, una convivencia social que, sin ignorar la acrisolada posición que se ostenta, facilite y permita la relacionabilidad con los demás órganos públicos en los actos señalados, y comporte para el interesado una reputación, prestigio y opinión populares, de ciudadano normal, al que socialmente ni hay que temer ni hay que huir, pero tampoco desconocer. (*Del Juez y la Sociedad*, cap. VI de la I.^a parte del documentado trabajo de C. DE LA VEGA BENAYAS: "Moral, estilo y función judicial", en *RDJ*, núm. 5, págs. 145 y sigs., se afirma al punto: "El juez no sólo está inserto en el mundo más estricto de su función, sino en otro más amplio: el de la sociedad en general, dentro de ésta, el Juez, como cualquier otro, si bien distinto en su función, cumple y representa un papel. Para los otros, para los demás, él es el Juez; dentro y fuera del Juzgado es el Juez; el carácter que imprime la función no le abandona —salvo en la gran ciudad—, ya nunca, excepto —y no totalmente—, en el círculo estrecho de las amistades que pueda tener y conservar sin merma de su independencia, cosa difícil, pero posible. En efecto, sólo personas vivientes en el seno de lo abstracto, injustas con la realidad por lo alejadas a ella, dogmáticas sin punta de humanidad, pueden exigir o pretender exigir del Juez la renuncia a uno de los dones más preciados de la vida: una verdadera amistad, unos buenos amigos, o simplemente una relación menos íntima con las demás, hasta el punto de exigir un forzado e inhumano aislamiento, nada más fatal que la atmósfera de la soledad, donde la melancolía o el ensueño inútil tienen su asiento".)

SEGUNDA PARTE: LA ORGANIZACION JUDICIAL

Es sabido que hablar de organización judicial supone la exposición de la composición, distribución geográfica, estructura y atribución de competencias, en definitiva, de los distintos órganos judiciales dispensadores de la justicia. Y aunque *ab initio* pudiera, desde el punto de vista de las categorías institucionales, tildarse de inferior valor ontológico al de los anteriores conceptos expuestos, sin embargo, aun cuando no pueda eludirse este juicio, conviene subrayar que cualquiera que sea ese rango, e incluso, como se dice, admitiendo su secundariedad, no es posible enfocar o valorar cualquier sistema enjuiciador de la justicia sin tener en cuenta que la misma ha de ser suministrada o ejercida por una serie de órganos público-judiciales, los cuales habrán de estar perfectamente constituidos y ensamblados en el sistema formal que cada país al punto adopte, con la ordenada jerarquización-ubicación y distribución jurisdiccional correspondiente, todo lo cual determina esa organización judicial.

I. ORGANIZACION JUDICIAL ESPAÑOLA

La Ley Orgánica del Poder Judicial 6/1985, de 1 de julio, afirma lo siguiente: "En la actualidad, el Poder Judicial está regulado por la Ley Provisional sobre la Organización del Poder Judicial de 18-9-1870, por la Ley Adicional a la Orgánica del Poder Judicial de 14-10-1882, por la Ley de Bases para la Reforma de la Justicia Municipal de 19-7-1944 y por numerosas disposiciones legales y reglamentarias que con posterioridad se dictaron de forma dispersa en relación con la misma materia.

Estas normas no se ajustan a las demandas de la sociedad española de hoy. Desde el régimen liberal de separación de poderes, entonces recién conquistado, que promulgó aquellas leyes, se ha transitado, un siglo después, a un Estado social y democrático de Derecho, que es la organización política de una nación que desea establecer una sociedad democrática avanzada y en la que los poderes públicos están obligados a promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos sean reales y efectivas, a remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud y a facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica y social. El cumplimiento de estos objetivos constitucionales precisa de un Poder Judicial adaptado a una sociedad predominantemente industrial y urbano y diseñado en atención a los cambios producidos en la distribución territorial de su población, en la división social del trabajo y en las concepciones éticas de los ciudadanos.

A todo ello hay que añadir la notable transformación que se ha producido, por obra de la Constitución, en la distribución territorial del poder. La existencia de Comunidades Autónomas que tienen asignadas por la Constitución y los Estatutos competencias en relación con la Administración de Justicia obliga a modificar la legislación vigente a ese respecto; tanto la Constitución como los Estatutos de Autonomía prevén la existencia de los Tribunales Superiores de Justicia, que, según nuestra Carta Magna, culminarán la organización judicial en el ámbito territorial de la Comunidad Autónoma. La ineludible e inaplazable necesidad de acomodar la organización del Poder Judicial a estas previsiones constitucionales y estatutarias es, pues, un imperativo más que justifica la aprobación de la presente Ley Orgánica.

Por último, hay que señalar que ésta es solamente una de las normas que, en unión de otras muchas, tiene que actualizar el cuerpo legislativo —tanto sustantivo como procesal— español y adecuarlo a la realidad jurídica, económica y social. Será preciso para ello una ardua labor de reforma de la legislación española, parte de la cual ha sido ya acometida, al objeto de lograr un todo armónico caracterizado por su uniformidad”.

Las grandes líneas de la Ley están expresadas en su Título preliminar. Se recogen en él los principios que se consagran en la Constitución. El primero de ellos es la independencia, que constituye la característica esencial del Poder Judicial en cuanto tal. Sus exigencias se desenvuelven a través de mandatos concretos que delimitan con el rigor preciso su exacto contenido. Así, se precisa que la independencia en el ejercicio de la función jurisdiccional se extiende frente a todos, incluso frente a los propios órganos jurisdiccionales, lo que implica la imposibilidad de que ni los propios Jueces o Tribunales corrijan, a no ser con ocasión del recurso que legalmente proceda, la actuación de sus inferiores, quedando igualmente excluida la posibilidad de circulares o instrucciones con carácter general y relativas a la aplicación o interpretación de la Ley.

De la forma en que la Ley Orgánica regula la independencia del Poder Judicial, se puede afirmar que posee una característica: su plenitud. Plenitud que se deriva de la obligación que se impone a los poderes públicos y a los particulares de respetar la independencia del Poder Judicial y de la absoluta sustracción del estatuto jurídico de Jueces y Magistrados a toda posible interferencia que parta de los otros poderes del Estado, de tal suerte que a la clásica garantía —constitucionalmente reconocida— de inamovilidad se añade una regulación, en virtud de la cual se excluye toda competencia del Poder Ejecutivo sobre la aplicación del estatuto orgánico de aquéllos. En lo sucesivo, pues, la carrera profesional de Jueces y Magistrados estará plena y reglamente gobernada por la norma o depende-

rá, con exclusividad absoluta, de las relaciones que en el ámbito discrecional estatutariamente delimitado adopte el Consejo General del Poder Judicial.

La importancia que la plenitud de la independencia judicial tendrá en nuestro ordenamiento debe ser valorada completándola con el carácter de totalidad con que la Ley dota a la potestad jurisdiccional. Los Tribunales, en efecto, controlan sin excepciones la potestad reglamentaria y la actividad administrativa, con lo que ninguna actuación del Poder Ejecutivo quedará sustraída a la fiscalización de un Poder independiente y sometido exclusivamente al imperio de la Ley. Habrá que convenir que el Estado de Derecho proclamado en la Constitución alcanza, como organización regida por la Ley que expresa la voluntad popular y como sistema en el que el gobierno de los hombres es sustituido por el imperio de la Ley, la máxima potencialidad posible.

Corolarios de la independencia judicial son otros preceptos del Título preliminar que concretan sus distintas perspectivas. Así, la unidad de la jurisdicción, que en consecuencia con el mandato constitucional es absoluta, con la única salvedad de la competencia de la jurisdicción militar, que queda limitada al ámbito estrictamente castrense regulado por la Ley y a los supuestos de estado de sitio; la facultad que se reconoce a Jueces y Tribunales de requerir la colaboración de particulares y poderes públicos; y, en fin, la regulación del procedimiento y de las garantías en él previstas para los supuestos de expropiación de los derechos reconocidos frente a la Administración Pública en una sentencia firme.

Una de las características de la Constitución española es la superación del carácter meramente programático que antaño se asignó a las normas constitucionales, la asunción de una eficacia jurídica directa e inmediata y, como resumen, la posición de indiscutible supremacía de que goza en el ordenamiento jurídico. Todo ello hace de nuestra Constitución una norma directamente aplicable, con preferencia a cualquier otra.

Todos estos caracteres derivan del propio tenor del texto constitucional. En primer lugar, del artículo 9.1, que prescribe que “los ciudadanos y los poderes públicos están sujetos a la Constitución y al resto del Ordenamiento”. Otras disposiciones constitucionales como la que deroga cuantas normas se opongan al texto constitucional o la que regula los procedimientos de declaración de inconstitucionalidad completan el efecto del citado párrafo 1 del artículo 9 y cierran el sistema que hace de la Carta Magna la norma suprema de nuestro Ordenamiento, con todos los efectos jurídicos a ello inherentes.

El Título preliminar de la presente Ley Orgánica singulariza en el Poder Judicial la vinculación genérica del artículo 9.1 de la Constitución,

disponiendo que las leyes y reglamentos habrán de aplicarse según los preceptos y principios constitucionales y conforme a la interpretación de los mismos que realice el Tribunal Constitucional. Se ratifica así la importancia de los valores propugnados por la Constitución como superiores y de todos los demás principios generales del derecho que de ellos derivan como fuente del Derecho, lo que dota plenamente al ordenamiento de las características de plenitud y coherencia que le son exigibles y garantiza la eficacia de los preceptos constitucionales y la uniformidad en la interpretación de los mismos.

Además, se dispone que sólo procederá el planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad cuando no sea posible acomodar, por la vía interpretativa, la norma controvertida al mandato constitucional. Se refuerza con ello la vinculación del Juzgador para con la norma fundamental y se introduce en esa sujeción un elemento dinámico de protección activa que trasciende del mero respeto pasivo por la Ley suprema.

El valor de la Constitución como norma suprema del ordenamiento se manifiesta también en otros preceptos complementarios. Así, se configura la infracción de precepto constitucional como motivo suficiente del recurso de casación y se menciona expresamente la directa aplicabilidad de los derechos fundamentales, haciéndose explícita protección del contenido esencial que salvaguarda la Constitución.

El Estado se organiza territorialmente, a efectos judiciales, en municipios, partidos, provincias y Comunidades Autónomas, sobre las que ejercen potestad jurisdiccional Juzgados de Paz, Juzgados de Primera Instancia e Instrucción, de lo Contencioso-Administrativo, de lo Social, de Vigilancia Penitenciaria y de Menores, Audiencias Provinciales y Tribunales Superiores de Justicia. Sobre todo el territorio nacional ejercen potestad jurisdiccional la Audiencia Nacional y el Tribunal Supremo.

La Ley contiene en este punto innovaciones importantes: así, se democratiza el procedimiento de designación de los Jueces de Paz; se suprimen los Juzgados de Distrito, que se transforman en Juzgados de Primera Instancia o de Instrucción; se crean Juzgados unipersonales de lo Contencioso-Administrativo, así como de lo Social, sustitutivos estos últimos de las Magistraturas de Trabajo; se atribuyen competencias en materia civil a las Audiencias Provinciales y, en fin, se modifica la esfera de la Audiencia Nacional, creando en la misma Sala de lo Social y manteniendo las Salas de lo Penal y de lo Contencioso-Administrativo.

Sin embargo, las modificaciones más relevantes son las derivadas de la configuración territorial del Estado en Comunidades Autónomas que realiza la Constitución y que, lógicamente, se proyecta sobre la organización territorial del Poder Judicial.

La Ley orgánica cumple en este punto las exigencias constitucionales y estatutarias. Por ello, y como decisiones más relevantes, se crean los Tribunales Superiores de Justicia, que culminarán la organización judicial en la Comunidad Autónoma, lo que implica la desaparición de las Audiencias Territoriales hasta ahora existentes como órganos jurisdiccionales supraprovinciales de ámbito no nacional.

A ello hay que añadir la regulación de la participación reconocida a las Comunidades Autónomas en la delimitación de las demarcaciones territoriales, así como las competencias asignan en referencia a la gestión de los medios materiales.

Con esta nueva organización judicial, necesitada del desarrollo que llevará a cabo la futura Ley de Planta y Demarcación Judicial —hoy Ley 38/1988, de 28 de diciembre—, se pretende poner a disposición del pueblo español una red de órganos judiciales que, junto a la mayor inmediación posible, garantice sobre todo la realización efectiva de derechos fundamentales reconocidos en el artículo 24 de la Constitución española, entre ellos, destacadamente, el derecho a un juicio público sin dilaciones indebidas y con todas las garantías”.

Su articulado atinente a la organización judicial está en sus Títulos II y IV de su Libro I:

TITULO II

De la planta y organización territorial

CAPITULO PRIMERO

De los Juzgados y Tribunales

Art. 26. El ejercicio de la potestad jurisdiccional se atribuye a los siguientes Juzgados y Tribunales:

- Juzgados de Paz.
- Juzgados de Primera Instancia e Instrucción, de lo Contencioso-Administrativo, de lo Social, de Menores y de Vigilancia Penitenciaria.
- Audiencias Provinciales.
- Tribunales Superiores de Justicia.
- Audiencia Nacional.
- Tribunal Supremo.

Art. 27. 1. En las salas de los Tribunales en las que existan dos o más Secciones, se designarán por numeración ordinal.

2. En las poblaciones en que existan dos o más Juzgados del mismo orden jurisdiccional y de la misma clase, se designarán por numeración cardinal.

Art. 28. En cada Sala o Sección de los Tribunales habrá una o más Secretarías, y una sola en cada Juzgado.

Art. 29. La planta de los Juzgados y Tribunales se establecerá por Ley. Será revisada al menos cada cinco años, previo informe del Consejo General del Poder Judicial, para adaptarla a las nuevas necesidades.

CAPITULO II

De la división territorial en lo judicial

Art. 30. El Estado se organiza territorialmente, a efectos judiciales, en municipios, partidos, provincias y Comunidades Autónomas.

Art. 31. El municipio se corresponde con la demarcación administrativa del mismo nombre.

Art. 32. 1. El partido es la unidad territorial integrada por uno o más municipios limítrofes, pertenecientes a una misma provincia.

2. La modificación de partidos se realizará, en su caso, en función del número de asuntos, de las características de la población, medios de comunicación y comarcas naturales.

3. El partido podrá coincidir con la demarcación provincial.

Art. 33. La provincia se ajustará a los límites territoriales de la demarcación administrativa del mismo nombre.

Art. 34. La Comunidad Autónoma será el ámbito territorial de los Tribunales Superiores de Justicia.

Art. 35. 1. La demarcación judicial, que determinará la circunscripción territorial de los órganos judiciales, se establecerá por Ley.

2. A tal fin, las Comunidades Autónomas participarán en la organización de la demarcación judicial de sus territorios respectivos, remitiendo al Gobierno, a solicitud de éste, una propuesta de la misma en la que fijarán los partidos judiciales.

3. El Ministerio de Justicia, vistas las propuestas de las Comunidades Autónomas, redactará un anteproyecto, que será informado por el Consejo General del Poder Judicial en el plazo de dos meses.

4. Emitido el precitado Informe, el Gobierno aprobará el oportuno proyecto de Ley, que en unión de las propuestas de las Comunidades

Autónomas y del informe del Consejo General del Poder Judicial remitirá a las Cortes Generales para su tramitación.

5. La demarcación judicial será revisada cada cinco años o antes, si las circunstancias lo aconsejan, mediante Ley elaborada conforme al procedimiento anteriormente establecido.

6. Las Comunidades Autónomas determinarán por Ley la capitalidad de los partidos judiciales.

Art. 36. La creación de Secciones y Juzgados corresponderá al Gobierno cuando no suponga alteración de la demarcación judicial, oídos preceptivamente la Comunidad Autónoma afectada y el Consejo General del Poder Judicial.

Art. 37. 1. Corresponde al Gobierno a través del Ministerio de Justicia proveer a los Juzgados y Tribunales de los medios precisos para el desarrollo de su función con independencia y eficacia.

2. A tal efecto, el Consejo General del Poder Judicial remitirá anualmente al Gobierno, a través del Ministerio de Justicia, una relación circunstanciada de las necesidades que estime existentes.

3. Podrá atribuirse a las Comunidades Autónomas la gestión de todo tipo de recurso, cualquiera que sea su consideración presupuestaria correspondiente a las competencias atribuidas al Gobierno en el apartado 1 de este artículo, cuando los respectivos Estatutos de Autonomía les faculten en esta materia.

4. Los recursos propios que las Comunidades Autónomas destinen a las mismas finalidades deberán recogerse en un programa anual que será aprobado, previo informe favorable del Consejo General del Poder Judicial, por la correspondiente Asamblea legislativa”.

Como se ha dicho, la Ley de Planta y Demarcación Judicial de 28-12-1988 desarrolla esta materia en sus Títulos I y II: artículos 1 a 19.

TITULO PRIMERO

De la demarcación judicial

CAPITULO PRIMERO

Circunscripción territorial de los órganos judiciales

Artículo 1. El Tribunal Supremo, la Audiencia Nacional, los Juzgados Centrales de Instrucción y los Juzgados Centrales de lo Penal tienen jurisdicción en toda España.

Art. 2. 1. Los Tribunales Superiores de Justicia tienen jurisdicción en el ámbito territorial de su respectiva Comunidad Autónoma.

2. Tienen jurisdicción limitada a las provincias de Cádiz, Córdoba, Huelva y Sevilla las Salas de lo Contencioso-Administrativo y de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía que tienen su sede en Sevilla; y a las provincias de Almería, Granada y Jaén, las que tienen su sede en Granada. Las Salas de lo Contencioso-Administrativo y de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía con sede en Málaga tienen jurisdicción limitada a su provincia.

3. Tienen jurisdicción limitada a las provincias de León, Palencia, Salamanca, Valladolid y Zamora las Salas de lo Contencioso-Administrativo y de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León, que tiene su sede en Valladolid; y a las provincias de Avila, Burgos, Segovia y Soria, las que tienen su sede en Burgos.

4. Tienen jurisdicción limitada a la provincia de Las Palmas las Salas de lo Contencioso-Administrativo y de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Canarias que tienen su sede en Las Palmas de Gran Canaria, y a la provincia de Santa Cruz de Tenerife las que tienen su sede en Santa Cruz de Tenerife.

5. A efectos de la demarcación judicial, las ciudades de Ceuta y Melilla quedan integradas en la circunscripción territorial del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía.

Art. 3. 1. Las Audiencias Provinciales, los Juzgados de lo Penal, los Juzgados de lo Contencioso-Administrativo, los Juzgados de lo Social, los de Vigilancia Penitenciaria y los Juzgados de Menores tienen jurisdicción en el ámbito territorial de su respectiva provincia.

2. Sin embargo, tienen su jurisdicción limitada a un solo partido judicial o a varios o, por el contrario, ampliada a varias provincias los Juzgados de los órdenes a que se refiere el párrafo anterior en los casos previstos en los Anexos VII, VIII, IX, X y XI de esta Ley.

3. A efectos de la demarcación judicial, las ciudades de Ceuta y Melilla quedan integradas en la circunscripción territorial de las Audiencias Provinciales de Cádiz y Málaga, respectivamente

4. Los órganos judiciales que tienen su sede en Ceuta y Melilla tienen la jurisdicción limitada al respectivo partido judicial.

Art. 4. 1. Los Juzgados de Primera Instancia e Instrucción tienen jurisdicción en el ámbito territorial de su respectivo partido.

2. Los partidos judiciales tienen el ámbito territorial del municipio o municipios que los integran, conforme se establece en el Anexo I de esta Ley.

3. La modificación de los límites de los municipios actuales comporta la adaptación automática de la demarcación judicial a la nueva delimitación geográfica.

4. Las Comunidades Autónomas determinan, por Ley, la capitalidad de los partidos judiciales, que corresponde a un solo municipio.

5. Los partidos judiciales se identifican por el nombre del municipio al que corresponde su capitalidad.

Art. 5. Los Juzgados de Paz tienen jurisdicción en el término del respectivo municipio, del que toman su nombre.

CAPITULO II

Sede de los órganos judiciales

Art. 6. El Tribunal Supremo, la Audiencia Nacional, los Juzgados Centrales de lo Penal y los Juzgados Centrales de Instrucción tienen su sede en la villa de Madrid.

Art. 7. 1. Los Tribunales Superiores de Justicia tienen su sede en la ciudad que indiquen sus respectivos Estatutos de Autonomía, y si no la indicaren, en la ciudad en la que tenga la Audiencia Territorial existente en el momento de la entrada en vigor de la Ley Orgánica del Poder Judicial, y cuando no exista, en la capital de la Comunidad Autónoma.

2. Los Tribunales Superiores de Justicia de Castilla y León y de Andalucía tienen su sede en alguna de las sedes de las Audiencias Territoriales existentes en el momento de la entrada en vigor de la Ley Orgánica del Poder Judicial, según lo establecido por la respectiva Comunidad Autónoma.

3. Las Salas de lo Contencioso-Administrativo y de lo Social con jurisdicción limitada a una o varias provincias tienen su sede donde la establece el artículo 2 de esta Ley.

Art. 8. 1. Las Audiencias Provinciales y los Juzgados con jurisdicción provincial tienen su sede en la capital de la provincia.

2. Los Juzgados de lo Penal, los Juzgados de lo Contencioso-Administrativo, los Juzgados de lo Social y los Juzgados de Menores con jurisdicción de extensión territorial inferior o superior a la de una provincia tienen la sede donde se establece en los Anexos VII, VIII, IX y XI, respectivamente, de esta Ley, dentro de la misma Comunidad Autónoma, y toman el nombre del municipio correspondiente. (Este apartado fue

declarado inconstitucional por la STC 62/1990, de 30 de marzo, publicada en el *BOE* de 7-5-1990.)

3. La sede de los Juzgados de Vigilancia Penitenciaria se establece por el Gobierno, oídos previamente la Comunidad Autónoma afectada y el Consejo del Poder Judicial.

Art. 9. Los Juzgados de Primera Instancia o Instrucción tienen su sede en la capital del partido.

Art. 10. 1. La determinación del edificio o inmuebles sede de los órganos judiciales y de aquellos en que deban constituirse cuando se desplacen fuera de su sede habitual, conforme prevé el artículo 269 de la LOPJ, es competencia del Ministerio de Justicia o de la Comunidad Autónoma respectiva. Cuando se trate de Juzgados de Paz, la determinación del edificio se efectúa a propuesta del respectivo Ayuntamiento.

2. Todas las Salas y Secciones de cada órgano judicial se hallan en el municipio de su sede, salvo las excepciones previstas en esta Ley.

TITULO II

De la planta judicial

CAPITULO PRIMERO

Planta de los Tribunales y Juzgados

En los artículos siguientes se establece la respectiva planta de cada órgano o número de miembros en los Anexos II a XI, que no se reproduce por su mera cuantificación numérica.

La Ley Orgánica del Poder Judicial de 1-7-1985, en cuanto a la composición y atribuciones de los órganos jurisdiccionales, establece:

.....

TITULO IV

CAPITULO PRIMERO

Del Tribunal Supremo

Art. 53. El Tribunal Supremo, con sede en la villa de Madrid, es el órgano jurisdiccional superior en todos los órdenes, salvo lo dispuesto en materia de garantías constitucionales; tendrá jurisdicción en toda España y ningún otro podrá tener el título de Supremo.

Art. 54. El Tribunal Supremo se compondrá de su Presidente, los Presidentes de Sala y los Magistrados que determine la Ley para cada una de las Salas y, en su caso, Secciones en que las mismas pueden articularse.

Art. 55. El Tribunal Supremo estará integrado por las siguientes Salas:

- Primera, de lo Civil.
- Segunda, de lo Penal.
- Tercera, de lo Contencioso-Administrativo.
- Cuarta, de lo Social.

Art. 56. La Sala de lo Civil del Tribunal Supremo conocerá:

1.º De los recursos de casación, revisión y otros extraordinarios en materia civil que establezca la Ley.

2.º De las demandas de responsabilidad civil por hechos realizados en el ejercicio de su cargo dirigidas contra el Presidente del Gobierno, Presidentes del Congreso y Senado, Presidente del Tribunal Supremo y del CGPJ, Presidente del Tribunal Constitucional, miembros del Gobierno, Diputados, Senadores, Vocales del CGPJ, Magistrados del Tribunal Constitucional y del Tribunal Supremo, Presidentes de la Audiencia Nacional y de cualquiera de sus Salas y de los Tribunales Superiores de Justicia, Fiscal General del Estado, Fiscales de Sala del Tribunal Supremo, Presidente y Consejeros del Tribunal de Cuentas, Presidente y Consejeros del Consejo de Estado, Defensor del Pueblo y Presidente y Consejeros de una Comunidad Autónoma cuando así lo determine su Estatuto de Autonomía.

3.º De las demandas de responsabilidad civil dirigidas contra Magistrados de la Audiencia Nacional o de los Tribunales Superiores de Justicia por hechos realizados en el ejercicio de sus cargos.

4.º De las peticiones de ejecución de sentencias dictadas por Tribunales extranjeros, a no ser que, con arreglo a lo acordado en los Tratados, corresponda su conocimiento a otro Juzgado o Tribunal.

Art. 57. La Sala de lo Penal del Tribunal Supremo conocerá:

1.º De los recursos de casación, revisión y otros extraordinarios en material penal que establezca la Ley.

2.º De la instrucción y enjuiciamiento de las causas contra el Presidente del Gobierno, Presidentes del Congreso y del Senado, Presidente del Tribunal Supremo y del CGPJ, Presidente del Tribunal Constitucional, miembros del Gobierno, Diputados y Senadores, Vocales del Consejo General del Poder Judicial, Magistrados del Tribunal Constitucional y del

Supremo, Presidente de la Audiencia Nacional y de cualquiera de sus Salas y de los Tribunales Superiores de Justicia, Fiscal General del Estado, Fiscales de Sala del Tribunal Supremo, Presidente y Consejeros del Tribunal de Cuentas, Presidente y Consejeros del Consejo de Estado y Defensor del Pueblo, así como de las causas que en su caso determinen los Estatutos de Autonomía.

3.º De la instrucción y enjuiciamiento de las causas contra Magistrados de la Audiencia Nacional o de un Tribunal Superior de Justicia.

Art. 58. La Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo conocerá:

1.º En única instancia, de los recursos contencioso-administrativos que se promuevan contra actos y disposiciones emanadas del Consejo de Ministros o de sus Comisiones Delegadas, de los recursos contra los actos y disposiciones procedentes del CGPJ y contra los actos y disposiciones de los órganos de gobierno del Congreso y del Senado, del Tribunal Constitucional, del Tribunal de Cuentas y del Defensor del Pueblo en materia de personal y actos de administración.

2.º De los recursos de casación que establezca la Ley contra las sentencias dictadas en única instancia por las Salas de lo Contencioso-Administrativo de los Tribunales Superiores de Justicia en recursos contra actos y disposiciones procedentes de órganos de la Administración del Estado.

3.º De los recursos de casación que establezca la Ley contra las sentencias dictadas en única instancia por las Salas de lo Contencioso-Administrativo de los Tribunales Superiores de Justicia en relación con actos y disposiciones de las Comunidades Autónomas y siempre que dicho recurso se funde en infracción de normas no emanadas de los órganos de aquéllas.

4.º De los recursos que establezca la Ley contra las resoluciones del Tribunal de Cuentas.

5.º De los recursos de revisión que establezca la Ley y que no estén atribuidos a las Salas de lo Contencioso-Administrativo de los Tribunales Superiores de Justicia.

Art. 59. La Sala de lo Social del Tribunal Supremo conocerá de los recursos de casación y revisión y otros extraordinarios que establezca la Ley en materias propias de este orden jurisdiccional.

Art. 60. 1. Conocerá además cada una de las Salas del Tribunal Supremo de las recusaciones que se interpusieron contra los Magistrados que las compongan y de las cuestiones de competencia entre Juzgados o

Tribunales del propio orden jurisdiccional que no tengan otro superior común.

2. A estos efectos, los Magistrados recusados no formarán parte de la Sala

Art. 61. Una Sala formada por el Presidente del Tribunal Supremo, los Presidentes de Sala y el Magistrado más antiguo y el más moderno de cada una de ellas conocerá:

1.º De los recursos de revisión contra las sentencias dictadas en única instancia por la Sala de lo Contencioso-Administrativo de dicho Tribunal.

2.º De los incidentes de recusación del Presidente del Tribunal Supremo o de los Presidentes de Sala o de dos Magistrados de una Sala.

En este caso, los afectados directamente por la recusación serán sustituidos por quienes corresponda.

3.º De las demandas de responsabilidad civil que se dirijan contra los Presidentes de Sala o contra todos o la mayor parte de los Magistrados de una Sala de dicho Tribunal por hechos realizados en el ejercicio de su cargo.

4.º De la instrucción y enjuiciamiento de las causas contra los Presidentes de Sala o contra los Magistrados de una Sala, cuando sean juzgados todos o la mayor parte de los que la constituyen.

5.º Del conocimiento de las pretensiones de declaración de error judicial cuando éste se impute a una Sala del Tribunal Supremo.

CAPITULO II

De la Audiencia Nacional

Art. 62. La Audiencia Nacional, con sede en la villa de Madrid, tiene jurisdicción en toda España.

Y artículos 63-69.

CAPITULO III

De los Tribunales Superiores de Justicia

Art. 70. El Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Autónoma culminará la organización judicial en el ámbito territorial de aquélla, sin perjuicio de la jurisdicción que corresponda al Tribunal Supremo.

Y artículos 71-79.

CAPITULO IV

De las Audiencias Provinciales

Art. 80. 1. Las Audiencias Provinciales, que tendrán su sede en la capital de la provincia, de la que tomarán su nombre, extenderán su jurisdicción a toda ella.

Y artículos 81-83.

CAPITULO V

De los Juzgados de Primera Instancia e Instrucción, de lo Contencioso-Administrativo, de lo Social, de los de Vigilancia Penitenciaria y de Menores

Art. 84. En cada partido habrá uno o más Juzgados de Primera Instancia e Instrucción con sede en la capital de aquél y jurisdicción en todo su ámbito territorial. Tomarán su designación del municipio de su sede.

Y artículos 85-98.

CAPITULO VI

De los Juzgados de Paz

Art. 99. 1. En cada municipio donde no exista Juzgado de Primera Instancia e Instrucción, con jurisdicción en el término correspondiente, habrá un Juzgado de Paz.

Y artículos 100-103.

II. ORGANIZACION JUDICIAL ARGENTINA

Según la reforma de la anterior LOPJ, número 13.998, por Decreto-Ley 1285/1958, ratificado por la vigente Ley 14467:

Se mantienen las líneas del sistema anterior (Ley 13988), de modo tal que en adelante se denominará: *a)* Poder judicial de la nación al ejercicio por Jueces nacionales en la capital de la República; *b)* Jueces federales en las provincias, de acuerdo con las líneas ya trazadas, y *c)* sólo existe un territorio nacional, denominado Tierra de Fuego, Antártida e islas del Atlántico Sur.

El artículo 1 determina: El Poder Judicial de la nación será ejercido por: 1) la Corte Suprema de Justicia; 2) los Tribunales nacionales de la capital federal; 3) la Cámara Nacional electoral; 4) los Tribunales Nacionales con asiento en provincias, y 5) territorio nacional de Tierra de Fuego, Antártida e islas del Atlántico Sur.

Reitera la forma de designación (los Jueces de la nación son nombrados por el Presidente de la nación con acuerdo del Senado, y durante el receso del Congreso, en comisión hasta la próxima legislatura; art. 2.º); la inamovilidad (los Jueces de la nación son inamovibles y conservan sus empleos mientras dure su buena conducta. Sólo pueden ser juzgados y removidos en la forma establecida por la Constitución nacional), para la que se retorna al juicio político sin distinciones.

La CORTE SUPREMA estará compuesta por cinco Jueces (modificada por la Ley 15271/1960 y posteriormente por Ley 16895, que vuelve a cinco el número de Jueces del Alto Tribunal) y un Procurador general, con facultad de constituirse en Salas (el art. 23 faculta a la "... Corte Suprema de Justicia a dividirse en Salas, de acuerdo al reglamento que a tal efecto se dicte, hasta que el mismo no esté en vigor; las decisiones de la Corte Suprema se adoptarán por el voto de la mayoría absoluta de los Jueces que la integren, siempre que éstos concorden en la solución del caso; si hubiere desacuerdo, se requerirán los votos necesarios para obtener la mayoría absoluta de opiniones. La Corte actuará en Tribunal pleno en los asuntos en que tiene competencia originaria y para resolver las cuestiones de inconstitucionalidad..."; art. 23), pero nunca llegó a reglamentarse esta modificación.

Las atribuciones de la Corte Suprema resultan bastante semejantes a las previstas en la Ley 13998; sólo se consignarán las diferencias.

En competencia originaria conocerá de todos los asuntos que versen entre dos o más provincias y los civiles entre una provincia y algún vecino o vecinos de otra o ciudadanos o súbditos extranjeros; de aquellos que versen entre una provincia y un Estado extranjero; de las causas concernientes a Embajadores y otros Ministros diplomáticos extranjeros; a las personas que compongan la legación y a los individuos de su familia, del modo que una Corte de Justicia puede proceder con arreglo al derecho de gentes; y las causas que versen sobre privilegios y exenciones de los Cónsules extranjeros en su carácter público.

No se dará curso a las demandas contra un Estado extranjero sin requerir previamente a su representante diplomático, por intermedio del Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto, la conformidad de aquel país para ser sometido a juicio. Sin embargo, el Poder Ejecutivo puede declarar con respecto a un país determinado la falta de reciprocidad a los efectos

consignados en esta disposición por Decreto debidamente fundado. En este caso, el Estado extranjero con respecto al cual se ha hecho esta declaración queda sometido a la jurisdicción argentina. Si la declaración del Poder Ejecutivo limita la falta de reciprocidad a determinados aspectos, la misión del país extranjero a la jurisdicción argentina se limitará también a los mismos aspectos. El Poder Ejecutivo declarará el establecimiento de la reciprocidad cuando el país extranjero modifique sus normas al efecto.

Se suprime el recurso de casación previsto en el inciso 3, artículo 24 (Ley 13988), manteniéndose la restante competencia de la Corte Suprema.

Los TRIBUNALES NACIONALES DE LA CAPITAL FEDERAL estarán integrados por Cámaras Nacionales de Apelaciones y Jueces de primera instancia, de los siguientes fueros: *a)* en lo federal y contencioso-administrativo; *b)* en lo civil; *c)* en lo comercial; *d)* en lo criminal y correccional; *e)* del trabajo; *f)* de la paz:

- *Cámara Nacional de Apelaciones en lo Federal y Contencioso-administrativo*: cinco salas, con tres jueces cada una: dos, civil y comercial; dos, contencioso-administrativo; y una, criminal y correccional. De ellas dependen: siete jueces, en lo civil y comercial; cuatro, en lo criminal y correccional, y cinco, en lo contencioso-administrativo.
- *Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil*: Integrada por seis salas, con tres jueces cada una. De ella dependen 30 jueces de primera instancia.
- *Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial*: Integrada por seis salas, con tres jueces cada una. De ella dependen 15 jueces de primera instancia y un juez a cargo del Registro Público de Comercio.
- *Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional*: Integrada por seis salas, con tres jueces cada una, de ella dependen 21 jueces de instrucción y 13 jueces de sentencia y siete jueces correccionales.
- *Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo*: Integrada por cinco salas, con tres jueces cada una. De ella dependen 30 jueces de primera instancia.
- *Cámara Nacional de Apelaciones de Paz*: Integrada por seis salas, de tres jueces cada una. De ella dependen 47 jueces en paz.

Cabe hacer presente que en primera instancia, lo que resulta de la competencia de la Cámara Federal y Contencioso-administrativo, se halla

dividido entre jueces: *a)* en lo civil y comercial federal; *b)* en lo criminal y correccional federal; *c)* en lo contencioso-administrativo.

La competencia de estos Tribunales es idéntica a la señalada al tratar los distintos Tribunales en la Ley Orgánica anterior.

La creciente ola de especulación determina que por Ley 14558/58 se cree una Cámara y Juzgados de Primera instancia para conocer de la aplicación de las leyes represivas de agio y especulación. Al año siguiente, por Ley 14831 se les declara incorporados al Poder Judicial de la Nación como *Cámara Nacional y Juzgados de Primera Instancia en lo Penal Económico* (con tres salas de tres jueces y seis juzgados unipersonales).

Su competencia se extendía a las siguientes materias: agio y especulación (art. 300, inc. 2, CP); ofrecimiento fraudulento de fondos públicos (art. 300, inc. 2, CP); balances falsos (art. 300, inc. 3, CP); monopolio (Ley 12906); identificación de mercaderías (Ley 11275); carnes (Leyes 11226 y 11228 y Decreto-Ley 8509/56); yerba mate (Ley 12236); granos (Leyes 11742 y 12253); Decreto-Ley 19697/56; té (Ley 14516); algodón (Ley 14770); vinos (Ley 14799), y cinematografía (Decreto-Ley 62/57). Esta modificada por sucesivas Leyes y Decretos-Leyes. Así el Decreto-Ley 6397/63 excluyó el conocimiento de los asuntos vinculantes a la carne, excepto el monopolio. Otro tanto hizo el Decreto-Ley 6698 en materia de granos; la Ley 17741 en materia de cinematografía; la Ley 17628 en materia de té. Otros, en cambio, agregaron materias: el Decreto-Ley 4933/63 incluye los delitos de cheques sin provisión de fondos; el Decreto-Ley 6660/63, los de contrabando y hechos conexos, etc.

Puede actualmente clasificarse de la siguiente manera: *a)* Competencia originaria de la Cámara nacional en lo Penal Económico: por apelación de condenas administrativas impuestas por la Secretaría de Comercio e Industria Interior (Ley 17189); de igual clase a la Ley de Abastecimientos (17454), o por las aplicadas por la Secretaría de Salud Pública sobre infracciones a la Ley de medicamentos. *b)* Por apelación contra las decisiones de los Jueces nacionales de Primera Instancia en lo Penal Económico en las siguientes materias: 1) delitos del artículo 300 del Código Penal (agio, ofrecimiento fraudulento de fondos y balances falsos); 2) cheques sin provisión de fondos (art. 302 CP); 3) delitos de monopolio, incluso los de carnes, granos y cinematografía; 4) contravenciones a la Ley sobre la yerba mate; 5) contravenciones a la Ley de identificación de mercaderías; 6) delitos relacionados con certificados expedidos en virtud de la Ley de granos. 7) delito de adulteración de vinos; 8) contravenciones a la Ley de fondos comunes de inversión; 9) infracciones cambiarias; 10) contrabandos y delitos e infracciones conexas

Su competencia territorial está circunscrita a la capital federal. Hace

excepción el delito de contrabando, para el que se amplía ésta a un sector importante del Gran Buenos Aires (Provincia de Buenos Aires) (Decreto-Ley 6660/63, art. 3.º).

Los TRIBUNALES NACIONALES con asiento en las provincias están integrados por ocho Cámaras Nacionales y 41 Jueces Federales de Primera Instancia (art. 49):

- *Cámara Federal de Apelaciones de La Plata (Prov. Buenos Aires):* Seis Jueces en dos Salas. De ella dependen: Juzgado Federal de La Plata (3); Juzgado Federal de San Martín (3); Juzgado Federal de Mercedes (1); Juzgado Federal de Azul (1).
- *Cámara Federal de Apelaciones de Bahía Blanca (Prov. Buenos Aires):* Una Sala con tres Jueces. De ella dependen: Juzgado Federal de Bahía Blanca (1); Juzgado Federal de Viedma (Prov. Río Negro) (1); Juzgado Federal de General Roca (Prov. Río Negro) (1); Juzgado Federal de Neuquén (Prov. de Neuquén) (1); Juzgado Federal de Santa Rosa (Prov. La Pampa) (1); Juzgado Federal de Rawson (Prov. Chubut) (1); Juzgado Federal de Río Gallegos (Prov. Sta. Cruz) (1); Juzgado Federal del Territorio Nacional de Tierra del Fuego, Antártida e Islas del Atlántico Sur (con asiento en Ushuaia, Tierra del Fuego) (1).
- *Cámara Federal de Apelaciones de Paraná (Prov. Entre Ríos):* Una Sala con tres Jueces. De ella dependen: Juzgado Federal de Paraná (Prov. Entre Ríos) (1); Juzgado Federal de Concepción del Uruguay (Prov. Entre Ríos) (1); Juzgado Federal de Corrientes (Prov. Corrientes) (1); Juzgado Federal de Paso de los Libres (Prov. Corrientes) (1); Juzgado Federal de Posadas (Prov. Misiones) (1).
- *Cámara Federal de Apelaciones de Rosario (Prov. Sta. Fe):* Cinco jueces en dos Salas. De ella dependen: Juzgado Federal de Rosario (Prov. Santa Fe) (2); Juzgado Federal de Santa Fe (Prov. Sta. Fe) (1); Juzgado Federal de San Nicolás (Prov. Buenos Aires) (1).
- *Cámara Federal de Apelaciones de Córdoba (Prov. Córdoba):* Cinco Jueces en dos Salas. De ella dependen: Juzgado Federal de Córdoba (Prov. Córdoba) (2); Juzgado Federal de Bell Ville (Prov. Córdoba) (1); Juzgado Federal de Río Cuarto (Prov. Córdoba) (1); Juzgado Federal de La Rioja (Prov. La Rioja) (1).
- *Cámara Federal de Apelaciones de Mendoza (Prov. de Mendoza):* Cinco Jueces en dos Salas. De ella dependen: Juzgado Federal de Mendoza (Prov. Mendoza) (1); Juzgado Federal de San Rafael (Prov. Mendoza) (1); Juzgado Federal de San Juan (Prov. San Juan) (1); Juzgado Federal de San Luis (Prov. San Luis) (1).
- *Cámara Federal de Apelaciones de Tucumán (Prov. Tucumán):* 1

Sala con 3 Jueces. De ella dependen: Juzgado Federal de Tucumán (Prov. Tucumán) (1); Juzgado Federal de Salta (Prov. Salta) (1); Juzgado Federal de Jujuy (Prov. de Jujuy) (1); Juzgado Federal de Catamarca (Prov. Catamarca) (1); Juzgado Federal de Santiago de Estero (Prov. de Santiago de Estero) (1).

- *Cámara Federal de Apelaciones de Resistencia (Prov. Chaco)*: Una Sala con tres jueces. De ella dependen: Juzgado Federal de Resistencia (Prov. Chaco) (1); Juzgado Federal de Formosa (Prov. Formosa) (1).

El número entre paréntesis corresponde a la cantidad de Juzgados unipersonales.

El Territorio Nacional de Tierra del Fuego, Antártida e Islas del Atlántico Sur tiene un juez federal de primera instancia únicamente (con apelación ante la Cámara Federal).

La unificación de la jurisprudencia a través del recurso de inaplicabilidad de Ley establecido en los artículos 27 y 29 de esta Ley (semejante a la anterior) es derogada por la Ley 17454 que pone en vigencia el Código Procesal para la Nación, pues el mismo estructura con similares perfiles dicho recurso.

III. CONCLUSIONES

Un contraste comparativo entre ambos sistemas ofrece las siguientes particularidades a modo de conclusiones:

1.^a El propio artículo 1 de la Ley Orgánica vigente en Argentina tras la reforma de la Ley 13998, nos demuestra que los pilares de su Organización Judicial se asientan en la constitución de los siguientes órganos:

- La Corte Suprema de Justicia.
- Los Tribunales Nacionales de la capital federal.
- La Cámara Nacional Electoral, suprimido posteriormente el Tribunal electoral de dicha Cámara Nacional, por Ley 17014 promulgada en 10-11-1966.
- Los Tribunales Nacionales con asiento en las Provincias (Juzgados Federales y Cámaras Federales de Apelación).
- El Territorio Nacional de Tierra del Fuego, Antártida e Islas del Atlántico Sur.

La Organización Judicial de España, según el citado artículo 26 LOPJ es:

- Juzgados de Paz.
- Juzgados de Primera Instancia e Instrucción, de lo Contencioso-administrativo, de los Social, de Menores y de Vigilancia Penitenciaria.
- Audiencias Provinciales.
- Tribunales Superiores de Justicia.
- Audiencia Nacional.
- Tribunal Supremo.

Es evidente, pues, que del contraste entre ambas en sus pilares básicos fundamentalmente destacan las siguientes diferencias, al margen de los aspectos atributivos de competencia:

a) Por un lado, aparece la Corte Suprema de Justicia, que se puede considerar, salvando naturalmente las diferencias por razones de competencia, como nuestro Tribunal Supremo.

b) Que existen los llamados Tribunales nacionales de la capital federal que carecen de literal parangón en nuestra Organización Judicial, por responder a circunstancias propias de la República Argentina, pues, según L. J. AREAL:

“La **Justicia Nacional**, de tal manera, emana de la propia Constitución. (Art. 100: Corresponde a la Corte Suprema y a los Tribunales inferiores de la Nación, el conocimiento y decisión de todas las causas que versen sobre puntos regidos por la Constitución y por las Leyes de la Nación, con la reserva hecha en el inciso II del artículo 67; y por los Tratados con las naciones extranjeras; de las causas concernientes a Embajadores, Ministerios públicos y Cónsules extranjeros; de las causas del almirantazgo y jurisdicción marítima; de los asuntos en que la Nación sea parte; de las causas que se susciten entre dos o más provincias; entre una provincia y los vecinos de otra; entre los vecinos de diferentes provincias y entre una provincia y sus vecinos contra un Estado o ciudadano extranjero). Responde a las necesidades que nacen de la forma de gobierno adoptada, que pueden haber sido magnificadas o desfiguradas en la práctica, pero que en realidad existen. Al lado de éstas hay razones de otro orden que también la aconsejan, sobre todo para ventilar cuestiones de interés general, al que se vincula el honor de la Nación, la seguridad de sus instituciones, el cumplimiento de las Leyes nacionales, la solución de problemas inevitables que el progreso crea y que constituyen materia de Leyes especiales, así como también las necesidades del comercio y la navegación internacional, etc. Tiene caracteres propios, reconocidos a través de la doctrina de la Corte Suprema. Se le señalan los siguientes caracteres: a) *De excepción*:

Pues entiende en aquellas cuestiones en las que ha mediado una delegación de poderes de las provincias en el Gobierno central; aquéllas conservan, en consecuencia, todos los demás (CS fallos 87-100). b) *Suprema*: Las decisiones de la Corte Nacional, como superior Tribunal del país, constituyen la interpretación definitiva de la Constitución. Los superiores Tribunales de Provincia no pueden apartarse de esa interpretación última, toda vez que en esos casos, contra tales decisiones se esconde el recurso extraordinario de inconstitucionalidad, previsto en el artículo 14 de la Ley 48. c) *Privativa*: Los Tribunales de Provincia no pueden conocer de las causas enumeradas en los artículos 100 y 101 de la Constitución (CS fallos 161-197; 210-643 y 830). d) *Improrrogable*: Dada su naturaleza, las partes no pueden convenir someterse a la jurisdicción federal, pues no hay otras causas federales que las enumeradas (CS fallos 199-477; 210-802; 227-191). e) *Concurrente*: Como algunas causas entran en la competencia de la Justicia federan en razón de la persona, existe concurrencia en cuanto a la materia entre la Nación y las Provincias, caso, por ejemplo, en que un vecino de una Provincia demanda al de otra ante la Justicia provincial, si éste contesta la demanda sin oponer la excepción de incompetencia de jurisdicción, ésta se tendrá por prorrogada (CS fallos 49-391; 93-190; 74-344). f) *Inalterable*: Radicada una causa en la Justicia federal, la sustitución procesal de las partes después de contestar la demanda no altera la jurisdicción federal (CS fallos 215-222; 212-346). g) *No procede de oficio*: Sólo conoce en casos contenciosos a petición de parte (CS fallos 95-250). Su competencia puede clasificarse: en razón de la persona, en razón de la materia y en razón del lugar.

c) En cuanto a la Cámara Nacional, en cierto modo constituye una Segunda Instancia de los anteriores Tribunales.

d) Los Tribunales Nacionales Provinciales, que cabe asimilar a los llamados Tribunales Superiores de Justicia de nuestras respectivas Comunidades Autónomas, al menos, en lo concierniente a su ubicación territorial y por su prolongación o alcance competencial en los respectivos territorios autonómicos en España y en las respectivas Repúblicas federales de Argentina, funcionando en Primera Instancia con Jueces federales y en Segunda con las Cámaras Federales de Apelación.

e) El Territorio Nacional de Tierra del Fuego, Antártida e Islas del Atlántico Sur, que no tienen correlativo en nuestro sistema de Planta Judicial, ya que, obvio es, obedecen a las características territoriales y de organización del Estado de la República Argentina.

2.^a Fundamentalmente las diferencias que se encuentran entre un modelo de Planta y otro, responden a tres grandes líneas u obedecen a tres

presupuestos determinantes: el presupuesto territorial, el presupuesto político y por último el socioeconómico.

a) *Aspecto territorial*: Es evidente que la enorme extensión de un país como Argentina, incluso, con la singular ubicación de ciertos territorios, puede justificar la existencia dentro de la Planta Judicial de un órgano que, desde luego, carece de parangón alguno de nuestro país, como es el referido al Territorio nacional de Tierra del Fuego, Antártida e Islas del Atlántico Sur, y que cuenta con un Juez federal de Primera Instancia y con apelación ante la Cámara Federal; esto obedece, se repite, a la misma composición territorial de dicha República que, por razones históricas o tal vez por la lejanía de su territorio o hasta por cierto componente autóctono al respecto, justifica la existencia de dicho órgano que se aparta, por completo, del esquema general a nivel del Estado.

b) *Aspecto o presupuesto de carácter político*: Inherente a la propia configuración federal de la República Argentina. Así como en nuestro país tras la Constitución existen las recientes regiones o Comunidades Autónomas, el federalismo implantado en la República Argentina, hace que las distintas Repúblicas o territorios determinantes de dicha Federación, compongan un conjunto en donde en cada uno se albergan órganos de poder y decisión, relativamente independientes, aún cuando incardinados en la centralización de dicha República; y conviene, asimismo, subrayar que en ello influyó, en modo, los antecedentes norteamericanos en la reorganización de la Justicia federal, por cuanto, como expresa el monografista J. L. AREAL: "Promulgada la Constitución, la principal preocupación en materia judicial fue ordenar y mejorar la Justicia federal en las provincias. Prueba de ello es la sucesiva legislación, cuya reseña se incluyó en el capítulo II de este informe. Esta, como se señaló, arranca de los artículos 100 y 101 de la Carta Fundamental y fue tomada casi a la letra del artículo III, sección 2, de la Constitución norteamericana. Por ello, la doctrina y los antecedentes de ese país orientaron los primeros pasos de los integrantes del más Alto Tribunal en las primeras décadas de su funcionamiento"; así de esa composición federal, deriva, no sólo, la referencia que en el artículo 1 de la Ley Orgánica actual se hace, constantemente, tanto a los Tribunales Nacional de la capital federal, en cuanto a su sede en Buenos Aires, sino, sobre todo, la existencia de los llamados Tribunales Federales con asiento en las Provincias, órganos especiales que, igualmente, se especifican, en la idea que tienen su asiento en las provincias respectivas integradas por ocho Cámaras Nacionales y 41 Jueces federales de Primera Instancia con la transcrita ubicación territorial en la respectiva capital de cada Provincia: la Cámara Federal de Apelaciones de La Plata (Provincia de Buenos Aires) que actúa con independencia dentro de esta

Provincia, aún estando en la misma sede de los Tribunales Nacionales de la capital federal; y las Cámaras de Apelaciones de Bahía Blanca, Paraná, Rosario, Córdoba, Mendoza, Tucumán, Resistencia; por lo que cabe acoplar esa estructuración territorial a la existencia en nuestro país de los Tribunales Superiores de Justicia (art. 70 y sigs. de la Ley de Planta) asentados en las capitales de cada una de las Comunidades Autónomas.

c) Por último, conviene destacar que una de las diferencias, aunque el tema margina a la condición de competencia, deriva del *aspecto socioeconómico* de un país y otro, y así se puede afirmar que, son circunstancias significativas de esta particularidad, por un lado, en cuanto a Argentina una economía basada en las fuentes de una agricultura y ganadería, con desigual estado de desarrollo; así se encuentran referencias concretas a dicha actividad económica, tales como, por ejemplo, lo referente a la prohibición de competencia desleal a la Cámara Nacional y Juzgados de Primera Instancia en lo penal y económico cuando específicamente se habla de los delitos de monopolios en materia de carnes, como los temas agrícolas sobre la identificación de mercaderías (Ley 11275); carnes (Leyes 11226 y 11228 y Decreto-Ley 8509/56); yerba mate (Ley 12236); granos (Leyes 11742 y 12253); Decreto-Ley 19697/56; té (Ley 14156); algodón (Ley 14770); vinos (Ley 14799); este presupuesto socioeconómico repercute en la distribución de competencias en la llamada Cámara Nacional y Juzgados de Primera Instancia en lo penal-económico, porque, por la importancia que tiene esta actividad a la República hermana, se justifica la existencia de estos órganos judiciales específicos, y, asimismo, explica existan disposiciones *ad hoc* reguladoras de ciertos cultivos o comercialización de materias concretas o propias de ese país; acaso se encuentra alguna homologación con ciertos de nuestros Tribunales especializados, como por ejemplo, el Tribunal de Defensa de la Competencia o los Tribunales económicos, aunque, como se sabe, no es esa justamente la razón de que existan estos Tribunales, al margen de la función ordinaria por la índole o actividad o materia del producto de que se trate, sino por las circunstancias determinantes del conflicto de intereses producido entre las partes, que no es el caso, pues, de la República Argentina, en donde, como se dice, la existencia de este órgano específico determinante de la existencia de una jurisdicción penal-económica proviene, sin más, de la realidad de una actividad productiva que, fuertemente repercute en los parámetros de la economía del país y que, por ende, precisa de su debido control o enjuiciamiento al margen de que también funcione cuando sobre la misma se den determinados conflictos de intereses.

En definitiva, se concluye, con las diferencias apuntadas y sin otra finalidad de haber hecho una exposición del contraste comparativo entre

una forma y otra o modelo de organizar la Administración de Justicia en Argentina y España, se contribuye al objetivo de la REVISTA CRÍTICA DE DERECHO INMOBILIARIO en su número extraordinario dedicado al V Centenario del Descubrimiento, y en lo posible, se ha pretendido ilustrar al lector en cuanto a los aspectos más significativos, de este ensayo simplemente divulgador.

LUIS MARTÍNEZ-CALCERRADA Y GÓMEZ

Magistrado del Tribunal Supremo
Catedrático de Derecho civil

Las cooperativas en Iberoamérica

(La institución cooperativa y el nuevo Derecho cooperativo)

SUMARIO: INTRODUCCION.—I. MEXICO: A) ANTECEDENTES B) REALIDAD SOCIOLOGICA C) LEGISLACIÓN VIGENTE EN MÉXICO.—II. CENTROAMERICA Y EL CARIBE: A) ANTECEDENTES B) REALIDAD SOCIOLOGICA. C) LEGISLACIÓN. 2. *Guatemala*. 3. *Honduras*. 4. *El Salvador*. 5. *Nicaragua*. 6. *Costa Rica*. 7. *Panamá*. 8. *Cuba*. 9. *República Dominicana* 10. *Puerto Rico* —III. REGION ANDINA A) ANTECEDENTES. B) REALIDAD SOCIOLOGICA C) LEGISLACIÓN 11. *Colombia*. 12. *Venezuela* 13. *Ecuador*. 14. *Perú* 15. *Bolivia*. 16. *Chile*.—IV. BRASIL: A) ANTECEDENTES. B) REALIDAD SOCIOLOGICA C) LEGISLACIÓN: 17. *Brasil*.—V. CONO SUR: A) ANTECEDENTES B) REALIDAD SOCIOLOGICA C) LEGISLACIÓN: 18. *Paraguay*. 19. *Uruguay* 20. *Argentina*.—CONCLUSION

INTRODUCCION

Es oportuno y apropiado decir que la institución cooperativa se ha universalizado, es universal.

Ha bastado poco más de un siglo desde el nacimiento de aquella primera cooperativa mundialmente conocida de “Los justos pioneros de Rochdale” (1) para que las cooperativas se hayan extendido por casi todos los países del mundo y absolutamente en todos de Iberoamérica y de la América entera (2).

(1) Sus estatutos se aprobaron el 24 de octubre de 1844. La constituyeron 28 tejedores en paro de Rochdale, pequeña población inglesa de cerca de Manchester. Uno de los socios fundadores, alma de la misma, fue CARLOS HOWAT, discípulo de OWEN (1771-1858), considerado el padre de la cooperación inglesa

(2) En el Canadá la primera Ley de Cooperativas data de 1884 (*Complementos*, núm. 2, OIT, 1973, pág. 58).

En los Estados Unidos de América del Norte, al decir del gran cooperativista JERRY VOODRIS, el cooperativismo es “un elemento integrante, importante y constituyente de

cualquier orden económico libre"; y TERENCE A. TODMAN, en lección inaugural del curso de Cooperación 1979-1980 en la Universidad Politécnica de Madrid, manifestó que "la sociedad cooperativa es y ha sido desde el comienzo una de las cuatro formas principales de organización para dirigir un negocio en Norteamérica, junto con la empresa personal, la sociedad limitada y la sociedad anónima con acciones". Fue BENJAMIN FRANKLIN, dijo también, uno de los grandes hombres de la revolución norteamericana, quien creó la sociedad cooperativa de seguros mutuos que se llamaba The Philadelphia Contributor hip for Insurance of Hommes from loss of Fire, que sigue desarrollando una fecunda actividad bajo otro nombre, constituyendo así, quizá, el ejemplo viviente más antiguo de la historia del cooperativismo, habiendo surgido más de 2.000 entidades cooperativas de seguros, con más de 18 600.000 miembros en la actualidad.

El movimiento cooperativo en USA ha sido y es importantísimo y trascendente.

Al comienzo del siglo XIX, en 1803, algunos agricultores y comerciantes del Estado de Ohio organizaron la primera sociedad cooperativa agrícola, llamada The Miami Exporting Company, con objeto de buscar mercados para sus productos. Siete años más tarde, unos cuantos propietarios de explotaciones lecheras del Estado de Connecticut organizaron la primera central lechera cooperativa de la que se tiene noticia con objeto de vender mancomunadamente la producción de sus vacadas y obtener precios más remunerados por la leche.

La venta de las centrales lecheras cooperativas sobrepasa la cifra anual de 6 000 millones de dólares

A mediados del siglo pasado surgieron las sociedades cooperativas de consumo basadas en los postulados de Rochdale (Inglaterra), así como las de carácter agropecuario. Entre las primeras cabe destacar la creada en Filadelfia en 1862, y entre las segundas la empresa cooperativa de ventas de cereales de Illinois y las de riego comunal de California y Utah. También en este periodo —concretamente en 1863— se funda en el Estado de Nueva York la primera empresa cooperativa de suministros para agricultores y ganaderos. En este periodo se desarrolló igualmente una importante actividad legislativa con las primeras leyes de 1857 en Ohio y Nueva York autorizando la organización de sociedades cooperativas de seguros, y otras leyes en Michigan en 1865 reconociendo las organizaciones cooperativas como entidades legales para la compra y venta de productos

Durante la segunda, tercera y cuarta décadas de este siglo se desarrollaron intensas e importantes actividades para el sistema cooperativista en los Estados Unidos. La Clayton Act de 1914 eximió a las instituciones cooperativas de la observancia de la legislación federal sobre monopolios, especialmente la Sherman Anti-Trust Act de 1890. Esta exención fue ampliada en la Capper-Volstead Act de 1922, que clarificó que una sociedad cooperativa no es monopolista ni actúa para restringir el comercio. Se aprobó también en 1916 la Federal Classification Loan Act (Ley sobre préstamos para la agricultura), que constituyó la base para la gran expansión del crédito agrícola. Posteriormente se aprobó igualmente la Cooperative Marketint Act de 1926, que regularizó las actividades de las entidades cooperativas de venta. Finalmente, la decisión del Tribunal Supremo en 1939 definió exactamente el marco dentro del cual podían actuar las sociedades cooperativas sin ser consideradas como monopolios. En 1934 fue aprobada una Ley Federal regulando la formación y actuación de las sociedades cooperativas de crédito, y un año más tarde se aprobó la Rural Electrification Act (Ley de Electrificación Rural)

Apoyados por esta amplia legislación y las decisiones de los Tribunales, los socios cooperativos constituyeron organizaciones regionales y nacionales tales como la Cooperative League of the USA, American Institute of Cooperation, Credit Union National Association National Farmes, Union American Classification Bureau Federation, National Council of Farm Cooperatives y muchísimas otras.

Entre las sociedades cooperativas más importantes están las de crédito, que superan la cifra de 19.000, con un activo total superior a los 63.000 millones de dólares y una cartera de préstamos valorada en cerca de 52.000 millones de dólares, prestando un inestimable servicio a cerca de cuarenta millones de norteamericanos para atender gastos tan comunes como pueden ser los derivados de la escolaridad de los hijos, el arreglo de la vivienda, la adquisición de aparatos electrodomésticos y del coche a un bajo interés y aplicando al ahorro de sus asociados atractivos intereses.

Pero, sin duda alguna, las cooperativas más importantes son las agrarias

Del millar de estas cooperativas censadas en 1900 hemos pasado en la actualidad a cerca de ocho mil, en las que se agrupan casi seis millones de agricultores y ganaderos. Su cifra de negocios supera los 70.000 millones de dólares (alrededor de 13 billones de pesetas, destacando por su importancia la obtenida por las llamadas sociedades cooperativas de mercadeo, que representan algo más del sesenta por ciento del censo de sociedades cooperativas agrarias del país.

Diecinueve sociedades cooperativas esencialmente agrarias, dedicadas a la distribución y venta de distintos productos, han alcanzado la cifra de negocios que, en conjunto, supera los 25.000 millones de dólares.

Las sociedades cooperativas agrarias de suministros facilitan a los agricultores y ganaderos alrededor de un veintisiete por ciento del total de los medios de producción, que éstos adquieren fuera del sector, y un veinticuatro por ciento de los llamados suministros básicos y piensos, semillas, abonos, plaguicidas y combustibles.

El agricultor norteamericano es consciente de que por sí solo tiene escasa influencia en los mercados, mientras que cuando se integra en el sistema cooperativista adquiere un poder de negociación que difícilmente podría alcanzar de otro modo. Para él las firmas cooperativas suponen la posibilidad de incrementar su voluntad de negocio, tener acceso a las técnicas de dirección y gestión, inalcanzables de otra forma, y contar con un medio de financiación suficiente para desarrollar una más que discreta labor en el campo de la investigación y el desarrollo agrario, todo ello sin perder su carácter de empresario autónomo.

Intimamente relacionado con las sociedades cooperativas agrarias está el sistema cooperativo de crédito agrario formado por los bancos y asociaciones que se organizaron con capital del Gobierno y que ya lo han devuelto íntegramente.

En cuanto a la distribución geográfica de las sociedades cooperativas agrícolas, el mayor número se encuentra en el Estado de Minnesota, con 670 y 500.000 socios, seguida de Dakota del Norte, con unos 660, y Wisconsin, con unas 490. Clasificándolas por volumen de negocios figura en primer lugar Iowa, con 5.800 millones de dólares, seguida por California, con 5.000 millones, y Minnesota con una cifra ligeramente inferior, y existen también con un sinnúmero de otras entidades cooperativas que abarcan casi todos los aspectos de la vida. Por ejemplo, las empresas cooperativas para la electrificación rural que comenzaron en la década de la "gran depresión" son hoy 981 entidades, con unos nueve millones de socios en cuarenta y seis Estados, que generan más del sesenta por ciento de la electricidad que distribuyen por un valor superior a los 5.000 millones de dólares. La organización cooperativa creada para financiar esas empresas cooperativas, la Rural Electrification Administration, facilitó préstamos últimamente de 20.000 millones de dólares para 16 plantas nucleares de las cooperativas y 11 plantas más de carbón.

En el ramo del teléfono. en 1983 había unas 256 sociedades cooperativas, con 1.575.000 miembros en 33 Estados, con un crecimiento constante.

En el ámbito de la vivienda, cuya primera sociedad cooperativa se fundó en Nueva York en 1936, se ha pasado de las 1.500 entidades, que sirven a más de 620.000 familias, con un volumen de negocios superior a 1.000 millones de dólares.

En el consumo hay más de 5.030 sociedades cooperativas que agrupan a 1.500.000 socios, con un volumen de 750 millones de dólares; en el campo de la salud existen unas

Mas no sólo las cooperativas, como sociedades y empresas económicas de naturaleza propia, especial y típica (3), sino que también es la institución cooperativa la que se ha extendido por todos ellos, entendida ésta como conjunto de relaciones, entidades, principios, doctrina, organización, sistema o modelo económico-social, realidades socioeconómicas, legislación y aun preceptos constitucionales, que en los diversos países, de modo universal y con fundamento, historia, notas y finalidades específicas se ha ido haciendo consustancial a la estructura y vida de los mismos (4), a la

20 sociedades cooperativas, con más de 750 000 miembros; en la especialidad de Nursery Schools (Jardines de Infancia) hay unas 1.700 sociedades cooperativas, que dan servicio a 700.000 familias; en el sector de la pesca hay 104 sociedades cooperativas, con 8.000 miembros, en energía hay nueve sociedades cooperativas, que cuentan con 500.000 socios poseedores de sus propios pozos, refinerías y sistemas de distribución del petróleo

En total más de ochenta y siete millones de norteamericanos, es decir, más de uno de cada tres de la población actual pertenecen a una u otra sociedad cooperativa. El número de socios de esas empresas cooperativas oscila entre 200.000 en la Group Health Cooperative of Puget-Sound, Seattle, en el Estado de Washington, que se ocupa de la salud, y unos 10 a 20 en varias sociedades cooperativas que se organizan para la compra al por mayor con el fin de obtener precios más bajos.

(3) En este sentido, recogiendo las notas que las conforman y caracterizan, podemos definir las diciendo que "las cooperativas son entidades asociativas con personalidad jurídica y naturaleza propia, constituidas por quienes voluntariamente se unen e integran en ellas para atender necesidades e intereses económico-sociales homogéneos y concretos de los mismos mediante una organización societaria y empresarial adecuada al objeto social y actividad para que se constituyen, sometidas a su normativa especial a la vez que a los principios y valores propios de voluntariedad y libre adhesión, gestión democrática y participación, limitación al interés, ayuda mutua, solidaridad, fondos sociales y retornos, educación y de integración en favor inmediato de sus socios y, armónicamente, de la comunidad sobre el ámbito del Estado y territorio en que se constituyen y domicilian"

(4) Además del fundamento legal y doctrinal social y económico de las cooperativas, tienen éstas un fundamento constitucional largo y expresamente establecido en las Constituciones de muchos países:

a) *En Iberoamérica*

México (1917) Declaración XXX y artículo 123 de la actual.
Colombia (1886): Artículo 32.
Venezuela (1973): Artículo 72.
Bolivia (1976). Artículos 160 y 167-168.
Panamá (1983): Artículos 122-283
Ecuador (1979) Artículo 46 (14)
Perú (1979): Artículos 18-30 y 112-116.
Brasil (5 octubre 1988): Artículos 5 18.º y 174.4.º.

b) *En Europa*

Es precedente de interés en Alemania la Constitución de Weimar de 1919, expresamente en su artículo 156.

Italia (1947): Artículo 45
Malta (1974). Artículo 21

vez que base principal y manifestación de la moderna economía social (5).

Partiendo del conocimiento general que de las cooperativas y de la institución cooperativa damos por supuesto (6), nos vamos a ocupar aquí, siquiera sea en síntesis, de los antecedentes, estado y legislación de las cooperativas en los países de Iberoamérica, de Norte a Sur, agrupados, cual se expresa en el Índice, en los cinco apartados siguientes: 1) México; 2) Centroamérica y el Caribe; 3) Región andina; 4) Brasil, y 5) Mar de Plata y Cono Sur.

Nuestro objetivo en este trabajo es informar de la importancia del fenómeno cooperativo en Iberoamérica, por cuyo cauce, siquiera no único, habrá de lograrse el pleno desarrollo económico-social de sus pueblos, que ya intuimos (7), ofreciendo a la vez, como trabajo técnico, la legislación cooperativa vigente en los mismos, sobre la cual se construye como fuente principal el nuevo Derecho cooperativo que surge.

A mayor abundamiento, con carácter previo y antes de entrar en el

Portugal (1976) Artículos 61, 81, 83-84, 89, 90-100

España (1978) Artículo 129.2 Este artículo manda a los poderes públicos la promoción y fomento de las cooperativas "mediante una legislación adecuada".

(5) Es ésta una cuestión moderna y de gran actualidad. De una parte, porque no hay concepto claro y definido en la *economía-social*, y de otra, porque se ha creado, si bien no está en funcionamiento todavía, el nuevo Instituto Nacional de Fomento de la Economía Social como organismo autónomo adscrito al Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, el cual asumirá, entre otras, las funciones y competencias atribuidas a la Dirección General de Cooperativas y Sociedades Anónimas Laborales, que quedará extinguida con la entrada en vigor del Real Decreto "que desarrolle las normas de organización, composición y funcionamiento de los órganos" del mismo; y le corresponderá "de acuerdo con la normativa de regulación que apruebe el Gobierno, las acciones sobre cooperativas, sociedades anónimas laborales, fundaciones laborales y cualesquiera otras entidades que en el futuro se determine normativa en el marco de la *economía social*".

También la Ley 13/1991, de 1 de julio, de reforma de la Ley 4/1983, de 9 de marzo, de cooperativas de Cataluña, habla expresamente de la "economía social" en su disposición final 4.^a sobre programas anuales que "permitan el impulso y el fomento de las sociedades cooperativas y de la economía social".

Por nuestra parte, y en principio, entendemos por economía social aquella que se ejercita donde el trabajo participa, en mayor o menor grado, en la titularidad y responsabilidad de la empresa.

(6) En relación a este reconocimiento, nos remitimos como nota bibliográfica más reciente a la bibliografía citada por *INAUCO (Revista Iberoamericana de Autogestión y Acción Comunal)*, núm. 3, y por JOAQUÍN MATEO BLANCO en *El retorno cooperativo*, Institución Fernando el Católico, Zaragoza, 1990.

(7) Después del continuado declive económico-social que viene sufriendo en las últimas décadas, nos agrada manifestar la esperanzada reactivación y aliento que hemos podido observar en los Estados de Goyas (Brasil) y en el de Portuguesa (Venezuela) el año pasado y, sobre todo, en el actual de 1991, con una culta y emprendedora juventud interesada por el progreso, la cultura y por nuevos temas cooperativos, todo lo cual hace prever el arranque a esplendorosos horizontes que bien se merecen.

estudio particularizado de cada uno de los grupos y países referidos, entendemos que es de necesidad dar cuenta en esta Introducción, siquiera sea en síntesis, de las organizaciones especializadas que a nivel mundial y del propio continente de América se ocupan de la promoción y defensa de las cooperativas y del cooperativismo.

Entre ellas son de citar aquí principalmente la OIT, la ACI, la OCA y, a efectos de la enseñanza cooperativa, ALCECOOP.

La ACI (Alianza Cooperativa Internacional) es el organismo que acoge a las Federaciones de cooperativas de todo el mundo que voluntariamente quieren inscribirse en ella si cumplen sus reglamentos, y en las leyes de cooperativas de sus países el conjunto de los seis principios que configuran la doctrina cooperativa.

Se creó en 1895 en Londres con motivo del Primer Congreso Internacional de Cooperativas, en el cual participaron delegados de las cooperativas de producción, crédito y consumo de una gran cantidad de países. Uno de los acuerdos del Congreso fue la constitución de la Alianza Cooperativa Internacional, que hoy es uno de los organismos internacionales no gubernamentales de las Naciones Unidas con la categoría de miembro de la clase A.

Sus estatutos fueron aprobados en el Congreso de París de 1896, siendo sus fines prioritarios servir de órgano de enlace supranacional de las cooperativas, difundir los métodos cooperativos por todo el orbe y velar por la pureza de los principios cooperativos.

Desde entonces no han dejado de celebrarse congresos internacionales que han ido señalando las normas generales por las que había de regirse la Alianza. En el II Congreso Internacional celebrado en París en 1896 se aprobaron sus estatutos, acordándose fomentar las relaciones entre los cooperadores de todos los países. En el Congreso de Lausana de 1960 se redefinieron sus directrices, abogando además por el apoyo a las comunidades en que actúan las cooperativas y por la paz.

La ACI se propuso la actualización de la doctrina cooperativa. En el XV Congreso de París de 1937 se determinaron los clásicos principios rochdalianos, que se han visto ratificados y en parte actualizados por el XXIII Congreso de Viena en 1966.

Desde el I Congreso en Londres en 1895, hasta el de Hamburgo en 1970, fueron veinticinco los congresos celebrados. Gobierna los destinos del movimiento cooperativo mundial y, cual hemos dicho, se encarga principalmente de cuidar la pureza del cooperativismo mediante la proclamación de los principios cooperativos que contribuyen a definir lo que es y lo que no es una cooperativa.

En la línea de la actualización y perfección de éstos se celebró el XXIX

Congreso de Estocolmo, está convocado el XXX Congreso, a celebrar en Tokio en octubre de 1992, y se celebrará después el XXXI Congreso en Londres, en 1995, para hacerle coincidir felizmente con el centenario del movimiento de la ACI.

Como órganos permanentes de la Alianza funciona el Comité Central, el Comité Ejecutivo, el Secretario y otra serie de comités auxiliares.

La Alianza, que publica cada año la estadística de sus afiliados, agrupaba en 1987 a 167 miembros de 72 países, con un total de más de quinientos millones de cooperativas. Casi seiscientos millones al 1 de julio de 1989.

La ACI organiza y celebra cada año el Día Internacional de la Cooperación, con un mensaje propio y oportuno para cada momento.

La OCA (Organización de las Cooperativas de América) se creó en Montevideo en 1963 al objeto principal de difundir en el área de América, particularmente, los principios y métodos de cooperación libre y de fomentar la educación cooperativa y técnica.

Desde 1968 entró en colaboración con el Comité Interamericano de Coordinación y Desarrollo Cooperativista, que tiene el carácter de comité asesor de la secretaría general de la Organización de Estados Americanos (OEA).

Se trata de un organismo internacional no gubernamental de representación, integración, intercambio y desarrollo del cooperativismo continental. Su sede u oficinas centrales son en Bogotá, D.E. Colombia.

Representa y agrupa 35.000 empresas cooperativas registradas en la región (8).

ALCECOOP (Asociación Latinoamericana de Centros de Educación) es la entidad que en los países de los centros asociados tiene el objetivo principal de potenciar la formación y educación cooperativa agrupando los centros especializados al efecto para el estímulo de su quehacer académico, de investigación y formación cooperativa.

Representa una red de intercambio de personas, conocimientos, experiencias en el campo específico de la formación, que agrupa 105 centros del centro y sur de América, de España y de Portugal. A partir de julio de 1989 tiene personalidad jurídica (9).

(8) Del pronunciamiento del presidente de la OCA con motivo del Día Internacional de la Cooperación. AZMAN DE TOVAR PARADA, Bogotá, D.E., Colombia, julio de 1989

(9) Del texto de la exposición de su presidente, doctor LEON SCHUJMANO, en la sede del Centro Internacional de Formación del ICI en Santa Cruz de la Sierra (Bolivia) el 1 de octubre de 1990. La sede presidencial a esta fecha es: Laprida 1062 Loo Rosario (Argentina).

También cabe citar por su influencia en el área iberoamericana:

El Consejo Mundial de Cooperativas de Crédito (COMUNCAC), que afilia a siete confederaciones continentales en África, Asia, Europa, el Caribe, Latinoamérica, Canadá y Estados Unidos.

La Confederación Latinoamericana de Cooperativas de Crédito (COLAC).

Unión Internacional Raiffeisen (UIR), que engloba al cooperativismo crediticio, preferentemente europeo.

El Comité Internacional de las Cooperativas de Producción y Artesanales (CICOPA), comité especializado de la ACI, con sede en Ginebra, que se ocupa de las cuestiones del cooperativismo industrial, y artesanal.

Y la oficina regional de la ACI para Centroamérica y el Caribe ubicada en San José de Costa Rica, que integra entre sí y vincula a dicho organismo a los cooperativistas caribeños.

De igual modo, hay que hacer referencia al Convenio entre la Comunidad Económica Europea (CEE) y la OCA, que en 1986 realizó diez seminarios nacionales de cooperativismo agropecuario en Costa Rica, El Salvador, Honduras, Guatemala, República Dominicana, Colombia, Bolivia, Argentina, Chile y Uruguay y se propone, en aras del desarrollo, un mayor intercambio económico y tecnológico con cooperativas de los países de la CEE.

En cuanto al estado numérico de las cooperativas en Iberoamérica, cabe cifrarlo de modo ascendente en los siguientes datos (10):

A 1983: 31.972 cooperativas, con 17.908.452 socios cooperativos.

A 1984 y por sectores:

- Agropecuarias: 10.924 cooperativas, con 208.193 socios.
- Consumo: 2.724 cooperativas, con 2.788.094 socios.
- Ahorro y crédito: 4.209 cooperativas, con 5.785.780 socios.
- Vivienda: 3.503 cooperativas, con 584.703 socios.
- Electrificación: 944 cooperativas, con 1.589.867 socios.
- Pesca: 1.192 cooperativas, con 79.614 socios.
- Transporte: 2.750 cooperativas, con 150.874 socios.
- Producción: 2.432 cooperativas, con 341.426 socios.
- Servicios varios: 1.543 cooperativas, con 3.612.339 socios.
- Otros: 1.958 cooperativas, con 728.740 socios.

(10) J. M.^a MONTOLIO, *Legislación cooperativa en América Latina* (Estudios), Centro de Publicaciones del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, Madrid, 1990, pág. 75.

I. MEXICO

A) ANTECEDENTES

En México, el cooperativismo se comenzó a practicar durante el período de 1844 a 1914. La primera organización del tipo de las cooperativas fue la Sociedad Mercantil de Seguridad de la Caja de Ahorros de Orizaba, fundada en 1839.

Fueron difusores de las ideas cooperativas en México los primeros y segundos anarquistas mexicanos. Los primeros estaban formados por Santiago Villanueva, Francisco Zalacosta y Hermenegildo Villavicencio. Este grupo se fundó en el año 1865.

Un segundo grupo que militaba en el mutualismo se dedicó a formar cooperativas urbanas, asociaciones anarco-socialistas y comunidades agrarias, formado éste por Santiago Velatti y Julio López Chávez.

En este tiempo, los anarquistas impulsaban simultáneamente el movimiento sindical, el colectivismo agrario y el cooperativismo, sin analizar la situación esencial existente entre dichos movimientos.

Por primera vez, el Congreso Obrero de la República Mexicana incluyó entre sus postulados la difusión y promoción del cooperativismo. Este Congreso adquirió importancia social y política a tal grado, que el general García de la Cadena, quien disputara la presidencia al entonces General Manuel González, planteó la formación de sociedades cooperativas de igual forma que lo hizo el Congreso.

Una vez que el general González triunfó, ordenó la persecución de los dirigentes del Congreso, iniciándose la disolución del movimiento y terminación de la primera época del cooperativismo.

En el año 1889 se inicia una nueva etapa del cooperativismo apegado a las disposiciones del Código de Comercio. De esta forma en el Código de Comercio se encontraba reglamentada la organización y funcionamiento de las cooperativas formadas por personas de clase humilde y pobres sin más recursos que la aportación de su trabajo.

Volvieron a surgir las ideas cooperativistas al iniciarse la Revolución mexicana y así en el Congreso Constituyente de 1916 y de 1917 y en la primera constitución de este mismo año, que hizo la siguiente declaración, recogida en el artículo 123 de la actual:

“XXX. Asimismo, serán consideradas de utilidad social, las sociedades cooperativas para la construcción de casas baratas e higiénicas, destinadas a ser adquiridas en propiedad por los trabajadores en plazos determinados...”

Si bien la referencia sólo hizo alusión a las cooperativas de vivienda, fue un gran mérito haberse adelantado en su época para ver el cooperativismo como un adecuado instrumento de utilidad social.

Se adelantó así a todos los países del orbe, sentando las bases no sólo del nuevo régimen de constituciones económicas, sino abriendo al cooperativismo un área fundamental de acción en la construcción de sociedades más justas.

Posteriormente, el Congreso logró agregar un párrafo al artículo 28 de la Constitución, referido a las Cooperativas diciendo que “no constituyen monopolio las asociaciones de trabajadores formadas para proteger sus propios intereses”.

Se sancionó así en consecuencia, la primera Ley General de Sociedades Cooperativas de 1927, experimentando el cooperativismo una nueva etapa desde el momento en que triunfó el Movimiento Constitucional encabezado por Venustiano Carranza, habiendo contribuido al efecto con más relevancia el llamado Partido Cooperativista, que en verdad más que un movimiento cooperativista, se trataba de una organización política electoral para llevar a la Presidencia a Rodolfo de la Huerta.

Esta Ley produjo la paradoja de no derogar las disposiciones del Código de Comercio de 1889, dando lugar a la existencia paralela de dos movimientos cooperativos, basándose uno en el Código de Comercio y el otro apegado a la nueva Ley.

De otra parte, fue una Ley breve al ser sustituida por la de 1933, que fue más ajustada a los principios clásicos del cooperativismo, con la igualdad de voto, distribución de rendimientos, régimen de responsabilidad y carácter no lucrativo.

No obstante, tanto la Ley de 1927 como la de 1933, no se apartaron de las concesiones al liberalismo económico y no lograron reflejar la doctrina que informó la Constitución de 1917, de carácter neoliberal y consagrando el principio de la intervención del Estado en la economía agraria sobre todo.

Posteriormente, el 27 de diciembre de 1938, se promulgó la Ley General de Sociedades Cooperativas vigente.

B) REALIDAD SOCIOLÓGICA

En la actualidad, según datos proporcionados por la Dirección General de Fomento Cooperativo y Organización Social para el Trabajo, a través de la Confederación Nacional Cooperativa de la República Mexicana (CCL), se tiene un total de 10.759 cooperativas registradas, distribuidas en el territorio nacional de la siguiente forma:

Jalisco, 398; Michoacán, 474; Morelos, 171; Nayarit, 254; Nuevo León, 506; Oaxaca, 380; Puebla, 351; Querétaro, 114; Quintana Roo, 197; San Luis Potosí, 359; Aguascalientes, 88; Baja California del Norte, 390; Baja California del Sur, 142; Campeche, 195; Coahuila, 333; Colima, 134; Chiapas, 316; Chihuahua, 333; Distrito Federal, 1.120; Durango, 224; Estado de México, 478; Guanajuato, 242; Guerrero, 320; Hidalgo, 152; Sinaloa, 569; Sonora, 705; Tabasco, 301; Tamaulipas, 533; Tlaxcala, 89; Veracruz, 648; Yucatán, 259; Zacatecas, 280.

De estas cooperativas se estima que están activas un total de 7.490 con 607.602 cooperativistas en todo el país, siendo unos tres millones de beneficiarios.

Todas las cooperativas del país se agrupan en 117 Federaciones y ocho secciones integradas todas a la vez en una sola Confederación (11).

Por sectores, el número de cooperativistas y de socios en 1983 era así (12):

- Agropecuarias: 2.556 cooperativas, con 119.097 socios.
 - Pesqueras: 953 cooperativas, con 72.367 socios.
 - Industriales: 694 cooperativas, con 27.971 socios.
 - Transportes: 362 cooperativas, con 15.396 socios.
 - Servicios: 162 cooperativas, con 5.696 socios.
 - Consumo (intermedio): 641 cooperativas, con 81.399 socios.
 - Consumo (final): 346 cooperativas, con 203.316 socios.
 - Comercialización: 370 cooperativas, con 17.852 socios.
 - Producción: 134 cooperativas, con 8.272 socios.
- TOTALES: 6.221 cooperativas, con 551.371 socios.

Son de tener siempre presentes en México las llamadas *Cajas Populares*, que abarcan una importante dimensión del crédito, en valores de operaciones y de asociados; con su propia Confederación Mexicana de Cajas Populares (13).

C) LEGISLACIÓN VIGENTE EN MÉXICO

La Ley General de Sociedades Cooperativas se sancionó por el Presidente Lázaro Cárdenas el 11 de enero de 1938 y entró en vigor por man-

(11) Notas informativas, Archivo de la Confederación Nacional de Cooperativas de la República Mexicana, México, 1987. De la tesis de Valentín Bravo Morales, Universidad del Valle de México, México, D.F., 1989

(12) J. M^a MONTOLIO. *ob. cit.*, págs. 92-93.

(13) El 1 de septiembre de 1980 entraron en vigor los Estatutos para las Federaciones Sociales de la Confederación Mexicana de Cajas Populares.

dato de la misma, el día de su publicación en el *Diario Oficial de la Federación*, que fue el 15 de febrero de 1938.

Consta de 87 artículos y cinco transitorios.

Su *Reglamento* se sancionó el 16 de junio de 1938 y se publicó el día 10 de julio.

Son disposiciones complementarias las siguientes:

Reglamento del Registro Cooperativo Nacional, publicado en el *Diario Oficial* del 11 de agosto de 1938.

Reglamento de Cooperativas Escolares, publicado el 16 de marzo de 1962.

Reglamento de los artículos 73.3 y 82 de la Ley General de Sociedades Cooperativas en materia de Cooperativas Federadas de Pescadores.

La Ley de 30 de abril de 1941, publicada el 5 de junio siguiente, creó el Banco Nacional de Fomento Cooperativo.

En cuanto a la naturaleza y contenido de la Ley General, sigue ésta el Sistema Rochdaliano de la ACI; define las cooperativas como sociedades que reúnen las condiciones que señala en el artículo 1.º; éstos son los principios; la actividad cooperativizada tiene carácter mutualista, pudiendo hacer sólo operaciones con terceros, con el público, de consumidores, siempre que tengan autorización de la Administración (art. 54); regula sustancialmente dos clases de cooperativas: de productores y de consumidores (art. 1.1) a las que dedica sendos capítulos en el Título II de la misma (arts. 52 y 11); para su funcionamiento (personalidad) se requiere autorización administrativa, una vez sea inscrita previa y justificación de viabilidad (art. 14, 18, 19); se requieren como mínimo diez socios, para su constitución (art. 1.III); exige un capital mínimo, por cada socio, aportado en efectivo, bienes o trabajo y justificado en "certificados que serán nominativos, indivisibles y de igual valor" (art. 34); las aportaciones sólo producen interés si se pacta expresamente y en todo caso nunca superior al tipo legal (art. 36); las participaciones sociales sólo son transferibles de acuerdo con la Ley y con el acta constitutiva (art. 35); los reintegros del haber social sólo en armonía con lo que dispongan las bases constitutivas (art. 15); la responsabilidad de los socios por las deudas sociales es limitada o reglamentada (art. 5); la distribución o retorno de excedentes, a repartir entre los socios en razón al tiempo de trabajo de cada uno y conforme al volumen de operaciones realizadas con la sociedad en las de consumo, previa deducción de los fondos de reserva y de previsión social (arts. 15.38, 42 y 44); órganos de Gobierno son la Asamblea General, el Consejo de Administración y la Junta de Vigilancia, y un Comité de Educación (art. 42); es obligatoria la integración cooperativa en las Federaciones correspondientes y éstas en la Confederación Nacional Cooperativas (arts.

72 y 75); se extinguen las cooperativas por las causas de disolución que expresa la Ley, con facultad de la Administración para cancelar el funcionamiento de las mismas de acuerdo con las normas establecidas (art. 46), interviniendo los poderes públicos en la liquidación y pasando el remanente si lo hubiere al Fondo Nacional de Crédito Cooperativo (art. 39); la Secretaría de la Economía Nacional es el Órgano Competente para Supervisar la Cooperativa (art. 82).

II. CENTROAMERICA Y EL CARIBE

A) ANTECEDENTES

En *Guatemala, Honduras, El Salvador, Nicaragua y Costa Rica*, que son propiamente las cinco Repúblicas de Centroamérica, aun cuando el cooperativismo se empezó a conocer con los emigrantes europeos de primeros de siglo, como tal Movimiento Cooperativo con fuerza social suficiente no se conoció hasta la década de los años cuarenta, habiendo sido Costa Rica y Guatemala los primeros en que se experimentó con eficacia (14), siendo además objeto de especial promoción en Costa Rica, en cuanto que la enseñanza cooperativa es obligatoria a todos los niveles partiendo ya de la primaria.

Se generalizaron en primer lugar las Cooperativas de Ahorro y Crédito,

(14) En Nicaragua las primeras manifestaciones de cooperación se dieron en organizaciones de carácter sindicalista, de origen gremial y con fines mutualistas. Así aparecen por primera vez en el Departamento de Chinandega fraternidades como "El Recreo" y "La Moderna" a comienzos de 1900.

En 1926 se forman las primeras cooperativas en el puerto de Corinto y posteriormente en lugares de trabajo como el plantel de carreteras y el ferrocarril.

Posteriormente, en 1928, Augusto César Sandino promovió en la región de las Segovias formas de cooperación campesina.

En 1945 el Gobierno promulgó el Código de Trabajo, el cual contenía un capítulo especial para la constitución y administración cooperativa.

A partir de la década del sesenta el Gobierno comenzó a promover el cooperativismo con gran intensidad.

En esa época se promulga la Ley de Reforma Agraria, en la cual figuran disposiciones específicas para la organización de cooperativas agropecuarias.

Por otra parte, bajo los auspicios de la Alianza para el Progreso, el Gobierno fijó un convenio con CUNA/AID para la creación de cooperativas de ahorro y créditos. Mediante este programa se organizaron 30 cooperativas.

Con este grupo de cooperativas se constituyó en 1965 la Federación de Cooperativas de Ahorro y Crédito de Nicaragua (FECANIC), la única organización de segundo grado que existe en el país.

En 1971 fue promulgada la Ley General de Cooperativas como parte del plan dirigido a la promoción cooperativa.

siguiéndoles en importancia las Agrarias constituidas espontáneamente por los agricultores y las promovidas por las entidades públicas como instrumentos y objetivos de los procesos de reforma agraria.

En cuanto a Panamá, el moderno movimiento cooperativo, en armonía con las prácticas comunitarias heredadas de viejas generaciones de todos los grupos humanos del istmo, se inició en el primer cuarto de nuestro siglo.

Traspasadas de Europa las nuevas ideas cooperativas en el siglo XIX, Panamá hereda de Colombia al independizarse de este país, las primeras disposiciones sobre cooperativas recogidas en el Código de Comercio de 1916.

Entre 1938 y 1944, el cooperativismo fue objeto de cultivo especial en la universidad latinoamericana que funcionaba en el Instituto Nacional de Panamá.

En 1952 se constituyó la cooperativa agrícola provincial de Bocas del Toro, si bien la primera que consta formalmente inscrita en 1954, es la Cooperativa de Ahorro y Crédito Santa Rosa del Higo, fundada en 1956.

La Constitución de 1946, en su artículo 26 declara ya deber del Estado el fomento de cooperativas.

Las Leyes 17 de 21 de septiembre de 1954 y la 37 de 21 de septiembre de 1962, incorporadas en el Título VIII del Código Agrario, son el antecedente inmediato de la legislación vigente y representan la consolidación del movimiento cooperativo en Panamá.

Respecto de *Cuba*, la revolución de 1958, de signo marxista, rompió con el sistema económico social precedente, similar al de los demás países del área, dando lugar a una nueva situación y normativa.

El cooperativismo rochdaliano y universal de la ACI, apenas puede efectuarse en su pureza, dada la estatalización de la economía, limitándose en todo caso a un papel secundario como forma complementaria del sector estatal.

De otra parte, sólo tiene efectividad práctica en el sector agrario y en los procesos de Reforma Agraria que se han realizado en el país, pasando del sistema de propiedad privada de la tierra y de libre empresa, al sistema de planificación imperativa y de propiedad estatal.

En la primera Ley de Reforma Agraria de 1959, las cooperativas al efecto creadas, fueron cauce de un nuevo sistema de explotación del Estado, de Organización imperativa de los pequeños propietarios y de instrumentación para la comercialización por el Estado.

A partir de la segunda Reforma de 1965 se estatalizó la mayor parte de la tierra a través de agrupaciones básicas de producción agropecuaria y organizando a los agricultores especialmente en la Asociación Nacional de Agricultores Pequeños.

La *República Dominicana* tiene en materia cooperativa semejantes precedentes a los demás países de la zona, habiendo realizando además el gran esfuerzo de extender la educación cooperativa a todos los niveles de la enseñanza, tanto pública como privada. A este fin promulgó en 1955 una Ley sobre formación y funcionamiento de las sociedades cooperativas en todos los establecimientos docentes

Y en cuanto a *Puerto Rico*, con antecedentes semejantes a los expuestos, desde 1946 el país ha experimentado una notable transformación en todos los órdenes de modo que el movimiento cooperativo ha navegado inmerso en dicha transformación y las cooperativas han crecido notablemente sobre las Leyes 291 de abril de 1946, 1 de 15 de junio de 1973, conocida como Ley de Sociedades Cooperativas de Ahorro y Crédito, Ley 18 de 22 de abril de 1980 y Ley 91 de 8 de julio de 1985.

De modo general cabe decir que todas las *Islas del Mar Caribe* forman una unidad compleja, con antecedentes semejantes si bien con peculiaridades propias como veremos en el apartado siguiente, sometidas cada cual a la legislación de los respectivos Estados a que pertenecen.

B) REALIDAD SOCIOLÓGICA

El Movimiento Cooperativo en este área de Centroamérica cuenta a 1985 con 6.379 organizaciones cooperativas con 811.821 cooperativistas, en las clases y números del siguiente cuadro (15):

Centroamérica: Cooperativas y asociados por rama de actividad económica 1985

	Costa Rica		El Salvador		Guatemala		Honduras		Nicaragua	
	Coop.	Asoc.	Coop.	Asoc.	Coop.	Asoc.	Coop.	Asoc.	Coop.	Asoc.
Total	464	268 260	663	99 400	895	209 441	882	159 360	3 475	75 301
Agrícola	81	40 835	191	28 650	432	49 179	498	57 270	3 057	54 044
Ahorro y Crédito	128	109 404	316	47 400	183	126 180	165	43 967	418	21 257
Consumo	26	5 708	57	8 550	110	20 727	CNE	CNE	CNE	CNE
Servicios Multi	64	45 978	49	7 350	CNE	CNE	93	24 725	CNE	CNE
Vivienda	9	1 074	CNE	CNE	70	7 817	30	7 976	CNE	CNE
Transporte	22	5 178	CNE	CNE	34	2 423	50	13 293	CNE	CNE
Autogestión	80	4 261	CNE	CNE	CNE	CNE	CNE	CNE	CNE	CNE
Cogestión	3	796	CNE	CNE	CNE	CNE	CNE	CNE	CNE	CNE
Eléctrica	4	37 268	CNE	CNE	CNE	CNE	CNE	CNE	CNE	CNE
Industriales	28	5 613	35	5 250	62	2 878	40	10 634	CNE	CNE
Otros	19	12 054	15	2 250	4	237	6	1 595	—	—
Federaciones	12	—	19	—	48	—	12	—	1	—

(15) FUENTE: *Órgano oficial de OCA*, año 3, núms 3-6, 1986, pág. 6.
CNE (Categoría No Existente).

Las de naturaleza agraria ascienden a 4.112 con 202.918 socios, cifra esta menor del promedio general, debido a la mayor existencia de cooperativas autogestionarias, y se caracterizan por estar enfrentadas a un gran número de problemas, más allá de los propios de carácter cooperativo, como la falta de recursos económicos para el desarrollo de las actividades, tecnología y técnicas apropiadas y falta de personal capacitado para el desempeño de las actividades de organización, gestión y comercialización de sus propias producciones.

Han adquirido una relativa importancia en el medio rural las cooperativas de servicios y asistencia técnica, como instrumento de desarrollo de las propias y tradicionales organizaciones campesinas.

No obstante, la importancia relativa de las cooperativas agrícolas varía de país en país, pues si bien en Nicaragua representan el 88 por 100 del total de cooperativas existentes, en Costa Rica representan tan sólo el 18 por 100. Respecto de la Región, las cooperativas agrarias son el 67 por 100 de todas ellas, las cuales se integran en cooperativas y organizaciones de segundo y ulterior grado, cuyo número de 52, en ascendencia, es signo de cierto ingreso y desarrollo.

En *Panamá* el número de cooperativas a 1987 ascendía a 335 y a 99.563 asociados.

Por sectores, las más numerosas son las de Ahorro y Crédito: 175 cooperativas y 63.254 asociados, seguidos de las de los de servicios múltiples y agropecuarias con 65 cooperativas y 20.524 asociados.

En *Cuba*, como dijimos en los antecedentes, el cooperativismo tiene signo colectivista y estatista, apenas relacionado con los principios y caracteres de voluntariedad, autogobierno y propiedad privada de los cooperativas rochdalianas y de la ACI.

La propiedad estatal, a 1965, se estimaba en el 70 por 100 de las tierras, poco menos del 50 por 100 del total de la cabaña de vacuno, el 75 por 100 de la producción de caña y la totalidad de los cultivos industriales.

En *República Dominicana*, el Instituto de Desarrollo y Crédito Cooperativo (IDECOOP) tiene diferentes líneas de actuación al servicio del sector cooperativo que se extiende en 1984 a 206 cooperativas y 128.060 socios, siendo las más numerosas las de Ahorro y Crédito con 89 cooperativas y 68.010 socios, seguidos de las de servicios con 51 cooperativas y 43.190 socios y las agropecuarias con 28 cooperativas y 9.140 socios.

Y en *Puerto Rico* al decir de la Revista Cooperativa Puertorriqueña 2, segundo semestre de 1988, los Valores Básicos de la Cooperación son "un tema que en diferentes ocasiones ha sido pospuesto y olvidado".

Se admite el socio colectivo, esto es, el asociado que representa a varios miembros de casa o familia, que son también cooperativistas.

Sin embargo se han sucedido promesas continuadas de su revitalización, partiendo del apoyo al Banco Cooperativo a fin de fortalecer a la vez el Movimiento Cooperativo, las empresas cooperativas, el cooperativismo juvenil y la revitalización del Instituto de Cooperativismo.

Al 15 de mayo de 1986, la situación global de las cooperativas según datos de la División de Análisis Pronomios, en el Estado Libre Asociado de Puerto Rico eran de 386 cooperativas y 562.436 socios, siendo, por sectores, las más numerosas las de Ahorro y Crédito con 284 cooperativas y 499.421 socios, seguidas de las de transformación con 33 cooperativas y 348 socios y vivienda con 21 cooperativas y 125 socios.

Si nos referimos a las cooperativas en el *Mar Caribe*, que sirve de lazo común al centenar de islas que configuran el área (16), a 1989 existían de conjunto 1.200 cooperativas y 1.169 o 214 socios y en el siguiente detalle por islas:

- Antigua y Barbuda: 12 cooperativas y 1.308 socios.
- Bahamas: 25 cooperativas y 5.984 socios.
- Barbados: 84 cooperativas.
- Dominica: 59 cooperativas y 36.036 socios.
- Grenada: 36 cooperativas y 6.046 socios.
- Haití.
- Jamaica: 259 cooperativas y 271.719 socios.
- República Dominicana: 206 cooperativas y 128.060 socios.
- St. Vicenty Las Gran : 6.685 socios.
- Surinam.
- Trinidad Tobago. 21 cooperativas.
- Puerto Rico: 362 cooperativas y 713.433 socios.

(16) Del informe de la Liga de Cooperativistas de Puerto Rico de 17 de septiembre de 1990.

Las islas del mar Caribe se extienden en un extenso arco de unos 4.700 kilómetros desde las costas de Sudamérica, cerca de Venezuela, hasta las costas de Norteamérica, cerca de los Estados Unidos, y en la entrada del Golfo de México. A pesar de esta extensión, la superficie total de sus tierras alcanza sólo 225.000 kilómetros cuadrados. Esta superficie se distribuye de manera muy particular, ya que cuatro grandes islas (Cuba, Jamaica, Puerto Rico y La Española, que comprende la República Dominicana y Haití) cubren casi el 90 por 100 de esa extensión. De ahí que se le conozca como las Antillas Mayores. El restante, las Antillas Menores, la comprenden una gran cantidad de pequeñas islas, entre las que se encuentran Martinica, Guadalupe, Barbados, Trinidad, Tobago, Granada y otras.

Las islas reflejan realmente la existencia de una cordillera de montañas sumergida que une a cada una de las unidades.

Fuera de ese cordón que les brinda uniformidad, las mismas revelan una extraordinaria diversidad en los órdenes racial, cultural, económico-social y político, que se explica en gran parte por diferencias históricas que tienen sus raíces en Europa.

C) LEGISLACIÓN VIGENTE

2. *Guatemala*

Rige la Ley General de Cooperativas de 7 de diciembre de 1978 (Decreto 82/78).

Define las cooperativas como “asociaciones titulares de una empresa al servicio de sus asociados”, con “personalidad jurídica propia”, al “estar inscritas en el Registro de Cooperativas” (art. 2); se afirma en los *principios* clásicos con expresa declaración de “no perseguir fines de lucro sino al servicio de los asociados” (art. 4); no se ocupa de las operaciones con terceros; clasifica las cooperativas en especializadas e integrales o de servicios varios, según el objeto social de las mismas en únicas o múltiples (art. 5); se autorizan por escritura pública o por acta del alcalde (art. 19); se requieren veinte socios como mínimo para su constitución (art. 3); el capital es “variable” y “formado por las aportaciones nominativas de igual valor” y “con interés limitado al capital”, siendo las aportaciones “transferibles sólo entre los asociados” (art. 4); la pérdida de la condición de socio “da derecho al reembolso de participaciones” (art. 9); la responsabilidad de la cooperativa es limitada en el sentido de que de sus deudas sólo responde de su patrimonio (art. 7); la distribución de excedentes es en proporción a la participación de cada asociado en las actividades de la cooperativa “debiendo destinarse a reservas el mínimo del 5 por 100 de los excedentes” (art. 19): son órganos de Gobierno la Asamblea General, el Consejo de Administración y la Comisión de Vigilancia, pudiendo “tener otros modos de gestión y control” (art. 12); la integración cooperativa se ejerce con las *Federaciones* que son “cooperativas de segundo grado” formadas por cooperativas de base que se dirigen a actividades semejantes, no pudiendo haber “mas de una federación de la misma naturaleza” (art. 15) con “la confederación” que es una cooperativa de tercer grado, integrada por federaciones y que ostenta la representación del movimiento cooperativo nacional (art. 17); la disolución tiene lugar por las causas que se expresa en el artículo 13, dando lugar a una “comisión liquidadora” hasta su extinción; y sin que la autoridad de administrativa tenga facultad alguna para resolver la cooperativa a impedir su actividad (art. 14).

Las cooperativas vienen sujetas a la “fiscalización del Estado” (art. 26). El Instituto (INACOOP) tiene funciones de fomento, asistencia, técnica y supervisión (arts. 31-32).

3. *Honduras*

Rige la Ley de Cooperativas de 30 de abril de 1984 (Decreto 65/1987).

El contenido de esta Ley de corte Rochdaliana, tiene algunos matices diferentes a las anteriores, con una definición más expresiva en orden a la “ayuda mutua” y a fin de prestar a sí misma y a la comunidad, bienes y servicios para satisfacción de necesidades colectivas e individuales” (art. 6.º).

En lo demás, hace constar su funcionamiento “con un número ilimitado de cooperativistas” (art. 7); habla expresamente de los “actos cooperativos” para decir que “se regirán por las disposiciones contenidas en esta Ley” y los define como “aquellos en que intervengan por sí, una o más cooperativas, toda vez que no signifiquen actos de comercio y civiles expresamente definidos en códigos especiales” (art. 4).

La Ley es sumamente expresiva en la determinación jerárquica de las fuentes que rigen cada cooeprativa, matizando que en “los casos no previstos en esta Ley, en su Reglamento o en los estatutos de la correspondiente cooperativa, se resolvieran de acuerdo con los principios cooperativistas derivados de la misma Ley; en su defecto de acuerdo con los principios del Derecho cooperativo que generalmente admitidos; y finalmente por las regulaciones del Código de Comercio en primer lugar y del Código Civil en segundo, que por naturaleza y similitud pueden ser aplicadas a las cooperativas” (art. 126).

Clasifica las cooperativas en “de producción, de servicio, de consumo o mixtas” (art. 47).

Se constituye la cooperativa en documento privado “legalmente autenticado” (art. 9), adquiriendo personalidad jurídica, tras la aprobación administrativa (art. 96), “desde la inscripción en el Reglamento Nacional de Cooperativas” (art. 11).

El número mínimo de socios para constituir la cooperativa es el de 20, pudiendo ser las personas naturales mayores de 16 años y las personas jurídicas que no persigan finalidades de lucro (arts. 10 y 72).

Respecto al capital social, se pueden aportar además de bienes y derechos”, trabajo, industria, capacidad profesional o fuerza productiva”, debiendo exhibirse al momento de constituir la cooperativa”, excepto en las cooperativas agropecuarias de campesinos a las que sólo se exige el desembolso del 25 por 100 en el momento del acta de constitución (art. 22).

Como novedad establece la de “pagar un interés sobre el valor de las aportaciones pagadas” que “se fijará anualmente por la Junta Directiva” (arts. 7 y 42). Salvo autorización expresa, no cabe la transmisión de las aportaciones sociales. Los reintegros sociales en caso de baja, conforme a

los estatutos. La responsabilidad de los socios por las deudas sociales es limitada (art. 13) y responden de las obligaciones contraídas por la cooperativa antes de su ingreso a la misma (art. 79).

Los retornos de excedentes se hacen en relación a la participación cooperativa, previa deducción de reservas y fondos sociales obligatorios (art. 43) y los excedentes derivados de operaciones con terceros se destinarán preferentemente a programas de desarrollo cooperativa (art. 45).

Respecto a los órganos de Gobierno e integración cooperativista la normativa es semejante a los anteriores (art. 88).

La disolución puede ser “voluntaria o coactiva” acordada por la Asamblea o por las autoridades (art. 67) y se liquida y extingue de modo semejante a las anteriores (art. 69).

El Instituto Hondureño de Cooperativas (IDECOOP) (art. 93) es el Organismo Rector del Movimiento Cooperativista; ejerce la política del Estado en materia cooperativa (art. 96).

4. *El Salvador*

Rige la Ley General de Asociaciones y Cooperativas de 25 de noviembre de 1969.

Define las cooperativas “como personas jurídicas de derecho privado e interés particular” en su artículo 1; su carácter cooperativo está en su “organización y funcionamiento” de acuerdo con la Ley y el Reglamento de las mismas conforme a los principios que enuncia el artículo 3 de la primera; permite su actuación con terceros salvo en las de ahorros que tienen carácter rigurosamente mutualista (art. 10); respecto de las fuentes que las rigen, en defecto de la Ley se aplica de supletorio, el Código de Comercio y el Civil, en las disposiciones que “fueron compatibles con la naturaleza y material de que se trata” (art. 73); clasifica las cooperativas en razón a sus finalidades como de producción, servicios, ahorro y crédito y seguros (art. 10); la constitución requiere Asamblea General de los interesados solicitando autorización administrativa y el acta que contendrá los estatutos se inscribe en el órgano administrativo para obtener la personalidad jurídica (art. 14); para su constitución se requieren como mínimo 10 socios mayores de dieciocho años (art. 17); el capital social es variable e ilimitado, en dinero, o bienes derechos, representado en certificados nominativos, indivisibles de igual valor, debiendo suscribirse en la Asamblea constitutiva, desembolsando al menos el 20 por 100 cada asociado (arts. 4 y 32); el capital puede producir intereses hasta el 6 por 100 anual, siempre que lo disponga la Asamblea (art. 39); los certificados de las partes sociales sólo pueden transmitirse previa autorización del Consejo de

Administración (art. 28.b); el reintegro de las partes sociales puede hacerse en la forma que determinan los estatutos y cabe diferirlo (art. 22); la responsabilidad de los socios por las deudas sociales es limitada a sus aportaciones (art. 6); los intereses o excedentes sociales se reparten en proporción a la participación de los socios y de acuerdo con lo que disponga la Asamblea (arts. 42 y 49); son órganos de la cooperativa, la Asamblea General, el Consejo de Administración, la Junta de Vigilancia, la Gerencia y los diversos Comités, siendo preceptivo el de Educación (arts. 24-30); la integración cooperativa se hace efectiva con las federaciones de dos o más cooperadoras del mismo tipo y la Confederación Nacional de Cooperativas (arts. 59 y 60); se extingue la cooperativa por las causas de disolución que establece la Ley (art. 53 y 54) constituyéndose una comisión reguladora, entregándose el saldo final a la Confederación Salvadoreña de Cooperativas o a la autoridad administrativa para destinarlo a fines educacionales (art. 58); el Instituto Salvadoreño de Fomento Cooperativo es el órgano por el que la Administración interviene asesorando y asistiendo a las cooperativas (art. 13 y 63-66).

5. *Nicaragua*

Rige la Ley General de Cooperativas de 7 de julio de 1971, declarada subsistente por la Ley de Cooperativas agropecuarias de 17 de septiembre de 1981.

La Ley General condiciona la definición y el carácter de cooperativa a que ésta reúna las condiciones-*principios* que enuncia en el artículo 2 de la misma, entre los que cita expresamente “no perseguir como fin principal el lucro” (art. 2); es rigurosamente mutualista, pues circunscribe su actuación al ámbito de los asociados (art. 8); en defecto del precepto aplicable de la Ley señala como fuente, el espíritu de la misma, los principios cooperativos y finalmente el derecho común (art. 78); respecto a las clases de cooperativas sigue el sistema de *numerus clausus* (art. 7); la personalidad jurídica la adquieren las cooperativas con la inscripción de éstas en el Registro Nacional de Cooperativas previa acta de la Asamblea Constituyente cuyas firmas estén autenticadas por Notario o autoridad judicial (art. 25), y para su constitución se requieren como mínimo 10 socios que pueden ser personas jurídicas que no persigan ánimo de lucro [art. 2.d)]; el capital social puede ser en dinero, bienes o servicios de acuerdo con los estatutos, suscrito todo en la Asamblea Constituyente, acreditado en certificados nominativos e indivisibles, sin que ningún socio pueda poseer más del 10 por 100 del capital social (art. 50); el capital desembolsado produce el interés limitado que se fije reglamentariamente con cargo a los

remanentes obtenidos por la cooperativa (arts. 2-49) y las aportaciones sociales son sólo transferibles con autorización de la cooperativa conforme a lo que establezca el estatuto y el Reglamento (art. 48); permite “el retiro voluntario del cooperador”, pero la devolución de su haber puede diferirse (art. 34); la responsabilidad de los socios es “siempre limitada” (art. 4); los excedente se reparten en proporción a las operaciones o participación del socio, de acuerdo con lo que disponga la Asamblea [arts. 2.A) y 52]; son órganos de la cooperativa, la Asamblea General, el Consejo de Administración, la Gerencia y la Junta de Vigilancia, y los que establezcan los estatutos, siendo obligatorio el Comité de Educación (art. 42); las cooperativas pueden integrarse, tres o más, en una Unión Regional y éstas del mismo tipo, en Federaciones nacionales, con carácter representativo, pues si su finalidad es económica forman Centrales cooperativas (art. 70); se disuelven las cooperativas por las causas previstas en el artículo 63, cumplidas las cuales, la autoridad administrativa procede a la disolución, nombrándose a tal fin una Comisión Liquidadora (art. 65); la Administración Pública interviene en las cooperativas a través del Departamento de Promoción del Cooperativismo, adscrito al Ministerio de Trabajo, al fin principal de promover y dirigir la organización (art. 19).

6. *Costa Rica*

Rige la Ley 4/179, de 22 de agosto de 1968, de Asociaciones Cooperativas y Creación del Instituto Nacional de Fomento Cooperativo.

Esta Ley, de modo semejante a nuestra Ley General de Cooperativas, define éstas y enuncia parte de los principios cooperativos, pero, al contrario de la nuestra, dice expresamente que su finalidad es “el servicio y *no el lucro*” (art. 2) y enuncia los *principios* y normas a que habrán de ajustarse (art. 3).

No trata del acto cooperativo y admite la actuación con personas no asociadas previa aprobación de la Administración (art. 11).

Respecto a fuentes, declara expresamente la aplicación de los principios de la Ley y del Derecho cooperativo en defecto de norma legal y supletoriamente remite el Código de Trabajo, al Código de Comercio y al Civil “siempre que no contravengan los principios, la doctrina y la filosofía cooperativa” (art. 131).

Respecto a la clasificación de la cooperativa, lo hace en armonía con el objeto social y actividades de las mismas, en *numerus apertus*, con la novedad de clasificar las de producción y de bienes y servicios en cooperativas de “gestión o de autogestión”.

Para la constitución se exige el Acta constitutiva, “autenticada”, en unión de un estudio de viabilidad y autorización subsiguiente del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social a quien corresponde “el registro, la inscripción y la personalidad jurídica” [art. 32.b)].

En cuanto al número de socios para la Constitución la Ley exige el mínimo de 20 asociados, mayores de quince años, excepto los de autogestión que pueden estar constituidas por 12 asociados (arts. 31 y 57). Se admiten a las personas jurídicas sin fines de lucro. Son cooperativas juveniles, las constituidas por estudiantes, niños, adolescentes y jóvenes para proporcionarles formación cooperativa y atender otras necesidades y se les considera con capacidad legal para actos dentro de la asociación (art. 25).

El capital social es “variable e ilimitado”, compuesto por aportaciones, en dinero, efectivo, bienes, derechos, trabajo, capacidad productora incluso de familiares, representado en certificados de igual valor nominal e indivisibles (art. 67 y 68). Debe estar suscrito en su totalidad y desembolsado al menos en el 25 por 10 (art. 31); el capital pueden producir interés sin que exceda del establecido en el Banco Central de Costa Rica para los bonos bancarios, con cargo a los excedentes del ejercicio (art. 74), siendo transcribibles a través del Consejo de Administración (art. 68); el retiro voluntario, o baja, del cooperador es un derecho, pero puede diferirse la devolución de sus haberes (art. 34); la responsabilidad de los socios es limitada (art. 9); el excedente detraídos los gastos la reserva legal del 10 por 100 los Fondos sociales de educación 5 por 100, de bienestar social 6 por 100, del Consejo Nacional de Cooperativas 2 por 100 y del Consejo de Estudios y Capacitación cooperativa 2,5 por 100 se retorna a los socios (art. 79); son órganos de Gobierno, además de los clásicos, el Gerente, el Subgerente y Gerentes de división, el Comité de Educación y Bienestar Social, los Comités y Comisiones nombrados por la Asamblea y también una Junta Arbitral de Conciliación (art. 63); el artículo 94 prevee la doble integración y representación empresarial de las cooperativas (art. 94) y todo el movimiento cooperativo confluye en el Consejo Nacional de Cooperativas (CONACOO) (art. 136); las causas de disolución que llevan a la liquidación y extinción se determinan en el artículo 85 y el sobrante se destina a engrosar un fondo específico de educación cooperativa (art. 89); las funciones de la Administración en relación con el cooperativismo se canalizan a través del Instituto Nacional de Fomento Cooperativo (IN-FOCOOP).

7. Panamá

Rige la Ley 38 de Asociaciones Cooperativas, de 20 de octubre de 1980.

Esta Ley en su artículo 1, como es común en casi todas las Leyes de Cooperativas, define estas enunciando los principios o notas que la caracterizan, pero matizando que están “formadas por personas naturales que, sin perseguir fines de lucro”, tiene por objeto planificar y realizar actividades de trabajo o de servicio”; además el artículo 2 enuncia detalladamente los “*principios*” a que han de ajustarse las cooperativas; respecto a las fuentes que las rigen señala expresamente la doctrina y principios cooperativos en defecto de norma legal y el derecho común después y en cuanto pueda aplicarse a la cooperativa por su naturaleza y similitud (art. 95); la clasificación que hace de las cooperativas en razón a las finalidades que realizan es doble: especializadas y de servicios múltiples o integrales (art. 11); se constituyen en una Asamblea General (art. 13) y se legalizan por “instrumento privado en papel simple” (art. 14) ante el Organismo administrativo a quien compete conceder la personalidad jurídica; el número mismo mínimo de socios para ser constituida es el de 20 (art. 19); el capital se constituye mediante aportaciones en dinero, servicios y bienes, constituido en “certificados de aportación” (art. 48) que sean “nominativos indivisibles e intransferibles”, no teniendo nunca “carácter de títulos o valores”, permitiéndose un interés limitado al capital “en caso de ser autorizado por el estatuto o Reglamento” [art. 2.C)]; los estatutos deben regular los reintegros a los socios (art. 18); la responsabilidad de los socios es “limitada o suplementada” (art. 7); los excedentes, retornos y fondos sociales, tienen un régimen semejante a la anterior (arts. 8, 54 y 57); de semejante modo lo relativo a órganos sociales (arts. 26-47); la integración de las cooperativas de primer grado se realiza en Federaciones Nacionales y éstas a su vez en la Confederación (art. 63); las Federaciones están constituidas por entidades de la misma clase y tienen objetivos económicos y de representación, correspondiendo la representación del cooperativismo nacional a la Confederación Nacional de Cooperativas configurada como cooperativa de tercer grado; se disuelven las cooperativas por las causas tasadas del artículo 70, pudiendo la autoridad administrativa promover la disolución de oficio o a solicitud de la federación respectiva (art. 75); las funciones de intervención administrativa y la legalización de las cooperativas corresponden al IPACOOOP (art. 75).

8. *Cuba*

Rige la Ley 36 de Cooperativas Agropecuarias de 22 de julio de 1982.

Esta Ley se aparta de la naturaleza y caracteres de las cooperativas rochdalianas y de la ACI, esto es del movimiento universal cooperativo, pues tiende al colectivismo y al estatismo; el artículo 4 da una definición en este sentido; no recoge los clásicos principios cooperativos, si bien habla de que la administración ha de regirse por el "principio de democracia interna" (art. 53); se refiere la Ley a las cooperativas agrarias, si bien el artículo 2.º da cabida a las de "crédito y servicios" y el artículo 69 a "cualesquiera otras de los campesinos"; respecto a su constitución y personalidad, basta para ello el acta y la inscripción en el registro, previa autorización administrativa, no exigiendo número mínimo de socios y éstos han de tener dieciséis años; respecto al capital se integra con las aportaciones de las propiedades de los agricultores que se hacen colectivas; no hay transmisibilidad de las aportaciones hechas a la cooperativa, salvo por razones de utilidad pública e interés social (art. 26); el socio no se reintegra de sus tierras por baja; los socios reciben por su trabajo prestaciones sociales; son órganos de Gobierno, la Asamblea General, la Junta Directiva (arts. 53 y 61) y una Comisión de control; el proceso de disolución de la cooperativa, sólo puede iniciarse por acuerdo de la Asamblea General de Miembros (art. 66); la Asociación Nacional de Agricultores Pequeños, es la encargada de "vigilar" la cooperativa.

9. *República Dominicana*

Rige la Ley 127 de Asociaciones Cooperativas de 27 de enero de 1964.

Esta Ley define las cooperativas de modo retroactivo y descriptivo diciendo que "sólo serán sociedades cooperativas", "las sociedades de personas naturales y jurídicas sin fines de lucro que reúnan" las condiciones que enuncia, que son los principios o "bases universales del cooperativismo conocidos como PRINCIPIOS ROCHDALES" (arts. 1 y 2); el artículo 49 clasifica las cooperativas según las actividades de su objeto social; adquiere personalidad y puede operar desde que la Asamblea aprueba sus estatutos y la Administración dicte resolución expresa al efecto (arts. 7 y 9); el mínimo de socios para su constitución es de 15 y pueden serlo personas jurídicas que no persigan fines de lucro y "cuyos propósitos mantengan afinidad con el Movimiento Cooperativo (art. 11); el capital social puede ser en aportaciones de bienes, por certificados que sean nominativos, indivisibles, y de igual valor (arts. 37 y 38), que pueden producir interés sin que excedan del 5 por 100 anual, pagadero de los excedentes

(art. 39); los certificados de las aportaciones son transmisibles, conforme a las normas establecidas en los estatutos (art. 8); el reintegro y pago en caso de baja conforme establezcan los estatutos; la responsabilidad de los socios es limitada y reglada por los estatutos (art. 44); los excedentes se distribuyen a prorrata del monto de las operaciones con la cooperativa, nunca antes de los primeros cinco años en que se destinarán a aumentar el capital, debiendo de constituir además los fondos de Reserva General y de Educación y cualquier otro que se hubiera establecido (arts. 1-9); son órganos de gobierno los comunes; se pueden agrupar en Federaciones, tanto para fines económicos como representativos (art. 54), integradas éstas a la vez en la Confederación Nacional de Cooperativas (arts. 54 y 11); las causas de disolución son tasadas en el artículo 47 y en la liquidación el Fondo de Reserva, donativos y cualquier remanente se entregará a la Federación de Cooperativas para dedicarlos exclusivamente a fines de educación cooperativa” (arts. 47 y 48).

10. *Puerto Rico*

Rige la Ley General de Cooperativas de 9 de abril de 1946.

El 15 de enero de 1990, se aprobó la Ley 6, a fin de adaptar una nueva Ley para regir la incorporación, organización, funcionamiento, administración y fiscalización de las Sociedades Cooperativas de Ahorros y Crédito; fijar penalidades y derogar la Ley 1, de 15 de junio de 1973, enmendada, conocida como Ley de Sociedades Cooperativas de Ahorro y Crédito” (17).

En la Exposición de Motivos de esta Ley se dice que el Estado Libre Asociado de Puerto Rico ha fomentado la actividad cooperativa como un sistema económico que enaltece la iniciativa privada, a la vez que contribuye a edificar una sociedad más justa y equilibrada y a mejorar el balance empresarial del país”.

“La Ley tiene por objetivo actualizar la legislación de las cooperativas

(17) Con la misma fecha se aprobó la Ley 5 para crear la Corporación de Seguro y Acciones y Depósitos de Cooperativas de Ahorro y Crédito; definir sus fines y propósitos; disponer su organización, estructura de capital y las normas de elegibilidad para que las cooperativas de ahorro y crédito puedan acogerse al seguro de acciones y depósitos, autorizarla a reglamentar las operaciones de tales cooperativas para salvaguardar su solvencia económica y facultar para imponer penalidades por violaciones a esta Ley; derogar la Ley 99, de 4 de junio de 1980, conocida como Ley de Fondo de Seguros y Acciones y Depósito de Cooperativas de Ahorro y Crédito, y transferir a la Corporación los recursos, propiedad y personal del programa de seguro de acciones y depósitos creado por dicha Ley.

de ahorro y crédito de manera que puedan constituirse en centro de financiamiento para la familia y servir en forma más efectiva a la sociedad.”

“Con esta Ley se reafirma la política de respaldo, apoyo y promoción a la filosofía cooperativa y su aspiración de que la actividad cooperativa constituye uno de los poderes principales de nuestra economía.”

En el artículo 11.3, reconoce vigente la Ley General de Cooperativas de Puerto Rico 291, de 9 de abril de 1946, como supletoria de la misma.

El contenido de esta Ley General, en síntesis es como sigue:

Define las cooperativas en el artículo 2.1 como sociedades sin fines lucrativos que reúnen los requisitos que cita equivalentes a los principios y determinando además que el mínimo de socios será de 11; permite operaciones con terceros, no hace clasificación de las cooperativas pero admite legislaciones especiales de éstas como la citada de Ahorro y Crédito; nace mediante acta de promotores solemnizada ante “funcionario autorizado”, autorización administrativa y registro (art. 5); el capital no se representa en “certificado de socio” hasta que no se haya “pagado en su totalidad” (art. 11) y cabe autorizar interés al capital que no exceda de un 7 por 100 [art. 2.1.f)]; las participaciones son transmisibles, pero “con consentimiento de la Junta” (art. 11); el reintegro por baja, puede aplazarse hasta diez años; la responsabilidad de los socios es limitada [art. 10.f)]; los excedentes se distribuyen en proporción a la participación con las “retenciones previas del 5 por 100 y las demás establecidas (art. 11); son órganos la Asamblea, Junta de Directores y el Comité de Supervisión y Fiscalización (arts. 12-13); las cooperativas se pueden federar para “prestar servicios comunes a sus asociados” (art. 17); la disolución puede ser voluntaria, por mayoría cualificada, o coactiva por decisión administrativa en circunstancias previstas (art. 23); la intervención administrativa corresponde al Inspector de Cooperativas de Puerto Rico, subordinado del Gobernador del Estado Libre Asociado (arts. 5-10 y 31).

III. REGION ANDINA

Del mismo modo que hace la Comisión Andina de Juristas (18), incluimos en el estudio de las cooperativas de esta región, los seis países de Colombia, Venezuela, Ecuador, Perú, Bolivia y Chile.

(18) *Por el imperio del Derecho* (Boletín), Comisión Andina de Juristas, Lima (Perú).

A) ANTECEDENTES

Las primeras manifestaciones legislativas del área referidas a cooperativas las encontramos en Venezuela (1910), Colombia (1912), Perú (1915), Chile (1924), Ecuador (1915) y Bolivia (1941) (19).

En todos estos países el cooperativismo ha estado íntimamente relacionado con la cuestión agraria y las leyes de Reforma Agraria, que admitían las cooperativas como objetivo e instrumentos de y para las mismas.

En la década del sesenta, de Guatemala al Cabo de Hornos, todos los países, excepto Uruguay y Argentina, dictan sus flamantes leyes de reforma agraria, en medio de una gran esperanza de los sectores avanzados del Continente.

Simultáneamente comenzaron a realizarse con dicho fin estudios sobre los respectivos países, entre los que destacan los del Comité Interamericano de Desarrollo Agrario (CIDA), formado por la FAO, la OEA, la CEPAL, el BID y el IICA, para llegar a la conclusión de que la reforma agraria no era sólo necesaria para el aumento del nivel de vida de los campesinos sino condición *sine qua non* para el desarrollo económico de América Latina. Partiendo de las adjudicaciones de la propiedad a los beneficiarios de la misma, libres para explotar las nuevas fincas, bien de modo individual, bien de modo cooperativo asociativo empresarial.

La orientación de las leyes de reforma agraria iberoamericanas de los años sesenta está claramente dirigida a la propiedad privada individual; las adjudicaciones de las tierras expropiadas se hace, como regla general, en unidades familiares. En este sentido, la venezolana —art. 61—, pionera de entre todas y de la que fue artífice y prohombre VÍCTOR GIMÉNEZ LANDÍNEZ; la colombiana —art. 80—, en relación con el 50 y 51; la peruana de 1954 —art. 92—; la ecuatoriana —art. 48— y la chilena del 62. Pero a la vez todas estas leyes, dirigidas a la difusión de la pequeña propiedad, a la protección de la ya existente, así como al mantenimiento de las propiedades medias, se refiere también a la cooperación, a las cooperativas, como uno de los medios para consolidar la situación de las nuevas unidades individuales formadas. Con ello se espera crear vínculos de solidaridad y potenciar las posibilidades económicas de las pequeñas empresas que aisladamente no pueden racionalizar la producción frente al mercado ni conseguir el equipo necesario. En este sentido, la reforma agraria de Venezuela, Colombia, Ecuador y la del Perú de 1964, ponen su fe en la cooperación como uno de los medios adecuados para conseguir los fines de la reforma.

(19) R. *cronología cooperativa. Informes cooperativos de OIT*, Complemento núm. 2, Ginebra, 1973, págs. 58-87.

Las leyes citadas, no obstante, no regulan las cooperativas sino que respetan y protegen la específica legislación cooperativa, que luego veremos, aunque en algunas de las leyes de reforma se hacen varias alusiones genéricas y de principios y hasta le dedican un breve título como la venezolana y la peruana de 1964.

Entre estas disposiciones y con carácter general de antecedente a lo actual, cabe reseñar las siguientes:

1. El Estado fomentará las cooperativas (arts. 137 de la Ley venezolana, 55 de la ecuatoriana, 100 de la colombiana y 181 de la Ley peruana de 1964).

2. Se prestará a las cooperativas ayuda técnica (arts. 55 de la Ley del Ecuador y 100 de la colombiana).

3. Se fomentará los estudios cooperativos y los cursos de adiestramiento (arts. 138 de la Ley colombiana y 182 de la peruana de 1964).

4. Las leyes de Venezuela y Perú de 1964 (arts. 138 y 183, respectivamente establecen que propiciarán la creación de Bancos Cooperativos).

En estas disposiciones cabe observar que no se impone la obligación a los adjudicatarios de pertenecer a una cooperativa, no se las regula especialmente, y aunque se cite entre sus posibles fines el de producción, no se regula éste último tipo, que sería la expresión del colectivismo en la explotación. Pero se las considera como eficaces instrumentos para la consecución del crecimiento económico y del desarrollo de los mismos.

En la Ley de Reforma Agraria de Chile de 1967, cabría señalar tres tipos de cooperativas de reforma agraria:

- La de asignatarios, a las que deberían pertenecer los asignatarios de dominio individual.
- La asignataria de tierras, que era aquella cooperativa de reforma agraria a la que se le asignaba tierras de propiedad.
- La mixta, que era aquella cooperativa de reforma agraria a la que se asignaban tierras en propiedad y cuyos socios eran además, asignatarios en dominio individual.

De otra parte, la Ley de Reforma Agraria del Perú de 1969 reguló tres tipos de cooperativas agrarias de primer grado:

1) Las cooperativas agrarias de producción para constituir unidades indivisibles de explotación en común, en las que la tierra, ganado, instalaciones, cultivos, equipos y plantas de beneficio son de su propiedad, sin individualizar los derechos de sus socios. Pero proporcionando los servicios a sus socios y familiares.

2) Cooperativas agrarias de integración parcelaria, que se constituyen para formar unidades agrícolas de superficie adecuada que permita realizar explotaciones y servicios en común, capaces de incrementar la producción y la productividad y las condiciones sociales económicas y culturales de sus socios.

3) Cooperativas agrarias de servicios, con el objeto de brindar a sus socios servicios relacionados con la explotación agraria y las necesidades de desarrollo rural.

En su evolución, el cooperativismo agrario en esta área geográfica, se ha venido purificando de la influencia colectivista y estatilizadora que a veces ha venido sufriendo, para centrarse en las características y principios propiamente rochdlianos y de la ACI, sobre los que sin duda se asienta la acción empresarial libre que ha de procurar el crecimiento económico y el pleno desarrollo de estos pueblos.

Es de hacer notar aquí además, el reconocimiento y fundamento constitucional de las cooperativas, en casi todos estos países: Colombia, artículo 38 de 1886; Venezuela, artículo 71 de 1947 y 72 de 1961; Ecuador, artículo 46 de 1977; Perú, artículo 18 de 1979; y Bolivia, artículo 160, 167 y 168 de 1967 (20).

B) REALIDAD SOCIOLÓGICA

La Comunidad de los Pueblos Andinos, en su unidad, es una realidad indiscutible, siquiera y felizmente no uniforme, derivada de la naturaleza de las cosas y no obstante los avatares de la Historia.

La cooperación, en el sentido del cooperativismo como nuevo sistema económico social, no obstante los profundos valores comunitarios que rastrean es incipiente todavía en estos pueblos como hemos apuntado y cual se refleja de los siguientes datos (21).

En *Colombia*, a 1984 el número de cooperativas era de 2.784 con 1.157.817 socios; siendo las más numerosas las de ahorro y crédito con 1.001 cooperativas y 721.651 socios; las de consumo con 236 cooperativas y 132.733 socios; y las de educación con 352 cooperativas y 205.867 socios.

En *Venezuela*, a 1984 había 466 cooperativas con 141.025 socios, de las que 145 eran de transporte con 6.846 socios, 116 de servicios con 78.920 socios y 79 de ahorro y crédito con 34.946 socios.

En *El Ecuador*, a 1982 habían 4.378 cooperativas con 760.00 socios; de

(20) CARLOS TORRES y TORRES LARA, *La legislación cooperativa en el mundo*, Asesorandiana, S.R., 1986, Lima, págs. 24 y ss.

(21) J. M.^a MONTOLIO, *ob. cit.*, págs. 82 y ss.

las que 871 eran de transporte con 23.000 socios, 650 de ahorro y crédito con 510.000 socios y 620 de viviendas con 76.000 socios.

En *El Perú*, a 1981, el número de cooperativas era de 1988, de ellas 751 agrarias, 415 de ahorro y crédito, 25 comunales, 78 de consumo, 20 de educación, 6 escolares, 80 de producción y trabajo, 254 de servicios, 72 de transportes y 287 de viviendas.

En *Bolivia*, a 1983 el número de cooperativas era de 2.218 y 216.379 socios, siendo las más numerosas de las de producción agropecuaria con 758 cooperativas y 31.238 socios, las de ahorro y crédito con 319 cooperativas y 24.026 socios, las de minería con 228 cooperativas y 12.666 socios, la de consumo con 136 cooperativas y 15.897 socios y las de viviendas con 128 cooperativas y 14.589 socios.

Y en *Chile*, a 1982 habían 4.378 cooperativas con 760.000 socios, siendo las más numerosas las agrarias con 1.384 cooperativas y 48.000 socios, las de transporte con 871 cooperativas y 23.000 socios y las de ahorro y crédito con 650 cooperativas y 510.000 socios.

Es de hacer notar que estos datos estadísticos si bien son un indicador numérico no reflejan en absoluto la realidad cooperativa, ni mucho menos el espíritu cooperativo extraordinario que se vive de modo muy universal en estos pueblos, como de ello quiero dar testimonio fehaciente y personal por mis continuados viajes y convivencias en reuniones, entrevistas, conferencias, lecciones y jornadas y cursos que desde tantos años venimos realizado recíprocamente por allí y por aquí (22).

C) LEGISLACIÓN VIGENTE

11. *Colombia*

Rige la Ley 79/1988, del 3 de diciembre, por la cual se actualiza la legislación cooperativa. Entra en vigor el día de su publicación (art. último, 161), y deroga en especial el Decreto Legislativo 1598 de 1963 y sus normas reglamentarias, que constituyen la normativa cooperativa inmediatamente precedente (art. 160).

Define la cooperativa "como empresa asociativa sin ánimo de lucro" "para satisfacer las necesidades de sus asociados y de la comunidad en general" (art. 4).

En los artículos 5 y 6 señala las características que deben reunir y lo

(22) Nos remitimos a las memorias de los cursos y del Centro Permanente de Investigación Cooperativa de la Universidad Politécnica de Madrid en la Escuela TS de Ingenieros Agrónomos

que no “será permitido” “a ninguna cooperativa”. Son realmente los clásicos principios en su mayor rigor y pureza.

Precisa el concepto de acto cooperativo o actividad cooperativizada como “los realizados entre sí por las cooperativas o entre éstas y sus propios asociados, en el desarrollo de su objeto social” (art. 9). Es muy significativa y precisa en cuanto a las fuentes que han de regir las cooperativas, siguiendo una elocuente constante que se manifiesta en casi toda la legislación cooperativa iberoamericana expresiva del nacimiento del nuevo Derecho cooperativo, al decir en su artículo 140 que en defecto de norma cooperativa expresa en la Ley, el reglamento y los estatutos, los casos no previstos, “se resolverán de acuerdo con leyes similares de la Nación y con principios generales del Derecho cooperativo universal”.

Respecto a las clases de cooperativas, lo hace en función del grado y de la actividad, y señala las “cooperativas especializadas” “multiactivas” y conexas (arts. 62-67); nace la cooperativa en virtud del acuerdo de la Asamblea, en documentos privados, con reconocimiento expreso de la personalidad jurídica por la Administración Cooperativa que ordena su inscripción en el registro de cooperativas (arts. 13-17); el mínimo de socios para la constitución es el de 20, aún menores de edad que sean mayores de catorce años y éstos con representante legal, las personas jurídicas públicas y las de derecho privado sin ánimo de lucro; el capital social mínimo puede ser en “dinero, en especie o trabajo” acreditado en “Certificaciones” que no tendrán el carácter de títulos valores con aportaciones iniciales suscritas al menos en el 25 por 100 al momento de la constitución y determinando en los estatutos la forma “de pago y devolución” (arts. 19 y 20) y siendo sólo transmisibles a otros asociados en los casos y forma que prevean los estatutos y reglamento” (art. 49); la responsabilidad es limitada (art. 9); los excedentes se aplican en primer lugar a las reservas mínimas de los aportes sociales el 20 por 100, fondo de devolución el 20 por 100 y fondo de solidaridad el 10 y el resto a lo que acuerde la Asamblea e incluso a reservas voluntarias (arts. 31-35); los resultados de las operaciones con terceros se destinan a “un fondo social no susceptible de repartición” (art. 10); son órganos los clásicos, mas el de Revisor Fiscal, con su respectivo suplente, quienes deberán ser Contadores Públicos matriculados; la integración con fines económicos se hace en cooperativas de segundo grado de carácter nacional o regional; si las de segundo grado se agrupan surgen las de tercer grado con carácter asociativo representativo para “unificar la acción de defensa y representación del movimiento nacional o internacional” (art. 92-93); disuelta la cooperativa por las causas del artículo 107, los resultados económicos fiscales serán transferidos a falta de disposición estatutaria a “un fondo para la investigación cooperativa (art. 21); respecto

a la Intervención de la Administración, la investigación y vigilancia de las cooperativas se hace por el Departamento Administrativo Nacional de Cooperativas (DANCOOP).

12. *Venezuela*

Rige la Ley de 16 de marzo de 1975 cuyo último artículo (122) derogó la Ley de Sociedades Cooperativas de 17 de julio de 1942, y es la modificación parcial de la Ley 11-7-1966 en 25 artículos (23).

En el artículo 1 de la Ley define las cooperativas diciendo que son aquellas asociaciones que llenan las condiciones que enuncia las cuales son en verdad los principios: se rigen en defecto de su específica normativa, por los principios de Derecho común y en su defecto por los generales del Derecho (art. 4); distingue tres grados de cooperativas: de producción de bienes y servicios, de ~~ob~~servación de bienes y servicios y mixtas (art. 50); para su constitución y funcionamiento precisa acta constitutiva autenticada (art. 13), autorización administrativa (art. 14) e inscripción en el Reglamento de Cooperativas (art. 15); el número mínimo de socios es el de siete, pudiendo serlo los menores de dieciséis años con autorización del representante legal (art. 2), autoriza la organización de cooperativas entre quienes sean consumidores y productores primarios y entre personas jurídicas sin fines de lucro (art. 16); el capital social es variable, constituido por aportaciones de "diversos bienes, derechos o trabajo" representados en Certificados de Asociación, Aportación, Rotativos y de inversión (arts. 76-82); no producen interés, salvo previsiones estatutarias y en todo caso limitado; son intransferibles salvo los certificados de inversión (arts. 79-81); el reintegro de las aportaciones conforme a las normas estatutarias y en todo caso salvando la estabilidad empresarial (art. 12); la responsabilidad de los socios es limitada o suplementada (arts. 1-3 y 83); los excedentes que sólo se pueden pedir en el plazo de un año desde el curso de ejercicio, se distribuyen "proporcionalmente" a la participación cooperativa, salvando los fondos cooperativos de promoción y educación y reservas y del fondo social irreparable del 10 por 100 de los excedentes netos (arts. 12-87); los órganos son los clásicos (arts. 33-38-39-43-45-49); la integración, a parte las agrupaciones para fines educacionales y docentes (art. 56), se manifiesta en Federaciones (art. 60), Centrales (art. 62), Confederación (art. 61) y Central Cooperativa Nacional (art. 62); se disuelve por las causas del artículo 29 previa notificación a la Administración y

(23) A. GARCÍA MULLER, *Cooperativas: doctrina, legislación, jurisprudencia*, Imprenta Oficial del Estado, Trujillo, Venezuela, 1990.

lleva subsiguiente la liquidación judicial (art. 100) en la que se determinan la aplicación de los fondos y las reservas irrepartibles (art. 103); la intervención de la Administración se hace por la Superintendencia Nacional de Cooperativas (art. 69).

13. *Ecuador*

Rige la Ley de Cooperativas de 7 de septiembre de 1966.

Define las cooperativas en su artículo 1 como “sociedades de derecho privado que, sin perseguir finalidades de lucro, tienen por objeto realizar actividades de beneficio social o colectivo, a través de una empresa manejada en común y formada con la aportación económica intelectual y moral de sus miembros”; el artículo 2 hace referencia a los principios Universales del Cooperativismo” (art. 2); clasifica las cooperativas según su actividad para que pertenezcan “a uno sólo de los siguientes grupos: producción, consumo, crédito o servicios” (art. 63); adquieren personalidad jurídica a partir de la inscripción registral de los estatutos aprobados por la Asamblea General (arts. 7 y 8); el número mínimo de socios es el de 11 (art. 5); el capital social variable y limitado acreditado en “certificados nominativos, indivisibles y de igual valor” y transmisibles previa autorización del Consejo (art. 51); ha de estar desembolsado por los menos en el 50 por 100 del que haya suscrito (art. 59) y producía intereses no superiores al 6 por 100 que se pagarán con “los excedentes si los hubiere” (art. 55), el reintegro por baja se hace sin tomar en cuenta la causa de ingreso y los fondos de reserva, sociales e irrepartibles (art. 23); la responsabilidad es limitada (art. 9); los excedentes, hecho el balance, se distribuyen en proporción a la participación cooperativa de los socios (art. 61); son órganos los comunes, con posibilidad de comisiones especiales (arts. 30-48); la integración se hace en las Federaciones Nacionales como cooperativas de segundo grado que reúnen cooperativas de la misma “clase y línea” y la Confederación Nacional de Cooperativas es una “agrupación de tercer grado formada por todas las federaciones nacionales”, con funciones de “órgano máximo de movimiento cooperativo ecuatoriano” y al que han de afiliarse necesariamente todas las federaciones (arts. 71-76); las uniones de dos o más cooperativas tienen fines económicos (art. 79); se disuelven por las causas previstas en el artículo 98 con autorización administrativa que designa un “liquidador” (art. 99); el fomento y coordinación de las Cooperativas corresponde al Consejo de Cooperativas Nacional (art. 90).

14. *Perú*

El Decreto Legislativo 85 promulgó la Ley General de Cooperativas de 20 de mayo de 1981.

En el artículo 1, la Ley hace una declaración de principios en favor del *cooperativismo* como “sistema eficaz para contribuir al desarrollo económico, al fortalecimiento de la democracia y a la realización de la justicia social”. Y por esto lo declara “de necesidad y protección” del mismo, garantizando su “libre desarrollo” y “la autonomía de las Organizaciones Cooperativas”.

El artículo 5 declara los principios y normas básicas.

La Ley permite la vinculación e integración de las cooperativas a otras entidades, privadas o públicas, siempre que sean necesarias o convenientes a sus fines (art. 41); la normativa cooperativa se aplica preferentemente a las cooperativas, sobre cualquier otra, incluidos sus propios principios, y los principios generales del cooperativismo, expresión elocuente del reconocimiento especial del nuevo Derecho cooperativo (arts. 106 y 116); en el artículo 7 clasifica las cooperativas con gran minuciosidad, por la estructura social: de trabajadores y de usuarios, y por la actividad económica en las 19 clases que enuncia: agrarias, azucareras, cafeteras, de colonización, comunales, pesqueros, artesanales, industriales, mineras, de transporte, de ahorro y crédito, consumo, vivienda, de servicios educacionales, escolares, de servicios públicos, múltiples, de producciones especiales y de servicios especiales: su constitución requiere los estatutos aprobados en la Asamblea General fundacional cuyo acto se formalizara en escritura pública o documento privado con firmas certificadas por notario o juez de paz e inscripción del expediente en el Registro de Personas Jurídicas (arts. 4 y 11-12); respecto al número de socios la Ley se remite a los reglamentos de cada clase y respecto a la capacidad, el artículo 17, dice que pueden ser socios, las comunidades campesinas o nativas y las entidades públicas, personas jurídicas sin ánimo de lucro y las pequeñas empresas que no tengan más de 10 trabajadores dependientes y las que el valor de sus activos fijos no superen el equivalente a 10 remuneraciones mínimas vitales (art. 17); las aportaciones sociales en dinero, reflejadas en “certificaciones” nominativas e individuales; “no podrán adquirir más valor que el nominal, sin ser de negociación en el mercado” (arts. 5 y 39); pudiendo percibir un interés limitado fijado por la Asamblea nunca superior al máximo legal de los depósitos bancarios de ahorros (art. 40); las aportaciones serán transmisibles conforme a los estatutos (art. 39); los reintegros sólo en plazos y condiciones que expresan los estatutos; la responsabilidad limitada (art. 20); los excedentes salvando las reservas y los fondos denominados “reten-

ciones”, en proporción a la participación cooperativa y conforme al diseño que determinen los estatutos (art. 42); son órganos los comunes más los corrientes que prevean los estatutos y como obligatorios un Comité de Educación y un Comité Electoral (art. 32); la integración se hace en las Centrales Cooperativas de carácter económico y las Federaciones nacionales y asociaciones de fines no económicos, integradas al más alto nivel en la Confederación Nacional de Cooperativas del Perú que tiene funciones de representación y coordinación (art. 62); la disolución puede ser voluntaria acordada por la Asamblea y formada por las causas legales que de oficio pueden hacer la Administración (arts. 53 y 54); pudiendo destinarse el remanente si lo hubiera a fines de educación cooperativa o disposiciones de la Federación, Confederación y en su caso de la Administración competente (art. 55); el Instituto Nacional de Cooperación (INCOOP) lleva a cabo la supervisión de las Cooperativas y materializa la política a seguir (art. 86).

15. *Bolivia*

La Ley General de Cooperativas es de 13 de septiembre de 1958.

Define las cooperativas entendiendo por tales, las sociedades que aceptan y practican los seis principios que enuncia en su artículo 1, que son, cabe decir, los propios de la cooperación; pueden realizar solamente aquellas operaciones legalmente autorizadas (art. 7); respecto a las fuentes aplicables declara en defecto de precepto expreso en la Ley y de su reglamento y sus estatutos las “leyes similares de la Nación”, los “*principios generales de Derecho cooperativo universal*” (art. 158); el artículo 20 reconoce las seis clases siguientes de cooperativas: agrícolas, ganaderas, y de colonización, industriales, mineras, de servicios, de crédito, de consumo, y de educación; adquieren la personalidad jurídica mediante autorización o inscripción en el Registro previa acta firmada y certificada por “cualquiera autoridad local” (art. 56); el número mínimo de socios no inferior a diez (art. 57); el denominado “fondo de operaciones” es más amplio que el capital social, debe estar todo suscrito al constituir la cooperativa y desembolsado en la cuantía que la autoridad administrativa establezca “expresando en certificados que serán nominativos, individuales, iguales e inalterables en su valor” (art. 75); interés limitado, no inferior al que digan el Reglamento, los estatutos o el mercado bancario (arts. 1 y 48); las partes sociales sólo son transferibles “en las condiciones que determine el Reglamento y los estatutos” (art. 76); los reintegros a los socios con motivo de su baja obligatoriamente, con arreglo a lo dispuesto al efecto en los Regla-

mentos y Estatutos (arts. 71 y 72); la responsabilidad puede ser “limitada o suplementada” debiendo hacerse constar en él denominación de la cooperativa (art. 8); los excedentes se distribuirán en proporción a las operaciones entre los socios y la cooperativa (art. 81); hechas la previa deducción de reservas el 10, fondo de educación el 5, y fondo de “previsión y asistencia social el 5 por 100” (art. 82); órganos de Gobierno, los comunes y el “Gerente” que se configura como “ejecutor de los acuerdos y disposiciones del Consejo de Administración” (arts. 88 y 11); la integración se efectúa en el doble aspecto económico y en el representativo (arts. 105 y 11); el artículo 101 contempla tres causas de disolución: la voluntaria de la Asamblea, la disminución del número de socios y la desaparición del objeto social, más la posibilidad de revocar la autorización de la cooperativa por la autoridad administrativa (art. 2); la liquidación la hace una “Comisión liquidadora” (art. 103); el Consejo Nacional de Cooperativas es el órgano de “dirección, fomento, tuición de las cooperativas” y ejecuta el “control y supervivencia” a través de la Dirección Nacional de Cooperativas (arts. 3 y 128).

16. *Chile*

Rige el texto refundido de la Ley General de Cooperativas: Decreto Supremo 502 de 9 de noviembre de 1978.

Esta Ley, de la que existe un proyecto de reforma, siquiera no tengamos noticia de su aprobación, define las cooperativas como “instituciones sin fines de lucro” que “tienen por objeto la ayuda mutua” y las características que señala en su artículo 1, que son los principios; el artículo 2 señala los “tipos básicos” de cooperativas: de trabajo, agrícolas, pesqueras y campesinas; se formalizan ante notario en escritura pública y también en documento privado y protocolizado que contendrán los estatutos con resolución administrativa para tener personalidad jurídica previo informe o estudio socioeconómico y viabilidad (arts. 12-16); el número mínimo de socios es el de 20 con carácter general, 50 para las de ahorro y crédito y 100 para las de consumo (arts. 15, 113 y 118); el capital social mínimo variable e ilimitado, lo fijan los estatutos, en “acciones” nominativas, en dinero, bienes o trabajo (arts. 25, 26 y 29); el interés es limitado (art. 1 y 78); la transferencia de las “acciones” queda superada a la aprobación del Consejo de Administración (art. 29); los reintegros por baja, según los estatutos, la responsabilidad de los socios es limitada al “monto” de sus “acciones” y a la cantidad que a más de ellos expresamente se estipulase (art. 27); el retorno de los socios en proporción a las operaciones realizadas

en la cooperativa, deducidas las reservas y fondos (art. 48); órganos, la Junta General, el Consejo de Administración, Gerente y Junta de Vigilancia, siendo obligatoria la auditoría externa para las cooperativas de vivienda con más de doscientos socios o tengan financiación ajena (arts. 38-46); distingue, respecto a la integración, entre *federaciones* de cooperativas constituidas por cooperativas de la misma naturaleza y *uniones* constituidas por cooperativas de distinta naturaleza, siendo *confederaciones* cuando asocian instituciones al primero y segundo grado para promover el movimiento cooperativo a nivel nacional (arts. 122 y 159); se disuelven por acuerdo de la Junta General y por decisión de la autoridad administrativa (arts. 50-53); la intervención administrativa se hace por el Departamento de Cooperativas (art. 132).

IV. BRASIL

A) ANTECEDENTES (24)

El sistema y la realidad cooperativa actual, al margen de las fórmulas o reminiscencias comunitarias que en todas las comunidades históricas e indígenas se dan, es de origen muy reciente, al igual que lo es en todo el mundo. Como muchas veces hemos dicho, data del siglo pasado.

Para COGAR TEIXEIRA LEITE, las primeras cooperativas brasileñas serían las Sociedad Dos Artistas Mecanicos e Liberais y la Cooperativa de Consumo de Fábrica Camaragibe en Sao Laurenço de Mota en 1894.

DIVA BENEVIDEZ PINHO, no obstante, dice que las cooperativas pioneras se fundaron: en 1891, la Associação Cooperativa Dos Empregados de Cía, Telefónica; en Limeira, en el estado de Sao Paulo, en 1895, la Cooperativa de Consumo de Camargive; y en 1897 la Cooperativa de Consumo Dos Empregados de Cía Paulistas en Campinas.

No obstante, WALDIRIO BULGARELLI fija el inicio del movimiento cooperativo en Brasil en 1902, con la fundación de la primera Caja rural Rociftesen en Río Grande do Sul, siendo el padre T. Amstad su fundador. El mismo año se fundaría una Caja rural en Goiena, Pernambuco, de duración efímera.

Brasil, como la mayoría de los países en vías de desarrollo presenta una expansión del cooperativismo fragmentado, es decir, unas etapas más o menos importantes de actividad y reactivación. De una forma definitiva no se implantaron hasta 1927 ó 1928 (Cooperativa de Cotia), teniendo una

(24) ANDRÉS GÓMEZ, *Sistema cooperativo brasileño*, 1990.

fase muy temprana que no llegó a consolidarse entre 1889 y 1895, y una larga fase de inactividad de treinta años entre 1895 y 1927.

Las cooperativas y el movimiento cooperativo vivieron el control de los sucesivos gobiernos. En la primera Ley de 5 de enero de 1907 se obliga a las cooperativas a constituirse bajo la forma de sociedades clásicas y se las consideraba una forma particular de empresas mercantiles.

El 19 de diciembre de 1932 fue promulgado el Decreto 22.239 que revocó la Ley de 1907 y fue la primera Ley "rochadleana" en la que se consagraron los principios doctrinarios de los pioneros Rochadale. Siguió luego una serie de disposiciones hasta el Decreto-Ley 59 del 21 de noviembre de 1966 y el Decreto 60.597 del 19 de abril de 1967, ambos revocados por la Ley 5764 de 16 de diciembre de 1971.

B) REALIDAD SOCIOLÓGICA

A 1988, el número de cooperativas en Brasil era de 3.282, de producción, consumo, electrificación y teléfonos rurales, escolares, de educación, trabajo, vivienda y crédito, según el detalle del cuadro de la página siguiente (25):

Como se deduce del cuadro:

- La región con mayor número de cooperativas es la región sudeste (1.382), seguida por la región sur (828); en estas dos regiones se encuentran el 36,8 por 100 de todas las cooperativas brasileñas.

Respecto a su importancia por actividades están:

En primer lugar, las cooperativas del sector de producción con 1.332 cooperativas, lo que supone un 40,6 por 100 del total de cooperativas.

El segundo sector en importancia es el sector de crédito cooperativo, que agrupa 576 cooperativas.

En tercer lugar, el sector de trabajo que se encuentra representado en las regiones nordeste (93 cooperativas), sudeste (212), y sur (89).

En cuarto lugar, el sector de consumo; en regiones con estados poseedores de grandes metrópolis (Sao Paulo, Rio de Janeiro, Minas Gerias, Espírito Santo).

En quinto lugar se encuentra el sector de electrificación con 205 cooperativas; principalmente en la región nordeste con 71 cooperativas, lo que representa algo más del 30 por 100.

(25) Fuente de la Organización Cooperativa Brasileña, 1988.

COOPERATIVAS EN ACTIVIDAD EN 31 DE DICIEMBRE DE 1988														
UNIDAD FEDERATIVA	Producción		Consumo		Eletrif. E/CU Telef. Rural		Escola	Escolar	Trabajo		Habitacional	Credito		Total
	Sing.	Cent Fed Conf	Sing.	Cent Fed Conf	Sing.	Cent Fed Conf			Sing.	Cent Fed. Conf		Sing.	Cent Fed Conf	
Acre	04	—	—	—	—	—	—	—	—	—	—	—	—	04
Amazonas	12	—	—	—	—	—	01	—	02	—	09	02	—	26
Pará	22	—	03	—	—	—	01	—	11	—	03	01	—	41
Randones	13	—	—	—	03	—	01	—	01	—	—	—	—	18
A	03	—	01	—	—	—	—	01	—	—	—	02	—	07
Paraná	04	—	01	—	—	—	—	—	—	—	—	—	05	—
Reg. Norte	58	—	85	—	03	—	03	01	14	—	12	06	—	101
A	08	—	01	—	03	—	01	—	04	—	—	03	—	21
B	122	02	14	—	02	—	10	29	21	01	09	12	—	221
C	53	01	03	—	13	01	05	—	19	01	02	06	—	104
M	33	—	05	—	09	—	01	01	05	—	01	01	—	56
P	51	01	04	—	11	—	02	01	11	02	03	02	—	88
P	83	03	02	—	18	—	02	—	11	—	05	10	—	134
P	26	01	01	—	06	—	—	—	06	—	—	—	—	41
Pto. G. do Norte	35	—	02	—	06	01	02	01	12	01	04	03	—	66
S	14	—	01	—	01	—	—	01	04	—	01	02	—	24
Reg. M	426	08	33	—	71	02	23	32	83	05	25	30	—	757
Espíntu Santo	29	01	06	—	—	—	03	—	05	—	02	17	01	66
L. G.	192	02	59	—	12	01	12	—	34	01	25	116	02	456
Rio de Janeiro	49	02	24	—	07	—	—	02	62	02	21	86	02	257
Sao Paulo	165	06	90	—	27	—	—	—	111	04	31	167	01	603
Reg. S	436	11	181	—	46	01	15	02	212	07	79	364	06	1 382
Paraná	86	07	22	—	13	01	09	40	22	01	12	23	01	239
Rio G. do Sul	172	09	54	—	16	02	06	—	54	01	26	96	01	437
Santa Cat	50	04	21	—	29	01	06	02	13	01	11	11	01	152
Reg. Sul	310	20	97	—	56	04	23	42	80	03	46	130	03	828
Goi	55	01	14	—	20	01	02	—	06	—	01	06	—	106
Mmo Gromo	30	—	01	—	02	—	02	—	02	—	—	—	—	37
Minas G. de Sul	14	01	05	—	04	—	01	—	07	—	03	03	—	38
Distrito Federal	03	01	04	01	01	01	—	—	05	01	09	07	—	33
R. Centro-Oeste	102	03	24	01	27	02	05	—	20	01	13	16	—	214
TOTAL	1.332	42	340	01	205	08	06	77	428	16	176	576	00	3 282

En sexto lugar con 176 cooperativas se encuentra el sector de cooperativas de viviendas, con mayor incidencia en las áreas más densamente pobladas, la región sudeste con 79 cooperativas y la región sur con 49.

Por último se encuentran las cooperativas escolares, con incidencia en la región sur (42 coops.) y en la región nordeste donde en estado de Bahía

existen 28 cooperativas, casi el 40 por 100 de las cooperativas de todo el país.

La organización del sistema cooperativo brasileño, según las fuentes ya citadas y a la fecha de referencia, es la siguiente:

Organización Cooperativas Brasileñas (OCB), representa el cooperativismo a nivel nacional, coordina los servicios básicos del sistema a nivel nacional.

Organización Estatal de Cooperativas (OCE's), representantes del sistema cooperativista a nivel estatal, y coordinar el sistema a nivel del Estado.

Confederaciones, Federaciones y Centrales, distintos niveles de integración de las cooperativas, deben estar afiliadas en la OCE's.

Cooperativas, según la definición dada por la OCB y consecuente con sus bases, *una cooperativa* es una "organización de personas unidas por la cooperación y ayuda mutua, gestionadas de forma democrática y participativa y con objetivos económicos y sociales comunes y cuyos aspectos legales y doctrinarios son distintos de otras sociedades. Se fundamentan en una economía solidaria y se proponen obtener un desempeño económico eficiente a través de la cualidad y fiabilidad de los servicios que presta a sus propios asociados y a sus usuarios".

Entidades Prestadoras de Servicios, son entidades dependientes de la OCB, que realizan funciones de auditoría, apoyo técnico y educacional a las cooperativas. Pueden adoptar diversas estructuras, cooperativas de segundo grado, asociaciones, etc. Entre ellas se pueden citar:

- Asociación de Orientación Cooperativa Nordeste (ASSOCENE).
- Asociación de Orientación Cooperativa Paraná (ASSOCEP).
- Instituto Técnico de Cooperativas (ITEC).
- Asociación de Orientación Cooperativa (ASSOCERS).
- FEMECAP, etc.

Es de hacer nota que entre los diversos grupos de cooperativas, el más importante es el sector agrícola. Dentro de la Organización Cooperativa Brasileña (OCB) contaba en 1988 con 1.362 cooperativas, lo que representa un 42 por 100 de las cooperativas y un número total de asociados de 1.288.011, lo que representa aproximadamente un 38,7 por 100 de los asociados.

C) LEGISLACIÓN

Se está elaborando un anteproyecto para la nueva Ley de Cooperativas que habría de sustituir la de 1971.

El referido anteproyecto ha sido ofrecido a debate de todo el universo de cooperativas brasileñas. Fue elaborado para corresponder a los postulados del X Congreso Brasileño de Cooperativismo y al nuevo orden institucional del país, derivado de la Constitución de la República Federal de Brasil de 5 de octubre de 1988.

Esta nueva Constitución, en su artículo 5.XIII declara como derecho fundamental el de constituir cooperativas independientes, siendo prohibida la interferencia estatal en su funcionamiento; además dedica a las mismas los artículos 146. c) con el mandato de un adecuado tratamiento tributario al *Acto cooperativo*; el 174.2, 3 y 4 referido a la protección fiscal y prioridades a las cooperativas; el 187.VI sobre la política agraria y la participación cooperativa; y el 192.VIII, sobre el sistema financiero y la participación en el mismo de las cooperativas; el 199, en relación con la asistencia a la salud y la iniciativa privada.

La Ley 5764, de 16 de diciembre de 1971, define la Política Nacional del Cooperativismo, el Instituto y el régimen jurídico de las sociedades cooperativas. Fue completada con la 4231, de 23 de octubre de 1984, que transfiere competencias al INCRA y por el Decreto 90.393, de 30 de octubre de 1984 que creo la Secretaría Nacional de Cooperativismo en el Ministerio de Agricultura.

La Ley da una definición de las cooperativas en el artículo 4, matizando los caracteres de la misma, de corte rochdaliano, son, los principios; el artículo 79 dice que son actos cooperativos los realizados entre las cooperativas y sus asociados, entre éstos y aquéllas, o entre cooperativas asociadas para cumplir su objeto social; establece una doble clasificación de las cooperativas, atendiendo al nivel de integración: de base o singulares, centrales, federaciones y conforme al objeto o actividades desarrolladas, previendo también las mixtas (art. 6 y 10); se constituyen por acuerdo de la Asamblea General, en documento público o privado, con autorización administrativa, causando alta en la Junta Comercial que publicada adquiere personalidad jurídica (arts. 14-17); el número mínimo de socios es el de 20, pudiendo ser excepcionalmente personas jurídicas, con actividades análogas y sin ánimo de lucro (art. 6.1); el capital social, variable y subdividido en cuotas de valor unitario y limitando la participación de los socios a un tercio del mismo; el interés limitado a un máximo de 12 por 100; las partes sociales son intrasferibles a terceros extraños (art. 4); el reintegro por baja, según los estatutos (art. 21); la responsabilidad limitada a lo suscrito (art. 11); los excedentes distribuidos en proporción a la participación cooperativa, previa deducción de reservas y fondos sociales (art. 4); los órganos comunes (arts. 38-56); la integración económica en cooperativas centrales o federaciones y las confederaciones integradas por

centrales y federaciones, orientan y coordinan las actividades de sus afiliados (arts. 6 y 9); las causas de disolución se recogen en el artículo 63 y el artículo 75, regula el supuesto de liquidación extrajudicial; el remanente y los fondos indivisibles se destinan al Banco Nacional de Créditos Cooperativos S.A. (art. 68); el órgano que marca “la orientación general política cooperativa nacional” es el Consejo Nacional de Cooperativismo (art. 59).

V. CONO SUR

Incluimos en este grupo los países del Mar del Plata: Paraguay, Uruguay y Argentina, que se proyectan al sur.

A) ANTECEDENTES

Se caracterizan estos tres países por la importancia y expansión que ha tenido uniformemente el cooperativismo agropecuario, al hilo de la inmigración europea a los mismos, habiendo sido Argentina la primera en la implantación y desenvolvimiento de estos modelos empresariales que tantos beneficios han producido en el área.

Paraguay inicia el moderno cooperativismo en la década de los años cuarenta de nuestro siglo, de mano de agricultores generalmente europeos, si bien las propias cooperativas paraguayas aparecen en los años sesenta y setenta en virtud del apoyo de instituciones internacionales de ayuda al desarrollo.

Se trata de un cooperativismo principalmente agropecuario, de donde la influencia o competencia del Ministerio de Agricultura y Ganadería sobre la materia.

Está en evolución la participación e integración cooperativas.

En *Uruguay*, de modo semejante, el cooperativismo se introdujo principalmente con la inmigración europea de los años cuarenta y se desarrolla con motivo de la primera Ley de Cooperativas Agropecuarias, a partir de la cual, con la protección oficial, estas entidades experimentan un notable crecimiento.

Pero es *Argentina* el país con más historia y más representación en el área de este nuevo sistema socioeconómico y empresarial de las cooperativas, que se puso en práctica ya en el siglo pasado, así en el medio rural como en el urbano.

Es representativa el “Hogar del empleado”, que se constituyó en 1905 como cobertura para extenderse luego al consumo y al crédito.

Como antecedentes legales en toda el área cabe citar en Paraguay la Ley de 1942, en Uruguay la Ley número 10761 de 15 de agosto de 1946 y en Argentina la de 1905 sobre crédito agrícola.

B) REALIDAD SOCIOLOGICA

En *Paraguay*, a 1987 (26) se contaba con 189 cooperativas, de ellas 109 de producción, incluido todo el sector agropecuario, 58 de ahorro y crédito, 13 de consumo y 9 de servicios, en los que se incluye el sector transporte.

En *Uruguay* (27), a 1984 se contaba con 794 cooperativas y 582, 544 socios. Por sectores eran 91 agrarias con 31.758 socios; de consumo, 96 cooperativas con 293.500 socios; de ahorro y crédito, 69 cooperativas, con 205.000 socios; de trabajo, 279 cooperativas, con 35.000 socios; de viviendas, 258 cooperativas con 13.987 socios; y una agroindustria, con 2.800 socios.

En *Argentina*, a 1988 (28) el número de cooperativas se establece en 1.763 de consumo, 826 de trabajo, 1.687 de servicios públicos, 1.671 de vivienda y 1.778 agrícolas, con un total de unos diez millones de socios, de los cuales una cuarta parte estaban en el sector de crédito y ahorro y algunos en el sector de seguros.

C) LEGISLACIÓN

18. *Paraguay* .

Ley 349 de Cooperativas de 12 de enero de 1972.

Define esta Ley las cooperativas en el artículo 1 como asociaciones de "ayuda mutua, sin fines de lucro"; en el artículo 2, señala los clásicos principios básicos; admite las operaciones con terceros en las cooperativas de consumo, previa autorización (art. 76) salvo en las de ahorro y crédito (art. 80); en las clases regula las de producción, servicios y consumo (art. 72); se constituye mediante "acta ante el funcionario destacado" y el reconocimiento de personalidad se hace por resolución administrativa (art. 11); el número mínimo de socios es el de 10 (art. 2); el capital social,

(26) J. M.^a MONTOLIO, *ob. cit.*, pág. 96.

(27) J. M.^a MONTOLIO, *ob. cit.*, pág. 990.

(28) J. M.^a MONTOLIO, *ob. cit.*, pág. 77.

“variable e ilimitado”, en dinero, bienes o servicios de los socios, acreditado en certificados nominativos indivisibles, iguales e inalterables (arts. 26-29); interés no superior al 10 por 100 y si hay excedentes (art. 31); las participaciones no son transferibles, cabiendo el rescate por la cooperativa (art. 28); la restitución por baja de acuerdo con los estatutos; responsabilidad limitada (art. 19); los excedentes, en proporción a la participación cooperativa (art. 33); órganos, los comunes, previéndose el Gerente y Comisiones especiales (arts. 46-49); la integración en Centrales cooperativas “departamentales, regionales o a nivel nacional” (art. 62); la disolución por las causas que establece el artículo 152, pudiendo el Poder Ejecutivo cancelar “la personalidad jurídica” (art. 99); la Administración del Estado actúa en las cooperativas por la Dirección General de Agricultura, Ganadería (art. 94).

19. *Uruguay*

Ley 10761 de Sociedades Cooperativas, de 15 de agosto de 1946, si bien el mayor desarrollo cooperativo corresponde al sector agropecuario regulado por la Ley 15645 de Cooperativas Agrarias, de 9 de octubre de 1984; y es de significar, al decir de MONTOLIO en su obra citada de 1990 (pág. 119) “que se encuentra avanzado un proyecto de reforma de la Legislación Cooperativa”.

En este país, al decir de SIEGBERT RIPPE (29):

“No existe una Ley general única sino leyes especiales que reglamentan tipos cooperativos determinados, definidos por su objeto o actividad; cada una de las leyes determina las cooperativas a las que se aplica su reglamentación y establece los requisitos que deben cumplir”. En el mismo sentido argumentamos que la Ley No. 10761, de 15 de agosto de 1946, no tenía aptitud para regular las cooperativas en general, pues la misma sólo comprende aquellas que pueden ajustarse a las condiciones previstas en el artículo I de la Ley en cuanto establece que “considera sociedades cooperativas las que reparten sus rendimientos a prorrata entre los socios, en razón del trabajo de cada uno, si se trata de cooperativas de producción y en proporción a las operaciones realizadas, en las de consumo” y que su aplicación a otras modalidades cooperativas dependía en su caso de remisiones legales expresas.

Las cooperativas de producción y consumo, las de vivienda, las agroindustriales y las agrarias son reglamentadas por leyes especiales: 10.761 de

(29) SIEGBERT RIPPE, *Los problemas jurídicos de las cooperativas*. Montevideo, 1987, págs. 10-11.

15 de agosto de 1946, 13.728 de 17 de diciembre de 1968, con las modificaciones introducidas por el Decreto-Ley 14666 de 31 de mayo de 1977 y por la Ley 15853 de 24 de diciembre de 1986, Decreto-Ley 14827 de 12 de septiembre de 1978, Decreto-Ley 15645 de 17 de octubre de 1984, respectivamente. Las cooperativas de trabajo se rigen por la Ley 10761 con las particularidades de la Ley 13481 de 23 de junio de 1966, porque esta Ley se remite expresamente a aquélla, artículo 1, inciso *a*); y las cooperativas de ahorro y crédito se regulan por los artículos 1 a 9, y 14 de la misma Ley 10761 porque así lo dispone el artículo 28 del Decreto-Ley 15322 de 17 de septiembre de 1982, y por los artículos 20, incisos 3 y 60 la Ley 13988 de 19 de julio de 1971 (Decreto-Ley 15322, art. 34) sin perjuicio de la aplicación de las disposiciones de la Ley de Intermediación Financiera si realizan actividades comprendidas en la misma (Decreto-Ley 15322, art. 28).

El Decreto 556/1985, de 16 de octubre de 1985, reglamenta el funcionamiento de las cooperativas agrarias.

20. *Argentina*

Rige la Ley 20337 de Cooperativas de 15 de mayo de 1973.

Define las cooperativas como “entidades fundadas en el esfuerzo propio y la ayuda mutua para organizar y prestar servicios que reúnan los siguientes caracteres (son los principios); define también el acto cooperativo como “los realizados entre las cooperativas y sus asociados y con aquellas entre sí en cumplimiento del objeto social y la consecución de los fines institucionales” (art. 4); las operaciones con terceros según establezca la autoridad y con sujeción a las normas de distribución de excedentes (art. 42); como derecho supletorio, se remite a las disposiciones de las sociedades anónimas, “en cuanto se concilien con las de esta Ley y la naturaleza de aquéllas” (art. 118); no las tipifica, en sus clases, pero hace referencia a los escolares, bancos, cooperativas y Cajas de Crédito cooperativas (art. 14); se constituyen en acto único por instrumento público o privado que se inscribe en el Registro (art. 7); el mínimo de socios es de 10; el capital social, constituido en cuotas sociales individuales y de igual valor (art. 24) puede constar en acciones representativas de una o más que revistan el carácter de nominativas (art. 24); el interés limitado detraídos los excedentes (art. 42); las participaciones sociales sólo transmisibles entre asociados y con acuerdos del Consejo de Administración (art. 14); cabe limitar el reintegro de las aportaciones a un monto no menor de 5 por 100 (art. 31); la responsabilidad es limitada al monto de la aportación (art. 2); los retornos detraídos los fondos sociales y reservas, en proporción al

“uno de los servicios sociales” (art. 43); órganos, los comunes (arts. 47, 63 y 67-80); el artículo 85 permite la disolución por las causas tasadas del artículo 86; el Instituto Nacional de Acción Corporativa, es la autoridad en el área de Administración para entender sobre ellas (art. 105) (30).

CONCLUSION

De cuanto acabamos de exponer sobre las cooperativas en Iberoamérica, en sus antecedentes, en su realidad sociológica y en su legislación, llegamos a la conclusión de la evidencia de la Institución Cooperativa y del nuevo Derecho cooperativo en el área de las mismas.

De la *Institución Cooperativa*, porque las cooperativas, trascendiendo de sí mismas, en su realidad societaria y empresarial, en su fundamentación, en sus principios, en su doctrina, en sus vivencias humanas, sociales y económicas, en su organización, en su movimiento y dinámica colectiva y en su normativa, incluso constitucional, se han hecho consustanciales a la estructura y vida de los propios países y Estados a que pertenecen y a toda el área Iberoamericana de conjunto.

Y del *nuevo Derecho cooperativo*, porque la legislación o leyes de cooperativas de cada uno y de todos los países del área, según hemos visto, así como el proyecto de *Ley Marco* (31), elaborado para todos ellos, son clarividente e indubitada expresión, como fuente principal y prioritaria a cualesquiera otras, a la vez que con fundamentación, principio y contenidos propios, del nuevo Derecho cooperativo que nace, concebido éste como conjunto de normas que regulan la constitución y vida de las cooperativas y de la organización cooperativa, en el ámbito de la doctrina y de los principios cooperativos; y todo ello, claro está, en la unidad esencial del Ordenamiento Jurídico General y de la unidad esencial del Derecho, concebido éste como expresión de la Justicia, y en sus múltiples manifestaciones, como norma, como poder y como ciencia.

Entendemos, por último y de otra parte, que las Cooperativas son de

(30) Es de justicia destacar aquí, en cuanto al estudio de la legislación cooperativa en su ámbito nacional, como del área iberoamericana y aun mundial, la importantísima obra de la que podríamos llamar Escuela Argentina de Cooperativas, de la que es maestro indiscutible en sus diversas obras y estudios DANT CRACUGNA, siendo de citar, por todos, sus *Estudios de Derecho cooperativo*, Intercoop Editora Cooperativa, Ltda., Buenos Aires, 1986.

(31) Respecto a este proyecto de Ley marco, nos remitimos al valioso e importante estudio de J. M.^a MONTOLIO en su obra *Legislación cooperativa en América Latina. Situación, Derecho comparado y proceso de armonización* (Estudios), Centro de Publicaciones del Ministerio de Trabajo, Madrid, 1990, págs. 26 y 532.

conjunto en Iberoamérica y en este nuestro tiempo, una evidente manifestación y anticipo efectivo de la *Comunidad Histórica de los Pueblos y Naciones del Area*, tan fructífera y querida siempre en el sentimiento común de todos, desde Bolívar hasta los presidentes de la Cumbre de Guadalajara del 91 y expresada así también en varias de las Cartas Magnas o Constituciones de estos mismos pueblos y naciones.

Abogamos por todo ello y ojalá fuera así realmente como deseamos a los horizontes de futuro del nuevo milenio, cual fruto, el más sabroso de estas nuestras celebraciones y conmemoraciones de los Quinientos Años o V Centenario del DESCUBRIMIENTO.

JUAN JOSÉ SANZ JARQUE

Catedrático. Director del Centro Permanente de Investigación Cooperativa
de la Universidad Politécnica de Madrid y del Instituto "León XIII"
Presidente de la Asociación de Estudios Cooperativos (AECOOP).
Abogado del Ilustre Colegio de Madrid

Las reformas agrarias hispanoamericanas

SUMARIO: I. LA TENENCIA DE LA TIERRA. A) LAS DIVERSAS TENDENCIAS.—B) LAS PLANIFICACIONES MODERNAS.—II. SU PLANTEAMIENTO EN HISPANOAMERICA: A) DATOS A TENER EN CUENTA.—B) LA CARTA DE PUNTA DEL ESTE.—C) LA CONFERENCIA DE VIÑA DEL MAR.—III. LAS REFORMAS EN LOS DIVERSOS PAISES: A) REFORMAS ANTIGUAS: 1. *México*. 2. *Bolivia*. 3. *Guatemala*.—B) LAS REFORMAS DE LA DÉCADA DE LOS SESENTA: 1. *Ecuador*. 2. *Colombia*. 3. *Venezuela*. 4. *Chile*. 5. *Perú*. 6. *Honduras*. 7. *Panamá*. 8. *Costa Rica*.—C) LA EXPERIENCIA MARXISTA: 1. *Cuba*. 2. *Nicaragua*.—IV. RESULTADOS OBTENIDOS. A) ASPECTO ECONÓMICO-SOCIAL.—B) FACETA JURÍDICA.—C) “DESIDERATUM” FINAL.

I. LA TENENCIA DE LA TIERRA

A) LAS DIVERSAS TENDENCIAS

“Dios ha dado la tierra a todo el género humano para que ella sustente a todos sus habitantes, sin excluir a nadie ni privilegiar a ninguno”. En esta frase, sencilla y completa a la vez, resume el Papa JUAN PABLO II la doctrina social de la Iglesia sobre este tema, en su reciente encíclica *Centesimus annus*.

La propiedad de la tierra agrícola y los medios de su llevanza es una de las cuestiones claves de la humanidad y, sin duda, una de la que más encontradas posiciones ha suscitado.

Desde la concepción individualista, que concibe al dominio como uno de los más sagrados e inviolables derechos del hombre, hasta la tesis rotunda de los anarquistas de que la propiedad es un robo, hay no pocas posiciones intermedias, sin que ninguna de ellas haya llegado a satisfacer a todos por igual.

Sobre la tierra y sus problemas se han derramado ríos de tinta, se han

publicado montones de estudios y se han pronunciado miles de conferencias, mítines y soflamas. La expresión "reforma agraria", que apareció a principios de siglo, fue idealizada hasta convertirla en una casi panacea que valdría para curar todos los males y dar satisfacción a todas las necesidades.

Ya casi a finales del siglo vemos que no sólo ha fallado el pronóstico, sino que ni siquiera estamos de acuerdo sobre qué se debe entender por tal reforma. Desde el puro y simple reparto de suelo que era la idea inicial, se ha llegado hasta las complicadas planificaciones modernas de tintes técnicos, pasando por las más o menos altisonantes ideas de las reformas integrales y de la transformación de las estructuras.

Cada tendencia política enarbola su bandera, alumbrando soluciones que suelen ser interesadas y parciales. Los terratenientes poderosos acceden a veces a verificar pequeñas reformas aceptando algunos sacrificios, con el estudiado propósito de dejar que cambie algo para que todo siga igual. Las tendencias socialistas, en mayor o menor grado, acuden a colectivizaciones que suelen ser poco compatibles con la innata independencia y el ideal de propiedad que subyace en todo hombre de campo. Las tendencias comunistas, de signo rígido y absorbente, simplemente sustituyen al antiguo señor por la autoridad omnímoda del partido o del Estado, que suele ser un patrono poco deseable.

Todo un abanico de tendencias dispares. Pero no han sido capaces de solucionar los problemas y éstos subsisten.

B) LAS PLANIFICACIONES MODERNAS

Superados ya, como veremos, los postulados que alentaron las reformas de origen revolucionario, es idea que va ganando terreno la de que la agricultura necesita una reforma planificada dentro del ámbito general del desarrollo económico de cada uno de los países.

Este consenso sobre la planificación va creciendo y es objeto de regulaciones particulares que siguen las orientaciones de los técnicos internacionales. La Organización de las Naciones Unidas para la Agricultura y la Alimentación, más conocida por su anagrama FAO, está desarrollando una labor importantísima e imprescindible a la que nos hemos de referir.

En su informe de 1971 considera a la reforma agraria como instrumento principalísimo de justicia social y parte integrante de la estrategia del desarrollo económico. Recomendaba a los Estados miembros la adopción de medidas concretas, especialmente una reforma agraria democrática, para que la propiedad y el uso de la tierra sirvan mejor a esos fines de

justicia y desarrollo, que están ligados estrechamente a la paz y seguridad internacionales.

Según la FAO, la reforma agraria debe cubrir todos los aspectos del progreso de las instituciones rurales y abarca principalmente cambios en las estructuras de la tenencia de la tierra, la producción y los servicios auxiliares. En cuanto a la reforma de las estructuras, es principio básico que los beneficios que se deriven de la explotación de la tierra deben corresponder a quienes la trabajan, tanto cuando se crean unidades familiares con tierra existente, como cuando se nacionaliza la tierra para darla a trabajadores en explotación individual o colectiva. La reforma agraria debe ser punto de partida e instrumento de un desarrollo económico general, constituyendo un factor esencial para formar y conservar una sociedad igualitaria.

La reforma agraria se integra, además, de otras medidas de gran importancia: abolición o mejoramiento de algunas formas de aparcería, regulación de los arrendamientos, perfeccionamiento de los registros de la propiedad para asegurar la titulación de las fincas adjudicadas, compra o expropiación de tierras para su distribución entre quienes carecen de ellas o las tienen en extensión insuficiente, dotaciones a las cooperativas, operaciones de concentración parcelaria, acceso a la propiedad de los colonos mediante derechos de adquisición preferente, colonización y adecuación de tierras, mediante desecaciones o regadíos, y tantas otras actuaciones cuya concreta aplicación se confía a cada uno de los Estados.

En cuanto a las reformas empresariales y las de técnicas de producción, deben realizarse mediante incentivos económicos y fiscales que fomentan las explotaciones familiares o la agricultura de grupo, según convenga, así como por el asesoramiento técnico y jurídico a estas explotaciones. Su finalidad debe ser el aumento de la producción y el mejor uso de los recursos humanos, todo ello tendente a elevar el nivel de vida. Los cambios en estas estructuras deben facilitar la propagación de las técnicas más productivas a la gran masa de la población rural: el *desideratum* sería la autocalpitalización agrícola, la dotación de los servicios auxiliares y la organización de mercados y de un adecuado régimen de seguridad social.

El logro de estos objetivos requiere, por un lado, la participación de los trabajadores del campo que será más efectiva si se asocian, porque la asociación es el vehículo idóneo para obtener y difundir los progresos económicos y capitalizar la agricultura.

Pero, además, se precisa sobre todo la decisión política de los Estados interesados y esto como factor imprescindible. Por ello, la FAO en su informe entiende que la modificación de la estructura de la tenencia de la tierra requiere no sólo una redistribución del ingreso acaecido por los

progresos técnicos, sino un cambio profundo en la posición de los actuales estratos sociales y una redistribución del poder.

El acceso a la propiedad de los campesinos, las nuevas normas sobre arrendamientos y aparcerías, la participación en el desarrollo, la reordenación del territorio y la planificación, implican claramente una decisión política. Y la posibilidad de tomar estas decisiones dependerá de la actitud de las clases directivas y del influjo que puedan adquirir los demás estratos sociales.

Puesto que la planificación es un hecho que se va admitiendo generalmente, los Estados están tomando conciencia de la necesidad de llevarla a cabo en las diversas facetas del espectro económico. En cuanto a la agricultura, en la Conferencia de Punta del Este, los países hispanoamericanos acordaron considerar la reforma agraria como parte muy importante de su desarrollo económico y social, comprometiéndose al objetivo de acometerla, mediante el propósito de enmendar y complementar las Leyes ya existentes y la promulgación de normas nuevas en los países que no las tenían.

A diferencia de las primeras reformas de México, Bolivia y Guatemala, que estuvieron precedidas de transformaciones radicales o revolucionarias, veremos los restantes movimientos reformistas de Hispanoamérica que se han introducido progresivamente, dentro del marco de instituciones políticas flexibles. Cuba y Nicaragua son caso aparte.

II. SU PLANTEAMIENTO EN HISPANOAMERICA

A) DATOS A TENER EN CUENTA

Las estadísticas, por áridas que parezcan, suelen reflejar la cruda realidad y sus datos, numéricos y fríos, de los que se no puede prescindir, son en este caso de una elocuencia abrumadora.

En los últimos años, a través de censos agrarios patrocinados por los diferentes gobiernos y la FAO, así como por los estudios llevados a cabo por el Comité Interamericano de Desarrollo Agrícola, se ha obtenido un conocimiento más perfecto de la situación de la tenencia de la tierra y de la distribución de los recursos productivos en el continente hermano.

El ingeniero español LUIS GARCÍA DE OTEYZA (en su trabajo *Experiencias sobre reforma agraria en Iberoamérica*) nos señala la magnitud del problema basándose en los datos globales obtenidos para los veinte países iberoamericanos y que ponen de manifiesto, en primer lugar, lo reducido de la superficie labrada: de los 2.000 millones de hectáreas tan

sólo se cultiva 100 millones, es decir, el 5 por 100 del área total; el 20 por 100 se destina a pastos y el resto es superficie forestal o improductiva. Por otra parte, la distribución de fincas según tamaño pone de manifiesto una exagerada concentración de la propiedad: las fincas de más de 1.000 hectáreas, que representan el 1,3 por 100 del número total, ocupan el 61 por 100 de la superficie; en el otro platillo de la balanza, las fincas de menos de 5 hectáreas, que representan en número el 46 por 100 del total, sólo ocupan el 0,9 por 100 de la superficie.

De estas estadísticas se deduce, además, que dichos porcentajes están muy desigualmente repartidos entre los países, con ventaja para algunos y en contra de otros. Así, entre Argentina y Uruguay tienen el 30 por 100 de las tierras en cultivo y otro porcentaje igual lo tiene Brasil, con lo que entre los tres suman un 60 por 100 de tierra de labor, para un 45 por 100 de población; el resto de los países del subcontinente sólo tienen en conjunto un 40 por 100 de tierra para una población del 55 por 100. Los índices de producción son también bastante dispares y reflejan unos niveles muy poco halagüeños.

En cuanto a las estructuras de llevanza de la tierra, oscilan entre el latifundio y el minifundio, con escasas explotaciones familiares intermedias. Se ha dicho que la gran extensión y la diminuta parcela forman un binomio inseparable e independiente, pues las haciendas latifundistas se mantienen productivas gracias a la mano de obra barata que obtienen de los minifundistas vecinos. Y éstos no tienen otra fuente de aumentar su escaso sustento que trabajando en la grandes haciendas próximas.

Este binomio no supone sólo una relación de producción y trabajo, sino que más bien significa una clara estratificación social y diferenciadora. Por esta causa aún subsisten modos de trabajo un tanto alejados de una contratación laboral normal y entre iguales y que más bien se parecen a relaciones con claras reminiscencias serviles. Los peones, colonos, huasipungueros, arrimados, arrendires, yanapas y otras especies parecidas suponen situaciones y figuras que a veces han de soportar los sin tierra, obligados a aceptar condiciones leoninas y muy poco humanas.

La mayor parte de los países iberoamericanos presentan, pues, unas estructuras agrarias defectuosas. El citado GARCÍA DE OTEYZA trae a colación el expresivo resumen que en 1961 hacía el norteamericano T. F. CARRELL y que transcribimos: "Las unidades de producción o son demasiado grandes o demasiado pequeñas; la propiedad y la posesión son a menudo precarias; las comunidades son tradicionalistas e inflexibles; las condiciones del trabajo agrícola no difieren mucho de la servidumbre; la tierra, como fuente de recursos, no se obtiene fácilmente, sino que es acaparada y resulta inalcanzable para el pequeño agricultor; una persona

sin tierra no puede ascender gradualmente a la clase propietaria. Los propietarios y los no propietarios de la tierra están frecuentemente separados por auténticas barreras raciales y culturales; el sistema refuerza el *status quo* y confiere poder sólo a aquellos que tienen posición y riqueza heredadas...”

Con tales datos se comprende que el intento de cambiar estas defectuosas estructuras agrarias sea una necesidad tan realmente sentida como difícil de realizar. A ello han tendido las reformas agrarias que se iniciaron en América en 1917 con la violenta agitación de México, donde los hombres de ZAPATA y PANCHO VILLA se alzaron contra el sistema de las plantaciones capitalistas. Una generación después, tras la victoria castrista, se unieron las revueltas endémicas de los campesinos con el pensamiento marxista.

Entonces, para hacer frente a la movilización campesina que, acaudillada por CHE GUEVARA, amenazaba con extenderse, se decidió un cambio táctico: sacrificar a los grandes propietarios para disminuir tensiones y evitar que estas sublevaciones populares adquiriesen mayor amplitud.

La creación de la FAO ha sido un acontecimiento de gran alcance para la difusión de las reformas agrarias en todo el mundo, pues sus técnicos han recomendado que se suministre a los países interesados la asistencia necesaria para llevar a cabo la planificación y la aplicación de medidas de reforma agraria. Bajo el patrocinio de la FAO se celebró ya en 1951 la primera conferencia sobre régimen territorial, el Tratado de Punta del Este de 1961 y las conferencias mundiales de reforma agraria en Roma en 1966 y otra en noviembre de 1979.

A las reformas basadas en la cólera milenaria de los campesinos, se opone la reforma agraria planificada, basada en la sensatez de los gobiernos y que se encauza depositando la confianza en las actuaciones de los agrónomos, juristas y sociólogos.

B) LA CARTA DE PUNTA DEL ESTE

Ante el peligro de un gran descenso en la producción y hasta de una auténtica catástrofe si se alteraban gravemente las estructuras, se trató de oponer a la “revolución roja” la llamada “revolución verde”, a la que se pretendió dar un puro carácter técnico. Aunque en realidad es difícil obtener una reforma técnica a secas sin alterar de algún modo los sustratos sociales agrarios, pues los principios en que se fundamentan las reformas arrancan casi siempre del enfrentamiento de las ideologías existentes en cada país.

A este intento de llevar a cabo una racional estructuración por cauces pacíficos respondió esta conferencia celebrada en Punta del Este, Uruguay, en el mes de agosto de 1961. En ella se redactó la Carta que lleva su nombre, pretendiendo el establecimiento de la "Alianza para el Progreso", dentro del marco de una amplia cooperación panamericana.

En su preámbulo se declara que las Repúblicas americanas proclaman su decisión de asociarse en un esfuerzo común para alcanzar un progreso económico más acelerado y una mayor justicia social para sus pueblos.

En el título primero se señalan los objetivos de la "Alianza para el Progreso" que tiende a aunar todas las energías de los pueblos y gobiernos americanos para realizar un gran esfuerzo cooperativo que acelere el desarrollo económico y social de sus países para alcanzar el máximo bienestar con iguales oportunidades para todos.

Entre las metas a conseguir, resaltamos el punto 6.º que especialmente nos interesa. Se pretende: "Impulsar, dentro de las particularidades de cada país, programas de reforma agraria integral orientada a la efectiva transformación de las estructuras e injustos sistemas de tenencia y explotación de la tierra, donde así lo requiera, con miras a sustituir el régimen latifundista y minifundista por un sistema justo de propiedad, de tal manera que, mediante el complemento del crédito oportuno y adecuado, la asistencia técnica y la comercialización y distribución de los productos, la tierra constituya para el hombre que la trabaja base de su estabilidad económica, fundamento de su progresivo bienestar y garantía de su libertad y dignidad".

Y en el título segundo, donde los países participantes en la conferencia establecen sus programas nacionales de desarrollo, se incluye, en el capítulo II, 2c, como punto importante de los mismos el empeño de robustecer la base agrícola, extendiendo los beneficios de la tierra, en forma cada vez mayor, a quienes la trabajan y asegurando, en los países de población indígena, la integración de ésta al proceso económico, social y cultural de la sociedad moderna.

Consecuencia más o menos inmediata de estos acuerdos de Punta del Este fue la promulgación en la década de los sesenta de numerosas regulaciones legales de reforma agraria. Con la excepción de Argentina, Uruguay y El Salvador, los demás países iberoamericanos establecieron sus respectivas regulaciones reformistas, más o menos conservadoras o avanzadas y que luego han sido también aplicadas de modo desigual. México, Bolivia y Guatemala ya habían iniciado sus reformas con anterioridad, y Nicaragua y Cuba, ya lo sabemos, han ido por derroteros bien distintos.

C) LA CONFERENCIA DE VIÑA DEL MAR

Patrocinada por la FAO, que la consideró su octava conferencia regional de reforma agraria, tuvo lugar esta reunión en marzo de 1965 en Viña del Mar (Chile), con la asistencia de representantes de los países americanos y de observadores y delegados de varios organismos internacionales; todo ello bajo la presidencia del doctor EDUARDO FREI, que entonces era Presidente de aquella República y gran propulsor de la reforma agraria de su país.

Entre los temas estudiados destacó el referente a la política de reforma agraria, diciéndose que según los resultados del estudio realizado por el Comité Interamericano de Desarrollo Agrícola (CIDA), sobre ocho países, la reforma de estructuras debe considerarse requisito previo del desarrollo agrícola en todos los países iberoamericanos y como condición *sine qua non* para que los estímulos institucionales y las medidas de asistencia al agricultor den los frutos apetecidos. La magnitud del problema, se dice, exige que se actúe de modo rápido para planear y ejecutar aceleradamente los programas de reforma agraria.

En consecuencia, la Conferencia recomienda a los gobiernos, entre otras medidas:

- Adoptar legislaciones adecuadas, cuya ejecución debe ser respaldada con programas debidamente financiados.
- Acelerar los programas de reformas ya iniciadas.
- Y adoptar las medidas tributarias coadyuvantes.

Entre las conclusiones finales se dice que los obstáculos primordiales que impiden el desarrollo de estos países son de carácter institucional y derivados del hecho de que las estructuras agrarias son injustas y anticuadas en la mayor parte de los países, por lo que no se adaptan a la dinámica del progreso. Por consiguiente, se termina, todos los esfuerzos nacionales e internacionales tendientes a promover el desarrollo de los países iberoamericanos están destinados al fracaso si sus gobiernos no se deciden a asumir sus responsabilidades y a adoptar, cuando sea preciso, medidas radicales y pragmáticas destinadas a reformar las estructuras agrarias.

Uno de los más destacados participantes en la conferencia, el doctor CARLOS SANZ DE SANTA MARÍA, Presidente del Comité Internacional de la Alianza para el Progreso, en su intervención, tras examinar los datos estadísticos, dijo que éstos revelan que existe un apreciable retraso en la agricultura iberoamericana que es preciso superar en el más breve plazo; por ello, consideraba necesario insistir en todos los campos y a todos los niveles, ante gobiernos y parlamentos, para que los sectores campesinos

inicien rápidamente una nueva etapa de despegue que les libere de sus muy bajas condiciones de vida.

El lenguaje de los propios técnicos interesados y conocedores del problema es lo bastante elocuente para que sea preciso insistir más.

III. LAS REFORMAS EN LOS DIVERSOS PAISES

A) REFORMAS ANTIGUAS

1. *México*

Este entrañable país hispanoamericano encarnó la primera y más original reforma del suelo del presente siglo. Recibe su impulso de una revuelta popular y después se desarrolla como una experiencia degenerada de socialismo, con vanos deseos revolucionarios, dentro de un país aferrado al bloque liberal, pese a sus rótulos externos.

Las ideas de ZAPATA y sus consejeros cristalizaron en el Decreto de 6 de enero de 1915, traducándose después en el artículo 27 de la célebre Constitución de Querétaro de 5 de febrero de 1917, que nacionalizó el derecho a la tierra.

Comienza diciendo este precepto que “la propiedad de las tierras y aguas comprendidas dentro de los límites del territorio nacional corresponde originariamente a la nación, la cual ha tenido y tiene el derecho de transmitir el dominio de ellas a los particulares, constituyendo la propiedad privada”.

Si esta idea se iba a llevar a rajatabla, si la propiedad era de la nación, no era muy explicable el párrafo siguiente de total sabor liberal: “Las expropiaciones sólo podrán hacerse por causa de utilidad pública y mediante indemnización.”

Pero el párrafo tercero ya sigue abiertamente la línea de la socialización al decir: “La nación tendrá en todo tiempo el derecho de imponer a la propiedad privada las modalidades que dicte el interés público, así como el de regular el aprovechamiento de los elementos naturales susceptibles de apropiación, para hacer una distribución equitativa de la riqueza pública y para cuidar de su conservación. Con este objeto se dictarán medidas necesarias para el fraccionamiento de los latifundios, para el desarrollo de la pequeña propiedad agrícola en explotación, para la creación de nuevos puestos o centros de población agrícola con las nuevas tierras y aguas que les sean indispensables, para el fomento de la agricultura y para evitar la destrucción de los elementos naturales y los daños que la propiedad pueda

sufrir en perjuicio de la sociedad. Los núcleos de la población que carezcan de tierras y aguas o no las tengan en cantidad suficiente para las necesidades de su población, tendrán derecho a que se les dote de ellas, tomándolas de las propiedades inmediatas, respetando siempre la pequeña propiedad agrícola en explotación.”

En el repetido artículo 27, muy extenso y a lo largo de dieciocho prolijos apartados, se regula la capacidad para adquirir el dominio de las tierras, sólo posible para los mexicanos; se prohíbe la adquisición a las asociaciones religiosas de cualquier credo, a las instituciones benéficas, a las sociedades comerciales por acciones y a los bancos, fuera de aquellos bienes raíces necesarios para su objeto directo. Se reconoce capacidad para disfrutar en común las tierras, bosques y aguas a los núcleos de población que guarden el estado comunal y, como medida propiamente de reforma, se ordena dotar con tierras a los núcleos de población que carezcan de ejidos conforme a sus necesidades. Para llevar a cabo estas últimas operaciones se regulan los organismos y reglas que han de presidirlas, con respeto en todo caso, para la llamada pequeña propiedad agrícola. Se considera como tal, siendo intangible en su carácter de dominio privado, según la regla 15 de este artículo, la que no exceda de 100 hectáreas de riesgo o humedal de primera o sus equivalentes en otras clases de tierra en explotación; para éstos efectos de equivalencia se computará una hectárea de riego por dos de temporal, por cuatro de agostadero de buena calidad y por ocho de monte o de agostadero en terrenos áridos. Así de casuista es la Constitución.

Hasta aquí, una síntesis de las normas constitucionales mexicanas en materia de propiedad rústica, que se ha visto que contienen un sistema bastante rígido de socialización y reforma agraria. Sin embargo, pronto se fueron modificando en la realidad estos principios, permitiéndose la concesión a los particulares del dominio sobre las tierras y las aguas como propiedad privada.

Tras la muerte de ZAPATA hay un período de incertidumbre al que sucede un apogeo del movimiento agrarista en la época del Presidente CÁRDENAS (1934-1940), con otra pausa que llega a 1958. Después se asiste a un nuevo auge de la reforma agraria, originado por el cierre de la frontera norte a los braceros que acudían a las recolecciones del país vecino.

La figura central de la reforma agraria mexicana es el “ejido”, o sea, el lote de tierra que posee un grupo rural. El fondo colectivo es inalienable, inembargable, imprescriptible e indivisible y, además, no puede transmitirse libre y directamente; pero el disfrute de la tierra sí es individual y hereditario, de modo que, dejando aparte los bosques y los pastos, el ejido

se divide en parcelas que casi siempre se cultivan individualmente, aunque también existen ejidos que se explotan en común.

Ultimamente esta figura del ejido ha sido objeto de análisis y críticas al enfocar tanto su aspecto jurídico como económico. Se dice que de 1926 a 1962 los gobiernos mexicanos han soportado grandes pérdidas por mantener un absurdo sistema cooperativo formado por asociados que apenas saben leer y carecen de toda aptitud empresarial. En varias ponencias presentadas al Coloquio Internacional sobre reforma agraria celebrado en la Universidad de México en 1990, por los doctores PONCE DE LEÓN, ESCARCEGA LÓPEZ, BOTEY ESTAPE y DURAND ALCÁNTARA, se preconiza la necesidad de retocar el sistema de la reforma agraria mexicana en general y la organización de los ejidos en particular.

En 1971 se modificó el artículo 51 de la Ley Federal de Reforma Agraria, estableciendo que el núcleo de población ejidal es *propietario* de las tierras y bienes que en la misma se señalen; la resolución presidencial otorga al ejido propietario carácter de poseedor o se lo confirma si el núcleo ya disfrutaba de una posesión provisional.

Como se ve, hay un importante cambio de criterio, pues ya no cabe seguir hablando de la propiedad estatal de las tierras de los ejidos. Claro que esto roza un tanto con los preceptos del artículo 27 de la Constitución que hemos visto y, por ello, con razón opinan los citados doctores ESCARCEGA y BOTEY que de llevarse a cabo la recomposición territorial de los ejidos, debería incorporarse al texto constitucional esta nueva figura definiendo más claramente su condición y naturaleza jurídica.

Más adelante recogeremos un balance de los resultados prácticos de la reforma agraria mexicana.

2. *Bolivia*

Al igual que México, aquí la reforma agraria tuvo su origen en una revolución, la de 1952. Iniciada por los mineros, pronto se corrió a los campesinos y la agitación de éstos obligó al gobierno de PAZ ESTENSORO a proclamar la reforma por Ley de 2 de agosto de 1953.

La situación en el campo boliviano estaba caracterizada por enormes desigualdades, ocupando los latifundios casi las tres cuartas partes de la superficie labrable, mientras el resto pertenecía a las comunidades; la mediana propiedad prácticamente no existía y sí, en cambio, el minifundio.

La Ley de 1953 proclamaba, de entrada, el principio de la nacionalización del suelo con muy pocas excepciones, entre ellas la pequeña propiedad familiar y la propiedad mediana, con una extensión tope de 80 hectáreas

de regadío, de 400 hectáreas en el altiplano y 2.000 hectáreas en el bosque tropical.

Sin embargo, la revolución no tuvo demasiados miramientos: los latifundios fueron ocupados súbitamente y las propiedades fueron desbordadas por los campesinos que de este modo abolieron de hecho el sistema señorial de la gran propiedad, para que pasase la tierra a quienes la trabajaban. El cambio posesorio se efectuó en la práctica dentro del ámbito de cada gran finca, con lo que se conservaba en parte la unidad de cultivo territorial antigua.

En la Ley de 1953 se establecían los procedimientos para la liberación de las antiguas haciendas y su distribución entre los colonos, pero ya hemos dicho que éstos no esperaron a estos procedimientos que consideraban premiosos y realizaron en la mayor parte de los casos ocupaciones de hecho, dando lugar a auténticas confiscaciones. Este traspaso posesorio liberó a los colonos del régimen antiguo de cuasiservidumbre, pasando la tierra a los campesinos, bien en parcelas individuales o en explotaciones colectivas en forma de sindicatos.

Posteriormente, las autoridades daban viso legal a estas situaciones de hecho, otorgando a los ocupantes un título de propiedad, pero con maniifiesta lentitud: transcurridos más de doce años después, en 1966, todavía no habían recibido su título ni casi la mitad de los adjudicatarios. Pero es de tener en cuenta que no eran fáciles los problemas que tales legalizaciones comportaban y uno de ellos era tratar de solucionar el destino de los llamados agregados o simples obreros agrícolas, dependientes no del señor, sino de los colonos y a los cuales hubo que adjudicar también lotes de tierra, a veces demasiado minúsculos.

Si la reforma boliviana fue eficaz, por lo expeditivo de sus métodos iniciales, para suprimir de un modo rápido el antiguo sistema señorial, adoleció en cambio de falta de eficacia a la hora de elevar el nivel de producción. Este nivel productivo, por el contrario, descendió de forma alarmante al desequilibrarse de modo abrupto los factores y, como consecuencia, el nivel de vida campesino fue a peor.

Por otra parte, con el fraccionamiento excesivo, se añadió al minifundismo ya existente un mayor número de pequeñas parcelas inexplotables. Los antiguos colonos o "arrendires" pasaron a ser propietarios de sus parcelas, ciertamente, pero éstas eran inviables económicamente en la mayoría de los casos. JEAN LE COZ (en su libro *Las reformas agrarias. De Zapata a Mao Tse-tung y la FAO*) cita el caso del valle de Cochabamba, donde 8.000 hectáreas fueron repartidas entre otras tantas familias, a razón de una hectárea por familia; se comprenderá que así no hay modo de subsistir, ni aun siendo del mejor regadío.

A menudo los antiguos trabajadores braceros de la hacienda, empleados como hemos dicho de los colonos o arrendires, se quedaron sin tierras, ya que éstas en principio se adjudicaron en cultivo colectivo entre los citados colonos.

El gobierno boliviano ha realizado ímprobos esfuerzos colonizadores en la vertiente sur de la cordillera y en los llanos, para tratar de remediar la enorme presión humana del valle del altiplano, poniendo en práctica una Ley de Colonización de 1959, pero no siempre han tenido éxito tales tareas, por la resistencia de los grupos de población a trasladarse y cambiar de ambiente y tipos de vida.

También se ha intentado encauzar el programa de renovación comunitaria mediante la creación de cooperativas basadas en las antiguas colectividades de gran arraigo entre las poblaciones de origen indio. Parece que el movimiento cooperativista así encauzado no ha tenido demasiado éxito por dificultades financieras y por la poca asistencia técnica.

Además este intento de convertir la cooperativa en centro de una auténtica explotación colectiva de la tierra encontró un fuerte obstáculo en las comunidades indígenas de hacienda: los adjudicatarios se consideraban propietarios de su parcela y no se pudo suprimir la dispersión para crear unidades de cultivo más extensas y viables. El gobierno boliviano calificó oficialmente a estas comunidades como el mayor enemigo de la reforma agraria, pero después cedió un tanto en su pugna, concediéndoles libertad para solucionar a su modo sus propios problemas.

El citado LE COZ achaca el estancamiento actual del proceso reformador boliviano a la incompatibilidad entre la comunidad genuina incaica y la organización cooperativa que prefiere las técnicas modernas. Por otra parte, dice, el malogro de las guerrillas que en su día organizara el CHE GUEVARA señala la regresión del ímpetu revolucionario; por ello, concluye opinando que aún no se ha resuelto el problema agrario boliviano en cuanto que subsisten bastantes campesinos que, aun siendo propietarios, soportan un nivel de vida muy bajo.

3. *Guatemala*

Su reforma agraria, parcial y un tanto fugaz, tuvo su origen remoto en la llamada revolución de los oficiales jóvenes de 1944. El Presidente ARBENZ promulgó la Ley de 17 de julio de 1952, complementada por el Decreto 900. A la caída de ARBENZ fue derogada por el Estatuto Agrario de 1954.

Esta reforma, aun con el ambiente revolucionario que le sirvió de germen y caldo de cultivo, tuvo más bien el carácter de un gesto electora-

lista y de concesión del gobierno, sin la intervención ni el empuje directo de las masas populares. Fue, pues, un acto político por el cual se otorgaban algunas ventajas a los campesinos y que no pretendía cambiar de modo decisivo la relación de fuerzas sociales, como antes había ocurrido en México y Bolivia.

En la Constitución de 1945, dada por el Presidente ARÉVALO durante el llamado período revolucionario, se habían sentado las bases legislativas para el cambio de las estructuras agrarias. En su título IV el Estado asumía la obligación de fomentar las actividades agropecuarias procurando que los frutos del trabajo beneficiaran preferentemente a sus productores y que la riqueza alcanzara al mayor número de habitantes. Y en el artículo 90, si bien se reconocía la existencia de la propiedad privada, se exigía el cumplimiento de su función social para poder garantizarla. También en el título IV se prohibió terminantemente el ensanchamiento de los latifundios existentes, dejando la calificación de los mismos, así como las medidas tendentes a su desaparición al desarrollo de una Ley especial posterior que debía procurar directamente su reducción en beneficio de la comunidad.

Los principios de la Ley de Reforma Agraria de 1952 fueron bastante tímidos. El Decreto 900 que la complementó dispuso la expropiación de la propiedad privada "ociosa", con miras a suprimir el latifundismo, esbozando como justificante el criterio de la productividad. De este modo preservaba de la expropiación la pequeña propiedad aunque estuviera inculta, la de tipo medio siempre que estuviera cultivada al menos en dos tercios por el dueño y aun la gran propiedad en la que estuvieran asentadas empresas agrícolas con cultivos técnicos o económicos, tales como café, tabaco, algodón, citronela, limón, banano, caña de azúcar, hule, quina, frutales, frijol, cereales u otros artículos cuya producción esté destinada a satisfacer necesidades del mercado internacional.

La reforma se articulaba esencialmente en una expropiación, con indemnización previa, y una redistribución de las tierras expropiadas. El 60 por 100 de las tierras incluidas pertenecían a propietarios privados y el resto eran propiedad del Estado y en los dos años que duró la reforma se distribuyeron casi 400.000 hectáreas entre unos 88.000 campesinos, a una media de 4,5 hectáreas por explotación.

Un problema grave a resolver fue el de las tierras comunales que se encontraban secularmente en situación de litigio, por la gran imprecisión de sus límites. El Decreto 900 dispuso que en caso de conflicto entre municipios y comunidades agrarias las tierras serían adjudicadas a éstas en régimen de usufructo; si el litigio era entre particulares y comunidades, se resolvería en favor de ellas también, pero salvados los derechos de los particulares.

Los sucesos políticos acaecidos en junio de 1954, con el golpe de estado de Castillo de Armas, trajeron como consecuencia la congelación de la reforma agraria en Guatemala, promulgándose el 26 de julio del mismo año un Estatuto Agrario en el cual, tras liquidar y resolver las situaciones derivadas de la legislación anterior, se establecen unos principios básicos para ajustar en adelante la política agraria.

En el capítulo I del Estatuto se reconoce a todo ciudadano el derecho a obtener la tierra necesaria para su sustento, la cual será considerada como patrimonio familiar protegido y auxiliado por el Estado; será obligación estatal llevar a cabo una intensa colonización interior, reduciendo los baldíos y abriendo nuevas explotaciones, con obras de regadíos y vías de comunicación que hagan factible el fin propuesto. Se prohíbe expresamente toda forma de trabajo gratuito en el campo por ser hiriente para la dignidad del guatemalteco como hombre libre; se traslucen las difíciles condiciones laborales en el mismo precepto al consignarse que "jamás obligará a los trabajadores ningún compromiso de hacer labores o faenas a título de compensación por prestaciones de cualquier naturaleza".

En los capítulos II y siguientes del Estatuto de 1954 se reglamenta la situación transitoria entre la Ley de Reforma Agraria de 1952 y la que habrá de dictarse en su sustitución, debiendo citarse como norma posterior la Ley de Transformación Agraria promulgada mediante Decreto-Ley 1551 de 17 de octubre de 1962. Según dichas normas transitorias, los campesinos que recibieron parcelas, créditos y otros beneficios permanecerán en la posesión, uso y disfrute de los mismos, en idénticas condiciones.

Del informe de la FAO se desprende que una vez derogadas la Constitución de 1945 que hacía posible la reforma y la propia Ley de 1952, que inició la entrega de tierras, no puede hablarse ya de la existencia de una verdadera reforma agraria en Guatemala.

B) LAS REFORMAS DE LA DÉCADA DE LOS SESENTA

Consecuencia de la Carta de Punta del Este y de la Alianza para el Progreso es una serie de Leyes de reforma agraria que se publican en esta década y cuyo desarrollo posterior es bastante desigual, según los países y sus diversas circunstancias económicas y políticas.

Estas reformas tienen unas limitaciones que se señalan en el informe que emitió la FAO en 1966:

- La extensión de su aplicación real depende de la voluntad de los gobiernos y del volumen de recursos que deciden afectar a tales

finés. Es sabido que en Punta del Este no se impusieron normas rígidas a los Estados, sino que se consideró facultativa la intensidad con que cada uno de los países acometería la redistribución de la tierra.

- Tienen un carácter regional y fragmentario, confiando a Institutos y Organismos especializados la tarea de localizar y organizar la redistribución equitativa de las tierras.
- La función social de la propiedad es el lema básico para inspirar las Leyes, la doctrina y la práctica de las tareas de reforma agraria.
- Por lo general son los terrenos de dominio público o comunal, y después las propiedades privadas incultas, las que preferentemente suelen ser utilizadas para su redistribución.

Veamos, ya en detalle, algunas de las ordenaciones nacionales encuadradas en este apartado que hemos llamado “de los sesenta”:

1. *Ecuador*

Su Ley inicial de Reforma Agraria y Colonización fue aprobada por Decreto 1480 de 11 de julio de 1964, siendo derogada y sustituida por la nueva Ley de 9 de octubre de 1973.

La Ley de 1964 fue criticada porque, a pesar de sus grandiosos planteamientos de transformación progresiva de la tenencia de la tierra y de dar solución a los problemas rurales, sólo aportaba medios incompletos y bastante limitados. Por ello, se consideró insuficiente para borrar las enormes desigualdades existentes.

Esta Ley permitía expropiaciones de tierras por no cumplir la función social de la propiedad y contenía un plan de colonización de costes demasiado caros, motivando que su efectividad práctica fuese más bien modesta.

La nueva Ley de Reforma Agraria ecuatoriana de 1973 deroga a la anterior, así como las disposiciones sobre aparcería de 1968, la Ley de Cooperativas Agropecuarias y gran parte de la Ley de Procedimiento Agrario de 21 de junio de 1971. Quedó vigente, en cambio, la Ley de Tierras Baldías y Colonización de 1966.

El artículo 1.º de esta Ley de 1973 dice que la reforma agraria constituye un proceso de cambio gradual y ordenado de las estructuras agrarias en sus aspectos económico, cultural, social y político, por medio de operaciones planificadas de afectación y redistribución de la tierra, así como de los recursos de crédito, educación y tecnología, para alcanzar los objetivos que se señalan, entre ellos, la transformación de las condiciones de

vida del campesinado, redistribución del ingreso agrícola y organización de un nuevo sistema social de empresa de mercado.

Se considera que la tierra rústica no cumple la función social de la propiedad, según el artículo 24 de la misma Ley, cuando los predios están deficientemente explotados, cuando no se conservan los recursos naturales, cuando no se explotan directamente, cuando se produce acaparamiento de tierras y cuando no se cumplen las Leyes que regulan el trabajo agrícola.

Entre las medidas aplicables a estas fincas distingue la Ley ecuatoriana de 1973 entre:

- afectación, que es una limitación total o parcial del derecho de propiedad de las fincas rústicas que no cumplan con su función social;
- expropiación, que es la desposesión mediante precio fijado sobre la base de un avalúo catastral;
- reversión, que es volver los predios o parte de ellos a su antigua propiedad por haberlos mantenido inexplorados más de dos años;
- y extinción del derecho de dominio por mantener formas precarias de trabajo en la agricultura.

El interés por la creación de organizaciones campesinas de reforma agraria es uno de los aspectos de mayor novedad de la nueva Ley, que les dedica un capítulo entero. Por ello se recogen las tendencias doctrinales poco favorables a las adjudicaciones individuales y se acepta la nueva orientación reformista que se dirige, más bien, a las formas asociativas de producción, que permiten cumplir mejor con los postulados humanos y económicos preconizados por las reformas agrarias integrales clásicas. Así, en el artículo 68 se establece que las adjudicaciones de tierras y bienes que conforman una unidad de producción agropecuaria serán entregados en propiedad a organizaciones campesinas de cualquier tipo con personalidad jurídica, constituidas de conformidad con la Ley, a otras personas jurídicas ya existentes y, por excepción, a personas naturales, en este caso previa aprobación del Consejo de Coordinación Agraria; o sea, que las adjudicaciones colectivas serán la regla y las individuales la excepción.

2. Colombia

La reforma se regula por la Ley 135 de Protección Social y Reforma Agraria de 13 de diciembre de 1961 y el organismo especialmente encargado de realizarla es el Instituto Colombiano de Reforma Agraria, más conocido por sus siglas INCORA.

El INCORA, más que una auténtica reforma agraria, realiza estudios para una amplia valoración del territorio, lo que tiene gran interés, al menos en tres vertientes: introducción del regadío en buenas tierras aptas para recibirlo, estudios para la concesión de créditos supervisados en buenas condiciones para ayuda a las explotaciones familiares viables y la colonización de nuevas tierras para implantación de agricultores. Además otorga títulos de propiedad a los campesinos a quienes se han adjudicado tierras pertenecientes a la nación, con el complemento de importantes asistencias técnicas.

Estas tierras suponen ya un importante cupo del suelo nacional y han permitido el establecimiento de numerosos agricultores.

Además de esta atribución de tierras, el INCORA lleva a cabo una auténtico esfuerzo de desarrollo agrícola en materia de crédito y asistencia técnica, desarrollo de los cultivos y ganadería, organización de los mercados y creación y fomento de las cooperativas.

La Ley 100 de 1967 y la Ley 1 de 1968 han modificado en parte la Ley inicial 135 de 1961 de Reforma Agraria, con vistas a hacerla más operativa y eficaz. Así, se garantiza una duración de diez años, como mínimo, a los arrendatarios y aparceros, los cuales pueden convertirse en propietarios tras ese plazo; además, el INCORA garantiza a los actuales propietarios que sus tierras no podrán ser expropiadas durante el tiempo necesario para amortizar las inversiones que hayan realizado.

La reforma agraria colombiana ha situado a un cierto número de propietarios medianos y por otra parte han ayudado a modernizarse a las grandes haciendas. Se dice que no constituye una verdadera reforma en cuanto que no ha transformado de modo visible los estratos sociales y que no es suficiente porque aún existen campesinos sin tierra. Pero la verdad es que se está actuando con gran esfuerzo y dentro de las posibilidades nacionales, lo que ya es bastante.

3. *Venezuela*

Su Ley de Reforma Agraria es de fecha 5 de marzo de 1960, anterior, por tanto, a la Conferencia de Punta del Este. Acaban de cumplirse treinta años y el día 5 de marzo de 1990 se celebró un acto especial conmemorativo en el que intervinieron, entre otros, el Presidente de la República, doctor CARLOS ANDRÉS PÉREZ, y el que fuera Ministro de Agricultura al promulgarse la Ley, doctor VÍCTOR JIMÉNEZ LANDÍNEZ. La Universidad de los Andes de Mérida, en el número 21 de la revista *Derecho y Reforma Agraria*, ha recogido sus intervenciones y un completo estudio sobre estos

treinta años de actuación de la reforma agraria venezolana que han evaluado los doctores RAMÓN VICENTE CASANOVA, VÍCTOR JIMÉNEZ LAN-DÍNEZ, OSCAR DAVID SOTO y otros y al cual nos hemos de referir.

Hasta el momento de aprobarse la Ley de 1960 sólo se utilizaba una tercera parte del suelo rústico, o sea, unos treinta millones de hectáreas, repartidas en unas 400.000 fincas. De éstas, había unas 7.000 con superficie superior a las mil hectáreas, ocupando nada menos que veintidós millones de hectáreas, o sea, el 73 por 100 del total de tierra utilizada. En el otro extremo, 320.000 fincas inferiores a las 10 hectáreas, apenas sumaban 1.200.000 hectáreas, o sea, tan sólo el 3,5 por 100 de la superficie labrada.

Quedaban patentes, pues, unas defectuosísimas estructuras con una fuerte contraposición de latifundios y minifundios y la situación se agravaba con la existencia de gran número de “conuqueros”, campesinos sin domicilio fijo, cultivando primitivamente en roza mudadiza, ya tierras del Estado o privadas.

Sin embargo, Venezuela no sufre la misma presión demográfica rural que otros países del área por su riqueza petrolífera que le proporciona otros medios de vida y le suministra la mejor renta *per cápita* de Hispanoamérica. Esto hace que la necesidad de la reforma agraria no presente los mismos caracteres de urgencia que en los otros países. No obstante, se ha venido realizando sin pausas.

El Instituto Agrario Nacional, encargado de llevar a cabo la reforma agraria, se ha convertido en dueño de los antiguos ejidos o propiedades comunales y de los baldíos o tierras del Estado, los cuales han sido ocupados incluso sin título de propiedad y en ellos se asientan luego a las familias campesinas.

Estas familias establecidas se organizan de diversas formas. Existen algunas cooperativas y además, en mayor número, las llamadas “empresas campesinas”, organizaciones diferentes a las cooperativas, aunque guardan ciertas semejanzas con ellas, y que gozan de créditos dirigidos del Banco Agrícola y Pecuario.

Los asentamientos son de tres clases según la dimensión de las parcelas asignadas (de 5, 10 ó 15 has.) y en los tres casos se prevé una productividad para que una familia pueda gozar de una renta neta suficiente para cuando el asentamiento esté consolidado, es decir, cuando pueda funcionar sin ayudas públicas.

El Instituto Agrario Nacional, además de distribuir tierras, realiza diversos trabajos de infraestructura rural como viviendas, regadíos y vías de comunicación y desarrolla planes especiales para llevar a cabo cultivos y adquisición de maquinaria y ganadería, mediante importantes créditos que se aplican a estas finalidades.

Ya vimos las cifras de la contraposición latifundio-minifundio al comenzar la reforma. En 1971 se ha realizado una evaluación y de ella ha resultado que el número de fincas superiores a 1.000 hectáreas ha disminuido a 4.223, que aún concentran el 67 por 100 de la tierra disponible; en el otro ángulo se ha reducido a la mitad el número de fincas inferiores a 10 hectáreas, que son ahora unas 160.000 con una superficie de 2,2 por 100 del suelo agrícola.

De ello deducen los autores antes citados que los índices de concentración de la propiedad no han variado sustancialmente y resumen esta valoración de 1971 diciendo que la ejecución de la reforma agraria ha planteado en Venezuela nuevas realidades al sector agrario. Como elementos integrantes de la nueva problemática figuran el control latifundista sobre la tierra y la persistencia del minifundio, la ineficacia del esquema de dotaciones parcelarias, el control por los intermediarios de los canales del mercado, el acaparamiento de los recursos del crédito por los empresarios capitalistas, la insuficiencia de la población rural activa, la escasa capacidad humana de utilización de los recursos y la hegemonía de la agroindustria y del agrocomercio dentro del sector.

Como resumen habremos de decir que con distinta intensidad en cada una de las tres décadas que lleva la reforma agraria venezolana y aunque no haya conseguido la supresión del latifundismo, la labor del Instituto Agrario Nacional ha sido positiva, teniendo en cuenta los obstáculos a vencer. Uno de los más importantes es que, al lado de los polos opuestos de los grandes propietarios y los conuqueros, no ha existido un campesinado tradicional arraigado a la tierra, ya que los asalariados derivan más bien hacia el sector industrial, donde encuentran salarios más remuneradores y mejores condiciones de trabajo.

4. *Chile*

La primera Ley de Reforma Agraria fue la 15020, promulgada el 13 de noviembre de 1962 por el Presidente ALESSANDRI para responder a los compromisos contraídos por los países iberoamericanos en la Conferencia de Punta del Este.

En opinión de MARCELINO GAVILÁN (en su trabajo *La reforma agraria de Chile*), la Ley 15020 fue un cuerpo legal moderado, un tanto oscuro, que estaba en la línea de las legislaciones dictadas sin excesivo ánimo de aplicarlas. La prueba es que bajo sus directrices sólo se concedieron tierras a unas 1.500 familias.

Las tornas cambiaron con la llegada al poder del Presidente democris-

tiano EDUARDO FREI, quien quiso hacer "la revolución dentro de la libertad". Pese a la oposición que hubo de soportar, tanto desde la izquierda como de la derecha, consiguió la promulgación de la nueva Ley 16640 de fecha 16 de julio de 1967.

Antes, por medio de la Ley 16615 de 20 de enero del mismo año, había conseguido reformar el artículo 10 de la Constitución, introduciendo la ya clásica y genérica declaración sobre la función social de la propiedad y la más específica sobre el acceso de todos a la tierra, estableciendo dos preceptos concretos: uno referente al dominio nacional sobre todas las aguas y otro regulando la expropiación de predios rústicos. En este caso de expropiación, la indemnización sería la equivalente al avalúo de la contribución territorial más el valor de las mejoras, pudiendo pagarse parte al contado y el resto en plazo hasta treinta años.

La Ley 16640 de 16 de julio de 1967 es extensa, pues tiene 333 artículos y 24 disposiciones transitorias. En su artículo 1.º, siguiendo una técnica poco común, se establecen nada menos que veintitrés definiciones a los efectos legales, que no dejan de ser útiles para su mejor aplicación por los Tribunales. Se relacionan las condiciones de los predios expropiables y de los exentos, así como el sistema de indemnizaciones.

El procedimiento es bastante simple: La Corporación de Reforma Agraria —CORA—, organismo encargado de su aplicación, puede tomar posesión de los predios, aunque haya impugnaciones, con tal que deposite la parte de la indemnización fijada para pagar al contado; toda clase de cuestiones se somete a una jurisdicción agraria especial y sólo excepcionalmente pueden los Tribunales suspender esa toma de posesión por la CORA. En algunos casos, como en la expropiación por acumulación de la propiedad y en los predios de personas jurídicas, ni siquiera se admiten recursos judiciales.

En cuanto al destino y distribución de las tierras adquiridas, hay dos etapas: una preparatoria, que es el asentamiento, y otra definitiva, que es la asignación o adjudicación de la tierra en propiedad.

Durante un plazo de tres a cinco años, la propiedad de las tierras expropiadas permanece en la CORA, que instala a los campesinos en el predio expropiado, constituyendo un asentamiento, como etapa transitoria. En ella se explota la tierra, se prepara y capacita a los asentados, se impulsa el desarrollo de las comunidades, se promueve la capitalización y se construye la infraestructura necesaria para el desarrollo de la vida familiar y comunitaria, facilitando la explotación de la tierra por los futuros asignatarios. Se ha definido el asentamiento chileno como un contrato civil entre la CORA, que aporta el terreno y el capital, y los asentados o inquilinos, quienes aportan su trabajo.

Las asignaciones definitivas, como regla general, se hacen en dominio individual a los campesinos; la particularidad consiste en que el asignatario, cuando así lo determine la CORA, deberá pertenecer a una cooperativa. También cabe la asignación en "propiedad comunitaria", que pertenecerá en común a todos los que la trabajen o a una cooperativa formada por ellos, constituyendo una comunidad económica y humana. Hay una tercera posibilidad, regulada en la Ley de modo poco claro y es la llamada asignación mixta, que combina la asignación en propiedad y la cualidad de socio de una cooperativa asignataria.

El régimen jurídico de estas tierras asignadas es el habitual en estos casos: Mientras no se pagan totalmente, está prohibida la enajenación, el gravamen y la división de los lotes recibidos; verificado el pago sigue en pie la prohibición de dividir y ya son libres la enajenación y el gravamen.

La Ley Frei ha sido básica y fundamental para estimular la efectiva actuación de la CORA y el INDAP o Instituto de Desarrollo Agropecuario.

Según LE COZ, tras la victoria electoral del Partido de Unidad Popular en 1972 y al ser nombrado CHONCHOL ministro de Agricultura, se asistió a una radicalización de la reforma, no sólo acelerando el ritmo de las expropiaciones, sino también con una política de redistribución del poder, a través de la supresión de latifundios.

Dice el mismo autor que la radicalización de la reforma en Chile trajo consigo el origen de dos conflictos contradictorios:

- el peso de la superestructura de la CORA se aumenta y a veces los beneficiarios de los lotes no pueden soportarlo, y
- debido a actos espontáneos o conducidos por líderes, algunos campesinos procedieron en esta etapa socialista a la ocupación de tierras, pretendiendo su inmediata propiedad.

Dentro de su propia coalición gubernamental fue discutida la acción del ministro CHONCHOL, que representó a la llamada izquierda cristiana. Si bien se reconoce la rapidez en poner fin a los latifundios, se señala en contra el desfase y la lentitud de las actuaciones posteriores de la CORA.

Así pues, se han manifestado dos tendencias sucesivas en Chile: una, la del reformismo progresista que, obtenida la primera victoria de la reforma agraria de Frei, prestó atención a la necesidad de organizar la producción dentro de su nuevo marco, y la posterior, del socialismo agudizado, que alentó la movilización de las masas campesinas.

Todos sabemos cómo acabó la etapa de ALLENDE, con el subsiguiente período del general PINOCHET que frenó el brote revolucionario, sin que sepamos cuáles son las orientaciones del nuevo gobierno.

La última estadística oficial publicada es un tanto antigua, de 31 de diciembre de 1972, pero la damos: Señala que durante el gobierno Frei se expropiaron 1.408 fincas con 3.500.000 hectáreas en las que se instalaron 20.976 familias. Durante el gobierno Allende fueron expropiadas 3.570 fincas con 5.500.000 hectáreas de superficie, instalándose en ellas 33.522 familias campesinas.

5. *Perú*

La primera Ley de Reforma Agraria de este país se promulgó el 19 de mayo de 1964 y no respondió plenamente a la urgencia que demandaba la situación de la deficientísima estructuración de sus tierras, el ejemplo más vivo de desigualdad de toda Hispanoamérica.

Según el censo de 1961, sólo el 0,1 por 100 del total de propietarios poseían el 60 por 100 de las tierras cultivadas, mientras que el estamento de los minifundistas, 668.000 pequeños propietarios, que suponen el 83 por 100 de su número total, sólo disponían del 5,8 por 100 de la tierra en cultivo.

Además se calculó la existencia, por entonces, de 404.800 familias de obreros agrícolas sin tierra.

Con estos datos se comprende que en los primeros años sesenta se produjesen grandes agitaciones populares y, como consecuencia, hubo una pugna entre los partidarios de una reforma global que abarcase todos los estratos nacionales y entre aquellos otros que patrocinaban tan sólo una reforma parcial y selectiva.

Los miembros de la llamada Sociedad Nacional Agrícola, poderosa organización de los latifundistas, pretendían frenar todo movimiento reformista. La reacción de la masa campesina se manifestó de diversas formas, más o menos violentas, desde simples manifestaciones y ocupaciones temporales, hasta invasiones de fincas por sorpresa y con ánimo de permanencia.

La agitación adquirió caracteres graves en el valle de la Convención, donde los campesinos dirigidos por el troskista HUGO BLANCO se organizaron en una Federación Departamental que pretendía la propiedad de las parcelas que venían cultivando. Para acabar con las agitaciones, una junta militar se hizo con el poder en junio de 1962, entregándolo después al Presidente BELAÜNDE, bajo cuyo gobierno se promulgó la indicada Ley de Reforma Agraria 15037 de 1964.

Esta Ley ordenaba la cesión automática de los títulos de propiedad de las tierras llevadas de modo indirecto en beneficio de sus cultivadores: “yanconas, aparceros, arrendires, allegados, colonos y demás feudatarios”

con un límite de 15 hectáreas en el litoral y 30 hectáreas en la sierra. Se señalaban los límites de las fincas expropiables, quedando excluidas las propiedades de empresas de transformación industrial de productos agrícolas; de este modo, las plantaciones de caña de azúcar no quedaban afectadas por la Ley.

La adjudicación de las tierras se efectuaba en favor de los colonos más precarios, los cuales recibirían una unidad agrícola familiar de superficie variable. También se hacían adjudicaciones en favor de comunidades a título colectivo. Se preveía asistencia técnica, económica y social en favor de dichos adjudicatarios.

El aspecto más positivo de esta Ley consistió en la supresión de todo tipo de servidumbre personal de trabajo que antes era lo normal en el régimen feudal de las haciendas. En cambio, el traspaso de propiedad a la masa campesina era parcial y muy limitado, si se tiene en cuenta que las plantaciones azucareras, las más importantes y valiosas, quedaban fuera de toda afectación y, por otra parte, ocurría igual en casi todos los grandes dominios; con ello se desaprovechaban gran parte de las posibilidades de nuevas instalaciones de campesinos.

Ante la escasa eficacia probada de la Ley de 1964 y producido un nuevo cambio político, el gobierno del Presidente VELASCO ALVARADO promulgó el 24 de junio de 1969 una nueva Ley más enérgica y radical que las de todas las naciones hermanas, si se exceptúa Cuba.

La primera actuación de la nueva reforma agraria peruana fue realmente impresionante y planeada como una auténtica operación militar, en opinión de MARCELINO GAVILÁN, en su trabajo *Las nuevas tendencias de la reforma agraria en Iberoamérica*. En pocos días se ocuparon unas 550.000 hectáreas, incluyendo a la vez los complejos agroindustriales, principalmente los de caña de azúcar, algunos de muy apreciable eficiencia económica. La explicación oficial fue terminante: "Esperaban que empezásemos la reforma por las tierras peores, para después hablar del fracaso de la reforma; empezamos por lo mejor y con lo que representa la mayor concentración económica y de poder". Y el mismo Presidente VELASCO, al anunciar la Ley, atacó de frente a la minoría económica dominante con fuertes invectivas: "La nueva Ley agraria será aplicada con justicia y equidad, pero al mismo tiempo será ejecutada de manera inflexible, sin temor de la oligarquía antipatriota... Comunicamos a esta oligarquía que estamos decididos a utilizar toda la energía necesaria para aplastar todo sabotaje de la nueva Ley, así como cualquier intento de perturbar el orden público".

En la medida influyeron, además de los motivos económicos, las razones políticas, especialmente la de que los trabajadores de los complejos

azucareros estaban sindicados y fuertemente politizados bajo el patrocinio del partido Aprista, adversario del Gobierno y defensor de los intereses de los terratenientes. Así, decapitando de entrada las fuerzas más poderosas, se impedía su reacción a las reformas planteadas.

Las expropiaciones se extendieron después a grandes latifundios de los departamentos de Puno y Judin, con una superficie cercana a las 170.000 hectáreas.

La nueva Ley de 1969, a la hora de las adjudicaciones de tierras, se inclinó abiertamente por la forma colectiva y en favor de las cooperativas, a la que se favorece con ayudas y créditos baratos. Esta preferencia ha originado un marco muy amplio a la regulación del cooperativismo, estableciendo tres tipos principales: cooperativas agrarias de producción, de concentración parcelaria y de servicios. Todas ellas se integran en federaciones, en las que también entran las cooperativas formadas sobre las propiedades comunales.

Con estas medidas se trata de interesar a los propios campesinos en las tareas de la nueva estructuración agraria, mediante la creación de las llamadas Sociedades Agrícolas de Interés Social (SAIS), que se configuran como núcleos autoadministrados de empresas campesinas.

Uno de los ejemplos más llamativos y espectaculares fue la SAIS Tupac Amaru, creada en la provincia de Janin en 1970, englobando casi 400.000 hectáreas, mediante la fusión de las tierras procedentes de la expropiación de 13 haciendas y las pertenecientes a 16 comunidades indias. La nueva unidad agrupaba alrededor de 15.000 personas, integrantes de 2.927 familias de las comunidades y otras 189 familias de antiguos obreros de los latifundios expropiados. Desconocemos la situación actual de esta SAIS.

La publicación *The Economist*, en su número de 19 de agosto de 1969, enjuiciaba así estas actuaciones: "En términos ideológicos, la reforma agraria peruana se sitúa entre la de México y la de Cuba. Su esquema de redistribución hace que sea más radical que la mexicana; y su contenido no socialista sino cooperativista, hace que sea menos radical que la de Cuba. Su carácter es eminentemente sociopolítico: instrumento de transformación de la estructura agraria que garantiza la justicia social en el campo. De ninguna manera se trata de una reforma socialista."

No cabe duda, por otra parte, que la reforma fue concebida con miras a la distribución de tierras para solucionar el urgente problema social, sin preocuparse demasiado de cuestiones técnicas ni del aspecto de la productividad. La oposición de izquierdas consideraba que esta Ley de 1969 trata de imponer una reforma agraria conseguida desde arriba y a través de un "populismo militar". El éxito de esta singular reforma dependerá de lo que

se realice para cambiar el conjunto del campesinado, dando solución además a otros problemas de economía global, desarrollo industrial y relaciones con el mercado mundial.

Perú atraviesa últimamente una época de crisis económica y de nuevo han aparecido los brotes insurgentes de la banda "Sendero Luminoso". Ojalá acierte el actual Presidente FUJIMORI a solucionar los problemas.

6. *Honduras*

El Decreto-Ley 127 de 14 de junio de 1963 contiene la regulación normativa de una reforma agraria que no ha resultado demasiado efectiva en la práctica.

El doctor JOSÉ MENÉNDEZ HERNÁNDEZ, Registrador de la Propiedad español que anduvo por aquellas tierras, estudió a fondo la norma y la realidad de la reforma en Honduras, plasmando todo en un completo libro, editado por el Instituto de Cultura Hispánica en 1971, al que vamos a seguir.

En una impresionante introducción, donde pinta de mano maestra la indigencia, que califica de extremada penuria, de la vida de aquellos campesinos, se duele de que aún haya países que sólo favorecen hacia el exterior la reforma agraria desde la impasibilidad de sus textos legales, pero no la acometen de verdad ni la fomentan con medidas eficaces y reales.

Textualmente dice que en Honduras, en un presupuesto nacional cifrado para 1969 en 215 millones de lempiras, la asignación para realizar la reforma agraria viene señalándose desde 1962 en la suma congelada de 2 millones de lempiras anuales, monto que en muchos años se han limitado a un solo millón. La proporción de lo que se destina a estos fines agrarios es muy exigua: prácticamente sólo un 0,90 por 100 si se cumplen los compromisos presupuestarios.

Tras esbozar el esquema general de la política jurídica que debe presidir un texto de reforma agraria integral y las directrices fundamentales teóricas de estas transformaciones, el doctor MENÉNDEZ entra a estudiar el texto legal de Honduras.

En su artículo 1.º se dice que la reforma agraria tiene por objeto no sólo la transformación de la estructura social agraria, sino también la incorporación del pueblo hondureño al desarrollo económico de la nación.

La función social de la propiedad aparece repetidamente en la Ley como motivo determinante central y básico. Así, en el artículo 3.º se declara de utilidad pública la proscripción del latifundio y en el 7.º se

obliga a todo propietario a explotar de modo eficiente la tierra que le pertenece y a cumplir fielmente las Leyes relativas al trabajo agrícola asalariado y las fiscales relativas a la propiedad territorial. El incumplimiento de estas obligaciones se sanciona en el artículo 10 con la pérdida de toda posible causa de inafectabilidad que pudieran disfrutar esas tierras. La idea se refuerza y generaliza en el artículo 8.º, el cual establece que las tierras en la que no se cumpla la función social de la propiedad pueden ser objeto de expropiación por parte del Estado. En el artículo 9.º se trata de combatir la explotación indirecta, considerada como contraria a los principios de la función social; aquí se incluyen los contratos de arrendamiento, aparcería o cualquier clase de colonato, pero se admiten los contratos de sociedad que celebre el propietario con quienes aportan capital. Cuando las tierras cumplen su función social sólo podrán ser expropiadas si concurren causas de necesidad o utilidad pública o de interés social.

La distribución de la tierra, característica de todas las legislaciones reformistas, se recoge en el artículo 2.º de la Ley de Honduras con este texto: Se declara de utilidad pública la distribución equitativa de la tierra en extensiones económicamente explotables para que, con sus productos, puedan las familias rurales aptas para trabajos agrícolas o pecuarios atender a sus necesidades materiales y morales y cooperar a la producción agrícola nacional.

El artículo 3.º que declara la proscripción del latifundio es incompleto, pues, como muy bien señala el doctor MENÉNDEZ, sólo se dice que es latifundio toda extensión de tierra que sobrepasa el límite marcado por la Ley como propiedad que pueda poseer una persona o sociedad; pero luego tal límite no aparece cuantificado en ningún otro precepto de la misma ni de otra Ley, por lo que se produce un vacío normativo que hace prácticamente inaplicable el precepto en cuanto a sus consecuencias.

La Ley hondureña reconoce expresamente el derecho de propiedad de las comunidades indígenas sobre las tierras que actualmente disfrutaban, ya estén tituladas o por simple ocupación inmemorial (art. 4.º). En esto coincide con todas las Leyes reformadoras de Hispanoamérica, que continúan en este punto una tradición que se remonta a las disposiciones de las Leyes de Indias españolas.

El libro del doctor MENÉNDEZ, titulado *Problemática jurídica de las reformas agrarias integrales*, contiene un completo estudio de la Ley de Honduras como se ha dicho; a lo largo de catorce capítulos, llenos de doctrina, expone su trabajo, que no es posible resumir aquí con la amplitud que quisiéramos: En el capítulo III se estudia el Instituto Nacional Agrario, que es el organismo propio para estas operaciones; en el IV se detallan cuáles son los inmuebles afectos a la reforma agraria; en el V, su

expropiación y en el VI el impuesto sobre tierras incultas. En los capítulos VII, VIII y IX se estudian, respectivamente, quiénes son los beneficiarios de la reforma agraria, sus derechos y obligaciones y el régimen de las dotaciones de tierras. El crédito agrícola y los problemas de la extensión y comercialización agrarias y los contratos agrícolas son contemplados en los capítulos X, XI y XII. El capítulo XIII se refiere a los recursos naturales y, por último, en el capítulo XIV se estudian los tribunales especiales y el Registro y Catastro Agrarios.

Una Ley asépticamente casi perfecta, pero también casi inaplicada. Así lo testimonia el doctor MENÉNDEZ en su libro, donde expresa su vivo deseo de que se imprima mayor efectividad y celeridad a la reforma agraria, con el fin de facilitar el acceso a la propiedad a los "sin tierra". Dice que para éstos, generación tras generación, el dominio ha sido un espectáculo de ajena pertenencia y nunca una titularidad propia de signo doméstico.

7. *Panamá*

La Asamblea Nacional de Panamá aprobó el Código Agrario por Ley 37 de 21 de septiembre de 1962, la cual es, por su contenido, un verdadero código de reforma agraria y ordenación rural, expresando su propósito de la reforma agraria integral en su artículo 1.º.

Es un extenso cuerpo de 504 artículos, divididos en 19 títulos.

Además del objetivo de la reforma agraria integral, en el artículo 1.º se señala la abolición del acaparamiento de la tierra, resolviendo los problemas del hombre del campo bajo las normas de la justicia social, asegurándole una distribución equitativa de las tierras, justas condiciones de trabajo y la plena garantía de la propiedad privada.

El legislador panameño proclama a continuación la función social de la propiedad, estableciendo sus consecuencias: aprovechamiento total y efectivo de la tierra (art. 4.); utilización racional de los recursos naturales; agrupación de campesinos para que gocen de servicios públicos (art. 6), la aplicación de sus disposiciones a las comunidades indígenas (art. 10), la regulación de los contratos de trabajo en el campo asegurando la dignidad de los empleados (art. 14) y la planificación por el Estado para lograr la incorporación de los medios rurales a la economía nacional (art. 19).

Los títulos I, II y III regulan todo lo relativo a la propiedad, la adquisición y la distribución de la tierra. Después de determinarse cuáles son las tierras sujetas a la reforma, se organiza la propiedad privada pero con las limitaciones de su función social, estimándose contraria a la misma la existencia de tierras incultas y los sistemas indirectos de cultivo. En el

título II se prevé la adquisición de tierras de propiedad privada por el Estatuto mediante su expropiación o por compra o permuta. El título III regula minuciosamente la distribución de tierras, señalando las circunstancias que han de concurrir en los solicitantes de parcelas y el orden de preferencia de los mismos.

El artículo 144 dice que se fomentará la creación de colonias agrícolas, como medio para aumentar la producción, crear centros de población, evitar la dispersión del campesino, integrar diversos grupos regionales o nacionales, elevar el nivel de vida de los agricultores y aprovechar las energías colectivas de la comunidad.

Los artículos 216 a 218 tratan de los que se encuentran ocupando tierras privadas o estatales sin que medie autorización expresa de los propietarios o autoridades, resolviendo su situación actual y prohibiendo en el futuro nuevas ocupaciones en precario.

Se realizará un inventario de tierras y aguas de la nación y este Catastro no sustituye ni interfiere al Registro Público de la Propiedad (arts. 405 y siguientes).

Las especiales características de Panamá y la evidente influencia norteamericana hacen que los problemas agrarios no sean los principales de la nación. Por ello, junto a un código agrario completo, no aparecen medidas de gran efectividad en las estructuras del campo.

8. *Costa Rica*

El artículo 17 de la Constitución de Costa Rica de 1917 es, sin duda, el prototipo de los más individualistas pronunciamientos del dominio individual y privado. Dice que “la propiedad es inviolable y nadie podrá ser privado de ella sino en virtud de sentencia judicial y por causa de utilidad pública, previo pago del precio actual y de los daños y perjuicios”.

Y sigue diciendo que “ninguna Ley podrá disponer que la propiedad particular pase a ser del Estado en caso de que se atribuya por su dueño un valor inexacto para efectos de tributación y de que el Estado, por sí o por medio de tercero, ofrezca tomarla por el avalúo y una bonificación cualquiera”.

Pero una cosa es esta declaración, que bien podría ser considerada como una reminiscencia o un agonizante grito de tinte decimonónico, y otra las fuertes realidades y las tendencias de la actualidad. La Constitución vigente de 7 de noviembre de 1949 modifica tan tajante principio.

Costa Rica es también uno de los países donde el bajo nivel de vida y las desigualdades en la distribución de la tierra imponen medidas a tomar de modo inaplazable.

Por ello se sumó también a los compromisos internacionales adquiridos en la Conferencia de Punta del Este y hubo de promulgar el 4 de octubre de 1962 su Ley relativa al régimen del suelo y a la colonización, que, hay que reconocerlo, orilla un tanto las disposiciones constitucionales que hemos reseñado.

Las normas de esta Ley son bastante análogas a la generalidad de los países del área que venimos resumiendo. Como ellas, llenas de buenos deseos y basándose en la tópica función social de la propiedad.

También, por desgracia, siguen parecidos canales de escasa eficacia a la hora de conseguir logros que se manifiesten en un efectivo cambio de las penosas condiciones de vida de los pequeños campesinos y de los asalariados sin tierra.

C) LA EXPERIENCIA MARXISTA

1. *Cuba*

La faceta fundamental de esta especial reforma agraria es la política y por ella empezamos. La Constitución de 24 de febrero de 1976 proclama en su artículo 5.º que el Partido Comunista de Cuba, que se autodefine como vanguardia organizada marxista-leninista, es la fuerza dirigente superior de la sociedad y el Estado, que organiza y orienta los esfuerzos comunes hacia la construcción del socialismo y el avance hacia la sociedad comunista.

Congruente con estos principios y siguiendo a sus modelos, tras declarar que en Cuba rige el sistema de economía basado en la propiedad socialista de todo el pueblo sobre todos los medios de producción, determinada en el artículo 15 que “la propiedad estatal socialista, que es la propiedad de todo el pueblo, se establece irreversiblemente sobre las tierras que no pertenecen a los agricultores pequeños o a cooperativas integradas por los mismos, sobre los bosques, las aguas, los centros azucareros... y cuantos bienes hayan sido nacionalizados y expropiados a los imperialistas, latifundistas y burgueses, así como sobre las granjas del pueblo fomentadas o adquiridas por el Estado”.

A diferencia de China, donde se ha borrado toda iniciativa privada, en Cuba “el Estado reconoce la propiedad de los agricultores pequeños sobre sus tierras y otros medios e instrumentos de producción” (art. 20). Se “autoriza”, más bien se les manda, a estos pequeños agricultores a asociarse en cooperativas, reconociéndose la propiedad colectiva de los campesinos asociados en ellas. El agricultor pequeño tiene derecho a vender la

tierra, pero precisa autorización de los organismos competentes y, en todo caso, el Estado tiene derecho preferente a la adquisición mediante el pago de su justo precio (art. 21).

La experiencia de Cuba ha suscitado la atención de políticos, economistas y sociólogos, aunque parece que vale más como ensayo de una específica lógica revolucionaria que como producto exportable. Su punto de partida fue una situación de bloqueo íntegro de la vida cubana por la colonización económica ejercida por los Estados Unidos: el ejército revolucionario entraba en La Habana el 22 de enero de 1959 y al definir las bases para la organización del país, el régimen castrista tropezó con la oposición y el bloqueo norteamericano, lo que le hizo derivar abiertamente al comunismo para recibir el apoyo de Rusia.

Por ello de la Ley puramente reformista inicial de 17 de mayo de 1959 se pasa al fuerte giro impuesto por la lógica del movimiento revolucionario, tomando el gobierno directamente los resortes de la economía y en especial del sector agrícola.

Esta política se concretó en 1961 en la creación de las granjas del pueblo, posesiones del Estado en la que los trabajadores son puros asalariados y no participan en el reparto de beneficios, correspondiendo la dirección a un administrador nombrado por el Instituto Nacional de Reforma Agraria.

Lo esencial de la reforma agraria cubana, regulada ya por la nueva Ley de 3 de octubre de 1963, consistió en la nacionalización y adjudicación al Estado de todas las explotaciones de más de cinco caballerías, equivalentes a unas 67 hectáreas. Se ocuparon más de 2.000 explotaciones con una superficie de 1.800.000 hectáreas en las que, aparte unas 300.000 hectáreas de plantaciones de caña, se incluyeron las mejores tierras; de este modo el Estado domina prácticamente el sector, teniendo en su manos más del 70 por 100 de la superficie de cultivo de la Isla.

FIDEL CASTRO no se recató a la hora de justificar esas medidas confiscatorias: se trataba de suprimir la burguesía rural "que no marchará jamás con la revolución y que hace sabotaje". A partir de ahora, dijo, no habrá más propiedades que las de las granjas del pueblo y la de los pequeños y medianos agricultores. Además, estos agricultores modestos han quedado obligatoriamente organizados dentro del cuadro de la Asociación Nacional de Pequeños Agricultores y sometidos, por tanto, al más férreo control.

Pese al entusiasmo humano desplegado, LE COZ analiza en su libro citado los poco halagüeños resultados obtenidos, que dicho autor achaca a las malas condiciones y a la precipitación con que se realizó la integración agroindustrial sin contar con los preparativos indispensables para el éxito de la experiencia.

El mayor problema práctico era si las tierras de las multinacionales y en general de los latifundios serían repartidas entre los agricultores. Al final prevaleció la tesis de conservar intactas las unidades eficientes de explotación, poniéndolas, como hemos visto, bajo la administración directa del Instituto Nacional de Reforma Agraria. Para los antiguos asalariados esto significaba simplemente un cambio de dueño y nada más, con la desventaja de que el Estado comunista suele ser un patrón bastante más duro que cualquier particular.

Con esta "reforma", los sin tierra han salido perdiendo. La fuerte crisis económica y social de Cuba dice poco en favor de la experiencia marxista.

2. *Nicaragua*

Su Ley inicial de Reforma Agraria se promulgó el 19 de abril de 1963, mediante Decreto 797, que podía catalogarse dentro de la órbita general de las resultantes de los acuerdos de la Carta de Punta del Este y con unas directrices más bien moderadas. En la realidad quedó inoperante, dado el factor adverso que suponía la influencia que ejercían por aquellos años el clan Somoza y sus allegados.

Con la caída de SOMOZA de la Presidencia, llega a Nicaragua el sandinismo y con él la experiencia marxista, casi calcada de Cuba.

El movimiento popular sandinista asumió el poder, después de una lucha armada, en julio de 1979. En ese año emitió una serie de decretos y se tomaron algunas medidas como la confiscación de tierras y otros bienes a las personas y empresas comprometidas en el régimen depuesto que señalan el comienzo del proceso de reforma agraria en el país. Se estableció el Instituto Nicaragüense de Reforma Agraria y se intentó organizar el Estado, la producción y los servicios que pasaron a ser del Área Propiedad del Pueblo (APP).

Se redacta un "Programa en beneficio del Pueblo", mediante el cual se pretende "activar y elevar la producción, dentro del marco de la satisfacción de las necesidades básicas del pueblo". Esto significa "elevar la producción distribuyendo el ingreso. Desde esta perspectiva se favorecerá el consumo popular en vez del suntuario y el consumo social en vez del individual". La construcción del nuevo Estado implica un "intenso proceso de democratización del aparato estatal, a través de la integración y participación creciente de las organizaciones populares en el diseño, implementación y control de las metas propuestas en el Programa".

Se trata "de unir a los trabajadores asalariados con los pequeños productores y artesanos, con profesionales y técnicos en una sola y férrea

unidad popular. De integrar el empresario patriota, ofreciéndole el apoyo estatal necesario para reactivar la parte que le corresponde en las metas de producción previstas en el programa". "El pueblo, el Gobierno, la empresa privada y la comunidad internacional deben ser conscientes de esta situación, para que la colaboración unitaria de todos los nicaragüenses y la solidaridad internacional permitan una superación rápida de la misma."

"La construcción de una sociedad más justa e igualitaria sólo será posible a través de la consolidación y avances del proceso revolucionario. Por ello, la reactivación y la transición hacia una nueva economía son tareas complementarias".

En lo que se refiere a la reorganización de la tierra, el 20 de julio de 1979, por Decreto 3, se estableció la confiscación de las propiedades de la familia Somoza y demás personas en el poder, incluyendo los que hubiesen abandonado el país a partir de septiembre de 1977. El Decreto 38 amplió el círculo de las personas sujetas a confiscación para incluir las allegadas al somocismo.

De esta manera ya a fines de 1979 y principios de 1980 la tenencia de tierras se había modificado de manera considerable. En 1978 un 86 por 100 estaba en manos de empresarios y el 14 por 100 lo tenían pequeños propietarios. A finales de 1979 el grupo de terratenientes disponía del 64 por 100 de las tierras mientras que los pequeños propietarios continuaban con el 15 por 100 y el 22 por 100 (1,2 millones de has.) pasó al área de propiedad del pueblo. Estas tierras son administradas por empresas del Estado y se ha trasladado una parte de ellas a cooperativas y campesinos sin tierras. Parte importante de las tierras confiscadas eran unidades integradas en empresas agroindustriales o agrocomerciales, por lo que se consideró oportuno mantenerlas como unidades productivas administradas por el Estado. La presión del campesinado en demanda de tierra y la existencia de latifundios y tierras ociosas hizo tomar medidas adicionales posteriormente, como la reforma de los arrendamientos, la reglamentación sobre la propiedad de la tierra, y el reparto de tierras privadas y estatales.

A mediados de 1980 el Decreto 230 establece el control de los arriendos de tierra. Las utilizadas para granos básicos y otros productos destinados al consumo interno pagarían una cantidad no mayor de cien córdobas al año y las utilizadas para algodón y otros artículos de exportación pagarían anualmente trescientos córdobas. Antes de dictarse este decreto los dueños de la tierra percibían entre mil quinientos y tres mil córdobas según el precio de algodón en el año. En los arriendos para granos básicos se presentaban diversas modalidades de pago, ya que podían ser en especie, en trabajo, en efectivo o una mezcla, por las cuales el dueño de la tierra percibía entre 400 y 700 córdobas por el período de la cosecha. En otras

palabras, las modalidades prevalecientes de mediería y aparcería se convirtieron en arrendamiento.

Con la promulgación de la Ley de reforma agraria a fines de 1981, se reglamentaron formas precarias de tenencia. Se estableció que "son afectables por la reforma agraria tierras bajo arrendamiento, aparcería, mediería, colonato, precarismo o formas similares". Estas tierras pasarían a manos del Estado, el cual las distribuiría fundamentalmente bajo formas cooperativas a los pequeños productores que las trabajaban, tratando de mantener la mayor compactación de las mismas. Se estableció además que son afectables por la reforma agraria "las tierras ociosas deficientemente explotadas y en abandono", las cuales pasarían al Estado, quien las mantendría en el área propiedad del pueblo o constituiría cooperativas, según las circunstancias.

La Ley de Reforma Agraria establece una superficie inafectable de 500 manzanas para la zona del Pacífico y el departamento de Matagalpa, y de 1.000 manzanas para el resto del país. Se promovió la entrega de tierras con título de reforma agraria principalmente a cooperativas asentadas en tierras de propiedad del pueblo o en las privadas que hubieran pasado el proceso de afectación.

Se dio prelación al otorgamiento de tierras a los campesinos pobres que se encontraban en situación de mediería (colonato y otras formas de precarismo). A éstos se les completaba el área de tierra o se les mejoraba en calidad. Se hicieron también entregas individuales, considerando que esta forma es necesaria por ahora hasta alcanzar fines y formas asociativas de producción.

Con arreglo a los programas de colonización, a mediados de 1982 se cedió tierras y promovió el traslado a ellas de comunidades misquitas que estaban localizadas en el río Coco, en tierras agotadas y no aptas para la agricultura y que además corrían el peligro de enfrentamientos armados entre el ejército sandinista y los movimientos armados de nicaragüenses provenientes de Honduras. Las comunidades del río Coco fueron trasladadas a tierras de vocación agrícola y ganadera situadas en la región de Kukalaya en donde se les está otorgando la infraestructura habitacional, de educación, salud e higiene, además de los recursos financieros e insumos requeridos para la producción.

En la primavera de 1990 el régimen sandinista fue derrotado en las urnas, eligiéndose Presidenta de la nación a doña VIOLETA CHAMORRO. Con ello termina la experiencia marxista en Nicaragua. Es de suponer que se modifiquen las directrices anteriores. Popularmente se habla de "devolver la piñata", para indicar el probable reintegro de las tierras ilegalmente adjudicadas a organizaciones afines. Pero aún no se sabe el alcance de las medidas concretas a adoptar.

IV. RESULTADOS OBTENIDOS

Una frase popular española dice que cada uno cuenta la feria según le ha ido en ella. Es muy difícil emitir con acierto un juicio sereno, a gusto de todos, que resuma un fenómeno tan complejo como las reformas agrarias hispanoamericanas.

Dadas las particularidades de cada uno de los países implicados, no es posible aventurar un juicio conjunto. Incluso haciendo los convencionales apartados de reformas de origen revolucionario, nacidas de Punta del Este o de tinte marxista, se corre el riesgo de incurrir en generalizaciones poco válidas.

El venezolano doctor RAMÓN VICENTE CASANOVA, en su ponencia presentada al Coloquio Internacional sobre Reforma Agraria, convocado por el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México, en 1990, hace un resumen genérico un tanto pesimista de los últimos treinta años de las reformas agrarias iberoamericanas. Dice que, a partir de la Conferencia de Punta del Este, en la que la Alianza para el Progreso recomendó procesos reformistas, aquellos países pretendieron volver a la tierra y apoyarse en ella para lograr su recuperación económica; se repartieron tierras, constituyendo asentamientos “y cuando ya lográbamos más o menos el cincuenta por ciento de las dotaciones previstas —sigue diciendo—, se nos metió la agricultura capitalista, nos modernizó los latifundios y nos sometió a la coyunda de la agroindustria, que es tanto como decir el capital extranjero, ya que sus empresarios responden a las inversiones e iniciativas de grupos transnacionales”. Desolado, el doctor VICENTE CASANOVA dice que “la reforma agraria se nos vino abajo, ante el reclamo de nuevos ideólogos a quienes no les interesa el problema social agrario sino la producción; y hoy, abandonados los campesinos a su suerte, siguen buscándola en las ciudades y de agricultores pasan a marginados”.

Las tres décadas de reformas, desde Punta del Este a la actualidad, quedan así resumidas por el autor que venimos citando: A partir de 1960 y durante toda esa década, el agro hispanoamericano vivió una etapa de actualización histórica a impulso de la Alianza para el Progreso y su estímulo a las reformas agrarias. Mas ya en los años setenta, ese impulso se había diluido por completo; no obstante, la agricultura adquirió importancia renovada a consecuencia de alzas en sus precios. Y la década de los ochenta, en los diez últimos años de la reforma agraria, ha constituido un “decenio perdido” en cuanto tiene de recesiva y desequilibradora de las economías del subcontinente en relación con las de los países avanzados. Además, la caída de los precios de los productos agrícolas y, en conse-

cuencia, el predominio del valor de las importaciones sobre el de las exportaciones, trajo consigo un desaceleramiento del desarrollo y un incremento de la deuda externa.

Para salirnos de tan excesiva generalización, intentaremos hacer un balance más detallado de los resultados obtenidos, tanto en las facetas económica y social como en la jurídica.

A) ASPECTO ECONÓMICO-SOCIAL

El informe del comité especial de la FAO sobre reforma agraria, por haber sido elaborado cuidadosamente por técnicos capacitados e imparciales, nos proporciona una buena base de datos que vamos a resumir.

En cuanto a *México*, se dice que la distribución de tierras se ha venido cumpliendo, con diversos grados de intensidad, con un considerable ensanche de las superficies cultivables, extendiendo los regadíos; la distribución se considera que está casi concluida y no son de esperar en un próximo futuro modificaciones esenciales en la estructura de la tenencia, que presenta la dicotomía propiedad ejidal-propiedad privada. Han aumentado el desempleo y subempleo rurales, la presión sobre la tierra ejidal y la práctica ilegal de dar parte de esta tierra en arrendamientos a empresarios privados. La estructura actual del ejido no favorece la capitalización; hay atrasos en la organización cooperativa y la demora en perfeccionar los registros de tierras adjudicadas producen efectos negativos en las inversiones. Como dato positivo, el informe reconoce que la construcción de obras de infraestructura y la introducción de avances tecnológicos han aumentado la producción agrícola hasta enjugar el déficit de algunos productos de gran consumo.

La radical reforma agraria *boliviana* con la distribución de tierras a los campesinos y la abolición de los colonatos, puede decirse que quedó casi cumplida con su empujón inicial y antes de 1970. Sin embargo, la expedición de títulos, como ya se dijo, marcha con lentitud. Las asociaciones campesinas impulsan el proceso de regularización de las expropiaciones y se va cumpliendo un amplio programa de desarrollo comunitario; en cambio, no puede decirse que exista un movimiento cooperativista bien articulado ni una organización de servicios auxiliares y de tecnificación de la agricultura a escala importante. Se ha puesto en marcha un programa de colonización y desarrollo agrícola de tierras vírgenes.

La reforma agraria *cubana* está ligada al cambio radical de su régimen político y socioeconómico. La comisión redactora del informe de la FAO confiesa no contar con información suficiente para formarse un razonado

concepto sobre la productividad obtenida, tanto por hombre como por unidad de superficie. Por ello se limita a constatar que a partir de 1963 sólo existen dos sectores en la economía agrícola cubana: las cooperativas azucareras y las llamadas granjas del pueblo, que en realidad son granjas estatales todas ellas. Los campesinos con menos de 67 hectáreas se han de agrupar en la Asociación Nacional de Agricultores Pequeños, con vinculación al movimiento revolucionario. La capitalización del sector agrícola sólo se encauza a través del mecanismo estatal. El desempleo total parece haber sido eliminado a base de las reformas de la explotación agrícola y del desarrollo industrial. El efecto de la reforma agraria sobre toda la estructura económica del país ha sido muy directo y de trascendentales alcances.

El informe de la FAO enjuicia conjuntamente las reformas agrarias en *Colombia, Chile y Perú*, quizá por sus resultados análogos. A pesar de los inconvenientes creados por algunas normas legales, se adquirieron superficies de alguna consideración, registrándose un buen grado de vinculación a los procesos de reforma por parte de asociaciones de campesinos, apoyadas por distintos partidos políticos. En *Perú* el desarrollo de la reforma pareció en principio menos visible porque la Ley exceptuaba prácticamente de afectación las tierras regadas donde se origina la producción agrícola exportable, pero un cambio político hizo que el nuevo estatuto fuera mucho más radical afectando también a los recursos hidráulicos. Se prevé un buen fin a la reforma de la tierra en los tres países, con la desaparición de los latifundios y la coexistencia con la pequeña y mediana propiedad de varias formas de explotación como cooperativas de explotación y granjas estatales.

Los frecuentes cambios políticos en estos países tienen una indudable influencia en la marcha de los respectivos procesos. En *Chile* hay encontradas corrientes sobre la estructura definitiva de la tenencia y de las unidades de producción. Generalmente, los asentamientos se explotan de modo colectivo y con fuertes apoyos financieros estatales y la opción más frecuente es adjudicar la tierra a entidades corporativas y que las grandes fincas sólo aptas para explotaciones pecuarias se conviertan en granjas estatales. En *Perú* las grandes empresas azucareras de la costa pasaron a manos de las cooperativas de trabajadores; ha habido gran número de asignaciones individuales y otras a cooperativas de la tierra o a las sociedades pre-cooperativas llamadas SAIS, a las que ya nos hemos referido.

Tanto en *Perú* como en *Chile* y *Colombia*, los movimientos de reforma han estado acompañados por acciones de desarrollo rural y un considerable incremento de los recursos financieros que se dedican al sector campesino, pero en el último de estos países la cantidad de tierra adquirida por

compra o expropiación ha sido escasa. Los trámites demasiado complejos que establecen las Leyes y la fuerte resistencia de importantes sectores políticos y económicos han impedido que en estos países la reforma se acelere y cumpla los efectos distributivos que debían alcanzarse.

En *Ecuador* la reforma iniciada con ímpetu y con recursos relativamente apreciables dentro de las limitaciones del país, se ha visto trabada por frecuentes cambios políticos y la ausencia de una corriente que tome como bandera la realización definitiva del cambio social agrario. Pero se pueden señalar también algunos aspectos positivos en la legalización de títulos a colonos, la introducción de un sistema catastral, la formación de sindicatos de trabajadores, mejoras en los salarios, obras de infraestructura y colonizaciones. Quizá falten medidas que fortalezcan la situación económica de los antiguos colonos.

Venezuela cuenta con sus recursos petroleros y gracias a ellos pudo adelantar el asentamiento de un considerable número de familias campesinas. La implantación de la reforma, debido a múltiples circunstancias, no ha tropezado allí con fuertes resistencias de los círculos políticos y económicos. Ha mejorado sin duda la posición de la masa campesina y ésta ha adquirido algún influjo político y representación en las entidades encargadas de formular la política agraria. Hemos visto antes la opinión del doctor RAMÓN VICENTE CASANOVA de que si bien en los años sesenta se hizo una labor positiva, el ritmo decayó en los setenta y califica de perdido el último decenio. Al cumplirse los treinta años de reforma agraria en Venezuela, en el acto celebrado en el campo de Carabobo el 5 de marzo de 1990, la Federación Nacional Campesina, por boca de su presidente señor ALBERTO HERRERA, expresó que, pese a aspectos indudablemente positivos, el proceso reformador no era actualmente muy halagador, por hallarse prácticamente paralizado.

En la *América Central* el problema agrario se presenta con características que varían considerablemente de un país a otro. Algunos tienen posibilidades de expansión del área cobijada por la frontera agrícola, como Honduras o Panamá, mientras que en otros, como El Salvador, esa posibilidad es prácticamente nula. Las colonizaciones han permitido asentar en toda el área tan sólo a unas 20.000 familias. Subsisten muy extendidas las formas de aparcería y arrendamiento, sin que haya legislaciones que limiten los abusos. Los sindicatos de trabajadores no desarrollan acciones de importancia, si se exceptúa Honduras. Las condiciones que presiden las Leyes de reforma, la multiplicidad de acciones encomendadas a los organismos ejecutores y la falta de decisiones políticas firmemente respaldadas, han impedido, a juicio de la FAO, cualquier acción definida para la abolición de las formas antiguas de tenencia. En Guatemala, como

ya dijimos, tras la derogación de las disposiciones reformadoras a la caída del Presidente ARBENZ, se puede decir que el proceso está totalmente paralizado.

En *Nicaragua* los resultados de la reforma agraria sandinista, en lo que respecta a tierra pueden resumirse así: La alta concentración de la tierra que determinó el proceso de desarrollo del país hasta 1978 sufrió fuertes modificaciones al instaurarse el nuevo gobierno. En 1978 el sector agropecuario empresarial poseía el 92 por 100 de la tierra, cifra que se había reducido en 1982 al 66 por 100. En el otro extremo, mientras los pequeños productores minifundistas controlaban el 7,8 por 100 de la tierra, en 1982 tenían el 12 por 100, al que había que sumar el 22 por 100 que controlaba el área de propiedad del pueblo. Del total de tierras en manos de los pequeños propietarios, un 55 por 100 había sido asignado a distintas formas de cooperativas.

Sin embargo, la situación socioeconómica fue deteriorándose a gran velocidad.

A partir de 1979, las relaciones económicas con el resto del mundo se han visto condicionadas por una serie de factores que han limitado la posibilidad de acción del Gobierno en beneficio del sector rural, como el peso de la deuda externa contraída por el régimen anterior y el persistente deterioro de los precios internacionales de los productos que exporta el país.

Las relaciones económicas internacionales fueron un factor restrictivo desde 1979 y el Gobierno se vio forzado no sólo a limitar las inversiones de desarrollo, sino a imponer restricciones a los bienes de consumo y a aplazar gastos de carácter social.

A finales de 1988, a los diez años de sandinismo, la situación económica de Nicaragua era muy difícil. Baste decir que su PIB por habitante era sólo de 633 dólares, de los más bajos de América, y la inflación alcanzó cifras desmesuradas.

Si se piensa que estas son cifras medias y que el sector agrario suele ser el más bajo, ya se puede imaginar que el resultado de la reforma agraria en Nicaragua bajo la experiencia marxista es poco positivo.

Ya hemos dicho que la actual Presidenta VIOLETA CHAMORRO pretende modificar los postulados sandinistas en un intento de conseguir mejores resultados. Habrá que desearle acierto en el difícil empeño.

B) FACETA JURÍDICA

Toda actuación reformista de la tierra opera en primer lugar sobre la propiedad y las demás relaciones o derechos sobre la misma. Obvio es

decir que es imprescindible el papel que juega el Derecho, como conjunto de normas para la convivencia humana. Así lo hemos venido viendo a lo largo de la exposición y por ello resumiremos la situación jurídica del suelo tras las actuaciones reformadoras.

En primer lugar, y dejando aparte residuales situaciones que se empeñan en pervivir, hay que reconocer que las normas dictadas por casi todos los países han afectado de modo importante a las antiguas figuras de llevanza indirecta de la tierra y que tenían inadmisibles tintes serviles. Se han declarado inadmisibles, por regla general, el yanaconaje, el huasipungo, la arrima, la yanapa, el concertaje, el pongueaje y otras tantas figuras encubiertas de semiesclavitud que se daban en las grandes haciendas, lo que merece aplauso.

También se han regulado, dulcificando algunas antiguas condiciones gravosas para los llevadores, los contratos de arrendamientos, aparcerías y demás figuras afines. En algunos países se ha llegado a prohibir tajantemente toda forma de aparcería, lo cual puede parecer exagerado, a no ser que haya motivos importantes que lo justifiquen.

Igualmente, hemos visto que en alguna Ley se prohíbe el cultivo por medio de sociedades. Si la medida está explicada en lo que respecta a las compañías capitalistas, como reacción de antiguas dominaciones encubiertas, ya no lo parece tanto si las sociedades son de pequeña entidad y menos aún en las cuasifamiliares, tan frecuentes entre las gentes del agro; estas últimas facilitan la agricultura de grupo, que es una de las modernas salidas para procurar la viabilidad de las explotaciones modestas.

En cuanto al destino de las nuevas tierras asignadas, hemos podido ver en algunos casos el atraso en regularizar la situación de las personas o entidades adjudicatarias; esto supone una falta de seguridad, una situación de precariedad que debe ser corregida cuanto antes. Es lógico que se adopten reservas hasta comprobar la idoneidad de los adjudicatarios y con el fin de asegurar el pago de las cuotas establecidas; pero pasadas esas etapas de "prueba", debe concederse el dominio pleno cuanto antes. El labrador tiende siempre a ser dueño y además lo necesita: ninguna garantía se acepta mejor que la hipotecaria cuando se trata de solicitar un crédito.

Dentro de la esfera jurídica, otra preocupación no satisfecha plenamente es la implantación de un buen sistema de registros de la propiedad inmueble que consolide las reformas efectuadas y asegure la posición jurídica de los asigntarios.

En España todas las actuaciones reformistas agrarias se inscriben de modo inexcusable en el Registro de la Propiedad que de este modo garantiza los derechos atribuidos frente a todos y conserva la obra realizada, sin temor a ataques desaprensivos. Pero el sistema registral español, que toma

por base la finca, sólo se lleva en Cuba y Puerto Rico; en los demás países rige el sistema francés de folio personal y escasa eficacia jurídica y eso supone un gran inconveniente para que se pueda apoyar en él la reforma agraria efectuada.

JOSÉ MENÉNDEZ HERNÁNDEZ, el Registrador de la Propiedad que antes hemos citado, presentó al IV Congreso Internacional de Derecho Registral, celebrado en Madrid en 1974, una comunicación sobre el tema, titulada *El futuro del Registro de la Propiedad en los países que han aprobado la reforma agraria integral*. En ella insiste en esta necesidad de asegurar en lo posible los asentamientos realizados, para lo cual varias legislaciones han acudido a la poco eficaz medida de crear unos registros agrarios especiales, que más bien producen confusión por la duplicidad de asientos:

- El artículo 27 de la Ley de Reforma Agraria y Colonización del Ecuador señala que se abrirá un registro de tierras en el que se anotarán las transmisiones y transferencias de dominio, los gravámenes y limitaciones que se impusieron, las propiedades intervenidas por la reforma agraria y todas las transacciones de tierras que se realicen.
- El artículo 171 de la Ley de Venezuela establece el Registro de la Propiedad Rural, donde los propietarios deberán inscribir sus predios rústicos mediante la presentación de los títulos que acrediten sus derechos.
- El Reglamento de Tierras para la reforma agraria de Perú, aprobado el 19 de agosto de 1969, en su artículo 37 configura un especialísimo Registro de Predios Rústicos pertenecientes a las sociedades y personas jurídicas en general.
- La Ley de Honduras dedica su capítulo II a la regulación del Registro Agrario Nacional.
- En Chile, el artículo 144 de la Ley de 28 de julio de 1967 regula los cometidos del Registro de Predios Rústicos de una forma esquemática.

Y en varios otros países con Leyes de reforma agraria se suelen regular en sus correspondientes reglamentos estos registros agrarios especiales.

En opinión del doctor MENÉNDEZ estos registros están tan plagados de defectos que resultan un instrumento no sólo inútil, sino perturbador, pues sobre ellos no puede cimentarse una eficaz reforma agraria y rozan con el Registro de la Propiedad jurídico.

c) "DESIDERATUM" FINAL

Dimos comienzo a este trabajo con una cita de la encíclica *Centessimus annus*, donde el Papa JUAN PABLO II nos decía que Dios ha dado la tierra a todos los hombres *sin excluir a nadie ni privilegiar a ninguno*.

A la vista de las impresionantes estadísticas se nos ha hecho más viva la situación penosa de los campesinos hispanoamericanos, que marcan toda la atención del mundo, al menos por su dignidad de hombres y de hijos de Dios.

Los problemas han de ser vividos para sentirlos. Quizá en algunos países opulentos de Europa, que ahora tienen excedentes de producción, resulte un tanto difícil comprender los anhelos de otros continentes, donde no se dilucidan simples cuestiones de mercado o de competencia, sino acuciantes papeletas de supervivencia. Pero desde España, por nuestra común historia de cinco siglos y por la identidad de pensamiento, sí sentimos los problemas de América como nuestros y nos gustaría que encontrasen la mejor de las soluciones.

La doctrina de la Iglesia abordó desde antiguo estos problemas sociales. El Papa LEÓN XIII en la encíclica *Rerum Novarum* expresó su deseo de la difusión de la propiedad para que el agricultor asalariado se pueda convertir en propietario y se aproximen ambas clases "al ir cegándose el abismo entre las extremas riquezas y la extremada indigencia". Pío XI insistió en las mismas ideas en la *Quadragesimo anno* y quedaron formuladas en el Código Social de Malinas de este modo: La familia tiene derecho a poseer y la Ley debe facilitarle la adquisición de un bien o dominio familiar y especialmente el cultivo de un pedazo del suelo nacional. JUAN XXIII en la encíclica *Mater et Magistra* pide para el hombre de campo su integración en los adelantos y ventajas del desarrollo, tanto por lo que el agricultor representa en la vida social, como por su depresión, que constituye un factor importante de inestabilidad social. Y, por fin, el Papa actual al conmemorar el centenario de la primera encíclica social citada, ya hemos visto que proclama que la tierra ha de ser para todos, sin exclusiones ni privilegios, y concluye afirmando que el trabajo es el único origen y justificación de la propiedad y no puede impedirse que otros hombres obtengan su parte en el don de Dios y es obligación de todos cooperar con los demás hombres para dominar juntos toda la tierra (encíclica *Centessimus annus*, 31, 2.º párrafo).

Ojalá estos principios sirvan de eficaz recordatorio y acicate para que la obra aún no completa de las reformas agrarias de Hispanoamérica se cierre del todo y cubra las necesidades existentes.

Así se daría cumplimiento no sólo a la obra de misericordia de dar de comer al hambriento, cosa que quizá sea realizable con agroindustrias y planes

de desarrollo, sino al más importante postulado inaplazable de justicia social de dar a cada uno lo suyo, lo que le corresponde por Derecho y por su dignidad humana.

FRANCISCO CORRAL DUEÑAS

Doctor en Derecho.

Registrador de la Propiedad. Madrid

Vocal de la Asociación Española de Derecho Agrario

BIBLIOGRAFIA

- BALLARÍN MARCIAL, ALBERTO "Reformas agrarias integrales", en su libro *Estudios de Derecho agrario y política agraria*, Zaragoza.
- BIROU, ALAIN: *Fuerzas campesinas y políticas de América*, Madrid, 1971
- CORRAL DUEÑAS, FRANCISCO: *La propiedad de la tierra en los textos constitucionales*. Comunicación al IV Congreso Internacional de Derecho Registral, Madrid, 1974
- "El Registro de la Propiedad y la legislación social agraria". Tesis doctoral, Madrid, 1979.
- DURAND ALCÁNTARA, CARLOS. "La reforma mexicana en la perspectiva de las poblaciones técnicas", *Revista de Derecho y Reforma Agraria*, Universidad de los Andes, 1990.
- ESCARCEGA LÓPEZ, EVERARDO, y BOTEY ESTAPÉ, CARLOTA: "Notas de presentación de una propuesta de nueva reforma agraria", en *Revista de Derecho y Reforma Agraria*.
- FRANCO GARCÍA, JOSÉ M.ª: "Nueva Ley de Reforma Agraria en Ecuador", en *Revista de Estudios Agrosociales*.
- GARCÍA DE OTEYZA, LUIS "Experiencia sobre reforma agraria en Iberoamérica", en *REAS*, núm. 52
- GAVILÁN ESTELAT, MARCELINO. "La Ley de Reforma Agraria de Chile", en *REAS*, núm. 52; "Las nuevas tendencias de la reforma agraria en Iberoamérica", en *REAS*.
- GIMÉNEZ LANDÍNEZ, VÍCTOR, y otros: "Treinta años de reforma agraria en Venezuela", en *Revista de Derecho y Reforma Agraria*, Universidad de los Andes, 1990.
- GÓMEZ AYAU, RAMÓN: "Reforma agraria y desarrollo económico", en *REAS*, núm. 52.
- LEAL GARCÍA, ALEJO. "La encíclica *Mater et magistra* y el problema agrario", en *REAS*, núm. 36.
- LE COZ, JEAN: *Las reformas agrarias. De Zapata a Mao Tse-tung y la FAO*, Barcelona, Caracas, México, 1975.
- MENÉNDEZ HERNÁNDEZ, JOSÉ: *Problemática jurídica de las reformas agrarias integrales*, Madrid, 1971; *El futuro del Registro de la Propiedad en los países que han aprobado la reforma agraria integral*. Comunicación al IV Congreso Internacional de Derecho Registral, Madrid, 1974.
- NÚÑEZ, ORLANDO: *Avances en materia de desarrollo rural en Nicaragua*. Publicaciones de la FAO, 1984.
- PICARD AMI, MIGUEL ÁNGEL: "La reforma agraria en la doctrina pontificia", en *REAS*, núm. 28.
- PAPA JUAN PABLO II: Encíclica *Centesimus annus*, año 1991.
- PONCE DE LEÓN ARMENTA, LUIS: "Nuevo impulso legislativo a la reforma agraria mexicana", en *Revista de Derecho y Reforma Agraria*, Universidad de los Andes, 1990.
- RUTTEN, O. P.: *La doctrina social de la Iglesia*, Barcelona, 1934.
- VICENTE CASANOVA, RAMÓN: "La reforma agraria en Iberoamérica", en *Revista de Derecho y Reforma Agraria*, Universidad de los Andes, Mérida, Venezuela, 1990.

Propiedad, aprovechamiento y Registro en la legislación de aguas española e iberoamericana

SUMARIO: I. LA LEGISLACION DE AGUAS EN ESPAÑA Y EN IBEROAMERICA: 1. INFLUENCIAS LEGISLATIVAS INICIALES Y CAMBIOS POSTERIORES. 2. REPERCUSIÓN DE LAS ORGANIZACIONES ESTATALES EN LAS LEGISLACIONES DE AGUAS.—II. EL CAMBIO HACIA UNA MAYOR SEMEJANZA DE LOS SISTEMAS DE ORDENACION LEGAL DEL AGUA COMO CONSECUENCIA DE LOS AVANCES TECNOLOGICOS.—III. LA PROPIEDAD DEL AGUA: 1. DERECHO ESPAÑOL: 1.1. *La propiedad en relación con su objeto*. 1.2. *El dominio de las aguas superficiales y subterráneas en la Ley de Aguas de 1879 y en el Código Civil*. 1.3. *Repercusión de la Constitución en la configuración de la propiedad del agua*. 1.4. *La propiedad del agua en la Ley de 1985*.—2. DERECHO IBEROAMERICANO.—IV. EL APROVECHAMIENTO DEL AGUA: 1. ESTRUCTURA. 2. DERECHO ESPAÑOL: 2.1. *Aprovechamiento de aguas públicas objeto de concesión*. 2.2. *Aprovechamiento de aguas inherente al dominio de los fundos*. 2.3. *Aprovechamiento temporal de aguas privadas por opción de la inscripción en el Registro de Aguas*. 2.4. *Aprovechamientos de aguas de propiedad ajena existente el 1 de enero de 1986*: 2.4.1. Aprovechamiento derivado de un derecho real de servidumbres. 2.4.2. Aprovechamiento derivado de convenio. 2.4.3. Aprovechamientos sobre aguas sobrantes según la legislación derogada.—3. DERECHO IBEROAMERICANO.—V. LA CONVERSION LEGAL DE LA PROPIEDAD DEL AGUA EN DERECHO DE APROVECHAMIENTO SOBRE LA MISMA: 1. DERECHO ESPAÑOL. 2. LEGISLACIONES IBEROAMERICANAS.—VI. LA INSCRIPCION DE LA PROPIEDAD Y DE LOS DERECHOS DE APROVECHAMIENTO DEL AGUA EN LOS REGISTROS ADMINISTRATIVOS E INMOBILIARIOS: 1. SITUACIONES JURÍDICAS INSCRIBIBLES: 1.1. Derecho español: 1.1.1. Inscripciones en el Registro de aguas. 1.1.2. Inscripciones en el Catálogo de Aprovechamientos de Aguas Privadas. 1.1.3. Inscripciones en el Registro de la Propiedad: 1.1.3.1. Inscripciones de derechos de propiedad del agua. 1.1.3.2. Inscripciones de derechos de aprovechamiento del agua en el Registro de la Propiedad Inmobiliaria —1.2. *Derecho iberoamericano* —2. FUNCIÓN DE LOS REGISTROS ADMINISTRATIVOS LA DETERMINACIÓN CONTINUADA DE LA EXTENSIÓN DE LOS DERECHOS SOBRE EL AGUA. 3. FUNCIÓN DE LOS REGISTROS INMOBILIARIOS

EN RELACIÓN CON LOS DERECHOS SOBRE EL AGUA 3 1. *Principio de especialidad. La conexión con el Registro administrativo* 3.2 *Alcance de la protección registral inmobiliaria y su relación con la tutela administrativa* —VII CONCLUSIONES

I. LA LEGISLACION DE AGUAS EN ESPAÑA Y EN IBEROAMERICA

Para un estudio comparado de las tres instituciones jurídicas que nos proponemos analizar en la legislación española e iberoamericana de aguas, es indispensable referirse brevemente a las características generales del Derecho de Aguas de estos países. Podemos prescindir de la legislación brasileña, inspirada en la de Portugal, así como de las de algunos países sudamericanos o centroamericanos inspiradas en las legislaciones de Gran Bretaña, Francia y Países Bajos, limitándonos a considerar únicamente los regímenes jurídicos del agua de influencia española que presentan un mayor interés respecto de las materias jurídico-privadas objeto de nuestro estudio.

De la legislación española bastará recordar que hasta el 1 de enero de 1986, fecha de entrada en vigor de la nueva Ley de Aguas de 2 de agosto de 1985, ha estado vigente la Ley de 13 de junio de 1879, que, a su vez, salvo en el hecho de haber prescindido de la regulación de las aguas marítimas, era reproducción casi exacta de la Ley de 3 de agosto de 1866, considerada por la doctrina como uno de los textos modélicos de nuestro Derecho, en particular por su Exposición de Motivos. Hasta la nueva Ley de 1985 coexistieron en el sistema español las aguas públicas y privadas, relacionadas en los artículos 407 y 408 de nuestro Código Civil que, conforme a la Ley de 11 de mayo de 1888, intentó recoger las bases en que descansaban los conceptos especiales de determinadas propiedades como las aguas. El Derecho español de aguas vigente hasta finales de 1985 ha diferido sustancialmente del de los otros países de nuestra área geográfica, en los que los dueños de los predios ribereños de los ríos (normalmente los no navegables o flotables) podían aprovechar el agua sin necesidad de concesión o autorización administrativa mientras éstas eran necesarias en España.

La legislación de aguas de los países hispanoamericanos ha sido objeto de importantes reformas en las últimas décadas y continúa abierto en muchos de ellos el proceso de adaptación de su Derecho a las nuevas exigencias científicas, técnicas y socioeconómicas de la ordenación y gestión del agua. Inicialmente, dice VALLS (1), la legislación promovió la

(1) *La legislación del agua en los países de la América del Sur*. FAO, Estudio legislativo núm. 19, 1980, pág. 2.

expansión del uso del agua, para lo que ofrecía al usuario una seguridad jurídica y una libertad de acción que afianzaba reconociéndole prerrogativas iguales o similares a las que tenía la propiedad civil. Asimismo, el medio para constituir o ejercer tales derechos era muy sencillo. La Ley se los atribuía a los propietarios de determinados inmuebles, a determinada clase de usuarios, o bien permitía ejercerlos libremente sobre determinadas fases del ciclo hidrológico.

I. INFLUENCIAS LEGISLATIVAS INICIALES Y CAMBIOS POSTERIORES

Las Leyes de Indias del siglo XVI dispusieron que las aguas, montes y pastos fueran comunes, y las Ordenanzas que los reyes de España dictaron para sus posesiones en América acentuaron el interés público y el poder de decisión del Estado (2). La influencia en la legislación española de aguas fue notable, pues países como Bolivia, Perú y Uruguay la siguieron casi al pie de la letra, y Cuba, en su Código Civil, reprodujo las disposiciones del Código español sobre la materia (3). Sin embargo, el movimiento codificador del siglo XIX introdujo en muchos países tendencias privatísticas derivadas del Código Civil francés, basado en los derechos de los ribereños sobre las aguas de los ríos no navegables, influyendo también en el Texto Unico italiano de 1933, que considera públicas todas las aguas que tengan o adquieran aptitud para los usos de interés público general. Más recientemente, la difusión de modelos legislativos promovida por las organizaciones internacionales ha motivado que Perú, Chile, Ecuador y Colombia hayan sancionado Códigos o Leyes de Aguas o de Recursos Naturales Renovables que han supuesto la extensión del dominio público a todo el agua.

2. REPERCUSIÓN DE LAS ORGANIZACIONES ESTATALES EN LAS LEGISLACIONES DE AGUAS

La Ley Federal de Aguas de México de 1971 regula las aguas interestatales, que son la mayoría de ese país, y en Argentina, también país federal, es el Código Civil el que define qué aguas son públicas y cuáles privadas, compitiendo a los legisladores provinciales establecer el régimen

(2) Ver la obra citada de VALLS y la conferencia inaugural del I Congreso Nacional de Derecho de Aguas (Murcia, mayo 1982); de G. J. CANO, *La legislación iberoamericana de aguas*, de las cuales tomo los datos que resumo a continuación en el texto.

(3) M. S. MARIENHOFF, *Régimen y legislación de las aguas públicas y privadas*, Buenos Aires, 1971, pág. 119

legal de las aguas públicas, excepto en la materia de navegación fluvial interprovincial o internacional que es de competencia del legislador nacional. Basándose en la reforma del Código Civil de 1968, muchas provincias han declarado públicas las aguas subterráneas y casi todas ellas han dictado leyes especiales de aguas, pudiendo destacar, en las últimas décadas, el Código de Aguas de Córdoba (obra de Joaquín López) y el Código de los Recursos Naturales de Corrientes (obra de Guillermo J. Cano).

También en España el Estado de las Autonomías ha propiciado la aparición de leyes especiales en materia de aguas, aunque con un alcance distinto a las de las provincias argentinas. Varias Comunidades Autónomas han dictado leyes para gestionar la lucha contra la contaminación del agua, pero únicamente la comunidad canaria ha aprobado una Ley de Aguas reguladora de todo el régimen jurídico de este recurso (la Ley 22/1990, de 26 de julio), con particularidades interesantes en la materia objeto de nuestro estudio, pero que ha partido del presupuesto de la demanialidad de todas las aguas continentales impuesto por la Ley estatal en su disposición adicional tercera.

Queda, pues, consignada la complejidad de la legislación que debemos comparar. En un trabajo de síntesis relativo a la propiedad, aprovechamiento y Registro del agua, debemos limitarnos a recoger las que consideramos líneas fundamentales de las tres instituciones, prescindiendo de las múltiples deferencias de matiz que los alejarían de una visión de conjunto y de la exposición del que creemos constituye un proceso paralelo del desarrollo de las legislaciones de aguas en España y en Iberoamérica, lógico por otra parte porque, como pasamos a considerar, son similares en todos estos países los problemas que esa legislación ha debido afrontar.

II. EL CAMBIO HACIA UNA MAYOR SEMEJANZA DE LOS SISTEMAS DE ORDENACION LEGAL DEL AGUA COMO CONSECUENCIA DE LOS AVANCES TECNOLOGICOS

Siendo el agua el elemento natural más importante de nuestro planeta, puesto que ha permitido la aparición y la conservación de la vida misma, es lógico que haya existido siempre la preocupación por su *ordenación racional para el bien común* por la *regulación legal* de sus usos. Pero este interés se ha incrementado en las últimas décadas, coincidiendo con los coetáneos avances tecnológicos, precisamente porque la técnica tiene, como Jano, dos caras: gracias a los avances científicos conocemos mejor el mundo en que vivimos (el ciclo natural del agua, el comportamiento de las aguas subterráneas en los sistemas acuíferos o unidades hidrogeológi-

cas, la interrelación de los recursos hídricos en sus diferentes estados y situaciones...) y podemos tener a nuestro alcance medios técnicos capaces de mejorar la regulación hidrológica y los sistemas de riego, de prevenir las avenidas fluviales e inundaciones, de luchar contra la salinización, contaminación o sobreexplotación, etc.; pero el progreso y el desarrollo económico que la tecnología permite llevan también aparejados el incremento de la contaminación de las aguas, la mayor salinidad de tierras y aguas, la sobreexplotación de acuíferos, la escasez generalizada de recursos cada vez más demandados y tantos otros problemas que preocupan en la gran mayoría de los países de la tierra y, por supuesto, en España y en las naciones iberoamericanas sin excepción alguna, aunque gocen de condiciones climáticas que podrían hacernos suponer otra cosa.

Estos problemas comunes exigen soluciones análogas y, por consiguiente, medidas legales también semejantes entre sí que se fundamentan en los criterios de ordenación racional del agua, reconducibles a los tres siguientes principios: 1) Un principio marco de unidad e interrelación de todos los recursos naturales: la interdependencia entre el agua y los demás recursos naturales es algo evidente, puesto que la tierra de cultivo, la flora y la fauna, los yacimientos minerales, la energía y la atmósfera se manifiestan en íntima relación con el agua, integrando esa unidad superior que es la propia naturaleza, algo tan real y fundamental como la unidad del hábitat humano y hasta del propio hombre. 2) Un principio funcional, derivado de la unidad del ciclo hidrológico, concretado en la necesidad de realizar planteamientos sistemáticos en la gestión del agua: un sistema se caracteriza por la existencia de un conjunto de elementos y de relaciones entre ellos, de modo que ese conjunto se presenta como una totalidad (4); pues bien, en última instancia, el planteamiento sistemático de la ordenación del recurso agua se fundamentará en la unidad del denominado ciclo hidrológico, y algunas aplicaciones concretas de este planteamiento podrían ser las siguientes: A) La utilización de los recursos hídricos supone siempre el tomarlos del medio físico, el usarlos y el restituirlos (en mayor o menor cantidad y, a veces, en su totalidad) al mismo medio. Esta triple fase constituye el sistema mismo de utilización del recurso, en el que se produce una doble afección del medio natural: la captación del recurso y su vertido. B) Las aguas superficiales y las subterráneas aparecen muchas veces interrelacionadas físicamente y normalmente deben ser consideradas

(4) La concepción sistémica —estructural, dinámica y abierta, del mundo y de la vida— está cada vez más extendida, tanto en las ciencias naturales como en las sociales, contribuyendo, por otra parte, a superar esta dicotomía y a favorecer el sentido de la unidad de la ciencia, adaptándola —a su vez— a la medida del hombre y de las comunidades humanas.

de modo conjunto a efectos de su mejor administración y gestión (5). C) Sin perjuicio de esa interrelación de las aguas superficiales y subterráneas, estas últimas se presentan en la naturaleza formando normalmente los denominados sistemas acuíferos, verdaderos embalses o depósitos subterráneos que constituyen conjuntos dinámicos de varios elementos (perímetro y demás datos de la geometría del acuífero, agua, roca, sondeos) y con suficiente autonomía a efectos de su explotación y gestión (6). D) Finalmente, otro aspecto de este planteamiento sistémico de la ordenación de los recursos hídricos tiene en cuenta las interacciones existentes entre los diferentes usos del agua. Al ordenar el recurso será necesario examinar los distintos usos de que es susceptible y las diferentes necesidades insatisfechas para atender todas las posibles mediante la reutilización de los caudales y las adecuadas multiplicidad y coordinación de usos. 3) Un principio territorial, conforme al cual la cuenca hidrográfica es la unidad básica para la ordenación del agua: junto a la unidad del ciclo hidrológico, en que se fundamenta el que hemos llamado principio funcional o sistémico de la ordenación del agua, la naturaleza presenta otra unidad básica de esta misma ordenación: la cuenca vertiente definida por el *divortium aquarum*. Este ámbito geográfico y topográfico es la mejor unidad física para la ordenación integral y coordinada de los recursos hídricos en sus diferentes usos y efectos y en sus relaciones con los demás recursos naturales (7).

(5) El Preámbulo de la Ley de Aguas de 1985 recoge este criterio al decir que "consideradas como recurso no cabe distinguir entre aguas superficiales y subterráneas. Unas y otras se encuentran íntimamente relacionadas, presentan una identidad de naturaleza y función y, en su conjunto, deben estar subordinadas al interés general y puestas al servicio de la Nación". Cuando el artículo 13 de la misma Ley recoge, como principio, el tratamiento integral", debe estar refiriéndose también, de modo especial, a esta consideración conjunta de las aguas superficiales y subterráneas.

(6) La nueva Ley de Aguas parte de la realidad de esos acuíferos o embalses subterráneos como unidades hidrogeológicas que requieren una ordenación común de los actuales y potenciales aprovechamientos de cada uno y, en algunos supuestos, una organización de los usuarios para la gestión conjunta de los aprovechamientos del mismo acuífero. Frente a los criterios de accesoriadad de las aguas subterráneas respecto del fondo, de atribución de las mismas al alumbrador y del establecimiento de prioridad entre los distintos alumbramientos —típicos de la LA de 1879—, la Ley de 1985 se inspira en el criterio de solidaridad o comunidad de intereses, entre los usuarios del agua del mismo acuífero, para la solución de las cuestiones surgidas entre ellos.

(7) El Tribunal Constitucional, en el fundamento 15 de la Sentencia 227/1988, de 29 de noviembre, se ha hecho eco de los criterios lógico, técnico y de experiencia que amparan este principio de unidad de gestión de cada cuenca hidrográfica, entendida tal como la define el artículo 14 de la Ley de Aguas. Según el criterio lógico —dice el TC—, no parece lo más razonable compartimentar el régimen jurídico y la administración de las aguas de cada curso fluvial y sus afluentes por el condicionamiento recíproco de los usos y aprovechamientos: este condicionamiento no sólo se produce aguas arriba, sino también aguas abajo, pues los aprovechamientos concedidos en el tramo inferior o final

La similitud de soluciones legales para resolver los problemas del agua podremos colegirla del análisis de las tres instituciones objeto de nuestro estudio en las diferentes legislaciones, que es lo que pasamos a considerar.

III. LA PROPIEDAD DEL AGUA

El agua es un bien abundante, pero, desafortunadamente, cada vez más escaso, y tan importante y tan peculiar que se hacen difícilmente aplicables a los recursos hídricos muchas de las categorías jurídicas que utilizamos para referirnos a otros bienes. Empezando por las propias características definitorias de las cosas como objeto de derechos (utilidad, apropiabilidad e individualidad) que al aplicarlas al agua nos revelan: una utilidad tan relevante que la hace objeto primordial del interés común; una apropiabilidad que debe ser para el aprovechamiento justo del recurso, pero no para un señorío y disponibilidad omnímodos, y una individualidad o existencia unitaria que procede siempre de la voluntad humana (nunca de la naturaleza del propio bien) mediante un acto de separación de un volumen o caudal del sistema natural en que se inserta. AMAT (8) ha realizado un encuadramiento del agua en la clasificación general de las cosas que resulta claramente demostrativo de su especial naturaleza jurídica, pues no es fácil examinar, en las más importantes divisiones de las cosas, cuáles son las que mejor se adaptan a este recurso; así, por ejemplo, dice, cuando se clasifica a las cosas en consumibles o no consumibles es fácil comprender que el agua, según circunstancias, puede encontrarse en cualquiera de ambos apartados, y a ello se debe, tal vez, que la legislación distinga entre aprovechamientos comunes (que normalmente no entrañan consumo de agua, como la navegación o flotación) y aprovechamientos especiales en los que el agua es consumida por sus titulares. Matizando más, podríamos observar que aunque haya usos del agua que prácticamente pueden calificarse de consumibles, en realidad siempre hay un re-

de un curso pueden impedir o menoscabar las facultades de utilización de las aguas en los tramos superiores. El criterio técnico es claro, puesto que las aguas de una misma cuenca —añade el TC— forman un conjunto integrado que debe ser gestionado de forma homogénea. Finalmente, el criterio de experiencia es tanto internacional (puntos 11 y 12 de la Carta Europea del Agua de 1967 “el agua no tiene fronteras” y “la administración de los recursos hidráulicos debiera encuadrarse más bien en el marco de las cuencas naturales que en el de las fronteras administrativas y políticas) como nacional, pues la gestión del agua en España se ha articulado en torno a la unidad de cada cuenca desde que se adoptó una concepción global de la política hidráulica.

(8) Ver L. AMAT ESCANDELL, *Naturaleza jurídica del agua*, en el I Congreso Nacional de Derecho de Aguas, Murcia, 1984, págs. 115 y ss

torno de una parte, mayor o menor, del agua consumida a la naturaleza. En cuanto a la fungibilidad, el agua lo es en general, puesto que es determinable por su medida (volumen, caudal) y sustituible siempre que esté suficientemente determinada en cantidad y calidad. No puede caber duda de que el agua es uno de esos objetos apropiables en el que concurren un elevado valor social y una naturaleza especialísima que, jurídicamente hablando, se podría concretar en dos aspectos: 1) Las aguas vivas o estancadas son calificadas de bienes inmuebles (art. 334.8.º CC), aunque bien podrían ser consideradas bienes muebles, ya que se pueden transportar de un punto a otro sin menoscabo de la cosa inmueble a que estuvieren unidas (art. 335 CC). No sólo es que se puedan transportar de un punto a otro, sino que, en la naturaleza, las aguas corrientes están en continuo movimiento y su valor está en buena parte vinculado a esa movilidad, pues de ella dependerán sus posibilidades de autodepuración y de utilización o aprovechamiento. Precisamente se llaman aguas vivas a las corrientes, en las que se da esa movilidad, y muertas a las estancadas (9); 2) En buena medida, la titularidad de los derechos sobre el agua se ha hecho depender de la del suelo que la contiene o por la que circula: dominio público o privado del agua según fuera la naturaleza de los terrenos, derechos de riberañeidad, accesión o accesoriedad de las aguas subterráneas respecto del fundo bajo el que se encuentran, etc. Cuando lo lógico no es esto, pues el agua en la naturaleza se resiste a cualquier deslinde hecho en función de la titularidad de los fondos aledaños o superficiales y cualquier aprovechamiento de una corriente o de un acuífero repercute necesariamente en los demás aprovechamientos de la misma corriente o el mismo acuífero, que, a su vez, muchas veces están interrelacionados.

Ya la Exposición de Motivos de la Ley de Aguas de 1866 reconocía que el agua es de índole tan especial y se diferencia de tal manera de las demás cosas sujetas al dominio del hombre, en el que no siempre es posible retenerla indefinidamente, que ha dado ocasión a empeñadas cuestiones sobre la naturaleza y límite de su dominio. Y no faltan autores que, como EULA, estiman que hablar de la propiedad de las aguas es, cuando menos, impropio, en cuanto el agua, considerada como elemento, parece no susceptible de verdadera propiedad. Se trata de un elemento primario, vivo, casi de una *forza* a la que todos deben poder tener acceso por las exigencias inevitables de la vida: los hombres y las cosas, los hombres y la naturaleza. El agua es un elemento fluido: nace, discurre, se derrama en continuo movimiento hasta alcanzar el mar. Resulta, por tanto, no sus-

(9) Ver FUENTES BODELÓN, *Aguas continentales y medio ambiente (Derecho hidráulico español y comunitario)*, Madrid, 1988, págs. XXIX-XXX.

ceptible, por su misma configuración, de ser captada, sujeta, sometida a una propiedad exclusiva (10).

I. DERECHO ESPAÑOL

Es importante determinar el alcance de la propiedad privada del agua después de la nueva Ley de Aguas de 1985 desde el análisis de la configuración de este derecho en la legislación anterior, pero sin detenerse en esta legislación, sino completándola con la configuración que nos aportan las nuevas disposiciones, tanto constitucionales como especiales sobre la materia de aguas. Una interpretación y aplicación de las normas sobre la propiedad privada del agua en la Ley de 1879 y en el Código Civil que propugnara mantener enteramente los criterios jurisprudenciales o doctrinales anteriores a la Constitución de 1978 y a la Ley de Aguas de 1985 supondría la subsistencia de un sistema particular del dominio del agua incompatible con el régimen jurídico general de la utilización de este recurso, tal como ha quedado configurado por nuestro legislador.

1.1. *La propiedad en relación con su objeto*

El concepto de la propiedad privada como derecho absoluto e ilimitado que autoriza al titular para hacer libremente el uso que convenga a su interés, dice ROCA JUAN (11), está hoy más que superado; hace ya muchos años que se escribía que “siempre es lícito establecer un régimen particularísimo para los objetos que tienen un valor social”; y añade: en 1901, otro civilista —este español, notorio por sus anticipaciones— (12), partiendo de que en el concepto de la propiedad el elemento sustantivo no son las personas, sino las cosas, concluye que el verdadero valor jurídico de este concepto es “la forma reguladora de la libertad al accionar sobre las

(10) Ver PETROCCHI, en la voz *Acque (Diritto pubblico)*, *Noviss. Dig. it.*, que cita a EULA, del que recoge, además de las transcritas en el texto, estas otras observaciones: si el agua surge, si se manifiesta en un fundo determinado, puede ser meramente circunstancial, por una grieta u otro accidente del terreno, por el que venga a brotar al exterior una vena móvil que proviene de bastante lejos, de las misteriosas reservas de la naturaleza, por lo que podría también manar en otro lugar, y, de cualquier modo, está destinada a fluir, a continuar su benéfico camino, en provecho de una secuencia interminable de hombres y de necesidades. Por esto, hablar de propiedad es inexacto. En realidad, más que de propiedad se puede hablar de utilización, de derecho de utilización.

(11) ROCA JUAN, *Propiedad y uso del agua*, en *I Congreso Nacional de Derecho de Aguas. La reforma de la Ley de Aguas*, Murcia, 1984, págs. 95 y ss.

(12) Debe referirse a A. COMAS en *La revisión del Código Civil español*, t. IV, Madrid, 1901, págs. 625 y ss.

cosas, forma que ha de ser modulada en consideración a la cosa misma. De manera que no hay propiedad sino “clases de propiedad”, que son variantes de la utilización de las cosas, resultantes de la naturaleza especialísima que caracteriza a ciertas cosas u objetos apropiables”. La especial naturaleza jurídica del agua como cosa tiene que haber repercutido de forma más o menos consciente, en que la configuración legal del dominio privado sobre la misma que tenemos que seguir buscando en las normas de la Ley de Aguas de 1879 y del Código Civil, en las Constituciones referentes a la propiedad en general y en las de la Ley de Aguas de 1985 que regulan la materia con nuevos criterios.

1.2. *El dominio de las aguas superficiales y subterráneas en Ley de Aguas de 1879 y en el Código Civil*

El Título I de la Ley de Aguas de 1879, con el enunciado “Del dominio de las aguas terrestres”, regulaba en cuatro capítulos el dominio de las aguas pluviales, de las aguas vivas, manantiales y corrientes, de las aguas muertas o estancadas y de las aguas subterráneas. Aunque prescindía de la distinción entre aguas de dominio público y de dominio privado, calificaba como públicas o de dominio público las pluviales que discurrieran por barrancos o ramblas cuyos cauces fueran del mismo dominio público (art. 2), las que nacieran continua o discontinuamente en terrenos del mismo dominio, las continuas o discontinuas de manantiales o arroyos que corrieran por sus cauces naturales y los ríos (art. 4), así como los lagos y lagunas formados por la naturaleza que ocuparan terrenos públicos (art. 17). En cambio, al referirse al dominio de las aguas vivas, manantiales y corrientes que nacieron continua o discontinuamente, tanto en los predios de los particulares como en los de propiedad del Estado de las provincias o de los pueblos, el artículo 5 de la Ley de 1879 se limitaba a disponer que pertenecían al dueño respectivo para su uso y aprovechamiento mientras discurrieran por los mismos predios; en cuanto a las aguas muertas o estancadas, disponía el artículo 17 que eran de propiedad de los particulares, de los municipios de las provincias y del Estado los lagos, lagunas y charcos formados en terrenos de su respectivo dominio, mientras los situados en terreno de aprovechamiento comunal pertenecían a los pueblos respectivos.

Fue el Código Civil el que partió de la distinción entre aguas de dominio público y de dominio privado al relacionar unas y otras —con sus correspondientes cauces, lechos o álveos— en los artículos 407 y 408. Como consecuencia de esta diferente sistematización de la Ley de Aguas

y del Código surgieron interpretaciones distintas de los preceptos concretos de una y otro y, entre ellas, la que ahora nos importa en relación con el alcance y contenido de la propiedad privada del agua. Una primera opinión fue la de que sobre todas las aguas que nacían en los predios privados, incluso las de manantiales y arroyos (salvo el manantial que fuera cabeza de río, que tenía que ser considerado corriente pública), podía darse un derecho de propiedad pleno (13). Una segunda opinión consideraba que eran siempre públicas las aguas procedentes de manantiales que corrían por sus cauces naturales, quedando restringidas las aguas privadas a las continuas o discontinuas que nacían en predios de dominio privado sin constituir corrientes naturales y mientras discurrían por los mismos predios, añadiendo que el derecho sobre estas aguas se limitaba a un aprovechamiento de las mismas (14). Algunas posiciones intermedias consideraban que el derecho otorgado por el artículo 5.º de la Ley de Aguas de 1879 a los dueños de terrenos en que las aguas nacían era un derecho de dominio condicionado al aprovechamiento, de tal modo que si el dueño no las aprovechaba, las aguas pasaban a ser públicas y podían concederse como tales (15), que la Ley de 1879 parecía apoyar la tesis del aprovechamiento más que la de dominio, pero el Código Civil influyó decisivamente

(13) Esta posición fue mantenida por GAY DE MONTELLA y MASSÓ ESCOFET en su *Tratado de la legislación de aguas públicas y privadas*, Barcelona, 1956, págs. 43-63 y 76-78, así, dicen en la página 77 de esta obra que la Ley, en su artículo 5.º, no habla más que del uso y aprovechamiento del agua nacida en el predio; pero este aprovechamiento imputa la libre disposición del agua que deriva del manantial sin ninguna limitación para el derecho de propiedad, excepto en el caso de que algún propietario de fundo inferior tuviera a su favor un título o un derecho fundado en prescripción. Últimamente ha sido defendida por MOREU BALLONGA en *El nuevo régimen jurídico de las aguas subterráneas*, Jornadas de Zaragoza de la Asociación Internacional de Hidrogeólogos, Grupo Español, Zaragoza, 1988, pág. 544, manteniendo que el derecho sobre las llamadas aguas privadas era una verdadera propiedad bajo la normativa anterior, aunque propiedad debilitada por el artículo 14 de la Ley de Aguas de 1879, al ser posible la usucapión especial de año y día y la adquisición consiguiente de un derecho definitivo (no ya eventual) a la corriente (hasta el límite de 10 litros por segundo), que no era sino un derecho real de goce sobre la corriente de agua que necesariamente limitaba, como derecho real en cosa ajena, la propiedad privada del dueño de la corriente..., la usucapión ganada por aprovechamiento de aguas sobrantes durante veinte años hacía adquirir, sin el límite de los 10 l/s, un derecho "definitivo" de aprovechamiento de aguas públicas distinto del dominio o un derecho de aprovechamiento de la corriente de agua privada, sobre el que cabía dudar si era o no la misma propiedad privada sobre la corriente (págs. 529-530 de la obra citada).

(14) Es la posición sostenida por ALONSO MOYA en "Sobre las aguas de dominio público y de dominio privado", *RAP*, 1951, págs. 40 y ss; por S. MARTÍN RETORTILLO en "Sobre la reforma de la Ley de Aguas" *Estudios de Derecho público y privado ofrecidos al profesor Serrano y Serrano*, t. II, Valladolid, 1966, pág. 315, y por GUATTA en *Aguas, montes y minas*, edición de 1982, pág. 120.

(15) MENÉNDEZ REXACH, *Derecho de aguas en España* (en colaboración con GALLEGU ANABITARTE y DÍAZ LEMA), Madrid, 1986, pág. 454

para que se impusiera la segunda (16), o que esta propiedad privada limitada al aprovechamiento era únicamente aplicable a las aguas subterráneas (17), a las que me referiré en particular un poco más adelante.

El Tribunal Constitucional, en su Sentencia 227/1988 sobre la nueva Ley de Aguas, estima que es necesario advertir —en relación con el régimen jurídico de las que el CC (art. 408) denomina aguas de dominio privado— que, sin perjuicio de su calificación legal como aguas de “dominio privado”, la legislación anterior a la nueva Ley de Aguas no establecía sobre ellas un derecho de propiedad reconducible al régimen general definido en el artículo 348 del Código Civil. La propiedad privada de determinadas aguas terrestres era ya en aquella legislación una propiedad especial sometida a límites estrictos en lo que atañe a las facultades del propietario. Así, el derecho del propietario de un predio sobre las aguas que nacen en éste —derecho accesorio, pues, a la propiedad fundiaria— se extiende a su “uso y aprovechamiento”, mientras las aguas discurren por él (art. 412 CC y art. 5 LA 1879) y alcanza sólo a las aguas efectivamente utilizadas, pues las no aprovechadas y sobrantes entran en la condición de públicas. En consecuencia —añade el TC más adelante—, según la legislación general derogada por la Ley de Aguas ahora impugnada, el “dominio privado” sobre determinadas aguas superficiales se limitaba a una facultad de apropiación o de aprovechamiento privativo preferente, accesorio de la propiedad del predio en que nacen, de las aguas efectivamente utilizadas mientras discurren por sus cauces naturales en ese mismo predio (fundam. 6).

Por lo que se refiere a las aguas subterráneas (añade la STC 29 noviembre 1988), la Ley de 1879 atribuía al dueño de un predio “en plena propiedad” las que en él hubiere obtenido por medio de pozos ordinarios (arts. 18-21), y al que las hallare e hiciere surgir a la superficie del terreno por medio de pozos artesianos, socavones o galerías le reconocía el carácter de dueño de las mismas “a perpetuidad” (art. 22). Pero una cosa es la propiedad de las aguas ya alumbradas (art. 418 CC) y otra el derecho o facultad de alumbrar aguas subterráneas. Este último, igualmente accesorio a la propiedad del predio en cuyo subsuelo se hallaren las aguas, era también un derecho estrictamente limitado y condicionado a que no se distrajeran o apartaren “aguas públicas o privadas de su corriente natural” (fundam. 6). Algo más adelante, en el fundamento 12, se refiere el TC —*obiter dicta*— al derecho a alumbrar aguas subterráneas que fluyen o se hallan en el subsuelo de terrenos de propiedad privada, en la forma y

(16) MENÉNDEZ REXACH, *ob. cit.*, págs. 435 y 453

(17) LACRUZ BERDEJO, “Sobre la naturaleza jurídica de las aguas públicas objeto de concesión”, en *Estudios ofrecidos al profesor Serrano*, cit., t. I, pág. 469.

volumen material determinantes del contenido de los derechos preexistentes (o sea los constituidos al amparo de la LA de 1879 y del CC). Es esta determinación del contenido de la propiedad sobre las aguas subterráneas en la legislación anterior lo que parece realmente cuestionado. Lo primero que hay que considerar —como hace el TC— es la distinción entre dos supuestos suficientemente diferenciados: El primero de ellos se contempla en los artículos 18 a 21 de la Ley de Aguas de 1879, que aludían únicamente al propietario (no al alumbrador) o exigían tan sólo autorización de la autoridad administrativa (no la concesión de que hablaba el art. 25) cuando se trataba de terrenos públicos, porque se referían a la obtención de aguas por medio de pozos ordinarios, en los que no se podía emplear más motor que el hombre y que sólo tenían por objeto el atender al uso doméstico o a las necesidades ordinarias de la vida; se trataba de una explotación de las aguas subterráneas de escasa importancia y por esta razón no había inconveniente en atribuirles en plena propiedad (arts. 18 y 21 LA de 1879). En cambio, el segundo supuesto, contemplado en los artículos 22 a 25 de la propia Ley de 1879, parecía responder a otros criterios: en ellos aparecía como figura central la del alumbrador (aunque la legitimación para alumbrar tuviera que proceder siempre del propietario del terreno), que era quien asumía la realización de los pozos artesianos, socavones o galerías y a quien se atribuían las aguas alumbradas siempre que las hiciera surgir a la superficie y mientras las controlara, aunque salieran de la finca donde vieron la luz.

Para precisar el contenido de los derechos del alumbrador en la legislación anterior convenía distinguir dos situaciones relativas a las aguas ya halladas: 1) Aguas halladas y extraídas. Según los artículos 22.1.º de la Ley de Aguas de 1879 y 418 del Código Civil, pertenecían al alumbrador. De hecho —decía NIETO— (18) podía ser que el alumbrador fuera al mismo tiempo el propietario del suelo; pero su apropiación se derivaba entonces no de su condición de propietario sino de la de alumbrador. 2) Aguas halladas y no extraídas. Trátase de saber —decía también NIETO— (19) la relación jurídica que tiene el alumbrador con el caudal que aún está sin extraer. El derecho ha montado un doble mecanismo de garantías jurídicas: por un lado declara la propiedad del agua ya separada y apropiada (art. 22); y por otro, como garantía de la permanencia de esta propiedad, establece un área de protección de la misma, de tal manera que no puede verse disminuida, impidiendo interferencias de terceros (art. 23). Dicho con otras palabras: el derecho dominical se extiende exclusivamente sobre el agua aflorada y apropiada; pero este derecho lleva anejo el

(18) "Aguas subterráneas, subsuelo árido y subsuelo hídrico", *RAP*, 1968, pág. 60.

(19) *Obra citada*, págs. 62-63.

reflejo de permitir la exclusión de las intervenciones de terceros que puedan afectar el manto subterráneo en una medida que ponga en peligro el caudal aflorado. Afirmaciones que, en definitiva, conducen a la tesis siguiente: el alumbrador tenía derecho a extraer del caudal subterráneo una determinada cantidad de agua y el agua realmente extraída era de su exclusiva propiedad. De esta manera quedaban compaginados los derechos individuales del alumbrador con los posibles derechos de otros investigadores y, sobre todo, con el interés social de que las reservas hídricas fueran aprovechadas lo más racionalmente posible. El contenido de este derecho de propiedad privada sobre las aguas subterráneas, no tenía por qué ser distinto al de las aguas superficiales, aunque alguna doctrina hubiera restringido el ámbito del dominio privado de las aguas precisamente a aquéllas (20). También es de aplicación a las aguas subterráneas el criterio de que su propiedad queda esencialmente reducida a la facultad de aprovecharlas. El término “pertenecen” del artículo 418 del Código Civil no es suficientemente significativo de la propiedad y, en cualquier caso, la mayor o menor extensión de tal pertenencia tendría que determinarse conforme a la Ley Especial de Aguas a la que el propio precepto alude (21).

(20) LACRUZ, en *op. y loc. cit.*, sostiene que cuando el Código habla de “el aprovechamiento de las aguas de dominio privado” (título de la sección tercera del capítulo I del título IV del Libro II del CC) da a entender que el propietario privado no tiene la verdadera propiedad de las aguas (así, conforme el art. 412, el dueño de un predio puede aprovechar sus aguas); y para confirmar esta opinión argumenta que, en cambio, a tenor del artículo 418, las aguas alumbradas conforme a la Ley especial de aguas pertenecen al que las alumbró, deduciendo que la verdadera propiedad privada sobre las aguas sólo podía nacer, conforme a la legislación anterior, sobre las aguas subterráneas. MOREU, en “El régimen jurídico de las aguas subterráneas y su proyectada reforma”, *RGLJ*, 1985, pág. 180, nota 29, dice haber acogido también esta idea en *Ocupación, hallazgo y tesoro*, Barcelona, 1980, pág. 643, nota 415, cambiando de opinión en el trabajo de 1985 y confirmando la en el citado en nota anterior, de 1988.

(21) Recordemos a este respecto que la Ley de Aguas de 1879 sólo empleaba la expresión “plena propiedad” en los artículos 18 y 21 que se referían a la obtención de aguas por medio de pozos ordinarios, supuesto en el que, tratándose de una extracción de escasa importancia, no debía existir inconveniente en admitir el dominio en toda su amplitud, en los artículos 22 y 23 se empleaban términos también amplios, pero menos radicales que los de plena propiedad. ser dueño a perpetuidad de las aguas realmente extraídas parecía significar, en el contexto del artículo 22, aprovecharlas mientras fueran controladas por el alumbrador; por otra parte, la referencia a la extensión del derecho del alumbrador sobre las aguas se hacía al tiempo (se hablaba de “perpetuidad” y de “conservar el dominio”) y no al contenido del derecho, que no tenía por qué ser más amplio en el caso de las aguas subterráneas que en el de las demás privadas; lo que sí estaba implícito en los artículos 22 y 23 de la Ley de Aguas de 1879 es que el aprovechamiento podía realizarlo por sí el alumbrador o cederlo a otro. Finalmente, los artículos 419 del Código Civil y 22 de la Ley de Aguas de 1879 establecían, para las aguas subterráneas no controladas ya por el alumbrador, una regulación similar a la de las superficiales sobrantes, con remisión a los artículos 5 y siguientes de la propia Ley de

Aunque la propiedad del agua se califique en el Código Civil como propiedad especial y el Tribunal Constitucional —según hemos visto— considere por ello que no es reconducible al régimen general de la propiedad privada definido en el artículo 348 del Código Civil, lo cierto es que este precepto, con su fórmula genérica aplicable a toda propiedad, resulta susceptible de dar al dominio diversos contenidos adecuados a la naturaleza, características y funciones de los distintos objetos sobre los que recae (22). Como señaló la Sentencia del Tribunal Supremo de 23 de diciembre de 1946, del derecho de propiedad, “bien se considere como un derecho unitario y abstracto, conforme a la concepción de la doctrina científica, ya se atienda al concepto puramente legal, no es exacto decir que revista caracteres de absoluto, como lo demuestra la circunstancia de que el legislador español suprimiera al redactar el artículo 348 la expresión “de la manera más absoluta”, consignada en el artículo 544 del Código francés... por lo que, si bien es esencial y peculiar atributo del dominio el poder disponer libremente de las cosas, tal facultad no es tan absoluta y omnímoda, en razón a que toda propiedad se subordina siempre a limitaciones determinadas...; de todo lo que cabe inferir que el reconocimiento del dominio... se hizo con justeza y en armonía con los dictados de la Ley, máxime teniendo en cuenta que se trata de un derecho de propiedad sobre agua, de especial naturaleza y regulado por disposiciones diversas, y susceptible, por el uso y disfrute, de tan varios aprovechamientos”.

1.3. *Repercusión de la Constitución en la configuración de la propiedad del agua*

Si se parte —dice ROCA JUAN (23)— de que la propiedad es concepto que adquiere contenidos diversos según los sectores de bienes a los que se refiere y, siendo expresión de un poder individual, adquiere contenidos diversos, el primer punto a considerar es, posiblemente, cómo configurar el modelo de propiedad reconocido expresamente por la Constitución, pero referido a un bien escaso e indispensable a todos y susceptible de las más diversas utilizaciones. Para la configuración de la propiedad en la Constitución y la aplicación de esta configuración constitucional de la

1879; esta similitud de regulación permitía sostener que, tal como rezaba el mismo artículo 5.º, las aguas subterráneas también pertenecían al dueño respectivo para su uso o aprovechamiento, o sea, con la misma extensión con que las superficiales se atribuían a los propietarios de los predios en que nacían continua o discontinuamente y mientras discurrieran por ellos.

(22) ROCA JUAN, *op. y loc. cit.*, págs. 95-96

(23) *Ob. cit.*, pág. 99.

propiedad a un bien de naturaleza tan peculiar como el agua, habrá que tomar en consideración los siguientes criterios:

1) El agua es una riqueza indudable y, por tanto, tal como declara el artículo 128 de la Constitución, “en sus distintas formas y sea cual fuere su titularidad, estará subordinada al interés general”. Esta subordinación de las aguas, consideradas como un recurso unitario, al interés general, ha quedado expresamente recogida en el artículo 1.º2 de la Ley de Aguas de 1985, para añadir a continuación que forman parte del dominio público estatal como dominio público hidráulico. Pero también en el supuesto de la propiedad privada del agua se dará esa supeditación, puesto que el artículo 128 de la Constitución la establece “sea cual fuere la titularidad” de la misma.

2) La satisfacción de ese interés general, al que está sometida la propiedad del agua, se realizará por obra de la función social de la misma propiedad que, conforme al artículo 33.2 de la Constitución, delimitará su contenido de acuerdo con las leyes. La protección constitucional de la propiedad será uniforme y homogénea, no variará en intensidad según el bien de que se trate; lo que será variable, sin embargo, es el régimen jurídico de cada forma de propiedad, en virtud de la función social, en la medida en que la función social constitucionalmente demande, para su efectividad, una distinta regulación legislativa, de acuerdo con la naturaleza de los bienes (24). La función o utilidad social es el factor determinante de la delimitación legal del contenido de la propiedad; en definitiva, el contenido esencial debe incluir necesariamente a la función social y —como dice el fund. 2.º de la STC 37/1987, de 26 de marzo— “utilidad individual y función social definen, por tanto, inescindiblemente, el contenido del derecho de propiedad sobre cada categoría de bienes”. Como señala BARNÉS (25), la utilidad privada, de un lado, se resuelve en las facultades de goce y disposición. La utilidad o función social, de otro, define en nombre de la comunidad el sentido o dirección en el que han de ejercitarse tales poderes dominicales. Traduciendo esta síntesis en términos jurídico-positivos, cabe sostener que la utilidad social habilita y exige de los poderes públicos la regulación de los diversos estatutos legales atinentes a los usos de que es susceptible cada categoría de bienes objeto del derecho de propiedad privada.

3) El dictado del artículo 33.2 de la Constitución, según el cual la

(24) J. BARNÉS VÁZQUEZ, *La propiedad constitucional. El estatuto jurídico del suelo agrario*, Madrid, 1988, pág. 348.

(25) Ver págs. 290 y ss. de su trabajo “La propiedad agraria. A propósito de la STC 37/1987, de 26 de marzo, sobre la Ley de Reforma Agraria Andaluza”, en *RAP*, núm. 119, mayo-agosto 1989.

función social de la propiedad delimitará su contenido de acuerdo con las leyes, es forzoso ponerlo en conexión con el artículo 53.1, proposición segunda, asimismo del texto constitucional, según el cual sólo por Ley podrá regularse el ejercicio de tal derecho, Ley que, en todo caso, deberá respetar su contenido esencial referido al dominio (26). Ambos preceptos —33.2 y 53.1 de la Constitución— se exigen mutuamente y de éllo se deduce que no cabe hablar de un único contenido esencial de la propiedad: el artículo 33.1 de la Constitución española se refiere al reconocimiento de los particulares de un ámbito genérico de apropiación, disfrute y transmisión de los bienes económicos, mientras que el artículo 33.2 de la Constitución española se mueve en el plano de la delimitación de concretos estatutos de la propiedad, según la trascendencia económico-social del bien, y sólo con referencia a esa delimitación tiene sentido hablar del “contenido esencial” a respetar (27); el artículo 53.1 de la Constitución queda reducido a la reserva de Ley; lo demás se traduce a una petición de principio: el contenido esencial que ha de respetar la Ley es el que impone la propia Ley (28).

4) Además de los artículos citados de la Constitución (33.1 y 2, 53.1 y 128) y de su poble repercusión en la configuración de la propiedad del agua, habrá que tomar en consideración, para esa misma configuración constitucional de la propiedad del agua, los principios constitucionales de orden material que atañen a los recursos hídricos. A este respecto, la Sentencia del Tribunal Constitucional 227/1988, de 29 de noviembre, que resuelve los recursos de inconstitucionalidad y los conflictos de competencia promovidos en relación con la Ley de Aguas, con el Reglamento del Dominio Público Hidráulico y con otras disposiciones complementarias, plantea en su fundamento jurídico décimotercero la determinación de si las normas legales cuestionadas son o no ajustadas a una interpretación de las reglas constitucionales —y estatutarias— que pueda considerarse lícita; y con tal motivo, se refiere a los principios de unidad, autonomía y solidaridad que se establecen en el artículo 2.º de la Constitución, pero, además, considera el Tribunal que ha de tener en cuenta también el con-

(26) A. M. LÓPEZ Y LÓPEZ, *La disciplina constitucional de la propiedad privada*, Madrid, 1988, pág. 138. Como dice la STC 37/1987 en su fundamento 2.º, el derecho a la propiedad privada está reconocido en el artículo 33 de la Constitución y le es aplicable la garantía del necesario respeto a su contenido esencial en virtud de lo dispuesto en el artículo 53.1 del propio texto constitucional.

(27) LÓPEZ Y LÓPEZ, *op. cit.*, pág. 45, y V. L. MONTES PENADÉS, *La propiedad privada en el sistema del Derecho civil contemporáneo*, págs. 184 y ss., y *Comentarios a los artículos 348 y 349 del Código Civil*, en tomo V, vol. 1.º, 1990, págs. 186-187, de la obra *Comentarios al Código Civil y compilaciones forales*, dirigida por el profesor Albaladejo.

(28) MONTES, *op. et loc. ult. cit.*

junto de los principios constitucionales de orden material que atañen, directa o indirectamente, a la ordenación y gestión de recursos naturales de tanta importancia como los recursos hidráulicos, principios que, a modo de síntesis, se condensan en el mandato constitucional que obliga a todos los poderes públicos a velar por la “utilización racional de todos los recursos naturales” (art. 45.2 de la Constitución).

La aplicación de todos estos principios y criterios constitucionales supuso ya una modificación de la disciplina jurídica de las aguas desde la promulgación de la Constitución, pero la conformación de la propiedad privada del agua en nuestro país no ha quedado definitivamente realizada hasta la entrada en vigor de la nueva Ley de Aguas de 1985. Será esta norma especial la que concluirá el proceso de determinación de los poderes o facultades del propietario de los recursos hídricos que continúen en el ámbito del dominio privado según la propia norma.

1.4. *La propiedad del agua en la Ley de 1985*

El único supuesto de propiedad privada de recursos hídricos que persiste después de la vigencia de la Ley de Aguas de 1985 es el de la conservación de la titularidad de algún derecho sobre aguas privadas procedente de la legislación derogada, por no haberse ejercitado la opción establecida en las disposiciones transitorias 2.^a y 3.^a de la nueva Ley. Supuestos especiales de titularidad privada relacionados con el “ámbito físico” del agua, pero no con la propiedad del agua en sí misma, son los relativos a los cauces ocasionales de aguas pluviales y a las charcas situadas en los predios de propiedad privada; a ellos se refieren los artículos 5 y 10 de la Ley de Aguas.

La delimitación del contenido de la propiedad privada del agua podemos realizarla atendiendo a las facultades clásicas de goce y disposición. Si desde una óptica material o sustantiva se ha producido un giro copernicano en la concepción del derecho de propiedad, en cambio, formalmente, parece válida su caracterización como comprensiva de ambas facultades (29).

A) La facultad de goce o aprovechamiento del propietario. La disposición transitoria 4.^a2 de la Ley de Aguas dispuso que todos los aprove-

(29) BARNES, *La propiedad constitucional*, cit , pág. 318. De este modo, añade, el artículo 348 del Código Civil viene a ser como un marco susceptible de ser colmado en cada momento histórico de una manera distinta.

chamientos de aguas calificadas como privadas por la legislación anterior, se declararían por sus titulares legítimas ante el Organismo de cuenca en los plazos que se determinarían reglamentariamente, y que dicho Organismo, previo conocimiento de sus características y aforo, los incluirá en el Catálogo de aprovechamientos de aguas privadas de la cuenca; y el artículo 195.2 del RDPH determinó dichos plazos, fijando uno solo, que fue también de tres años a partir de la entrada en vigor de la Ley de Aguas. Transcurrido este plazo —el 1 de enero de 1989— sin haber inscrito en el Registro de Aguas o en el Catálogo de aprovechamientos de aguas privadas, persistirán la facultad y el deber de declarar estos aprovechamientos, únicamente ya en el Catálogo, si bien el incumplimiento de esta obligación constituirá una mera infracción administrativa, objeto de posibles multas coercitivas (disposición transitoria 4.^a3), pero irrelevante a efectos de la conservación de la situación jurídica sustantiva, tal como se deduce claramente de la Sentencia del Tribunal Constitucional 227/1988 que, en su fundamento 8.º, justifica la diferencia de situación y la consiguiente protección administrativa de quienes hubieren optado por inscribir en el Registro y quienes hubieren elegido mantener la titularidad de sus derechos privados “en la misma forma que hasta ahora” en la circunstancia de que a estos segundos no se les exige acreditar sus derechos ante la Administración (30).

La facultad de goce o aprovechamiento del propietario de un bien se

(30) Añade la sentencia que mal podría la Administración intervenir para la protección de derechos que “ni tiene ni está obligada a tener por acreditados” y que, por ello, no hay infracción alguna del principio de igualdad ante la Ley (entre quienes hubieren optado por inscribir en el Registro de Aguas y quienes no hubieren ejercido positivamente esa opción). Por tanto, aunque el artículo 195.2 del RDPH diga que, a los efectos de su inscripción en el Catálogo, los titulares legítimos de aprovechamientos de aguas calificadas como privadas por la legislación anterior a la vigente Ley de Aguas que optaran por mantenerlas en tal régimen deberán declarar su existencia al organismo de cuenca correspondiente, y que la declaración se hará por escrito, acompañando el título que acredite su derecho al aprovechamiento y haciendo constar sus características y destino de las aguas, no existirá una obligación estricta de acreditar estos datos configuradores del derecho o facultad de aprovechamiento. Está justificado que la Administración pueda exigir el cumplimiento del deber de declarar en el Catálogo y sancionar su incumplimiento, porque la gestión unitaria de las aguas de la misma cuenca hidrográfica o del mismo sistema hidráulico (cfr. art. 13.2.º LA) requieren el conocimiento completo de los aprovechamientos de la cuenca o del sistema; pero el incumplimiento de este deber de información no afectará a los derechos sustantivos del requerido para facilitarla y la Administración estará únicamente legitimada para imponer las multas coercitivas indicadas y para hacer las averiguaciones y comprobaciones que resulten adecuadas al fin señalado de posibilitar la gestión unitaria. Lo que, en cualquier caso, resulta evidente es que si se solicita la inclusión en el Catálogo los datos que hay que facilitar son todos los relativos al aprovechamiento título que lo acredite, características y destino de las aguas

manifiesta fundamentalmente en la rentabilidad que puede producirle, rentabilidad que normalmente va unida a alguna actividad específica, relacionada con ese bien. Pero mientras en el suelo rústico o urbano la rentabilidad y el goce o aprovechamiento derivan, respectivamente, de las actividades del cultivo de las tierras de labor y de la edificación en los solares, o sea de acciones incorporadas al propio suelo, en cambio la rentabilidad del agua no se consigue mediante una actividad vinculada únicamente al agua, sino destinando el recurso a una ocupación que se sustenta básicamente en otro bien: la tierra en el regadío, la infraestructura de abastecimiento en el suministro de agua a las poblaciones o a las industrias, etc. El destino del agua y la consiguiente vinculación de la misma a algún otro bien —propio o ajeno— es un dato fundamental de la configuración de la facultad de aprovechamiento del propietario de recursos hídricos.

Otro dato definitorio de esta facultad de aprovechamiento de propietario del agua está relacionado con el aspecto de deber inserto en la facultad de gozar o aprovechar. Tomando en consideración la misma comparación anterior, podemos observar que el cultivo de las tierras de labor o la edificación de un solar constituyen, a la vez que una facultad, un deber del propietario; en el agua, en cambio, la facultad de aprovecharla aparece indisolublemente unida al deber de protección y conservación del recurso y de su entorno, tal como reza el artículo 58.1 de la Ley de Aguas. Posiblemente, por ello esté justificado que, aún después de la Constitución, la Ley de Aguas haya recogido expresamente la prohibición del abuso del derecho en la utilización del agua y la equiparación a esta prohibición del mal uso o desperdicio de la misma (arts. 48.4 y 52.1 LA); se ha considerado que el artículo 33.2 de la Constitución, al delimitar el contenido del derecho de propiedad privada de acuerdo con la función social que los bienes sobre los que recae están llamados a cumplir, hace innecesaria la invocación del abuso del derecho (31); en cambio parece que esta prohibición del abuso del derecho, aplicada a la propiedad del agua, así como la del mal uso o desperdicio de la misma, estará claramente relacionada con el deber de utilización racional de los recursos naturales, impuesto por el artículo 45.2 de la Constitución.

a) Delimitación de la facultad de aprovechamiento del agua.

Además de por la aplicación de la doctrina del abuso del derecho, la facultad del propietario de aprovechar el agua quedará configurada por la aplicación de determinadas normas reguladoras de la sobreexplotación de

(31) Ver BARNES, *La propiedad constitucional*, cit., pág. 87; en contra, MONTES, *Comentarios*, cit., pág. 174.

acuíferos, los usos del agua en caso de sequía grave o de urgente necesidad y las limitaciones del uso del dominio público hidráulico, tal como establecen las disposiciones transitorias 2.^a y 3.^a de la Ley de Aguas, apartado 4 de ambas. Concretamente delimitarán esta facultad de aprovechamiento del propietario del agua las siguientes normas: *a*) Los artículos 54.1 de la Ley de Aguas y 171 del RDPH que regulan la sobreexplotación de acuíferos y la imposición de una ordenación de las extracciones para lograr su explotación más racional. Este Plan se elaborará en orden a conseguir la superación de los problemas planteados (art. 171.5 RDPH) y esta finalidad implicará normalmente algún tipo de modificaciones del aprovechamiento aunque no necesariamente de restricción o reducción de caudales aprovechados. *b*) Las normas concretas que regulen los usos del agua y que sean dictadas en aplicación de lo establecido en el artículo 56 de la Ley de Aguas. Mediante Decreto se han adoptado y se podrán continuar adoptando medidas precisas para la superación de sequías extraordinarias, sobreexplotación grave de acuíferos o similares estados de necesidad, urgencia o concurrencia de situaciones anómalas o excepcionales, medidas que afectarán también normalmente a la facultad de aprovechamiento de la propiedad privada del agua y que delimitarán consiguientemente su contenido. *c*) El artículo 53.1 y 2 de la Ley de Aguas que permite fijar un régimen de explotación de los embalses y de los acuíferos, al que habrá de adaptarse la utilización coordinada de los aprovechamientos, cuando así lo exija la disponibilidad del recurso, así como condicionar o limitar el uso del dominio público hidráulico (y, consiguientemente, la facultad de aprovechamiento del propietario de aguas privadas), con carácter temporal, estableciéndose las compensaciones e indemnizaciones oportunas cuando se ocasione una modificación de caudales que genere perjuicios a unos aprovechamientos en favor de otros.

b) Mantenimiento de la situación de aprovechamiento.

En las disposiciones transitorias 2.^a y 3.^a de la Ley de Aguas se toman sobre todo en consideración las situaciones de aprovechamiento, utilización o explotación de las aguas de titularidad privada, de modo que la referencia a la propiedad de las mismas aparece solamente implícita. Las fórmulas empleadas son las de régimen de utilización del recurso, utilización de caudales, acreditación de derechos, titularidad, condiciones o régimen de aprovechamiento, explotación, régimen de explotación de los caudales realmente utilizados, utilización de caudales en virtud de título legítimo, aprovechamientos de aguas privadas. Otro tanto ocurre en otros preceptos relacionados con la regulación de estas situaciones, como el artículo 195 del RDPH, que alude reiteradamente al aprovechamiento de las aguas. Lo que evidencian todas estas normas es la voluntad del legis-

lador de que se respeten y mantengan los aprovechamientos reales y efectivos de aguas privadas existentes al entrar en vigor la Ley de Aguas, el régimen de explotación de las mismas configurado por esos mismos aprovechamientos, de modo que se produjese, al empezar a regir la misma, una especie de “congelación” del goce real de los recursos hídricos de titularidad privada. La Ley respeta los derechos preexistentes —dice el fundamento 12 de la STC 227/1988— en función del contenido efectivo o utilidad real de los mismos o, como aducen los recurrentes, “congelándolos” en su alcance material actual, es decir, limitándolos a los caudales totales utilizados.

El ejercicio de la facultad de aprovechamiento del propietario del agua, para el mantenimiento de la titularidad privada de la misma (en evitación de tener que pasar a aprovecharla como concesionario), se tendrá que ajustar consiguientemente a las condiciones o régimen de aprovechamiento preexistentes, sin incremento de los caudales totales utilizados, tal como establecen las repetidas disposiciones transitorias 2.^a y 3.^a, en el número 4 de ambas. La doctrina ha analizado el alcance de esta norma señalando las actuaciones que estarán permitidas al propietario del agua por no implicar modificación de las condiciones o régimen del aprovechamiento. Y el TC ha dejado también suficientemente claro el significado de esas disposiciones transitorias: en la Sentencia 227/1988, fundamento 12, indica que “se respeten íntegramente, con el mismo grado de utilidad o aprovechamiento material” con que hasta la fecha de entrada en vigor de la LA se han venido disfrutando, “los derechos o facultades anejas a la propiedad fundiaria, es decir, en la media en que forman parte del patrimonio de su titular”, añadiendo que “lo que se excluye en adelante es la posibilidad de apropiación patrimonial de incrementos eventuales de los caudales utilizados sin que medie un título concesional”; y en la Sentencia 17/1990, de 7 de febrero, aclara que “la prohibición prevista en la disposición transitoria 3.^a de la Ley Estatal de Aguas”, del “incremento de los caudales” o de la “modificación de las condiciones o régimen de aprovechamiento” resulta también comprensiva de la realización de obras por cuanto las mismas inciden en las propias condiciones o régimen del aprovechamiento” (fundamento 14).

B) La facultad de disposición.

Ya ALONSO MOYA (32) comentaba que las limitaciones establecidas por las leyes en materia de aguas exceden a las que afectan a cualquier otra clase de propiedad y que, por ello, apenas encontramos vestigios, entre los derechos de los dueños de las de dominio privado, de las facul-

(32) *Ob. cit.*, págs. 43-44.

tades de que nos hablaban las escuelas clásicas, entre las que relacionaba el *ius disponendi*. Más que entrar en la cuestión de si una facultad del dominio, como es la facultad de disposición, es esencial al derecho de propiedad privada (33) del agua, formando o no parte del mismo derecho (34) y siendo o no independiente de la facultad de aprovechamiento (35), lo que interesará será configurar facultad de acuerdo con la propia naturaleza del objeto sobre que recae y con los límites impuestos por la legislación de aguas, aplicada conforme a los principios constitucionales.

Al alcance concreto de la facultad de disposición que forma parte del contenido de la propiedad privada del agua resultará de la función económico-social atribuida al dominio de este recurso natural y del destino al que se vincula su aprovechamiento. Desde estos presupuestos, parece lógico mantener lo siguiente: a) Como la disponibilidad de derechos depende de la titularidad de los mismos (y así, en la propiedad, se reconoce a favor de todo propietario la denominada titularidad de disposición), el propietario de aguas privadas podrá disponer de aquellos caudales de los que realmente era titular al entrar en vigor la Ley, los que utilizaba o aprovechaba directamente. Es cierto que nadie puede ser privado de la facultad de transmitir total o parcialmente sus bienes, pero también es

(33) MONTES estima improbable que la facultad de disposición pueda ser útil para precisar la esencia del derecho de propiedad, ya que no constituye una característica esencial del mismo; acaso la mejor configuración de la facultad de disposición respecto del contenido del dominio, añade, podría ser la de considerarla como elemento normal, pero no esencial del derecho subjetivo de propiedad (cfr. *La propiedad privada en el sistema del Derecho civil contemporáneo*, Madrid, 1980, pág. 251, y el comentario a los arts. 348 y 349 del CC en *Comentarios al Código Civil y compilaciones forales*, dirigida por el profesor Albaladejo, págs. 201-202 del tomo V, vol. 1.º. En cambio, BARNES considera que la facultad de disposición o transferencia constituye un elemento esencial que ha de estar siempre presente en el propietario, y no ya sólo por ser el reverso del goce y por haberle acompañado siempre en su configuración legislativa occidental, sino también porque, al tratarse del derecho patrimonial por excelencia, tal facultad se ejercita igualmente sin necesidad de intermediación alguna (cfr. *La propiedad constitucional...*, cit., págs. 338-339).

(34) Para esta cuestión ver, por todos, F. FERNÁNDEZ VILLAVICENCIO ARÉVALO, "La facultad de disposición", *ADC*, III, 4, págs. 1041 y ss. En todo caso, como dice LÓPEZ LÓPEZ, *ob. cit.*, pág. 150, nota 41, el reconocimiento del valor paradigmático del esquema del artículo 348 del Código Civil supone incluir dentro de él la facultad de disposición, pues corresponde inexcusablemente a la percepción tópica..., al margen de la disquisición técnico-jurídica de si dicha facultad o poder forma parte o no del concepto de propiedad.

(35) Predomina el criterio de que la facultad de disposición es una extensión del derecho de goce o la expresión más intensa del mismo, porque representa la realización plena del valor en cambio de las cosas. Puede verse MONTES, *La propiedad privada en el sistema...*, cit., págs. 250 y ss., y el comentario a los artículos 348 y 349 del Código Civil, cit., págs. 201 y ss.; también, BARNES, *La propiedad constitucional*, cit., págs. 338 y ss.

cierto que nadie puede disponer de más de lo que tiene y si lo que tiene es un derecho limitado por la utilización o aprovechamiento de terceros lo transmitirá con estas limitaciones. Por eso dicen las disposiciones transitorias 2.^a y 3.^a (por remisión), en su apartado 2, que los interesados “mantendrán su titularidad en la misma forma” en la que ostentaban el 1 de enero de 1986, al entrar en vigor la nueva Ley de Aguas.

b) La titularidad que se tenía y que se mantiene por el propietario privado del agua, no se refiere al agua misma, no recae directamente sobre el recurso, sobre el elemento natural que es el agua, sino sobre el *caput* o *instrumentum aquae*, sobre el punto del terreno donde brota naturalmente el manantial o el pozo o la galería que permiten extraerla artificialmente (36).

c) En principio, la facultad de disposición del agua recaerá únicamente sobre el caudal realmente aprovechado por el propietario e irá unida —normalmente— a la disponibilidad del bien a cuya explotación esté destinado dicho caudal (finca de regadío, industria, etc.). Cualquier desvinculación y disponibilidad por separado del agua y del bien a cuya explotación esté destinada, implicaría una modificación de las condiciones o régimen de aprovechamiento que requeriría —conforme a lo establecido en el número 3 de las disposiciones transitorias 2.^a y 3.^a LA— la oportuna concesión administrativa de los caudales transferidos.

d) Del inciso final de los números 1 de las disposiciones transitorias 2.^a y 3.^a se deduce que el aprovechamiento temporal privado a que se refieren dichas disposiciones puede ser objeto de transmisión, puesto que se establece la preferencia, para la obtención de la correspondiente concesión, a favor de quienes, al término del plazo de 50 años, se encuentren utilizando los caudales en virtud de título legítimo. Con mayor razón habrá que admitir la transmisibilidad del aprovechamiento en el supuesto de no ejercicio de la opción de inscripción en el Registro de Aguas, puesto que se trata de un aprovechamiento permanente (37).

e) Si existen caudales no aprovechados por el propietario o por ter-

(36) Es por esto mismo por lo que —en última instancia— el Consejo de Estado, al dictaminar un proyecto de revisión parcial de la Ley de Aguas de 10 de mayo de 1962, proponía la desaparición de la venta de agua; frecuentemente, decía, se hace pagar el agua, en momentos de escasez, a precios fabulosos que comprometen o hacen desaparecer los legítimos beneficios que en buena parte corresponden a los cultivadores de la tierra

(37) En todo caso, la disposición del aprovechamiento del agua sólo será posible si va unida a la transmisión de la finca, industria o explotación a que se destina el agua aprovechada, pues de no ser así se producirá una modificación en las condiciones o régimen del aprovechamiento que requerirá la oportuna concesión que ampare la totalidad de la explotación, conforme establecen los números tres de las disposiciones transitorias 2.^a y 3.^a de la Ley de Aguas.

cero y se pretende aprovecharlos, se dará un supuesto de incremento de los caudales totales utilizados —contemplado en los números 3 de las repetidas disposiciones transitorias— que requerirá, por tanto, la oportuna concesión que ampare la totalidad de la explotación. Esto significa que estos caudales aún no aprovechados no pueden ser objeto de libre disposición de su propietario: será necesario acogerse al arbitrio de la concesión, aunque —tratándose de regadío— podrá otorgarse esta concesión en régimen de servicio público y beneficiar fincas de terceros (38).

f) La única limitación del uso del dominio público hidráulico que parece afectar a la facultad de disposición del propietario de aguas privadas es la que resulta de aplicar lo dispuesto en los artículos 79 y 80 de la Ley de Aguas, relativos a la constitución obligatoria de comunidades de usuarios de una misma unidad hidrogeológica o de un mismo acuífero o que tengan por objeto el aprovechamiento conjunto de aguas superficiales y subterráneas. También —lógicamente— en el caso particular de constitución de la comunidad de usuarios de un acuífero sobreexplotado, estarán obligados a integrarse en ella los dueños de los pozos, galerías o manantiales que utilicen aguas de ese acuífero.

2. DERECHO IBEROAMERICANO

La Ley General de Aguas de Perú número 17752 de 1969 declara en su artículo 1.º que no hay propiedad privada ni derechos adquiridos sobre las aguas, y en los artículos 4.º y 5.º incluye en el dominio público, relacio-

(38) Cabe aquí la aplicación de lo previsto en el artículo 60 de la Ley de Aguas, debiendo cumplirse los requisitos de la conformidad de los titulares de las tierras eventualmente beneficiarias del riego que reúnan la mitad de la superficie de dichas tierras, así como la aprobación por la Administración concedente de los valores máximos y mínimos de las tarifas de riego, que habrán de incorporar las cuotas de amortización de las obras. Este sistema de control de precios del agua, unido al criterio que mantengo en la aplicación de las disposiciones transitorias 2.ª y 3.ª de la Ley de Aguas, creo que permite cohesionar los diversos intereses concurrentes en el aprovechamiento de un recurso escaso y preciado. La transformación en concesión por incremento del aprovechamiento de caudales, en beneficio propio o de terceros, no implica perjuicio para el titular del *caput* o *instrumentum aquae*: no ha de satisfacer canon concesional alguno y puede obtener una compensación económica adecuada por el nuevo aprovechamiento en régimen concesional. Lo que no parece admisible es que el titular de un manantial, pozo o galería pueda disponer de los mismos con libertad absoluta de destino del agua y de determinación del precio de los caudales aún no aprovechados; creo que aceptar esto sería admitir la posible afección de los derechos de aprovechamiento de terceros que toman agua de un mismo manantial o la extraen de un mismo acuífero, porque estos aprovechamientos son siempre interdependientes y el agua no parece susceptible de una titularidad de disposición exclusiva y excluyente.

nándolas detalladamente, todas las continentales y los terrenos en los que se encuentren o por los que discurran.

El Código de Aguas de Chile, modificado por la Ley de Reforma Agraria de 1967, declaró que todas las aguas son bienes nacionales de uso público y expropió las que hasta ese momento eran privadas, reconociendo al propietario únicamente el derecho a continuar usuándolas (arts. 9 y 10 del Texto Orgánico aprobado por Decreto 162 de 1969).

El artículo 2.º de la Ley de Aguas de Ecuador, número 369 de 1972, dispuso que no hay ni se reconocen derechos de dominio adquiridos sobre las aguas y limitó los preexistentes al uso eficiente del agua conforme a lo establecido en la propia Ley.

En Colombia sólo existe la propiedad del agua que provenga de situaciones anteriores al Código Nacional de Recursos Naturales Renovables y de Protección del Medio Ambiente de 18 de diciembre de 1974, cuyo artículo 43 dispone que deberá ejercerse este derecho de propiedad privada como función social.

En Argentina, después del cambio de régimen jurídico operado en 1968 por la Ley 17711, todas las aguas son públicas, con excepción de las que lleguen a la superficie de un inmueble privado por un hecho de naturaleza (lluvia, surgencia o vertiente natural) y no se deslicen por cauces naturales o pasen a otros inmuebles (39).

En Bolivia, la Ley de Aguas de 28 de noviembre de 1906 considera privadas las aguas subterráneas alumbradas en predios privados, las de lluvia y nacimiento continuo o discontinuo mientras discurran por el predio privado en que caen o nacen y las que lo atraviesen. Los Códigos Civiles de Paraguay y de Venezuela establecen también un régimen de propiedad pública y privada del agua similar al de Bolivia, con claras reminiscencias de la legislación española derogada e influencias del sistema de riberaneidad.

En México, la Constitución delimita con un criterio muy amplio las aguas de propiedad nacional, de modo que, por exclusión de las aguas de dominio público, se deduce que sólo los procedentes de lluvia o de manantiales, que no lleguen a formar ríos o lagos, se considerarán parte integrante que los terrenos por los que discurran o en los que se encuentren depositadas, y que las subterráneas podrán ser alumbradas y apropiadas por el dueño del terreno en que se hallen.

En América Central son mayoría los países que declaran de dominio público la práctica totalidad de las aguas continentales. Así, en El Salva-

(39) Ver L. MOISSET DE ESPANÉS, "La publicidad registral en el Código de Aguas de la provincia de Córdoba (República Argentina)", *RCDI*. núm. 563, julio-agosto 1984, págs. 884-885.

dor, toda las aguas superficiales y subterráneas son nacionales, con excepción de las de lluvia captadas en embalses artificiales construidos por particulares. Las Constituciones de Nicaragua y Panamá prescriben que las aguas de cualquier naturaleza pertenecen al Estado o son propiedad de la nación y la de Guatemala de 31 de mayo de 1985, en su artículo 121.b), relaciona como bienes del Estado, además de las aguas de la zona marítima, todas las terrestres, incluidas las subterráneas y otras que sean susceptibles de regulación por la Ley y las aguas no aprovechadas por particulares en la extensión y términos que fije la Ley. En Honduras son de propiedad particular las aguas vertientes que nacen y mueren dentro de una misma heredad, las pluviales que discurren por predios privados, las subterráneas alumbradas por el propietario del suelo y las que discurren por canales construidos artificialmente. Finalmente, en la República Dominicana son aguas del dominio de los particulares las de lagos, lagunas y charcas formados naturalmente dentro de las tierras de los mismos (siempre que no constituyan fuentes de aprovechamiento de comunidades ni que puedan construirse obras de utilidad pública) y las que nacen o se precipitan dentro de las tierras de particulares, siempre que su curso termine dentro de la misma heredad (40).

IV. EL APROVECHAMIENTO DEL AGUA

El término “aprovechamiento” ha sido habitualmente tan empleado al referirse a la utilización del agua que una de las escasas acepciones de dicho vocablo recogidas expresamente en el Diccionario de la Lengua Española es precisamente la de aprovechamiento de aguas, definido como “derecho por Ley, concesión o prescripción, de utilizar, para usos comunes o privativos, aguas de dominio público”. Es ésta la noción de aprovechamiento de aguas públicas según la legislación derogada y podrá mantenerse como concepto referido a esas situaciones anteriores, en tanto en cuanto persistan después de la nueva ordenación legal de las aguas; pero también existía y existe el aprovechamiento de las aguas privadas.

I. ESTRUCTURA

Con este carácter amplio, o sea con referencia a las aguas de cualquier naturaleza, pública o privada, el aprovechamiento del agua se nos presenta

(40) Para mayor detalle, pueden verse las obra citada de VALLS y la de M. T. SANDOVAL, *Legislación de aguas en América Central, Caribe y México*, FAO, Estudio Legislativo, núm. 8, 1983.

como un derecho de estructura especial y compleja, pues todo derecho de aprovechamiento del agua se integra en un sistema más o menos complejo de utilización de recursos hídricos y forma parte de una situación jurídica compuesta (41) de dos elementos: el caudal del agua objeto de uso y el bien, normalmente inmueble (finca de regadío, instalación industrial, explotación ganadera, etc.), al que se destina dicho caudal. La integración en un sistema se realiza, además, de modo que el aprovechamiento concreto se interrelaciona con otros del mismo origen natural (río, manantial) o artificial (toma en un canal, sondeos del mismo acuífero subterráneo) y puede formar parte de un conjunto de usos múltiples y sucesivos (aprovechamiento hidráulico, abastecimiento de población, riego de tierras). Todo aprovechamiento de agua tiene que ser determinado, por consiguiente, haciendo referencia al sistema hídrico en que se integra y concretando, en su caso, el lugar que ocupa en el orden de utilización sucesiva de los recursos aprovechados.

(41) Si observamos el supuesto más corriente, de aprovechamiento de aguas para riego, advertimos que es imprescindible el binomio suelo rústico-agua. La finca de regadío es un bien inmueble compuesto de otros dos inmuebles que son sus partes integrantes. la superficie del suelo cultivable o finca rústica y el agua de propiedad privada cuyo aprovechamiento se vincula al predio rústico de modo que del conjunto inescindible de los dos inmuebles resulta la finca de regadío. Si el agua es de dominio público o de propiedad privada ajena, el derecho de aprovechamiento será la concesión administrativa o un derecho real de servidumbre constituido para riego de la finca que es predio dominante, por lo que también en estos casos se tratará de un bien inmueble (conforme resulta del art. 334.10 CC) que quedará vinculado a la finca rústica objeto de transformación en regadío. Que las fincas de regadío constituyen cosas complejas formadas por las dos partes integrantes indicadas es algo evidente para quienes conocen zonas semidesérticas cuyas tierras son verdaderos eriales improductivos, y se pueden convertir en vergeles cuando disponen del agua necesaria para fructificarlas. Y que el aprovechamiento del agua es parte integrante de la finca compuesta que es la finca de riego aparece también como algo perfectamente lógico: si lo es el acueducto (art. 408, párrafo último CC, y art. 47 LA), ¿cómo puede no serlo el aprovechamiento del agua que se conduce por él? Esta estructura de cosa compuesta de los aprovechamientos del agua, que aparece tan clara en el supuesto del aprovechamiento de regadío, por existir esa unión biológica de la tierra y el agua de que ya hablaba el Consejo de Estado en su dictamen de 10 de mayo de 1962, es también perfectamente aplicable a los demás supuestos de utilización del agua, en los que el correspondiente derecho de uso de recursos hídricos, derivado de la propiedad privada de los propios recursos o de los derechos reales, administrativo o sobre cosa ajena, a que acabo de referirme, será parte integrante del conjunto inmobiliario constituido por la correspondiente instalación de abastecimiento de agua o la explotación industrial en que se utilice y configurado como una unidad orgánica o un cuerpo de bienes unidos o dependientes entre sí (dicho con palabras de nuestra legislación hipotecaria).

2. EL DERECHO ESPAÑOL

En la Ley de Aguas de 1985 aparecen los términos utilización, uso y aprovechamiento del agua. El término utilización parece referirse al hecho objetivo y genérico del empleo de agua por el hombre, comprensivo de los diferentes destinos dados al recurso por la actividad humana. El término uso parece encerrar un doble sentido: uno objetivo, correspondiente a cada uno de esos destinos (abastecimiento, regadío, recreación, etc.) comprendidos en la utilización del recurso; y otro subjetivo, consistente en el ejercicio de una facultad del propietario o del concesionario del agua; esta anfibología puede motivar el empleo normal de la expresión tautológica “uso y aprovechamiento” del agua. Sin embargo, es la expresión “aprovechamiento” la que —como he dicho— ha adquirido carta de naturaleza en su aplicación a la utilización del agua. Dejando aspectos tan importantes como los del “aprovechamiento racional” del agua y la distinción entre “aprovechamiento” y “recursos”, hay que considerar aquí el sentido más propio del término aprovechamiento del agua que es, por regla general, el de uso privativo de la misma (42), concretado en tres supuestos: el aprovechamiento “temporal” de aguas que mantienen el carácter de privadas por el ejercicio de la opción de inscripción en el Registro de aguas de las situaciones privativas anteriores a la entrada en vigor de la nueva Ley, el “habitual o corriente” de las aguas públicas, procedente de concesión administrativa, y el “limitado o restringido” del artículo 52 de la Ley de Aguas, también de aguas públicas, aunque se haya calificado con cuasipropiedad porque la legitimación para obtener este aprovechamiento *ex lege* radica en la propiedad de la finca donde se pretende utilizar las aguas pluviales, estancadas o procedentes de manantiales o acuíferos, con las limitaciones que el propio precepto señala.

2.1. *Aprovechamiento de aguas públicas objeto de concesión*

Este derecho de aprovechamiento, derivado de concesión administrativa, es un derecho patrimonial, real, de carácter inmobiliario, que se caracteriza por comprender determinadas facultades de goce exclusivo

(42) MENÉNDEZ REXACH y DÍAZ LEMA, en *El Derecho de Aguas en España*, cit., pág. 528, nota 10, estiman que, además de esta acepción, que ven clara en los artículos 51.4, 52.1, 53.3, 58, 61, 67 y 73 de la Ley de Aguas, existen en la Ley otras dos: la del artículo 48.2, que se refiere a la “utilización”, en todas sus modalidades, y la que identifica el aprovechamiento con el uso comparado en un título, con lo que comprendería el uso especial y privativo, pero no el común general (art. 69.1, que se refiere a la utilización o aprovechamiento de los cauces)

sobre aguas públicas (43). Se trata, por consiguiente, de un supuesto de los denominados derechos reales administrativos; el agua cuyo aprovechamiento se concede queda adscrita a los usos indicados en el título concesional, sin que pueda ser aplicada a otros distintos ni a terrenos diferentes si se tratase de riegos, en cuyo supuesto el titular de la concesión deberá serlo también de las tierras a las que el agua vaya destinada, sin perjuicio de las concesiones otorgadas a las Comunidades de usuarios y de que puedan otorgarse también concesiones de aguas para riego en régimen de servicio público a empresas o particulares, aunque no ostenten la titularidad de las tierras eventualmente beneficiarias del riego, siempre que el peticionario acredite previamente que cuenta con la conformidad de los titulares que reunieran la mitad de la superficie de dichas tierras (art. 59.2 y 4 y art. 60.1 LA) (44). En ambos supuestos, de concesiones para uso y aprovechamiento por la Corporación o particular concesionarios y de concesiones en régimen de servicio público o para uso de terceros, hay una determinación del destino del agua y de las zonas o núcleos urbanos, zonas de riego, instalaciones o explotaciones industriales o agrarias, etc., que se benefician de la utilización del recurso, o sea de los bienes inmuebles a los que se aplica, por lo que se puede y debe calificar, en todo caso, de derecho real inmobiliario.

El goce exclusivo que confiere este derecho de aprovechamiento es de tal naturaleza que la jurisprudencia lo configura como un derecho análogo a la propiedad. La Sentencia del Tribunal Supremo de 6 de abril de 1949, en su último considerando, estimaba evidente que desde que se conceden por la Administración a los particulares y éstos las conducen por cauces

(43) Así lo define M. PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS en *Derechos reales. Derecho hipotecario*, Madrid, 1986, pág. 176, desarrollando los caracteres recogidos en la definición y señalando, además, sus límites, su posible configuración como derecho anejo a la propiedad sobre un fundo o como autónomo o independiente del derecho que se pueda tener sobre las fincas y la no perpetuidad del derecho así configurado.

(44) Esta concesión en régimen de servicio público para riego de fincas ajenas es el único supuesto de concesión de naturaleza contractual de los regulados en la Ley de Aguas, puesto que en los demás casos, incluso de otros servicios públicos, el acto concesional es una resolución administrativa, aunque pueda vincularse al subsiguiente contrato de servicio público. En este caso, del artículo 60 de la Ley de Aguas se da una relación contractual entre la Administración y el concesionario y, a través de ella, se produce una especie de control y de tutela de otra relación contractual, la del concesionario y los terceros regantes. Para ello se establecen los siguientes requisitos esenciales: 1) El peticionario tiene que acreditar, antes del otorgamiento de la concesión, que cuenta con la conformidad de los titulares que reúnen la mitad, al menos, de la superficie de las tierras eventualmente beneficiarias del riego; 2) La Administración concedente deberá aprobar los valores máximos y mínimos de las tarifas de riego. Como estas tarifas han de incorporar las cuotas de amortización de las obras, será necesario que el concesionario acredite suficientemente el importe del coste de esas obras.

de propiedad privada para ser utilizadas en su interés propio, cambian las aguas el carácter de públicas por el de privadas; la de 31 de marzo de 1952 se refiere, *obiter dicta*, a las peculiares características que reviste el dominio de las aguas, especialmente cuando éstas son corrientes pasando ininterrumpidamente de unos a otros predios, en las que su aprovechamiento por sus notas de apropiación y consumo reviste la forma de propiedad, en méritos de cuya consideración se han empleado las palabras dominio y propiedad aunque lo reclamado y discutido ha sido un derecho de aprovechamiento y uso de las aguas; la de 24 de junio de 1968 recuerda la doctrina de 31 de marzo de 1952 y, al aplicarla al caso planteado, deduce que se trata de derechos o facultades inherentes al dominio de las aguas, ya que éste, por su propia naturaleza, fin y objeto, consiste en disponer del agua para el riego de la tierra, que forzosamente supone consumirla, según sus necesidades, contribuyendo a determinados gastos; y la de 30 de mayo de 1969 recuerda y recapitula —entre otras— las citadas diciendo que si bien es cierto que *la propiedad de las aguas tiene un carácter especial y como tal la trata nuestro ordenamiento jurídico fundamental al no estar investida de todas las facultades que al dominio de las demás cosas atribuye*, no es menos cierto que la concesión administrativa otorga el disfrute exclusivo y excluyente del aprovechamiento de las aguas públicas al concesionario tan pronto son separadas de su cauce natural entrando en canales o cauces artificiales, dándoles la denominación de aguas privadas, lo que constituye un derecho similar al dominio y como tal lo califica el Código y hasta la Jurisprudencia; y en su consecuencia y *aún limitado el dominio por los términos en que esté otorgada la concesión y las derivadas de la propia naturaleza del agua que vuelve a ser pública en las sobrantes y en cuanto salen del cauce artificial y discurren otra vez por los naturales, por lo que la Jurisprudencia alude a la facultad de aprovechamiento exclusivo con todo rigor en vez de denominarlo dominio, es indudable que tienen el concepto de aguas privadas, están sujetas a un aprovechamiento exclusivo y excluyente por el concesionario y constituyen un derecho especial de propiedad similar al dominio como lo califica el Código.*

2.2. Aprovechamiento de aguas inherente al dominio de los fundos

Conforme a lo establecido en el artículo 52 de la Ley de Aguas, el propietario de una finca puede aprovechar las aguas pluviales que discurren por ella y las estancadas dentro de sus linderos, sin más limitaciones que las establecidas en la presente Ley y las que se deriven del respeto a los derechos de tercero y de la prohibición el abuso del derecho, y, en las condiciones que reglamentariamente se establezcan, se podrán utilizar en

un predio aguas procedentes de manantiales situados en su interior y aprovechar en él aguas subterráneas cuando el volumen total anual no sobrepase los 7.000 metros cúbicos. En los acuíferos que hayan sido declarados como sobreexplotados, o en riesgo de estarlo, no podrán realizarse nuevas obras de las amparadas por este apartado sin la correspondiente autorización. Esta aguas, a que se refieren los apartados 1 y 2 del artículo 52 de la Ley de Aguas, no podrán utilizarse en finca distinta de aquellas en las que nacen, discurren o están estancadas (art. 84.3 RDPH). Se confirma así el carácter que tienen estos aprovechamientos legales, que son como una extensión de la propiedad inmobiliaria. El artículo 52.1 se refiere a la utilización de aguas que no son de dominio público, según la propia Ley, lo que supone una delimitación general *ex lege* de las facultades del propietario de las fincas por las que discurran aguas pluviales o en las que se encuentren aguas estancadas; se trata por ello de la regulación de un aspecto específico del régimen de la propiedad privada fundiaria (STC 227/88). El apartado 2 —añade el TC— crea un derecho de aprovechamiento privativo de aguas de dominio público que no requiere concesión administrativa (45).

Estos aprovechamientos *ex lege* constituyen verdaderas partes integrantes de los fundos que pueden beneficiarse de ellos, de modo que en ningún supuesto podrán ser objeto de transmisión con independencia de tales fundos.

2.3. *Aprovechamiento temporal de aguas privadas por opción de inscripción en el Registro de Aguas*

Según resulta de las disposiciones transitorias 2.^a y 3.^a de la Ley de Aguas, los titulares de algún derecho —conforme a la legislación anterior y derogada por la nueva Ley— sobre aguas privadas procedentes de manantiales que vinieren utilizándose en todo o en parte, o de pozos o galerías en explotación, podían acreditarlo, hasta el 1 de enero de 1989, para su inclusión en el Registro de Aguas como aprovechamiento temporal

(45) La diferencia del alcance de los aprovechamientos legales regulados en este artículo 52 de la Ley de Aguas puede tener explicación mientras las aguas de manantial y subterráneas tienen relación directa con los cursos de aguas superficiales o con los acuíferos subterráneos que son objeto de aprovechamiento y explotación normalmente interdependientes, las aguas pluviales y las estancadas (normalmente formadas por la lluvia en terrenos impermeables) revisten una mayor autonomía o independencia respecto de la utilización conjunta o interrelacionada de las aguas de cursos fluviales o acuíferos subterráneos, pudiendo permitirse ese aprovechamiento de un volumen superior al de los 7.000 metros cúbicos fijados como límite del aprovechamiento de las aguas subterráneas y de manantial, aunque siempre limitado a las necesidades del predio.

de aguas privadas. Lo que se podía acreditar e inscribir era el derecho a la utilización del recurso y lo que se respetará, por un plazo de cincuenta años, es el régimen de explotación de los caudales realmente utilizados; claramente se refiere, pues, la norma, al aprovechamiento.

Estas titularidades temporales privadas vienen a configurarse en la Ley como situaciones transitorias de naturaleza especial, pues están llamadas a convertirse en concesiones administrativas al término del plazo de cincuenta años y participan ya de algunas de las características de la situación concesional. El Tribunal Constitucional, en el fundamento 8 de la Sentencia 227/1988, considera que quienes han inscrito su titularidad en el Registro de Aguas, a diferencia de quienes opten por mantener la titularidad de sus derechos de naturaleza privada, han optado, previa acreditación de sus derechos, por transformarlos en los derechos que la Ley denomina de “aprovechamiento temporal de aguas privadas”, equiparados a las concesiones en lo que se refiere a la protección administrativa registral: “ello se explica tanto porque tales aguas, cualquiera que sea su calificación en el período transitorio, están abocadas a convertirse en aguas de dominio público por el mero transcurso del tiempo, como por la circunstancia de que los derechos privados preexistentes han tenido que ser debidamente acreditados ante la Administración a los fines de su transformación e inscripción en el Registro de Aguas”. Parece preferible calificar este derecho de aprovechamiento temporal como un derecho *sui generis* distinto del derecho de propiedad, no tanto por ser perpetuo como por el hecho de estar llamado a ser un derecho concesional, que es lo que lo caracteriza y distingue de la propiedad privada del agua en el aspecto adjetivo, es decir, en el ejercicio de las acciones que lo protegen. En lo que se refiere a la protección administrativa registral —ha dicho el TC en el fundamento y sentencia citados—, “los derechos de aprovechamiento temporal de aguas privadas” se equiparan a la concesiones; y añade: “muy distinta es, a tales efectos, la situación de quienes optan por mantener la titularidad de sus derechos privados en la misma forma que hasta ahora, pues, al recaer tales derechos sobre aguas que ni son de titularidad pública no están llamadas a serlo por ministerio de la Ley al final de un período de transición, no es una situación jurídica que, por esencia y menos por aplicación del principio de igualdad, corresponda necesariamente defender a la Administración” (46). Este derecho transformado y convertido en

(46) Hay que observar que los términos de la STC (“no es una situación jurídica que corresponda necesariamente defender a la Administración”, y, un poco antes, “es enteramente razonable que la Administración no tenga la carga de suministrar una protección específica a derechos que ella misma no ha otorgado”) no significan, en absoluto, desprotección del propietario de aguas privadas, que además de todas las acciones judiciales que protegen el dominio y, en su caso, la posesión, podrá interponer

“aprovechamiento temporal de aguas privadas”, durante los cincuenta años de período transitorio, hasta su definitiva configuración como derecho concesional de aguas públicas, tendrá el mismo contenido sustantivo que la ya analizada facultad de aprovechamiento del propietario de aguas privadas que no hubiese optado por inscribir su derecho en el Registro de Aguas. La única diferencia será precisamente la de la temporalidad del aprovechamiento inscrito en el Registro de Aguas frente a la perpetuidad del no inscrito.

También es evidente que el titular de este derecho de aprovechamiento temporal de aguas privadas podrá disponer del mismo a favor de terceros, siempre que esta facultad de disposición de su derecho —como la de cualquier derecho de contenido patrimonial— se entienda referida a lo que realmente ostenta el titular, es decir al aprovechamiento en sí mismo considerado y no al recurso hídrico objeto del derecho de aprovechamiento (47).

2.4. *Aprovechamiento de aguas de propiedad ajena existentes el 1 de enero de 1986*

Los supuestos de aprovechamientos anteriores a la nueva Ley de Aguas que recaen sobre aguas privadas de propiedad ajena y que perduran después de la entrada en vigor de la misma Ley, serán los siguientes:

los recursos administrativos y contencioso-administrativos que procedan, en el supuesto de que la Administración no tenga en cuenta en sus resoluciones las situaciones jurídico-privadas sobre las aguas preexistentes. Pero esto no tiene nada que ver con ese otro hecho de la protección específica que la Administración otorga a quien inscribe en el Registro de Aguas y no concede a quien desea permanecer al margen de la intervención y tutela administrativas, aunque nunca podrá eludir el control necesario para la defensa de los intereses generales y, más en concreto, del dominio público hidráulico. Sobre esta cuestión, en sentido distinto al expuesto, puede verse DE LA CUÉTARA, “Sobre la ‘no protección administrativa’ de los titulares de derechos de aguas privadas a partir del 1 de enero de 1989”, revista *La Ley*, 28 de marzo de 1989, y MOREU, *El nuevo régimen jurídico...*, cit., págs. 570 y ss., y 612 y ss.

(47) Como expuse al comentar anteriormente la facultad de disposición del propietario de aguas privadas, del inciso final de los números 1 de las disposiciones transitorias 2.^a y 3.^a se infiere que este aprovechamiento temporal privado puede ser objeto de transmisión; pero también será aplicable a esta facultad de disposición del derecho de aprovechamiento temporal, *mutatis mutandis*, cuanto allí sostuve en cuanto a la conversión en concesión en el supuesto de disponerse por separado del derecho a usar el agua y del bien a cuya explotación esté vinculado el recurso híbrido, así como en cuanto a las limitaciones del uso del dominio público hidráulico que afectan a esta facultad de disposición.

2.4.1. Aprovechamiento derivado de un derecho real de servidumbre

Las servidumbres reales son situaciones jurídicas flexibles que permitan configurar la relación establecida entre los propietarios de dos predios para el aprovechamiento, por el dueño del dominante, de caudales de agua existentes en el sirviente. Es este derecho de aprovechamiento el dueño del predio dominante el que constituye un derecho real de aprovechamiento sobre cosa ajena (48), cuyo contenido será análogo al descrito al analizar la facultad de aprovechamiento del titular de aguas privadas y la situación jurídica del concesionario de las públicas.

2.4.2. Aprovechamiento derivado del convenio

El respeto de los aprovechamientos de aguas de propiedad ajena existentes al entrar en vigor la Ley de Aguas de 1985 y procedentes de convenios o acuerdos que garantizaran su permanencia, llevará aparejada la consiguiente limitación de las facultades de los dueños de las aguas privadas que hayan optado por mantener su titularidad en la misma forma que hasta el 1 de enero de 1986, conforme a lo previsto en las disposiciones transitorias 2.^a y 3.^a de la Ley de Aguas (49). Estos derechos de aprovecha-

(48) Cfr. los artículos 530 y 594 del Código Civil y las Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 27 de enero de 1864 y 24 de marzo de 1922. Este derecho real de aprovechamiento es, por otra parte, la servidumbre a que se refiere el artículo 108.1.º de la Ley Hipotecaria para permitir su hipoteca sin gravar el predio dominante, como excepción a la regla general que prohíbe hipotecar las servidumbres a menos que se hipotequen juntamente con dicho predio. En realidad el bien gravado era en este caso ese derecho real de aprovechamiento cuyo contenido hemos visto que se acerca tanto al de la propiedad del agua. Al no poderse constituir nuevas situaciones jurídicas de propiedad privada del agua, tampoco cabrá la nueva constitución de derechos reales limitativos de esa propiedad, por lo que sólo perdurarán las "servidumbres de aguas" (en el sentido en que utiliza esta expresión la LH) existentes al entrar en vigor la Ley de Aguas de 1985; y como, además, el aprovechamiento del agua aparece siempre vinculado a una finca, explotación o instalación industrial, tiene cada vez menos interés y justificación esa posibilidad de hipoteca independiente de aquel derecho, calificado o no como servidumbre. Si se admitió esta hipoteca independiente, a pesar de que "lo que no puede enajenarse aisladamente, como sucede con las servidumbres, tampoco puede ser objeto de hipoteca" (Exposición de Motivos de LH de 1861) fue por entender la propia Exposición de Motivos, siguiendo las prescripciones de las Partidas, que "el agua que naciese de una heredad y regase otra pudiera, después de llegar al predio sirviente, cederse para regar campo o viñas cercanos". No es de este lugar el análisis de los problemas que suscita la enajenabilidad e hipotecabilidad de esta antigua "servidumbre de aguas", pero basta lo indicado para comprender que no se compaginan con los actuales sistemas legislativos de ordenación de los derechos subjetivos sobre el agua.

(49) También limitarán, como es lógico, el derecho temporal de aprovechamiento

miento tenían trascendencia real, puesto que se trataba de la venta de determinados caudales que el vendedor se comprometía a poner periódicamente a disposición del comprador por el destino previsto, *v.gr.*, el riesgo de una finca determinada (50).

2.4.3. Aprovechamientos sobre aguas sobrantes según la legislación derogada

En los artículos 5.º y siguientes de la Ley de Aguas de 1879 se regulaban diversas situaciones jurídicas correspondientes a diversos tipos de aprovechamiento de aguas que recaían sobre los sobrantes de manantiales y eran también aplicables a las sobrantes de alumbramientos de aguas subterráneas según establecía el artículo 22, párrafo 2.º, de la misma Ley. Como después de la vigencia de la nueva Ley de Aguas y de la declaración de dominio público de todas las aguas continentales o terrestres no pueden producirse nuevas situaciones de aprovechamiento de aguas sobrantes, por la razón de que el propio concepto de agua sobrante es incompatible con la demanialidad de los recursos hídricos, sólo habrá que plantear la pervivencia de los aprovechamientos de aguas sobrantes de naturaleza privada nacidos y consolidados antes de la entrada en vigor de la nueva Ley de Aguas.

Estas situaciones, anteriores a la entrada en vigor de la Ley de Aguas, relativas al aprovechamiento de aguas sobrantes de naturaleza privada (de manantiales o alumbramientos de aguas subterráneas), y que se mantienen juntamente con el aprovechamiento del dueño de la finca en que nace el manantial o del titular del alumbramiento, serán las siguientes: A) El aprovechamiento "indefinido" adquirido por los dueños de terrenos inferiores y colindantes, cuando hubiesen utilizado las aguas sin interrupción durante veinte años, o sea el aprovechamiento al que se refería el artículo 8 de la Ley de Aguas de 1879. En realidad este derecho es de contenido análogo al del propietario del fundo o titular del alumbramiento y podrá

a que me refiero en el apartado 2.3, procedente de conversión por opción de inscripción en el Registro de Aguas

(50) Parece preferible no denominar suministro a estos contratos porque con este nombre se configura el que se hace por medio de una red de distribución, normalmente para abastecimiento de las poblaciones, con prestación de otros servicios por parte del suministrador, por lo que se trata de un contrato atípico que participa de las características de la compraventa, arrendamientos de cosas y servicios, etc. Pueden verse, en este sentido, diversas referencias a otros autores, como el cubano A. BLANCO, en J. M. GARRIDO LOPERA, *El servicio público de abastecimiento de agua a poblaciones*, Madrid, 1973, págs. 245 y ss

ser inscrito en el Registro de Aguas (o en el Catálogo de aprovechamientos de aguas privadas) con independencia de éstos. B) El aprovechamiento “consolidado” (51) a que se refería el artículo 11 de dicha Ley de Aguas de 1879, en relación con el 14, o sea el aprovechamiento que empezó siendo eventual (caracterizado por su absoluta inseguridad y dependencia del proceder del dueño del fundo de origen del manantial) pero ha dejado ya de depender del sobrante que reste tras la salida del manantial del predio de origen, para adquirir una posición caracterizada porque, habiéndolo ejercitado por espacio de un año y un día, su titular tiene derecho a no padecer merma u obstaculización procedente del dueño del predio de nacimiento. A diferencia del anterior, este derecho de aprovechamiento consolidado es un derecho limitativo del derecho de aprovechamiento del propietario del fundo en que se origina el manantial y tendrá que ser inscrito —en su caso— juntamente con este último, como una situación jurídica compleja que refleje los dos aprovechamientos, el limitado y el limitativo (52).

(51) Así lo denomina F. CAPILLA RONCERO en su “Comentario a la STS de 13 de febrero de 1984”, *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, núm. 4, pág. 1353.

(52) Lo que se respeta, según disponen las disposiciones transitorias 2.^a y 3.^a de la Ley de Aguas, es el régimen de utilización o de explotación de los caudales realmente utilizados, la situación del conjunto de los derechos de aprovechamiento existentes al entrar en vigor la Ley: o, como dice el TC en el fundamento 12 de su Sentencia 227/1988, “la Ley respeta los derechos preexistentes en función del contenido efectivo o utilidad real de los mismos...”, “congelándolos en su alcance material actual, es decir, limitándolos a los caudales totales utilizados, de suerte que cualquier incremento de los mismos requerirá la oportuna concesión”. No sólo no cabe la sobrevivencia de otros aprovechamientos sobre aguas sobrantes, aparte de los preexistentes citados, por la razón dada de que en el futuro las aguas privadas no aprovechadas al entrar en vigor la Ley serán de dominio público e incompatibles, por tanto, con una hipotética consideración de aguas sobrantes, sino que tampoco cabrá admitir la posibilidad de que, respecto de las situaciones mismas de mantenimiento de los regímenes de explotación de aguas privadas por el ejercicio de la opción de las disposiciones transitorias 2.^a y 3.^a de la Ley de Aguas, puedan constituirse o modificarse aprovechamientos de aguas sobrantes, ya que queda definitivamente excluida la usucapión como título adquisitivo del uso o aprovechamiento de las aguas (art. 50 LA) y no puede considerarse vigente ningún precepto de la Ley de Aguas de 1879, expresamente derogada por la de 1985. La exclusión de la usucapión implica que, después del 1 de enero de 1986, no hayan podido ya consolidarse los aprovechamientos eventuales sobre aguas sobrantes; pero los caudales utilizados de hecho por los titulares de los predios inferiores o colindantes (supuestos de los arts. 6 y 10 LA 1879) tampoco corresponderán al aprovechamiento del titular del predio de origen, sino que serán de dominio público y podrán ser concedidos a los mismos que los utilizaban eventualmente, al titular de dicho predio de origen del manantial o alumbramiento, o a terceros.

3. EL DERECHO IBEROAMERICANO

En general, tanto en los países en los que todas las aguas continentales han sido declaradas de dominio público como respecto de éstas en aquellos otros países en los que todavía subsisten aguas de propiedad privada, el derecho de uso o aprovechamiento del agua tiene que ser objeto de concesión o adquirido por autorización, merced, permiso o licencia de la Administración Pública, si bien se suele también considerar otorgado, por ministerio de la Ley, el derecho a usar el agua para necesidades elementales de la persona, de su familia o de sus animales (usos comunes).

El Código de Aguas de Chile regula de modo genérico el derecho de aprovechamiento del agua, tanto si es atribuido por Ley al propietario de tierras como si es objeto de merced o concesión. Se considera, en todo caso, un derecho real administrativo que faculta para usar el agua conforme a las reglas y requisitos que el propio Código establece y que no es transferible separadamente de los inmuebles o industrias para los que las aguas se destinan, pudiendo la autoridad cambiar la fuente de abastecimiento sin disminuir la cantidad ni la calidad del agua.

En Argentina, la llamada Ley Nacional de Irrigación y algunos Códigos y leyes provinciales especiales disponen el otorgamiento automático de concesión a todas las tierras situadas dentro del área que la autoridad considere sometida a la influencia de la obra. Las concesiones se otorgan *intuitu rei*, lo que implica que no pueden transmitirse con independencia de los inmuebles a que se destinan. El derecho del concesionario de aguas, o sea el derecho de aprovechamiento, se llega a estimar por la doctrina (53) como un derecho integrador del concepto constitucional de "propiedad" y se considera que también la jurisprudencia mantiene esta misma posición.

Tampoco en Bolivia pueden venderse las aguas objeto de concesión separadamente del bien para cuyo beneficio se conceden, ni usarse para otro predio ni para otro destino.

En México, los particulares, para obtener la concesión de las aguas no afectadas por aprovechamientos preferentes, tienen que acreditar la propiedad o posesión de buena fe de los bienes que se van a beneficiar con la explotación, uso o aprovechamiento de las aguas.

En Nicaragua, Honduras, El Salvador y Guatemala, está permitido el aprovechamiento de las aguas públicas, sin necesidad de obtener concesión o autorización, en supuestos que no son sólo de uso común sino también privativo, particularmente el riego de fincas de escasa extensión. En Nicaragua concretamente, para la creación de Empresas de Riego, en lugar de

(53) Ver M. S. MARIENHOFF, *Régimen y legislación de las aguas públicas y privadas*, Buenos Aires, 1971, págs. 570 y ss.

regularse el derecho de uso del agua, se establece la obligación de los propietarios de fincas, situadas dentro de un área regable, de tomar el servicio de riego en toda la extensión irrigable.

En Panamá, al desarrollar la Ley de Aguas el precepto constitucional que declara toda las aguas de propiedad nacional, establece la necesidad de permiso o concesión para cualesquiera derechos de uso otorgados a particulares que, si son para fines agropecuarios, quedarán expresamente ligados al título de propiedad de la tierra, sin que pueda transferirse el uno sin el otro (54).

V. LA CONVERSION LEGAL DE LA PROPIEDAD DEL AGUA EN DERECHO DE APROVECHAMIENTO SOBRE LA MISMA

De lo expuesto hasta aquí, al analizar la propiedad del agua y los diferentes tipos de de derecho de aprovechamiento sobre la misma, podemos inferir que el contenido de la propiedad se reduce fundamentalmente a la facultad de aprovechamiento y que el contenido de los derechos de aprovechamiento del agua (por el hecho, sobre todo, de implicar el consumo exclusivo del recurso) se equipara hasta cierto punto al de la propiedad. Esta aproximación facilita la realización de la tenencia actual del Derecho internacional en materia de recursos naturales, consistente en la declaración de dominio público de los mismos, a fin de procurar una ordenación y gestión más racional de unos bienes tan necesarios y a veces tan escasos.

I. DERECHO ESPAÑOL

En la Ley de Aguas española de 1985, la declaración de dominio público de todas las aguas continentales y su compatibilidad con el respeto de las situaciones privadas preexistentes se han fundamentado en la posibilidad legal, otorgada a los titulares de esas situaciones, de elegir entre mantener sus titularidades en la misma forma que hasta la entrada en vigor de la Ley o convertirlas en un aprovechamiento temporal de aguas privadas, conservando el mismo régimen de explotación de los caudales realmente utilizados por un plazo de cincuenta años, pudiendo además ejercer, quienes al término de este plazo se encuentren utilizando los caudales en virtud de título legítimo, el derecho preferente para la obtención

(54) La regulación detallada de estos derechos de aprovechamiento puede verse en las obras citadas de VALLS y SANDOVAL.

de la correspondiente concesión administrativa. El modo de elegir la segunda alternativa es la acreditación del derecho y régimen de utilización del recurso ante el Organismo de cuenca, para su inscripción en el Registro de Aguas como tal aprovechamiento temporal de aguas privadas, y quienes opten por ella gozarán de la protección administrativa que se derive de tal inscripción en el Registro de Aguas (55).

Las disposiciones transitorias 2.^a y 3.^a de la Ley de Aguas de 1985 fijaron un plazo de tres años, a partir de la entrada en vigor de dicha Ley, para que los titulares de algún derecho —conforme a la legislación derogada— sobre aguas privadas procedentes de manantiales que vinieran utilizándose en todo o en parte, o de pozos o galerías en explotación, pudieran acreditar e inscribir su derecho en el Registro de Aguas, como aprovechamiento temporal de aguas privadas. Terminados estos tres años el 1 de enero de 1989, todos los que no hayan ejercitado esta opción, con

(55) En la Ley de Aguas de Canarias de 26 de julio de 1990, el ejercicio de la opción de inscripción en el Registro de Aguas de los titulares de aprovechamientos de aguas calificadas como privadas por la legislación anterior está más facilitado que en la legislación estatal, y los derechos del titular inscrito son también más amplios que los que se derivan de dicha legislación estatal: A) No sólo podrán ejercitar dicha opción los titulares de aprovechamientos de aguas, en efectiva explotación mediante pozos, galerías o procedentes de manantiales (expresión de la disposición transitoria 3.^a de la Ley de Canarias, similar a las de las disposiciones transitorias 2.^a y 3.^a de la Ley estatal), sino también los titulares de autorizaciones de alumbramiento válidas a la entrada en vigor de la Ley de Canarias y los de autorizaciones de alumbramiento de aguas en terrenos de propiedad privada sustanciados conforme al Reglamento de 14 de enero de 1965 que no se hubieran resuelto a la entrada en vigor de dicha Ley de Canarias por causa imputable a la Administración (disposición transitoria 8.^a, que permite elegir entre el procedimiento del Reglamento citado o el de la nueva Ley, aunque la inscripción y el régimen consiguiente son siempre los de la disposición transitoria 3.^a). B) Los efectos de la inscripción son no sólo los de la Ley estatal (continuación en el aprovechamiento privado por un plazo de cincuenta años, subsiguiente derecho a la obtención de la correspondiente concesión administrativa y utilización del Registro como medio de prueba de la existencia y contenido de los derechos inscritos), sino también la realización de obras de mantenimiento de los caudales aforados y de obras autorizadas y todavía no ejecutadas, la obtención de ulteriores prórrogas en el plazo de ejecución de las obras previsto en la autorización y la legalización, en el plazo de un año, de las desviaciones y excesos que se hubiesen realizado partiendo de la autorización administrativa; todo ello con los requisitos previstos en la misma Ley; pero, además, el derecho a acogerse a las subvenciones y auxilios previstos en la legislación hidráulica y —muy especial— el de ejercitar los actos de comercio sobre los derechos inscritos que le sean propios según la legislación aplicable, ajustándose al mismo régimen establecido en el artículo 112 de la Ley de Aguas de Canarias, el cual permite la transmisión por actos *inter vivos* y *mortis causa* de los derechos que otorga una concesión administrativa y subordina la validez de la transmisión a la posterior comunicación, al Consejo Insular del Agua, de los nuevos titulares del negocio o acto jurídico; pero explica que, como en la transmisión de participaciones de comunidades u otras personas jurídicas, se produce la adquisición de la cuota proporcional en la condición de concesionario, la obligación de comunicar corresponde a la comunidad o persona jurídica titular de la concesión.

independencia de que hayan solicitado la inclusión de su derecho en el Catálogo de aprovechamientos de aguas privadas, mantendrán su titularidad en la misma forma que hasta la vigencia de la nueva Ley. Esto significa —dice la STC 227/1988, en su fundam. 12— que se respetan íntegramente, con el mismo grado de utilidad o aprovechamiento material con que hasta la fecha de su entrada en vigor se han venido disfrutando, aquellos derechos o facultades anejas a la propiedad fundiaria, es decir con la medida en que forman parte del patrimonio de su titular. Cosa distinta es que, de acuerdo con el apartado 4 de dichas disposiciones transitorias, tales derechos deban ejercerse en adelante con respeto a las normas que regulen la sobreexplotación de acuíferos, los usos del agua en caso de sequía grave o de urgente necesidad y, en general, las relativas a las limitaciones del uso del dominio público hidráulico, límites éstos que evidentemente carecen de virtualidad expropiatoria por tratarse de prescripciones generales que delimitan el contenido del derecho de propiedad privada (art. 33.2 de la Constitución), de acuerdo con la función social que los bienes sobre los que recae, en este caso los recursos hidráulicos, están llamados a cumplir (STC 37/1987, de 26 de marzo). El criterio del Tribunal Constitucional y los fundamentos del mismo criterio no pueden ser más claros. Como añade en la sentencia citada, la Ley respeta los derechos preexistentes en función del contenido efectivo o utilidad real de los mismos, “congelándolos” en su alcance material actual, es decir, limitándolos a los caudales totales utilizados; y delimita el contenido del derecho de propiedad privada del agua de acuerdo con la función social de este recurso natural.

El legislador español de 1985, al acudir al expediente descrito, de opción de conversión de la antigua propiedad privada del agua en un aprovechamiento privado temporal y el subsiguiente derecho preferente a obtener una concesión administrativa, para conseguir por este sistema opcional la deseada declaración de dominio público de todas las aguas continentales, dio incluso la razón de la innecesariedad de compensación económica: el carácter opcional de la alternativa excluye cualquier obligación compensatoria de la Administración en favor de quien la ejerce, como consecuencia de la transformación del derecho (párrafo segundo del número 1 de las disposiciones transitorias 2.^a y 3.^a) (56).

(56) Esta norma explicativa fue añadida al proyecto de Ley de Aguas poco antes de remitirlo al Congreso de los Diputados porque, al parecer, se consideró necesaria para que quedara completamente claro que la declaración de dominio público de todas las aguas continentales no implicaría en ningún supuesto la expropiación y consiguiente indemnización de derechos adquiridos.

2. LEGISLACIONES IBEROAMERICANAS

El problema del respeto de los derechos adquiridos sobre aguas que eran de naturaleza privada, con motivo de la declaración de dominio público de toda las aguas continentales, se ha planteado también en los países iberoamericanos. En 1972, CANO (57) sugería que la nueva legislación federal argentina debería ser completada por otra provincial contemporánea que —por ejemplo— otorgase a los anteriores propietarios de aguas la concesión de su uso, pero sujeto a la regulación y control de la autoridad hídrica, quedando en manos de los gobiernos provinciales atenuar los efectos patrimoniales del cambio de legislación, para los pocos casos en que realmente pueda invocarse un perjuicio patrimonial cierto, de él derivado; y añadía: “En orden a este tema no debería dejar de pesar en el ánimo de los jueces la consideración de que hoy la autoridad hídrica tiene el derecho, a través del ejercicio del deber de policía, de reglamentar el uso de aguas que hoy son de dominio privado, restringiéndolo y limitándolo, tal como lo hace —por ejemplo— la autoridad municipal al fijar las condiciones de edificación en los inmuebles (altura, estilo, etc.). Que las condiciones impuestas para el uso de aguas provengan del ejercicio del poder concedente sobre bienes de dominio público, podrá envolver disquisiciones académicas sobre el origen del poder regulador, o tendrá, en los hechos, apenas una diferencia de grados. Pero su incidencia sobre los patrimonios privados será idéntica y ésto es lo que los jueces deben valuar, pues si las que derivan del ejercicio del poder de la policía no son indemnizables, las otras no tendrían por qué serlo. Caso diferente es, por cierto, el de aquel que estuviere efectivamente aprovechando aguas de su dominio privado y fuere físicamente, de hecho, despojado de su uso” (58).

(57) “Legislación nacional de aguas. Exposición de Motivos de la proyectada en 1972” (en *Derecho, política y administración del agua*, t. III, vol. 2, Mendoza, Argentina, págs. 772-773)

(58) Una postura similar ha sido adoptada recientemente por nuestro Tribunal Constitucional en relación con los titulares de espacios de la zona marítimo-terrestre, playa y mar territorial que hubieran sido declarados de propiedad particular por sentencia judicial firme anterior a la entrada en vigor de la Ley de Costas, que establece que pasarán a ser titulares de un derecho de ocupación y aprovechamiento del dominio público marítimo-terrestre. En el fundamento 8.B).a) de la Sentencia 149/1991, de 4 de julio, el Tribunal Constitucional considera que “la singularidad de las propiedades a que la norma se aplica, de una parte, el mantenimiento aunque sea a título distinto pero por un prolongado plazo, de los derechos de uso y disfrute que los mismos propietarios tenían, de la otra, y la consideración, en fin, de que en todo caso esos bienes habrían de quedar sujetos, aun antes de haberse mantenido en manos privadas, a las limitaciones dimanantes de su enclave en el dominio público, hacen imposible entender que la indemnización ofrecida, dado el valor económico sustancial de ese derecho de ocupación y aprovechamiento del demanio durante sesenta años y sin pago de canon alguno, no

La forma de resolver este problema de conversión de la anterior propiedad del agua en un nuevo derecho de aprovechamiento derivado de concesión, con motivo de la declaración de dominio público de todas las aguas, no es muy distinta en las diferentes legislaciones iberoamericanas.

Así, la Ley de Aguas de Ecuador adopta una fórmula radical: "No hay ni se reconocen derechos de dominio adquiridos sobre las aguas, y los preexistentes sólo se limitan a su uso en cuanto sea suficiente y de acuerdo con esta Ley" (art. 2.2); "decláranse también bienes nacionales de uso público todas las aguas, inclusive las que se han considerado de propiedad particular. Sus usuarios continuarán gozándolas como titulares de un derecho de aprovechamiento de conformidad con esta Ley" (art. 3) (59).

El Código de Aguas chileno dispone: "Para el solo efecto de incorporarlas al dominio público, declaranse de dominio público y expropianse todas las aguas que a la fecha de vigencia de la Ley 16640 eran de dominio particular. Los dueños de aguas expropiadas continuarán usándolas en calidad de titulares de un derecho de aprovechamiento, de conformidad con las disposiciones de este Código, sin necesidad de obtener una merced. Las indemnizaciones que procedan se regularán de acuerdo con las normas del artículo 32 de este Código" (art. 10). Y el artículo 32 establece que "tratándose de aguas para riego, dicha indemnización considerará exclusivamente el perjuicio ocasionado por la disminución de valor que experimente el predio por el hecho de destinarse al titular del derecho de aprovechamiento un volumen máximo anual de aguas inferior al que correspondería recibir aplicando la tasa de uso racional y beneficioso al número de hectáreas que regaba con anterioridad a la extensión total o parcial de su derecho de aprovechamiento" (60).

En Perú, los titulares de derechos de propiedad sobre el agua se convirtieron en titulares de derecho de uso, pudiendo ser alterado este derecho sobre el agua en su cantidad, calidad o modo de ejercicio sin derecho a

represente, desde el punto de vista del juicio abstracto que corresponde a este Tribunal, un equivalente del derecho de que se priva a sus anteriores titulares"

(59) Ver S. MARTÍN RETORTILLO, *Problemas actuales de ordenación de los recursos hidráulicos*, Caracas, 1976, pág. 64

(60) S. MARTÍN RETORTILLO, *ob. cit.*, pág. 66, comenta: no se prevé, pues, indemnización en todo caso y por el simple hecho de la transformación de los derechos de propiedad en derechos de uso, sino solamente por el daño emergente (y no por el lucro cesante) a que tal transformación pueda dar lugar en cada supuesto concreto en que disminuya, de hecho, el volumen de agua que hasta entonces había venido disfrutándose. Creo interesante resaltar que la disminución de valor que puede ocasionar el perjuicio indemnizable se refiere al precio, lo que pone de manifiesto la unión de los dos elementos (agua y tierra) de los aprovechamientos de riego

compensación, si bien esta alteración tendría que sujetarse a límites de razonabilidad y no ser confiscatoria (61).

En la provincia argentina de Córdoba, el artículo 279 de su Código de Aguas establece que “los que pretendan tener derecho al uso de aguas que podrían considerarse privadas antes de la sanción de la Ley nacional 17711, y que ahora, por aplicación de ese cuerpo legal son públicas, deberán denunciar su aprovechamiento a la autoridad de aplicación dentro de los noventa días de la fecha en que este Código entre en vigencia, indicando volumen o por ciento del caudal que utilizan, uso efectuado y superficie cultivada —si es para riego— en el mismo plazo. Podrán solicitar concesión para el uso que vienen efectuando, la que les será acordada sin otro recaudo que verificar la exactitud de la declaración” (62).

VI. LA INSCRIPCION DE LA PROPIEDAD Y DE LOS DERECHOS DE APROVECHAMIENTO DEL AGUA EN LOS REGISTROS ADMINISTRATIVOS E INMOBILIARIOS

Según MOISSET DE ESPANÉS (63) el registro jurídico tiende a dar publicidad, hacer cognoscibles los derechos que se tienen sobre un determinado objeto, pero un buen registro jurídico necesita indispensablemente, como base de sustentación, un registro físico de las cosas o bienes que van a ser objeto de la relación jurídica. Y los catastros, precisamente, brindan las bases físico-geográficas para la confección de esos registros jurídicos, ya que son el censo o “padrón” de las fincas. En realidad, y en relación con

(61) En este sentido, M. SOLANES, *Derechos sobre aguas: seguridad y estabilidad jurídicas, implicaciones para el desarrollo y conservación de los recursos hídricos*. Congreso de AIDA III, Alicante, 1989.

(62) MOISSET DE ESPANÉS, *ob. cit.*, págs. 887 y ss., considera que la norma transcrita está contemplando la hipótesis de que la titularidad del derecho sobre las aguas pueda ser discutible en razón del cambio de legislación, y así lo expresa la leyenda que lleva el mencionado artículo: “Discrepancia sobre la naturaleza de las aguas” Si no hubiese duda de que las aguas eran efectivamente privadas, es decir, que el propietario las extraía y utilizaba con anterioridad a la sanción de la Ley 17711, no podrá ser privado de ese derecho sin la correspondiente expropiación e indemnización. Del análisis que el citado autor hace a continuación se puede deducir el siguiente sistema: si los derechos privados son claros y no hay declaración de interés general, se conservan; pero si las aguas se declaran necesarias para satisfacer usos de interés general el titular podrá optar entre concesión sin indemnización o expropiación con indemnización; en el supuesto de derechos privados dudosos, sólo cabe la posibilidad de obtener la concesión sin indemnización si se verifica la exactitud de la declaración. MARTÍN RETORTILLO y SOLANES se refieren, respectivamente, en las obras citadas a dos anteproyectos de leyes de aguas de Nicaragua y Guatemala que guardan bastante analogía con el de la provincia argentina de Córdoba.

(63) *Ob. cit.*, págs. 875-876.

el problema del agua, es necesario aflorar o medir los volúmenes de que se dispone, con indicación de las fuentes, y luego ubicar geográficamente el lugar de donde esas aguas provienen, los cauces o canales por donde corren, la situación de los predios que se benefician con los distintos usos que pueden darse a las aguas, determinando incluso las superficies que efectivamente se riegan y los canales de distribución internos...; sin esos datos se carece de los elementos indispensables para la determinación del objeto del derecho, y se corre el riesgo de conceder “derechos de papel”, es decir titularidades que no podrán hacerse efectivas porque recaen sobre aguas inexistentes.

1. SITUACIONES JURÍDICAS INSCRIBIBLES

Todas las situaciones jurídicas de propiedad y aprovechamiento analizadas anteriormente pueden y deben reflejarse en los Registros de Aguas y en el de la Propiedad Inmobiliaria. Los primeros son estrictamente necesarios para que la Administración pueda verificar y controlar los aprovechamientos hídricos (64) y únicamente la inscripción en el Registro de la Propiedad puede garantizar la plena protección jurídica de esos mismos aprovechamientos.

1.1. *Derecho español*

Después de la nueva Ley de Aguas de 1985 y de su Reglamento del Domino Público Hidráulico, han quedado perfectamente configurados los dos Registros administrativos de aguas regulados en esa nueva legislación y establecidos los criterios que permiten mantener el modo como la propiedad y el aprovechamiento del agua deben acceder al Registro de la Propiedad y las relaciones necesarias entre aquéllos y éste (65).

(64) Ver MARTÍN RETORTILLO, *ob. cit.*, pág. 74.

(65) Para un análisis detallado de estas materias, puede verse mi trabajo “Registro de aguas y Registro de la Propiedad”, en *RCDI*, núm. 604, mayo-junio 1991, págs. 783 y ss, que reproduce mis comentarios del artículo 72 de la Ley de Aguas, en los del Código Civil y compilaciones forales dirigido por don Manuel Albaladejo, de los que entresaco aquí la descripción de las situaciones expuestas a continuación en el texto

1.1.1. Inscripciones en el Registro de aguas

El artículo 72 de la Ley de Aguas establece que se inscribirán de oficio las concesiones de aguas y, en concordancia con este mandato, el artículo 118 del Reglamento del Dominio Público Hidráulico, como culminación del procedimiento administrativo que se ha de seguir para obtenerla, dispone que la concesión otorgada será inscrita de oficio en el Registro de Aguas del Organismo de cuenca donde radique la toma.

De otros preceptos de la propia Ley de Aguas y del Reglamento del Dominio Público Hidráulico resulta que, además de las concesiones, tendrán acceso al Registro de Aguas otras situaciones jurídicas. Podemos distinguir, por tanto:

A) *Inscripciones primeras y segundas de las concesiones de aguas*

Las inmatriculaciones o inscripciones primeras de los aprovechamientos derivados de las concesiones de aguas se practicarán de oficio. En cambio, las segundas inscripciones (aunque en la redacción del art. 72 LA pudiera deducirse otra cosa) no pueden ser practicadas de oficio, por razones obvias de que los actos que las originan no pueden ser directamente intervenidos por la Administración del Agua, pero sí son obligatorias (66).

La obligatoriedad de la inscripción de los actos de transferencia y gravamen del derecho concesional, así como la preocupación por la concordancia entre el Registro de Aguas y la realidad, se ponen de relieve en el detalle con el que se regulan los trámites que han de proseguirse en el supuesto de que se constaten diferencias relativas a las características de la concesión o a las condiciones de explotación del aprovechamiento, de modo que, hasta que no se tenga la certeza de la concordancia, no se practica la inscripción definitiva y entonces —como ha habido ya una intervención directa y completa de la Administración— se lleva a cabo de oficio (67).

(66) Cuando cambie la titularidad de una concesión, el nuevo titular —dice el párrafo primero del art. 146.1 RDPH— deberá solicitar, mediante instancia presentada ante el organismo de Cuenca, la oportuna inscripción de transferencia en el Registro de Aguas regulado en la sección 12 del capítulo III del título II del RDPH, aportando la documentación indicada en los artículos siguientes. Especialmente deberá acreditarse la existencia de la autorización administrativa previa, a que se refiere el artículo 103 del RDPH (que reproduce el 61 LA), para la inscripción en dicho Registro de la transmisión total o parcial de los aprovechamientos de agua que impliquen un servicio público o de la constitución de gravámenes sobre los mismos, sin cuyo requisito no se efectuará dicha inscripción.

(67) El artículo 147.2 del RDPH parece querer vincular a la inscripción la produc-

B) *Reservas previstas en los Planes Hidrológicos*

El artículo 92 del Reglamento del Dominio Público Hidráulico dispone que el Organismo de cuenca, de acuerdo con las previsiones de los Planes Hidrológicos, deberá reservar para regadíos, pesca, aprovechamientos hidroeléctricos o para cualquier otro servicio del Estado o fin de utilidad pública determinados tramos de corrientes, sectores de acuíferos subterráneos, o la totalidad de algunos de ellos. Los caudales que deban ser reservados se inscribirán en el Registro de Aguas a nombre del Organismo de cuenca, siendo título suficiente para ello la inclusión de los recursos citados en las previsiones que para reservas formulen los Planes Hidrológicos de cuenca. En el asiento que a tal efecto se practique deberá especificarse la cuantía de los caudales, el plazo de reserva y los servicios del Estado o fines de utilidad pública a los que se adscriben aquéllos (68).

C) *Aprovechamientos legales de aguas públicas*

Es también objeto del Registro de Aguas, según el artículo 189.2 del Reglamento del Dominio Público Hidráulico, la inscripción de los aprovechamientos previstos en el artículo 52 de la Ley de Aguas, o sea los supuestos concretos de aprovechamiento del agua derivado de la propiedad del suelo: de pluviales que discurran por una finca, de estancadas

ción de efectos de la transmisión o gravamen al decir que se dictará resolución aprobando la transferencia y ordenando la inscripción de ésta en el Registro de Aguas, "quedando subrogado desde ese momento el nuevo titular en los derechos y obligaciones del anterior"; literalmente, esto supondría que la inscripción tendría carácter constitutivo, pero creo que no puede darse este alcance a un precepto reglamentario que no encaja en nuestro sistema legal de perfeccionamiento (cfr. art. 1.258 CC) y de eficacia (cfr. art. 1.278 CC) de los contratos; habrá que interpretarlo en el sentido de que la Administración no reconocerá al nuevo titular hasta que no haya inscrito la transmisión o gravamen del derecho concesional en el Registro de Aguas, por lo que no podrá ejercitarlo frente a la propia Administración (que es la que controla el adecuado ejercicio de todos los aprovechamientos) en tanto no inscriba.

(68) Las reservas vienen determinadas por las asignaciones previstas, que, a su vez, corresponderán a las demandas. Interesa a la Administración que este balance hídrico acceda al Registro de Aguas para que tenga la mayor publicidad, pero sus efectos serán fundamentalmente internos, constituyendo como una cuenta de la propia Administración que, con la inscripción inicial (practicada de oficio, aunque nada se diga al respecto por ser obvio) y las sucesivas cancelaciones de los recursos detraídos al otorgar las concesiones, conocerá en todo momento los disponibles. No se trata, sin embargo, de una inscripción de recursos, sino de aprovechamientos, aunque de aprovechamientos previstos genéricamente, ya que únicamente se determinan la cuantía de los caudales, el plazo de la reserva y los servicios del Estado o fines de utilidad pública (regadíos, pesca, aprovechamientos hidroeléctricos, etc.) a los que se adscriben aquéllos.

dentro de sus linderos y de manantiales o alumbramiento de aguas subterráneas, limitados estos últimos a un total de 7.000 metros cúbicos anuales (69).

D) *Aprovechamientos temporales de aguas privadas*

El artículo 189.2 del Reglamento del Dominio Público Hidráulico relaciona igualmente, entre las inscripciones que son objeto del Registro de Aguas, las de los aprovechamientos temporales de aguas privadas a que se refiere la disposición transitoria cuarta de la Ley de Aguas, la cual establece que se podrán inscribir a petición de sus titulares legítimos y a los efectos previstos en las disposiciones transitorias segunda y tercera. Se trata, por tanto, de una inscripción voluntaria pero necesaria para que se produzcan los efectos vinculados a la inscripción misma, o sea la modificación del aprovechamiento que continúa siendo privativo pero deja de ser perpetuo para pasar temporal, limitado al plazo de cincuenta años, pudiendo quienes, al término de dicho plazo se encuentren utilizando los caudales en virtud de título legítimo, ejercer un derecho preferente para obtener la correspondiente concesión administrativa.

Es la inscripción misma la que produce esa novación de derechos y, por tanto, tiene carácter constitutivo de la nueva situación jurídica.

1.1.2. Inscripciones en el Catálogo de Aprovechamientos de Aguas Privadas

A los efectos de su inscripción en el Catálogo —dice el art. 195.2 RDPH—, los titulares legítimos de aprovechamientos de aguas calificadas como privadas por la legislación anterior a la vigente Ley de Aguas que optaran por mantenerlas en el tal régimen, deberán declarar su existencia

(69) Estos aprovechamientos son como una extensión de la propiedad inmobiliaria, pues las aguas no pueden ser utilizadas en finca distinta de aquellas en las que nacen, discurren o están estancadas (art. 84.3 RDPH), viniendo obligado el propietario (a los efectos de inscripción en el Registro de Aguas, entre otros) a comunicar y determinar documentalmente al organismo de Cuenca las características de la utilización que se pretende, acompañando documentación acreditativa de la propiedad de la finca (art. 85.1 RDPH y concordantes) y debiendo comunicarse también los cambios de titularidad de la misma siempre que afecte al aprovechamiento o a las características de éste (art. 85.3 RDPH). Previas las comprobaciones pertinentes y resueltas las posibles discrepancias entre propietario y Administración, se inscribe la derivación con indicación de sus características (art. 88 RDPH). Se trata, por tanto, de inscripciones que tienen también el carácter de obligatorias, al igual que las de las concesiones.

al organismo de cuenca correspondiente, dentro del plazo de tres años a partir de la entrada en vigor de la Ley de Aguas. Transcurrido ese plazo de tres años, quien no hubiere ejercido durante él la opción de inscripción en el Registro de Aguas, mantendrá su titularidad en la misma forma en que la ostentaba el 1 de enero de 1986, fecha de entrada en vigor de la Ley de Aguas. Si no optó por inscribir en el Registro de Aguas, tenía que haber declarado su derecho al aprovechamiento, dentro de ese mismo plazo de tres años, en el Catálogo de Aprovechamientos de Aguas Privadas, pero para cumplir un deber puramente administrativo, cuyo incumplimiento no afecta al contenido sustantivo de su derecho (70).

1.1.3. Inscripciones en el Registro de la Propiedad

En el Registro de la Propiedad español podrán inscribirse tanto los derechos de propiedad privada sobre el agua reconocidos en la legislación vigente como los de aprovechamiento del agua configurados como derechos reales, de naturaleza civil o administrativa.

(70) El TC dice en el fundamento 8º de la S. 227/1988 que a estos titulares no se les exige acreditar sus derechos ante la Administración. Esto supone que la disposición transitoria 4.ª de la LA y el artículo 195.2 del RDPH no tendrán el mismo efecto conminatorio en los distintos supuestos de inscripción en el Registro y en el Catálogo. Se tenía que haber inscrito en el Registro de Aguas antes del 1 de enero de 1989 si se quería optar por la conversión del derecho de propiedad en la titularidad temporal privada por cincuenta años y el sucesivo derecho preferente a una concesión; pero si no se decidió hacerlo así existirá la obligación de declarar el aprovechamiento privado —que continuará siendo perpetuo o indefinido— para su inclusión en el Catálogo. En el primer supuesto se propicia la inscripción, pero no se inscribirá si no se acredita el derecho a la utilización del recurso y, en su caso, la no afectación a otros aprovechamientos legales preexistentes. En el segundo supuesto habrá obligación de declarar las circunstancias (en particular título, aforo, características y destino) del aprovechamiento, pero no de acreditarlas; si se acreditan, facilitando así el conocimiento que necesita tener de ellas el organismo de Cuenca para la inclusión provisional en el Catálogo, a la que seguirá el reconocimiento exigido para la definitiva (cfr. DT 4ª LA y art. 195.3 RDPH), se facilitará la inscripción en beneficio del interesado; si no, la Administración tendrá que comprobar la declaración y proceder a inscribir los datos averiguados, se hayan o no verificado los declarados. Las multas coercitivas a las que se refiere la disposición transitoria 4.ª³ de la Ley de Aguas procederán, en realidad, cuando no habiendo optado por la alternativa de inscribir en el Registro de Aguas acreditando debidamente el aprovechamiento, tampoco se haya declarado este aprovechamiento para su inclusión en el Catálogo, facilitando al respecto el reconocimiento de las circunstancias del aprovechamiento al organismo de Cuenca. La inscripción en el Registro se practica porque se pretende conseguir los efectos derivados de la protección administrativa; la obligación de declarar en el Catálogo tiene una finalidad informativa: la Administración necesita conocer todos los aprovechamientos existentes, porque sólo así puede gestionar racionalmente los recursos hídricos.

1.1.3.1. Inscripciones de derechos de propiedad del agua

Pueden inscribirse en el Registro de la Propiedad Inmobiliaria las siguientes situaciones jurídicas del dominio del agua:

- A) *Propiedad privada preexistente que se conserva por el no ejercicio de la opción de inscripción en el Registro de Aguas previsto en las disposiciones transitorias 2.^a y 3.^a de la Ley de Aguas*

Esta propiedad privada existente al entrar en vigor la Ley de Aguas podrá ser objeto de inscripción en el Registro de la Propiedad, tanto si ya había tenido acceso al Registro antes de dicha vigencia como si se pretendiera inmatricularla. Sin embargo, tanto en el supuesto de primeras como de segundas inscripciones, será imprescindible acompañar al título o documento principal en que funde inmediatamente su derecho la persona a cuyo favor haya de practicarse la inscripción (cfr. art. 33 RH), el complementario consistente en la certificación del Organismo de cuenca o Administración hidráulica de Comunidad Autónoma competente en la correspondiente cuenca intracomunitaria, acreditativa del contenido de la oportuna inscripción en el Catálogo de Aprovechamientos de aguas privadas o negativa del propio Catálogo y del Registro de Aguas. Sólo mediante la presentación de este documento complementario se justificará el requisito esencial, para el mantenimiento de la propiedad, consistente en el hecho de no haber optado, antes del 1 de enero de 1989, por la inscripción en el Registro de Aguas a titularidad temporal privada por cincuenta años y subsiguiente preferencia al otorgamiento de concesión (71).

- B) *Charcas destinadas al servicio exclusivo de los predios privados en que están situadas*

Se trata de un supuesto muy singular, previsto en el artículo 10 de la Ley de Aguas, del que se deduce que la propiedad de un predio y de una

(71) La presentación, en su caso, de la certificación de inscripción en el Catálogo de Aprovechamientos de Aguas Privadas puede facilitar la inscripción en el Registro de la Propiedad, pero no es imprescindible para practicarla. Esta propiedad preexistente, que se mantiene después de la entrada en vigor de la Ley de Aguas, podrá ser inscrita tanto de finca independiente como haciendo constar la existencia de las aguas en la inscripción de la finca de que formen parte como una cualidad de la misma (cfr. art. 66, párrs. 1.º y 2.º RH). Sin embargo, como mantengo más adelante, sería deseable que desapareciera la posibilidad de inscribir el agua —objeto de propiedad o de cualquier derecho de aprovechamiento— como finca independiente.

parte integrante del mismo —la charca— llevará necesariamente aparejado un derecho de aprovechamiento del agua que la charca necesaria para el servicio exclusivo del predio. Como las charcas serán de propiedad privada únicamente si se dan las dos condiciones de estar situadas en predios privados y destinadas al servicio del predio en que están ubicadas, esta última circunstancia deberá hacerse constar expresamente en la inscripción, para lo cual, así como para inscribir la charca si no lo estuviere, podrá practicarse una nueva inscripción en el folio de la finca, basada en acta notarial de presencia o por descripción de la charca en los títulos referentes al inmueble (cfr. art. 66, pár. 4.º, RH). Esa doble condición de ubicación y destino determinan la condición de parte integrante de la charca y así la califica el propio artículo 10 de la Ley de Aguas. No podrá, por consiguiente, ser inscrita de otro modo que como tal parte integrante, como una extensión de la propiedad de la propia finca, pero no como cualidad de la misma o como finca independiente.

C) *Inscripciones de lagos, lagunas y charcas de propiedad privada, especialmente si existen, sobre ellos, inscripciones expresas en el Registro de la Propiedad*

Hay que distinguir entre los supuestos de inscripción de una charca que sea parte integrante de una finca y todos los demás de lagos, lagunas y charcas sobre los que existan inscripciones expresas en el Registro de la Propiedad, inscripciones que serán de propiedad privada puesto que los bienes de dominio público quedan exceptuados de la inscripción (cfr. art. 5 RH). En el primer supuesto, como las charcas eran normalmente privadas, estaban destinadas al servicio de las fincas y formaban parte de ellas como una posibilidad de beneficio y aprovechamiento de las mismas, continuarán siéndolo y estándolo después de la nueva Ley. El Registro de la Propiedad lo único que hace es facilitar, en virtud del principio de legitimación registral, la prueba de la propiedad privada de la charca, pero de ningún modo puede deducirse de esto que únicamente las charcas inscritas expresamente en el Registro mantendrán su carácter privado; también la no inscrita como parte integrante de la finca que la contenga será privada, pero siempre con el alcance de lo dispuesto en el artículo 10 de la Ley de Aguas, considerándola parte inseparable e indisponible por separado de la finca, de modo que esté vinculada al predio, para el servicio exclusivo del mismo (72).

(72) En los casos de lagos y lagunas inscritos en el Registro como una propiedad privada, tanto si aparecen inscritos como fincas independientes como si lo están como

1.1.3.2. Inscripciones de derechos de aprovechamiento del agua en el Registro de la Propiedad Inmobiliaria

Los aprovechamientos descritos bajo el número 2 del apartado IV son de carácter real, ya tengan por objeto aguas de dominio público ya sean limitativos de la propiedad privada del agua, bien sean *ex lege* bien procedan de concesión o de convenio, por lo que todos ellos serán inscribibles en el Registro Inmobiliario, tanto si corresponden a titulares individuales como a comunidades, para utilización directa o para la prestación de un servicio público, originando en cada caso las operaciones registrales precisas para reflejar todas estas situaciones jurídico-reales relativas a las fincas que se benefician del correspondiente derecho a utilizar el agua o que quedan gravadas con los derechos de aprovechamiento de terceros en el caso de las aguas privadas (73).

una cualidad del predio que los contiene, y asimismo en el caso de charcas inscritas como fincas independientes, se conservará esa propiedad privada, según se deduce de lo establecido en la disposición adicional 1.ª de la Ley de Aguas, sin que pueda entenderse en estos supuestos que es de aplicación el régimen especial del artículo 10 de la Ley de Aguas, únicamente aplicable a las charcas inscritas como parte integrante de un predio (o no inscritas, pero cuya propiedad inherente a una finca de dominio privado se haya probado). Por supuesto que, también en estos casos, lo único que hace el Registro de la Propiedad es facilitar la prueba de la propiedad privada; pero de ningún modo cabrá deducir que los lagos, lagunas y charcas no inscritos serán necesariamente considerados de dominio público. Sin embargo, esta conservación del carácter dominical privado que ostentaban los lagos, lagunas y charcas inscritos expresamente en el Registro de la Propiedad (o no inscritos, pero cuya propiedad privada esté suficientemente probada) se someterá a las normas generales que regulan el mantenimiento de las titularidades privadas sobre aguas procedentes de situaciones anteriores a la entrada en vigor de la Ley de Aguas, es decir, las disposiciones transitorias 2.ª y 3.ª de la propia Ley. Con independencia del régimen concreto del artículo 10 de la Ley de Aguas, relativo únicamente a las charcas cuya propiedad sea inherente a la de los predios que las contienen y aplicable tanto a las situaciones nuevas como a las anteriores a la vigencia de la Ley de Aguas, será aplicable, a las aguas estancadas en general, el mismo sistema establecido para las procedentes de manantiales y de pozos o galerías en explotación. Los titulares de algún derecho sobre aguas privadas procedentes de lagos, lagunas o charcas que por la inscripción registral correspondiente o por cualquier otro medio de prueba hubieran acreditado su titularidad, tenían la posibilidad de optar por la inscripción en el Registro de Aguas dentro de los tres años siguientes a la entrada en vigor de la Ley de Aguas y continuarán pudiendo solicitar (más aún: tienen la obligación de hacerlo) la inclusión de su derecho en el Catálogo de aprovechamientos de aguas privadas. Por consiguiente, este tercer caso de inscripción de la propiedad de las aguas en el Registro queda reconducido a los otros dos expuestos anteriormente, pudiendo acceder a él las aguas estancadas del modo que ya hemos indicado respecto de cada uno

(73) El detalle de estas operaciones registrales puede verse en mi trabajo *Registro de Aguas...*, cit., págs. 798 y ss.

1.2. *Derecho iberoamericano*

Son varias las legislaciones que se refieren a diferentes Registros de aprovechamientos de aguas, por la evidente necesidad de contar con instrumentos que permitan conocer y controlar los aprovechamientos existentes u objeto de nueva concesión. Por la relación que se establece entre los recursos de cada sistema hídrico (cuenca vertiente, subcuenca, acuífero) y cada aprovechamiento singular del sistema de que se trate, algunas legislaciones distinguen y regulan complementariamente los Inventarios, Padrones o Catastros de aguas y los Registros Administrativos de las concesiones otorgadas u otros títulos constitutivos de derechos de uso del agua. Así, en Perú, el artículo 37 de la Ley de Aguas de 1969 establece que el uso del agua debe inscribirse en los registros o padrones; en México, las dotaciones para núcleos de población protegidos por la Ley Federal de Reforma Agraria se inscriben como derechos de poblado en el Padrón de usuarios (art. 230, inc. 3, y art. 59 LFA de 1971); en Argentina, ya la Ley de Aguas de Mendoza, de 16 de diciembre de 1884, obligaba al registro de los derechos sobre aguas (74) y el Código de Aguas de la Provincia de Córdoba regula un Catastro (75) y un Registro jurídico de derechos sobre las aguas (76).

(74) A pesar de lo cual, CANO, en *ob. cit.*, tomo III, vol. 2.º, pág. 799, dice: sabemos cuántas hectáreas hay concedidas para ser regadas, pero no cuántas lo están efectivamente; y parece poco justificable mantener vigentes concesiones no usadas ni tolerar cultivos clandestinos. En un mismo arroyo hay empadronadas simultáneamente aguas públicas y privadas, lo que es un contrasentido jurídico. Hay aguas privadas no empadronadas en ninguna parte, en tanto que el empadronamiento de la propiedad privada inmueble es obligatorio. Hay aguas empadronadas como privadas que ha mucho pasaron a ser públicas pero no están sujetas al régimen de éstas. Alrededor de la mitad de los pozos de aguas subterráneas no están registrados y, por tanto, la autoridad carece de información a su respecto.

(75) El artículo 28 establece que el Catastro de aguas superficiales y subterráneas indicará la ubicación de los cursos de agua, lagos, fuentes, lagunas, esteros, aguas termominerales, etc.; y el artículo 29 añade que para elaborar y actualizar este Catastro la autoridad de aplicación realizará los estudios pertinentes, pudiendo también exigir a los titulares o usuarios de agua el suministro de los informes que estime imprescindibles, incurriendo en multa el responsable de la falta de información o de la información falsa. Se pretende de este modo conseguir el conocimiento completo de los sistemas hídricos para evitar —como dice MOISSET DE ESPANÉS en *ob. cit.*, pág. 883— el otorgamiento de derechos ficticios o imaginarios y para la mejor distribución y aprovechamiento del recurso, para lo cual se hace necesario determinar técnicamente —y también registrar— cuáles son las reales existencias del elemento agua; sólo cuando se haya efectuado un correcto cálculo se podrá hacer efectiva la distribución del recurso y conceder la titularidad de derechos, que no sean derechos en el aire, sobre objetos de existencia imaginaria.

(76) El artículo 17 establece la obligación de los titulares de aguas privadas de inscribir su título en el Registro de Aguas de este mismo carácter, que es de naturaleza

La inscripción en estos Registros administrativos de aguas es normalmente obligatoria, tanto si se enfoca desde la perspectiva de la Administración —en la medida en que se la obliga a llevarlos o a realizar la inscripción de oficio— como desde la de los usuarios (77) y, en algunos casos, previa al uso correspondiente, pudiendo imponerse sanciones en caso de incumplimiento de la obligación de inscribir el aprovechamiento (78).

El Código de Aguas de la provincia argentina de Córdoba dispone que en el Registro Inmobiliario se tomara constancia de las concesiones de aguas públicas que sean inherentes a los inmuebles, procurando vincular de este modo el Registro de Aguas con el Inmobiliario. Esta inscripción en el Registro de la Propiedad Inmueble se considera registración complementaria de la descripción del inmueble e integrativa del asiento de dominio, debiendo las autoridades de aplicación, de oficio, o el propio interesado, remitir al Registro de la Propiedad los datos de la concesión para que se efectúe la inscripción (art. 25). Se impone a los Notarios la obligación de solicitar certificados sobre los derechos de aguas que existen en los inmuebles y la de informar de las transferencias que se hayan realizado, a fin de obtener una permanente actualización de las titularidades sobre esos derechos (79).

administrativa, aunque puede denegarse la inscripción cuando la autoridad estime evidente que las aguas no pertenecen al solicitante o son del dominio público, dejando constancia en el Registro de la resolución denegatoria (art. 18). El artículo 19 dispone que debe también llevarse Registro de las aguas públicas otorgadas en uso mediante concesión o permiso y de las empresas perforadoras para extracción de aguas subterráneas. Existen, pues, dos Registros de Aguas: privadas y públicas. La Administración necesita conocer —dice MOISSET DE ESPANÉS en *ob. cit.*, págs. 891 y ss.— quiénes son los titulares de derechos de uso sobre las aguas públicas; y el Registro de las concesiones y permisos permitirá conocer si el volumen de los recursos hídricos del sistema se aprovecha integralmente, añadiendo que en las concesiones reales se atiende al agua misma como objeto del derecho y a la cosa que se beneficiará con el uso del agua, considerando que en tales hipótesis el empleo del agua resulta inherente a la cosa, inmueble o industria (cfr. el art. 77 del propio Código de Aguas de la provincia de Córdoba).

(77) Ver, en este sentido, MARTÍN RETORTILLO, *ob. cit.*, págs. 75-76, con referencia a las Leyes de Aguas de Chile, Perú, México y Ecuador. A pesar de que en el "Esquema para la preparación de un inventario nacional de la legislación de recurso agua", elaborado por Dante A. Caponera en 1975 para que sirviera de índice a los estudios legislativos de la FAO, se recababa información sobre la inscripción en el Registro de los derechos de agua y sobre las disposiciones relativas a la designación de todo Registro o Registros de Derechos de Agua y sobre las disposiciones relativas a la designación de todo Registro o Registros de derechos de agua y la institución responsable de tenerlos al día, en los dos estudios reseñados de SANDOVAL y VALLS apenas se aporta información sobre estas cuestiones. MARTÍN RETORTILLO, *ob. cit.*, pág. 76, considera que esta ordenación se recoge en las correspondientes disposiciones reglamentarias.

(78) MARTÍN RETORTILLO, *ob. cit.*, pág. 76.

(79) Comenta MOISSET DE ESPANÉS, *ob. cit.*, págs. 903 y ss., que será menester que

2. FUNCIÓN DE LOS REGISTROS ADMINISTRATIVOS: LA DETERMINACIÓN CONTINUADA DE LA EXTENSIÓN DE LOS DERECHOS SOBRE EL AGUA

Fácilmente se comprenderá, después de todo lo expuesto hasta aquí, que la función básica de los Registros Administrativos de Aguas es lograr el conocimiento de los derechos de aprovechamiento del agua, pero no aisladamente considerados sino con referencia al sistema hídrico de que forman parte y con constancia suficiente del destino de cada derecho de uso del agua, determinando incluso las fincas o explotaciones, agrícolas o industriales, que se beneficien del agua objeto del correspondiente derecho de aprovechamiento. Por eso las legislaciones se preocupan de que se acrediten y consten en los Registros de Aguas todos los datos necesarios para concretar el agua misma aprovechada, el sistema hídrico de que se deriva y los inmuebles que se benefician o a los que está vinculado el uso del agua, así como los cambios de titularidad producidos por transferen-

la autoridad de aplicación arbitre medios técnicos adecuados para despachar con agilidad todas las solicitudes de certificados que puedan presentársele. El movimiento inmobiliario es sumamente intenso y no puede trabarse con meras exigencias burocráticas. También estima que la obligación notarial de comunicar el cambio de titularidades debía establecerse sólo en aquellos casos concretos en que el inmueble gozase de una concesión real y una vez finalizado el proceso de inscripción en el Registro de la Propiedad Inmueble, porque sólo a partir de ese instante la transmisión del inmueble es oponible a terceros. Estas correlaciones se comprenden mejor si partimos de la realidad que subyace en el sistema registral argentino, que es —como dice J. M. GARCÍA GARCÍA, *Derecho inmobiliario registral o hipotecario*, t. I, pág. 447— la complementariedad del mismo respecto de la actuación notarial, de la que derivan grandes limitaciones del principio de calificación registral y, como consecuencia, la inexistencia de los principios de legitimación y de fe pública registral. En cambio, la nueva legislación argentina ha recogido la técnica del folio real, que MOISSET DE ESPANÉS, *ob. cit.*, pág. 897, propugna también para el Registro de Aguas porque el elemento más importante es siempre la cosa (*res*), es decir, el agua misma y, por tanto, ese elemento es el que debe tomarse como base de imputación para confeccionar el Registro. Otra peculiaridad registral argentina es la retroactividad de las inscripciones de escrituras, que adquieren prioridad desde la fecha de su otorgamiento, siempre que sean presentadas en el Registro dentro de los plazos fijados por la Ley, criterio que MOISSET DE ESPANÉS —pág. 896— considera aplicable también a las inscripciones en el Registro de Aguas, que deben operar desde la fecha correspondiente a la resolución que otorgó el permiso o la concesión. Una característica fundamental del sistema argentino —añade J. M. GARCÍA GARCÍA, *ob. cit.*, pág. 457— es el alto grado de informatización, al menos en la ciudad de Buenos Aires, si bien estima (pág. 449) dicho autor que ha de seguir avanzándose en la técnica del folio real para conseguir que el sistema no esté al servicio de la informatización, sino la informatización al servicio del sistema registral. Esta vía permitiría, desde luego, obtener de la informática las grandes ventajas que sólo ella puede ofrecer para la gestión racional y el control jurídico-administrativo de los aprovechamientos hídricos considerados en su conjunto, formando parte de las cuencas hidrográficas o sistemas acuíferos subterráneos

cias y las modificaciones o extinciones originadas por cualquier causa, de modo que, en todo momento, sea posible conocer en su globalidad los recursos hídricos existentes en cada sistema de gestión (cuenca o subcuenca hidrográfica, canal, acuífero subterráneo, etc.), como único medio de conseguir la ordenación racional y la justa administración de un bien tan necesario (80). Criterios comunes a los Registros Administrativos de Aguas de la legislación estatal española, o sea tanto del Registro de Aguas como del Catálogo de Aprovechamiento de Aguas Privadas (81), podrían ser: 1) Aplicación de la técnica del folio registral, pues cada concesión o autorización abrirá folio registral (art. 191.1 RDPH). 2) Inmatriculaciones integradas en el sistema correspondiente y relacionadas con los inmuebles que se benefician del agua, conforme al artículo 191.2, apartados *b)* y *c)* del Reglamento del Dominio Público Hidráulico, que exigen contengan el nombre de la corriente o acuífero de que procedan las aguas y la clase de aprovechamiento y afección concreta de las aguas (82). 3) Aplicación del principio de tracto sucesivo basado en la relación del inmueble y del agua destinada al aprovechamiento que en él se realiza. El artículo 146.3 del Reglamento del Dominio Público Hidráulico establece que en el supuesto de que no sea posible acreditar fehacientemente el tracto sucesivo del derecho a la concesión por los medios ordinarios, el peticionario lo pondrá de manifiesto por declaración jurada, bastando con presentar el título o títulos fehacientes de la propiedad o derecho real del bien inmueble a que se destinan las aguas o, en su defecto, de las instalaciones necesarias para al aprovechamiento, lo que presupone que en las inscripciones en el Registro de Aguas han de existir referencias suficientes para poder determinar los inmuebles que se benefician del agua, pues de otro modo no podría aplicarse el tracto sucesivo tal como se regula.

Sin perjuicio de la necesidad de estas referencias a los bienes inmuebles

(80) Para confirmar esta finalidad de los Registros de Aguas basta, con referencia al Derecho estatal español, analizar el detalle con que se regulan las inscripciones y la actuación de la Administración relacionada con ellas: arts. 146, 147, 148 y 189-197 del Reglamento de Dominio Público Hidráulico de 11 de abril de 1986.

(81) El Catálogo de aguas privadas estará compuesto por un libro de inscripciones y por los índices auxiliares que se regirán por lo dispuesto para el Registro de Aguas en lo que resulte de aplicación (art. 195.1 RDPH).

(82) Con la superficie regable en hectáreas si se tratase de riegos [apartado *h)*]. Además, la Resolución de 24 de noviembre de 1986 de la Dirección General de Obras Hidráulicas por la que se aprueba el modelo del libro de inscripciones y hoja móvil del Registro de Aguas dispone que, en cuanto a la superficie regable, se consignará tanto la superficie total como la correspondiente a cada término municipal, indicando las que tengan derecho preferente o eventual. Igualmente, se consignarán los datos del Registro de la Propiedad, salvo que, por ser múltiples, se deje para las fincas del proceso de datos, lo que constituye, por otra parte, una referencia clara a la informatización del Registro de Aguas

a los que se destina el agua y a los datos disponibles de inscripción de los mismos en el Registro de la Propiedad, lo cierto es que los Registros Administrativos de Aguas sólo pueden publicar de modo completo el elemento agua de la situación compleja del aprovechamiento (agua más fincas), puesto que la descripción completa de los inmuebles sólo cabe en un Registro que se lleva por fincas como el de la Propiedad inmobiliaria. Pero, a la inversa, únicamente los Registros de Aguas y la Administración Pública del Agua que los gestiona y que debe estar dotada de los medios personales y materiales necesarios para el conocimiento actualizados, global y sistemático de los aprovechamientos de agua de cada cuenca hidrográfica, puede ofrecer la información precisa sobre ese elemento básico de dichas situaciones de aprovechamiento.

3. FUNCIÓN DE LOS REGISTROS INMOBILIARIOS EN RELACIÓN CON LOS DERECHOS SOBRE EL AGUA

Esa información actualizada a que acabo de referirme y que será publicada por los Registros Administrativos de Aguas, tendrá que constar también en los Registros de la Propiedad Inmobiliaria. Como en el aprovechamiento de aguas se da siempre el binomio recurso-agua y bienes inmuebles que se benefician de su uso, es incuestionable la necesidad de que aparezcan conectados el Registro de Aguas y el Registro de la Propiedad Inmobiliaria para el conocimiento y la publicidad de las situaciones jurídicas íntegras. Y puesto que el Registro de la Propiedad es el único medio verdaderamente eficaz que acredita la preexistencia de los derechos reales y los hace públicos, resulta imprescindible que se sustente en una información veraz y comprobada que, en el caso de los aprovechamientos de aguas sólo pueden facilitar las Administraciones Públicas del Agua, a través de los Registros que ellas mismas controlan.

3.1. *Principio de especialidad. La conexión con el Registro Administrativo*

En la legislación hipotecaria española vigente y relativa a las aguas, se toma en consideración la coexistencia de aguas públicas y privadas, regulando tanto la inscripción de las concesiones administrativas de las primeras, de las que deriva un derecho de aprovechamiento que es lo que en realidad se inscribe, como la inscripción de la propiedad privada del agua, contemplada en el doble aspecto de un bien inmueble en sí misma (art.

334.8.º CC) y de un bien vinculado a otros inmuebles, normalmente fincas rústicas. La cotitularidad de los aprovechamientos de aguas públicas y de la propiedad de las aguas privadas no ofrece problema si se trata de la comunidad romana o por cuotas, pero ha requerido una regulación especial en los supuestos de comunidades especiales, en las que unas veces se produce esa vinculación de agua y tierra pero en otras ocasiones se mantiene separada la propiedad de una y otra, pudiendo disponerse libremente de las cuotas de agua, para lo cual ha resultado conveniente configurar cada cuota como finca independiente. Todo esto ha dado lugar a varias posibilidades de reflejar en el Registro los derechos privados sobre el agua: *a)* agua inscrita como finca independiente, en propiedad; *b)* agua inscrita en propiedad, pero no como finca independiente sino como cualidad de la finca de que forme parte o en la que esté situada; *c)* derecho a beneficiarse (cualidad del predio dominante) de aguas de propiedad ajena, situadas en otra finca e inscritas ellas mismas como finca independiente (predios sirvientes en ambos casos); *d)* agua inscrita en propiedad a favor de una comunidad especial considerada como Entidad con personalidad propia; *e)* cuota de agua en una comunidad especial, inscrita en propiedad como finca independiente; *f)* cuota de agua en una comunidad especial, inscrita en propiedad, pero no como finca independiente sino como cualidad de la finca a que se destina (que debe pertenecer al titular de la cuota).

Más que la exigencia del adecuado funcionamiento de la publicidad registral, fue el favorecimiento del libre tráfico jurídico lo que llevó a establecer que el agua misma objeto de propiedad privada pudiera ser configurada como finca independiente, lo cual resultaba dificultoso (83) a

(83) Dice B. CAMY SÁNCHEZ-CANETE en "La nueva legislación de aguas y el Registro de la Propiedad", *RCDI*, núm. 572, 1986, págs. 19 y ss., que "no es posible ni necesario jurídicamente el que las aguas constituyan una 'finca' independiente de aquellas que ocuparen o en que nacieren. Y no es posible porque el Registro de la Propiedad se lleva por fincas o porciones deslindadas de la superficie terrestre y sólo excepcionalmente no ocurre así en contadas ocasiones, como en las concesiones administrativas, porque en ellas no existe finca alguna, ya que el inmueble a que se refiere de una manera indirecta está fuera del comercio... De otra parte, tampoco es necesaria esa artificiosa construcción del agua como finca independiente de la heredad que ocupare o en que naciere. Y no es necesario porque si la finca constituida por el nacimiento, etc., queda limitada en su extensión superficial por la que sea necesaria para las aguas y sus instalaciones accesorias..., no vemos qué utilidad de ninguna clase tendría el permitir que se recogiese en el Registro como finca independiente esta superficie, y en número aparte, con independencia de ella, las aguas que ocupan íntegramente la superficie de aquella finca, impidiendo cualquier utilización de ella que no sea referente a las mismas aguas. Lo absurdo de esta posibilidad se pone de relieve aún más si analizamos las circunstancias descriptivas en orden a sus límites..., determinar la figura regular o irregular del perímetro... no puede referirse a las aguas, que por propia naturaleza física adquieren la figura del recipiente que las contiene, en este caso la tierra..."

pesar de los esfuerzos doctrinales por individualizarla frente a la porción de terreno del que en la realidad física formaba parte (84), por estimar posible y deseable ese aislamiento ideal en base a consideraciones económicas y sociales que actualmente han cambiado sustancialmente como consecuencia de la declaración de demanialidad de todas las aguas continentales. La propiedad del agua con libertad de disposición plena del recurso mismo ha desaparecido en la actual legislación española, de modo que ahora no sólo resulta innecesaria la inscripción del agua como finca independiente, sino que puede originarse confusión si se mantiene esta posibilidad para la inscripción de nuevos derechos sobre el agua o para los supuestos de modificación de situaciones ya inscritas (85).

(84) J. M. DÍE LAMANA y F. J., en "Un caso de propiedad compleja: el agua. Aspectos de su tratamiento registral", *RCDI*, núm. 455, 1966, págs. 932-933, consideran que el medio técnico que en Derecho permitía independizar el agua del suelo era el establecimiento sobre el suelo de una carga de actuación negativa que rompiendo el juego de la regla *inaedificatur solo cedit* permitiera una propiedad separada sobre algo que físicamente está unido a otra cosa; el agua sólo puede ser objeto de un derecho de propiedad aislado cuando tenga como base y antecedente una servidumbre negativa que impida la accesión normal; nos encontramos ante una propiedad compleja integrada por dos elementos diferenciables, pero no separables. el dominio sobre el agua y la servidumbre sobre el predio que la contiene o por donde discurre

(85) Todas las situaciones jurídicas que tienen por objeto el agua y que pueden inscribirse en el Registro de la Propiedad son situaciones de aprovechamiento en las que han de determinarse los dos elementos del propio aprovechamiento (agua e inmuebles a que se destina el agua o en los que se utiliza), incluso las tres de propiedad recogidas en el apartado VI.1.1.3.1 de este trabajo, pues en su regulación e inscripción se establece siempre la exigencia de que consten esos dos elementos (cfr. al respecto las disposiciones transitorias 2.^a, 3.^a y 4.^a, el art. 10 y la disposición adicional 1.^a de la Ley de Aguas, tal como se interpretan en el apartado citado de este estudio, así como el artículo 195 RDPH). El mantenimiento de los supuestos de inscripción como fincas independientes, en el Registro de la Propiedad, del agua o de la cuota de agua en una comunidad especial, no parece justificable conforme a la nueva legislación. Esta inscripción registral separada de las cuotas de las comunidades especiales no parece compatible con el sistema de aprovechamiento del agua (binomio agua-finca) y con el régimen de dominio público hidráulico, y resulta poco congruente con la naturaleza de las comunidades especiales, caracterizadas precisamente por la vinculación de las fincas privativas y las cuotas de participación en el aprovechamiento común; pero además no es necesaria, ni siquiera en Canarias, para permitir la disponibilidad de las cuotas, pues la sencillez formal de las transmisiones y el cambio continuo de titularidad mediante un sistema de operaciones que recuerda el bursátil de títulos-valores (la Ley 12/1990, de 26 de julio, habla expresamente de actos de comercio), hace que el tráfico jurídico del agua se desenvuelva prácticamente al margen del Registro de la Propiedad, habiéndose establecido un régimen de comunicación a la Administración del Agua posterior al negocio o acto jurídico de transmisión, comunicación que, en el caso de comunidades u otras personas jurídicas, tendrán que realizar éstas porque "en la transmisión de participaciones de comunidades u otras personas jurídicas se produce la adquisición de la cuota proporcional en la condición de concesionario" (art. 112 de la Ley Canaria 12/1990 de Aguas, al que se remite la disposición transitoria 3.^a de la misma Ley). De cualquier modo, el artículo 17 de la Ordenanza del Registro y del Catálogo de Aguas de Canarias,

El principio de especialidad impone, para que la publicidad registral sea completa, que los derechos reales figuren en el Registro de la Propiedad con plena determinación de su extensión y alcance. Para ello, es fundamental que este Registro se lleve por fincas y que el historial de cada finca este constituido por un folio real en el que se concreten los derechos que afecten a la finca de que se trate, junto con sus titulares. Referido a las situaciones de aprovechamiento de agua, el principio de especialidad lleva aparejadas tres consecuencias fundamentales: 1) El folio de la finca a que se destina el agua debe reflejar el derecho de uso del agua, con todas las características que lo definan. 2) Estas características del derecho de uso del agua tienen que proceder necesariamente del Registro Administrativo correspondiente, en el que previamente ha debido quedar inscrito. 3) El derecho a la utilización del agua que no sea parte integrante o cualidad de la finca beneficiada procederá a una relación de servidumbre y deberá constar inscrito como derecho de aprovechamiento del predio dominante y como gravamen del predio sirviente.

3.2. *Alcance de la protección registral inmobiliaria y su relación con la tutela administrativa*

Sólo la determinación de los derechos sobre el agua resultante de las comprobaciones llevadas a cabo por la Administración Pública del Agua y reflejada en los Registros que la misma tiene encomendados puede ser válida para que, una vez incorporada la concreción de tales derechos al Registro de la Propiedad y hechos constar en los folios registrales de las fincas relacionadas con los mismos derechos, se deriven de las inscripciones inmobiliarias descriptivas de las completas situaciones jurídicas constitutivas de los aprovechamientos hidráulicos (finca más derecho al agua) todos los efectos protectores de los principios hipotecarios del correspondiente sistema de publicidad registral.

Dada la complejidad técnica de determinación de los derechos de aprovechamiento del agua y la variabilidad de los mismos, parece evidente que en estos supuestos no cabe pensar en otros medios adecuados para que estas situaciones se reflejen en el Registro de la Propiedad con garantía

Viviendas y Agua de 20 de marzo de 1991 establece que para la inscripción en el Registro de la Propiedad, a favor de personas físicas o jurídicas o de comunidades, de concesiones o aprovechamientos de aguas, será necesaria la previa inscripción en el Registro de Aguas; y una vez inscrita en el Registro de la Propiedad la concesión o aprovechamiento, podrán inscribirse en el mismo Registro, cuando sean colectivos, la participación o cuota correspondiente a cada uno de los interesados.

suficiente de exactitud para servir de base al juego de los principios inherentes a la publicidad registral. No se trata de que, como ocurre con las fincas mismas, deban aparecer perfectamente descritas y que, al respecto, la coordinación Catastro-Registro, pueda mejorar su identificación, añadiendo garantías a la presunción de exactitud del Registro en el juego del principio de legitimación registral (86), sino de que la configuración de estas situaciones jurídicas que son los aprovechamientos de agua no puede quedar al margen de la intervención de la Administración Pública del Agua, encargada de controlar o supervisar los actos de los particulares que busquen la protección registral. En materia de derechos sobre el agua, el Registro de la Propiedad no puede ser un registro autónomo, que refleje las situaciones jurídicas con trascendencia real y relativas al agua, resultantes de las escrituras públicas, ejecutorias o documentos auténticos presentados por los particulares o autoridades judiciales o gubernativos, sino que necesariamente ha de partir de los datos comprobados de los Registros Administrativos de Aguas, incorporándolos y relacionándolos con las fincas registrales a los que se destina el uso del agua, de modo que cumpla así su función de publicar las situaciones jurídicas reales y completas, como único Registro garante de la protección del tráfico jurídico inmobiliario.

El mayor o menor alcance de esta protección dependerá, como es lógico, del régimen o sistema registral correspondiente, yendo desde aquellos que, como el español, están basados en los principios de legitimación y fe pública registral, hasta aquellos otros que establecen únicamente el principio de oponibilidad a terceros de los actos de trascendencia real inscritos en el Registro de la Propiedad Inmobiliaria (87).

Con este criterio de conexión de los Registros del Agua y de la Propiedad no se plantean siquiera problemas de posible contradicción entre unos y otros, pues cada uno de ellos tiene su propia función, complementaria en el caso de los de aguas y plena en el de la propiedad inmobiliaria. En todo caso, si, como ocurre en España, se atribuyen algunos efectos protectores al Registro de Aguas, se tratará de una protección administrativa que dirimirá conflictos planteados a quienes han buscado la tutela de la Admi-

(86) Ver al respecto la completa exposición del problema en J. M. GARCÍA GARCÍA, *ob. cit.*, págs. 693 y ss.

(87) En general, los sistemas registrales hispanoamericanos no han llegado aún a fundamentarse en los principios de legitimación y fe pública registral, sino en la oponibilidad respecto de terceros de las inscripciones registrales. Pueden verse los sistemas argentino, venezolano, mexicano y puertorriqueño en J. M. GARCÍA GARCÍA, *ob. cit.*, págs. 447 y ss. En cambio, hay que destacar la importancia que tiene la informática en alguno de ellos, como el argentino, pues esta informatización puede ser muy útil para la conexión de los Registros del Agua y de la Propiedad.

nistración a cambio de ciertas modificaciones de sus derechos. Pero la plena protección jurídica del tráfico inmobiliario, también en cuanto a los derechos sobre aguas, sólo podrá derivar de las inscripciones practicadas en el Registro de la Propiedad (88).

VII. CONCLUSIONES

He procurado plantear las cuestiones estudiadas desde unas perspectivas de *lege data* y de *lege ferenda*, analizando no sólo el Derecho vigente sino también los criterios que parecen orientar las reformas posibles y deseables, hacia las que parecen encaminarse los países que procuran el perfeccionamiento de la ordenación y gestión de un bien tan indispensable para la vida y el desarrollo del hombre como es el agua. Resumidamente, podríamos extraer, de todo lo tratado, las siguientes consideraciones fundamentales:

Primera. El agua, como recurso natural básico, debe estar destinada a satisfacer las necesidades vitales de todos los hombres, por lo que es un bien “no vendible” (89) y nadie debería poder apropiársela y disponer de

(88) Los efectos del Registro de Aguas y del Catálogo de Aprovechamientos de Aguas Privadas son muy distintos a los del Registro de la Propiedad. Diríamos que son tres Registros que se sitúan en ámbitos diferentes: el Catálogo tiene unos fines informativos y de control administrativo fundamentalmente; el Registro de Aguas confiere una protección administrativa (cuyo alcance ya hemos visto) a quienes se acogen a él; al Registro de la Propiedad le incumbe, sobre todo, proteger a los titulares de los derechos en él inscritos por los efectos que se derivan de los principios hipotecarios, en particular de legitimación y fe pública registral. En todo caso, si surgiera contradicción entre el Registro de Aguas y el de la Propiedad Inmobiliaria y se presentase litigio entre los titulares diferentes de uno y otro, habría que solucionar el conflicto teniendo en cuenta que los asientos del Registro de Aguas están bajo la protección administrativa y los del Registro de la Propiedad están bajo la salvaguardia de los Tribunales (art. 1, párr. 3.º LH), por lo que procedería plantear la cuestión, en primer lugar, ante la Administración y, recaída resolución administrativa, plantear la cuestión judicial, normalmente en vía contencioso-administrativa y entablando entonces, en su caso y a la vez, la demanda de nulidad o cancelación de la inscripción correspondiente en el Registro de la Propiedad a que se refiere el artículo 38 de la Ley Hipotecaria.

(89) Cfr. la Carta Encíclica de Juan Pablo II, *Centesimus annus*, núm. 34, que incluye sólo en el libre mercado los recursos que son “vendibles”, esto es, capaces de alcanzar un precio conveniente. Desde una perspectiva similar, el filósofo alemán K. R. POPPER decía también recientemente, en un discurso pronunciado en Barcelona (simposio sobre las sociedades europeas y magrebíes, noviembre 1991) que existe un tipo de restricciones que el Estado debe imponer a vendedores y productores de bienes y que influye notablemente en el mercado: las restricciones en beneficio de la seguridad universal, del público en general..., las nuevas restricciones destinadas a la protección del medio ambiente.

ella con onnimoda libertad. De este principio se deriva la especialidad de los derechos de propiedad y de uso o aprovechamiento de los recursos hídricos, sujetos a control administrativo y a limitaciones legales.

Segunda. Se observa en el Derecho comparado y concretamente en la legislación española e iberoamericana una clara tendencia a la publicación de todas las aguas, mediante conversión de los derechos preexistentes de propiedad privada en derechos de aprovechamiento de amplio contenido económico en los que sólo se excluye la facultad de libre disposición del recurso aprovechado, lo que facilita esa declaración legal de dominio público de todas las aguas continentales.

Tercera. Deben diferenciarse, sobre todo a efectos registrales, el derecho a aprovechar el agua y la situación jurídica completa de aprovechamiento del agua (binomio recurso hídrico más finca).

Cuarta. En el derecho a aprovechar el agua de titularidad privada, que perdura en determinados supuestos, hay que distinguir entre la extensión de la facultad de aprovechamiento correspondiente al propietario y la extensión de los derechos reales de aprovechamiento sobre cosa ajena o limitativos del dominio correspondiente a otros titulares. En cambio, sobre las aguas del dominio público sólo existirán derechos a aprovecharlas derivados de concesión, autorización o precepto legal.

Quinta. La interdependencia de todas las aguas de la misma cuenca hidrográfica o del mismo sistema acuífero y la especialización técnica necesaria para la determinación de los derechos a aprovechar el agua requieren que sea la Administración Pública del Agua la que realice esa determinación de derechos, así como su verificación e inscripción en los correspondientes Registros Administrativos del agua. Cuando se mantenga la propiedad del agua, se determinará e inscribirá la extensión de la facultad de aprovechamiento del propietario y la de los derechos reales del aprovechamiento correspondientes a terceros y limitativos del dominio del agua.

Sexta. En los Registros de Propiedad se inscribirán las situaciones jurídicas completas de aprovechamiento del agua, o sea el recurso hídrico utilizado y las fincas que se benefician de él. La regla general será la de que la extensión de esa facultad de aprovechamiento del propietario del agua o de los derechos a aprovechar el agua de propiedad ajena o de dominio público se acreditarán a partir de los datos de los Registros Administrativos de aguas (90) y deberá constar en los folios registrales de las fincas

(90) En Derecho español las charcas, parte integrante de los predios (art 10 LA), y los lagos, lagunas y charcas inscritos en el Registro de la Propiedad (disposición adicional 1.ª de LA) podrán hacerse constar en las inscripciones de las fincas correspondientes a partir del título inscribible o del propio Registro de la Propiedad. En cambio,

a que se destina el agua o que se benefician de la misma (91), constituyendo incluso, en algunos casos, un objeto jurídico complejo formado por la vinculación real de los dos elementos (derecho a aprovechar el agua y finca), inseparables e indisponibles por separado.

EMILIO PÉREZ PÉREZ

Doctor en Derecho
y Profesor Asociado de Derecho Civil

tanto los aprovechamientos de aguas privadas derivados del ejercicio de la opción prevista en las disposiciones transitorias 2.^a, 3.^a y 4.^a de la Ley de Aguas, como los aprovechamientos *ex lege* del artículo 52 de la misma Ley serán inscritos en el Registro de Aguas; y los de lagos, lagunas y charcas no inscritos en el Registro de la Propiedad figurarán en el Registro de Aguas o en el Catálogo de Aprovechamientos de aguas privadas, y de ellos deberán tomarse para inscribirlos en el Registro de la Propiedad.

(91) La inscripción de los aprovechamientos colectivos a favor de las comunidades de regantes u otras análogas tiene carácter instrumental, similar a la inscripción de la propiedad horizontal y otras situaciones jurídico-reales de naturaleza consorcial. La titularidad de estas inscripciones es puramente formal, necesaria para determinar las cuotas de los comuneros que se inscribirán en los folios registrales de las fincas de cada uno.

DICTAMENES Y NOTAS

Dictamen en un caso civil de Puerto Rico

SUMARIO: I. ANTECEDENTES: A) ORIGEN DE LA CONTENCIÓN. B) INFORMACIÓN OFRECIDA AL LETRADO QUE SUSCRIBE. C) SITUACIÓN PROCESAL DE LA CONTENCIÓN. D) HECHOS PROBADOS. E) FUNDAMENTO TÉCNICO DE LOS HECHOS PROBADOS Y OBJECIONES DE LOS PERITOS DE LA PARTE DEMANDADA: 1. *Objeción técnica*. 2. *Objeción jurídica*.—II. DICTAMEN: A) ÁMBITO DEL DICTAMEN. B) UNA INTERROGANTE A LA OBJECCIÓN TÉCNICA DE LAS PARTES DEMANDADAS. C) UNA PRECISIÓN EN TEMAS DE HECHOS. D) SOBRE LA TESIS DE DOBLE INMATRICULACIÓN, SUSTENTADA POR LAS PARTES Y ACEPTADA POR EL TRIBUNAL DE INSTANCIA. E) LOS HECHOS PROBADOS NO OFRECEN UN PROBLEMA DE DOBLE INMATRICULACIÓN. F) IMPERTINENCIA DE UNA DEFENSA DE TERCERÍA AMPARADA EN LA FE PÚBLICA REGISTRAL. G) EXACTA CALIFICACIÓN DEL PROBLEMA OBJETO DE LITIS. H) EN TODO CASO LOS RESULTADOS PRÁCTICOS SON IGUALES, CUALESQUIERA QUE FUESEN LAS TESIS SUSTENTADAS. 1. *El informe de los licenciados Martínez Irizarry y Martínez Colón*. 2. *Crítica al informe de los licenciados Martínez Irizarry y Martínez Colón*: a) Se oscila de los hechos concretos a la abstracción jurídica. b) La teoría acerca de la posesión es única en Derecho puertorriqueño, en Derecho español y en los restantes sistemas jurídicos.—3. *Refutación en concreto y punto por punto de la tesis de los licenciados Dennis Martínez Irizarry y Dennis D. Martínez Colón*. 4. *Conclusiones de Derecho si se tratase de doble inmatriculación*: a) Bajo el esquema de la preferencia inmatriculación. b) Bajo el esquema del Derecho civil puro.—5. *La pretensión de una situación de tercería registral*.—6. *El confusioismo de las partes demandadas entre doble venta, tercería registral e hipoteca*.—III. CONCLUSIONES.

I. ANTECEDENTES

A) ORIGEN DE LA CONTENCIÓN

El 19 de enero de 1989, Mora Development Corporation interpuso demanda contra las entidades financieras Banco Popular de Puerto Rico y The Federal Savings Bank of Puerto Rico por los siguientes motivos:

1. La demandante celebró contrato de compraventa de la finca registral número 1.326, vendida por The Bank of Nova Scotia y Scotia Bank of Puerto Rico, según la escritura número 1 de 21 de enero de 1988, autorizada por el Notario don Enrique Córdova Días. Dicha finca tenía la expresión registral de su correspondiente descripción.

2. La finca número 1.326, según se alega por la parte demandante, parece ser repercusión física de dos inmuebles: uno, comprado por el Banco Popular de Puerto Rico como finca número 6.886, según escritura número 82, autorizada por el Notario don Orlín P. Goble en 11 de abril de 1986; otro, comprado por The Federal Savings Bank of Puerto Rico como finca número 6.513, según escritura número 201, autorizada por el Notario don Michel Rachid Piñeiro en 14 de julio de 1986. Ambas con expresión registral de su correspondiente inscripción.

3. Las certificaciones registrales, cuya autenticidad no se discute, indican que:

a) La finca número 1.326 nació registralmente, por segregación de la finca número 6.212, en 16 de diciembre de 1947. La descripción registral apunta que la finca número 1.326 era porción norte de la finca 6.212, siendo la linde norte y este la carretera 176.

b) Las fincas números 6.886 y 6.513 surgieron por segregación de la finca número 1.449, registralmente constatada desde el 31 de julio de 1962, la cual, a su vez, fue producto de una segregación de la finca número 6.212 (1).

4. Ambas partes reclaman la propiedad de sus inmuebles, que parecen ser, para cada Banco demandado, en todo o en parte, la finca número 1.326, cuya descripción registral original y arrastrada no refleja la realidad actual. La parte demandante reconoce que la cabida registral de dicha finca se ha reducido, al ser dividida por una calle y adscribirse algunas de sus partes a solares de una urbanización adyacente, y renuncia expresamente a cualesquiera derechos que pudiera tener sobre esas porciones reductoras.

5. Ambas partes parecen coincidir y aceptar que se trata de un problema de doble inmatriculación y reclaman que sea reconocido su dominio sobre la finca 1.326; la demandante afirma haberla comprado; las demandadas consideran que el terreno de la finca 1.326 es expresión del suelo de las fincas 6.513 y 6.886.

(1) Se hace abstracción, por irrelevante, del cambio de designación numérica de las fincas antes mencionadas.

B) INFORMACIÓN OFRECIDA AL LETRADO QUE SUSCRIBE

La parte demandante, por medio de sus representantes legales, el licenciado José Colón, del Bufete Rivera Cestero & Merchand Quintero, me somete los siguientes documentos:

1. Expediente de los escritos sometidos por ambas partes en el caso civil KAB 89-0070 (905), Tribunal Superior, Sala de San Juan, así como los escritos expedidos por su señoría.

2. Certificaciones registrales extensas de las fincas números 1.326, 6.886 y 6.513.

3. “Investigación, estudio y análisis de titularidad inmobiliaria, cubriendo agrimensura, registro, cartografía, catastro (mayo 1988)”, de la autoría de don Antonio Filardi Guzmán, bachiller en agrimensura y cartografía, agrimensor con licencia número 5.618, Abogado-Notario.

4. “Memorándum investigativo sobre titularidad finca 1.449 (...)”, de 18 de noviembre de 1988, de don Antonio Filardi Guzmán.

5. Exhibit “A” de la parte demandada: “Estudio sobre ubicación de fincas, preparado para la firma McConnell, Valdés, Kelly, Sifre, Griggs & Ruiz-Soria”, preparado por Eap Group Practice, Ingenieros, Arquitectos, Planificadores, de 5 de junio de 1989.

6. “Informe sobre investigación registral con relación a fincas en el Registro de la Propiedad”, de 29 de mayo de 1989, presentado a la firma de Abogados antes indicada en el inciso 5, cuyos autores son los licenciados Dennis Martínez Irizarry y Dennis D. Martínez Colón.

7. Relación de escrituras notariales que para fines de este dictamen son irrelevantes en principio, ya que su información registral fue volcada en las certificaciones registrales de las tres fincas: 1.326, 6.886 y 6.513.

C) SITUACIÓN PROCESAL DE LA CONTENCIÓN

A solicitud de la parte demandante, el 25 de enero de 1990 fue expedida “Sentencia declaratoria y acción reivindicatoria” como “Sentencia parcial”, la cual fue dejada sin efecto posteriormente por otro Juez sustituto. Presentada moción de reconsideración en 10 de agosto de 1990, se me indica por la representación jurídica de la parte demandante la expedición por el Juez de “orden para mostrar causa” el 22 de agosto de 1990.

D) HECHOS PROBADOS

La Sentencia parcial emitida por la Juez Hon. Nellie Ortiz, de fecha 25 de enero de 1990, señala una serie de hechos probados (“incontrovertidos”,

dice el texto de la Sentencia). Algunos de tales hechos han sido impugnados por la parte demandada. Tomo en cuenta tal postura, pero me reservo la facultad de rechazarla, si llegase el caso, si por hipótesis lo que la parte demandada denomina hechos en controversia no resultan ser *hechos*, sino, por ejemplo, equivocación posible en el entendimiento de la Sentencia o calificaciones jurídicas relativas a hechos que la Sentencia declara probados (“incontrovertidos”).

En todo caso, es al Juzgador de instancia a quien compete —salvo error en la apreciación de la prueba, susceptible de revisión— determinar cuáles fueron probados. Tal aseveración es la base de partida en todo caso.

Veamos, pues, los hechos probados:

1. La finca número 1.326 fue adquirida, mediante venta judicial, el 10 de diciembre de 1981 por dos entidades bancarias, Scotiabank de Puerto Rico y The Bank of Nova Scotia (hecho tercero de la Sentencia).

2. Dichas entidades otorgaron escritura de venta a favor de Mora Development Corporation el 21 de enero de 1988, produciéndose la presentación en el diario de operaciones del Registro de la Propiedad el 22 de junio de 1988 (hecho segundo de la Sentencia).

3. Dicha finca número 1.326 inició su vida registral en 1947 (hecho primero de la Sentencia).

4. Sobre el territorio de la finca 1.326 estuvo ubicada la Compañía Atlantic Product Co., por virtud de un contrato de arrendamiento inscrito, desde el 22 de diciembre de 1947 hasta el 1 de septiembre de 1962, conforme escritura autorizada por el Notario don Adolfo Valdés (hecho décimo de la Sentencia).

5. Las fincas números 6.513 y 6.886 surgieron registralmente en 1983 y 1987, respectivamente, por segregación de la finca 1.449, por acto de su titular, Domestic Resources Corp. (hechos cuarto, quinto y sexto de la Sentencia).

6. Domestic Resources Corp. adquirió la finca 1.449 aproximadamente seis meses después que aquellos dos bancos Scotia inscribieran en el Registro de la Propiedad sus derechos sobre la finca 1.326 (hecho séptimo de la Sentencia).

7. Dicha finca 1.449 surgió como entidad registral el 31 de julio de 1962, con cabida de 79.7552 cuerdas (hecho octavo de la Sentencia).

8. La entidad Atlantic Product Corp., arrendataria de la finca número 1.326, nunca estuvo localizada sobre la finca 1.449 ni sobre la matriz de ésta (hecho decimoprimer de la Sentencia).

9. Las fincas 1.326 y 1.449 eran, en la realidad material, fincas separadas y no colindantes entre sí; y en la constatación registral aparecían

también como fincas distintas y no colindantes (hecho decimosegundo de la Sentencia).

10. Cuando aparece a la vida registral la finca 1.449, la finca 1.326 tenía ya más de catorce años de existencia registral propia e independiente (hecho noveno de la Sentencia).

11. Por consecuencia, ninguna parcelación de la finca 1.326 podía caer en terrenos de la finca 1.449, ni ninguna parcelación de la finca 1.449 podía caer en terrenos de la finca 1.326 (hechos decimotercero y decimo-cuarto de la Sentencia).

12. Consiguientemente, las fincas 6.513 y 6.886, segregadas de la finca 1.449, nunca podían situarse en terrenos de la finca 1.326 (hecho decimoquinto de la Sentencia).

13. Las fincas 6.513 y 6.886, al segregarse de su matriz la finca 1.449, fueron situadas cartográficamente en terrenos de la finca 1.326 (hecho decimosexto de la Sentencia).

E) FUNDAMENTO TÉCNICO DE LOS HECHOS PROBADOS Y OBJECIONES DE LOS PERITOS DE LA PARTE DEMANDADA

Parece indudable, aunque es mi personal opinión, que el basamento técnico de la Sentencia deriva de los estudios e investigaciones realizados por don Antonio Filardi Guzmán a instancias de la parte demandante.

La parte demandada ha presentado dos tipos de objeciones a dicho trabajo: una, de índole técnica; la otra, de naturaleza jurídica.

1. *Objeción técnica.*—Se lleva a cabo por Eap Group Practice y toma como eje la pretensión de situar la finca 1.449 (matriz de las fincas 6.513 y 6.886), indicándose:

“... compartimos la opinión del agrimensor Antonio Filardi en que la finca segregada” (núm. 1.449) “se encuentra cerca del área designada por éste, ya que la secuencia de sus colindantes guardan” (*sic*) “relación con las colindancias mostradas en los planos estudiados” (*Estudio*, cit., página 11). “... Diferimos de su opinión en la delimitación de la extensión geográfica de esta finca segregada, ya que basándonos únicamente en los datos obtenidos de una descripción legal esto no puede hacerse” (*ibid.*).

Con referencia a la finca número 1.326 se dice en dicho informe:

“... compartimos la opinión del agrimensor Antonio Filardi Guzmán en cuanto a la alta posibilidad de que la ubicación más lógica del predio segregado sea en el lugar ubicado por éste” (*Estudio*, cit., pág. 13).

Y añade:

“No obstante, entendemos que es imposible el poder afirmar concretamente la geometría de la segregación con los errores encontrados. Opinamos que es matemáticamente imposible el replantear la finca 1.326 de una manera responsable con la poca información y evidencia existentes de los planos estudiados” (*ibid.*).

2. *Objeción jurídica*.—Se realiza en el *Informe* de los licenciados Dennis Martínez Irizarry y Dennis D. Martínez Colón, que corre por los cauces de Derecho que oportunamente habré de analizar. Los planteamientos técnicos del señor Filardi Guzmán se dan por buenos, diciéndose:

“No tenemos razón para poner en duda los datos de agrimensura, cartografía y catastro que suministra el informe del agrónomo Filardi Guzmán. Por ello se toman como correctos...” (*Informe*, cit., pág. 12).

Su planteamiento jurídico es que Mora Development Corporation no había adquirido la titularidad de la finca, pues sus transmitentes nunca tuvieron la posesión (modo) inherente a todo derecho real y, por consiguiente, Mora Development Corporation no puede invocar la condición de tercero protegido por la fe pública registral (*passim* de las págs. 10, 14, 20, 26-29).

Parece ser la posición de la firma de Letrados que representan profesionalmente a la parte demandada, que dada la doble inmatriculación no se ha de discutir la cuestión de hecho, sino el derecho de sus clientes (los bancos demandados), frente a un dominio inexistente de la demandante. Por ello plantean la tesis de tercería amparada por la fe pública registral, beneficiosa, a su entender, sólo para los bancos demandados.

II. DICTAMEN

A) AMBITO DEL DICTAMEN

Se me solicita dictamen sobre cuestiones de derecho, pero en una fase de proceso en que el juzgador puede evaluar, al parecer, hechos cualesquiera.

Naturalmente, las alegaciones de las partes, como alegaciones al fin, de nada sirven para el dictamen, por lo que prescindo de ellas inicialmente, aunque pueda pasar opinión al respecto. Y así como es cierto que nada impide emitir opinión sobre cuestiones de Derecho en cualquier fase de un procedimiento, en relación a hechos *sub judice*, es mi obligación eludirlos para no invadir el campo propio del juzgador.

Es verdad, como opinión personal, que algunas cuestiones, que una o ambas partes en el pleito denominan *hechos*, no son tales, sino valoraciones y cualificaciones jurídicas o simples opiniones que realiza la parte interesada. Naturalmente, aquí sí es pertinente dar opinión llegado el caso, pues ni se trata de hechos ni quedan remitidos a la apreciación del juzgador, sino que es tema de calificación jurídica, y ésta es labor que puede afrontar cualquier hermeneuta.

El presente dictamen toma, pues, como fundamento la relación de hechos probados por y en la Sentencia de 25 de enero de 1990 o aquellos aceptados por las partes, bien directamente, bien por medio de sus peritos, conforme con los dictámenes que las mismas han solicitado y aportado al pleito como apoyo de sus respectivas posiciones.

El Letrado que suscribe ha sido muy cuidadoso en este deslinde entre hechos probados y admitidos, posibles hechos pendientes de apreciación por el juzgador y calificaciones jurídicas dadas por cualesquiera de los intervinientes en el pleito, valorando aquéllos, eludiendo los segundos y haciendo caso omiso de las terceras.

B) UNA INTERROGANTE A LA OBJECCIÓN TÉCNICA DE LAS PARTES DEMANDADAS

Del estudio informado por Eap Group Practice hay algo que me llama la atención. Se dice:

“El objetivo principal y la base para exponer la conclusión de este estudio estriba en resaltar la poca información en evidencia disponible para poder justificar responsablemente *la localización exacta de las fincas 1.326 y 1.449*. No obstante, de este estudio podemos razonablemente concluir que el agrimensor Antonio Filardi Guzmán *identifica aproximadamente la localización de estas fincas en su estudio*. Reiteramos que es imposible el determinar científicamente la localización exacta de estas fincas.. ” (*Estudio*, cit., véase *Conclusión*, pág. 14, énfasis del original).

Cabe preguntar: Si la finca 1.449 no puede ser exactamente identificada en su ubicación, ¿cómo sí es posible hacerlo con las fincas 6.513 y 6.886, *que son producto de segregar la finca 1.449*? ¿Cómo no es posible identificar la finca matriz y resulta muy sencillo identificar dos productos de la misma?

Si se acepta razonablemente, como hace el estudio de Eap Group Practice, la ubicación de las fincas señaladas en el estudio realizado por el señor Filardi Guzmán, estudio en el que se señala una distancia de *más de cuatro hectómetros* entre las fincas 1.449 y 1.326, ¿cómo rechazar que

similar distancia debe haber entre las fincas 1.326 respecto de las 6.513 y 6.886, que eran parte de la 1.449 en su linde norte?

La aseveración de Eap Group Practice, en cuanto a haber situado exactamente las fincas 6.513 y 6.886, deriva: *a)* del contenido registral (arrastrado de la finca 1.449) no empece haberle objetado al señor Filardi que las descripciones legales sean criterio adecuado, y *b)* de haberse medido los terrenos señalados por los compradores, los bancos ahora demandados, como tierras expresivas de dichas fincas 6.513 y 6.886.

Vamos ahora a los hechos previos.

Todas las fincas tienen su origen en la número 6.212. Inicialmente, de esta finca 6.212 se segrega la finca 1.326, que mantiene una dilatada y constante vida registral, que es disfrutada por unos arrendatarios inscritos y que mantiene dos lindes que nunca cambian: carretera 176 por norte y por este. Posteriormente, de esa finca 6.212 se segrega la finca 1.449, que escinde a su matriz en dos porciones separadas y nunca ha colindado con la carretera 176 por su norte.

Por consiguiente, parece haberse medido como parte segregada de la finca 1.449 dos trozos de tierra, situados uno al sur del otro en inmediata colindancia (hoy calle), cuyo trozo situado más al norte nunca colindó con la carretera 176 (por no hacerlo la matriz 1.449), pero que ahora sí colinda por mor de su descripción registral posterior. Pretender que el plano así trazado es real y consecuente, referirlo a una finca cuya linde norte es la carretera 176 desde siempre, sin duda que es hacer una medición de algo real y existente. Pero lo que aquí se indica es que no se midió lo que debió medirse: dos segregaciones que nunca podían colindar con la carretera 176 por el norte al no haberlo hecho antes su matriz, la número 1.449.

C) UNA PRECISIÓN EN TEMA DE HECHOS

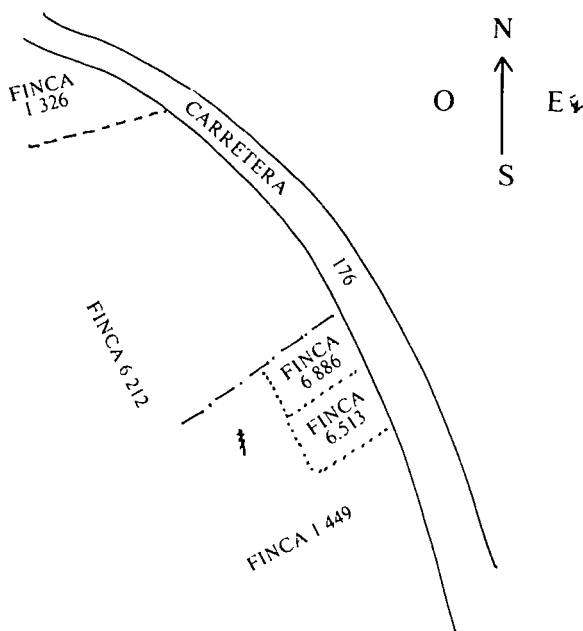
Las fincas son expresión puramente intelectual. Su individualidad es una mera convención social porque la corteza terrestre es una continuidad. Esta continuidad puede crear desconcierto ante ciertos problemas. Busquemos otro medio en que un ejemplo pueda evitarlos.

Se da la circunstancia que la finca 6.212, matriz de todas las que se han citado, era una finca que se extendía en proyección norte-sur, lindando al norte y al este con la carretera 176, como señala el esquema de la página siguiente.

En el esquema se refleja la más probable situación de las fincas.

Pues bien, vayamos ahora a un ejemplo más gráfico.

Supongamos que el continente americano representa la finca 6.212, que Sudamérica significa la finca 1.449, que Canadá es la finca 1.326 y que



los Estados Unidos, México y Centroamérica sean la expresión de los cuatro hectómetros.

Si el dueño de la finca Sudamérica (1.449) segrega dos porciones (Venezuela Norte y Sur) que describiese así: finca Venezuela Norte (núm. 6.886), que linda al norte con bahía de Hudson, casquete polar, etc.; finca Venezuela Sur (núm. 6.513), que linda al norte con finca 6.886, etc.

¿Se diría que el propietario de Sudamérica había dispuesto adecuadamente de su dominio? ¿No sería más acertado afirmar que ha enajenado una finca imposible porque la descripción de la misma (de ambas) no se corresponde con un objeto real inherente a su propio dominio, sino que ha actuado sobre un objeto ficticio, pues aquello que él puede vender no es lo que ha descrito, y lo que ha descrito no lo puede vender por serle ajeno?

Esto es lo que precisamente concluye el informe del señor Filardi Guzmán: que *se han incorporado al Registro de la Propiedad, como entidades registrales distintas, dos fincas que no tienen suelo*, en tanto en cuanto se les ha atribuido el correspondiente a otra finca distinta y distante.

Tal superposición es el problema que se crea, problema al que se llega al inmatricular las segregaciones de la finca 1.449.

D) SOBRE LA TESIS DE DOBLE INMATRICULACIÓN, SUSTENTADA POR LAS PARTES Y ACEPTADA POR EL TRIBUNAL DE INSTANCIA

Ya en un antiguo dictamen solicitado al Notario español don Luis Bollaín Rozalem (2), ponía él en duda estarse ante una situación de doble inmatriculación cuando, por consecuencia de las dificultades existentes en un inmueble para reanudar el tracto interrumpido, se procedía a inmatricularlo como finca distinta. Todo ello mediante el sencillo procedimiento de modificar las características del inmueble (dando incluso las actuales, no coincidentes con las registrales), solución que dicho Notario denominaba de “picaresca jurídica”. A esta situación se podía llegar con malévola intención, pero también por motivos claros y legítimos, originados en un sano equívoco.

Concluía, naturalmente, el citado Notario que hay doble inmatriculación cuando sobre una finca inscrita en un folio registral aparecía como titular persona distinta a quien tal condición ostentaba en una finca *aparentemente* distinta, inscrita en otro folio.

Con intención doctrinal, ROCA SASTRE conceptúa la doble inmatriculación, en sentido técnico-jurídico, como la situación consistente en que “una misma finca, por entero, o una misma finca y parte de ella, constan inmatriculadas dos (o más) veces en hojas, folios o registros particulares diferentes dentro de un mismo Ayuntamiento o sección del propio Registro”, que lleva a una situación antagónica.

“El antagonismo entre ambas fincas registrales ha de ser radical por figurar la misma finca, o parte de ella, doblemente inmatriculada a nombre de personas distintas” (*ibid.*, pág. 253). Por consiguiente, no hay doble inmatriculación si la titularidad de ambas fincas se adscribe a la misma persona (*ibid.*, pág. 254) ni cuando la titularidad inscrita no existía en la realidad extrarregistral (*ibid.*, pág. 254, nota 3, por referencia a la página 310).

Es igualmente el criterio sustentado por el amigo y profesor licenciado Dennis Martínez Irizarry cuando escribe: “... es posible que una finca se inmatricule dos o más veces y que, por tanto, existan dos folios registrales relativos a una misma finca y dos posibles y simultáneos titulares registrales”.

Es asimismo la opinión de BUENAVENTURA CAMY SÁNCHEZ-CAÑETE (*Comentarios a la legislación hipotecaria*, V, 2.^a ed., Aranzadi, 1975, página 392) y, en fin, para no cansar, el criterio unánime.

Los antecedentes antes expuestos ponen de manifiesto que el problema

(2) “Un caso práctico de Derecho hipotecario”, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 1955, págs. 700 y sigs.

objeto de dictamen —la contención surgida entre MORA y los bancos demandados— no es uno de doble inmatriculación, porque ésta reclama:

a) Una finca realmente existente que aparezca inscrita en la misma sección del Registro de la Propiedad, en todo o en parte, a nombre de dos titulares registrales de derechos incompatibles entre sí; o

b) Una finca con sola existencia registral (inexistente en la realidad física), asimismo inscrita en folios distintos, a nombre de titulares diferentes de derechos incompatibles entre sí.

Esto, evidentemente, no se da en el caso que nos ocupa. En éste se trata de afirmar: 1) que las fincas números 6.886 y 6.513 son la finca 1.326, y 2) que aquellas dos primeras fincas surgieron por segregación de la finca 1.449.

Sin embargo, el estudio del señor Filardi Guzmán, aceptado por ambas partes con muy livianas reservas y admitido por la Juez, al parecer, indica que las fincas numeradas 6.886 y 6.513 no tienen expresión real en los terrenos de la finca 1.326. Que la finca 1.326 es una realidad registral y extrarregistral que ha sido objeto de cesión arrendaticia, etc. Mientras aquellas dos no han podido ser ubicadas, dado que la matriz de que fueron segregadas tenía una linde norte que nunca podía coincidir con la de la finca 6.886 (colindante norte de la 6.513, hoy calle).

Dicho con otras palabras, estas fincas 6.886 y 6.513, segregadas de la 1.449, *no tienen suelo*.

Es lo que expresa la Sentencia parcial como hecho probado (“incontrovertido”) al señalar en el hecho decimoquinto que, “cartográficamente, las fincas 6.513 y 6.886 no pueden quedar localizadas sobre la finca 1.326”. Y que, como se afirma en el hecho decimocuarto, “ninguna parcelación de la finca 1.449 puede ser ubicada dentro de los lindes de la finca 1.326”.

E) LOS HECHOS PROBADOS NO OFRECEN UN PROBLEMA DE DOBLE INMATRICULACIÓN

No cabe, pues, calificar la cuestión como un problema de doble inmatriculación, sino como situación en que existe una finca, real y registrada (la 1.326), sobre la cual se pretende proyectar la existencia de dos fincas (6.886 y 6.513), cuyas características registrales niegan aquella proyección y que no pueden, por ello, ser identificadas en la realidad como expresión idéntica o similar al terreno de la 1.326.

F) IMPERTINENCIA DE UNA DEFENSA DE TERCERÍA AMPARADA
EN LA FE PÚBLICA REGISTRAL

No dándose doble inmatriculación —pero también, incluso, si se diese, como ha de verse—, resulta *incorrecta* la teoría del distinguido amigo y compañero Dennis Martínez Irizarry y de su señor hijo, Dennis D. Martínez Colón, en el sentido de que los bancos demandados son terceros protegidos por la fe pública registral según el artículo 105 de la Ley Hipotecaria, antes 34 de la Ley derogada (30 LPRA, sec. 2.355).

Porque, como es bien sabido, la fe pública registral no se extiende a las circunstancias de mero hecho, sino solamente, y ya es bastante, a cuestiones estrictamente jurídicas.

Por eso, ha podido escribir Dennis Martínez Irizarry:

“Así, la fe pública registral no se extiende a los datos de mero hecho, a las circunstancias materiales del inmueble, al aspecto físico de la finca (situación, medida, características económicas, valor, etc.). Los libros registrales publican derechos, sus limitaciones y condiciones. Los demás datos que se incorporan a la inscripción tienen tan sólo la función de identificar más exactamente el derecho subjetivo a que se refieren. Y no podría ser de otra forma, ya que, como dice ROCA SASTRE, ‘el derecho puede manipular el mundo de los entes jurídicos, pero no la realidad material de las cosas y, por tanto, no cabe que, por una ficción legal, la materialidad de una finca se conforme a lo que expresan los asientos’.

El Registro no puede asegurar que el inmueble exista ni que contenga los edificios o partes integrantes descritos en el mismo. De estos aspectos se tiene que asegurar el adquirente por fuentes extrarregistrales, ‘estando en la naturaleza misma de las cosas que el adquirente no sea protegido por confiar en una descripción inexacta’ (50). Solamente cuando estos datos, de hecho, tienen una trascendencia jurídica real porque, por ejemplo, señalen la extensión del derecho (límites de la finca, ancho de una servidumbre, la medida superficial cuando actúe en función de límite, etc.) quedarán amparados por la protección”. *Op. cit.*, págs. 140-141 (citando al STS de España de 16 de noviembre de 1960, con referencia a LACRUZ).

De ahí que el distinguido compañero, bajo el epígrafe de “excepciones a la fe pública registral”, cite los casos de doble inmatriculación (*ibid.*, página 143).

Recoge con ello un criterio unánime que ya ROCA SASTRE, en su primera edición de *Derecho hipotecario* (Bosch, Barcelona, 1948), exponía, escribiendo:

“*El ámbito o natural alcance* del principio de fe pública registral queda determinado a base de las consideraciones siguientes:

A) La fuerza o energía de la fe pública registral opera en lo relativo a la *existencia, titularidad y extensión de los derechos reales* inscritos, mas no se extiende a los datos registrales de *mero hecho*... (pág. 355).

... Quedan, pues, fuera del alcance de la fe pública registral los datos registrales referentes al elemento *material o físico* del derecho real (existencia y características de la finca) (pág. 356).

La fe pública no cubre los datos o circunstancias de *mero hecho* que consten en el Registro o que sirven de soporte material a los derechos inscritos. Por ello el Registro no responde de que sean exactos los datos descriptivos de la finca inmatriculada, ni siquiera que ésta exista en la realidad" (pág. 357; énfasis en el original).

Resulta, pues, extraño que para los compañeros MARTÍNEZ IRIZARRY y MARTÍNEZ COLÓN sea admisible aquí la defensa de tercería cuando de meras circunstancias de hecho se trata.

Pero, en todo caso, lo que interesa resaltar es que la calificación judicial del fenómeno que provoca la litis como "doble inmatriculación" —lo que también hacen las partes— no es exacta so pena de desvirtuar el concepto, ya que se está ante un problema meramente fáctico y no ante la atribución del dominio contradicho por los propios pronunciamientos registrales.

Por ello, tampoco tiene sentido alguno plantear la defensa de terceros protegidos por la fe pública registral —calificativo que, además y como ha de verse, sería aplicable a ambas partes en el pleito—. Tampoco tiene sentido pretender que las demandadas sí son terceros protegidos por la fe pública, pero no la demandante, porque aquí no existe *ni puede existir* tal problema.

La cuestión, a fuerza de repetirla, es: si la simple inscripción crea en la realidad lo que sólo existe en el Registro. Y esto es imposible en cualquier sistema registral.

G) EXACTA CALIFICACIÓN DEL PROBLEMA OBJETO DE LITIS

Recordemos la situación de hecho: se trata que el titular de la finca 1.449 segrega las numeradas 6.886 y 6.513, identificándolas con una descripción correspondiente a dos mitades de la finca 1.326. No es, pues, que como parte de la descripción de alguna o de ambas fincas segregadas se ofrezca parte o toda la finca 1.326 (habría entonces doble inmatriculación).

Los hechos indican que la intención de vender por parte del titular de la finca 1.449 le lleva a identificar (es descripción escriturada) como objeto inherente a su dominio lo que le pertenece a otro. Similar a si, deseando yo vender mi sombrilla, doy como descripción la sombrilla del vecino.

En esta situación caben dos alternativas de calificación:

- a) Consciente o inconscientemente, vendedor y comprador no han determinado el exacto objeto de la venta.
- b) Conscientemente, las partes conocen que la descripción del objeto es adecuada, sabiendo que el mismo no se halla en poder del vendedor.

En la primera hipótesis no cabe hablar de contrato de compraventa propiamente dicho, ya que el artículo 1.344 del Código Civil (31 LPRA, sec. 3.741) reclama que el objeto sea “una cosa determinada”; y ello porque es obligación del vendedor la entrega de dicha cosa (art. 1.351 CC, LPRA, sec. 3.791). Naturalmente, considerar que una descripción abstracta es determinación, significa olvidar que la cosa, para ser objeto del concreto contrato, ha de ser posible realmente; y la descripción abstracta no crea el objeto.

En la segunda alternativa estamos ante la situación de *venta de cosa ajena*, que se entiende implica para el vendedor la obligación de adquirir el objeto para, a su vez, transferírselo al comprador, funcionando dicha adquisición como presupuesto del contrato (*condictio iuris*). Y en tal situación es dable estimar que la compra lo es de carácter aleatorio o en firme, dando lugar a la *compraventa de esperanza o de cosa esperada*.

Pueden verse al respecto: VÉLEZ TORRES, J. R., *Los contratos*, ed. autor, San Juan, 1985, págs. 209-210; hay reimpresión que comienza a circular en estos días, Escuela de Derecho, UIA; ROGEL VIDE, C., *La compraventa de cosa futura*, Publicaciones Real Colegio de España en Bolonia, Studia Albortonia, XXIII, Bolonia, 1975; CASTÁN TOBEÑAS, J., *Derecho civil español, común y foral*, IV, 9.^a ed., Reus, Madrid, 1961, págs. 77 y sigs., y las citas allí incluidas: R. BADENES GASSET, *El contrato de compraventa*, I, Tecnos, Madrid, 1969, págs. 131 y sigs.

No se me solicita en este dictamen señalar los efectos entre las partes de un aparente contrato de compraventa o de la compraventa de cosa ajena. Basta indicar que en ambos casos la ineffectividad del acuerdo permite a las partes indemnizarse en vía de regreso.

Aquí lo que importa destacar es que frente al tercero titular del objeto las convenciones entre comprador y vendedor son absolutamente irrelevantes. Y, por consiguiente, la pretensión de vender y comprar la finca 1.326, concebida como dividida entre las fincas 6.886 y 6.513, no afecta en absoluto al titular auténtico (en su momento, quien vendió a los dos bancos Scotia y sus adquirentes posteriores).

H) EN TODO CASO, LOS RESULTADOS PRÁCTICOS SON IGUALES.
CUALESQUIERA QUE FUESEN LAS TESIS SUSTENTADAS

Es, sin duda, el mejor argumento contra la posición que adoptan las partes demandadas comprobar que por cualesquiera caminos se llega al mismo resultado: la ineficacia de su pretensión, asegurando el dominio de la finca 1.326 en beneficio de su actual titular. Analicemos la tesis de las partes demandadas y sus equívocos.

1. *El informe de los licenciados Martínez Irizarry y Martínez Colón*

Los distinguidos compañeros sustentan la siguiente tesis:

Tratándose de doble inmatriculación, la cuestión se remite a un problema de Derecho civil, no siendo de aplicación la fe pública registral, ya que “el Registro no puede proteger a dos titulares contradictorios a la misma vez si ambos reúnen las cualidades requeridas para ser considerados terceros registrales protegidos por la fe pública registral” (*Informe*, página 10). Por el contrario, si una de las partes es tercero protegido por la fe pública registral, pero el otro no, el problema se resuelve por los trámites del Derecho hipotecario (*ibid.*).

Para llegar a esta conclusión y referirla a las partes demandadas, los licenciados Martínez Irizarry y Martínez Colón sustentan el siguiente *iter* intelectual:

a) Las expresiones “ilegítima”, “fraudulenta”, que emplea el estudio del señor Filardi respecto de la inmatriculación de la finca número 6.886 (y lo mismo podría decirse respecto de la 6.513) no pueden imputarse a los demandados; muy por el contrario, sí a Mora Development Corporation, quien “tuvo que haberse dado cuenta de que la finca descrita en el Registro e inscrita a favor de los que le vendían no existía en la realidad extrarregistral” (*ibid.*, págs. 14-15).

b) Lo relevante no es si las fincas 6.886 y 6.513 surgieron o no de la finca 1.449, “sino más bien si al momento de ser adquiridas por sus actuales dueños las mismas existían como entidades separadas y distintas en el Registro de la Propiedad” (*ibid.*, pág. 15).

c) Al existir en el Registro las fincas 6.886 y 6.513 como entidades separadas e independientes, y surgiendo de su descripción física que están localizadas en el mismo sitio en que supuestamente existía parte de la finca 1.326..., no hay duda que, con respecto al área superficial cubierta por ellas, existe una doble inmatriculación” (*ibid.*, pág. 17).

d) Dado que las partes demandadas “adquirieron su dominio sobre

estas parcelas a título oneroso de quienes, según el Registro, tenían facultades para transmitir las, sin que por el Registro pudieran haber tenido noticia de alguna causa de nulidad o invalidez en el título del que les transmitía..., que actuaron con buena fe y a su vez inscribieron sus respectivas adquisiciones...", son terceros protegidos por la fe pública registral (*ibid.*, págs. 18-19).

e) Por el contrario, Mora Development Corporation, según surge de su título de compraventa, adquirió de una entidad que "nunca ha entrado en posesión, no conocía las características de las fincas que vendía y dependía de la inspección del estudio de título que le habían suministrado y de la inspección ocular que en la misma escritura de compraventa la compradora dice haber realizado. Con posterioridad a su adquisición, la compradora nunca entró en posesión..." (*ibid.*, pág. 20).

f) En temas de doble inmatriculación "los comentaristas y tratadistas se muestran vagos y contradictorios entre sí en la determinación de las reglas de Derecho específicas a utilizarse en las distintas circunstancias de doble inmatriculación. Y es que el Tribunal Supremo de España tampoco ha dictado pauta a seguir para resolver las situaciones que puedan presentarse en los casos de *doble inmatriculación* (*ibid.*, pág. 25. Énfasis del original).

g) Conforme con la opinión de "mucho peso" de DE CASSO Y ROMERO, si ante la contradicción de titulares uno es tercero, conforme al artículo 34 de la Ley Hipotecaria española (art. 105 de la vigente en Puerto Rico y anterior asimismo del art. 34 de la derogada), puede ser protegido en detrimento del otro (*ibid.*, págs. 25-26).

h) Mientras que las partes demandadas cumplen los requisitos para ser terceros protegidos por la fe pública registral, éste no es el caso de la parte demandante.

i) Mora Development Corporation no es tercero, ya que no basta el contrato de compraventa para adquirir, sino que, sujeto el Derecho puertorriqueño a la exigencia de título y modo para considerar adquirido un derecho real, Mora nada adquiere "cuando no puede darse ese efecto cuando el vendedor no está físicamente en posesión de la cosa vendida. La teoría detrás de esta regla es que mal puede entregar la posesión *ficta* de la cosa quien no tiene la posesión real". La posesión *ficta* no puede sustituir la no "tradición real", con cita de la jurisprudencia del Tribunal Supremo de Puerto Rico (*ibid.*, págs. 26-28).

j) Mora no es el "adquirente" del derecho real de dominio sobre la finca I.326, "pues aun siendo válido el contrato de compraventa convenido con Scotiabank de Puerto Rico y The Bank of Nova Scotia, éste no fue

seguido de tradición y, por tanto", Mora no se convirtió en dueño (*ibid.*, pág. 28).

k) Como otro de los requisitos para ser considerado tercero protegido por la fe pública registral es la buena fe, existen "abundantes razones para creer que Mora Development Corporation conocía la situación jurídica extrarregistral" (*sic*) "de la finca 1.326 que adquiría o, descuidando su identificación en la realidad jurídica extrarregistral" (*sic*), "no le importó conocerla. Consta que en la escritura de venta el vendedor acepta que nunca tomó posesión y que desconocen las circunstancias de su finca..." (*ibid.*, pág. 29).

l) En fin, que "a la luz de la buena doctrina" las partes demandadas cumplen los requisitos para ser terceros protegidos y la demandante no (*ibid.*).

m) Pero admitiendo que el Derecho hipotecario hubiera de inhibirse por darse doble inmatriculación, el Derecho civil puro lleva a la misma conclusión porque los demandados no habían entrado en posesión e inscrito antes que la demandante, conforme al artículo 1.362 (art. 31 LPRA, sec. 3.822) (*ibid.*, págs. 29-30).

2. *Crítica al informe de los licenciados Martínez Irizarry y Martínez Colón*

Hay que adelantar que la tesis sostenida es única porque nadie la ha defendido (ni tan siquiera el profesor DENNIS MARTÍNEZ IRIZARRY en su *Derecho hipotecario*, op. cit.); y es, además, incorrecta.

En general, pueden hacerse dos observaciones generales a la tesis de los distinguidos compañeros: 1) se salta de los hechos concretos a una abstracta teoría jurídica a los que no es aplicable tal teoría, y 2) la opinión acerca del sentido de la toma de posesión es completamente incorrecta.

Es más, el profesor DENNIS MARTÍNEZ IRIZARRY, porque le conozco profesional y personalmente, porque es un hombre sumamente serio, nunca debió permitir que su nombre apareciese patrocinando tal *Informe*.

a) Se oscila de los hechos concretos a la abstracción jurídica

Técnicamente, la alternativa jurídica es clara: o la doble inmatriculación significa una *contradicción de títulos incompatibles* que impide aplicar las normas hipotecarias y hay que remitirse al Derecho civil puro (MARTÍNEZ IRIZARRY, DENNIS, *Derecho hipotecario*, op. cit., pág. 143; *Informe*, op. cit., pág. 10), o la contradicción es mera cuestión de hecho,

no cubierta por la fe pública registral (MARTÍNEZ IRIZARRY, *op. cit.*, página 140). En ambos casos huelga plantear cuestiones de tercería amparada por la fe pública registral. Este es el criterio seguido por la Ley Hipotecaria vigente cuando determina que:

“Si el que tuviere inscrita una finca a su favor creyere que otra inscripción de finca señalada bajo número diferente se refiere al mismo inmueble y al mismo titular, podrá solicitar de la Sala del Tribunal Superior correspondiente que, con citación de todos los interesados y siempre que se pruebe la identidad de ambas fincas como un solo inmueble, dicte auto resolviendo cuál de ambas inscripciones subsistirá.

Cuando la doble inmatriculación se refiera a distintos titulares, se resolverá por juicio ordinario sobre la identidad de la finca y el mejor derecho al inmueble.

En ambos casos se ordenará la cancelación de la inscripción correspondiente...” (arts. 251 LH y 30 LPRA, sec. 2.776) (3).

Y, evidentemente, una pretensión de tercería amparada en la fe pública registral solamente podría darse cuando la otra parte en el pleito fuese adquirente *mortis causa* de un inmatriculante (arts. III LH y 30 LPRA, sec. 2.361), adquirente por título gratuito de un inmatriculante (arts. 105 LH y 30 LPRA, sec. 2.355, párrafo cuarto), adquirente de bien inmatriculado por el Estado o agencias del mismo, etc., a que se refiere el artículo 247 de la Ley (art. 30 LPRA, sec. 2.774), sin haberse consumado el término; y, en fin, adquirente inmatriculante bajo lo previsto en el artículo 244 de la Ley (art. 30 LPRA, sec. 2.769), ya que éste no adquiere de persona que en el Registro aparezca con facultades para transmitir si del mismo inmueble se trata.

No obstante, en el *Informe* de los distinguidos compañeros se aceptan las conclusiones fácticas del señor FILARDI GUZMÁN (*Informe*, pág. 12) que refieren la existencia de la finca 1.326 como real y cierta, indicándose que las fincas 6.886 y 6.513 son fantasmas registrales. Pero aplicando la doctrina de la fe pública registral —que está pensada para situaciones diametralmente distintas—, viene en resultar que las fincas 6.886 y 6.513 son reales por estar descritas registralmente, siendo pura ficción registral la finca 1.326 (*Informe*, págs. 17-19); y entonces los titulares de aquellos fantasmas pasan a convertirse en terceros protegidos.

(3) Este precepto es reiterado, aunque no *verbatim*, por el artículo 313 del Reglamento Hipotecario español.

- b) La teoría acerca de la posesión es única en Derecho puertorriqueño, en Derecho español y en los restantes sistemas jurídicos

Se ha de matizar luego. Por el momento es suficiente señalar que se confunde la posesión y su entrega con la ocupación física o *ponimiento de pies*. La ausencia de este *ponimiento* explicará el pacto de exclusión de responsabilidad por defectos ocultos entre “Mora” y su vendedor, los bancos “Scotia” (cláusula sexta, escritura número 1, autorizada por el Notario don Enrique Córdova Díaz; *Informe*, pág. 20). Y es claro que tan particular opinión, que identifica la posesión con la real y atribuye a la instrumental un valor menor incluso que la simbólica, niega el sentido literal y pleno del artículo 1.351 del Código Civil (art. 31 LPRA, sec. 3.811). Es decir, que desconoce el significado de la tradición. Y ha de verse cómo la jurisprudencia que se invoca se cita mal porque o no viene al caso o afirma todo lo contrario.

3. *Refutación en concreto y punto por punto de la tesis de los licenciados Dennis Martínez Irizarry y Dennis D. Martínez Colón*

a) Ciertamente, cuando el informe del señor Filardi Guzmán alude a las constataciones registral y catastral de las fincas 6.886 y 6.513 como “ilegítimas” y “fraudulentas”, a nadie imputa ilegitimidad o pretensión de fraude; menos aún a los bancos demandados, víctimas de un lamentable error antecedente.

En la página 7, *e*), de su *Investigación y análisis*, op. cit., señala el señor Filardi Guzmán que: “...se originó una concatenación de consecuencias voluntarias e intencionales o involuntarias e inadvertidas...” Del informe y en el informe no trasciende juicio alguno que impute dolo o intención torticera a las partes demandadas. Es solamente una expresión. Y además muy bien empleada. Porque si ha trascendido al Registro de la Propiedad una situación anómala, no conforme con el ordenamiento puertorriqueño —y no conforme sería una pretendida doble inmatriculación o la situación presente, no empece se facilite por el propio sistema al estar ausente un catastro parcelario coordinado con el Registro—, se producen situaciones ilegítimas y fraudulentas, objetivamente inherentes a la función fedataria que debe acompañar al Registro.

De otro lado, no se indica por qué Mora Development Corporation, y no los bancos demandados, debía darse cuenta de algo que, además, *constaba en otra sección distinta del Registro de la Propiedad*. Exceso de

diligencia reclamado a Mora, mientras que a las partes demandadas se les otorga licencia. Esto, en buen castellano, se llama aplicar la *ley del embudo*.

Es más paradójico aún que mientras del estudio del señor Filardi Guzmán resulta la existencia real de la finca 1.326 y la irrealidad de las fincas 6.886 y 6.513, conclusión aceptada por los distinguidos compañeros (*Informe*, pág. 12), se pretenda invertir esa admisión para afirmarla en sentido totalmente opuesto.

b) Pretender que lo realmente importante es la simple existencia registral de unas pseudofincas, con independencia de si fueron o no realmente segregadas de su matriz, con independencia de su existencia verdadera o simplemente tabular, equivale a dotar al Registro de la Propiedad de poderes creadores de realidades materiales. Cualquier alumno de Derecho sabe que el Registro proclama efectos jurídicos, no realidades materiales o físicas. Por ello, pretender como pretenden los distinguidos compañeros que existan fincas registrales sin apoyo en la vida real es pretender reconocer un titular registral *dueño de nada*. Y si bien tal conclusión no parece entibiar el ánimo de la parte demandada, es un absurdo que pretende crear una quimera, pues se está diciendo:

“Las fincas existen registralmente, aunque no se refieran a una realidad física; luego los titulares registrales son los dueños; y como las descripciones de aquellas fincas van referidas a otra que sí es real, aquellos titulares de una nada registral son propietarios de la finca real”.

Los distinguidos compañeros no solamente olvidan sus propias palabras (MARTÍNEZ IRIZARRY, D., *Derecho hipotecario*, págs. 140 y sigs.), sino las muy anteriores de ROCA SASTRE (*op. cit.*, 1.^a ed., I, pág. 358) cuando escribe:

“La fe pública podrá, por una ficción, hacer transmitir un derecho de un no titular del mismo y dar por existente lo que en la realidad jurídica no existe; pero el legislador no puede, por la sola fuerza de la Ley, crear de la nada un área de terreno, cambiar un bosque en una pradera, fingir un edificio donde sólo hay un solar, etc. (4). *Res facti iuris civilis infirmari non potest*; y así, si una finca no existe o es distinta a como el Registro la describe, ninguna disposición del Derecho puede hacer que la finca se conforme a lo que dice la inscripción; y así, pues, está en la naturaleza misma de las cosas que el adquirente no sea protegido por confiar en una descripción inexacta” (5) (subrayado del autor, con referencias a SERRANO SERRANO, *El Registro de la Propiedad en el Código Civil suizo*, y PÉREZ y ALGUER, en sus *Notas a WOLFF*).

Que a las partes demandadas les pueda resultar imperativo sujetarse a un pronunciamiento registral (además incompleto, pues se pretende el

olvido del otro pronunciamiento registral, coincidente éste, además, con la realidad extrarregistral) es explicable, pero poco correcto. La fe pública no ampara datos de mero hecho; y éste es el problema presente: que probablemente por errores humanos derivados de un mal control de segregaciones, así como deficiencias del propio sistema registral hispano aquí implantado, que depende de la exactitud de descripciones siempre cambiantes, han surgido dos entidades registrales sin suelo. No es la primera vez ni será la última que esto ocurra.

c) Decir que la descripción registral que sitúa las fincas 6.886 y 6.513 en suelo de otra finca (la 1.326) implica doble matriculación pudiera ser correcto si no se omitiese, entre otras consideraciones, un dato fundamental: que por su origen (la finca 1.449) la colindancia al norte con la carretera 176 —colindancia que nunca tuvo la finca 1.449— excluye la pretendida identidad de suelo.

Esos cuatro hectómetros largos de separación de los que habla el señor Filardi Guzmán en su informe eluden la doble inmatriculación. Pues *nunca se trata de la misma finca*, lo que es requisito para la doble inmatriculación (según lo dispone expresamente el art. 251 LH y art. 30 LPRA, sec. 2.776).

d) Enumerar en abstracto los requisitos para que opere la fe pública registral para calificar a los bancos demandados como terceros protegidos no tiene sentido alguno. Si se acepta la tesis sustentada por los distinguidos compañeros MARTÍNEZ IRIZARRY y MARTÍNEZ COLÓN de que estamos ante un problema de doble inmatriculación (de mero hecho), no vale hablar de fe pública por ser los pronunciamientos registrales de alcance siempre y solamente jurídico, como bien expresa MARTÍNEZ IRIZARRY (*Derecho hipotecario*, op. cit., págs. 140 y sigs.).

e) Se dice que Mora Development Corporation no podía ser tercero dado que nunca adquirió, pues su transmitente no tomó posesión del inmueble 1.326. Hay aquí una errónea calificación jurídica de lo expresado en la cláusula sexta de la escritura de compraventa autorizada por el Notario don Enrique Córdova Díaz con el número 1 de su protocolo en 21 de enero de 1986. Dicha cláusula dice:

“...debido a que los vendedores nunca han ocupado físicamente las fincas por haberlas adquirido mediante venta judicial..., desconocen la existencia de cualquier vicio oculto...”

No ocupar físicamente la finca es, para los distinguidos compañeros MARTÍNEZ IRIZARRY y MARTÍNEZ COLÓN, no haber entrado en posesión. Con lo cual olvidan el alcance de la tradición instrumental del artículo 1.351 del Código Civil y la mecánica del Registro de la Propiedad y limitan la posesión a la simple tenencia material.

Inicialmente se niega valor al artículo 230 de la Ley Hipotecaria (art. 30 LPRA, sec. 2.730), que dispone:

“Vendida o adjudicada la finca o derecho..., procederá el alguacil que hubiere celebrado la subasta a otorgar la correspondiente escritura de *traspaso*... y pondrá en posesión judicial al nuevo dueño si así se lo solicitare... Si hubieren transcurrido los referidos sesenta días, el Tribunal podrá ordenar, sin necesidad de ulterior procedimiento, que lleve a efecto el desalojo o lanzamiento del ocupante u ocupantes de la finca o de todos los que por orden o tolerancia del deudor la ocupen”.

Mira por dónde la no-tradición a que aluden los referidos y distinguidos compañeros tiene el efecto de poner en posesión al adquirente, permitiéndole lanzar a los tenedores físicos del inmueble.

Refiriéndose MUÑOZ MORALES al artículo 174 de la Ley Hipotecaria anterior, de similar redacción al actual artículo 230 de la vigente, indica:

“7) *Entrega de posesión al adquirente*.—El artículo 173 del Reglamento Hipotecario que ya hemos transcrito, en su inciso final dispone que después de otorgada la escritura de venta ‘seguidamente se pondrá en posesión judicial al nuevo dueño si lo solicitare’, en previsión que exista un poseedor, que debe ser desplazado por los efectos de la adjudicación subasta” (*Lecciones de Derecho hipotecario*, II, Public. UPR, Río Piedras, 1946, pág. 234).

Porque el adquirente en venta judicial tiene la posesión, es que puede desalojar a otros detentadores y puede inscribir su título en el Registro de la Propiedad (arts. 38 LH y 31 LPRA, sec. 2.201). Dicha posesión, además, se le presume (arts. 106 LH y 31 LPRA, sec. 2.356).

Olvidan igualmente los distinguidos compañeros que “la propiedad y los demás derechos reales se adquieren y *transmiten por la Ley*...”; y tanto la venta judicial como la tradición instrumental son transmisiones *ope legis* que evitan el *ponimiento de pies*. Es la previsión del artículo 1.351 del Código Civil (art. 31 LPRA, sec. 3.811) que la entrega del instrumento equivale (esto es, vale igual) que la tradición material “si de la misma escritura no se dedujere claramente lo contrario”.

La escritura de venta judicial autorizada por el Notario don Alberto J. Picó González, con el número 5 de su protocolo, en 10 de diciembre de 1981, indica en su QUINTO hecho expositivo:

“A) El alguacil, en el carácter oficial en esta escritura por la presente, VENDE, CEDE, TRASPASA Y ADJUDICA por partes iguales a los compradores, Scotiabank de Puerto Rico y The Bank of Nova Scotia, los inmuebles previamente descritos en el apartado CUARTO de esta escritura, con todos sus usos, derechos y accesiones y servidumbres, sin reserva ni limitación de clase alguna.”

En ningún lugar del documento aparece alguna salvedad respecto a la transmisión de la posesión. Posesión instrumental, pues tienen los cedentes a favor de Mora Development Corporation. Por tanto, el mito de que Mora no adquirió cae por su base.

Peor es aún afirmar que “con posterioridad a su adquisición la compradora nunca entró en posesión...” (*Informe*, pág. 20). Personalmente, me gustaría saber cómo, después de adquirir el dominio, no se entra en posesión destacadamente, cuando ésta es necesaria para adquirir aquél. Evidentemente, los distinguidos compañeros MARTÍNEZ IRIZARRY y MARTÍNEZ COLÓN confunden la posesión con pasearse por dentro del inmueble. Y ésta es una noción ajena al derecho.

f) Se afirma que los tratadistas y comentaristas se muestran vagos y contradictorios entre sí en la determinación de las reglas a utilizarse en tema de doble inmatriculación. No se citan los tratadistas “vagos y contradictorios”, y los citados no manifiestan vaguedad ni contradicción. Es que las soluciones son tajantemente claras, comenzando por la del propio MARTÍNEZ IRIZARRY:

1) Los hipotecaristas estiman que la doble inmatriculación queda sujeta al principio de prioridad, de modo tal que la segunda inmatriculación se cancela. Lo que, llevado al caso que nos ocupa, significa la prevalencia de la inscripción de la finca 1.326 y el lanzamiento fuera del Registro de las fincas 6.886 y 6.513, que fueron posteriormente inmatriculadas. Y quizá esto explique la referencia a la “vaguedad y contradicción” de los tratadistas.

2) Los civilistas le dan prevalencia a la hoja registral de mejor condición, conforme al Derecho civil puro.

Los Tribunales acogen este último criterio como principal y aquel primero como subsidiario. ROCA SASTRE recoge la posición de la jurisprudencia española (*op. cit.*, III, 7.^a ed., págs. 254 y sigs.).

En lo que respecta a Puerto Rico, los propios distinguidos compañeros señalan que el Tribunal Supremo hace propia la tesis de la jurisprudencia española (*Informe*, pág. 23).

Por ello, es erróneo afirmar “que el Tribunal Supremo de España tampoco ha dictado pauta alguna a seguirse para resolver las situaciones que puedan presentarse en los casos de doble inmatriculación”. Aparte que el Tribunal Supremo de España no puede dictar pautas, sino, meramente, interpretar el sentido de las normas en casación de sentencias, y solamente en la Sala de lo Civil hay una constante jurisprudencia. Que dicha jurisprudencia recoja los dos criterios apuntados no significa que

sustente opiniones contradictorias, sino aplicación de dos criterios a situaciones distintas.

Escribe ROCA SASTRE, en cita recogida en su *Informe* por los distinguidos compañeros (pág. 24):

“Del examen de esta jurisprudencia se deduce que la regla general la constituye el *primer criterio* jurisprudencial, pero que en ciertos casos en que la doble inmatriculación está lograda con facilidad o concurriendo circunstancias especiales que atribuyan débil consistencia a la ulterior inmatriculación, procede aplicar el *segundo criterio*”.

No deja de ser curioso que en las 26 páginas del Anejo “J” del *Informe* de los distinguidos compañeros, la única vaguedad es la referencia que hace LACRUZ BERDEJO (que no aparece en el *Informe* sino por referencia que se hace en la transcripción del texto de ROCA SASTRE) *respecto del Derecho alemán*, que en nada se parece al español ni al puertorriqueño.

g) La opinión, “de mucho peso”, de DE CASSO Y ROMERO, bien transcrita en la página 7 del Anejo “J” del *Informe* de los distinguidos compañeros, así como en las páginas 25 y 26 del propio cuerpo del *Informe*, es una opinión que repite lo que dicen todos los demás autores: en caso de contradicción, si no hay acuerdo de las partes “se deberá acudir al *juicio declarativo*, en el cual se ventilará y decidirá si los dos titulares ostentan o no el carácter de *terceros*...” (énfasis de DE CASSO Y ROMERO, *op. cit.*, pág. 367); esto es lo que disponen los párrafos primero y segundo del artículo 251 de la Ley Hipotecaria vigente (art. 30 LPRA, sec. 2.776).

Naturalmente, el “mucho peso” de la opinión no tiene más que una explicación: la peculiar teoría de que Mora no adquirió la posesión porque sus cedentes no pisaron la finca, por lo que no era titular de dominio, luego no era tercero, y, en fin, no puede ampararse en la fe pública registral. Ciertamente, no se explica cómo accedió Mora al Registro, para lo que es preceptivo título, modo y calificación registral; es menester alterar el régimen del artículo 1.351 del Código Civil, inventarse una concepción posesoria inexistente y por nadie no ya defendida, sino tan siquiera suge ida. Todo ello para pretender un amparo en la fe pública registral... que no es aplicable a cuestiones de mero hecho, como lo es la existencia de la finca. Aparte, forzar una noción de tercero insustancial.

h) La parte demandante no es tercero, porque dado que en Puerto Rico rige la teoría del título y del modo, como Mora no está “físicamente en posesión de la cosa vendida, no tiene sino posesión ficticia que no puede sustituir a la real” (*Informe*, págs. 26-28).

Ya se ha apuntado que los estimados compañeros confunden posesión y tenencia material, pero también confunden —y ello es mucho más grave— el efecto de la tradición simbólica con el de la instrumental. Porque

hay una jerarquía de valor en la tradición: la simbólica decae frente a la real; pero la instrumental “equivale a la entrega”, es decir, a la toma de posesión real. Y se explica por qué a esta exigencia respondía todo el régimen hipotecario español desde 1861 que se aplicó en Puerto Rico.

CASTÁN TOBEÑAS, al tratar el tema de la tradición en el Código Civil, bajo el epígrafe de “Modos comunes de tradición”, señala:

“Como tales pueden considerarse la tradición *real* (...) y la tradición *instrumental*, forma de tradición ficticia, introducida en nuestro Derecho por el Código Civil y de gran importancia práctica. Cuando se haga la venta mediante escritura pública —dice el párrafo segundo del art. 1.462 (arts. 1:351 CC de Puerto Rico y 31 LPRA, sec. 3.811)—, el otorgamiento de ésta equivaldrá a la entrega de la cosa objeto de contrato si de la misma escritura no resultare o se dedujere lo contrario”.

Muestra aquí el Código, como observan PÉREZ GONZÁLEZ y ALGUER, una aproximación de la transmisión de la propiedad *nudo consensu* ‘por cuanto en el orden de la ficción simplificadora no sólo elimina la necesidad de la tradición real, sino hasta la del acuerdo de transmisión que viene reabsorbido en el que integra el contrato de compraventa’” (*Derecho civil español, común y foral*, cit., II, vol. I, 10.^a ed., pág. 238).

Luego de indicar que dicha tradición es una presunción *iuris tantum* que queda desvirtuada si de la propia escritura se deduce claramente lo contrario o si el vendedor no posee en realidad el objeto, destaca que:

“No aplica el Supremo esta doctrina cuando la finca estaba inscrita a nombre del vendedor, pues en este caso el hecho de que la poseyera un tercero no obsta para declarar consumada la compra, pudiendo ejercitar el comprador las acciones correspondientes al propietario (S. 21 diciembre 1905), ni parece que tampoco cuando el comprador inscribe la escritura de venta (véase S. 22 marzo 1952, que sólo admite el contenido de la propia escritura de compra para aceptar que no se ha efectuado la tradición) (*ibid.*, págs. 238-239).

En resumen, que la refutación de la original tesis de los distinguidos compañeros viene de lejos en el tiempo.

i) La jurisprudencia del Tribunal Supremo de Puerto Rico no dice lo que se le imputa, sino algo muy distinto. Los distinguidos compañeros señalan algunas decisiones del Tribunal Supremo de Puerto Rico que, a su entender, sustentan la tesis de que no puede entregar posesión quien no la tiene real. Esto, que es obvio en ocasiones, no significa que el documento transmita directamente la posesión si del propio documento no se deduce claramente lo contrario. Menos todavía quiere decir que “la posesión *ficta* no puede sustituir a la no-tradición real (*Informe*, págs. 27-28), lo que sólo es un juego de palabras. Veamos si es cierto.

Martínez v. Vda. de García, 78 DPR 793 (1956). Se discute si una señora, concubina que fue de un hombre, tenía derecho respecto de un inmueble adquirido por éste e inscrito con carácter privativo, contrayendo matrimonio, luego de la compra, ambas personas; siendo el argumento de la interesada que había aportado las resultas de su esfuerzo a mejorar el inmueble.

Habiéndose vendido el inmueble por su único titular, el comprador interpuso acción contra aquella señora que venía ocupando el inmueble, reclamo que admitió el Tribunal *a quo* y que fue confirmado por el Tribunal Supremo.

Se trata, pienso, de una cita por error, porque el caso no guarda relación alguna con la tesis de los distinguidos compañeros.

Buscaglia v. Tribunal de Contribuciones, 63 DPR 39 (1944). Se trata de determinar el sujeto pasivo del impuesto de contribución territorial, devengable el día 15 de enero del año, conforme las disposiciones entonces vigentes. Vendiéndose una finca el 15 de enero, pactaron las partes entender entregada la finca retroactivamente a diciembre inmediato anterior. Venida la obligación de cobro al determinarse, invocando el artículo 298 del Código Político, que fijaba la obligación de pago para el dueño o el poseedor, el Tribunal entendió probado y admitido por la administración fiscal que el adquirente no recibió efectivamente la finca sino luego del 15 de enero, no correspondiéndole, pues, pagar el impuesto.

Ciertamente, el Tribunal no afrontó —no tenía por qué hacerlo— el significado del párrafo segundo del artículo 1.351 del Código Civil; y parece consideró que los efectos del documento público respecto de terceros (y tal era la administración fiscal) no implican fe ciega si el propio tercero admite lo contrario. Aparte, se toma en cuenta el artículo 298 del Código Político, siendo un caso fiscal y no civil.

Me temo que invocar este caso para aducir que el Tribunal no tuvo en cuenta que la presunción de entrega sólo puede deducirse del contenido de la escritura, a efectos de pretender justificar así la extraña tesis de los distinguidos compañeros, sería llevar el caso mucho más allá de lo que permite su letra y su espíritu. Y, ciertamente, ninguna relación guarda con el tema que se discute aquí.

Morales v. Registrador, 61 DPR 62 (1942). Se trata de un expediente de información posesoria que se pretende inscribir por quien había comprado la posesión, sin constar en dicho expediente que la tenía el promoviente. Lógicamente, se deniega la inscripción del expediente.

Tampoco guarda el caso relación con lo que aquí se discute, que en todo caso es un derecho de dominio que lleva consigo la posesión.

Ruiz v. Rodríguez, 32 DPR 911 (1924). Parece ser la *sedes materie*

argumentativo jurisprudencial para que los distinguidos compañeros puedan sustentar su tesis. Se trata de un caso en que se solicita resolución de compraventa de un inmueble por pertenecer la finca a un tercero —una empresa que ocupaba dicho inmueble de manera manifiesta—; tal circunstancia lleva al comprador a pedir la resolución para evitarse un pleito reivindicatorio (gesto que aplaude el propio Tribunal Supremo). Y, naturalmente, ahí se dice que la sola escritura no puede transmitir la posesión si lo vendido no era propio porque el artículo 1.351 es una ficción que responde a una realidad: que quien vende puede vender.

Sinceramente, no veo en dicho caso apoyo alguno a la tesis de los distinguidos compañeros. Y, curiosamente, hace el Tribunal una expresión en dicho caso que acaba con la incorrecta tesis de los dos apreciados compañeros: dice el Tribunal que con la tradición instrumental “se hace innecesario el ponimiento de pies” (cita precisa, pág. 913); esto es, llevado al caso que nos ocupa, que quienes vendieron a Mora Development Corporation no tenían que ir a la finca para poseerla porque ello es función del documento.

Hay algunas otras sentencias que se citan por las partes demandadas —y me temo que alterando el significado del fallo— que conviene traer a colación en este punto.

Segarra v. Viuda de Llorens, 99 DPR 60 (1970). Se discute el efecto de una anotación preventiva de demanda respecto de un contrato de enajenación de inmueble, contrato redactado inicialmente en documento privado; concluyendo el Tribunal que los efectos de la anotación no alcanzan a los actos anteriores a la toma de razón registral de dicha anotación, aunque sí a los posteriores. Con tal motivo se analiza el artículo 1.351 del Código Civil para indicar que la tradición instrumental no agota las formas de transmitir la posesión y que la voluntad de transmitir surge de la expresión “la corporación Monacillos Investment Corp. vende, cede y traspassa a la corporación Miranda & Eguía, Inc., el solar descrito...” Esto es exactamente la misma fórmula ritual que aparece en la escritura en que Mora Development Corporation compra los bancos Scotia, vendedores (pero, además, en documento público).

Por ello, es errónea la expresión referida a dicho caso que “el Tribunal explica que la escritura pública o un contrato privado no es suficiente; es necesario cumplir con todos los requisitos de la tradición” (*Moción de reconsideración de la parte demandada* de 13 de febrero de 1990, pág. 8), citando como argumento la expresión judicial a la página 78 (II, 7, de la Decisión), según la cual “limitar la entrega exclusivamente al otorgamiento de escritura pública...” es no entender el artículo 1.351 del Código Civil.

Esto es, es pretensión de las partes demandadas lo opuesto a lo que

dice el Tribunal. Dicen aquéllas: hay que entregar la posesión material. Dice el Tribunal: todas las formas de entrega son eficaces y no hay que limitarlas a la tradición instrumental.

Hay más jurisprudencia sobre el tema que no se cita por las partes demandadas.

López v. Lizardi, 27 DPR 755 (1919). Ante la situación de compra de una finca arrendada, en que el comprador pretende poseer materialmente y ser enfrentado por el ocupante, reacción que lleva al comprador a pretender la rescisión del contrato; no se le admite, pues tiene oportunidad de promover el desalojo judicial del arrendatario. Esto, según la tesis de los demandados, sería imposible, pues el comprador nunca habría adquirido al poseer otro y no haber recibido la entrega material. El Tribunal adopta la tesis sensata, contraria a dicho criterio particularísimo.

Gallardo v. Quintana, 43 DPR 162 (1932). Gallardo incoa acción reivindicatoria basado en la adquisición de un inmueble que se le había vendido como segregado de una finca mayor, expresiva de una copropiedad. Las adjudicaciones y ventas derivadas de la división se hicieron en documento público y fueron inscritas en el Registro de la Propiedad. Quintana, que era el ocupante del inmueble, alega frente a Gallardo falta de posesión en éste y en quien vendió a éste. El Tribunal Supremo afirma tajantemente que, no surgiendo de las propias escrituras que no se ha transmitido la posesión, la cesión de éste es total.

j) Más. Fuere o no adquirente Mora, la versión de las partes demandadas corre ahora por otros caminos: que nunca sería un tercero protegido por la fe pública registral, pues existen “abundantes razones para creer que Mora conocía la situación extrarregistral” (*sic*). El problema estriba en que la ausencia de buena fe hay que probarla; y no son prueba las “abundantes razones”, consistentes tales razones en la ausencia de posesión por parte de los bancos “Scotia” en la pretendida falta de posesión en Mora, en que el vendedor no conocía las circunstancias de las fincas, etc. (*Informe*, pág. 29). Razón por la cual se dirá asimismo que el precio pagado por la finca 1.326 significa adquirir gratuitamente (y no estar protegido por la fe pública registral), en vez de pensar, lógicamente, que no conocer los bancos las exactas características del inmueble, su extensión exacta, etc., le lleva a pedir exoneración por saneamiento de posibles vicios ocultos (pura cuestión de hecho) y, correspondientemente, precio más bajo.

Peligroso *boomerang*, porque el *Informe* del señor Filardi Guzmán indica cómo es que las partes demandadas no se dieron cuenta de que compraban unas fincas segregadas de otra matriz, que nunca colindó con la colindancia atribuida a una de las adquiridas, etc., sin olvidar que por

ser fincas segregadas el historial registral de las fincas 6.886 y 6.513 abarcan la propia hoja, pero también la de la matriz; aspecto éste que era irrelevante en el caso de Mora, cuya finca nace con mucha antelación en el Registro de la Propiedad.

Consultados los folios registrales, las partes demandantes habrían podido constatar lo que constató el señor Filardi: las lindes imposibles de la finca 1.449 y, por ello, igual imposibilidad en la 6.886, lo que llevaba a ser imposible la ubicación de la 6.513 por estar situada al sur de la 6.886.

k) Por eso, toda esa “buena doctrina” se deshace así en pedazos. Primero, porque no es buena, sino deficiente; seguidamente, porque no ha sido defendida por nadie, siendo opuesta a los autores y a la jurisprudencia del Tribunal Supremo de Puerto Rico (de la que se entresacan párrafos aislados, dándoles, además, un significado plenamente distinto al que encierra la sentencia). De hecho, esa buena doctrina no es —y la expresión es fuerte— otra cosa que un invento elaborado por las partes demandadas, aprovechando las escasas posibilidades que ofrece el informe de los licenciados MARTÍNEZ IRIZARRY y MARTÍNEZ COLÓN, y olvidándose de que, por ser la situación registral exactamente igual para ambas partes, es imposible decir para una lo que se niega para otra.

l) Excluido el Derecho hipotecario, el Derecho civil puro no lleva a las conclusiones que pretenden las partes demandadas, precisamente porque las conclusiones del orden civil implican lo opuesto a lo que se pretende, ya que la noción tan peculiar de la posesión o entrega que elaboran los distinguidos compañeros, como es la base de su tesis, se viene abajo.

4. Conclusiones de Derecho si se tratase de doble inmatriculación

Si se admitiese que los hechos analizados previamente fueren indicativos de una situación de doble matrícula registral y aplicáramos los dos criterios admitidos, tendríamos:

a) Bajo el esquema de la preferencia de inmatriculación

Como la finca 1.326 nació registralmente mucho antes que las fincas 6.886 y 6.513, habría de aplicarse el principio *prior in tempore potior in iure*. Por consecuencia, de la propia prioridad registral se impondría la cancelación de las inmatriculaciones de estas últimas fincas.

b) Bajo el esquema del Derecho civil puro

Naturalmente, cada situación será distinta en sus circunstancias. En las que aquí respectan, apreciado por el Tribunal que la finca 1.326 mantuvo un previo origen registral, que quedó acreditada su existencia real y física por la circunstancia de ser objeto de arrendamientos posteriores inscritos, tal realidad no puede ponerse en duda. Mientras que las fincas 6.886 y 6.513 viven solamente en el Registro, mantienen un lindero norte (en la 6.886 y, por ende, en la 6.513, que es su continuidad territorial sur) imposible conforme las expresiones registrales referentes a la finca matriz, lo que lleva directamente a la conclusión, hecha propia por la sentencia parcial dictada en su día por el Juez de instancia.

5. *La pretensión de una situación de tercería registral*

Como ambas partes adquirieron de titular que aparecía con facultad para transmitir, onerosamente inscribieron su derecho, presuntamente actuando con buena fe, sería imposible aplicar el artículo 105 de la Ley Hipotecaria, que provocaría así una situación de desasistencia registral, con nueva remisión al Derecho civil. Sin embargo, los demandados insisten en que son terceros protegidos por los alcances de la fe pública registral. Analicemos en detalle tal alternativa, pero con una *advertencia previa fundamental*: nos encontramos en un planteamiento típicamente *orwelliano*, porque se ha de prescindir de la realidad de los hechos para erigir un edificio doctrinal carente de los más elementales cimientos que lo sustentan. Ello es así porque siendo el problema que enfrenta a las partes la existencia de las fincas pretendidas por las partes demandadas, huelga toda consideración jurídica acerca de la fe pública registral, que presupone una realidad en la que se discute el *derecho* o *título* contradictorio entre dos patentes titulares.

La tesis de las partes demandadas es:

a) Que Mora no es adquirente porque su transferente no hizo *ponimiento de pies* en el inmueble. Criterio errado que confunde las más elementales ideas acerca de la posesión instrumental y de la propia teoría del título y del modo en la constitución, modificación o extinción de derechos reales.

b) Que, incluso, si Mora hubiese adquirido, nunca sería un tercero protegido por la fe pública registral, siendo por el contrario los propios demandados que adquirieron confiados en el pronunciamiento del propio Registro; tesis que se pretende sustentar mediante la enunciación, en *abs-*

tracto, de las circunstancias que deben darse para que opere la fe pública registral significada en el artículo 105 de la Ley Hipotecaria (antiguo art. 34 de la derogada). Y, al parecer, como si Mora no hubiese adquirido basada en igual confianza.

¿Qué finalidad tiene la fe pública registral?

“[Para un tercero] quedar protegido en su adquisición, sin que le afecten la *falta de titularidad de su transferente*, los vicios que pudieran hacer claudicar esa *titularidad*, y los gravámenes y cargas que en la realidad extrarregistral pesaran sobre el derecho inmobiliario por él adquirido... Esto supone necesariamente un Registro inexacto, ya que de no haber discordancia entre las constancias del Registro y la realidad jurídica extrarregistral, para nada necesita el adquirente esta protección especial que le brinda la Ley Hipotecaria... De no concurrir en él estas circunstancias que le hace acreedor de esta protección especial, no es que deje de ser tercero, como en algún caso se ha dicho, sino que su situación se rige exclusivamente por las normas del Derecho civil puro, estando protegido o no por razón de dichas normas, sin que deban tenerse en cuenta para nada las disposiciones de la Ley Hipotecaria” (DENNIS MARTÍNEZ IRIZARRY, *Derecho hipotecario*, págs. 112-115. Énfasis añadido).

¿Qué requiere la fe pública registral para operar sus efectos?

Nos lo señala el mismo autor MARTÍNEZ IRIZARRY, indicando:

“1. Tiene que tratarse de un tercero civil...” (*ibid.*, pág. 115).

En el caso que nos ocupa, tanto los demandados como la demandante son terceros civiles, indudablemente, porque ninguno de ellos es parte en la real o ficticia relación jurídica en que el otro se presenta como parte.

“2. Tiene que tratarse de un *adquirente de un derecho real*, cuyo título de adquisición es válido y que se pretende que quede mermado o ineficaz por efecto de actos o contratos cuya existencia desconoce...” (*ibid.*, pág. 116). Énfasis añadido.

Aquí comienzan los problemas para los demandados. Porque *la adquisición de un derecho real reclama la existencia previa y auténtica de un objeto, el inmueble* en este caso. La apariencia contractual, por referencia a una finca inexistente, no crea, por la circunstancia de inscribirse dicho título contractual, la finca como realidad si ésta no existe efectivamente.

Los demandados serán adquirentes en apariencia, pero no en la realidad. El contrato por ellas celebrado será siempre nulo, conforme determina el artículo 1.213 del Código Civil (art. 31 LPRA, sec. 3.391), así como su correspondiente artículo 1.225 (art. 31 LPRA, sec. 3.423), y la inscripción no lo convierte en válida (art. 105 LH, proposición 1.ª; anterior art. 33).

La falta de finca real y verdadera hace imposible la existencia de un título. Y no olvidemos que la fe pública pretende asegurar el título de un tercer adquirente, quien de otro modo vería arrastrada su adquisición por vicios que afectan a su transmitente, no señalados en el Registro de la Propiedad. Y dado que los cedentes de los demandados nunca fueron titulares de una finca real y verdadera, esto es, nunca fueron propietarios de un suelo sobre el que se situasen las fincas 6.886 y 6.513, los demandados tendrán la misma protección que su transferente: ser titulares de nada. Y esto nadie se lo discute.

“3. La adquisición tiene que ser a título oneroso” (*ibid.*, pág. 117).

La onerosidad se presenta cuando para cada parte hay prestación o promesa de una cosa o servicio por la otra (arts. 1.226 CC y 31 LPRA, sec. 3.431), onerosidad que solamente puede ser impugnada mediante la correspondiente rescisión, conforme prevén los artículos 1.242 y siguientes (art. 31 LPRA, sec. 3.491, y sigs.); rescindibilidad para la cual sólo están legitimados los perjudicados por ella, y no cualquiera que pretenda invocarla, como en algún momento es pretensión de las partes demandadas, al suponer una ausencia de onerosidad porque el precio abonado por Mora fue inferior al requerido por ellas como oneroso.

“4. Tiene que haber adquirido de ‘persona que en el Registro aparezca con derecho’ para transmitir el derecho real de que se trata, es decir, del titular registral” (*ibid.*, pág. 119).

Naturalmente, aquí se plantea para los demandados el mismo problema: si su transmitente era titular de algo inexistente, la transmisión será de esa *nada*, que es lo que el titular anterior puede transferir. Porque la circunstancia de inscribir una apariencia de venta sin finca verdadera, he dicho ya, no crea como realidad el inexistente objeto.

“5. El que pretende la protección registral tiene que, a su vez, inscribir su título de adquisición” (*ibid.*, pág. 119).

“6. Para estar protegido por la fe pública registral, el adquirente no puede haber tenido conocimiento, por el Registro mismo, de las posibles causas de nulidad o invalidez del título de su transferencia o de la existencia de condiciones o gravámenes.

Al adquirente se le imputa el conocimiento de las constancias del

Registro. Está protegido (si concurren en él también las demás circunstancias exigidas) o queda perjudicado por las razones de nulidad o invalidez o gravamen que surjan de dichas constancias, aun cuando no lo haya consultado. Al protegido por la fe pública registral no le afectan, según el artículo 34 de la Ley Hipotecaria (hoy 105), las causas de nulidad o resolución del derecho de su causante si éstas surgen de un título anterior no inscrito o de causas que '(no)' resulten claramente del mismo Registro. *A 'contrario sensu', no está protegido en su adquisición quien por el Registro conoce, o debió conocer, las causas que invalidan el título de su transferente, porque éstas resultan claramente"* (*ibid.*, pág. 120). Enfasis añadido.

Esto es, se reclama del que pretende la protección, intervenir con *buenafé*.

De las palabras transcritas, cuyo autor es el profesor DENNIS MARTÍNEZ IRIZARRY, autor a su vez del dictamen que invoca la situación de tercería protegida con fe pública registral en beneficio de los demandados, resulta siempre muy claro que la fe pública registral opera con relación a circunstancias jurídicas: respecto del título del derecho real correspondiente, de la presencia o ausencia de gravámenes reales, etc. Y como luego reconocerá, la fe pública no se extiende a las circunstancias de mero hecho: "El Registro no puede asegurar que el inmueble exista ni que contenga los edificios o partes integrantes descritos en el mismo..." (*ibid.*, págs. 140-141).

Se ha planteado que Mora no tendría buena fe porque su transmitente no conocía la finca, ni que Mora tomó precauciones, pues aceptó eximir de responsabilidad por vicios ocultos. Ciertamente, este pacto se refiere a circunstancias materiales del objeto, no a consideraciones jurídicas. Un análisis de la hoja registral le haría ver una finca con normal desenvolvimiento, incluso llegando hasta la original finca 6.212.

¿Es dable admitir que los demandados carecían de conocimiento acerca de la existencia o no del inmueble? Obsérvese que aunque la existencia del inmueble es un dato de mero hecho, por ello irrelevante en tema de fe pública registral, sí es dable la conexión entre el dato fáctico y la fe pública registral cuando dicho dato fáctico tiene trascendencia jurídica, por ejemplo, al señalar la extensión del derecho (*ibid.*, pág. 141).

El dato fáctico es, por ejemplo, importante cuando se trata de determinar las lindes de una finca con respecto a las colindantes. Por eso, MARTÍNEZ IRIZARRY alude a los "límites de la finca, ancho de una servidumbre, la medida superficial cuando actúe en función de límite" (*ibid.*, pág. 141).

Es claro que en tales situaciones el tercero adquirente queda protegido

por lo que el Registro indica, pero también queda perjudicado por lo que el Registro anuncia.

Y, obviamente, cuando se trata de una finca segregada, saber la extensión material del derecho que se pretende adquirir, esto es, del derecho que se apoya en dicha segregación, significa que la segregación constatada es dato que *siempre ha de considerar el adquirente* porque es fundamento de su buena fe, es decir, del desconocimiento o conocimiento de datos que el Registro omite o informa.

Curiosamente, la posición de las partes demandadas es totalmente opuesta. Imputan a Mora mala fe, al parecer porque no fue cuidadosa en acreditar la existencia de la finca 1.326, no empecé la vida registral y extrarregistral de la misma. Pero eluden ellos igual responsabilidad cuando, con mayor fundamento, vienen obligados a conocer que las fincas por ellos adquiridas son de reciente creación, originada por una próxima segregación. Aparte de ser público y notorio que uno de los más típicos problemas del sistema registral español y puertorriqueño es la insuficiencia de cabida de los inmuebles, por mensuras que se arrastran desde viejos tiempos, no ratificadas.

Ciertamente, cabe plantear hasta dónde llega la obligación de un adquirente confiado en el Registro de indagar en el Registro mismo. Esto es, hasta dónde debe llegar, respecto qué asientos, para poder confiar en el Registro y ser considerado como adquirente de buena fe. Las propias partes demandadas responden a esta pregunta, invocando el artículo 105, párrafo segundo, de la Ley Hipotecaria (art. 30 LPRA, sec. 2.355):

“Al respecto, ha de entenderse por Registro los asientos relativos a una misma finca o derecho, no extinguidos, según lo dispuesto en el artículo 127 de esta Ley, que se refieran a cargas y gravámenes o a derechos que no sean el que transfiere o grava, además del asiento que publica el derecho del transmitente”.

Es obvio que el artículo 105 de la Ley Hipotecaria se interpreta muy ligeramente por los demandados, pues: 1) omiten el hecho fundamental que dicho artículo, muy correctamente, refiere la fe pública a conflicto de títulos jurídicos, y 2) que el artículo 127 de la Ley, al que se remite el artículo 105, implica que el adquirente debe omitir solamente los asientos que estén cancelados, caducos o convertidos (es decir, por transferencia del derecho o por rectificación del asiento).

Siguen sin apreciar que su conflicto no es de títulos, sino de la existencia del objeto del derecho que pretenden asignarse. Existencia del derecho que significa siempre apreciar su realidad, su veracidad; realidad para cuya constancia ha de remontarse a la operación registral en que debió surgir; esto es, la segregación de las fincas 6.886 y 6.513 respecto de su

matriz 1.449. Pues para los demandados aquel asiento *siempre está en vigor*. De haberlo hecho, habrían apreciado lo que captó el señor Filardi Guzmán: la imposibilidad de que las fincas 6.886 y 6.513, segregadas de la 1.449, nunca colindante en su norte con la carretera 176, fueran el suelo de la 1.326 colindante en su norte con la carretera 176.

Razón por la cual los demandados nunca pueden ser terceros protegidos por la fe pública registral, pues es la propia constancia registral la que les perjudica.

6. *El confusionismo de las partes demandadas entre doble venta, tercera registral e hipoteca*

Finalmente, los demandados, en su escrito de “Oposición a moción de reconsideración” sometido en 18 de septiembre de 1990, al hilo de la decisión recaída en *Banco de Santander v. Rosario*, 90 JTS 106, sostienen que el Banco no pretende ser tercero protegido con fe pública registral, sino que pretende sea tercero su deudor, para invocar, entonces, la entidad financiera igual protección, al amparo de un mal leído párrafo último del artículo 107 de la Ley Hipotecaria; y así, puede decir el Tribunal: “Primero, el Banco no puede cobijarse en la supuesta condición de tercer registral (*sic*) del deudor. Como hemos demostrado, Rosario Cirino fue parte en el negocio impugnado, lo que lo descualifica para la protección registral. Segundo, el Banco no adquirió el derecho del titular registral...” Seguidamente, se olvida, aunque el Tribunal haya mutis al respecto, que la reanudación del tracto o inmatriculación realizada por Rosario lo fue al amparo de un expediente *ad perpetuam memoriam*, que solamente acredita un hecho notorio: que nadie reclama el dominio, pero no que el promovente sea propietario; y esto es lo que el Registro publicará y protegerá (véase MALAVET VEGA, P., *Manual de Derecho notarial*, ed. autor, Santo Domingo para Ponce, 1988, págs. 102 y sigs.; AVILA ALVAREZ, *Estudios de Derecho notarial*, Ed. Nauta, Barcelona, 3.^a ed., págs. 273 y sigs.; CHICO y BONILLA, *Apuntes de Derecho inmobiliario registral*, I, Madrid, 1963, págs. 530 y sigs.; ROCA SASTRE, *Derecho hipotecario*, II, Barcelona, 1948, pág. 531).

Es asimismo meridianamente claro que el problema que se plantea en *Banco de Santander v. Rosario*, *supra*, no guarda ninguna similitud con el problema que se debate aquí (pretensión de la parte demandante, ser titulares dominicales de un inmueble), sino la viabilidad de un derecho real de hipoteca malamente constituido, no existiendo contradicción alguna entre títulos incompatibles. Y repetir nuevamente en abstracto los requisitos para que opere la fe pública registral (“Oposición a moción de

reconsideración”, págs. 4-5) es perder tiempo. Por ello, de nada sirve decir: “En el caso del *Banco de Santander, supra*, el Banco de Santander hubiese prevalecido como tercero registral. No prevaleció porque no era tercero registral”, porque lo mismo cabe decir de las entidades bancarias aquí demandadas: podrían prevalecer si su problema fuese uno de tercería y fuesen terceros protegidos por la fe pública registral; pero como no se trata de eso, no deben prevalecer.

Aparte, los hechos probados en el caso no son como se expresan por la parte demandada: el Tribunal imputa precisamente al Banco de Santander haber aceptado una escritura pública en que el titular no era el titular registral; falla, pues, el primer requisito para hablar de una cuestión de tercería registral (ver “Oposición a moción”, págs. 5-6; “Decisión”, cit., IV, Segundo, pág. 597).

Muy por el contrario, omiten los demandados un sustancioso párrafo en que el Tribunal imputa a las entidades de financiación una especial diligencia en función de la “pericia y dominio de las prácticas comerciales dentro de su esfera de actividad económica. Una entidad bancaria dedicada al financiamiento conoce los trámites necesarios para que los negocios —tanto en el ámbito civil como en el registral— puedan llevarse a cabo de la forma más acorde con el Ordenamiento jurídico. Tiene las destrezas, el personal adecuado y los recursos económicos para detectar cualquier anomalía en el trámite que efectúa...” (*Banco de Santander v. Rosario Cirino, supra*, pág. 597).

Por ello, lejos de ayudar, les perjudica a los demandados la siguiente alegación:

“...en Puerto Rico el tercero registral, para poder alegar que tiene buena fe, tiene la obligación de hacer las diligencias necesarias para cerciorarse de la exactitud en el Registro. Debe usar los medios racionales disponibles. Si no fue diligente antes de adquirir la finca o derecho inmobiliario, no puede decir que obró de buena fe y que cumple con todos los requisitos que lo convierten en tercero registral, protegido por la fe pública registral” (*Oposición...*, op. cit., págs. 7-8).

¿No pudo la diligencia de las entidades demandadas averiguar lo que tan sencillamente averiguó el señor Filardi Guzmán: que las fincas 6.886 y 6.513 no tenían suelo?

Ciertamente, no es argumento pretender que “al contemplar quién tiene mejor derecho sobre las fincas 6.513 y 6.886 no vamos a recurrir al historial de la finca desde su primera inscripción o nacimiento registral. Vamos a mirar los asientos no extinguidos; esto es, los dos asientos o títulos que están en controversia, el de Mora *versus* el de los bancos” (*Oposición...*, cit., pág. 6).

Y no es argumento porque: 1) los asientos vigentes no son los dos últimos, ya que, tratándose de *la existencia de un inmueble segregado*, los asientos vigentes son precisamente el de la finca matriz y el de la segregada; 2) no se trata de quién tiene mejor derecho sobre las fincas 6.513 y 6.886, sino de la inexistencia de éstas, que quieren hacerse aterrizar en suelo de la finca 1.326, y 3) no cabe insistir en el tema de tercería bajo la excusa de serlo una sola de las partes y no la otra. Se elude —incluso ante hipótesis de doble inmatriculación— la solución unánime adoptada (preferencia de la inmatriculación más antigua o remisión del conflicto al Derecho civil), que además es legalmente imperativa, según lo dispone el artículo 251 de la Ley Hipotecaria. Dicho sea de paso, ésta exige “siempre que se pruebe la identidad de ambas fincas como un solo inmueble”. Y queda por demostrar tal identidad porque ello es imposible.

III. CONCLUSIONES

A) El estado registral de las fincas 1.326, 6.886 y 6.513, admitido el hecho de que las dos últimas entidades no pueden situarse sobre el suelo de la primera, excluye un problema de doble inmatriculación. Esta requiere la existencia de una misma finca en la realidad material que viva en el Registro como dos fincas distintas, en función de su diversa descripción y situación contradictoria de títulos inscritos.

B) Los hechos probados permiten calificar el problema como uno de venta aparente de las fincas 6.886 y 6.513 y de venta ordinaria la de la finca 1.326.

C) Los argumentos que se oponen a la condición en derecho de la finca 1.326 carecen de fundamento elemental. A saber:

1. La afirmación de que la entidad adquirente de la finca 1.326 nunca adquirió porque su transmitente no tomó nunca posesión del inmueble, lo que tampoco hizo la entidad adquirente, no tiene base en Derecho. Tal afirmación confunde la posesión con la detentación material, olvidando que la entrega judicial por venta en subasta —aparte su transmisión instrumental— supone legitimar al adquirente en dicha subasta para desalojar a cualquier detentador. Precisamente porque dicho adquirente es poseedor; aparte de tener derecho a poseer y la adquisición posesoria, mediante el documento público, atribuye aismismo la posesión. Este criterio es unánime en la doctrina y la jurisprudencia.

2. La afirmación de que Mora nunca pudo adquirir, porque al no recibir la posesión no culminó el *iter* para llegar a tener el derecho real, carece de base porque la posesión se dio.

3. No tiene sentido la afirmación de que, aun si hubiera adquirido y recibido el derecho real, no tendría protección frente a un tercer adquirente de buena fe protegido por la fe pública registral. En Mora se dan iguales requisitos para recibir tal protección si de tal problema se tratase. En todo caso, ante problemas fácticos la fe pública no actúa.

Este es mi dictamen, que someto a cualquier otra opinión mejor fundada.

EDUARDO VÁZQUEZ BOTE

Doctor en Derecho

Profesor de Derecho civil e hipotecario, UPR

Resumen de los trabajos publicados en la Revista sobre Hispanoamérica desde 1926

En el primer número de esta Revista se incluyó una nota de sus fundadores en la que alentaba el propósito de someter legislación, jurisprudencia y doctrina, relacionadas con la propiedad territorial, al “punzante análisis de una imparcial crítica”, tal como se expresa en su propio título. Para ello se acogerían en la publicación artículos de investigación y exposiciones sistemáticas de la legislación tanto española como extranjera.

La legislación y la doctrina de los países de Hispanoamérica ocupan un lugar muy destacado en las páginas de la Revista, desde su inicio hasta la actualidad, con numerosos estudios de gran valor doctrinal e informativo, pues nos muestran los avances y tendencias del quehacer jurídico de las naciones hermanas de la otra orilla del Atlántico.

Nos gustaría poder reproducir estos trabajos íntegramente con motivo de esta celebración del V Centenario, pero teniendo en cuenta que son nada menos que cincuenta colaboraciones, serían precisos varios volúmenes para recogerlos, por lo que nos vemos forzados a ofrecer tan sólo un resumen o recensión de los mismos, dando una idea de su contenido. Junto al título de cada estudio va el nombre de su autor y el número, fecha y página de la Revista donde se publicó, para que allí pueda encontrarlo quien tenga interés en su contenido.

Al incluir este valioso muestrario en el presente número monográfico, saludamos a los juristas hispanoamericanos y les reiteramos el ofrecimiento de nuestras páginas, que para ellos siempre estarán abiertas.

FRANCISCO CORRAL DUEÑAS
Consejero-Secretario

Los Registradores de la Propiedad en Cuba, por el Dr. ANDRÉS SEGURA Y CABRERA, Abogado y Notario de los Colegios de La Habana (núm. 25, enero 1927, pág. 42).

El día 30 de diciembre de 1926 celebró su sesión anual la Asociación de Registradores de la Propiedad de Cuba en la que, en primer lugar, se procedió a la renovación de cargos en la Junta Directiva y a continuación, se dice, que se tomó un importantísimo y laudable acuerdo: el de conmemorar el cincuentenario de la implantación y vigencia de la Ley Hipotecaria en Cuba, a cuyo Cuerpo legal debe en gran parte su desenvolvimiento y desarrollo el país. Se designó al Doctor PEDRO G. DE MEDINA E IBÁÑEZ como Ponente para estudiar y coordinar un programa de los actos a efectuar, para que el 1 de mayo, fecha a conmemorar, resulte digno de recuerdo que honre grandemente a los Registradores de Cuba. El autor de la nota desea que la Asociación cumpla su propósito de conmemorar el cincuentenario con el mayor vuelo y esplendor.

Por su parte la Redacción de la Revista se adhiere con entusiasmo a la idea de celebrar el cincuentenario de esta Ley Hipotecaria, dada por España, y expresa que tendrá mucho gusto en contribuir con sus estudios y los recuerdos a sus colaboradores a la mayor solemnidad de los actos que se celebren.

Noticias de nuestra Redacción en Cuba, por el Dr. ANDRÉS SEGURA y CABRERA (núm. 27, marzo 1927, pág. 216).

Comienza dando cuenta del nombramiento como Registrador de la Propiedad del Mediodía de La Habana al Dr. PEDRO G. DE MEDINA E IBÁÑEZ y para el Registro de Cárdenas al Dr. EUGENIO SÁNCHEZ DE FUENTES Y PELAEZ, estando pendiente de provisión el de Santiago de Cuba. Da cuenta igualmente de la celebración de oposiciones en la Universidad de La Habana para la plaza de Profesor de Cátedra de Legislación Hipotecaria, en las que triunfó el Dr. MANUEL DORTA Y DUQUE, que dio una lección magistral en sus ejercicios.

Terminan las noticias diciendo que la Asociación de Registradores de la Propiedad ha tomado con empeño la celebración del cincuentenario de la Ley Hipotecaria en Cuba. Aunque falta tiempo, dice, para la fecha de 1930, se estudian planes de fiestas, formas de concursos en que puedan presentarse, optando a premios, obras de fondo y mil cosas más, que harán muy interesante y lucido el acto de conmemorar esta fecha tan trascendental.

El nuevo Código Notarial de Cuba, por el Dr. ANDRÉS SEGURA Y CABRERA (núm. 41, mayo 1928, pág. 342).

Se da cuenta de que la Cámara de Representantes ha dado término a la discusión del Código Notarial según el proyecto formulado por el Dr. GRAU, Decano del Colegio Notarial de La Habana.

Dicho proyecto constaba de 300 artículos que hacía determinadas reformas en materia de funciones notariales de los Cónsules, sobre el ejercicio de la función notarial, excedencias, fe pública en materia electoral, permutas, certificaciones de identidad, tribunales de honor, testigos instrumentales, jubilaciones y pensiones y, por último, la regulación de un procedimiento de apremio para el cobro de honorarios.

El proyecto de Código Notarial está pendiente de la aprobación del Senado.

El Congreso Notarial cubano, por el Dr. ANDRÉS SEGURA Y CABRERA (núm. 47, noviembre 1928, pág. 817).

Nuestro ya amigo y conocido autor, Notario de La Habana, anuncia que se celebrará en enero de 1929 un Congreso de los Notarios cubanos, pero con gran desencanto nos dice que en sus discusiones se deja el tema fundamental que es el Código Notarial, al que se refería la noticia anterior y que estaba pendiente de aprobación en el Senado.

Según el prestigioso periódico de La Habana *Diario de la Marina* la finalidad asignada a este Congreso es “conocer los trabajos que se realizan para armonizar parte de la contratación contenida en los Códigos Civil y Mercantil, con las necesidades crecientes de nuestro progresivo desenvolvimiento jurídico y material”.

El autor critica que se orillen los temas profesionales pendientes y hace un recuerdo comparativo con el Notariado español para pedir una mayor competencia funcional.

Termina diciendo que celebrar el Congreso Notarial sin discutir su Código es tanto como representar Hamlet prescindiendo del Príncipe de Dinamarca.

El Congreso Notarial cubano, por el Dr. ANDRÉS SEGURA Y CABRERA (núm. 51, marzo 1929, pág. 200).

Tuvo lugar su apertura el 1 de marzo en el paraninfo de la Cámara de Representantes, con un discurso del Decano del Colegio Notarial, Repre-

sentante, y del Secretario de Justicia, de los que hace grandes elogios el autor.

Hubo numerosas e interesantes ponencias que se relacionan, haciendo el cronista una detallada descripción de las discusiones y acuerdos que se tomaron en las distintas comisiones.

El Presidente de Cuba, General Machado, se dignó clausurar el acto pronunciando un discurso de congratulación y “del más sano y levantado patriotismo”, explicando los hechos últimamente ocurridos e hizo promesa a los Notarios de que las mejoras acordadas en el Congreso serían objeto de legislación.

El Notariado en la República Oriental del Uruguay, por JOSÉ M.^a FONCILLAS, Notario (núm. 52, abril 1929, pág. 241).

El autor comienza observando una triple reglamentación de la institución notarial: el Escribano propiamente dicho, el Escribano de la Administración y el Actuario. La subdivisión se impone una vez terminados los estudios y prácticas exigidos para obtener el título de Escribano, comunes a las tres variedades, con ligeras diferencias.

Detalla a continuación los estudios y prácticas que exigían la Ley Orgánica de 13 de diciembre de 1878 y el Reglamento de la práctica de 31 de julio de 1894. La Ley de 13 de julio de 1897 exigía ser bachiller o maestro diplomado o someterse a un examen que lo habilitase para acceder a los estudios universitarios de la carrera. Esta carrera del Notariado comprendía tres años según el plan de 1897 y exigía prácticas durante dos años con un Escribano, para después sufrir un examen teórico-práctico. Además de la comprobación de la capacidad que requiere ciudadanía, 25 años de edad, honradez y buenas costumbres y estar inscrito en el Registro de la Alta Corte de Justicia.

Se reglamentó la profesión del escribano por Decreto-Ley de 31 de diciembre de 1878, aclarado y modificado por varias Disposiciones posteriores. En el trabajo que resumimos se hace una detallada síntesis de esta reglamentación que, sin duda, habrá ya variado dado el tiempo transcurrido.

Relacionados con la práctica de la profesión están los Registros de hipotecas, de ventas, de embargos, de locaciones y anticipos, Registro de poderes y Registro de comercio.

El nuevo Código Notarial en Cuba, por JUAN A. GONZÁLEZ GALLO (núm. 56, agosto 1929, pág. 616).

Dice el autor que Cuba ha logrado con buen éxito un Código Notarial sancionado en La Habana el 20 de febrero de 1929, comprensivo de 5 títulos con 300 artículos y Disposiciones transitorias y derogatorias de la copiosa legislación anterior.

El Título primero se dedica al Régimen notarial y su organización, con once capítulos.

Trata el Título segundo de los instrumentos públicos, incluyendo las Disposiciones referentes a los protocolos y archivos, la forma de las escrituras y actas y su redacción y expedición de copias y testimonios.

El Título tercero se refiere al Gobierno y disciplina a los Notarios, regulando los Tribunales de honor.

El Título cuarto regula las jubilaciones y pensiones y el quinto los honorarios, por arancel.

Opina el autor del trabajo que se trata de una Ley para técnicos y requiere una ponderación de elementos que, sin abandonar la garantía de la parte interesada, deja al fedatario cierta libertad del ejercicio para moldear científicamente el acto con los materiales del Derecho positivo.

De la América española: Relaciones notariales hispano-argentinas, por el Dr. SEGURA CABRERA (núm. 59, noviembre 1929, pág. 841).

La Revista del Notariado de Buenos Aires da cuenta del homenaje que se rinde al Vicepresidente del Colegio Notarial de Escribanos don JOSÉ A. NEGRÍ al regreso de su viaje a España, donde estableció un fraternal contacto con el Colegio Notarial de Madrid, considerado como un éxito en cuanto que sirvió para revelar la profundidad de los afectos y de la confianza que unen a los pueblos argentino y español.

Ofreció el homenaje el Presidente del Colegio Nacional de Escribanos señor JACINTO FERNÁNDEZ y le siguió en el uso de la palabra el doctor PEDRO BENJAMÍN AQUINO, cuyos discursos se reproducen. El embajador de España don RAMIRO DE MAEZTU en una brillante improvisación puso de manifiesto la favorable impresión producida por los actos que motivaron la fiesta: cerró los discursos el doctor JOSÉ PELLEGRÍN FALCÓN, que habló en nombre del Notariado español. Se adhirieron al significado del homenaje varios prestigiosos colegas del Uruguay.

Nuestra Redacción en Cuba, por el Dr. ANDRÉS SEGURA Y CABRERA (núm. 59, noviembre 1929, pág. 852).

Da cuenta de la reforma introducida en el Reglamento Hipotecario por el Decreto 1570 de 27 de septiembre último, sobre la división de los Registros en tres clases según su importancia.

Otra noticia es que se publicó una recopilación extractada de la Jurisprudencia hipotecaria del Tribunal Supremo de Cuba que contiene todas las resoluciones dictadas en materia hipotecaria desde la fundación del Tribunal hasta el 31 de diciembre de 1928.

Se anuncia en un diario de La Habana que el Gobierno se propone girar una visita de inspección a los Registros de la Propiedad, noticia que ha sido acogida con tranquilidad por los Registradores porque están seguros de que se realizará con estricta justicia, no hay más que consultar la Jurisprudencia y se verá cuántas veces da la razón al Registrador en los recursos interpuestos contra las calificaciones.

Termina la nota refiriéndose, una vez más, a las fiestas que se proyectaban para celebrar el cincuentenario de la implantación en Cuba de la Ley Hipotecaria española, prometiendo dar a conocer el programa de actos preparado.

El Notariado en la República de Chile, por JOSÉ M.^a FONCILLAS, Notario (núm. 60, diciembre 1929, pág. 881).

Comienza diciendo el autor que el movimiento de independencia que inició BOLÍVAR no supuso en modo alguno que se cortara el cordón umbilical que siguió nutriendo de savia española bastantes órdenes de la vida de aquellas naciones juveniles de América.

Todavía y durante medio siglo después aquella gloria española que se llamó la Recopilación de Indias siguieron rigiendo en Chile los requisitos para crear la escritura pública y las condiciones de su validez, hasta la promulgación del Decreto-Ley 407, aprobado por la Junta de Gobierno el 19 de marzo de 1925.

Comprende diez títulos, con 66 artículos. En su aspiración a la unidad y en su orientación a la claridad resulta, a juicio del autor, una pieza meritoria y digna de toda loa. Regula la profesión notarial, exigiendo ser chileno, de más de veinticinco años, ser Abogado con dos años de ejercicio y de reconocida honorabilidad y buenas costumbres; señala sus funciones, modo de ingreso por oposición y honorarios por arancel. Igualmente regula este llamado Código del Notariado el gobierno y disciplina profe-

sional y detalla las atribuciones y obligaciones de los Notarios en el ejercicio de sus funciones.

El trabajo es muy completo y detallado, analizando las disposiciones vigentes cuando se escribió, lo que da una visión panorámica suficiente de la profesión notarial en el país andino.

El nuevo Código Civil mexicano: Un ensayo de Código privado social, por JOSÉ CASTÁN TOBEÑAS, Catedrático de Derecho civil (núm. 62, febrero de 1930, pág. 141).

Después de bosquejar un panorama de la codificación civil moderna en la que se pasa de los códigos individualistas a la transacción hacia la solidaridad social, sin que la primera posguerra produjese más que remiendos o copias de los viejos códigos, se ha llegado a la época actual en algunos países a la socialización del derecho.

El profesor CASTÁN, tras una breve historia de la codificación civil en México, fija el espíritu y tendencia del nuevo Código en la armonización de los intereses individuales con los sociales, corrigiendo el exceso de individualismo que imponía el Código Civil de 1884. Respecto a la estructura y plan, consta de 3.044 artículos, más nueve transitorias distribuidas en cuatro libros, subdivididos en títulos y capítulos y precedidos de unas Disposiciones preliminares.

Los libros tratan: El 1.º, de las personas; el 2.º, de los bienes; el 3.º, de las sucesiones, y el 4.º, de las obligaciones. Las Disposiciones preliminares se ocupan de la obligatoriedad de las Leyes, conflicto de las mismas e interpretación y aplicación de las normas jurídicas.

Toda la materia de contratos está articulada en el deseo de limitar la autonomía de la voluntad, sustituyéndola por la solidaridad social.

El cincuentenario de la vigencia de la Ley Hipotecaria en Cuba, por el Dr. ANDRÉS SEGURA Y CABRERA (núm. 65, marzo 1930, pág. 399).

Con no disimulado desencanto, el autor, que había anticipado repetidamente los preparativos, comunica que no se celebró este centenario como era de esperar.

Sólo el *Diario de la Marina*, de La Habana, se hizo eco del acontecimiento, dio una interesante nota a modo de efeméride y recogió varios artículos en varios días sucesivos, del 2 al 4 de mayo.

El corresponsal de la *Revista Crítica* en Cuba, nuestro ya conocido

amigo el Dr. SEGURA Y CABRERA, reproduce tales trabajos de varios juristas cubanos.

Según el editorial del *Diario de la Marina*, el 1 de mayo de 1880 entró en vigor en Cuba la Ley Hipotecaria española, hasta que por la Ley de 1893 se hicieron modificaciones de cierta importancia. Esta Ley de 1893, conocida en el foro por el nombre de "Ley Maura", comenzó a regir en Cuba el 18 de septiembre del mismo año y su vigencia se mantuvo en virtud de la 7.^a disposición transitoria de la Constitución de la República.

Aprovechando la circunstancia del cincuentenario el Dr. SEGURA aboga por la instalación de todos los Registros en La Habana en un solo local que podría ser la planta baja del Palacio de Justicia, para facilitar a los usuarios la consulta de los libros y el despacho de los documentos. Ignoramos si la petición obtendría los resultados deseados.

El tercero en el Registro mexicano, por SILVIO A. ZABALA, Abogado (núms. 93 y 94, septiembre y octubre 1932, págs. 701 y 739).

El autor comienza diciendo que sirven de base a su estudio las Disposiciones contenidas en el nuevo Código Civil mexicano de 30 de agosto de 1928, así como en el Reglamento del Registro de 8 de agosto de 1921. La causa de esta limitación en las fuentes es objetiva: En el ambiente judicial de México, como herencia encastillada del siglo pasado, no se ha roto en Derecho privado la preeminencia intocable de la Ley.

Dice que, en su conocimiento de la práctica judicial y registral de México, el problema del tercero en relación con el Registro se orienta más por los cánones extensos y precisos del de obligaciones que por los avances del sistema germánico.

El viejo Código de 1884 establecía el valor de la inscripción en función del tercero; en cambio, para la hipoteca fijaba un valor constitutivo. Pero un Decreto de 3 de abril de 1917 dispuso que "la hipoteca no producirá efecto legal alguno contra tercero sino desde la fecha y hora en que fuere registrada".

Y persistiendo en esta negación del valor sustantivo de la inscripción dispone el nuevo Código de 1928 en el artículo 3.003 que "los documentos que conforme a esta Ley deban registrarse y no se registren, sólo producirán efectos entre quienes los otorguen; pero no podrán producir perjuicios a tercero, el cual sí podrá aprovecharlos en cuanto le fueren favorables". El artículo 2.919 del propio Código establece que la hipoteca nunca es tácita ni general y para producir efectos contra tercero necesita siempre de Registro.

La moderna legislación civil mexicana, por lo tanto, se aleja claramente de los patrones germánicos y ordena toda la materia registral en función del concepto de tercero.

A juicio del autor, el tráfico inmobiliario mexicano, bastante reducido, no ha hecho sentir necesidad imperiosa de organizar el Registro a base del valor sustantivo de la inscripción para la seguridad de las operaciones adquisitivas del dominio. Las transacciones siguen limitadas por viejos resabios de una organización señorial y latifundista de las tierras de labor. Y en cuanto al crédito hipotecario, termina casi siempre con el despojo del propietario imprevisor, que emplea las cantidades obtenidas más en gastos improductivos que en nuevas empresas.

Sobre esto han venido las nuevas corrientes nacidas en México a partir de la Revolución de 1917: La Constitución de Querétaro, en su artículo 27 asigna toda la propiedad del suelo a la Nación; las Leyes del patrimonio familiar declaran inembargables e ingravables los bienes que los componen y las normas agrarias impiden todo tráfico y gravamen privado sobre las fincas adjudicadas.

La negociación inmobiliaria y el tráfico se refugian más bien en los centros urbanos. El Registro sirve más bien a estos intereses, pero al hacerlo sufre la presión del ambiente general y por ello, en vez de acercarse al patrón registral germánico, se sigue escudando en el concepto contractual del tercero.

Así lo considera demostrado exponiendo diversos preceptos del Código de 1928 y el Reglamento del Registro de 1921, como el 3.003 ya visto o los artículos 3.006, 3.007 y 3.008 que tienen claras concomitancias y siguen casi al pie de la letra a otros preceptos de la Ley Hipotecaria española.

En el capítulo II del trabajo el autor señala las discrepancias del sistema germánico con el mexicano. Y así se pregunta si éste delimita en términos claros los efectos de la inexactitud registral; aquí hay una primera confusión entre derecho real y derecho personal, que necesariamente repercute en las consecuencias hasta alcanzar proporciones de embrollo en el término lógico del sistema que es el problema del tercero.

En cuanto al valor de la inscripción, el autor entiende que el artículo 3.003, antes transcrito, lo configura sólo en función del tercero, sin concederle importancia alguna interpartes.

Concluye el autor entendiendo que el problema psicológico del tercero es indeciso en el Código mexicano: su buena o mala fe se resolverá atendiendo al conocimiento no tan sólo de la inexactitud real del Registro, sino también a la inexactitud por causas obligacionales.

Y el sistema mexicano encuentra su base precisamente en lo más confuso y menos encuadrado del Derecho inmobiliario, que es el concepto de tercero.

La condición en Derecho comparado hispano-cubano, por el Dr. ANDRÉS SEGURA Y CABRERA (núm. 112, abril 1934, pág. 260; núm. 113, mayo 1934, pág. 355, y núm. 114, junio 1934, pág. 423).

El conocido colaborador cubano aporta aquí un extenso trabajo que se prolongó a lo largo de tres números de la Revista en el año 1934.

Se refiere en él al estudio amplio de este elemento circunstancial por el que las obligaciones suspenden o resuelven su eficacia según se dé o no la concurrencia de un hecho futuro o incierto.

Tomando como base los artículos del común Código Civil y las Leyes Hipotecarias de ambos países, recoge la doctrina de los tratadistas españoles y cubanos y la jurisprudencia emanada de las resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de España y las sentencias tanto del Tribunal Supremo español como las del cubano. Con ello consigue un completo trabajo de Derecho comparado.

Empieza contemplando el concepto y la naturaleza de la condición en general y sus clases y los efectos más trascendentales de las obligaciones sometidas a condición.

En su tercera parte se concreta a estudiar las condiciones rescisorias y resolutorias en las respectivas Leyes Hipotecarias y en los Tribunales Supremos de Justicia de Cuba y España, recogiendo y comentando también varias resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado sobre estas cuestiones concretas.

Las transacciones en Derecho comparado hispano-cubano, por el Dr. ANDRÉS SEGURA Y CABRERA (núm. 116, agosto 1934, pág. 611).

Siguiendo el mismo método que empleó en el trabajo anterior, el autor estudia aquí el concepto, naturaleza y efectos del contrato de transacción por el que las partes evitan o ponen fin al litigio surgido entre ellas, apartándose de la vía judicial.

Analiza los preceptos del Código Civil que se refieren a esta figura, trae a colación a la doctrina y analiza la jurisprudencia de los Tribunales Supremos de Cuba y España, poniendo de relieve el gran paralelismo de las resoluciones. Cosa natural si se aplica la misma Ley y el origen y fuentes jurídicas son idénticas. La formación de los abogados y jueces es también común y por ello no se hace difícil hacer un estudio comparativo, como lo demuestra este interesante artículo del Dr. SEGURA.

Los compromisos en Derecho comparado hispano-cubano, por el Dr. SEGURA Y CABRERA (núm. 117, septiembre 1934, pág. 691).

Si los dos estudios anteriores sobre las condiciones y las transacciones podrían ser aún válidos en cuanto que el Derecho comparado se hacía sobre la regulación básica del Código Civil, aquí las cosas han cambiado. Al menos en lo que a España respecta, se han variado tanto la Ley de Enjuiciamiento Civil como el Código, sustituyéndose por la Ley de Arbitraje de 5 de diciembre de 1988. Claro que también habrán variado quizá las normas cubanas, pero eso no lo conocemos.

Para cuando el artículo se escribió, el Dr. SEGURA hizo una meritoria exposición del compromiso, exponiendo también sus reglas y contenido con la correspondiente jurisprudencia.

Este fue el último de los trabajos publicados en nuestra Revista, integrantes de una larga serie de este autor, que ya en esta fecha de 1934 hacía constar su condición de jubilado tras su firma. Gracias a él hemos conocido interesantísimos aspectos de la vida jurídica cubana de su época. Es justo resaltarlo y expresarle nuestro reconocimiento y gratitud en espera de que al Cielo le llegue nuestro afectuoso mensaje.

Transformaciones operadas en el Derecho civil cubano por los gobiernos revolucionarios, por JOSÉ R. RODRÍGUEZ ALVAREZ, Catedrático (núm. 130, octubre 1935, pág. 768, y núm. 131, noviembre 1935, pág. 911).

Empieza el autor preguntándose si la revolución es fuente de Derecho, cuestión que se estudia en Filosofía del Derecho o en el Derecho Político, pero con evidentes consecuencias para el Derecho civil. Cita la tesis doctrinal del español RECAREDO FERNÁNDEZ DE VELASCO "El derecho de revolución y la revolución conforme a Derecho" y las opiniones de varios juristas, para terminar afirmando que la revolución es fuente de Derecho. No importa, dice, que esa fuente no esté específicamente establecida por ningún precepto del ordenamiento jurídico para que se reconozca su existencia, pues ésta se manifiesta como un hecho innegable y como una necesidad política.

Toda esa argumentación la trae a cuento para justificar las normas emanadas del Ejecutivo, a raíz de la revolución de CARLOS MANUEL CÉSPEDES desde 1933, que por Decreto 1298 de 24 de agosto de ese año disolvió el Congreso, dando por terminado el mandato de los Representantes y Senadores. La Constitución de 12 de junio de 1935 estableció provisionalmente que la facultad legislativa se realizará por medio de

Decretos-Leyes aprobados por el Consejo de Secretarios, aunque previendo la futura actuación del Senado y la Cámara de Representantes.

Una vez justificado, a su modo, este poder “legislativo” del Ejecutivo, detalla alguna de las normas, realmente excepcionales, que surgieron en aquel tiempo.

Así nos dice, sorprendentemente y cito literal, que “el principio de la irretroactividad de las Leyes que expresamente estaba reconocido en la Constitución de 1901... cayó abatido por la piqueta demoledora de la Revolución. En la nueva Constitución, dictada el 12 de junio de 1935, se recoge el principio de la irretroactividad de las Leyes civiles, excepto cuando por razón de interés social o de orden público expresamente se determine su aplicación con efecto retroactivo”. El mismo autor reconoce la posible laxitud de esas excepciones y dice con no poca ingenuidad que “si bien esa apreciación queda al arbitrio de los encargados de la función creadora de las leyes, la misma ha de inspirarse en los rectos principios de la razón y de la justicia, para que no degeneren en pura arbitrariedad y ser cierto el paso de avance que esa disposición entraña”. Sólo nos falta añadir, incrédulos, la palabra amén.

Otras nuevas disposiciones emanadas del gobierno revolucionario de aquella época que nos cita el autor del trabajo que resumimos son:

- Nuevo procedimiento para cambio de nombres y obtención de dispensas.
- La facultad de obrar, que sólo se concedía por Decreto-Ley de 26 de abril de 1935 a aquellas personas naturales y jurídicas que, siendo contribuyentes del municipio de La Habana, acrediten encontrarse al día en el pago de las contribuciones a su cargo, requisito indispensable para realizar cualquier acto jurídico o ejercitar cualquier acción o excepción. ¡Y aún nos quejamos en otros países de la dureza de las Leyes fiscales! ¡Vean y comparen!
- Leyes de carácter social, que se manifestaron en los Decretos-Leyes sobre protección a los menores y a la mujer embarazada y a la reglamentación del trabajo nocturno.
- Decreto-Ley reconociendo efectos civiles a los matrimonios religiosos.
- Otro Decreto-Ley sobre pensiones alimenticias y embargo de sueldos.
- Reconocimiento del divorcio con disolución del vínculo mediante Decreto-Ley de 10 de marzo de 1934.
- Y, como final, otros Decretos-Leyes sobre patria potestad, representación en juicio de algunos menores y designación de la Univer-

sidad como heredera abintestato de los bienes relictos por sus catedráticos, graduados y empleados fallecidos sin parientes.

La bizarra defensa que hace el autor de la revolución y sus normas nos hace pensar en si la repetiría en las circunstancias actuales existentes en Cuba.

Algunas especialidades de la legislación hipotecaria cubana, por ANTONIO VENTURA TRAVESET Y GONZÁLEZ, Registrador de la Propiedad y Abogado del Ilustre Colegio de Valencia (núm. 197, octubre 1944, pág. 625 y núm. 198, noviembre 1944, pág. 721).

En su preliminar dice el autor que España, Madre amorosa de naciones, llevó, en su fecundidad ubérrima, al otro lado del Océano, no sólo su idioma, su religión y su cultura, sino lo que tuvo una gran importancia histórica: su espíritu, su alma y sus principios eternos en todas y cada una de sus manifestaciones espirituales. Y si esta manifestación creadora tuvo su más alta concepción en el orden espiritual y moral, en el aspecto jurídico ha tenido y sigue teniendo su más esplendorosa representación.

Sigue diciendo que contrasta con íntima emoción los textos legales de las repúblicas americanas de habla española y siente la especial devoción del que exhuma viejos papeles familiares, que traen a la memoria todo un pasado glorioso, cuyo perfume trasciende a través de los años, como añoranza de vínculos que perduran en el alma, como un lazo que nos une de modo inextinguible e imperecedero a nuestros hermanos de raza y cultura.

Este florido preliminar merecía la pena transcribirlo antes de resumir el magnífico trabajo en el cual el autor explica por extenso el sistema hipotecario de Cuba.

Hace primero una breve historia de la legislación, que tiene las mismas fuentes iniciales de España, ya que rigieron la Pragmática de don Carlos y doña Juana de 1539 y la de Carlos III de 1768.

La Ley Hipotecaria para Ultramar, española, empezó a regir en Cuba el 1 de mayo de 1880. Por Decreto de 31 de julio de 1889 se hizo extensivo a Cuba el Código Civil de España y posteriormente se publicó la nueva Ley Hipotecaria de 1893 conocida por "Ley Maura".

El autor relaciona las normas hipotecarias vigentes en 1944, fecha de su trabajo, que eran:

- a) El Código Civil de 1889.
- b) La Ley Hipotecaria y su Reglamento de 1893.

c) La Orden 34 de 1902, sobre Registro de la Propiedad de ferrocarriles.

d) La Orden 48 de 1902 y Ley de 10 de marzo de 1906 sobre recursos gubernativos.

e) Ley de 2 de marzo de 1922 sobre inscripción de los contratos de refacción agrícola, colonato y molienda de cañas.

f) El Código notarial de 1929.

La distribución de los Registros coincidió inicialmente con las cabeceras de partidos judiciales, pero a partir de 1933 se crearon nuevos, distribuyendo el territorio en Zonas, estando a cargo de funcionarios cuyas condiciones de capacidad son similares a las de nuestra legislación.

La inmatriculación se practica por varios medios paralelos a los nuestros, siendo especialidad la de las llamadas haciendas comuneras y además que no se admite el procedimiento del antiguo párrafo 3.º del artículo 20, hoy artículo 205 de la Ley Hipotecaria.

La regulación de los títulos inscribibles es también parecida. El autor resalta que el artículo 83 de la Constitución no permite gravámenes perpetuos sobre la propiedad, como los censos. De carácter especialísimo en la legislación cubana es el contrato de colonato, regulado por la Ley azucarera, que se inscribe en el Registro.

La Ley de 2 de marzo de 1922 ha creado el contrato de molienda de cañas, también inscribible. También se inscriben los títulos especiales de la propiedad cubana conocida por "haciendas comuneras", nacidas al iniciarse la colonización.

Se ha intentado la coordinación entre Registro y Catastro por Ley de 17 de diciembre de 1937, que ordena la organización catastral de las fincas inscritas y establece un Catastro jurídico en cada Registro, como dependencia del mismo, para asegurar la identificación y el perfecto paralelismo entre los asientos registrales y la realidad física de las fincas.

Las circunstancias que deben constar en los asientos son idénticas a la regulación española, como lo referente a las menciones.

En cuanto a la facultad de calificar, el Registrador en Cuba también aprecia la capacidad de los otorgantes y respecto a la extensión, el autor hace notar dos especialidades:

a) En los contratos de refacción agrícola, colonato y molienda de cañas los Registradores sólo calificarán, respectivamente, si el deudor es titular o poseedor de la finca y sobre el plazo del contrato y si es obligado a la molienda tiene la titularidad de la máquina azucarera o si el obligado a entregar la caña disfruta las tierras por todo el plazo pactado.

b) En los títulos de dominio y derechos reales de las compañías de

ferrocarriles la facultad calificatoria sólo se extiende a las formas del contrato.

La jurisprudencia cubana respecto a faltas es muy similar a la española. Los recursos se interponen ante el Juez Delegado, con alzada ante la Sala de Gobierno de la Audiencia y su último escalón ante la Sala de Gobierno del Tribunal Supremo.

El principio de continuidad o de tracto sucesivo es básico y la jurisprudencia del Tribunal Supremo de Cuba, igual que en España, ha aplicado el principio de prioridad, condicionándolo a la buena fe del que lo alegue.

En la segunda parte de su trabajo, el autor presenta varias Sentencias de Cuba sobre los efectos de la inscripción, especialmente sobre la nulidad, rescisión y resolución. Los efectos de la inscripción frente a la prescripción están contenidos en el artículo 35 de la Ley Hipotecaria, similar al nuestro.

La inscripción tiene carácter voluntario en la legislación cubana, a excepción de los bienes de los entes públicos que deben inscribirse obligatoriamente y de la hipoteca, cuya inscripción es constitutiva como ocurre en el sistema español.

Están reguladas las anotaciones preventivas de refacción, demanda, embargo, del contrato de opción y de prohibición de enajenar.

Se regulan ampliamente las hipotecas legales y voluntarias de modo parecido a España, con escasas especialidades. Debido a influencia norteamericana, en la emisión de títulos hipotecarios a veces se suele señalar un "trustee" o fiduciario que realiza toda las gestiones relativas a los títulos, como cobro de intereses, acciones judiciales, etc.

La refacción agrícola es una forma de garantía real inmobiliaria que nació por necesidades de la agricultura cubana, principalmente el cultivo de la caña de azúcar, siendo regulada por Ley de 2 de marzo de 1922.

El autor termina el trabajo resaltando de nuevo la influencia española en la esfera hipotecaria de Cuba. Nuestro sistema hipotecario, dice, es allí totalmente familiar, como lo es la doctrina de nuestros autores, cuyas opiniones son conocidas y respetadas.

Así cierra su labor de reflejar en poco espacio toda la materia y dice que le ha resultado gratísima porque al estudiar estas cuestiones se ha sentido íntimamente unido a aquella hermosa y fecunda tierra de Cuba y a nuestros hermanos de raza y lengua.

Radical reforma para el funcionamiento del crédito territorial en la Argentina: La preanotación de hipoteca en garantía de operaciones bancarias, por LEONARDO CIMIANO, Registrador de la Propiedad (núm. 240, mayo 1948, pág. 304).

El autor estudia la Ley de 28 de mayo de 1946, consecuencia de la tendencia en Argentina para rescatar la Banca para la economía nacional. Se nacionalizó toda la Banca Oficial, que quedaba sometida a la dirección del Banco Central emisor, que es el que viene a determinar el volumen del crédito.

Pero al privar a los bancos de la posibilidad de emitir cédulas hipotecarias, tenía que buscar una nueva fuente de recursos, asumiendo el propio Banco Central esa función y así se obliga a facilitarlos como contrapartida de las hipotecas que vaya concediendo oficialmente el Banco Hipotecario, ya que se disponía que sólo éste tenía la facultad de prestar sobre inmuebles. En realidad el último y verdadero acreedor es el Banco Central que es quien en definitiva entrega el dinero; por eso las hipotecas se habían de hacer en favor del Banco Central.

Para tomar esas medidas de aseguramiento con la mayor rapidez creó esa Ley lo que en ella se llamaba "preanotación de operaciones bancarias con garantía hipotecaria".

En la exposición de motivos de la Ley se fundamenta la introducción de esta reforma en la necesidad de no retrasar la entrega del importe de los préstamos bancarios que se afiancen con garantía hipotecaria y a ese efecto no esperar para la entrega del dinero a llenar las formalidades de otorgamiento de la escritura y su inscripción en el Registro de la Propiedad.

Para ello establece la Ley que los Bancos oficiales, al efectuar operaciones con garantía hipotecaria podrán disponer directamente su preanotación por oficio a los Registros inmobiliarios, a fin de conceder anticipos a sus clientes, una vez acordado el préstamo y comprobado el dominio y la libertad de disposición de la firma ofrecida (art. 1.º).

Este artículo es trascendente a los efectos de la celeridad de las operaciones hipotecarias, facultando a los Bancos oficiales para que "de oficio" decreten que se tome anotación de la hipoteca, sin más requisitos que haber comprobado que la finca pertenece libremente al que la ofrece en garantía.

Sigue diciendo esta Ley, en su artículo 2.º que la preanotación de hipoteca originará una carga real sobre el inmueble, con privilegio especial sobre éste por el importe del anticipo, sus intereses y gastos, el que durará cuarenta y cinco días corridos desde la inscripción y será prorrogable a

petición del Banco acreedor por el mismo lapso y en la misma forma, cuantas veces sea necesario.

La preanotación caducará.

- a) Por el vencimiento del plazo antes dicho.
- b) Por el pago del anticipo y sus intereses y gastos, que comunicará el Banco por oficio.
- c) Por la inscripción de la escritura pública de la hipoteca que garantice el crédito total.

La adopción en la República Argentina, por HORACIO L. POVIÑA, Profesor titular de Derecho civil del Instituto de Derecho civil de la Universidad Nacional de Tucumán (núms. 254-255, julio-agosto 1949, pág. 461).

El Código Civil argentino de 1 de enero de 1871 omitió deliberadamente regular la adopción porque, según sus autores, esa institución resultaba innecesaria y no se ajustaba a las costumbres del país, ni era exigida por el bien social.

Sin embargo, las condiciones de la sociedad argentina han variado fundamentalmente y la complejidad de la vida actual, que ha reemplazado el ambiente patriarcal antiguo, revela la conveniencia de establecer la adopción, tal como fue reclamada de modo insistente en congresos, conferencias, proyectos parlamentarios, encuestas y opiniones doctrinales.

Por Ley de 15 de septiembre de 1948 se han incorporado al Código Civil la materia de adopción de menores, que es estudiada en el trabajo que resumimos.

Como caracteres más salientes, el autor señala:

- La norma legal admite sólo la adopción de menores de dieciocho años, sin distinción, habiendo descartado el criterio que sólo la refería a la protección de la niña abandonada.
- Sólo puede crearse por medio de Sentencia judicial.
- No se extinguen los vínculos existentes entre el adoptado y su familia de origen, subsistiendo los derechos y deberes nacidos del parentesco, excepto la patria potestad.
- La Ley admite el principio de la revocabilidad, señalándose de modo expreso las causas que permiten disolver este vínculo.

La Ley señala los requisitos del adoptante y adoptado que deben estar cumplidos a la fecha de la Sentencia judicial que pronuncia sobre su Constitución. Se exigen ciertas condiciones de edad y situación al adop-

tante, inexistencia de descendientes vivos, sobrevenidos o adoptivos, asentimiento de su cónyuge; diferencia al menos de dieciocho años entre adoptante y adoptado, señalando también las condiciones para ser adoptado. La Ley regula el procedimiento judicial de la adopción, que el autor detalla, así como los efectos civiles que se concretan, a grandes rasgos, en los puntos siguientes:

- La filiación se equipara a la legítima, convirtiendo al adoptado en hijo legítimo del adoptante.
- El adoptado conserva el vínculo originario con su propia familia.
- El adoptado no adquiere, en cambio, vínculo familiar con los parientes del adoptante. Tampoco hay relación familiar entre el adoptante y los descendientes del adoptado.
- La patria potestad del adoptado se transfiere al adoptante, a quien corresponde la guarda, dirección y vigilancia del menor, así como la representación y administración de sus bienes, aunque no su usufructo.
- El artículo 13 impone al adoptado el uso del apellido del adoptante y le autoriza para agregar después el suyo propio.
- En cuanto a la sucesión, la total equiparación del adoptado al hijo legítimo le confiere el derecho a heredar con el mismo carácter al adoptante. Los descendientes legítimos del adoptado tienen vocación para concurrir por derecho de representación a la sucesión del adoptante. En cambio, la vocación hereditaria del adoptado no alcanza a la sucesión de los parientes del adoptante, ni el adoptante puede heredar abintestato al adoptado.
- No está permitido el matrimonio entre el adoptante y el adoptado o alguno de sus descendientes; tampoco el adoptante con el cónyuge del adoptado y viceversa ni el matrimonio entre los hijos adoptivos del mismo adoptante y del adoptado con un hijo del adoptante.
- El artículo 18 de la Ley señala las causas de revocación que son:
 - 1.º Indignidad de los sujetos de la adopción.
 - 2.º Negativa injustificada a la prestación de alimentos.
 - 3.º Impugnación justificada del adoptado.
 - 4.º Acuerdo de las partes.

Tras señalar las causas de nulidad, se dice que el artículo 21 de la Ley exige la inscripción de la adopción, su revocación o nulidad en el Registro del Estado Civil y a tales fines el Juez debe remitir copia de la Sentencia que constituye un acto del estado modificador del *status* del adoptado.

Al final del artículo hay un cuadro o anuncio que queremos reproducir.

Dice así: "Información sobre el Derecho argentino". El Instituto de Derecho civil de la Universidad Nacional de Tucumán ofrece sus servicios a los hombres de ciencia extranjeros para facilitarles los datos que soliciten sobre el Derecho, jurisprudencia y ciencia jurídica de la República Argentina, dadas las dificultades que existen para el conocimiento del Derecho extranjero, su interpretación judicial y su exposición científica. La correspondencia debe dirigirse al Instituto de Derecho Civil de la Universidad Nacional de Tucumán, calle 25 de mayo, 471, Tucumán, República Argentina.

El Registro Nacional de las personas en la Argentina, por JORGE ANTONI, Profesor Titular de Derecho civil en la Universidad Nacional de Tucumán (núm. 257, octubre 1949, pág. 632).

Tras una breve introducción y unos antecedentes generales, el autor entra en los antecedentes argentinos diciendo que de acuerdo con el Código Civil, que fue modificado por la Ley de 31 de octubre de 1884, en la Argentina, nación federal, las actas de nacimiento, defunción o matrimonio son llevadas a la capital federal y en los territorios nacionales por autoridades nacionales y en las provincias por las locales. Esta organización dio lugar a una serie de críticas por las deficiencias que se observaban y la falta de coordinación entre los distintos registros, a lo que debía agregarse una organización incompleta.

La Ley que comenta el autor se inició por un proyecto del Poder Ejecutivo y fue objeto de largas discusiones y modificaciones, siendo publicada en el *Boletín Oficial* con fecha 20 de enero de 1949.

El artículo 1.º hace depender el Registro Nacional del Ministerio del Interior y en su artículo 3.º dispone que estará a cargo de una Dirección General, secundada por una subdirección y Delegaciones Regionales que se establecerán en la capital federal, capitales de provincias, territorios nacionales y demás ciudades que determine el Poder Ejecutivo. La Ley ha tenido buen criterio de encargar la dirección del Registro a personas especializadas, aunque su coste sea elevado.

Se preceptúan normas de coordinación, en las que deben cooperar todas las autoridades, para evitar repeticiones o discordancias.

Deben registrarse obligatoriamente todas las personas de existencia visible de nacionalidad argentina o que se hallen en su jurisdicción, excepto los diplomáticos.

La Ley que se analiza allana todos los problemas anteriores derivados de la multiplicidad de registros y que se agudizan por la enorme inmigra-

ción del país. Al centralizarse los servicios, el Estado puede cumplir mejor con los deberes de reciprocidad.

La seguridad de la identificación de los nacimientos se ha conseguido por la dactiloscopia. Dice la Ley en su artículo 6.º que se procederá a la identificación dactiloscópica del recién nacido y, de ser posible, de su madre. Según el artículo 7.º la identificación debe ser reactualizada al llegar el sujeto a la edad escolar o a más tardar a los ocho años.

En cuanto a los datos que deben constar en la inscripción el artículo 4.º señala:

- a) Nombre y apellidos completos.
- b) Identidad física.
- c) Estado y capacidad.
- d) Antecedentes personales de interés para la defensa nacional.
- e) Antecedentes penales y las contravenciones policiales que se consideren necesarias.
- f) Todos los hechos o actos que produzcan cambios.

En cuanto a la publicidad del Registro, el artículo 19 establece que los asientos cuya divulgación o empleo no puedan afectar a intereses legítimos, se consideran públicos y pueden facilitarse a quien tenga interés. Los datos que puedan afectar a la seguridad del Estado son secretos y sólo se pueden facilitar a las autoridades militares. Los particulares no pueden solicitar más informaciones que las que les sean personales.

El Derecho inmobiliario registral y la Ley cubana de Fomento Agrícola e Industrial, por AGUSTÍN AGUIRRE, Registrador de la Propiedad de Cuba y Profesor de Derecho hipotecario en la Universidad de La Habana (núm. 296, enero 1953, pág. 1).

La Ley 5 de 20 de diciembre de 1990, sobre el fomento agrícola e industrial de Cuba se dio para impulsar, a través del crédito, el más amplio desarrollo de la economía agrícola e industrial del país, regulando las operaciones del Banco creado al efecto. El autor considera equivocada la tendencia de esta Ley de subestimar los bienes inmuebles o raíces, convirtiéndolos en una simple especie de soporte de los muebles ya sí en el artículo 90 los considera como cosas sobre las cuales funciona la llamada "unidad de producción". Hubiese sido de gran utilidad implantar algunas formas nuevas de hipoteca como la refaccionaria y la de máximo; la primera tiene su antecedente en la anotación preventiva de crédito refaccionario reconocida por la Ley Hipotecaria y la segunda ha logrado plena

realización en la hipoteca en garantía de cuentas corrientes de crédito acogida en el Derecho hipotecario español.

El autor critica la Ley que en su artículo 47 no admite la garantía sobre bienes en *pro indiviso* o en usufructo porque en muchos casos los créditos son para obtener determinadas cosechas que evidentemente estarían comprendidas en los artículos 467 y 469 del Código Civil.

Dice también que la condición resolutoria implícita que establece la Ley en el artículo 51 para el caso de que el deudor, sin consentimiento del Banco, enajene o grave alguno de los bienes dados en garantía, significa un regreso a las formas ya caducas del secuestro o la prohibición de enajenar, que otorgan una doble e innecesaria garantía.

El artículo 53 dispone que el Banco al aprobar un préstamo enviará aviso al Registrador respectivo indicando cuantía, plazo, tipo de interés, descripción de la garantía, número de inscripción y otros datos convenientes, para que el Registrador proceda a efectuar la "preanotación del gravamen". Los efectos del contrato de préstamo que se inscriba dentro de los quince días de la preanotación se retrotraen a la fecha de éste y la preanotación quedará sin efecto por el aviso escrito que el Banco de al Registro y cuando haya pasado quince días de ella sin que se presente el respectivo contrato para su inscripción.

Dice el autor, a guisa del comentario, que los que conocen la técnica hipotecaria advierten que el legislador ignoró las normas institucionales de la anotación preventiva y la conversión de ésta en inscripción definitiva.

Transcurridos quince días de la preanotación, ésta caduca si no se practica la inscripción. En cambio, con anotación preventiva sería distinto, dejando en suspenso la calificación para cuando se presente el contrato definitivo de préstamo refaccionario.

El artículo 90 de la Ley llama "unidad de producción" al conjunto de bienes y derechos que garantizan un préstamo en dinero a empresas agrarias o industriales, sin que los mismos puedan segregarse de la unión verificada durante la vigencia del crédito refaccionario, a no ser con el consentimiento del acreedor.

En cuanto a la forma de estos contratos, la Ley admite, junto a las escrituras notariales o documentos con intervención de Corredor comercial, los documentos privados con firmas autenticadas por Notario. Y dispone la inscripción en una Sección especial de los Registros de la Propiedad, que se denomina "Sección de Contratación Agrícola e Industrial". El Reglamento se dictó por Decreto 1410 con fecha 9 de abril de 1951; armoniza, según el autor, las máximas facilidades en el sistema de

inscripciones con el mejor juego de los principios hipotecarios, respetando los legítimos intereses mediante fórmulas claras, sencillas y precisas.

La inscripción no es obligatoria y surte los efectos generales que en materia hipotecaria se contienen en la Ley Agrícola de 1922. Se reconoce el principio de especialidad y el tracto sucesivo; los principios de prioridad, buena fe, sustantividad y legitimación tienen su pleno reconocimiento en preceptos expresos del nuevo texto legal.

Aunque el primitivo artículo 108 de la Ley Hipotecaria no permitía la hipoteca de los frutos y rentas pendientes con separación del predio que los produjere, la Ley de 1922 modifica este punto en el sentido de que sí pueden gravarse tales frutos si es en garantía de créditos refaccionarios con arreglo a la Ley especial.

También se modifican los artículos 110 y 111 de la Ley Hipotecaria en cuanto a la extensión objetiva de la hipoteca, pues respecto a las accesiones, mejoras e indemnizaciones se exceptúa expresamente “el caso en que los bienes hipotecados se hallen afectos a algún crédito refaccionario, en el cual los frutos pendientes, bienes muebles y mejoras que existan al tiempo de hacerse efectiva la hipoteca no responderán a ésta”.

La Ley de Registro de Tierras en Santo Domingo, Tesis doctoral de D. CESÁREO A. CONTRERAS, Doctor en Derecho, dirigida por el Notario de Madrid D. ALBERTO BALLARÍN MARCIAL (núm. 298, marzo 1953, pág. 192, y núm. 299, abril 1953, pág. 263).

El Código Civil francés de 1804 estaba vigente en el territorio dominicano cuando se proclamó su independencia frente a los haitianos, que habían adoptado la legislación francesa, y por lo tanto no existía regulación alguna del Registro.

En Santo Domingo el primer intento de organizar un Registro de inmuebles data de la Ley de 21 de julio de 1890, que no es más que una traducción de la Ley francesa de 1855, y a la cual se le podían hacer todas las críticas que se atribuyen al poco perfecto sistema registral galo. Además, la situación de la propiedad territorial en Santo Domingo se agravaba más por la existencia, desde tiempo inmemorial de los llamados terrenos o sitios comuneros, pertenecientes a varias personas cuyos derechos están representados por acciones denominadas “pesos” que más guardaban relación con el valor y no con la superficie.

En 1916 el territorio dominicano fue ocupado militarmente, con ocasión de la I Guerra Mundial, por fuerzas armadas de Norteamérica y dada la deficiente organización de la propiedad territorial y la inversión de

fuertes capitales yankis, el Gobierno militar se propuso dotar al país de una buena legislación sobre propiedad inmobiliaria. Inmediatamente pensó en el sistema Torrens que ya estaba en vigor con éxito en varios Estados de la Unión nortea. Así llega al país, importada por un legislador extranjero y en un ambiente de fuerte impopularidad, la Ley de Registro de Tierras de 1 de agosto de 1920, que llevó a Santo Domingo el sistema australiano de Registro inmobiliario. Esta Ley sufrió varios retoques hasta una reelaboración general de la cual surgió la vigente Ley 1542 de 30 de noviembre de 1947, que sigue en sus líneas generales al sistema australiano, aunque en muchos puntos se aparte de él para encauzarse en la corriente del Derecho general dominicano, que es de origen romano, a través del francés.

Actualmente, según el autor, coexisten en Santo Domingo dos sistemas diferentes de Registro inmobiliario: el australiano para los inmuebles que se han registrado de acuerdo con la nueva Ley y el francés de la Ley de 1890 que se aplica a las otras fincas no registradas por el nuevo sistema.

Son órganos encargados de aplicar la Ley de Registro de Tierras en Santo Domingo el Tribunal de Tierras, los Registradores, la Dirección General de Mensuras catastrales y la Secretaría, cuyas funciones respectivas son detalladas en el trabajo que resumimos. Recogemos las de los Registradores de Títulos, que son cinco en Santo Domingo, teniendo cada uno de ellos una jurisdicción territorial determinada, a quienes corresponde la inscripción de los títulos, bien a solicitud de la parte interesada al ejecutar una Sentencia o resolución del Tribunal Superior de Tierras. Frente al sistema australiano de Registro único, en Santo Domingo hay una solución colectiva, pues para inmatricular hay un Tribunal de Tierras que tiene jurisdicción nacional, pero para las demás operaciones se crean Registradores regionales. El Registrador, en Santo Domingo, está lejos de ser el personaje destacado y casi omnipotente del sistema australiano puro; por el contrario, su posición se acerca mucho a la del Registrador de la Propiedad de España.

La inmatriculación de fincas corresponde al Estado que pide, por medio del Abogado del Estado, al Tribunal de Tierras que ordene el saneamiento inmobiliario de determinadas porciones de terrenos. Los actos posteriores corresponden a los interesados, debiendo otorgarse en forma auténtica o mediante documentos privados legalizados. Este documento es depositado en manos del Registrador el cual, previa su calificación, admite o rechaza el acto, inscribiéndolo en el libro correspondiente en caso positivo. Cuando el acto tiene por objeto el traspaso total del inmueble, se hace un nuevo certificado de título en favor del adquirente en el Libro-Registro, se prepara un duplicado de título para el dueño y se cancelan los viejos.

Para constituir o ceder un derecho de garantía real se requiere también la redacción de un documento en el que conste la operación y el Registrador hace las menciones correspondientes en el certificado original y el duplicado del acreedor y entrega este último documento al beneficiario.

En cuanto a los principios hipotecarios, el autor nos da como idea previa la de que en Santo Domingo, en el proceso de saneamiento inmobiliario, el Estado es el propietario originario de todas las tierras en el sentido de que los interesados en obtener la adjudicación de derechos sobre las mismas han de probar que el derecho que reclaman les corresponde legítimamente y de no ser así el Tribunal debe adjudicar las tierras al Estado.

El proceso de saneamiento lleva a establecer, por medio de una Sentencia con eficacia *erga omnes*, el título del peticionario sobre el derecho que demuestra tener en el terreno. Por ello la legislación dominicana, en cuanto a las inscripciones sucesivas, ha consagrado su carácter constitutivo. Dice el artículo 185 que “después que un derecho ha sido objeto del primer registro, cualquier acto voluntario o forzoso solamente surtirá efecto desde el momento en que se practique su registro en la oficina del Registrador de Títulos correspondiente”.

En Santo Domingo, sigue diciendo el trabajo que resumimos, el superior principio de exactitud del Registro, en su doble aspecto de legitimación registral y de fe pública, se encuentra vigente. La fuerza de la presunción de exactitud propia del principio de legitimación opera respecto de la existencia, titularidad y extensión del derecho real y se extiende también a los datos de hecho, así como al derecho de arrendamiento, cuando se inscribe; pero no se aplica a los derechos personales ni al estado civil de las personas. No se puede hablar del principio de fe pública registral en el sentido propio de la expresión porque el proceso inmatriculador goza de una fuerza probante formal que tiene su fundamento en el carácter de cosa juzgada *erga omnes* que le confiere la Sentencia del Tribunal Superior de Tierras.

No cabe la prescripción adquisitiva de ningún derecho en contra de los asientos del Registro, según el artículo 175 de la Ley; rige, al igual que en España, el principio de prioridad y también el de legalidad, siendo el Registrador en Santo Domingo un funcionario que tiene más semejanza con su homónimo español que con el del sistema australiano en cuanto a la facultad de calificar.

Rige también el principio de especialidad, llevándose el Registro por fincas, en coordinación con el Catastro que se va levantando a medida que dichas fincas van siendo registradas y se expiden los Certificados de Títulos.

La publicidad formal es absoluta, pues cualquier persona tiene derecho a consultar el Registro, sin tener que demostrar un interés serio.

Algunos aspectos de la problemática jurídica en el siglo XVI, por JESÚS LÓPEZ MEDEL, Registrador de la Propiedad de España (núms. 380-381, enero-febrero 1960, pág. 76).

Hace una configuración general de aquella etapa, a partir de la unidad española conseguida desde los Reyes Católicos, señalando la influencia de la Escuela Española de Derecho Natural que restauró la doctrina escolástica y la extendió por todo el mundo entonces conocido.

En la expansión de este Derecho de Gentes tuvo importancia capital lo que el autor llama "Hecho Americano", al que se refiere en estos términos: "El descubrimiento de América es el hecho singular que antecede en pocos años a la vida y obra de nuestros juristas. Supuso entonces, posiblemente más que cualquier otro episodio humano, cualquier otro descubrimiento, como puedan ser hoy los progresos atómicos o la misma realidad aproximada de los otros satélites. Nuevas tierras, nuevos hombres. Conocidos son los episodios del viaje de COLÓN y también la ausencia, como consecuencia de una doctrina legal que pudiera servir de base para la problemática jurídica de América.

De otro lado, las doctrinas filosófico-políticas, tendentes al equilibrio o a la proporción simétrica entre el poder papal y el Imperio, con el que el cristianismo venía haciendo impacto en la vida social, especialmente tras las doctrinas de SAN AGUSTÍN, SANTO TOMÁS y BERNARDO DE CLAIVAUX, van a encontrar, con el hecho americano, un motivo de planteamiento inédito. Generalmente, el tratadista político desconoce este aspecto cuando en realidad constituyó un experimento de singular importancia, de cuyos resultados se desaprovecharon ingenuamente, acudiendo a criterios racionalistas, que aunque rompieron la dogmática de la escolástica, no supieron agotar las bases realistas y humanas que nuestros clásicos encontraron para sus doctrinas en el hecho americano.

A mi modo de ver, él es uno de los motores más significativos de la que había de ser Escuela Internacionalista del siglo XVI, a la que tantos estudios se ha dedicado.

El derecho de gentes no supone toda la problemática jurídica americana, pero sí recibe por ella un espaldarazo importante. El derecho de gentes es más atrás, es decir, está en la propia médula de la existencia del Natural, tal como —en el aspecto científico— había sido ya advertido por CICERÓN, GAYO y ULPIANO, en una terminología incipiente del *ius civile* y del *ius gentium*.

La Escuela Internacionalista se encontró, pues, con el problema de América, que, como señala el profesor BARCIA TRELLES, —se conecta de modo evidente, con una historia polémica, entablada en torno al problema de la autoridad universal del emperador y del Romano Pontífice—. Este mismo profesor ha explicado la inaplicabilidad de la legislación vigente en aquel entonces, que eran las Partidas, al hecho de América. La Bula de ALEJANDRO VI de 1493 había de ser, por decirlo así, el primer título jurídico, aunque en el fondo encerraba una donación, una demarcación y una extensión a nuestros dominios, mejor que una justificación.

Frente a las tesis monistas de GIL DE ROMA, TOLOMEO DE LUCAS, ALVARO DE PELAYO y SERAFÍN DE FREITAS, cuya influencia en la posición jurídica de las Bulas pontificias se discute la del Padre Vitoria, llegó nada menos que ha conmover al emperador CARLOS V, hasta el punto de que los historiadores reflejan un momento de vacilación en él y aun con inclinación a abandonar América.

El planteamiento de las nuevas gentes en América es el resorte de la mayor parte de la preocupación jurídica de entonces, al menos en lo que tuvo caracteres de originalidad, como son las materias de Derecho Internacional. La opinión de que GROCIO sea absolutamente original que abundó en el siglo XVI, ha quedado claramente desvirtuada, entre otros, por BROWN SCOTT y el doctor PÉREZ BLESÁ, que han demostrado que en VITORIA y en la escuela española encontró GROCIO las fuentes más conexas e inmediatas de sus trabajos, aunque unas veces no las citase y otras se limitase a elogiar a sus autores.

En la continuidad de VITORIA con SUÁREZ y en la profusión de especialistas múltiples que forman auténtica escuela y magisterio, se elaboran las doctrinas sobre el Derecho de gentes.

El Padre VITORIA parte de la definición romana del Derecho de gentes, y lo entiende como —lo que la razón natural establece entre todas las naciones—, sustituyendo en la definición de GAYO la palabra —gentes— por —naciones—. Distingue un Derecho de gentes natural o Derecho natural internacional, que regula el orden jurídico internacional sobre el que descansa toda la organización jurídica de la Comunidad internacional, vislumbrada por vez primera por el Padre VITORIA; y un derecho de gentes positivo, que deriva del natural, pero no por conclusión directa. Los principios que integran aquel Derecho de gentes natural son los siguientes: derecho natural de viajar, inmigrar y establecerse en un territorio; derecho de libre comercio; derecho a la libertad de los mares; derecho de residencia en tierras extrañas; derecho de vecindad y opción de ciudadanía; derecho a la seguridad e integridad humana; derecho a la explotación de las cosas comunes; derecho a la predicación del Evangelio...”

Tres conferencias sobre propiedad horizontal en torno a la Ley de Puerto Rico, por AGUSTÍN AGUIRRE, Registrador de la Propiedad de Cuba (núms. 420-421, mayo-junio 1963, pág. 305, y núm. 422-423, julio-agosto 1963, pág. 504).

Las pronunció el autor en el Colegio de Abogados de San Juan de Puerto Rico, exponiendo la propiedad horizontal, llamada condominio en esta isla, allí regulada por la Ley 104 de 25 de junio de 1958, estrechamente unida a la Ley cubana de 16 de septiembre de 1952, elaborada a base de un dictamen de la Asociación de Registradores.

Prevía una disquisición terminológica y el repaso de los antecedentes entra en el estudio de esta institución que aparece con caracteres propios y se aparta de los clásicos moldes romanistas. En ella concurren la singularidad dominical del apartamento y la de los elementos comunes del edificio.

Se rige por los siguientes principios básicos:

- 1) Inversión de la accesoriedad, ya que lo principal son los apartamentos y lo demás secundario.
- 2) Condomino *pro diviso*.
- 3) Indivisibilidad e inseparabilidad de los elementos comunes, que son accesorios.
- 4) Los elementos comunes integran una comunidad reglada.

El artículo 2 de la Ley 104 de Puerto Rico establece que sus disposiciones son aplicables a la casa de apartamentos cuyos titulares declaren su voluntad de someterse a este régimen haciéndolo constar por escritura pública que habrá de inscribirse en el Registro de la Propiedad. La Ley 104 exige que se cumpla el principio de especialidad en sus dos vertientes física y jurídica, debiendo describirse tanto el edificio como los apartamentos, todo lo que debe aparecer claramente en la escritura, señalando detalladamente las circunstancias que debe contener.

En cuanto al Registro de la Propiedad, en la Ley cubana se estableció la inscripción constitutiva, tanto para la constitución de la propiedad horizontal como para los actos y contratos relativos a los apartamentos. La Ley de Puerto Rico acepta el primer extremo, pero para las operaciones de los apartamentos dispone que "los títulos correspondientes serán inscribibles en el Registro de la Propiedad, de acuerdo con lo dispuesto en la Ley Hipotecaria"; de modo que, según el conferenciante, la Ley de Puerto Rico mantiene el sistema de inscripción declarativa con eficacia convalidante que, salvo en la hipoteca, acoge la legislación de la isla.

La propiedad horizontal, dice el artículo 25 de la Ley 104, queda

organizada en el Registro por un sistema de fincas enlazadas entre sí por notas marginales de mutua referencia; la inscripción del edificio se llevará a efecto en la finca matriz; cada apartamento, añade, se inscribirá como finca aparte, en registro particular filial de la finca matriz. Como se ve, el sistema es sensiblemente paralelo al actual español.

El autor estudia las disposiciones legales sobre la obra nueva en período de construcción y el régimen de la unidad apartamento en relación con los elementos comunes, señalándose el correspondiente módulo de proporcionalidad, que se regula de modo detallado.

En la última conferencia se refiere el autor al régimen legal de gobierno de esta multipropiedad. La Ley 104 establece unas normas básicas institucionales que escapan a la voluntad de las partes y en el artículo 37 se prevé la existencia del reglamento que establecerá la forma de administración y demás normas secundarias. Se regulan en la Ley el fondo de reserva y depreciación, régimen de ingresos y gastos y el seguro del edificio.

El conferenciante termina opinando que la propiedad horizontal promueve la solidaridad humana en aspecto tan importante como la vivienda y está fundada en los sentimientos de comunidad y convivencia que todo grupo humano necesita para el diario vivir y el debido desarrollo de los valores de cultura, únicas vías para elevar a niveles superiores la existencia del hombre.

Como apéndice a las conferencias, la *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario* recoge el texto íntegro de la "Ley 104, para establecer el régimen de la propiedad horizontal", decretada por la Asamblea Legislativa de Puerto Rico.

Inscripción de una servidumbre legal establecida sobre finca propia, por el Dr. J. J. SANTA PINTER, Profesor Catedrático de la Facultad de Derecho de la Universidad Católica de Puerto Rico, Director asociado del Instituto de Derecho Comparado de Puerto Rico (núms. 440-441, enero-febrero 1965, pág. 141).

El autor expone y comenta el fallo emitido el 28 de octubre de 1964 por el Tribunal Supremo de Puerto Rico resolviendo un recurso interpuesto contra nota de calificación del Registrador de la Propiedad de Guayan.

El peticionario segregó de una finca de su propiedad cuatro solares, quedando un remanente en la matriz, pero la Junta de Planificación determinó como requisito previo que se estableciese una servidumbre de paso en favor de dicho remanente. Presentada la escritura a inscripción, el

Registrador la devuelve porque nadie puede constituir servidumbre sobre fundo propio con arreglo a lo dispuesto en el artículo 465 del Código Civil (corresponde al art. 530 del Código español), cuando ambos predios dominante y sirviente, pertenecen al mismo titular.

El Tribunal Supremo de Puerto Rico revoca la nota del Registrador y ordena practicar las operaciones solicitadas.

El Juez asociado RIGAN, redactor de la Sentencia, aún recordando el concepto anglosajón de la Servidumbre de equidad, dice que no es necesario en este caso acudir a figuras extrañas porque el Código Civil, que es una pieza maestra, contiene en su propio cuerpo las disposiciones exactas y precisas que gobiernan la situación que este caso plantea. Es así porque las servidumbres reguladas por el Código Civil no son exclusivamente aquellas impuestas sobre un inmueble en beneficio de otro inmueble, sino que lo son también aquellas impuestas en beneficio de una persona, conforme al artículo 466 (art. 531 del Código español).

Citando a varios prestigiosos civilistas españoles llega a la conclusión de que las servidumbres legales se rigen por Leyes especiales, siendo supletorio el Código Civil, pero sólo en cuanto éste no esté en conflicto con Leyes o Reglamentos especiales sobre la materia. Todo ello es ortodoxo pues el Derecho es dinamismo puro y no debe ser estático, porque si lo fuera en lugar de ser vehículo para el progreso, sería un grave impedimento. Cita expresamente una frase del Registrador español NARCISO DE FUENTES SANCHÍS en su trabajo sobre "Urbanismo, política del suelo y Registro de la Propiedad" (publicado en esta *Revista*, año 1963, págs. 39 y 443), en el sentido de que debemos prepararnos para que, sin soluciones de continuidad, se obtengan las nuevas fórmulas que sean necesarias para hacer frente a nuevos problemas planteados al Registro de la Propiedad.

El Juez considera que aquí se trata de una servidumbre coactiva o impuesta. Es sabido que las lotificaciones y las segregaciones no se hacen por el gusto de hacerlas; aquí tiene injerencia el Derecho público al exigir que esos solares y predios, que eventualmente irán a pasar a manos distintas, tengan acceso a la vía pública. De no ser así, se venderían en Puerto Rico infinidad de solares y predios enclavados, lo que daría margen a una multiplicidad de pleitos.

Se concluye en la Sentencia que la servidumbre aquí impuesta es un derecho real, que supone un gravamen para limitar la propiedad y por lo tanto inscribible según la Ley Hipotecaria.

Comentario al Código de Comercio, por J. J. SANTA PINTER, Catedrático de la Facultad de Derecho de la Universidad de Puerto Rico (núms. 442-443, marzo-abril 1965, pág. 529).

Se trata de un estudio del Código de Comercio de Puerto Rico, presentado en forma clara, breve y sistemática, destinado a estudiantes de Derecho. A tal fin, la obra consta de dos partes —una general y otra especial—, dedicándose ésta a los contratos mercantiles, excluyendo las Compañías mercantiles, los instrumentos negociables y las corporaciones, pues estas materias, que en parte constituyen la asignatura Derecho mercantil II, mientras la materia presentada configura Derecho mercantil I, se encuentra en prensa en la forma de otros tres libros.

En los temas tratados se ofrece la jurisprudencia del Tribunal Supremo de Puerto Rico sobre la materia, acompañada de observaciones que el autor ha estimado pertinente hacer. El libro se complementa con varios índices legislativos y jurisprudenciales, incluyendo la jurisprudencia española y la legislación norteamericana de interés para el tráfico mercantil de la Isla.

Estos factores hacen que, aunque el autor destinara su libro a los estudiantes de Derecho, la obra sea un trabajo de gran utilidad práctica para los abogados en ejercicio privado, los jueces y, en general, para los estudiosos del Derecho que estén interesados en conocer el Derecho mercantil puertorriqueño.

Algunas reflexiones sobre el sistema registral venezolano, por ANGEL CRISTÓBAL MONTES, Profesor de las Universidades Católicas “Andrés Bello” y Central de Venezuela (núm. 458, enero-febrero 1967, pág. 29).

Según el artículo 796 del Código Civil venezolano la propiedad y demás derechos se adquieren y transmiten por la Ley, por sucesión y “por efecto de los contratos”. Y el artículo 1.161 del mismo Cuerpo legal establece que en los contratos traslativos de propiedad o los demás derechos se transmiten y adquieren por efecto del consentimiento legítimamente manifestado, aunque la tradición no se haya verificado.

De estos preceptos deduce el autor que el sistema venezolano se adhiere al régimen francés-italiano de transmisión por efecto del mero contrato, sin necesidad de modo ni entrega. Abandonando la tradición romanista el sistema venezolano prescinde de la distinción entre títulos y modos para acogerse al principio del *solus consensus*. Por ello si la transmisión sólo requiere el contrato, resulta obvio que la transcripción en el Registro no podrá tener otro valor que el meramente declarativo y la constatación

registral (salvo en el caso de la hipoteca) no es una forma de ser, sino sólo una forma de valer. El derecho ya está formado cuando accede al Registro; este acceso, en virtud de la publicidad que origina, añade al derecho unos efectos singulares de los que antes carecía.

El precepto fundamental del ordenamiento registral venezolano para proteger el comercio jurídico inmobiliario es el artículo 1.924 según el cual los documentos, actos y sentencias que la Ley sujeta a las formalidades del Registro y que no hayan sido anteriormente registrados, no tienen ningún efecto contra tercero que, por cualquier título, haya adquirido y conservado legalmente derechos sobre el inmueble.

Recoge el principio de la fe pública registral, más no en su integridad, sino tan sólo en uno de sus dos posibles aspectos, el negativo; conflicto entre un título inscrito y otro no inscrito: lo no inscrito no perjudica al que inscribe.

Examina la similitud de este sistema con lo establecido para casos análogos en los sistemas francés e italiano y las diferencias con las regulaciones germánica, suiza y española.

Si se mira el principio de fe pública en su aspecto positivo, en algunos casos la publicidad registral venezolana tiene eficacia sanante o convalidante, estableciéndose que el tercer adquirente que inscribió su título queda inmunizado o protegido contra las sentencias que impugnen la titularidad de sus *tradens* si resulta que al tiempo de dicha inscripción no aparecían publicadas por el Registro las demandas por las que se ejercitaban las acciones de impugnación. Así lo establece el artículo 1.921 del Código con referencia especial a la acción pauliana, la de simulación, la de rescisión por lesión y la de adquisición de derechos por permuta.

La casuística admisión que el Código venezolano hace del principio de fe pública registral en su faceta positiva es criticada por el autor, diciendo que está muy lejos de los sistemas germánico, suizo y español. Numerosos supuestos de invalidación, revocación, rescisión y reducción de la titularidad del transferente han dejado de contemplarse y por tanto en ellos el desmoronamiento del derecho del *tradens* afectará a los adquirentes posteriores. Consecuentemente, el tráfico jurídico inmobiliario en Venezuela queda desigual y fragmentariamente asegurado, pues el Registro no protege en todo caso al adquirente que contrata confiado en la apariencia jurídica que él exterioriza.

Cree que el autor que una jurisprudencia consecuente que hiciese uso del instrumento analógico, de las doctrinas de la apariencia jurídica y de la legitimación para el tráfico de la publicidad registral crea a favor del titular inscrito y del superior principio de la seguridad jurídica en el comercio de los bienes inmuebles, podría subsanar las deficiencias señaladas

al menos en sus matices más chocantes. Este debe ser, concluye, el objetivo fundamental y razón de ser de todos los sistemas inmobiliarios registrales.

Citando al español ROCA SASTRE, el autor termina considerando que estas nuevas formulaciones que se observan en varios países, entre ellos Venezuela, son manifestaciones de un proceso evolutivo hacia el perfeccionamiento de los sistemas de transcripción que fatalmente culminará en el principio de la fe pública registral, con caracteres más o menos nacionales.

Comentarios sobre el llamado Proyecto de Código Hipotecario para Puerto Rico, por EDUARDO VÁZQUEZ BOTE, Profesor de la Facultad de Derecho de la Universidad Católica de Puerto Rico (núm. 467, julio-agosto 1968, pág. 951).

El sistema registral de Puerto Rico ha permanecido casi inalterado desde que entró en vigor la Ley Hipotecaria para las Provincias de Ultramar, española. Esta Ley fue declarada en vigor, con carácter genérico por la Orden Militar de 18 de octubre de 1898, después de que los Estados Unidos se asentasen en Puerto Rico; y el artículo 71 de la Orden General 118, de 15 de agosto de 1899, conformó concretamente entre las Leyes en vigor a la Ley Hipotecaria.

Y aunque se publicaron varias Leyes modificativas de la Ley o el Reglamento Hipotecario, las modificaciones se limitaron a alterar aspectos puramente adjetivos, por lo que podría afirmarse la subsistencia del texto primitivo.

A finales de 1965 se nombró una comisión para que confeccionase un llamado Proyecto de Código Hipotecario para presentarlo a la consideración de las Cámaras Legislativas.

Y el autor, bien conocido de nuestros lectores, como Profesor universitario nos da a conocer las líneas generales de este Proyecto o más bien Anteproyecto que no tuvo éxito por entonces, aunque ha servido de base para una regulación posterior, como veremos más adelante. Por ello nos limitamos a seguir las características más salientes, resumiendo la extensa exposición del autor.

Nos dice que el Anteproyecto de 1965 tenía un carácter superador, intentado dar mejor forma a los principios fundamentales y tradicionales sobre los que se basaba el Registro de Puerto Rico, permitiendo, por otro lado, que el tráfico inmobiliario se pueda desenvolver con todo el dinamismo exigido por la moderna economía.

En orden a innovaciones auténticas, el autor no las encuentra en el

Anteproyecto, limitándose a traer algunas resoluciones jurisprudenciales sobre casos concretos y mostrando los redactores muy corta visión.

Nos muestra el profesor VÁZQUEZ BOTE la estructura y sistemática del Anteproyecto y analiza críticamente su redacción gramatical. A continuación entra en el análisis de los principios hipotecarios que pudiéramos llamar clásicos:

- En el principio de inscripción examina el valor de la inscripción en orden a la constitución de derechos reales, manteniéndose la exigencia del título y el modo.
- En cuanto al principio de publicidad estudia el contenido que el Anteproyecto da a la legitimación propiamente dicha y al principio de fe pública registral en el sentido estricto, haciendo de pasada un completo y cuidadísimo estudio comparativo de gran valor doctrinal. Contempla la posesión en el Registro y termina con la publicidad formal.
- También se analizan los principios de rogación, prioridad, tracto sucesivo y legalidad tal como se presentan en el Anteproyecto en cuestión.
- El principio de especialidad se conforma a través de la finca como base del Registro, señalándose cuales son los actos inscribibles que han de referirse exclusivamente a los derechos reales.
- Se regula la presentación de los títulos y los medios de inmatriculación. Se cierra el Registro a la efectividad de las menciones y se regulan las anotaciones preventivas, entre las cuales se incluye la posibilidad de anotar la demanda para reclamar la posesión, aunque ésta, como hecho, habría sido excluida antes de protección registral.

El autor reconoce que el Anteproyecto contiene algunas mejoras, pero aún así pide su nuevo estudio detenido para obtener un sistema en Puerto Rico que no adolezca de oscuridad ni sea deficiente y, por todo ello, primitivo.

Sus recomendaciones fueron estudiadas en la práctica, pues, como veremos, la reforma global de la Ley Hipotecaria no llega a producirse hasta bastantes años después.

Algunas consideraciones sobre los contratos aleatorios del Código Civil en Puerto Rico, por EDUARDO VÁZQUEZ BOTE (núm. 471, marzo-abril 1969, pág. 351).

Aunque las direcciones más modernas de derecho positivo manifiestan una clara tendencia a negar tipicidad a los contratos denominados aleatorios, la necesidad de reafirmar tal tipicidad es incuestionable.

Por ello, dice el autor de este trabajo, no es sólo conveniente admitir la importancia que tienen los contratos aleatorios, sino que hay que considerar imprescindible el reconocimiento de su debido lugar en los Códigos.

Las legislaciones de más raigambre vuelven a actualizarse, conservando una serie de normas sobre contratos aleatorios en algunas de sus diversas modalidades. Así ocurre en el Derecho de Puerto Rico, cuyo Código Civil dedica el Título XII a su regulación (arts. 1.690 a 1.708 ambos incluidos).

El artículo 1.690 de Puerto Rico, que es casi calcado del artículo 1.790 del Código español, los define diciendo que por el contrato aleatorio, una de las partes, o ambas recíprocamente, se obliga a dar o hacer alguna cosa en equivalencia de lo que la otra ha de dar o hacer para el caso de un acontecimiento incierto o que ha de ocurrir en tiempo indeterminado.

Tras unas disquisiciones doctrinales, el profesor VÁZQUEZ BOTE resume así los elementos y presupuestos de los contratos aleatorios según la regulación del Código Civil de Puerto Rico:

A) ELEMENTOS ESENCIALES DEL CONTRATO

1. *Forma*.—No se exige ninguna de carácter especial para la celebración de estos contratos. El artículo 1.693 reconoce expresamente que “el contrato de seguro deberá consignarse en documento público o privado, suscrito por los contratantes”. De donde hemos de deducir que rige plenamente la teoría general. No obstante, los contratos de seguro de naturaleza mercantil, que son los más interesantes, suelen estar sometidos a normas de homologación administrativa. Como únicas especialidades concretas, el artículo 1.694 del Código Civil exige que el contrato de seguro deberá expresar: primero, la designación y situación de los objetos asegurados y su valor; segundo, la clase de riesgo cuya indemnización se estipula, y tercero, el día y la hora en que comienzan y terminan los efectos del contrato.

2. *Contenido*.—Variará según el tipo de contrato aleatorio de que se trate. En general vendrá determinado por el conjunto de obligaciones

indicadas en el contrato (aportaciones de cantidades dinerarias, información acerca de la producción del siniestro, sometimiento a las reglas del juego, etc.) y derechos consecuentes a tales obligaciones.

3. *Causa*.—Se manifiesta en el concurso de los demás elementos esenciales, residiendo en una función económica social que el contrato realiza: reciprocidad de prestaciones por razón del aseguramiento de un riesgo.

B) PRESUPUESTOS DE VALIDEZ

1. *Capacidad*.—No se restablece ninguna de carácter especial, de tal forma que rige también aquí la teoría general (no obstante, en algunas legislaciones, fuera del Código Civil, se fijan edades mínimas o máximas para realizar ciertos tipos de contratos aleatorios).

2. Puede ser objeto de los contratos aleatorios todas aquellas entidades que puedan quedar sometidas a riesgos de siniestro en su existencia y, en general, cualquier actividad que no esté expresamente prohibida por la Ley (como es el caso de los juegos de suerte, envite o azar, a los que se refiere el artículo 1.698 CC; aunque resultaría interesante determinar cómo se compaginan las reglas de determinados juegos con la existencia o no, de suerte, envite o azar).

3. *Legitimación*.—Aunque en el plano retrospectivo rige el principio general de la coincidencia entre el titular que dispone y el sujeto que goza del poder de disposición, han de reconocerse validez a las excepciones normales:

a) En los casos en que el titular del derecho carece de poder de disposición (menores, quebrados, etc.).

b) En los casos en que el poder de disposición se ejerce por quien no es titular del derecho, bien en atención a los intereses de la persona que lo ejerce (seguro efectuado por el marido en favor de la esposa, constituido con el dinero de la dote), bien en atención a los intereses del titular del derecho (renta vitalicia constituida por un menor con bienes de su peculio, interviniendo el padre), bien en atención a los intereses del tráfico (seguro contratado por un empleado de una entidad aseguradora, quien al momento de efectuarse el contrato había dejado de pertenecer a la empresa, sin que ésta hubiese informado debidamente al público).

En el aspecto prospectivo de la legitimación, el Código Civil incluye una norma concreta, negando legitimación pasiva cuando la cantidad que se cruzó en el juego prohibido sea excesiva, pudiendo la autoridad judicial no estimar la reclamación o reducir su cuantía (art. 1.º, 701, párrafo segundo, CC).

Consideraciones críticas sobre el régimen de responsabilidad del Registrador de la Propiedad en el ejercicio de su cargo, en el proyecto del Código Hipotecario de Puerto Rico, por EDUARDO VÁZQUEZ BOTE (núm. 479, julio-agosto 1970, pág. 945).

El llamado Proyecto de Código Hipotecario para Puerto Rico presentado a la Honorable Asamblea Legislativa en 1967 dedica más de 20 capítulos para regular el régimen de responsabilidad del Registrador de la Propiedad en el ejercicio de su cargo. El sistema tiene bastante similitud con el español en numerosos aspectos, con algunas peculiaridades.

Se establece el principio general de que el Registrador calificará bajo su responsabilidad, al igual que en casi todas las legislaciones que conciben la función registral como eminentemente intelectual y necesitada por ello de la libertad inherente a su naturaleza, con la correspondiente responsabilidad.

Enumera el Proyecto tres tipos tradicionales de responsabilidad de los Registradores: penal, civil y administrativa. La primera se determinará con arreglo a las Leyes penales, que no son ahora el caso.

En cuanto a la responsabilidad administrativa se derivan del incumplimiento de los deberes específicos que los Registradores tienen como funcionarios, tales como respetar los días y horas de trabajo, asistencia puntual, cumplimiento de órdenes e instrucciones superiores, emisión de informes y ajustarse en la redacción de asientos y certificaciones a los modelos oficiales. Además conducta indigna, negligencia inexcusable o ineptitud manifiesta en el desempeño del cargo.

La responsabilidad civil es consecuencia del principio general del artículo 1.802 del Código Civil (igual al 1.902 del Código español). El Proyecto que el autor comenta establece con repetida frecuencia que el Registrador actúa siempre bajo su responsabilidad, dedicando numerosos artículos a determinarla.

Hay una fianza dineraria que sujeta un cuántum material como garantía preferente por su inmediatez, como requisito previo a la toma de posesión, para responder del fiel cumplimiento de los deberes inherentes a las funciones que le son encomendadas y que se regula detalladamente.

La responsabilidad civil en su sentido estricto también se regula en el Proyecto de Código Hipotecario, conforme a lo establecido en el mismo. No se establece con claridad esa responsabilidad tal como lo hacía el artículo 313 de la Ley Hipotecaria. Salvo las formulaciones de carácter general, sólo existe un Proyecto que expresamente se refiere al derecho del perjudicado por un acto del Registrador para "exigir el importe de lo que hubiere perdido". El autor tiene la opinión de que se excluye la responsa-

bilidad universal en toda hipótesis en que el daño no sea consecuencia de actitud dolosa o maliciosa del Registrador, cuando resultase insuficiente la fianza.

Seminario de técnicas registrales en Puerto Rico, por EDUARDO VÁZQUEZ BOTE (núm. 483, marzo-abril 1971, pág. 372).

Durante los días 20, 21 y 22 de enero de 1971 se celebró en Puerto Rico el Seminario de Derecho registral bajo los auspicios del Instituto de Derecho registral de Puerto Rico.

La razón de ser de este seminario deriva de la necesidad de acometer la reforma del régimen vigente, viejo legado español que quizá no respondía a la circunstancia económica del país y que ha sido carcomido por grupos de presión de gran potencia que ahora exigen criterios más viables. Los poco afortunados intentos de reforma, que no han plasmado, han creado una conciencia de avejentamiento de la Ley de 1893 y urgido aún más el cambio.

Originalmente el Seminario se diseñó como un pequeño Congreso con intervención de destacados juristas de diversos países, aunque no se pudo conseguir por diversas dificultades. Se estudió el tema del modo de acelerar la tramitación en el Registro, la mecánica para dotarle de rapidez, tomándose como ejemplo la técnica que se sigue en el Registro de Buenos Aires, expuesta por el profesor SCOTTI y que el autor resume, incluyendo algún gráfico: un sistema de folio real, un catastro parcelario, una fotocopidora rápida, un fichero y una computadora, han convertido el Registro de la Propiedad de Buenos Aires, de uno dotado de los inconvenientes y deficiencias del sistema francés e italiano en uno que goza de la eficacia de los regímenes tabulares germánicos, sin requerir sustanciales modificaciones. El autor dice entusiasmado que hay una absoluta exactitud, plena seguridad, enorme rapidez, extinción de problemas sustantivos típicos, etc., y el impacto en el tráfico inmobiliario ha sido la principal consecuencia del nuevo sistema.

Termina la crónica diciendo que en cuanto a las implicaciones de este Seminario es indudable que, cuando se den los presupuestos básicos que existen en Argentina, el mismo régimen podrá, no copiarse, pero sí adaptarse. Mientras tanto, será factible alguna mecanización.

El sistema legal de Chile, por FERNANDO FUEYO LANERI, Profesor de Derecho Civil de la Universidad de Chile (núm. 495, marzo-abril 1973, pág. 377).

Aquí se publica la ponencia presentada por el autor al Congreso Internacional del Derecho Registral de Buenos Aires en 1972, en la que describe el sistema legal chileno.

Partiendo de señalar que en el sistema chileno se aplica la teoría románica del título y el modo, la inscripción puede cumplir múltiples funciones:

En primer lugar, según el artículo 686 del Código Civil, se efectuará la tradición del dominio de los bienes raíces por la inscripción del título en el Registro del Conservador.

Por otro lado la inscripción es requisito y prueba de la posesión de los inmuebles. En cuanto a lo primero, el artículo 724 del Código dice que si la causa es de aquellas cuya tradición debe hacerse por inscripción en el Registro del Conservador, nadie podrá adquirir la posesión de ella sino por este medio. Y la inscripción es también prueba de la posesión, refiriéndose a ello en el artículo 924 respecto a los inmuebles con inscripción anterior a un año y el artículo 925 para el caso de los inmuebles no inscritos.

En tercer lugar, en el sistema chileno la inscripción es justo título que habilita para adquirir por prescripción.

La inscripción es también medio de publicidad en los casos de sucesión hereditaria y en las Sentencias declaratorias de la prescripción adquisitiva de inmuebles.

Y por último, la inscripción tiene carácter de solemnidad o es constitutiva en los casos de donaciones irrevocables, hipotecas, censos, usufructos constituidos inter vivos, habitación y propiedad fiduciaria.

Sin embargo, la inscripción por sí no es prueba de dominio y por ello pueden darse dobles inscripciones que dan lugar a las que el autor llama "inscripciones de papel", que son aquellas que se refieren a bienes raíces que no se han poseído de hecho; sólo constituyen, dice, una simple anotación en el Registro del Conservador que no corresponde a una realidad posesoria.

Según el autor, en Chile la inscripción es sólo constitutiva en la función que la Ley le ha conferido; pero en cuanto a sus efectos sustantivos y procesales es sólo declarativa y aún con limitaciones y modalidades.

El Registro está organizado en una oficina denominada Conservador de Bienes Raíces en cada Departamento del territorio nacional, a cargo del Conservador.

Los libros son fundamentalmente tres:

- El Repertorio, para la presentación de los títulos.
- El Registro que, a su vez, se compone de tres libros: El Registro de la Propiedad que recoge las traslaciones del dominio y las inscripciones por vía de publicidad; el Registro de Hipotecas y Gravámenes que recoge las hipotecas, censos, usufructos, uso y habitación, fideicomisos, servidumbres y otros gravámenes; y el Registro de Interdicciones y Prohibiciones de Enajenar.
- El Índice, cronológico y alfabético de personas.

El sistema es de folio personal, quedando relegados a segundo plano la identidad y descripción de las fincas y el Registro es de títulos y no de derechos.

La calificación del Conservador es limitada. Se reduce a un mero examen de los títulos o de otras circunstancias que aparecen de la materialidad de los mismos.

Las fuentes normativas del Derecho registral inmobiliario chileno están en el Código Civil de 1857, el Reglamento del Conservador de Bienes Raíces del mismo año, con modificaciones en 1931 y 1964 y además hay otros textos legales especiales.

El autor termina su trabajo con una fuerte crítica al sistema, que manifiesta estos defectos:

- No se conocen ni actúan los principios registrales.
- La entidad finca no tiene relevancia especial.
- La legislación chilena es arcaica.

Se trata, dice, de un sistema ineficaz e inseguro, con gran proliferación de pleitos, pues la inscripción no acredita el dominio, sino que sólo es requisito, garantía y prueba de la posesión. Igualmente critica una falta de institucionalización y organización unitaria.

Termina el trabajo con varios anexos de textos y bibliografía sobre el tema.

Consideraciones con motivo de un pleito sobre filiación en Derecho puertorriqueño, por EDUARDO VÁZQUEZ BOTE, Decano de estudios en la Cornell University, Puerto Rico (núm. 496, mayo-junio 1973, página 631).

Expone un pleito en el cual tres hijos extramatrimoniales demandaron a los hijos legítimos de su padre natural, en el cual el Tribunal Superior, Sala de Ponce, en Sentencia dictada en junio de 1951 declaró a los demandantes “hijos naturales reconocidos” del padre en cuestión, “con derecho

a llevar su apellido únicamente, esto es, sin derecho a participación hereditaria”, ordenándose la correspondiente inscripción en el Registro demográfico por medio de nota al margen.

En 1968 los mismos demandantes instaron nuevo pleito pidiendo que se declarase la ineficacia de la Sentencia anterior y “que los bienes hereditarios en posesión de los demandados sean repartidos entre ellos y los demandantes”. La misma Sala de Ponce del Tribunal Superior falló en contra de los demandantes, condenándoles en costas. Argumenta el Tribunal que pudiendo haber los demandantes solicitado derechos hereditarios en el pleito inicial sin haberlo hecho, deben estar impedidos de hacerlo ahora bajo la conocida regla de procedimiento que no permite a una parte fraccionar su causa de acción. Apelada esta Sentencia, el Tribunal Supremo desestimó el recurso.

El profesor VÁZQUEZ BOTE, al hilo de estas Sentencias hace un extenso y documentado estudio de las Disposiciones legales vigentes, desde el Código Civil a varias Leyes especiales, constituyendo un auténtico tratado de filiación en el Derecho puertorriqueño, con abundantes citas doctrinales y jurisprudenciales.

Con estas bases critica duramente tanto la Sentencia de 1951 como la posterior, analizando sus considerandos. Y se lamenta que el Tribunal Supremo se limitase a declarar que “no ha lugar” a la apelación, sin entrar en el fondo tanto en aspectos procesales como en cuestiones sustantivas, no haciendo constar las razones para no entrar.

Segundo seminario de Derecho registral en Puerto Rico, por EDUARDO VÁZQUEZ BOTE (núm. 509, julio-agosto 1975, pág. 947).

Auspiciado por el Instituto de Derecho registral y notarial de Puerto Rico, Inc., se celebró, durante los días 18 y 19 de abril de 1975 un pequeño encuentro internacional, en el que participaron representantes de Argentina y de Puerto Rico.

Correspondiéndose con la visión práctica que el jurista puertorriqueño tiene del Derecho, y como destacó el mantenedor del seminario, licenciado DUBÓN, padre, se trataba de hacer una exposición de los problemas que sufre el Registro de la Propiedad puertorriqueño. A tal efecto, la planificación del programa comprendía una exposición de dichos problemas por parte de la representación puertorriqueña, seguida de un análisis de la reserva de prioridad, para terminar con una proyección de diapositivas del Registro Federal Inmobiliario de Buenos Aires, acompañadas de su explicación correspondiente.

Puerto Rico estuvo representado —en palabras de la Dirección Ejecutiva del Instituto— por la crema del Notariado puertorriqueño: señores DUBÓN, MIRANDA, FOURNIER, etc. Argentina envió a dos destacadas figuras de su cuerpo jurídico, los doctores EDGARDO A. SCOTTI y FRANCISCO FONTBONA, quienes no requieren presentación.

El temario se ofrecía sumamente interesante: “El Notario y... 1) El negocio jurídico en gestión en Puerto Rico. 2) Financiamiento interino y permanente. 3) Documentos a otorgarse. 4) Responsabilidad del Notario en la fase asesora y en el momento del otorgamiento de los documentos. 5) Función del Registro de la Propiedad en esta etapa. 6) El seguro del título”.

El Registro Público de Venezuela, por ANGEL CRISTÓBAL MONTES, Catedrático de la Universidad Central de Venezuela y Católica Andrés Bello de Caracas (núm. 520, mayo-junio 1977, págs. 580).

El trabajo, muy extenso y de gran profundidad, está dividido en tres grandes partes: “Presupuestos teóricos”, “Exposición y diagnóstico del sistema registral venezolano” y “Conclusiones y recomendaciones”.

En la primera parte el Profesor Cristóbal Montes desarrolla la doctrina admitida por los hipotecaristas como más adecuada para encontrar las mejores soluciones encaminadas a garantizar el tráfico jurídico de los bienes inmuebles.

El Registro se considera oficina, conjunto de libros o servicio público, es una institución, dice, que tiene por objeto la publicidad de los derechos reales sobre inmuebles por medio de la inscripción en razón de la seguridad jurídica inmobiliaria.

Analiza los principios teóricos como el de prioridad, el de inscripción según los distintos sistemas, el de legalidad, la fe pública registral, la especialidad, el tracto sucesivo y la publicidad formal.

Una vez exployados los supuestos teóricos básicos, el autor entra en la segunda parte que es la exposición y diagnóstico del sistema registral venezolano, que constituye una continuación y ampliación de otro trabajo que se publicó en el número 458 de esta Revista, en enero-febrero de 1967 y que antes hemos resumido.

Según el Profesor CRISTÓBAL MONTES el origen remoto del actual sistema de Venezuela hay que buscarlo en la Real Pragmática de 31 de enero de 1768, redactada por Campomanes y Floridablanca que instauró en España los Oficios o Contadurías de Hipotecas y que trascendió a la mayor parte del suelo colonial americano. No eran verdaderos Registros

de la propiedad raíz, sino menores registros de gravámenes que no cuajaron en Venezuela. Durante la etapa de la Gran Colombia la Ley de 22 de mayo de 1826, inspirada por la Ley francesa de 1816, ordenaba la incorporación a la Hacienda del Oficio de anotación de hipotecas, que tuvo nefastas consecuencias por su carácter híbrido de fiscalidad, separada. Venezuela aparece la Ley del Registro Público de 24 de mayo de 1936 que absorbe al tradicional oficio de hipotecas.

El Registro Público tiene Oficinas principales sentadas en las capitales de provincias y Oficinas subalternas en las cabeceras de los Distritos y a ella acceden una gran gama de hechos, actos y situaciones jurídicas donde se diluyen las genuinas titularidades inmobiliarias y que imposibilita el juego de los principios técnicos de la auténtica publicidad registral.

En la actualidad la normativa registral viene dada por el título XXII del libro III del Código Civil de 1942 (arts. 1.913 a 1.928) y por la Ley de Registro Público de 31 de julio de 1940, reformada parcialmente en 1943 y por el Decreto de 25 de abril de 1958.

La inscripción, salvo contadísimas excepciones, es declarativa, ya que los cambios reales inmobiliarios se producen fuera del Registro limitándose éste a recogerlos y publicarlos. La Ley del Registro desarrolla un polifacético aparato registral en el que tienen entrada actos, contratos, relaciones y documentos de la más variada naturaleza y función. Así en el Protocolo primero entran los documentos sobre la propiedad inmobiliaria, sociedades, documentos sobre minas e hidrocarburos; en el Protocolo segundo, asuntos matrimoniales y ausencias; en el Protocolo tercero, documentos mercantiles de toda clase, poderes, mandatos, etc. y en el Protocolo cuarto, testamentos, codicilos y sucesiones intestadas.

Resulta difícil hablar de una calificación en un sistema tan confuso; es muy restringido y sólo tiene el objetivo de impedir que ingresen al Registro títulos inválidos o imperfectos. Según el artículo 40 de la Ley, los Registradores sólo pueden denegar la protocolización solicitada cuando en los documentos se injurie o calumnie o no se exprese el valor de la casa que es objeto del contrato, cuando les consta la incapacidad de los otorgantes y otros supuestos muy concretos.

No aparece debidamente contemplado en la Ley el principio de legitimación y menos el de fe publica en el sentido conocido; lo único que reconoce es el aspecto negativo, o sea, el que inscribe puede estar seguro de que para él no existe lo no inscrito. En cambio numerosos supuestos de invalidación, resolución o rescisión de la titularidad del transferente quedan fuera del ámbito protector del Registro.

Tampoco el principio de prioridad alcanza la debida formulación en el sistema registral venezolano, por lo que se generan inseguridades y confusiones.

En cuanto a la especialidad, el autor afirma que Venezuela sigue el sistema formal que es el más anacrónico y rudimentario, ya que los documentos se integran en los Protocolos copiados íntegramente bajo una sola serie numérica, en el mismo orden del libro de Presentaciones, sin llevarse el Registro a base de titulares y mucho menos de fincas.

Mucho mas grave, dice, es la ignorancia del básico e imprescindible principio del tracto sucesivo; lo único que exige el artículo 77 de la Ley es que en los documentos traslativos de la propiedad o que impongan gravámenes o limitaciones sobre inmuebles se deberá expresar el título inmediato de adquisición de la propiedad que se transmite o grava.

En el último gran apartado, conclusiones y recomendaciones, el autor confirma su diagnóstico negativo del actual Registro venezolano y su incapacidad para constituir un genuino Registro Inmobiliario. Faltan los presupuestos mínimos y estrictamente considerado más parece Notaría que Registro y el Registrador más que inscribir lo que hace es autorizar documentos.

Hace una crítica pormenorizada de los preceptos legales y termina con unos deseos o recomendaciones encaminadas a la difícil finalidad de enderezar este sistema. Entiende que es necesaria la reforma integral del Registro Público venezolano, pues cualquier retoque no haría más que retrasar la solución global que se juzga urgente y agudizaría unos males que por su gravedad y trascendencia pueden llegar a ser intolerantes.

Prolegómenos al régimen de horizontalidad en Derecho puertorriqueño, por EDUARDO VÁZQUEZ BOTE, Catedrático de Derecho civil (núm. 523, noviembre-diciembre 1977, pág. 1293).

La propiedad horizontal es una figura jurídica que surge cuando los diferentes pisos o "apartamentos" de una casa pertenecen a diversos propietarios. Nos dice el autor que en buen castellano la palabra aplicable es departamento, pero que en Hispanoamérica se ha extendido el uso de "apartamento".

Hace un estudio amplio de esta figura reseñando sus antecedentes. El contenido del artículo 396 del Código español fue mantenido en el artículo 330 del de Puerto Rico que con su modificación por una Ley de 13 de mayo de 1951 sigue casi al pie de la letra a la norma actual española. Por Ley 104 de 25 de junio de 1958 se reguló en la isla la propiedad horizontal y es la que sigue el autor en su exposición.

Estudia la diferencia entre la propiedad horizontal en sentido estricto y las figuras afines como la copropiedad, el derecho de superficie y la urbanización.

En cuanto a su naturaleza jurídica estudia las diversas doctrinas examinando la relevancia que en ella tienen el elemento común y las piezas privativas, para resaltar después la función económico-social de la horizontalidad, centrándolo todo en el prisma particular del derecho puertorriqueño.

En el apartado II del trabajo, el Profesor VÁZQUEZ BOTE estudia la constitución, nacimiento y adquisición de la propiedad horizontal. Según él, el orden de fuentes que regulan esta institución en Puerto Rico es:

- 1.º La Ley de Propiedad Horizontal de 25 de junio de 1958, según ha sido modificada por la Ley de 1976.
- 2.º El Código Civil, como norma supletoria.
- 3.º La Ley Hipotecaria y su Reglamento, como normativa complementaria.

A esto se añaden los contratos particulares y otras disposiciones especiales aplicables.

El acto constitutivo del régimen de propiedad horizontal es la escritura y la inscripción en el Registro de la Propiedad. Cuando esto corre a cargo del promotor o constructor aparece la figura conocida como pre-horizontalidad. Para la posterior modificación del régimen inicial es precisa la anuencia de los titulares que representen la totalidad de los apartamentos del inmueble (art. 8.2.º), igual que en el sistema español.

La adquisición de la cualidad de comunero en la propiedad horizontal puede ser originaria, si coincide con el acto constitutivo o derivativa si la entrada en el procomún es posterior. En todo caso, queda sujeta a las normas generales de la adquisición de los derechos, sin especialidades en Puerto Rico como no sea la exigencia del seguro de títulos, que encarece la compra y no aumenta las garantías.

Como apéndice se incluye todo el texto de la Ley de Propiedad Horizontal, que comprende 53 artículos.

El Registro Mercantil en el Anteproyecto de Código de Comercio de Nicaragua, por JUAN ESCOBAR FORNOS, Magistrado de la Corte de Apelaciones de Masaya (núm. 523, noviembre-diciembre 1977, página 1383).

Constituye el texto de la ponencia presentada por el autor al Seminario sobre este anteproyecto, tendente a la modernización de la legislación mercantil nicaragüense, ciñéndose este trabajo a examinar el Registro Mercantil a la luz de los principios que lo orientan en diversas legislaciones, y especialmente la española.

En el sistema del anteproyecto la inscripción es declarativa, salvo para las sociedades, ya que, según el artículo 112, la sociedad sólo adquirirá personalidad jurídica por su inscripción en el Registro Público de Comercio. En cuanto al problema de la eficacia de los actos anteriores a la inscripción, el anteproyecto establece la responsabilidad solidaria de los socios y se concede la representación de la sociedad frente a terceros a cualquiera de los socios; se regula la responsabilidad ilimitada y solidaria de los promotores, fundadores y directores por los actos y obligaciones contraídas con motivo de la constitución de la sociedad, con asunción de las obligaciones por la sociedad una vez concluido el proceso de su constitución.

En cuanto a la publicidad material en el anteproyecto, no se declara la exactitud del contenido del Registro ni la protección a terceros de buena fe cuando se declara la inexactitud registral; sin embargo, los títulos no inscritos no perjudican a tercero. La publicidad formal se concede a todos cuantos soliciten información del contenido del Registro.

En cuanto a la legalidad, se confiere al Registrador la facultad de revisar si los actos o instrumentos presentados cumplen los requisitos legales, calificando tanto la forma como el fondo del título.

Se establece la negación en el sentido de que la inscripción podrá solicitarse por los otorgantes, los Notarios autorizantes y las personas que tengan interés en autenticar el acto.

En el Registro de Comercio proyectado también juegan los principios de especialidad y tracto sucesivo; éste exige la previa inscripción de la relación jurídica que resultará afectada por el asiento subsiguiente.

El anteproyecto establece Registros de Comercio en la capital de Nicaragua y en cada cabecera departamental. Se crean diez clases de libros, incluyendo el de índice y libros auxiliares, que pueden ser llevados en hojas sueltas, manuscritas o mecanografiadas. Se sigue la técnica de transcripción mediante la protocolización de un ejemplar del contrato y la entrega del otro al interesado, lo que critica el autor que prefiere el sistema de inscripción, buscando la brevedad de los asientos sin sacrificar la publicidad de los datos importantes.

Se deja vigente en el anteproyecto la regulación sobre registro de buques, en que se aplican con mayor intensidad los principios registrales.

Concesión del Premio “Revista Notarial del Colegio de Escribanos de la Provincia de Buenos Aires”. En el número 535 de nuestra Revista correspondiente a los meses de noviembre-diciembre de 1979, en la página 1369, aparece bajo el título “Vida jurídica” la siguiente nota:

Se hace necesario destacar este galardón concedido a nuestro compañero y colaborador de la REVISTA CRITICA DE DERECHO INMOBILIARIO JOSÉ MARÍA CHICO Y ORTIZ por la *Revista de Derecho Notarial de la Provincia de Buenos Aires*, en su sección de “Autores extranjeros”, por el trabajo publicado en la misma sobre “La inscripción registral y el documento notarial” durante el año 1977.

Conforme el artículo 22 del Reglamento que rige los premios anuales que dicha revista concede, corresponde al de “Autores extranjeros” “al que haya presentado la mejor colaboración sobre temas jurídicos, publicada en cada año calendario en la sección Derecho comparado”. El premio consistirá, conforme al artículo 23, en una medalla de oro y diploma y en una suscripción sin cargo por el término de cinco años de *Revista Notarial*.

La Revista se siente identificada con el premio y aprovecha esta ocasión para ofrecer al autor premiado su enhorabuena. Reproducimos seguidamente, en forma literal, el acta que acredita la concesión, y en la cual figuran también como galardonados autores con nombres muy estimados en España, como son LUIS MOISSET DE ESPANÉS, EDGARDO O. SCOTTI y PASCUAL EDUARDO ALFERILLO, a los que extendemos la enhorabuena. Dice así:

En la ciudad de La Plata, a los trece días del mes del julio del año mil novecientos setenta y nueve, reunidos en la sede del Colegio de Escribanos de la Provincia de Buenos Aires los integrantes del Jurado designado para el discernimiento del Premio Revista Notarial, Premio Revista Notarial-Autores Noveles y Premio Revista Notarial-Autores Extranjeros, correspondientes al año 1977, Dr. Horacio Daniel Piombo, Notario; Dr. Tomás Diego Bernard y doctora Elvira Martha Yorío, al momento de la formación del Tribunal, con la presidencia del primero de los nombrados, fueron analizados los trabajos presentados, encuadrados en la reglamentación respectiva, cuyos autores decidieron participar del concurso con sujeción a lo prescrito en el artículo 4.º de la misma. El criterio preponderante para el otorgamiento de los premios fue tener especialmente en cuenta la metodología aplicada, la seriedad expositiva del contenido, la labor investigativa, el léxico jurídico empleado y con la advertencia que su discernimiento no significa en manera alguna adherir a las teorías o conclusiones sostenidas por los autores. Asimismo, respecto del Premio Revista Notarial-

Autores Noveles, se consideró que tales distinciones tienen fundamentalmente el propósito de estimular y alentar a quienes exteriorizan interés por la indagación de los temas del Derecho.

Por ello, se

RESUELVE POR UNANIMIDAD

I) Premio Revista Notarial Año 1977: Otórgase al trabajo titulado "Las costumbres, la tradición jurídica y la originalidad en el Código de Vélez Sarsfield", perteneciente al doctor LUIS MOISSET DE ESPANÉS, publicado en la *Revista Notarial*, número 831.

Accésit al Premio Revista Notarial Año 1977: A los estudios titulados "Desistimiento de la calificación registral", perteneciente al doctor EDGARDO O. SCOTTI (h), aparecido en la *Revista Notarial*, número 832, y "El documento notarial y la prueba preconstituida", perteneciente a la doctora MARTHA BEATRIZ FARINI, publicado en la *Revista Notarial*, número 833.

II) Premio Revista Notarial-Autores Noveles Año 1977: Otórgase al estudio titulado "La mora del acreedor y el curso de los intereses", perteneciente al doctor PASCUAL EDUARDO ALFERILLO, aparecido en la *Revista Notarial*, número 830.

III) Premio Revista Notarial-Autores Extranjeros Año 1977: Otórgase al estudio titulado "La inscripción registral y el documento notarial", perteneciente al doctor JOSÉ MARÍA CHICO Y ORTIZ (España), aparecido en la *Revista Notarial*, número 835.

Familia y régimen económico-matrimonial, por JESÚS LÓPEZ MEDEL, Registrador de la Propiedad de España (núm. 536, enero-febrero 1980, pág. 95).

Este trabajo es una síntesis o resumen de la ponencia presentada por el autor a las IV Jornadas Chilenas de Derecho Natural, celebradas en la Universidad Católica de Santiago de Chile en 1979.

Comienza diciendo que la familia, unidad espiritual, social y política, es la célula de sociedades intermedias. Este hecho histórico se ha reflejado en la cultura, en el arte y en las formas jurídicas. La familia contiene datos humano-naturales que emanan de algo más que la simple unión conyugal sexual y también del mero consenso contractual.

Es unidad social, esquema de vida; es también unidad política, célula social, motor de sociedades intermedias, y por ello la huella familiar es imborrable.

También es la familia una unidad económica, no como célula de pro-

ducción, sino como unidad de consumo, lo que da origen a la existencia de un régimen económico matrimonial que puede adoptar diversas formas, que han variado según las épocas históricas.

El principio de libertad de capitulaciones o contratos matrimoniales es una tendencia generalizada.

Otra nota de las tendencias es que en los regímenes legales, subsidiarios para cuando no hay pactos, se amplía el sentido de la comunidad de bienes.

Se tiende también a la constatación publicitaria o registral de los contratos con ocasión del matrimonio, así como las consecuencias para terceros de uno u otro régimen matrimonial, sea legal o contractual.

Por último, en las tendencias en las que se refleja el sentido natural y cristiano de respeto a la dignidad personal de los cónyuges, destacando su esfuerzo para la sobrevivencia matrimonial y de los hijos, se tiende a proteger el patrimonio familiar, singularmente en el orden agrario, a través de las llamadas explotaciones agrarias familiares.

En definitiva, concluye el autor en su ponencia, por el instituto del régimen económico-matrimonial se destaca, una vez más, el sentido de la unidad familiar y su contenido moral y material, si es que no se quiere caer indirectamente en modelos de sociedad no humanistas.

Significado de un Código de familia, por EDUARDO VÁZQUEZ BOTE (número 536, enero-febrero 1980, pág. 101).

Este trabajo es el texto de la comunicación presentada por el autor a la XXI Conferencia Interamericana de Abogados, celebrada en San Juan de Puerto Rico en 1979.

Si el Derecho es una manifestación social en cuanto que surge y opera en el ámbito de las relaciones sociales, el autor se pregunta qué significado puede darse a la tendencia, que se va generalizando, de plasmar las relaciones familiares en un Código propio.

A seguido, se formula otras dos cuestiones:

- a) ¿Significa codificar el Derecho familiar introducir en las relaciones familiares el conflicto de intereses como criterio general?
- b) La "mercantilización" del Derecho, ¿implica introducir en las relaciones jurídico-familiares la noción de valor en cambio?

Concebida la familia como grupo coherente, protegerla es tanto como tomarla en consideración como tal entidad, y por ello su reglamentación debe ser técnica, instrumentando una normativa que regule sus relaciones

o conflictos de intereses. Por el contrario, la legislación familiar nos ofrece un panorama muy distinto, pues más bien se dirige a resolver cuestiones entre los miembros familiares.

Propugna el autor una regulación de la familia para preservarla de su disociación, con relevancia en favor de un fin de conjunción de intereses. No se trata de volver a los viejos moldes que absorbían la posición de los miembros en reconocimiento de las facultades en favor de los dirigentes. Venga un Código de familia, dice, concebido como Derecho social, esto es, como una reglamentación técnica que puede compaginar con éxito familia y sociedad. Que todo sujeto sea considerado no sólo por su actividad útil, pero que esta actividad se determine en relación con otros miembros sociales. De no ser así, el Código familiar será más bien un obstáculo en el derrotero de erigir un sistema de convivencia social.

Jornadas registrales en Argentina, por CATALINO RAMÍREZ RAMÍREZ, Registrador de la Propiedad de España. Bajo este título y en la sección "Vida Jurídica" del número 542 de nuestra Revista, correspondiente a enero-febrero de 1981, se reseña la visita de varios Registradores españoles a Argentina.

Recogemos los párrafos más salientes:

"La justificación de la presencia de un grupo de Registradores en Buenos Aires y Córdoba, en misión profesional, se basaba en la gentileza que la *Revista Notarial del Colegio de Escribanos de la Provincia de Buenos Aires* había tenido con JOSÉ MARÍA CHICO al concederle el Premio Medalla de Oro al mejor trabajo extranjero publicado en la misma revista durante el año 1977. A una gentileza, los españoles corresponden siempre con una cortesía, y así lo que pudo ser un mero acto protocolario se convirtió en una manifestación corporativa de misión registral, plena de matices afectuosos y de realidades jurídicas.

El premio concedido a nuestro compañero provocó dos reacciones en el seno de nuestra corporación. De una parte, la Junta del Ilustre Colegio de Registradores acordó por unanimidad conceder su representación al galardonado para que llevase hasta Argentina sus cartas credenciales de presencia hipotecaria. De otra, un grupo de compañeros decidimos acompañarle para ser testigos de la entrega y ayudarle en los coloquios que habrían de seguir a las conferencias proyectadas. Todo en la línea de otras ocasiones, en que se ha repetido la intervención española registral en tierras americanas.

La cordialidad de los argentinos, demostrada en cuantas ocasiones se

ha puesto a prueba; la identificación de pareceres, el intercambio de realidades y esa capacidad de organización que rinde culto a su raíz hispánica hicieron todo lo demás. En el recuerdo de todos están las múltiples amabilidades con que rodearon el recibimiento.

El grupo español estuvo integrado por los siguientes Registradores, por orden de escalafón: JOSÉ ANTONIO GARCÍA Y GARCÍA (Santander), RAMÓN DE LA RICA MARITORENA (Torrejón), RAFAEL MARTÍNEZ PASALODOS (Villanueva y la Geltrú), JOSÉ MARÍA CHICO Y ORTIZ (Azpeitia), MANUEL VILLARES VALDÉS (Ordenes-Arzúa), CATALINO RAMÍREZ RAMÍREZ (Manresa), ABELARDO GIL MARQUÉS (San Feliú de Llobregat) e HIPÓLITO RODRÍGUEZ AYUSO (Bilbao). El programa a desarrollar era el de estar presentes en la entrega de la distinción en un acto académico que coincidía con el 85 aniversario de la fundación de la *Revista Notarial* en la ciudad de La Plata, sede del Colegio de Escribanos de la Provincia de Buenos Aires, donde, además, habría de pronunciar una conferencia CHICO Y ORTIZ sobre el tema "Tres momentos de la legislación hipotecaria española", seguida de coloquio con la colaboración de los componentes del grupo. En la ciudad de Córdoba estaba anunciada otra conferencia de CHICO sobre el tema "Presente y futuro de la institución registral", seguida también de coloquio.

En el primer acto, la entrega de las medallas de oro que concede anualmente la *Revista Notarial* reviste una gran solemnidad, con asistencia de todos los galardonados, y este año se engrandecía al cumplirse, como hemos dicho, el 85 aniversario de la fundación de la revista. Las fechas inicialmente señaladas obligaron al grupo español a proyectar el viaje cuando las obras del Colegio no habían sido terminadas, lo cual hizo que el acto académico fuera especialmente dedicado a los españoles.

La jornada vivida en La Plata fue rodeada de una gran cordialidad.

En la sede del Colegio de Escribanos se celebró el acto académico de entrega de la medalla de oro y conferencia anunciada. Presidió el acto el Notario LUIS LLORENS, en representación del Presidente, doctor NÉSTOR O. PÉREZ LOZANO, por encontrarse en la reunión del Consejo Federal del Notariado en La Rioja. Estuvieron presentes el agregado cultural de la Embajada de España, FERNANDO DE OTAZU ZULUETA; el secretario de Asuntos Previsionales y Personal, Notario HÉCTOR CARATTOLI; el rector de la Universidad Notarial Argentina, doctor DIEGO TOMÁS BERNARD; el director del Registro de la capital federal, doctor EDGARDO A. SCOTTI; el director del Registro de la provincia, doctor ALBERTO JOSÉ CALDERA; los subdirectores de dicho Registro, doctores ULISES HORACIO LUGANO y EFRAÍN CARLOS PASCUA; el escribano general de gobierno, ALBERTO ORTIZ BRIASCO; el presidente del Colegio de Magistrados y Funcionarios

del Poder Judicial, doctor GUALBERTO LUCAS SOSA; los miembros representantes del Instituto de Cultura Notarial, doctores LAUREANO A. MOREIRA y ERNESTO VALES; el secretario académico de la Universidad Notarial y Fiscal en lo Penal, doctor BRUNO CASTELLER; el presidente de la Federación de Instituciones Culturales y Deportivas de La Plata, señor JOSÉ MARÍA PRADO; el miembro del Instituto Platense de Cultura Hispánica, señor JAIME SUREDA; jueces, secretarios, consejeros de la Institución, aparte de la directora de la revista ELVIRA MARTA YORIO; el secretario, doctor SARUBO; el presidente de Relaciones Públicas del Colegio, Notario HÉCTOR JOAQUÍN BLANES; el vocal de Relaciones Públicas, Notario DE LORENCIS, y la doctora DELIA YORDANO, y mucha gente que acudió al llamamiento, como, por ejemplo, el doctor FOMBONA y muchos otros conocidos de los Congresos Registrales efectuados en América y en España.

Hizo la presentación del conferenciante el Notario LUIS LLORENS, vicepresidente del Colegio Notarial, que destacó la importancia del acto y lo que significaba esa embajada cultural que España enviaba a través de unos destacados miembros del Colegio de Registradores. Se entregaron a CHICO Y ORTIZ una colección de Digesto Registral de manos del asesor del Colegio, doctor JAIME CERDÁ, y por parte del doctor LLORENS una placa recordatoria del paso por el Colegio Notarial. Posteriormente, la doctora YORIO, tras pronunciar unas palabras en las que recorrió la trayectoria del galardonado en su aportación jurídica, entregó la medalla de oro, con su inscripción y el diploma que acredita el premio por su trabajo "La inscripción y el documento notarial como medios de construcción jurídica", correspondiente a 1977. También se entregaron al resto del grupo español unas placas en las que se hace mención igualmente de su paso por el Colegio de Escribanos de la Provincia de Buenos Aires.

CHICO Y ORTIZ, en la representación que ostentaba del Colegio Nacional de Registradores, hizo entrega, previa lectura de las cartas representativas, de diversas insignias de Registradores de la Propiedad a los siguientes señores: Notario PÉREZ LOZANO, LUIS LLORENS, TOMÁS DIEGO BERNARD, ELVIRA MARTA YORIO y HÉCTOR J. BLANES. Seguidamente se pronunció la conferencia que se acompaña a estas notas y, abierto el coloquio, intervinieron por parte argentina el doctor SCOTTI, con su acertada medición de conceptos y acusado acercamiento al sistema hipotecario español; el profesor FONTBONA, con su verbo fácil y su gran conocimiento de la legislación argentina, y el subdirector del Registro de La Plata, doctor LUGANO, que con profundidad de conocimientos hizo exposición del gran problema de la independencia registral. Por parte española se destacó la intervención de GIL MARQUÉS, que analizó lo que es y significa

en el momento actual la institución registral y la figura del Registrador de la Propiedad. El conferenciante contestó a todos con notas de humor al volver a encontrarse con figuras conocidas, como dijimos, de los diversos Congresos Registrales.

Terminadas las Jornadas platenses, aún quedaba el compromiso contraído con la Universidad de Córdoba, a través de su ilustre miembro LUIS MOISSET DE ESPANÉS, y con el Colegio de Escribanos de aquella ciudad, en cuya sede se pronunciaría una conferencia por CHICO Y ORTIZ bajo el título "Presente y futuro de la institución registral". Por la mañana se visitó la capital, con especial detención en la Universidad, donde nos recibió su rector, enseñándonos el salón de toma de grados y la biblioteca con los manuscritos de VÉLEZ, autor del Código Civil de Argentina. Abandonamos la Universidad de San Carlos con el recuerdo de su lema: "Para que difundas mi nombre por todas partes".

Por la tarde se efectuó el acto académico en el Colegio de Escribanos, en el que toda su directiva recibió y obsequió a los Registradores españoles. Se celebró el acto bajo la presidencia del vicepresidente del Colegio, MIGUEL LORENZO RE, teniendo dicho acto dos partes. En la primera, CHICO Y ORTIZ pronunció su conferencia anunciada, en forma breve y esquemática, para que pudiera, en la segunda parte, desarrollar y ampliar alguna de las ideas nuestro compañero GIL MARQUÉS. Ambos conferenciantes fueron muy aplaudidos, interviniendo seguidamente LUIS MOISSET, que hizo un elogio de los conferenciantes y destacó la necesidad de sucesivos encuentros entre los juristas españoles y argentinos."

Centenario de la Ley Hipotecaria y celebración del Día de la Ley. San Juan de Puerto Rico, 1 de mayo de 1980 (núm. 548, enero-febrero 1982, pág. 147).

El día 1 de mayo de 1980 se cumplían los cien años en que la Ley Hipotecaria española comenzó a regir por primera vez al hacerse extensiva su aplicación a la isla por Real Decreto de 6 de diciembre de 1878. Coincidiendo en ese día del centenario, como fiesta anual, el de la celebración del "Día de la Ley".

La presencia española en esos actos y singularmente en la celebración del centenario era imprescindible, habida cuenta que la fecha iba unida a una Ley que establece en el año 1861 un sistema hipotecario que en sus bases y estructuras sigue siendo el mismo, a pesar de las sucesivas reformas que aquel texto legal sufriera posteriormente. A este efecto el Colegio Nacional de Registradores designó a RAFAEL ARNÁIZ EGUREN y JOSÉ

MARÍA CHICO Y ORTIZ para que oficialmente representaran a la Corporación e intervinieran con sendos trabajos en el conjunto de actos a celebrar en la ciudad de San Juan de Puerto Rico. Esta crónica forzosamente ha de quedar reducida en extensión y profundidad, ya que un luctuoso acontecimiento desdibujó el programa de actos previsto y hubo de sufrir aplazamientos y supresiones. El fallecimiento del prohombre de Puerto Rico don LUIS MUÑOZ MARÍN paralizó totalmente la actividad de la isla, que masivamente fue a rendir tributo de admiración durante el entierro y funerales allí celebrados. La declaración de siete días de luto nacional restringió todo acto oficial y limitó la asistencia a los profesionales. El reajuste de intervenciones hubo de ser obligado a la vista de que las diferentes delegaciones asistentes habían confeccionado su programa acomodándolo a los días previstos inicialmente.

La sesión de apertura se desarrolló con una serie de intervenciones y después de oír los himnos nacionales. En el salón de actos del Colegio de Abogados de San Juan de Puerto Rico y bajo el lema que preside la institución, “Honrando la Toga”, se fueron sucediendo el conjunto de discursos por las diferentes personalidades.

Aparte del centenario de la Ley Hipotecaria se celebraba también el Día de la Ley, en el cual se persigue el propósito de fomentar la igualdad y la justicia, y la conciencia ciudadana de sus derechos y deberes. Estas ideas, que se repiten en la proclama del gobernador, son muy de tener en cuenta en un deseo de emulación, ya que nuestro calendario recoge numerosas exaltaciones sobre el “trabajo”, las “fuerzas armadas”, la “madre”, el “padre”, los “santos”, los “difuntos”, etc., es decir, instituciones que exigen por una sociedad una conmemoración. No sería, por ello, descabellado que se estableciera el día de la celebración o exaltación de la Ley, aunque, claro, si ésta comienza a prestigiarse y a ser buena sin necesidad de que la complementen esa legión de Reales Decretos, Ordenes y demás disposiciones, pues de lo contrario lo mejor sería seguir como estamos o pensar en un día del “Derecho” en el que se exaltase el gran papel a desempeñar por los juristas como servidores públicos, como profesionales y como miembros de una sociedad regida por sus normas. De esta manera, nos alejaríamos un poco del abuso legislativo que significa la invocación administrativa de la legalidad vigente y volveríamos —en la famosa idea de SCHULZ— a tratar de ser el pueblo del Derecho, que nunca fue el pueblo de la Ley.

En la celebración del centenario de la Ley Hipotecaria el programa tenía previsto el desarrollo de una serie de ponencias o conferencias seguidas de coloquio. Citamos por el orden en que aparecían programadas: “La responsabilidad del Notario con relación a las transacciones inmobiliarias y su inscripción en el Registro”; “Los documentos judiciales y su inscrip-

ción en el Registro”; “División de la sociedad de gananciales por divorcio o por muerte de uno de los cónyuges y su inscripción en el Registro”; “El concepto novel de faltas que impidan la registración de los documentos bajo la nueva Ley Hipotecaria”; “El nuevo Código de quiebra y sus efectos con relación a las transacciones inmobiliarias bajo la Ley Hipotecaria vigente y la nueva Ley Hipotecaria”. A la delegación española se le había encomendado un estudio de la Ley número 198 (“Ley Hipotecaria y del Registro de la Propiedad”), publicada y en período de acomodación, dividiendo la materia en un estudio genérico que haría JOSÉ MARÍA CHICO Y ORTIZ en base comparativa con la legislación española, y un desarrollo de diversos temas a cargo de RAFAEL ARNAIZ EGUREN. Estas dos intervenciones, seguidas de un coloquio celebrado en el Colegio de Abogados de San Juan el día 3 de mayo, siguen a estas notas tal y como se expusieron.

Estudio comparativo de dos legislaciones hipotecarias, por JOSÉ MARÍA CHICO Y ORTIZ, Registrador de la Propiedad de España (núm. 548, enero-febrero 1982, pág. 151).

Su texto es el de la conferencia pronunciada por el autor en San Juan de Puerto Rico el 1 de mayo de 1980, y que resumimos.

Empezó señalando el sentido general de la reforma introducida en la legislación hipotecaria puertorriqueña:

“La legislación vigente hasta la reforma sufrida en ella por la Ley número 198 se encontraba en el Título IX, Libro II, del Código Civil; en la Ley Hipotecaria de 1893 (14 de julio de 1893) y en el Reglamento Hipotecario del mismo año (18 de julio de 1893), así como en la Ley número 3, aprobada el 2 de septiembre de 1955, según enmendada, excepto la sección referente a sueldos de Registradores; la Ley de 1 de marzo de 1902, conocida como Ley de Recursos Gubernativos, enmendada, y Ley número 62, aprobada el 21 de julio de 1923, según enmendada. Esta legislación, en sus líneas generales, era muy semejante a la que rigió hasta que la isla de Puerto Rico dejó de ser provincia hispana en el año 1898 y que estaba constituida por las Leyes de 16 de noviembre de 1878 y Reglamento de 15 de febrero de 1879. La razón de que en el presente mes y año celebremos el centenario de esta legislación está en que el 1 de mayo de 1880 la Ley Hipotecaria española empezó a regir en Puerto Rico por primera vez al hacerse extensiva a la isla por Real Decreto de 6 de diciembre de 1878.

En sentido general, podrían apuntarse como tendencias generales de la nueva legislación:

1. Un acercamiento terminológico a la legislación hipotecaria española en su versión de los años 1944-1946, con aceptaciones de matices diferenciales en materia de la figura de la “reserva de prioridad”, solución recomendada en las conclusiones de los Congresos Registrales I y II celebrados en Argentina y Madrid.

2. Carácter general de simple mejora externa o formal que impone ‘una reforma que, conservando todos los principios que aseguran el tráfico inmobiliario del país, permita que éste se desenvuelva con todo el dinamismo que caracteriza a nuestra economía...’, según frases del honorable gobernador.

3. Rechazar el sistema del ‘seguro de títulos’, que es el medio utilizado en Estados Unidos para suplir la falta de un organismo que ofrezca publicidad sobre la cual pueda basarse el principio de seguridad del tráfico.

4. Aceptar las sugerencias del Tribunal Supremo sobre la necesidad de reformar la Ley Hipotecaria, a fin de ponerla a la altura de la moderna Ley española, especialmente en lo concerniente al tratamiento que ha de darse a los títulos que adolezcan de faltas subsanables.

5. Tratar de solucionar el aspecto formal de los Registros, intentando superar el estado actual deplorable de los libros de inscripciones. La existencia de libros completamente destruidos y con encuadernación inservible hace totalmente dificultosa la consulta y expedición de certificaciones que acrediten la situación jurídica de la finca. Igualmente, la dirección de la reforma se dirige a la eliminación de un conjunto de documentos que se encuentran en cada oficina.”

A continuación estudió comparativamente la organización del Registro en ambos países, la función de la inscripción en el proceso enajenativo, los actos y documentos inscribibles, los principios fundamentales del sistema, para acabar con los distintos asientos y sus circunstancias.

Notas sobre la Ley número 198, Ley Hipotecaria y del Registro de la Propiedad de Puerto Rico, por RAFAEL ARNÁIZ EGUREN, Registrador de la Propiedad de España (núm. 548, enero-febrero 1982, pág. 175).

Es también una conferencia dada en San Juan de Puerto Rico el 1 de mayo de 1980, en el centenario de la vigencia de la legislación hipotecaria española en aquella isla.

Tras el estudio comparativo que precede, que realizó JOSÉ MARÍA CHICO, aquí el autor expone de forma sucinta algunas de las ideas sobre determinadas instituciones de la nueva Ley de Puerto Rico:

“La elección de estos aspectos se han basado en dos criterios. Se

comentan aquellos aspectos del proyecto de Ley en los que se introducen algunas instituciones que resultan novedosas en el Derecho español y algún otro que por su importancia y trascendencia en el momento actual resulta de interés para cualquier jurista.

Dentro del primer grupo, vamos a hacer una breve exposición sobre el procedimiento de inscripción previsto en los artículos 52 y siguientes del proyecto de Ley, sobre la reserva de prioridad que regulan los artículos 54 y 55, y sobre el tratamiento de las faltas que recogen los artículos 68 y concordantes de dicho proyecto.

Desde otro punto de vista y atendiendo a su extraordinaria aplicación en el mundo inmobiliario moderno, sobre todo en función de la constante multiplicación de titularidades dominicales, vamos a hacer una breve referencia al tratamiento, que tanto el proyecto de Ley del Estado Libre como los distintos proyectos en marcha en nuestro país están dando a lo que en frase de SOPENA vienen a denominarse propiedades horizontales tumbadas, que en determinados supuestos prácticos inscritos en los Registros de la Propiedad españoles se denominan complejos inmobiliarios de dominio y en los actuales estudios legislativos españoles conjuntos urbanos o conjuntos inmobiliarios.”

En cuanto al procedimiento registral en la nueva Ley, se sigue en líneas generales al sistema español, con algunas diferencias:

- a) El asiento de presentación no caduca a los sesenta días de su fecha, sino a partir del día en que el Registrador notifique, en su caso, la existencia de un defecto en el documento presentado.
- b) En el artículo 70 se establece un recurso de reposición de carácter previo al recurso gubernativo contra la calificación registral.

En cuanto a la reserva de prioridad, el sistema que preconiza la Ley número 198 consiste en establecer la posibilidad de preferencia y rango hipotecario para el negocio futuro, siempre que por el Notario autorizante del mismo se notifique al Registrador de la Propiedad la intención de llevarlo a efecto y de presentarlo en el Diario en el plazo preclusivo de diez a veinticinco días, respectivamente, a partir de la fecha de la presentación de la solicitud. Para ello es necesario que por parte del fedatario se haga constar el consentimiento del titular registral y el señalamiento de las partes que hayan de intervenir en el futuro negocio.

Constituye una nueva modalidad de tratamiento de los defectos el establecido en el artículo 68 de la Ley 198. Aquí, sin embargo, no cabe decir que la Ley Hipotecaria del Estado Libre Asociado se aparte excesivamente del viejo sistema español. Tampoco en la Ley Hipotecaria aparece clara una distinción entre las faltas subsanables e insubsanables que cons-

tituye un auténtico quebradero de cabeza para todos, la doctrina prácticamente a partir de 1861. Las posiciones son tantas como los autores. Sin embargo, lo cierto es que el tratamiento que la Ley 198 hace de los vicios en el título parece que todas las faltas tienen el carácter de subsanables, puesto que todas pueden dar lugar a anotación preventiva.

Sobre la inscripción de conjuntos inmobiliarios, nos encontramos ante un supuesto que ni la Ley Hipotecaria vigente en España, ni la Ley 198, recogen con nitidez y claridad. Es cierto que esta última, en el artículo 86, párrafo tercero, admite la posibilidad de unión al edificio construido en Propiedad Horizontal de fincas no colindantes para que en calidad de elementos comunes o anejos inseparables presten servicios a aquél con la calificación de elementos comunes voluntarios.

En realidad nos encontramos ante un fenómeno nacido directamente de los usos urbanos bajo tipología de edificación abierta o de edificación cerrada en los sistemas de manzana, cuya traducción registral no ha sido objeto aún de un tratamiento verdaderamente eficaz.

El sistema de atribución *propter rem* de los inmuebles a quien resulte titular de otros distintos es técnica que, evidentemente, se da de forma clara en la Propiedad Horizontal y responde al viejo sistema de la servidumbre predial, pero no ha sido aplicado aún, a lo que en términos generales se denomina urbanización o conjunto inmobiliario, en el sentido que recoge el párrafo primero de la proposición de la Comisión Segunda del III Congreso Internacional de Derecho Registral.

Ateneo hispano-rioplatense de Derecho Registral y VII Colación de Grados en la Universidad Notarial Argentina (núm. 551, julio-agosto 1982, pág. 1027).

Conjuntamente, el Colegio de Escribanos de la Provincia de Buenos Aires y la Universidad Notarial Argentina organizaron durante los días 24 a 26 de noviembre de 1981 un Ateneo de Derecho Registral, haciendo coincidir su clausura con el acto solemne de la VII Colación de Grados de la Universidad. En dichos actos figuraba como ceremonia especial la entrega a JOSÉ MARÍA CHICO Y ORTIZ, Registrador de la Propiedad, del diploma de Profesor Honorario de la Universidad Notarial. Es la cuarta vez que este diploma se otorga, siendo España la que ocupa este lugar después de Puerto Rico, Chile y México.

Los actos tuvieron una afluencia masiva de profesionales y universitarios y se celebraron en la sede de la Institución del Colegio de Escribanos de la Provincia de Buenos Aires, en La Plata. Los temas elegidos fueron de singular importancia por el contraste de sistemas que se ofrecían a

exposición y discusión: “La calificación registral” y la “Integridad de la fe pública registral y los terceros adquirentes de buena fe”. En el tema de la calificación fueron tres los ponentes: JOSÉ MARÍA CHICO Y ORTIZ, en la parte española, que abrió la sesión; el doctor don JULIO BARDILLO, director general de los Registros de Uruguay, y el doctor don LUIS MOISSET DE ESPANÉS, catedrático de Derecho Civil de la Universidad de Córdoba. El panel sobre el tema de la integridad de la fe pública registral tuvo mayoría argentina, participando el doctor ALBERTO D. MOLINARIO (Universidad Notarial Argentina), doctor JORGE H. ALTERINI (Universidad Notarial de La Plata), doctor NÉSTOR O. GÓMEZ (Instituto de Derecho Registral de la UNA), doctor ULISES HORACIO LUGANO (Registro de la Propiedad Inmueble de la Provincia de Buenos Aires), doctor LUIS O. ANDORNO (Magistrado de Argentina) y JOSÉ MARÍA CHICO Y ORTIZ (Registrador General de la Propiedad Intelectual de España).

La delegación española, por diversas causas, quedó esta vez reducida a RAFAEL MARTÍNEZ PASALODOS, Registrador de Villanueva y la Geltrú, y GREGORIO MADERO DE LA FUENTE, Registrador de Villafranca del Penedés, quienes con JOSÉ MARÍA CHICO Y ORTIZ y sus respectivas esposas viajaron expresamente para asistir a dichos actos. Urge destacar la gran cordialidad con que se trató a la delegación española y la serie de atenciones públicas y privadas que la misma recibió durante los días de su estancia en Argentina. Aparte de los dos actos de la Colación de Grados y celebración del Ateneo, en todo momento los españoles estuvieron singularmente atendidos con esa hermandad que emana entre personas que se comprenden.

La publicidad registral en el Código de Aguas de la provincia de Córdoba (República Argentina), por LUIS MOISSET DE ESPANÉS, Catedrático titular de Derecho civil de Córdoba (núm. 563, julio-agosto 1984, pág. 869).

El autor explica previamente la autonomía legislativa de la provincia argentina. Al producirse en 1810 la emancipación de las colonias españolas de América, las distintas gobernaciones que integraban el virreinato del Río de la Plata fueron formando naciones independientes como Bolivia, Paraguay y Uruguay. Argentina consolidó su organización en la Constitución de 1853 adoptando la forma de República federal.

Las provincias gozan de autonomía y conservan todas las facultades que no delegan en el poder central conservando poderes legislativos.

Así ocurre con el Registro de Hipotecas; el Código estableció la nece-

sidad de inscribir este derecho real en un Registro, pero dejó a las provincias la organización administrativa de ese Registro.

Con relación al derecho de aguas ocurre también algo similar. Las normas de fondo son dictadas por el Congreso de la nación, que dispone cuáles son las aguas de carácter público y cuáles las privadas; pero las provincias regulan el uso de las aguas públicas en sus respectivos territorios.

La provincia de Córdoba, a la que se refiere el autor, tenía desde hace más de cuarenta años una Ley de Riego necesitada de modernización, y por ello, tras varios estudios y proyectos, el 21 de mayo de 1973 el Gobernador de la provincia sancionó y promulgó el Decreto-Ley número 5589 por el que se aprobaba el nuevo Código de Aguas.

Se ponen en relación el Catastro, el Aforo y el Registro de Aguas. En el artículo 70 se manifiesta que en lo sucesivo no podrán otorgarse concesiones permanentes mientras no sea aforada la fuente de provisión.

Tras exponer el concepto y funciones de la publicidad, el trabajo analiza la propiedad de las aguas en relación con el Registro especial. El artículo 17 se ocupa de las obligaciones de los titulares de aguas privadas, disponiendo, entre otras, que estas personas están obligadas a inscribir su título en el Registro de Aguas Privadas; y el artículo 18 determina los efectos de esa inscripción que son de mera publicidad, pero que no añade nada a la validez de los actos inscritos.

En cuanto a las aguas públicas, el artículo 19 dispone que debe llevarse registro de las mismas otorgadas en uso mediante concesión o permiso, así como de las empresas perforadoras para extracción de aguas subterráneas. Sigue diciendo en el artículo 20 que estos Registros son públicos y que el derecho al uso privativo del agua pública sólo producirá efectos con respecto a terceros desde el momento de la inscripción.

En el amplísimo trabajo que resumimos hay un apartado dedicado a estudiar las relaciones del Registro de Aguas con el Registro de la Propiedad Inmueble. Señala que sólo se han de proyectar en este último las concesiones de aguas públicas de carácter real que sean inherentes al inmueble, y no las concesiones personales. En cuanto al uso de aguas privadas, no se ha considerado necesaria su inscripción en el Registro Inmobiliario, pues es una facultad de los propietarios de las fincas, un derecho anexo y no un derecho real autónomo.

La vigencia del asiento de presentación en la nueva Ley Hipotecaria de Puerto Rico; por EDUARDO VÁZQUEZ BOTE (núm. 564, septiembre-octubre 1984, pág. 1197).

Con fecha 8 de agosto de 1979 se aprobó la Ley número 198, que deroga la Ley Hipotecaria de 1893. La nueva normativa, dirigida según intención legislativa no expresada exactamente a “modernizar” el sistema registral y superar los “arcaísmos” de la legislación anterior, parece crear múltiples problemas al intérprete. Ciertamente, no es ahora el momento adecuado para tratar de los mismos, pero sí puede elegirse uno de los menores que se ofrecen, cual es la vigencia que tenga el asiento de presentación.

Explica el autor que en Puerto Rico se había generalizado la práctica de que presentado un título en el Registro y extendido el asiento de presentación, éste quedaba dilatado porque, con frecuencia, el título presentado adolecía de defectos que el Registrador comunicaba por vía oficiosa. Entonces se procedía a corregirlo o se ampliaba la consulta al Registrador hasta que, si había acuerdo, se inscribía, o si había discrepancia se calificaba definitivamente a efectos del recurso.

Al redactarse el nuevo texto legal se ha convertido en norma aquella permisividad, resultando un precepto anómalo.

Establece el artículo 52 de la Ley que “el término del asiento de presentación caducará a los sesenta días a partir de la notificación por defecto del documento presentado”. Tan tajante afirmación del párrafo segundo del precepto citado está, sin embargo, negada por el párrafo primero, a cuyo tenor: “se registrarán los documentos dentro de los sesenta días siguientes a su presentación o de corregidas las faltas que se hayan señalado o de radicado el escrito de recalificación, excepto cuando medie justa causa, de acuerdo con lo dispuesto en el Reglamento”. Dentro del mismo término notificarán las faltas y actuarán respecto de los títulos defectuosos conforme al artículo 69 (énfasis añadido).

La combinación de ambos preceptos permite deducir que el plazo de vigencia del asiento de presentación es de sesenta días, pero que ese término no puede comenzarse a computar: *a)* desde la presentación del documento; *b)* del momento en que quedan corregidas las faltas; *c)* de sometido el escrito de recalificación (*sic*); *d)* cualquier otro término que el Reglamento fijar en su momento si mediare justa causa.

Por consiguiente, dado que el comienzo del cómputo del plazo de vigencia depende de otro factor que determina el inicio, parece obvio aseverar que, por el momento, no existe plazo de vigencia del asiento de presencia, en el sentido de un plazo exacto, general, conforme y sin perjuicio de las ampliaciones que puedan admitirse conforme con la Ley.

Pero el párrafo segundo del artículo 52 parece abrir la puerta a un problema diverso —o quizá adicional—, al determinar la suspensión de la interrupción del plazo de vigencia de la presentación “cuando dentro del mismo ocurran cualquiera de las siguientes situaciones:

- 1.^a Se corrija el defecto notificado según lo dispuesto en el artículo 69.
- 2.^a Se radique ante el Registrador el escrito solicitando recalificación, que dispone el artículo 70.
- 3.^a Se tome anotación preventiva por sesenta días, dispuesta en el artículo 71.
- 4.^a Se recurra gubernativamente, de acuerdo con el artículo 76 (énfasis añadido)”.

El artículo 69 determina que “si el Registrador observare alguna falta en el documento notificará su calificación por escrito al presentante y al Notario autorizante, si así pidiere en el asiento de presentación, bien por entrega personal o por correo, para que corrijan las faltas durante el plazo de sesenta días a partir de la fecha de la notificación”. Añadiendo el párrafo tercero del citado artículo 69 que “si se hiciere más de una notificación se comenzará a contar el plazo desde la última”.

Ahora es ya claro de verdad que el asiento de presentación no tiene plazo de vigencia propio, porque el inicio del cómputo se hace depender de la notificación al interesado por el Registrador. Por consiguiente, si el Registrador tarda en comunicar seiscientos días, ése será el plazo de vigencia del asiento de presentación.

Contra esta posibilidad, adquiere sentido relativo el artículo 52 al ordenar que se inscriban los documentos dentro de los sesenta días siguientes a su presentación, dando así la impresión de que el Registrador notificará siempre antes de los sesenta días de presentado el documento para cumplir con dicha obligación legal. Pero, ciertamente, el propio artículo 52 previene ante tal ilusión, al advertir que esa obligación de registrar no opera si se corrigen las faltas, se somete escrito de recalificación o por justa causa.

“No obstante lo dispuesto en el artículo anterior —dice el art. 70—, el presentante o el interesado que no esté conforme con la calificación del Registrador podrá, dentro del término improrrogable de veinte días siguientes a la fecha de la notificación, radicar personalmente con el Registrador (*sic*) o remitirle por correo certificado un escrito solicitando recalificación (*sic*), exponiendo sus objeciones a la calificación, los fundamentos en que se apoya su recurso y una súplica específica de lo que interesa...” La presentación del escrito implica, por disposición del artículo 69, párrafo

segundo, inciso tercero, la interrupción del plazo de vigencia del asiento de presentación, que seguimos sin saber cuándo comienza, pero que funciona durante sesenta días, a contar de la notificación.

Que la petición de reserva de prioridad es una presentación parece claro, aunque, obviamente, no provoca la extensión de este asiento, sino que genera una nota al margen del mismo. Pero, en todo caso, no parece congruente la nueva Ley, que al referirse al destino de la solicitud de reserva señala tajantemente que por ser sus requisitos de estricto cumplimiento, cualquier omisión provoca que el Registrador rechace “de plano” la solicitud (art. 54, párrafo 3.º, proposición 3.ª). Lamentablemente, se añade a renglón seguido que en este caso sólo tiene “como remedio el interesado la radicación (*sic*) de un recurso gubernativo de acuerdo a lo dispuesto en esta Ley” (art. 76, párrafo 3.º, proposición última). Resultando así que una solicitud que nada tiene que ver con la calificación bien entendida, que no debiera provocar cierre registral más allá de su auténtica posibilidad (abrir antes el Registro para ciertos títulos), puede convertirse en una posibilidad de monopolizar el asiento de presentación. La razón de ello estriba en que en el artículo 54 se considera que el rechazo por parte del Registrador es calificación (cuando se limita a ser contraste), por lo que es pertinente interponer recurso gubernativo “de acuerdo a lo dispuesto en esta Ley”. Y “esta Ley” reclama, para poder interponerse recurso gubernativo, otras cosas: “No podrá interponer recurso gubernativo quien no haya radicado oportunamente el escrito que dispone el artículo 70 solicitando la recalificación...” Recalificación y escrito rogándola, que está pensada en el artículo 70 para las hipótesis del artículo 69, que está pensado para los defectos subsanables cuando la omisión de requisitos en la solicitud de reserva de prioridad, porque “son de estricto cumplimiento”, tienen carácter solemne y no pueden ser subsanados. Pero esto no es óbice para que la solicitud no pueda seguir una trayectoria similar a la del documento con defecto subsanable. Qué trayectoria sea ésta nos lo indican las páginas anteriores.

Ante los textos legales enunciados, el autor se plantea varios problemas que, sin duda, se han de presentar en la práctica.

Y termina diciendo con cierta desesperanza que ante tan serios problemas bien se pueden volcar interrogantes en punto tan pacífico —debió serlo, por lo menos— como el tema enunciado. Interrogantes que se incrementan en su alcance si tomamos en consideración que un texto dudoso en su significado va a ser interpretado por unos órganos judiciales que siguen sin entender para qué sirve y cómo debe funcionar un Registro técnico. Me atrevería a aventurar, sin temor a equivocarme, que los sistemas de registración técnica acaban de perder a un país miembro.

III Congreso Continental de Derecho Cooperativo (núm. 576, septiembre-octubre 1986, pág. 1496).

Nuestra colaboradora la Escribana de Montevideo doña SUSANA CAMBIASSO nos remite la información que sigue y que publicamos con gusto:

La ciudad de Rosario (Argentina) fue el escenario acogedor del 2 al 4 de julio de 1986. Geográficamente emplazada en el corazón de la región agroproductiva, Rosario posee el mejor puerto natural sobre el río Paraná, el que da audiencia a sus aguas a un intenso mercado cerealero zonal. Y, por qué no decirlo, el Paraná y el Uruguay amamantan y tributan sus aguas a nuestro estuario, el más grande del mundo.

Históricamente, Rosario fue un “nudo de la pampa gringa”. Hoy es un centro administrativo, comercial e industrial, con un millón de habitantes y capital *honoris causa* del cooperativismo iberoamericano.

Concurrieron al evento delegaciones de casi todas las provincias argentinas y de Brasil, Paraguay, Chile, Ecuador, Perú, República Dominicana, Panamá, Puerto Rico, España, Estados Unidos y, por supuesto, Uruguay. Los congresistas totalizamos más de ciento cincuenta.

El Congreso se instaló en el Centro Cultural Bernardino Rivadavia, en cuyo frente aletearon las banderas de todos los países americanos, desplegando al viento el ritual de colores que cada pueblo elige para simbolizar su libertad. Fue convocado por la Organización de Cooperativas de América (OCA) y organizado por el Consejo Intercooperativo argentino, auspiciado por la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Rosario, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Católica Argentina, Colegio de Abogados de Rosario y la Secretaría de Acción Cooperativa.

El Congreso tuvo por objeto contribuir a la sistematización de los principios básicos del Derecho cooperativo mediante el estudio y discusión de las ponencias que se presentaron sobre los siguientes temas: 1) Valoración constitucional del cooperativismo. 2) Autonomía del Derecho cooperativo. 3) El acto cooperativo. 4) Derecho comparado. 5) Fiscalización y fomento del Estado.

Los trabajos que presentamos los participantes —relativos a esos tópicos— se sometieron a la deliberación de las comisiones integradas por delegados y observadores, llegándose a importantes conclusiones, las que se leyeron en un plenario final. En esa instancia tuve el honor de ser designada para decir el mensaje final en nombre de las delegaciones extranjeras.

El Congreso culminó con la celebración del Día Internacional de la

Cooperación en un hermoso teatro rosarino, con la presencia del Presidente de la República argentina, doctor Raúl Alfonsín. Luego que varios oradores resaltaron las aspiraciones más profundas del cooperativismo y ratificaron los imperecederos principios rochdalianos, tuvimos el gusto de aplaudir fervorosamente al doctor Alfonsín. Su personalidad carismática, su alocución plena de simpatía y elocuencia comenzó de manera espontánea con el relato de una graciosa anécdota, estableciendo así una comunicación franca y cordial con el público asistente. Luego se evocó —con su reconocida aptitud oratoria— sustancialmente a la problemática angustiosa de Iberoamérica y a la concertación de la unidad soñada por Bolívar. Esa unidad que todos anhelamos, pautada por el predominio de la lengua madre; la filiación de los pueblos americanos al tronco nutricio común, que nos dio la energía de su raza, y entretejida por las cuotas de sangre de blancos, negros, mulatos y mestizos; cholos, rotos, gauchos y llaneros; guiados por los emancipadores que profetizaron la unidad política americana, por encima de las fronteras convencionales que dividen las naciones. A esa herencia común se agrega hoy el hostigamiento de la angustia común: deuda externa y proteccionismo de los países industriales.

Seguramente que el cooperativismo, por sus fundamentos de conciencia social colectiva y solidaria, propiciar la autonomía del trabajo y el esfuerzo sobre el capital, su forma avanzada de organización e integración democrática, enciende una estrella de esperanza. Su papel será protagónico en la integración de la familia americana.

La impresión que nos ha dejado este congreso es de que los hermanos argentinos han trabajado profundamente en la consolidación del movimiento cooperativo y están recogiendo los frutos de su esfuerzo, como lo demuestran: Turiscoop, Intercoop e Ildecoop (editoras cooperativas); la Secretaría de Acción Cooperativa; la Casa de la Cooperación rosarina, centro de enseñanza donde se prepara al adolescente en varias disciplinas y en la doctrina cooperativa para que accedan a bancos y empresas cooperativas; los bancos cooperativos (existen ochenta y cinco en toda la República Argentina) y otras cooperativas que recogen en su objeto diferentes actividades económicas y también gestionan diversos servicios públicos. Por todo ello decimos con reconocimiento y emoción que son los argentinos los “justos pioneros del cooperativismo iberoamericano”.

Don LORENZO CRISTÓBAL ECIJA (del Ministerio de Trabajo), único representante español, hizo una exposición sobre el proyecto de Ley de Cooperativas, que está en trámite parlamentario, y un estudio comparativo con el régimen vigente.

A continuación de esta referencia de los actos publicados se publica el texto de la comunicación presentada por doña SUSANA CAMBIASSO, Es-

cribana de Montevideo, titulada "Autonomía del Derecho cooperativo".

En ella estudia el fenómeno socioeconómico cooperativo y el problema de la autonomía de esta rama especial del Derecho. Entra en el concepto de la cooperativa y estudia sus principios clásicos, recogiendo su constancia en las diversas legislaciones hispanoamericanas.

La función del Registrador y la seguridad jurídica (Comunicación al VIII Congreso Internacional de Derecho Registral en Buenos Aires, 1989), por SUSANA CAMBIASSO, Escribana de Montevideo (Uruguay) (núm. 597, marzo-abril 1990, pág. 497).

Comienza su trabajo nuestra asidua colaboradora estudiando los principios generales de la función de autenticar y la seguridad jurídica, distinguiendo la eficacia probatoria de la obligatoria, para señalar después los límites a la fe pública registral.

A continuación centra su estudio en la regulación legal vigente en Uruguay y nos dice que los Registros uruguayos son Registros de títulos. El Registrador, dice, no tiene intermediación con la realidad física de los bienes ni con la realidad jurídica que originan los actos y contratos inscribibles, pues éstos se confeccionan extrarregistralmente. Respecto a los actos registrados, la fe pública es derivativa, pues el Registro hace conocer la que es propia de los mismos. Los actos revestidos de fe pública originaria refieren a la presentación y exhibición de los títulos registrables. En el sistema registral uruguayo, el asiento de presentación denota el hecho, no el contenido; las demás menciones: si el acto registrado contiene una compraventa o una hipoteca, si es oneroso o gratuito, monto y condiciones sólo tienen el valor de presunciones simples.

Resume esta parte diciendo que:

1. Los asientos y traslados registrales son narrativos, genuinos, a la vez que derivativos, auténticos, fehacientes, en lo atañente a los hechos que representan, y conllevan una presunción de ciencia o verdad en tanto representan la constatación de un conocimiento discursivo.

2. Hacen plena fe en cuanto al hecho de haberse otorgado y su fecha. Su autenticidad es una prueba legal. El resto de su contenido podrá completarse con otros medios de prueba hasta configurar el máximo valor probatorio.

3. La autenticidad se contradice mediante la querrela de falsedad. El valor presuncional se contradice por otros medios probatorios.

4. En la hipótesis de que en la información registral surgiera una inoponibilidad —o sea, una situación inscrita frente a la no inscrita que

debiera estarlo—, el certificado registral es auténtico, verdadero y transparente en lo concerniente a la realidad registral. No lo es con relación a la extrarregistral que no accedió al Registro, la cual será eficaz entre los contratantes o entre los litigantes, pero no lo será respecto del tercero que confió y se apoyó en la publicidad registral. El principio de inscripción protege al tercero titular inscrito y cualquier reclamación se estrellará contra esa valla.

5. En el supuesto del certificado registral que omite información o la brinda mal se origina un desacuerdo en el propio ámbito registral. Los trasladados de los asientos dejaron de ser transparentes. En tanto esa discordia no se haga ostensible, por la prueba en contrario, el certificado mantendrá su presunción de verdad.

6. Nos preguntamos luego si el certificado registral erróneo es un falso documental. En esa sede distinguimos el error, que consiste en tomar lo falso por verdadero. Es decir, el Registrador creyó decir la verdad o encontrarla y consideró verdadero lo falso. Y distinguimos esa situación de la falsedad dolosa, cuya intención es ocultar la verdad. En ese ámbito distinguimos la falsedad material y la ideológica.

7. Error de hecho y falsedad destruyen la fe pública del certificado y la querella de falsedad lo elimina como medio de prueba; y por consiguiente, su literosuficiencia para apoyar el tráfico jurídico. La fedación no protege las afirmaciones relativas a la legitimidad de los derechos ni la legalidad de los actos que publica. Estos contenidos admiten otros medios de prueba para contradecirlos.

8. Si de la litis civil surgen vestigios del delito de falsedad en las manifestaciones tipificadas por el Código Penal se dará intervención a la justicia penal.

9. La solicitud de información registral debe formularse con conocimiento del sistema registral. La impericia y la falta de datos provocarán una respuesta inadecuada.

En la segunda parte del trabajo, SUSANA CAMBIASSO estudia ampliamente las cuestiones que se suscitan en el procesamiento automático de datos en su relación con la publicidad registral, concluyendo lo siguiente:

1. Hemos demostrado que el procesamiento automático de datos descansa en un conocimiento lógico, organizado a través de programas que imparten instrucciones al computador, en virtud de los cuales el ordenador interpreta y dirige por sí mismo sus propias operaciones.

2. Este procesamiento no cambió la sustancia de la fe pública registral. La autenticidad descansa en los hechos constatados por el Registrador: presentación, data, control de procedimiento y autoria. La legiti-

dad, legalidad y la interpretación de la información —sea ésta automatizada o no— se reconduce por la presunción de ciencia o verdad, la cual admite prueba en contrario, sin perjuicio de la literosuficiencia en el ámbito de la realización pacífica del derecho. La demostración de la culpa, negligencia, impericia, etc., aparejarán la responsabilidad disciplinaria correspondiente, la penal y civil, en su caso.

3. La informática registral permite el almacenamiento, conservación, localización, procesamiento y reproducción de datos jurídicos y diversos procedimientos de gestión y verificación, librando al Registrador de los trámites rutinarios de su función. Pero la realidad informática y su apoyo relevante no sustituyen la función registral autenticadora, calificadora, organizativa y de gobierno de los Registros públicos.

4. El Derecho informático incide en cuanto a los soportes físicos, lógicos y accesorios se adquieren en plaza, mediante licitaciones y contrataciones, y deben ser adecuados a las necesidades del servicio. Si ese paquete tecnológico no lo es, generará la responsabilidad del caso: contractual, aquilina, penal. También regulará el tracto con los proveedores de los diversos servicios que la instalación de un equipo de computación requiere: suministros, conservación y mantenimiento (para algunos, éstas son obligaciones de medio; para otros, de resultado). El Derecho informático o de la informática requiere un estudio sistemático. La doctrina reclama la especialidad de la rama y ya vislumbra una autonomía didáctica y científica. En el Uruguay hay esforzados estudios al respecto, pero carecemos de fundamento legal, salvo la regulación aislada de algún tema.

La última parte de la comunicación se refiere a la responsabilidad patrimonial del Estado y del funcionario, que la Constitución de Uruguay regula así:

“Artículo 24. El Estado, los gobiernos departamentales, los entes autónomos, los servicios descentralizados y, en general, todo órgano del Estado serán civilmente responsables del daño causado a terceros en la ejecución de los servicios públicos confiados a su gestión o dirección.

Artículo 25. Cuando el daño ha sido causado por sus funcionarios, en el ejercicio de sus funciones o en ocasión de ese ejercicio, en caso de haber obrado con culpa grave o dolo, el órgano público correspondiente podrá repetir contra ellos lo que hubiere pagado en reparación.”

Tras analizar sus consecuencias, la señora CAMBIASSO concluye:

1. Cabe la responsabilidad patrimonial del Estado cuando un particular que realizó un negocio jurídico, basado en la información contenida en un certificado, erróneo o falso, es perjudicado económicamente por tal

circunstancia. Ello sin perjuicio de que el damnificado accione directamente contra el contratante que procedió de mala fe. En cuyo caso las acciones no son acumulables.

2. El Estado puede ejercer la acción de regreso contra el funcionario que obró con culpa grave o dolo en el ejercicio de sus funciones o en ocasión del mismo. La acción civil es sin perjuicio de la acción penal a que hubiere lugar y de los procedimientos disciplinarios que debe llevar a cabo la administración en caso de irregularidades en el servicio (investigación administrativa y sumario). Este último podrá culminar en la aplicación de la sanción adecuada sobre quien resulte responsable de la infracción.

Concepto del domicilio en Derecho portorriqueño. Dictamen, por EDUARDO VÁZQUEZ BOTE, doctor en Derecho (núm. 600, septiembre-octubre 1990, pág. 155).

Se solicitó dictamen en Derecho al Letrado que suscribe acerca de los siguientes puntos:

- a) Diferencia o diferencias entre los conceptos de domicilio, residencia y vecindad en Derecho portorriqueño.
- b) Régimen jurídico existente para entender cambiado el domicilio, con pérdida del anterior y adquisición de uno nuevo, en Derecho portorriqueño.
- c) Valor que tiene la expresión “vecino de...”, empleada en los documentos notariales por la práctica cotidiana.

Tras reseñar los antecedentes de hecho y para mejor comprensión de los lectores sobre las normativas aplicables, el autor explica que Puerto Rico pasó de la soberanía española a la norteamericana en 1898. Por ello conviene distinguir una serie de etapas en que, por aquella circunstancia u otras diversas, la legislación fue objeto de modificación. Dichas etapas han sido:

- a) Etapa previa a la publicación del Código Civil español.
- b) Etapa correspondiente con la publicación y vigencia del Código Civil español, que se hizo extensible a Puerto Rico.
- c) Etapa posterior, en que se produce la compilación de textos legales aplicable a Puerto Rico, conocida como Estatutos de Puerto Rico, y subsiguientes reformas de diversos textos legales, referibles al tema objeto de consulta.

Una vez hecho esto, el dictamen pasa a examinar los conceptos de domicilio, residencia y vecindad de cada una de las etapas señaladas, y concluye que:

En Derecho portorriqueño se entiende por domicilio el lugar de la residencia habitual en que uno efectivamente está y quiere estar.

En Derecho portorriqueño se entiende por residencia, para efectos civiles, el lugar en que una persona se encuentra durante cierto período de tiempo, accidental o incidentalmente, sin tener necesariamente la intención de domiciliarse allí.

En Derecho portorriqueño se entiende por vecindad el sitio o lugar de la residencia.

Se distingue el domicilio de la residencia porque:

- a) El concepto de domicilio comprende el de residencia, siendo ésta habitual y exigiéndose la intención de permanecer indefinidamente.
- b) El domicilio implica una proyección temporal, de acuerdo con la habitualidad, mientras que la residencia se define por el hecho de estar.
- c) El domicilio es único y singular, ya que una persona solamente puede tener un domicilio. La residencia puede ser plural, pudiendo una persona tener varias residencias a la vez.

El domicilio se distingue de la vecindad porque:

- a) La última supone una relación entre los domiciliados o residentes en un mismo lugar.
- b) Mientras que el domicilio es un concepto de Derecho civil —a pesar de su inclusión en el Código Político—, la vecindad fue originariamente una noción de Derecho administrativo municipal, que hoy no tiene significado jurídico alguno, salvo una modalidad de indicar la residencia.

Para considerar que hay cambio de domicilio en Derecho portorriqueño es necesario:

- a) El hecho material de cambio de residencia.
- b) La intención de cambiar de domicilio, que es una cuestión de hecho apreciable por el Juzgador.

La expresión “vecino de...”, según se ha venido usando en la práctica notarial portorriqueña, es un requerimiento de la legislación notarial, carente totalmente de significado jurídico alguno, que se equipara en la legislación a la noción de residencia.

JURISPRUDENCIA

1. *Jurisprudencia civil del Tribunal Supremo de Puerto Rico.*—Agosto 1989, mayo 1990.

Numerosa, abundante y rica, todo ello relativamente al trabajo total del Alto Tribunal, la serie de Sentencias sobre la materia, cuyo análisis queda limitado aquí, por razones de la interna división del trabajo convenida en y con la Facultad participante, a Parte General, Derechos reales y obligaciones y contratos. Aunque haya de hacerse alguna *algarada* en el ámbito inmobiliario registral por las concatenaciones propias de una académica división.

Conviene analizar las Sentencias en su concreción, si no todas, sí las pertinentes, sin perjuicio, en su caso, de un enfoque más general cuando así se justifique

A) SIMULACIÓN EN LOS NEGOCIOS JURÍDICOS

Dos decisiones, casi simultáneas, se refieren a este interesante tema, las recaídas en *Elena Díaz v. Francisco Aponte et. als.*, de 15 de diciembre de 1989 (CA 89-101) y en *Luz María Martínez v. Wilfredo Colón*, de 19 de diciembre de 1989 (CA 89-103).

En el primer caso, se trata de la impugnación de una venta simulada, cuya finalidad era, claramente, frustrar los derechos sucesorios de un hija extramatrimonial concebida por el vendedor otrora, cuya filiación nunca fue reconocida y hubo de ser constatada judicialmente. La venta tenía por finalidad, es obvio, convertir en humo el patrimonio tangible del vendedor y causante. Incidentalmente, cabe consignar, que hubo incluso falsificación de documentos privados de recibo de pago, por alteración de las fechas.

Digo esto último, porque la decisión se inicia con un cita de mi compañera en la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid, María de la Carcaba, joven que promete mucho profesionalmente, acerca de la distinción entre el fraude y la simulación como figuras totalmente ajenas. Cita que se refuerza con otra de un autor claramente muy querido por el Tribunal Supremo (lamentablemente): Cariota Ferrara y su obra *El negocio jurídico*, expresión del mayor cúmulo de errores, conceptuales, de expresión y de estructura que he leído en muchos años.

Obsérvese la cita que se hace de Cariota Ferrara. "...la simulación solamente es simulación y no se deja calificar, y el fraude puede ser sólo el fin concreto que induce a simular y que se encuentra fuera de la simulación. Por lo demás, el negocio simulado, en cuanto no es requerido en su contenido ni en su resultado, no puede realizar el fraude, sino sólo servir de instrumento con el que crear aquella situación aparente que, engañando a los terceros, lo hace prácticamente posible.."

Claramente, la expresión transcrita no es sino consecuencia del magnífico despiste que el jurista italiano ha sufrido siempre entre causa y motivo. Lo que es su problema. Lo preocupante para nosotros es si tal confusión puede hacerla propia el Alto Tribunal, ya que cuando se cita es porque se comparte el criterio (o para combatirlo si se rechaza, lo que no se hace en la decisión)

Comencemos por analizar las palabras de Cariota Ferrara:

"... la simulación solamente es simulación y no se deja calificar..." Calificar supone atribuir la famosa "naturaleza jurídica" a los acontecimientos sociales. Simulación es un concepto técnico jurídico, luego calificación. Por tanto, la simulación es simulación porque así se califica, se deje o no.

"... y el fraude puede ser solo el fin concreto que induce a simular y que se encuentra fuera de la simulación." Naturalmente, si separo motivo de causa y elevo aquél a función causal, aparte de confundir lo irrelevante por subjetivo con lo trascendente por objetivo y típico, lo que hago (lo que hace Cariota Ferrara) es un simple galimatías. Fraude será el resultado de frustrar la norma; el negocio simulado, el instrumento para ello. De ahí, que sea una simpleza absoluta decir: "... El negocio simulado, en cuanto no es requerido en su contenido ni en su resultado" (?), "no puede realizar el fraude, sino sólo servir de instrumento con el que crear aquella situación aparente..." Lo mismo que decir revólver y disparo son distintos, el revólver no puede efectuar el disparo, solamente es el instrumento para disparar...

Los negocios son medios para conseguir fines. Y el ordenamiento reclama, que los medios sean conformes al orden jurídico. Para conseguir cualesquiera fines particulares los individuos disponen de los medios que el Derecho pone a su alcance, que, actuados jurídicamente, ven convertirse *ex-iure* en efectos jurídicos las intenciones prácticas. Naturalmente, cuando el uso de aquellos medios tiene o persigue fines ilícitos, el uso de tal medio es negado en su eficacia. Por ello, un medio adecuado —el negocio jurídico— deja de serlo cuando persigue un fin ilícito; e ilícito es pretender un fraude a un sujeto (que, siempre, es fraude de la finalidad normativa) o pretender defraudar directamente a la Ley (que es otro sujeto en cuanto representa la voluntad colectiva: la entera sociedad).

Que pueda apreciarse la simulación en el plano simplemente subjetivo u objetivo, es dable a efectos sistemáticos; pero es como pretender separar dos caras de la misma moneda como realidades distintas e independientes; no tiene sentido alguno, porque la *moneda* se integran con las dos caras.

Que las Leyes pueden defraudarse de muchos modos, es cierto. Y no cabe identificar el fraude con la simulación, pues ésta no agota las modalidades de alcanzar aquél. Su diferencia es la correspondiente entre género y especie.

Me remito, pues, al comentario de Amorós Guardiola, sobre el artículo 6.4, del Título Preliminar del Código Civil (*Comentarios a las reformas del Código Civil*, Madrid, Tecnos, I, 1977, págs. 334 y ss.), destacadamente porque dicho precepto ha sido plena y literalmente recibido en el Anteproyecto de Reforma del Título Preliminar del Código Civil de Puerto Rico (art. 6.3), confeccionado por la Academia Puertorriqueña de Jurisprudencia y Legislación, correspondiente de la Española; y por las consecuencias que ello puede implicar.

Y conviene prestar atención al tema, porque la causa, siempre tema arduo y difícil (no empecé su maravillosa y elemental sencillez), se complica en Derecho puertorriqueño con la impráctica *consideration*. Y no es, que los tribunales no capten la causa —que lo hacen siempre—, sino que se enredan maravillosamente cuando pretenden explicarla; la aprehenden, pero no la han aprendido.

Todo lo dicho viene a colación de la expresión judicial, "...que el fraude realmente adquiere categoría autónoma cuando consiste en un negocio *real*, no ficticio, dirigido a perjudicar a terceros. Por el contrario, en el supuesto de una compraventa simulada cuya intención es perjudicar a los acreedores o herederos de uno de los contratantes... el *negocio simulado es falso*" (énfasis original, pág. 479). Las palabras mismas señalan el error de pretender distinguir lo indistinguible: hay fraude si se trata de perjudicar a terceros; pero si se trata de perjudicar a acreedores (¿no son terceros respecto del contrato fraudulento y simulado?), hay simulación, y, además, falsa.

Esto es lo que se llama *conceptualismo*, tan negado y denigrado por el Alto Tribunal en sus expresiones, y tan constantemente mantenido por él en sus "construcciones jurídicas". Se ve, que Parson y Merton, calan hondo en el Derecho. Y nada que decir sobre el impecable fallo.

Pero todo lo dicho, con espíritu crítico (esto es, analítico) tiene su justificación respecto de la segunda decisión, en que el Tribunal, al escapársele la *causa* y confundirla con otros ingredientes, se lleva al fiasco de calificar como donación de inmuebles lo que es simple donación mobiliaria (dinero).

Aquí, se trata de una simulación relativa (se celebra un negocio que defrauda la norma, para ocultar otro, válido y verdadero), consistiendo la simulación de un fingimiento del precio (consta como cierta una suma inferior a la verdadera), y, *añade el Tribunal*, de partes: porque no fueron verdaderos compradores quienes asumieron tal función en la escritura (señores Colón y esposa), sino la madre del señor Colón y suegra de la esposa, que fue quien realizó realmente el pago y pactó verbalmente las condiciones con la vendedora.

Y aquí viene el cortocircuito judicial: quien fijó los términos y pagó fue la verdadera compradora, que quería donar el inmueble al hijo y a la nuera. Y hay que analizar si esa simulación (?) es plena o relativa, esto es si hay un negocio nulo sin más o un negocio simulado que encubre otro verdadero: la donación de inmueble. Y pasa el Tribunal a analizar los requisitos de la donación inmobiliaria, en concreto que se cumpla la tajante exigencia de efectuarse en documento público. Y, como la compraventa se efectuó, ciertamente, en tal documento, aparece la simulación (!?) la compra esconde una donación de inmueble, que es simultánea a aquella compra.

Ciertamente, es claro, que la madre y suegra de los compradores pagó el dinero y puso las condiciones materiales para celebrar el contrato. Los hijos y nuera se limitaron a firmar, esto es adherirse materialmente a un convenio prefijado por otros. La madre y suegra de los compradores pagó el precio. Y ese es expresión de lo donado.

Nunca hubo donación de inmueble, real o simulada, como pretende el Tribunal, que confunde ahora el negocio objeto de análisis, con el conjunto de circunstancias parafernales en que dicho contrato se desenvuelve y adviene a la vida. A efectos de la compraventa, es indiferente, que los compradores entreguen el dinero a la vendedora, o que ésta lo reciba de un tercero: cuando se financia por Banco, nadie dice, que el Banco es parte en el negocio (siendo quien entrega el dinero directamente a la vendedora), por lo que da igual ser Banco o madre: son compradores quienes aparecen en el documento y los restantes son terceros. La madre, sin duda, regaló el dinero del precio, y esto fue lo que donó; holgando, por lo tanto, analizar la validez de una donación inmobiliaria, que, además, en los términos en que el Tribunal se expresa, es imposible jurídicamente: pues aparece por hermenéutica conceptualista al pretender la compraventa como simultánea

expresión de donación. Invocar para ello el artículo 575 del Código Civil es, obviamente, no entender éste.

Y, por supuesto, todo ello implica una total incomprensión de la causa negociada, del contrato en sí y del conjunto de factores de todo orden en que los contratos se forman, nacen y se estructuran, que nada tienen que ver con el contrato mismo.

Y, nuevamente, nada que objetar al fallo, perfectamente correcto. Lo incorrecto —y esto es lo grave, pues es precisamente la función de la jurisprudencia— es su explicación, esto es la interpretación o fijación del significado de las normas. En otras palabras: el razonamiento del *juicio*.

B) PRESCRIPCIÓN

Con referencia a la quinquenal recogida en el artículo 1.866-3.º del Código Civil, la decisión recaída en *Banco de Ponce v. Barnés*, de 3 de febrero de 1990 (CA 90-24), nada que añadir, ni al fallo ni a la argumentación, oponiéndose el Tribunal a la jurisprudencia española (¡gracias a Dios!) y fundándose, ante una posible variedad de significados del artículo 1.866, en el criterio del *favor debitoris*, que conviene generalizar frente a las instituciones financieras, que tan cómodamente se despachan.

C) DERECHO A LA INTIMIDAD

Sostre Lacot v. Echlin de P.R., Inc. et als., de 29 de junio de 1990 (CA 90-97), tiene interés para mí por el cúmulo de expresiones del Tribunal que, como tantas otras veces, se manifiesta volcánicamente conceptualista, aunque enfrentándose a otras no menos volcánicas manifestaciones de conceptualismo de sentido inverso. Esto es, y en concreto, me refiero al hábito judicial de razonar jurídicamente dejando el Derecho de lado y recurriendo a hueca palabrería, que, por ello, nada significa en concreto.

Aunque el tema original del caso es un despido injustificado, en que surge un claro discrimen por razón de matrimonio, aprovecha el Alto Organismo para elucubrar acerca del matrimonio y la intimidad, en opinión disidente.

Vaya por delante, que la decisión mayoritaria, al aceptar un régimen empresarial, que prohíbe dar trabajo a matrimonios, es una franca discriminación por condición social; es más, atenta al estado civil, que es orden público, así como el derecho reconocido en múltiples declaraciones internacionales, que forman Derecho puertorriqueño al ser suscritas por los Estados Unidos a contraer matrimonio, etc.

Por consiguiente, no va mi juicio contra el sentir de la opinión, sino a algo más superficial, pero también importante: al modo de razonar jurídicamente eludiendo lo jurídico.

Y digo lo que digo porque resulta realmente muy difícil pretender defender el matrimonio como institución de orden público, socialmente trascendente, precisamente justificándole como expresión de la intimidad. Orden público es exigencia social; intimidad es esfera cerrada a la sociedad. Guardan, ciertamente, relaciones: salvaguardar la intimidad puede ser expresión de un orden público (respeto a la esfera personal). Pero mal puede aceptarse que dicha esfera perso-

nal justifique exteriorizaciones (que la niegan en cuanto tal), y que las exteriorizaciones justifiquen lo íntimo (*lapsus* fundamental en *Figueroa Ferrer v. ELA*, 107 DPR 250). Por el contrario, es comprensible, que habiendo eludido la jurisprudencia puertorriqueña determinar el contenido, al menos general, de la intimidad, se vea obligada la opinión disidente a planteamientos de política jurídica (por ello, extra jurídicos), como modo de enmarcar (aunque tampoco lo logra, ciertamente) tal derecho.

Y un breve apéndice: no deja de ser curioso que sean los jueces *conservadores* quienes afronten decisiones progresistas, mientras los *progresistas* se apuntan al conservadurismo. Me gustaría conocer qué diría aquí la famosa “psicología judicial”.

D) DERECHOS REALES

¿Medianería?

Vélez Toro et als v. Latimer (CA 90-4), de 12 de enero de 1990.

Colindancia entre dos fincas manifestada por una línea de árboles, cuyas ramas se extiende sobre la propiedad de los actores, quienes reclamaron su derribo como estorbo público. El Tribunal de Instancia se amparó en el artículo 517, así como en el 528 del Código Civil, accediendo al pedido, disponiendo “arrancar los árboles que se encontrasen a menos de cincuenta centímetros de la colindancia de los predios de los demandantes así como aquellos arbustos o árboles mayores de seis pies de altura que se encuentren sembrados a menos de dos metros de distancia de dichas colindancias”. Asimismo ordenó el Tribunal de Instancia “cortar las ramas o raíces de cualquier árbol sembrado en la propiedad del demandado que se extendieran sobre los predios de los demandantes, independientemente de la distancia a que se hallen sembrados”.

En revisión, el Tribunal Supremo, sostiene esta última orden y anula la primera.

La prueba, unas fotos (cuya reproducción en la fotostática es nebulosa; y solamente una de ella permite ver cuatro o cinco troncos, alínean una pared divisoria. Este dato, si es cierto, puede significar la existencia de una medianería, sirviendo los árboles de mojones que indican la divisoria. Bajo esta perspectiva y con la debida salvedad, surge el comentario).

Por ninguna parte surge, además, la fecha en que se plantaron tales árboles. Personalmente, del campo sólo sé que es el lugar en que se erigen las ciudades; e ignoro, por consiguiente, respecto del tipo de árboles que eran los causantes del conflicto, su desarrollo vital, tiempo de crecimiento, etc. Pienso que noventa años no es mucho para un árbol frondoso.

Y el dato puede ser importante, en ausencia de referencia o alusión en la instancia y en revisión, ya que el invocado artículo 527 (invocando como justificación del fallo de instancia), previene el derribo de los árboles “que en adelante” se plantasen en infracción a lo previsto en el párrafo primero del citado precepto. Lo que llevaría, si los árboles que provocaron la contención se plantaron antes de entrar en vigor el Código Civil (y dejó de lado el tema de la eficacia de la edición de 1930), a ser improcedente el derribo.

Concluye el fallo en revisión, manteniendo la orden de cortarse las ramas o raíces, con independencia de la distancia de su siembra, que se extiendan sobre los predios de la parte demandante.

Curioso, que el propio Tribunal Supremo aprecia la incongruencia de la Sen-

tencia (se aduce estorbo público y se baja con los arts. 527 y 528 CC). Y curioso, que, por la prueba presentada (fotos), estime, que no ha lugar a sustentar la causa en el artículo 527. Pero es el propio Tribunal Supremo quien vuelve a incurrir en incongruencia, aplicado *ex-officio*, el artículo 528, lo que justifica porque las fotos sí indican que algunas de las ramas de los árboles y arbustos se extendían a los terrenos de la parte demandante. Aunque nada se dice acerca de las raíces. Por lo que no entiendo, que se sustente la orden de cortar las raíces (que no aparecen en las fotos)

La inconsistencia del uso de los artículos 527 y 528 no deja de ser curiosa: la parte demandante aportó como prueba fotocopia de los respectivos artículos; que el Tribunal de Instancia y el Supremo consideraron no ser prueba. Pero, sin embargo, se aplicarán en todo o en parte en ambas instancias.

Como es frecuente con las decisiones del Alto Tribunal, de buena parte de los hechos nos enteramos por la opinión disidente, ya que la mayoría hace *mutis*.

Y en esta disidencia se plantea, inicialmente de modo adecuado, el carácter de los árboles como mojones. "Presunción" que la opinión no sustenta, y que carece de fundamento desde el momento en que los demandantes no se atribuyen la propiedad de los mismos; muy por el contrario, imputan el dominio a la parte demandada. Pero ahí sí nos enteramos, que los árboles eran frondosos y de grueso tronco, consistentes en mangos, teca, quenepa y otros.

También extraña en la disidencia la afirmación que "los árboles medianeros —dado el carácter de *servidumbre-comunidad* (*sic*; énfasis del original) que nuestro Código les brinda— pueden ser removidos unilateralmente por cualquiera de los vecinos".

Bueno, pues no. No es cierto, que los árboles sean, a la vez, servidumbre y comunidad, lo que es imposible por contradictorio. El Código sí previene que la medianería pueda ser expresión de comunidad o expresión de servidumbre; lo uno o lo otro; y quizá esto quiera expresarse. Pero en ningún caso admite la disposición por cualquier vecino. Si es servidumbre, el titular del fundo sirviendo no puede actuar directamente, pues atenta contra la servidumbre; y si es medianería, hace falta la unanimidad en los actos dispositivos, como lo es acabar con los árboles. Y, si los árboles son mojones, menos aún que un colindante pueda actuar por su cuenta, pues es un delito (lo era, al menos, en el Código Penal coordinado con el Civil), alterar los linderos de los inmuebles.

No obstante, hay que reconocer, que fuera de tales expresiones, la opinión disidente capta mucho mejor las posibles hipótesis normativas, y adecúa los probables hechos a dichas hipótesis con mayor rigor que la opinión mayoritaria. De ésta hay que decir, que de y con su lectura, uno no se entera que ha ocurrido; de la disidente, que hay que tener cuidado con expresiones *generales*, que luego, o no se aplican, o no vienen al caso.

E) CONTRATOS

Banco Comercial de Mayagüez v. Registrador, de 15 de junio de 1990 (CA 90-78).

Se trataba de inscribir un contrato de arrendamiento en que la arrendadora, Taco Maker Co., cedía parte del terreno, en donde el Banco construiría una estructura y, al término del arriendo, lo construido por ausencia de los permisos de ARPE, al tratarse de una lotificación. Presentada posterior escritura de hipo-

teca que gravaba la finca, volvió a notificar el Registrador acerca de la posibilidad, que dicha hipoteca tuviese prioridad sobre el arriendo si no se cumplían los trámites administrativos. Posteriormente, el Banco sometió copias de las solicitudes de permiso de urbanización y de construcción del edificio aprobadas por ARPE. Notificó el Registrador la impertinencia de inscribir, por esconder el arriendo una auténtica segregación, no pudiendo admitir el derecho de construcción por no existir finca inmatriculada.

El Tribunal Supremo sostuvo la opinión del señor Registrador. Hay opinión disidente, que interesa analizar.

El primer problema que plantea el caso es la calificación que haya de darse al contrato de *arrendamiento* de un solar, con autorización para construir en él a cuyo término el titular del suelo incorpora al mismo lo construido. Esto no tiene nada de arrendamiento, sino de enfiteusis, en su modalidad superficiaria. La objeción del señor Registrador, tratarse de una segregación quizá no fuese pertinente; porque no lo es a efectos registrales en principio, y la noción administrativa de segregación (lotificación) es tan abarcadora que no matiza en lo absoluto.

El segundo problema es el fundamento jurídico del señor Registrador, el artículo 198.2 del Reglamento Hipotecario. Porque en el texto de Equity, no aparece tal precepto (solamente el art. 198.1), ni referencia alguna a posibles modificaciones. En todo caso, da la impresión, que la calificación registral contempla una teórica declaración de obra nueva (por construirse en el terreno *arrendado*), careciendo entonces de significado la invocación del teórico 198.2 (si es el art. 198.1, párrafo segundo), *que autoriza la toma de razón registral de más de una edificación en la misma finca*. Y, si lo que se invoca es la proposición última del último párrafo del artículo 198.1 ("... no podrá inscribirse contrato alguno que tenga por objeto sólo la edificación o parte de ella excepto que se inmatricule el edificio con sujeción a lo dispuesto en el primer párrafo de este artículo", no parece pertinente, porque esa inmatriculación del edificio va referida, lógicamente, a las situaciones de propiedad horizontal. Si no es así, el artículo 198.1 sería un primor de contradicciones: se puede declarar la obra nueva, pero hay que inmatricular el edificio, que es, precisamente la obra nueva.

Y si las partes presentan un contrato, que permite la obra nueva, ninguna objeción existe a la inscripción de tal contrato realmente trascendente, a la espera de la obra nueva.

Por el contrario, si se trata de un derecho de superficie, procede su inscripción al amparo del artículo 39.1 del Reglamento Hipotecario; ello sin perjuicio de los correspondientes permisos de ARPE, que fue lo que nunca se presentó por el Banco. Siendo cierta la opinión disidente al indicar, que cuando el Registrador consideró la existencia de una segregación, confundió el concepto con el de lotificación. Aunque, si esto es cierto, se entiende menos aún invocar el artículo 198.2 (supuesto que sea el art. 198.1).

Mérida Ocasio v. Eastern Air Lines, de 5 de febrero de 1990 (CA 90-19).

Se trata de una certificación del Estado de Derecho expedida a solicitud de la Corte de Apelaciones del Primer Circuito, en que se requiere al Tribunal informe: *a)* si la falta de cuidado en el desalojo de pasajeros durante un aterrizaje de emergencia es un incumplimiento de contrato o un daño extracontractual, y *b)* plazo de prescripción de la acción, en su caso.

Sorprendentemente, concluye el Tribunal y certifica, que el daño es extracontractual y que el plazo de prescripción es de un año.

Para llegar a tan absurda conclusión el Tribunal viene en confundir las disposiciones integradoras de los contratos (esto es, la Ley entre otras normas) con los hechos y actuaciones a que la Ley vincula inmediata responsabilidad).

Curiosamente, el Tribunal sigue un *iter* respecto en su análisis, resultado, por ello, mucho más incomprensible el *cortocircuito* intelectual.

Comienza por analizar el contrato de transporte, con referencia a sus obligaciones principales, resaltando, vía artículo 1.210 del Código Civil, que junto a lo expresamente pactado, también los contratos vinculan "a todas las consecuencias que sean conformes a la buena fe, al uso y a la Ley". Y pasa a enumerar un conjunto de *Leyes*, que integran el haz de obligaciones del contrato de transporte, en concreto la abundante reglamentación federal. Y de ahí concluye el Tribunal, que "la obligación que tiene una línea aérea de operar en forma cuidadosa y segura surge de la propia reglamentación federal y no de una obligación contractual" (!?). En otras palabras, que el saneamiento no es parte del contrato de compraventa, sino consecuencia extracontractual, pues no surge de una obligación contractual, sino de normas legales.

El argumento para tal conclusión, plenamente extrajurídico, es de órdago: que esa diligencia la pueden reclamar, tanto quienes pagan como quienes viajan gratuitamente. O sea, que las obligaciones surgidas gratuitamente (v. gr.: en el préstamo civil por presuponerse gratuito), no son de origen contractual, sino legal. ¿Qué tendrá que ver lo uno con lo otro?

Transmutada así, la responsabilidad contractual en extracontractual (y no entro a considerar aquí el Convenio de Varsovia, que para el Tribunal Supremo parece que no existe), es claro el plazo de prescripción: un año. No dice el Tribunal por qué. Se limita a buscar el plazo más corto, ofreciendo una justificación que condena su tesis: los tratados internacionales y Leyes especiales que restringen la responsabilidad y fijan términos perentorios para la reclamación. Lo corto con lo corto... y los nenes con las nenas.

Dos graves errores manifiesta la Sentencia:

a) Desconocer qué es un contrato y su contenido, que en la mente del Tribunal parece ser, ya lo sinalagmático por oneroso, ya lo principal del haz de obligaciones. Pero no las obligaciones de todo orden que la Ley incorpora al contrato mismo.

b) Desconocimiento del Convenio de Varsovia, que regula el transporte aéreo, los plazos de interposición de reclamaciones y las cuantías máximas. Aparte, la legislación nacional complementaria, en lo que el Convenio deja abierto. Y, teniendo encaje por ahí el Código Civil, lo cual es muy dudoso, reconocer el contenido contractual y el correspondiente plazo de quince años para el ejercicio de la acción por incumplimiento (realmente cumplimiento deficiente o negligente, con inmediata moderación de culpa).

Y, dicho sea de paso, lo mismo cabe imputarle al Tribunal Federal, que también olvidó los Tratados internacionales, que le resolvían el problema.

2. *Jurisprudencia comentada: "Sucesión Cabassa vs. Ervin Rivera y Sucesión Cabassa vs. Generosa Ortiz". AUTOS ACUMULADOS.—Tribunal Superior.—Sala de Mayagüez.—Sentencia de 31 de agosto de 1989.*

Sucesión Cabassa insta dos demandadas de desahucio, con fundamento en que "la sucesión se encuentra indivisa desde hace años, y la única forma de poder dividir sus bienes es vendiéndolos". Se alegaba, asimismo, por la demandante, la inconstitucionalidad de la Ley de Alquileres Razonables.

Los hechos probados, según la Sentencia (que, en algún momento, son meras opiniones de parte), son los siguientes:

a) La sucesión Cabassa es propietaria en pleno dominio de dos inmuebles: uno, arrendado como local comercial a Ervin Rivera, y otro arrendado como vivienda a Generosa Ortiz. Ambos arriendos datan de muchos años atrás.

b) Las dos propiedades que se describen "son *parte* del caudal de la sucesión, el cual se halla indiviso desde hace varios años" (énfasis añadido).

c) "La parte demandante interesa retirar las propiedades del mercado de alquileres (eufemismo para sustraerlas del régimen de la legislación especial, porque lo que quieren, precisamente, es lo contrario: dirigir las al mercado libre) con el propósito de venderlas y liquidar la sucesión".

d) "Los demandantes no están en disposición, por entender que no le es económicamente razonable, de vender las propiedades de la sucesión separadas o individualmente. Al presente han recibido ofertas de 750.000 dólares por las propiedades para venderlas como una sola unidad. Estas ofertas están sujetas a que las propiedades sean entregadas sin inquilinos o arrendamientos" (escolio 4, S.).

En su "Discusión y conclusiones de Derecho", luego de justificar el trámite procesal, incluida la acumulación de acciones por darse identidad en las personas (¿?!), la Sala realiza un detallado análisis de la legislación especial de arrendamientos, que, como transcribe la Sentencia, tenía por finalidad establecer "la política del Estado Libre Asociado de Puerto Rico en materia de inquilinato, en tanto constituya una emergencia pública el problema de la vivienda en Puerto Rico". Evidentemente, la cita está tomada de la *Leyes de Puerto Rico Anotadas*, edición privada que modifica los textos a su antojo, lo que explica el *lapsus* de que una Ley de 1946 fije la política de una forma estatal que nace en 1952. Se cita un texto *actualizado* por la editorial. Detalle que no tiene mayor importancia, salvo lo dicho en otras ocasiones: que es peligroso confundir los deseos editoriales, o sus opiniones, con el Derecho, sobre todo cuando la editorial interpreta los textos legales "actualizándolos".

La Sentencia estudia con detalle la *Exposición de motivos* de la Ley, que destaca el problema de la vivienda existente en Puerto Rico, y recogiendo los datos estadísticos de la propia Ley. La razón es que, oportunamente, se estudiará por el juzgador la permanencia o no de tales datos.

Entra luego la Sentencia en el estudio del texto normativo, destacando los criterios de competencia del control de alquileres (al día de hoy, 200 y 400 dólares de renta mensual, según se trata de arriendo de vivienda o local de negocio, respectivamente), llamando la atención sobre el régimen de prórroga

obligatoria de estos alquileres. Analiza luego la opinión las causas legales de desahucio, concluyendo que, en los casos que se fallan, la Ley impide provocar el desahucio, por inexistencia de causa legal para ello.

Resalta la Sala cómo fue enmendada la Ley, para admitir como causa de desalojo la necesidad del propio titular dominical (enmienda de 1948), causa originalmente inexistente y que provocó un pronunciamiento federal de inconstitucionalidad (*Rivera vs. E. Cobián Clunea & Co., Inc.*, 181 F. 2d. 974), por estimar el Circuito de Apelaciones que la ausencia de dicha causa atentaba contra el contenido mínimo esencial del derecho de la propiedad. De donde el Tribunal Supremo de Puerto Rico declaró la existencia de un "derecho fundamental" del propietario a retirar la propiedad del mercado de alquileres, esto es, sustraerla al régimen especial, por necesitarla para propio uso.

Y luego de un exhaustivo análisis de las jurisprudencias federal y local sobre el tema reconoce la Sentencia que no existe facultad del propietario para sustraer el inmueble del régimen especial con fines de venta, reclamándose en todo caso y para ello que el titular dominical carezca de otro local y necesita usar del arrendado. El dato parece adquirir relieve en la mente del Juez, quien destaca un paralelo: no disponer el propietario de otra cosa o local en que fijarse para sus necesidades. Concluye así el juzgador que la intención de vender no es causa de desahucio, lo que confirma el propio artículo 15 de la Ley especial, al subrogar al adquirente en la situación (obligaciones) del cedente.

Pasa posteriormente el Juez a analizar la Sentencia recaída en *Pizá vs. Sailles Travel Agency*, 114 DPR 33, 1983, en que el Tribunal Supremo revocó al Juez de instancia por haber requerido éste prueba de la buena fe al demandante propietario, en trámites de desahucio de local de negocio, prueba que, requerida por la Ley en caso de arriendo de vivienda, debe solamente presumirse, conforme con los principios generales del Derecho cuando de arriendo de local de negocio se trata, y toma en cuenta la Sentencia del Tribunal de Instancia mayagüezano la expresión del Tribunal Supremo que "la decisión o no de retirar una propiedad del mercado de alquileres es económica y... tal decisión tiene por base la consideración de lo que produce el local estando arrendado vis-a-vis lo que para el dueño puede implicar económicamente el uso que pueda darle. No puede perderse de vista que las disposiciones de la Ley de Alquileres Razonables que obligan a la prórroga del contrato constituyen limitaciones al derecho de propiedad del arrendador y no pueden tomarse livianamente (escolio 5, S.).

Y luego de resaltar que la opinión jurisprudencial es referible, pues, al ámbito de los arriendos de locales de negocios solamente, destaca el juzgador de instancia que es, además, una doctrina procesal (?) —la de la exigencia o presunción de buena fe—, en cuanto presunción que acompaña al favorecido por ella. De ahí que, concluyendo, rechaza la posibilidad de invocar válidamente la serie de causas de desahucio que señala la Ley especial.

El segundo planteamiento de fondo del juzgador de instancia va referido a la argumentación de la parte demandante acerca de la inconstitucionalidad de la Ley en concreto contra la exigencia de igual protección de las Leyes de rango constitucional. Que —alegan— se vería infringida al separar dos clases de propiedades: las alquiladas y sujetas al régimen especial de arrendamientos y las excluidas de la hipótesis normativa por igual criterio: la renta y su cuantía. Obviamente, y siempre luego de un estudio detallado, pone de manifiesto el Juez que la igual protección no impide distinto trato, según diversas hipótesis normativas, siendo la regla aplicable que el escrutinio judicial en temas socioeconómi-

cos es la del escrutinio mínimo, según confirman la jurisprudencia federal y local. No cabe, pues, poner en duda, la facultad del Estado para reglamentar la propiedad en tema de arriendos.

Posteriormente pasa la Sentencia a responder al argumento por la parte demandante que el efecto legislativo es provocar una expropiación sin justa compensación, deviniendo por ello en inconstitucional. Dice la Sentencia:

“La parte demandante plantea que la Ley de Alquileres Razonables viola su derecho al disfrute de la propiedad...”; y, en correspondencia, procede el Juez a estudiar el punto, concluyendo inicialmente que el poder expropiador del Estado, indiscutiblemente constitucional, tiene un límite: la justa compensación. Y con abundante apoyo de jurisprudencia federal señala cómo se ha estimado inconstitucional la disposición administrativa (además por mero reglamento) que *congela* el uso de un inmueble por razones de salud y seguridad públicas, aunque sin reconocer el derecho del afectado a reclamar al Estado. Asimismo, recoge la jurisprudencia norteamericana que proclama inconstitucional la privación permanente de la posesión en virtud de reglamentación estatal (imposición administrativa, también por mero reglamento, que obligaba a los propietarios de inmuebles a permitir la instalación del sistema de Cable TV). Y, en fin, recoge el juzgador de instancia la justificación judicial de aquel fallo: que el dominio atribuye el derecho a poseer, usar y disponer. Con lo que concluye: “Son ilegítimos los Estatutos que tienen el efecto de frustrar, si bien sea temporalmente, el uso de la propiedad por su propietario o si conllevan la privación permanente de la posesión de parte de la propiedad, por minúscula que ésta sea. Esto, desde luego, no contradice el poder del Estado para reglamentar. Pero la decisión de qué darle a su propiedad corresponde al dueño” (escolio 31, S.).

La Ley de Alquileres, por función de su prórroga automática, hace que “esta se repita indefinidamente sin término alguno” (escolio 31, S.), y como la Ley no tiene término de duración, se concluye por el juzgador, que “el arrendador de una propiedad cubierta por las disposiciones de la Ley se halla privado de la posesión de la misma, *por término indefinido*” (escolio 21, *in fine*, S.; subrayado del original).

Y como la Ley no permite al propietario retirar los locales del mercado, con referencia a los casos de autos, concluye el juzgador, que “bajo el esquema actual de derecho, los demandantes, simple y sencillamente, están impedidos indefinidamente de retirar la propiedad del mercado con el propósito de venderla y liquidar su sucesión” (escolio 32, S.). “Los demandantes si pueden vender su propiedad sin entregar la posesión de la misma” (!), porque el nuevo propietario no podría instar a su vez el desahucio por falta de causa legal, por lo que “el Estatuto impide *en todos los casos* que el dueño de un local cubierto por las disposiciones de la Ley pueda recuperar y transmitir por venta la posesión de un inmueble. Más aún, como según las disposiciones de la Ley el derecho a la prórroga automática se extiende a los familiares y socios del inquilino en caso de muerte, esta prohibición resulta *perpetua*, en teoría, a la sola opción de estos últimos” (escolio 33, subrayado original).

De ahí, concluye el juzgador algo extrañado: “Cabe señalar que este impedimento —la *teórica*, luego no real, prohibición perpetua— no depende de que el comprador prospectivo contemple dejar la propiedad en el mercado de alquileres. De su faz, aun si el nuevo propietario desea la propiedad para dedicarla de buena fe a su ‘uso propio’, la venta contemplada no provee justificación para el desahucio. La Ley, por otro lado, prohíbe igualmente que la propiedad sea reti-

rada del mercado para venderla a un especulador o corredor de bienes raíces, quien la desea para propósitos de reventa. En estos casos y en los demás casos el propietario no puede transmitir directamente la posesión de su local, la cual le es negada indefinidamente" (escolio 33, S.). Y afirma: "Juzgamos que esta situación es constitucionalmente inícuo y constituye una privación de los derechos de propiedad de los demandantes... Ciertamente, los derechos a la posesión y a la enajenación de los mismos son componentes principales del derecho más amplio de propiedad" (escolios 33-34), confundiendo así el juzgador los derechos subjetivos con las facultades que los integran. Y, citando a PUIG BRUTAU, cuando afirma, como cualquier otro autor, que el dominio implica las facultades de usar, disfrutar y enajenar, y que el Ordenamiento de Puerto Rico no permite en general limitaciones a estos derechos accesorios (¿?!), concluye el juzgador, en los casos de autos, que al "prohibirle al propietario indefinidamente, como en el presente caso, que recupere y transmita la posesión de su local, la Ley de Alquileres Razonables interfiere con uno de los componentes fundamentales del derecho a la propiedad, privando efectivamente al dueño de su justa compensación... Más aún, tratándose de una sucesión, la Ley interfiere de forma sustancial con el derecho estatutario de los demandantes de liquidar su comunidad" (escolios 34-35, S.).

Continúa la Sentencia analizando los poderes estatales en caso de emergencia, pues como emergencia se justificó la Ley de Alquileres Razonables y, con prudencia y buen tino, no toma partido entre quienes estiman que la emergencia no existe, siendo fenómeno del pasado (obviamente, los defensores de la renta libre) y quienes consideran que, ínterin la Asamblea Legislativa no se pronuncie, al Juez no le compete emitir opinión respecto de la "sabiduría de las normas". Sensata posición del Juez ponente. No obstante, conviene recordar que, con motivo del plebiscito que se anuncia, la prensa daba cifras escalofrantes del estado de necesidad de vivienda adecuada en el país, afectando a más de un tercio de la población dicha carencia.

Y, perfilando el fallo, resume la Sentencia que "el esquema estatutario vigente priva a los demandantes del derecho de recuperar la posesión de sus propiedades para enajenarlas. Esta prohibición es por tiempo indefinido" (suprimiendo aquí el Juez su expresión anterior: *en teoría*), "so color de una emergencia que fue declarada hace más de cuarenta años...", aunque no corresponde a los Tribunales opinar acerca de tal emergencia (escolio 44, S.); pero, dado que la Asamblea Legislativa no ha aportado "otra justificación para la Ley, y tratándose de un Estatuto que de otro modo ocasiona un menoscabo sustancial a los derechos de los demandantes, resolvemos que la misma es inconstitucional..." (escolio 45, S.).

Concluyendo: "Repetimos nuestra conclusión de que la Ley de Alquileres Razonables, de su propia faz, tiene el efecto de privar a partes como los demandantes de su facultad de recuperar y transmitir la posesión de sus bienes, sin justa compensación. Cualquier Ley que tenga esa consecuencia sólo puede ser justificada mediante la existencia de una situación extraordinaria de emergencia, la cual, podemos añadir, debe ser periódicamente revisada por la Legislatura para poder justificar la subsistencia de la Ley. La Ley de Alquileres Razonables no satisface estas exigencias y es por ello inconstitucional" (escolio 48, S.). Con lo que, dicho sea de paso, el Juez ha tomado partido acerca de "la sabiduría" de la norma al reclamar a la Legislatura un comportamiento determinado que reitere regularmente el estado de emergencia.

COMENTARIO

Desde hace varios años, si no lustros, se manifiesta en Puerto Rico la tendencia a buscar la inconstitucional de la Ley de Alquileres, lo que también ocurre fuera. El argumento clásico estriba siempre en contemplar dicha legislación especial como resolutoria de un conflicto de dos *clases* sociales: inquilino y propietario. Con lo que el auténtico conflicto, entre componentes de una misma *clase*, queda disuelto, con gran satisfacción, naturalmente, del *sector clasista* triunfante

Si se observa cuando surge la legislación especial de alquileres en los diversos países que la afrontan (con comienzos en la Inglaterra del siglo XIX, cuyos *cua-dernos* fueron la base informativa de *El Capital*), se observará, por sus fechas, a qué interés responde congelar las rentas: frente a un sector social dinámico y poderoso, la burguesía industrial, se opone otro sector, residual, pasivo, el rentista pequeño burgués. En medio, la clase trabajadora, aferrada a abonar una renta de alquiler más o menos baja o alta, con el consiguiente efecto en los salarios: a mayor renta, mayor salario que permita sustentar una casa-habitación. En los comienzos de la revolución industrial fue frecuente, en el sector carbonero, la asunción por las empresas de la construcción de casa-habitación, por exigencias de la concentración impuesta por el modo de producción del momento. Pero, obviamente, acelerada la concentración por otros sectores industriales, que llevaron al rentista a edificar, llegó el momento para el empresario progresista de intentar —lográndolo— pasar los costos de la vivienda a otro sector: el rentista mismo. Naturalmente, cualquier criterio progresista es partidario de gravar las rentas —destacadamente las de un sector pasivo, que poco o nada aporta a una economía encauzada industrialmente—. Y así se evita, naturalmente, gravar el capital. Porque no debe olvidarse que el sistema capitalista nunca grava el capital (con independencia de en qué manos está), y gravarlo significaría tener que aumentar el salario para poder el obrero satisfacer una renta por la casa-habitación (con frecuencia una habitación sirve de casa). La “pelea” propietario-inquilino es la bambalina china, que permite ocultar la auténtica pugna de intereses. Posteriormente, cuando como consecuencia de la congelación de rentas, prórroga forzosa, etc. (también calificados de *derechos sociales* que, por cierto, poco importan cuando hay que arremeter contra ellos), el pequeño rentista y pequeño burgués deja de construir con vistas a percibir una renta, ha solido ser el Estado quien ha asumido la carga presupuestaria de facilitar vivienda (total realidad en el mundo arrasado por las dos guerras mundiales), ya permitiendo al sector privado enriquecerse con cargo al presupuesto público (caso, por ejemplo, de España), ya asumiendo directamente el mismo Estado la financiación, destacadamente en las economías en que la construcción es actividad residual (ejemplo típico de los Estados Unidos de Norteamérica, al menos hasta los años sesenta y pico).

Es entonces cuando surge el tema de la injusticia contra el rentista: obtiene poco. Y si respecto de la vivienda cabe una mayor justificación en beneficio de la congelación, ésta deviene en poco comprensible respecto del comerciante, que puede mantener un negocio altamente lucrativo (?), abonando una renta mínima. Con lo cual se olvida que aunque *el comerciante* concreto pueda estar en tal situación, *el comercio* aporta a la economía muchísimo más que el rentista, debiendo ser gravado mucho menos, destacadamente en *su capital*: la base material de la empresa comercial.

No obstante, es notorio el impacto entre los rentistas. Y abundan ahí donde el capitalista es tímido, donde el empresario auténtico escasea. Vale, de nuevo, el ejemplo español y —me temo— el de Puerto Rico. Han sido en ambos países los rentistas quienes han protestado. En España, permitiendo un régimen libre a los nuevos alquileres, que ha llevado a una especulación inmobiliaria que imposibilita la casa-habitación a amplísimos sectores de la población, que ha devenido en beneficio de los vendedores de vivienda, y que no ha beneficiado, sino residualmente, a los rentistas (Real Decreto-Ley de Medidas Económicas de Urgencia, 1984, creo), al tiempo que ha sido un factor de especulación inmobiliaria fiscalmente alentada (la llamada “reforma Boyer”, con lo que los bancos españoles se han convertido en mayores dueños de España). Y en Puerto Rico, intentando atacar judicialmente la Ley especial, quizá por la ausencia de energía para presionar a la Asamblea Legislativa, cuyos integrantes, obviamente, no representan en general los intereses rentistas; quizá por la lentitud de dicha Asamblea para analizar intereses de sectores minoritarios. Por el contrario, la extracción social de los Jueces refleja mucho mejor el sentir y los valores de la pequeña burguesía rentista.

Es simple opinión personal —me temo, que avalable estadísticamente—, pero estimo que hasta el Tribunal Supremo está preparado para arrumbar y derrumbar la legislación especial de alquileres. Y, posiblemente, la Sentencia que como sea, como tantas otras, un caballo de Troya que se lanza para que el Supremo se pronuncie de modo definitivo. Ya es sintomático que un Juez liberal al máximo, mi muy estimado y respetado amigo don Hiram Torres Rigual, afirmase, en la opinión disidente del caso *Piza*, citado, acerca de la escasez o no de vivienda en Puerto Rico, que en el año 1974 existía en Puerto Rico una enorme cantidad de apartamentos vacíos... con olvido de la recesión de 1972-86, que puso en manos de bancos y financieras miles de apartamentos, por trámites de ejecución de Sentencia en garantía de préstamos hipotecarios, y que eliminó del mercado a millares, decenas de millares de compradores, al quedarse los mismos sin trabajo. No había, obviamente, pisos vacíos por exceso, sino anulación de la demanda por imposibilidad económica.

En todo caso, lo que importa ahora de la Sentencia es, sin poner en duda la autenticidad del pensamiento del juzgador y su esfuerzo en hilvanar un conjunto de argumentos económicos, aunque de escasa o nula enjundia jurídica, que no puede pretenderse hacer Derecho con criterios extrajurídicos. Porque, contra lo que dice no pretender la Sentencia —respetar la voluntad legislativa—, el recurso a criterios económicos no es sino un medio de sustituir los presupuestos fácticos de la Ley de Alquileres por otros presupuestos en que se basa el juzgador para dictar Sentencia. Esto es, se elude la Ley y se *legisla* literalmente bajo la excusa de una hermenéutica que se dice ser constitucional. Duras palabras, sin duda, que requieren ser probadas. A ello vamos.

La “moderna” tendencia jurisprudencial norteamericana, configuradora del Derecho como instrumento de control social, que convierte al Juez en sociólogo, para lograr en el Derecho norteamericano lo que Francia hizo con su Código Civil (modernizar el Derecho, suprimiendo el feudal y abriendo paso a un Derecho nacional, mercantil y capitalista), tiene gran arraigo en Puerto Rico (como no es para menos); y cada vez es más frecuente —en labor que alienta constantemente el Tribunal Supremo: ha sido el autor de la técnica en el ámbito local) marginar las normas para escarbar en la *conciencia social* (con frecuencia una muy peculiar conciencia social), buscando otra distinta. Esto es, no se hace

Derecho, sino sociología o economía, que, por mor del propio Tribunal, se juridifica, saltándose alegremente las fuentes formales del Derecho. Este sentido aparece muy bien marcado en la probable reforma del Título preliminar del Código Civil, que cita a la jurisprudencia como fuente formal del Derecho, inmediatamente después de la Ley, caso único en el mundo, pues, contra lo que se puede pensar, ningún sistema de Derecho autoriza a los Tribunales a ser fuente formal jurídica (y, curiosamente, citando como fuentes posteriores en jerarquía a la costumbre y los principios generales del Derecho, en enunciación ya innecesaria: pues si, luego de la Ley, el Juez es fuente, no hay necesidad de recurrir a ninguna otra... salvo que se permita al Juez no fallar, en cuyo caso es inútil su función).

El fenómeno explica así que un razonamiento jurídico esté regularmente ausente en los fundamentos de Sentencias y decisiones (*sic*), que es sustituido por una argumentación económica, sociológica, ¡cuando no psicológica! (en el Derecho, que es vida de relación). Con olvido, que la realidad social informe, qué duda cabe, al Derecho, pero no lo retroalimenta directa y pasivamente; sino que el Derecho selecciona la realidad social, sin reproducirla. Pero es que el propio argumento económico, sociológico o psicológico es, con frecuencia, interrumpido; porque, de continuarse hasta su fin último, puede llevar —y de hecho lleva regularmente— a conclusiones completamente antagónicas a lo que se pretende, que es la mejor prueba de la falsedad de un argumento. La excusa judicial siempre es la misma: “hago justicia de acuerdo con mi conciencia”, olvidando que *su* conciencia solamente le interesa a él; que el Derecho es un conjunto de *reglas del juego*, que esa famosa conciencia modifica *a posteriori*, que es la negación de lo jurídico, pues el Derecho es Derecho cuando, *a priori*, advierte de las consecuencias de un comportamiento dado (principio de legalidad). Y se llega así a una jurisprudencia de sentimiento u opinión, que dejará muy satisfecho al juzgador, pero que frustra ciertamente la previsión normativa. Y, con frecuencia, la excusa que la Ley es vieja deviene en nadería: pues la Ley vieja se actualiza por vías de *interpretación jurídica*, no dejándola al margen. Y se llega, por ello, a la Sentencia cuyo razonamiento es un *flash* de afirmaciones, carentes de conexión entre sí, que no aguantan un análisis lógico (sea lógica forma, dialéctica, etc.). Esto es, a una afirmación fundada en el principio de autoridad, que elude la autoridad de los principios.

En la Sentencia que comento se da todo esto, me temo: el razonamiento jurídico es sistemáticamente soslayado por y hacia el argumento económico; quedando éste suspendido en un momento dado, pues de continuarlo hasta su fin obligaría a afirmar lo contrario. En suma, método escolástico en el sentido peyorativo del término.

Creo que fue en los *Grundrisse*, en su Prólogo, donde MARX indicaba que era en el pensamiento económico capitalista las relaciones de propiedad no eran sino expresión de las relaciones de apropiación. Esto es, que un título, el de dominio sirve como justificación o excusa para, llevándole más allá de sus legales fronteras, servir de base para apropiarse de los bienes de otros, que luego se engloban en ese dominio o propiedad. En cuanto relación de apropiación, se sirve abierta para el que la actúa (el famoso propietario); en cuanto relación de propiedad se enfrentan sus límites *para los otros*.

Jurídicamente, corresponde a MOLITOR (*Nueva problemática de la propiedad*, traducción de Navas, RDP, Madrid, 1954) el mérito de haber llamado la atención sobre dos formas de propiedad, dos conceptos diversos y antagónicos que, no

considerados con debida independencia por los autores, han funcionado como fuente de constantes y enormes confusiones (*ownership, property* en sus diversas manifestaciones del Derecho anglosajón, indican la confusión):

a) Un sentido estricto, que tiene su origen en el *dominium* del *ius civile* romano (extendiendo luego a la *proprietatis* del Derecho pretorio), y que subsiste en todo tipo de Ordenamientos, como conjunto de posibilidades reconocidas a un sujeto sobre ciertas cosas, y, por ello, sujeto a unos límites definidos.

b) Un sentido amplio, de alcance puramente económico, que atribuye el carácter de propiedad a todo derecho privado de índole monopolística. Y como tal situación dominante se produce en el derecho subjetivo, dicho significado se extiende para calificar como propiedad a todo derecho subjetivo privado. Buen ejemplo del confusionismo lo tenemos en el artículo 281, del transportado desde Louisiana, Código Civil, que califica como propiedad al dominio, al uso, al disfrute, al usufructo y las servidumbres, y que ha sido usado en alguna ocasión por el Tribunal Supremo para culminar engendros pseudojurídicos.

Obvio es indicar que al Derecho sólo le importa el primer sentido, estricto y técnico.

Por ello, cuando pensando en el sentido amplio usamos del concepto estricto, sale a relucir la afirmación de MARX. Naturalmente que MARX dijese lo que dijo —con independencia de su acierto o de su error— es explicable. Que, sin embargo, se pretende decir —incluso, por falta de reflexión, sin quererlo— por quien, por su situación, vocación y expresión, rechaza MARX, es, al menos, síntoma de incongruencia. Y en un mundo como el actual, en el que hasta quienes se fingen socialistas (en *elogio* a los raptos del Partido Socialista Obrero Español) rechazan a MARX por antiguo, prefieren las ideas *anteriores* de MILL, RICARDO, etc. (pero incluso recortadas de las críticas negativas que estos capitalistas hacían del capitalismo), no tiene sentido ofrecerle a MARX la prueba gratuita y a la mano de sus asertos.

De todo esto hay, creo, en la Sentencia que hago objeto de estos comentarios.

Corresponde ahora la carga de la prueba.

El hecho central que explica el pensamiento del juzgador es, indudablemente, la aserveración de la parte demandante, que no puede vender los inmuebles a un alto precio, con lo que (no toda la sucesión, sino una parte) no cabe dividir el caudal relicto en lo pertinente. Todo ello, porque no sería económicamente razonable. Peligrosa palabra, lo razonable, que se usa para justificar la sinrazón constantemente. Pero la parte demandante ha conseguido un comprador, que sólo compra *todo junto* y sin inquilinos. Como las cosas no lo permiten, al recurso: una sentencia judicial.

Yo no conozco ningún texto jurídico, Ley, Reglamento, costumbre, principio general de Derecho que garantice a alguien la razonabilidad económica. Y es natural que así sea. El Derecho funciona como la lotería (sobre todo en los Tribunales): permite la probabilidad, pero no asegura la posibilidad, esto es, el premio mayor. Son muchos los factores que han de incidir para que ello resulte así. Por consiguiente, que unos propietarios puedan conseguir o no el precio que pretendan es algo jurídicamente indiferente. Imaginemos que un propietario que desea vender en 100 millones, que no lo hace, porque Hacienda reclamaria el tipo del 65 por 100. ¿Diremos que la Ley de Contribuciones es inconstitucional porque impide al propietario usar del bien como quiere?

Por ello es falso, e incompleto, el argumento de la parte demandante —que el juzgador hace lo propio sin decirlo directamente—, que la sucesión sólo puede

dividirse si consiguen vender. Vender los inmuebles pueden venderlos cuando quieran, aunque el precio no haya de ser el que los vendedores ambicionan. Y como pueden vender, pueden dividir en todo caso; aparte, que si los dos inmuebles son una parte de caudal, pero no todo, pueden dividir el resto sin problemas (las particiones "a plazos" son frequentísimas en el mundo de la vida y no crean mayores problemas). Y si pueden vender, tienen la libre disposición del dominio, que nadie se la quita.

Es importante no confundir el derecho de dominio o propiedad con su contenido económico. En Derecho importa el contenido jurídico, no el otro. Consideración que es relevante para enfrentar el argumento del juzgador acerca de una expropiación sin justa compensación. Pero sigamos el hilo de la argumentación judicial.

Inicialmente se reconoce al Estado el poder de reglamentación, con un sólo límite: no puede privar de la propiedad sin compensación. Lo que no se expresa en la Sentencia con suficiente intensidad es que expropiar significa *privar del título*, convirtiendo a otro en titular (inicialmente el ente público expropiador), todo ello *jurídicamente expresado*.

Los límites a ese poder, judicialmente declarados en interpretación constitucional, suelen ir referidos a normas que "interfieren directamente con la propia facultad de utilizar la propiedad, o con los otros atributos esenciales" (escolio 28, S.). En efecto, la Ley de Alquileres Razonables no prohíbe el alquiler; y el contrato de arrendamiento celebrado en su momento por *Cabassa* lo fue en ejercicio de su facultad dominical de *disfrutar*. Hay interferencia con aquella facultad cuando el Estado *congela* el uso de un bien, porque dicha medida administrativa suele ser el primer paso de expropiación, a la espera de culminarse el correspondiente proyecto de construcción, medida que suele tener por fin, cuando se usa sensatamente, evitar que el propietario pretenda cualesquiera alteraciones que lleven el justiprecio por exceso del valor real del inmueble, o evitarle dispendios que no serán objeto de compensación; y, naturalmente, si luego de congelar no se expropia, hay un daño manifiesto y sin justificación. Congelar, pues, sin más, es abuso de poder. Siempre en términos jurídicos, porque económicamente puede ocurrir que la congelación sea económicamente rentable al propietario (v. gr.: si el inmueble no es atractivo para los particulares en el mercado). Y siempre en términos jurídicos, porque quien tiene su propiedad congelada puede usarla y disfrutarla, lo que no puede es mejorarla, cambiar el uso o venderla.

Nada digamos si una disposición administrativa pretende que la propiedad de los particulares sirva de beneficio para que una empresa privada de Cable TV pretenda usar esa propiedad ajena sin compensación para, por instalación de sistemas, beneficiarse alegremente. Esto, aparte de ser una clara estafa del poder administrativo del Estado (que sirve de instrumento, con singular descaro a intereses particulares), no debe significar que pueda hacerse lo mismo en función del interés público. De ahí la Sentencia que se invoca por el juzgador en el caso de autos (argumento en *Loretto vs. Telemprompter Manhattan CATV Corp.* 458 U.S. 419, 1981), que sería muy otra si, por ejemplo, se hubiese tratado de instalación de un sistema de luz realizado por el propio ente público. De donde extrapolar el argumento de tal Sentencia sólo expresa desorientación del juzgador de instancia al confundir, además, posesión y propiedad (posesión y apropiación), que importa del Derecho norteamericano y que está muy clara en el Código Civil de Puerto Rico, aunque no en aquel Ordenamiento.

Pero vincular posesión y propiedad tiene una ventaja: considerar que la pri-

vacación de la posesión es privación del título de dominio, por lo que se impone un límite a éste. Se trata, en suma, de identificar el cuerpo de una señora gruesa con su traje, imputando al sastre que la señora no puede ser delgada. Y si el límite no se compensa, hay expropiación sin justa compensación. Olvidando, además, que la expropiación es un *acto* administrativo, por lo que lo requerido para ella no es, no tiene que ser, requerible para la Ley formal. Y si hay privación sin compensación, hay inconstitucionalidad. Nadie ha dicho seriamente que el propietario que cede el usufructo carece de posesión, menos aún quien cede un contenido jurídico del dominio mucho más restringido, el uso por arriendo, porque el propietario tiene siempre la posesión mediata, y no tiene la inmediata porque él así lo quiso al desprenderse de ella.

Ya tenemos, siguiendo al juzgador, algunas conexiones: los límites no pueden privar del dominio, porque se trataría de expropiar, y en tal caso hay que indemnizar. Y hay limitaciones que expropia y no indemniza cuando se ve el dueño privado de la propiedad (posesión que siempre permanece con él). Obviamente, si resulta que la propiedad permanece en el titular dominical, ya no hay expropiación, ni necesidad de indemnizar porque no hay expropiación.

Pero es menester profundizar el argumento, hasta ahora flojísimo, para acreditar el alcance de esa privación de posesión-propiedad, íntimamente mezcladas. A ello se va.

La prórroga obligatoria, al repetirse *ad infinitum*, es indefinida, lo que hace surgir una limitación o *prohibición perpetua*, condenadas por la ciencia y la opinión. De ahí una privación perpetua de la posesión (inicialmente *en teoría*, luego de hecho en el momento del fallo; en realidad es una no prohibición, sino quimera del juzgador).

Claramente resalta una perspectiva del juzgador que es totalmente inadecuada: la relación dominical hay que verla en cada titular y respecto del concreto tercero que con el titular se relaciona (sea por inmisión, sea por contrato, etc.). Quien hoy es propietario, *sin estar privado de posesión alguna*, cede a un potencial adquirente aquello que tiene, y el adquirente adviene a igual posesión que tenía el cedente, esto es, tiene título y posesión mediata. Naturalmente, quien arrienda no puede pretender la posesión inmediata, pues de ella se deshizo; por lo que, con o sin Ley de Alquileres, no cede lo que ya dio. Quien arrienda cede un contenido jurídico de su derecho dominical (con su correspondiente flujo económico, ahora sí). Y no puede pretender cambiarlo a voluntad. No diríamos que el Código Civil expropia al propietario si éste pretende vender sin inquilino un inmueble durante la vigencia del contrato de arrendamiento inscrito. Y no hay que decirlo de la legislación especial, porque Registro y Ley aportan la misma publicidad: concreta la del Registro; genérica en función del inmueble y específica por razón de la renta, en la legislación. Luego nadie puede ignorarlo.

Y, obviamente, es indiferente que el propietario arrendador quiera poner fin al contrato para vender y partir o por cualesquiera otros motivos, porque en Derecho los motivos son irrelevantes salvo que sean ilícitos (sanción a la mala fe). Decir, pues, que tal hipótesis no se contempla en la legislación especial es no decir nada, salvo pretender una laguna... que el juzgador se va a encargar de llenar. Pero es que no la Ley especial, sino en su lugar legislativo adecuado, el Código Civil, sí se contempla la venta y la partición, aunque no el capricho peculiar de un sujeto, en este caso la sucesión Cabassa, con, además, un capricho falso: no se trata de que la sucesión no pueda partir porque no puede vender,

sino que *no quiere partir* en las condiciones en que podría vender. Lo que es muy distinto.

Paradójicamente —y es expresión del juzgador— la parte demandante si puede vender la propiedad, pero sin entregar la posesión. Fenómeno asombroso en Derecho, que es totalmente negado por el artículo 1.462 del Código Civil. Luego no es cierto que los demandantes estén impedidos, indefinidamente, de retirar la propiedad del mercado con el propósito de venderla y liquidar la sucesión. Eso pueden hacerlo en cualquier momento; es muy sencillo: véndase más barato. Por ello, afirmar que los vendedores venden un pleito de desahucio, aparte de ser expresión muy fuerte en un técnico en Derecho (no se trata de cesión de créditos litigiosos), es falso: el adquirente no tiene, en primer lugar, por qué pretender desahuciar; y, seguidamente, no podría si no existe causa legal. Y es falso afirmar que el nuevo propietario no podría intentar un desalojo, porque si es viable, si hay causa legal para ello, ya que la Ley especial se refiere al propietario que necesita del local para propio uso, cualquiera que sea el propietario. No alcanzo a ver claramente la intención judicial de separar un propietario actual de una cadena de adquirentes posteriores, como si éstos no fuesen propietarios y puedan invocar una causa legal de desahucio, salvo que sea para ese irse *ad infinitum*, aunque esto me parece un sin sentido. Es, al menos, extraño el deseo del juzgador del encadenamiento constante de circunstancias y conceptos jurídicos que hay que ver separados. La razón de tal sofisma es clara: desembozar en la perpetuidad, esfuerzo que desdice el valor lógico del argumento. Por lo demás es indiferente afirmar que un inmueble sujeto a la Ley especial no puede ser entregado a un tercero para que especule con él, o a un corredor de bienes raíces; primero, porque ello no es un argumento jurídico; segundo, porque el propietario puede entregar el inmueble a quien desee. Que se especule o no, a mayor o menor precio, es factor coyuntural económico, no elemento jurídico.

De otro lado, confundir prórroga obligatoria con término indefinido es grave error. Todo arriendo tiene un plazo, regularmente un año. Que se prorrogue significa que el plazo se mantiene y surge la extensión preceptiva del contrato, lo que es muy distinto. Prueba de ello es que la prórroga no vincula al arrendatario. Y porque existe plazo es que hay prórroga obligatoria para el propietario.

Poca relación guarda la legislación especial de alquileres con un llamado derecho estatutario a liquidar la comunidad. Tan *estatutaria* es la Ley de Alquileres Razonables como el Código Civil; pero, además, la Ley de Alquileres es Ley especial y posterior, con lo que deroga al Código Civil. Pero es que, incluso, tampoco es así: la sucesión puede liquidar cuando quiera el caudal relicto; lo que no puede —y en nada depende de las Leyes ni del Derecho— es vender al precio pretendido, porque nadie le compra bajo ciertas circunstancias. Y afirmar que no es lícito mantener a una persona en el mercado cuando la misma no lo desea (entendiendo, por cierto, la expresión al revés: no puede ir al mercado porque la Ley le dificulta un alto precio), es una afirmación temeraria, porque constantemente las Leyes ponen restricciones y límites: no podemos importar productos japoneses sin pagar un impuesto (que sería también una expropiación de mi *propiedad* sin compensación), tenemos que contratar con Fuentes Fluviales, hay que comer calamares vendidos por Estados Unidos, etc. Llegados, ciertamente, al ridículo. Y confunde el juzgador el Derecho con una pretendida e inexistente voluntad individual soberana.

En resumen, es simple —aunque equivocada— la idea en que se pretende fundar la Sentencia: la prórroga obligatoria, porque impide disponer de un bien

a un determinado precio deseado, priva de la posesión, que es un contenido del dominio; privación que se transmite a los adquirentes posteriores, por lo que es perpetua; al expropiarse así el contenido del dominio en alguna o algunas de sus facultades esenciales, sin justa compensación, el legislador actúa inconstitucionalmente.

Tal mezcla de datos económicos con apuntes pseudojurídicos —que confunden los conceptos más elementales— me resultaría, incluso, indiferente. Pero llevemos el razonamiento al extremo. Si hay propiedad —que es lo que pretende decir la Sentencia— cuando el propietario se apropia del mayor contenido económico *deseado* de un bien, habrá que reconocer que cuando tal cosa no ocurre no hay propiedad. Y entonces hay que admitir que el propietario absentista, que no obtiene nada de su derecho, porque así lo quiere, está proclamando con su conducta que ha abandonado el dominio sobre el bien, por cuanto nada hace por percibir su contenido económico. De donde hemos de admitir la extinción del dominio *no por uso* y la calificación de tal bien como relicto. Lo que, además, sería referible al uso escaso de un bien con relación a su ofelinidad. Supongo que aquí el juzgador ha de pararse para reconocer un estricto concepto jurídico del dominio, haciendo descansar en el solo título su esencia, con irrelevancia hacia el hecho del abandono posesorio y del impacto económico negativo que tiene la dejación y dejadez del dueño, surgiendo como una muralla, que defiende al titular de actuaciones de terceros. Esto es, se habrá saltado de un extremo al otro para sustentar una noción amplia y económica de la propiedad fundada ahora en un sentido estricto.

Me temo que hemos de ser más sensatos, más congruentes. Pero destacadamente, cuando trabajamos el Derecho, hemos de intentar ser más juristas. Si no es así, de nada sirve una extensa y cuidadosa Sentencia que sólo pone de manifiesto una clara intención política, marginando las normas mediante el consabido recurso a un pretendido mandamiento constitucional, que no se articula, en su interpretación, con nada sensato.

EDUARDO VÁZQUEZ BOTE
Doctor en Derecho, Profesor, UPR

INFORMACION BIBLIOGRAFICA

DÁVILA LANAUSSE, JOSÉ NILO: *Breve antología bibliográfica de Puerto Rico, 1493-1990*, Editorial Académica, San Juan, 1990, IV-83 págs.

Tengo un amigo, José María Chico Ortiz, "encargado" de hacer la mitad de las recensiones que publica la REVISTA CRÍTICA DE DERECHO INMOBILIARIO. Este trabajo, su labor de Registrador y su dilatada estancia en la Dirección del Centro de Estudios Hipotecarios de España, aparte sus múltiples conferencias y artículos que publica, le obligaba siempre a efectuar las recensiones con sensible retraso. Y hubo una época en que las recensiones de José María se iniciaban con el mismo comienzo: párrafo de disculpas por lo tardío de la recensión.

Para vergüenza mía he superado, y con mucho, la morosidad alcanzada por José María Chico. José Nilo Dávila me entregó el original de este libro *antes* de aparecer al público; lamentablemente, cuando estaba yo trabajando a todo vapor, remitiendo volúmenes a Equity de Puerto Rico, Inc., sometido a una enorme presión de tiempo por fechas de entrega. Naturalmente, cuando nos veíamos el autor y yo, mi rostro reflejaba una tensión arterial propia de un ser de dos mil libras de peso: me ponía rojo de vergüenza. José Nilo, educado él de modo exquisito, llegó hasta obsequiarme con otro ejemplar del texto, encuadernado en Guaflex (me temo que no se atrevía a insultarme como me merecía y era una fórmula indirecta de decirme: ¡mal amigo!). Hoy, finalmente, a pocos días de extinguirse el mes de septiembre, puedo terminar la recensión comenzada hace más de un año.

Pero el retraso me ha servido, al menos a mí, para dar una quinta ojeada al libro, que paso a comentar.

Obviamente, no hay que presentar a José Nilo, menos por mí, pues el presentante tendría que ser presentado. Interesa mucho más el texto.

Es un *avance* de un enorme esfuerzo del autor, lamentablemente retrasado en el tiempo de publicación por los avatares y circunstancias de la vida, de esa obra de *Bibliografía jurídica puertorriqueña* en tres tomos que, cuando salga a la luz, será obra imprescindible para no ya cualquier investigador, sino para la orientación de la práctica jurídica en todas sus manifestaciones.

José Nilo se ha dedicado a esta labor de bibliografía, definida como propia de ratón de biblioteca. José Nilo no es un ratón: es una apisonadora. Donde pone su mano indagadora y clasificadora, deja todo en su rasante, en un esfuerzo hercúleo. El libro que comento es una pequeña muestra de ello.

El breve Prólogo de Altagracia Miranda presenta al autor y a su esfuerzo de años. Queda muy corta en cuanto a los elogios que merece el texto y, destacadamente, el autor. Del cual hay que señalar su tremendo esfuerzo por orquestar un sistema bibliográfico mediante el instrumento de la informática jurídica, que requiere todo el apoyo. Porque por la informática también se torpedean los ordenamientos jurídicos al alterarse el sistema de estructuración, luego de conocimiento y estudio; por consiguiente, de aplicación.

El libro es un extracto o breve selección de bibliografías puertorriqueñas, tan escasas, recogidas de obras publicadas en diversos países, así por puertorriqueños como por extranjeros interesados en Puerto Rico, destacando entre las unas las de Pedreira, Muñoz Morales, Gonzalo Velázquez, la del propio autor (*Bibliotheca Legum Portoricensis, Bibliografía de tesis jurídicas*), y entre las otras las de Lansky y los Blaustein. Las materias incluidas son sumamente abarcadoras, no empuje ser un extracto de un resumen de bibliografía, destacando, naturalmente, la temática de estatus político.

Una impresión excelente, con un tipo de letra sumamente cómodo de leer, ponen broche de oro a este *aperitivo* bibliográfico, a la espera de que se nos sirva la *comida*, esa segunda edición de la *Bibliografía jurídica puertorriqueña* en tres volúmenes, que, no ha de dudarse, tendrá demasiados *gourmets* para ser degustada.

Nuevas felicitaciones a José Nilo Dávila Lanausse y ¡ánimo! en esta labor, tan ingrata como sustanciosa y fundamental.

EDUARDO VÁZQUEZ BOTE

PÉREZ FERNÁNDEZ DEL CASTILLO, B.: *Derecho registral*, Editorial Porrúa, S.A., México, 1990.

La mayor parte de los libros que traigo a recensión no me los envían las editoriales, sino que son adquiridos por mí en esa impenitente manía de comprar libros. Esto ha sucedido con éste, del cual se enriquece uno conociendo los entresijos del sistema registral mexicano. Recuerdo, sin embargo, que me llamó la atención el enfoque inicial de la Introducción y unas citas históricas de los antecedentes del sistema o institución registral.

En la Introducción se parte por el autor de la distinción de *cinco* etapas por la que la misma ha pasado. Díez Picazo señaló solamente tres: la de las leyes iniciales, que en su mayor parte fueron "leyes hipotecarias"; luego se van incorporando los demás gravámenes y las mutaciones patrimoniales, para en un último momento el Registro se transforma en uno de Propiedad. Según el autor de la monografía, existe una primera etapa donde se destacan las diferentes formas de transmitir la propiedad; la segunda supone el establecimiento de un Registro rudimentario para proteger a los compradores; en la tercera se trata de consolar la propiedad raíz con fines catastrales; la cuarta parte de la base de lograr a través del Registro una seguridad jurídica, y la quinta se dirige a una tecnificación de los Registros por medio de la "informática". No creo que esta estructuración esté referida a la legislación mexicana, sino que parece que el autor habla en general.

Es perfectamente admisible la visión panorámica que el autor ofrece, salvo —por lo que a mí respecta— la última etapa, donde se viene a montar en un pedestal a la "informática", como "milagro" de Lourdes, para ofrecer el Registro del futuro. A mí me están preocupando en estos momentos los serios atentados que se están produciendo en los principios hipotecarios —atentados que pueden tener reflexiones posteriores—, pero mi mayor preocupación es la "tecnificación" del Registro. De los principios hipotecarios —tema largo del que es preciso hablar— sólo puedo decir que mi visión actual es muy semejante a esas vivencias que uno tiene de pequeño en las que la plaza mayor de una ciudad —pongo por

ejemplo Salamanca— se engrandecía en mi pequeñez; y ahora, al volver a verla después de muchos años, la veo más pequeña, más reducida, y no es que no haya crecido...

De la informática sólo puedo decir que con ellas estamos avanzando a “galope tendido”, pero estamos llegando a un abismo y lo prudente es, como decía LAURENCE J. PETER (*El plan de Peter*), parar en seco el galope del caballo y ver si se puede o no cruzar el precipicio. “Lo más difícil de aprender en la vida es qué puente hay que cruzar y qué puente hay que quemar”. La informática es una “pésima” solución que se está intentando introducir en el campo jurídico, pero que lleva consigo el peligro “administrativo”. Caer en las redes que se han tendido con mucha inteligencia y osadía es hacer la campaña a algo que, a la larga, ataca a nuestra institución. Y no es que yo me oponga a las buenas intenciones juveniles de la institución frente a lo que ellos podrían considerar como postura retrógrada, no; es que pienso que la proyección futura del Registro no está en esos caminos. Estamos jugando con cierta alegría con una relación laboral, con una personalización de la función, con un acercamiento a sistemas europeos y con un elemento peligrosísimo cual es la información. Los resultados, que en su día llegarán, serán nada más ni nada menos que una consecuencia de todo ello.

La obra es un estudio monográfico de la materia y cumple la finalidad perseguida por el autor, que ofrece los datos suficientes para que podamos tener noticia fiel del funcionamiento del sistema registral de México, lo cual tiene gran importancia a la vista del V Centenario del Descubrimiento. Consta de cuatro capítulos, en los que el primero está destinado a la evolución histórica de los sistemas registrales, el segundo tiene por objeto el examen del Registro de la Propiedad como organismo público, el tercero comprende la exposición de los principios hipotecarios y el cuarto el procedimiento registral. Se incluyen dos Apéndices referidos a la responsabilidad del Registrador y a la jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia. Bibliografía e índices completan la publicación.

A) *Evolución histórica*

Al comienzo he destacado cómo me han sorprendido ciertas notas históricas que para mí eran desconocidas. La verdad es que el autor las utiliza con una gran prudencia y entiende que quienes las hacen *pretenden* encontrar en pasajes bíblicos manifestaciones de la publicidad inmobiliaria. Pues bien, ni la cita del Génesis (23, 16), del Levítico (25, 24), del libro de Rut (4, 9) y del de Jeremías (22, 9, 14 y 15) para nada se refieren a la publicidad registral.

Cobran sentido las citas que hace de Egipto, Grecia, Roma, Acta Torrens, Derecho alemán, España, Francia, para llegar al México colonial, el México independiente y el México contemporáneo, donde se resume toda la legislación vigente en estos momentos

B) *El Registro de la Propiedad*

Define el autor el Registro Público de la Propiedad como “una institución *administrativa* encargada de prestar un servicio público consistente en dar publicidad oficial de estado jurídico de la propiedad y posesión de los bienes inmuebles; algunos actos sobre bienes muebles; limitaciones y gravámenes a que

ambos están sujetos, así como la existencia y constitución de personas morales: asociaciones y sociedades civiles”.

Es curioso cómo el autor no vacila en calificar a la institución con el carácter de “administrativa” (adscrita al poder ejecutivo y no al judicial, como las de Chile y Argentina) y, sin embargo, luego diga que mientras el Registro Público de la Propiedad y del Comercio se distingue de todos los demás porque los actos que se inscriben en él surten efectos y son oponibles a terceros, los otros Registros sólo son catálogos de bienes y de personas y su falta de inscripción no trae más sanción que la administrativa. Diferentes puntos de vista.

A través de las finalidades perseguidas por el Registro y la distinción de sistemas registrales, llega a una precisión diferencial entre el Registro citado y los demás. Se concluye que la inscripción es declarativa y que el sistema de transmisión es el de solo *consensus*. La inscripción es voluntaria.

C) *Principios registrales*

La verdad es que el autor recorre el pentagrama de los diversos principios hipotecarios reconocidos por los diferentes sistemas sin un orden esquemático o clasificatorio, aunque aporte el de Cano Tello que cualifica el carácter de dichos principios. En mi exposición prescindía de esa “cualificación” y los exponía en forma paralela al procedimiento registral. Por eso el encuadramiento resulta, de “entrada”, marcado por la materialidad, la formalidad o el carácter mixto; y en esto también hay que disentir, pues nunca pueden aceptarse como principios formales el de “legalidad o calificación”, que es la base o razón de que el principio de publicidad puede funcionar con datos que respondan a una legalidad. Dentro de los principios mixtos es lamentable situar al del consentimiento, al de publicidad y al de prioridad.

El autor recorre cada principio y explica su funcionamiento dentro del sistema mexicano. Me ha chocado —graciosamente— cómo a las modalidades del principio de tracto sucesivo las denomina “el tracto breve”.

D) *Procedimiento registral*

El esquema que el autor utiliza es el clásico que supone una serie o sucesión de actos que van desde la presentación del documento hasta la entrega del mismo al interesado una vez despachado, pasando por la inscripción, el rechazo, suspensión y recursos. Queda un aspecto que no aparece muy claro, y es el de la “distribución de los documentos”, que debe estar conectado con el principio de especialidad.

Los Apéndices que se recogen en el texto se refieren a la responsabilidad del Registrador (civil, administrativa, fiscal y penal) y a las ejecutorias y jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia que abarcan un conjunto de temas o problemas jurídicos de difícil resumen en estas notas, aunque estén expuestas por orden alfabético de materias.

La publicación es un gran elemento de contraste y su aportación facilitará ese conjunto de problemas que han de solucionarse con motivo del V Centenario del Descubrimiento y de la celebración de un congreso registral, aunque los temas elegidos para el mismo sean desviaciones doctrinales de enfoques poco

precisos. Creo que con esta monografía habrá que contar para saber la estructura y dimensiones de uno de los sistemas hipotecarios o registrales más importantes de Hispanoamérica.

JOSÉ MARÍA CHICO Y ORTIZ

MOISSET DE ESPANÉS, L.: *La lesión en los actos jurídicos* y algunas obras más de este ilustre jurista. Córdoba (Argentina). 1965.

Posiblemente esta obra que hoy traigo a recensión la habré comentado o estará comentada en alguna de las diversas revistas de nuestro país, y lo mismo sucederá con las otras que aporto a estas notas que no pretenden ser de auténtica recensión, sino de testimonio de admiración y homenaje al gran jurista que encierra, porta y ofrece Luis Moisset de Espanés. Además, hace tiempo le dije que iba a hacer esto, y no hay mejor ocasión para ello que ésta del número extraordinario de la REVISTA CRÍTICA DE DERECHO INMOBILIARIO con motivo de la celebración del V Centenario del Descubrimiento para ofrecérselo.

Camino aéreo de Córdoba el grupo de españoles que íbamos a impartir una conferencia, visitar la ciudad y rendir culto a la amistad, me preguntaron por la categoría jurídica de Luis, y yo, que tenía a mano su *curriculum vitae* —unos doce folios mecanografiados—, les dije: ahí está el personaje y su obra. Se reseña en esos folios los títulos y diplomas, las pertenencias a institutos científicos, los cargos docentes desempeñados, las ponencias presentadas en diversos congresos, las conferencias pronunciadas, los trabajos monográficos y los ensayos, los libros publicados, las traducciones realizadas y otra serie de tareas universitarias... Desde entonces acá el *curriculum* habrá aumentado considerablemente en extensión y en profundidad.

Luis es un asiduo visitante de España. España es su recreo y su gozo. La conoce tan bien, que a mí y a José María Castán nos ha enseñado sitios y monumentos totalmente desconocidos para la mayor parte de los españoles. El románico y el gótico le chillan. En su casa de Córdoba nos enseñó a Catalino Ramírez y a mí su estudio, su despacho de trabajo, que prácticamente se parece al mío: los libros amontonados, los papeles esparcidos, las mesas repletas, la máquina de escribir en un costado, el papel de calco en otro..., y, es curioso, en una mesa pequeña un *puzzle* a medio de completarse que revela la minuciosidad de su ocio en esas escapadas de su mente jurídica. También visité en la Universidad su dependencia destinada a seminario, y allí sus dos colaboradores se hicieron muy pronto amigos nuestros (creo que me acompañaba Abelardo Gil) y eran Vallespinos y Delia Ferreira.

Las gafas que le protegen y facilitan su mirada no son obstáculo para apreciar la gran humanidad que este hombre lleva consigo. Recuerdo cómo en el primer congreso registral él figuraba entre los destacados juristas argentinos que habían de "enfrentarse" con la delegación española en un duelo de sistemas y de concepciones y que Luis Moisset supo mantener con su prestigio el equilibrio de fuerzas tan avasalladoras como la riqueza verbal de Fontbona, la milimétrica expresión de Scotti y la aportación dogmática de Falbo. Cosa que luego en el Congreso de Madrid se repitió. Luis Moisset no digo que se pasó "al enemigo", pero sí obró el milagro de la comprensión.

De los libros que voy a hacer una mera referencia, debo indicar que todos ellos se me han brindado con generosidad y todos o casi todos están dedicados

en fechas que se inician cuando se celebra el primer congreso registral y se continúan en los diversos actos y reuniones posteriores. Es curioso, y lo cuento anecdóticamente, cómo en el otorgamiento del primer premio creado por el Colegio Nacional de Registradores él está en España y le pido cordialmente que intervenga en el acto académico que se celebró. Le agradezco las "únicas" palabras que él me dedicó como promotor de dicha idea.

Vamos ya con estas publicaciones que exigen un comentario:

La lesión de los actos jurídicos.—Se trata de un estudio importante que ha de tenerse en cuenta cuando alguien pretenda abordar ese tema. La estructura de la publicación ofrece unos antecedentes históricos que arrancan de la antigüedad, para pasar por la Edad Media y desembocar en el Derecho comparado (francés, alemán, suizo, Polonia, México, etc., y el Derecho anglosajón). Creo que la importancia del estudio, aparte de esa aportación legislativa de antecedentes, reside en los dos temas centrales que perfilan la diferencia del fenómeno de la lesión con otras figuras y el encuadramiento jurídico de la misma. Remata la publicación el examen de las acciones que corresponden a las víctimas de la lesión, unas conclusiones y un Apéndice.

La lesión y el nuevo artículo 954 del Código Civil.—La obra, complemento de la anterior, es de 1976. Señalo este dato, pues la reforma e incorporación del concepto y proyección que Moisset defendió se incorpora al Código Civil en el artículo señalado. Dice el prologuista de la obra —Jorge A. Carranza, amigo mío, seguro— que la idea de la lesión "él la prohibió, la vaticinó, la impulsó hasta que adquirió rango legislativo..." En los estrechos márgenes en que me debo mover sólo caben meras referencias a esa publicación en la que —aparte de los antecedentes— se proyecta la figura de la lesión en el Derecho comercial, Derecho administrativo, Derecho laboral, la usura penal, para terminar con la estructuración sistemática de las acciones que nacen de la misma forma: forma de ejercerla, legitimación y efectos en su nueva regulación. Se completa la publicación con Apéndices legislativos y bibliografía.

Deber moral y obligación natural.—Sin seguir un orden cronológico de publicaciones, traigo ahora esta obra que se publica en 1968 y me la dedica en 1973 (o estaba visitando Argentina o él estaba visitando España). La obra lleva dos zonas diferenciadas en las que ocupa la mayor parte la teoría de la obligación natural y sus repercusiones en el campo jurídico, para acabar con el tema de los "deberes morales" como obligaciones naturales.

Irretroactividad de la Ley.—El gran tema de la irretroactividad de la Ley que choca violentamente con el proceso de evolución legislativa y provoca serios problemas de Derecho transitorio es la base del estudio que L. Moisset aborda en esta publicación sobre la modificación legislativa del artículo 3 del Código Civil a través de la Ley 17711. La publicación es del año 1976, y de igual fecha es la dedicatoria del ejemplar que utilicé en esta recensión.

Por supuesto que en el estudio que el profesor Moisset hace, aparte del fenómeno de la irretroactividad, hace incidir en ella los temas del daño moral, la lesión, equidad, indemnización, cambio en las situaciones de capacidad y reflejos del efecto en instituciones como las personas jurídicas, hipotecas, derecho de retención, etc. Igualmente contempla el efecto diferido de la mora, resolución, prescripción, etc.

Sin perjuicio de valorar este estudio en su dimensión real y de necesario conocimiento por el legislador actual, quiero reproducir los últimos párrafos del autor en su portentoso Prólogo: "Afirmar que para el trabajo intelectual se necesitan paz y tranquilidad es un lugar común; pero si esperamos la paz absoluta sólo la encontraremos en el sepulcro, y ése ya no será momento para realizar ninguna tarea intelectual. Por eso he tratado de superar los obstáculos, tomar de nuevo la pluma y reencontrarte, agradeciendo la mano que me tiendes para ayudarme a continuar el camino".

Dominio de automotores y publicidad registral.—La publicación no tiene fecha—cosa insólita en la legislación de propiedad intelectual—, pero sí el Prólogo (1981) y la dedicatoria (1984) Sin que ello signifique "vanidad", quiero reproducir lo que representa su dedicatoria: "A José María Chico y Ortiz, maestro de Registradores, con el aprecio de uno de sus alumnos y amigo. La Plata, 24-11-1984" Esta dedicatoria no es más que una muestra de afecto, una ofrenda de uno de mis "ponderadores" y la traducción actual de ciertos compañeros que cuando ceno con ellos me dicen, en broma, "hoy cenamos con la doctrina".

Se trata de una obra voluminosa donde se afronta la publicidad en orden a los bienes muebles e inmuebles y el principio de la seguridad estática y dinámica, para luego pasar al examen de los automotores y su régimen jurídico y publicitario (Registro Nacional de Automotores) de los mismos. A partir de ello la obra se escinde en el examen de los principios de inscripción, legalidad, prioridad, especialidad y rogación, para luego afrontar los temas de la prescripción adquisitiva y responsabilidad del titular registral. La parte segunda está destinada al examen de la publicidad registral antes y después de la Ley 17801, que recoge los principios de especialidad, determinación, legalidad, etc.

Inflación y actualización monetaria.—Esta publicación data del año 1981, cuando Argentina está pasando uno de sus malos momentos económicos, y de la dedicatoria del ejemplar que poseo se desprende esta situación: "...en este feliz encuentro de La Plata, un libro de cuando 'la plata' no funciona". La publicación se hace en colaboración con R. Daniel Pizarro y C. Gustavo Vallespinos. El tema que aglutina todos los diversos capítulos de la obra se esboza en una de sus páginas que se encabeza con el título "La inflación y los valores jurídicos", donde se dice que "el hombre desde las épocas más remotas ha buscado que en sus transacciones reine la *seguridad*, pero siempre como un medio o camino para obtener la justicia; para asegurar el cumplimiento de sus obligaciones se dispuso, primero, que respondería el deudor con su propia persona, y luego, que el patrimonio sería la prenda común de los acreedores; la creación de garantías personales, como la fianza, o reales, como la prenda y la hipoteca, son también manifestaciones de la búsqueda de la seguridad...; pero en todos estos casos la seguridad es sólo la vía para llegar a la justicia". Si el *nominalismo* es una expresión de seguridad, cuando se emite moneda en forma incontrolada se provoca con ello la inflación y se priva al dinero de su función de medida de valores; y mantener por ello el nominalismo conduce a vulnerar el valor supremo de la justicia.

Jugando con esos dos temas del *nominalismo* y *valorismo*, el libro monográfico va afrontando problemas derivados como son las deudas dinerarias, depreciación de moneda, mora, obligaciones de dar dinero, intereses, "indexación", cláusula penal, cláusulas de estabilización, cláusula dólar, etc.

Estudios sobre parte general, obligaciones y derechos reales.—Se trata de una publicación editada por la revista *Comercio y Justicia* en la que se recogen los temas apuntados en el título, que es anterior a la que acabamos de referirnos. En el fondo no es un tratado, sino una serie de artículos agrupados y que tocan ciertos puntos. Pero es importante, ya que Moisset es conocedor “a fondo” del Código de Vélez Sarsfield, cuya obra se conserva en Córdoba y que con auténtica reverencia doctrinal nos enseñó al grupo de españoles que me acompañaba en las jornadas que dedicamos en homenaje a su persona. Precisamente en la publicación dedica dos o tres artículos a la “originalidad” del Código Vélez. El resto son estudios sobre temas muy concretos de la materia de obligaciones (muy conectada con el tema de la inflación) y derechos reales (publicidad inmobiliaria, responsabilidad del titular registral de dominio, justo título y prescripción adquisitiva), aparte de los que figuran en la primera parte general.

Contratación inmobiliaria.—Esta publicación, que debe estar bordeando los años ochenta (lo deduzco de la dedicatoria), aborda dos temas importantes: la intermediación en los negocios inmobiliarios y los vicios de la contratación.

El trabajo está hecho en colaboración con Jorge Mosset Iturraspe. Creo que es importante, pues si la primera parte del mismo está destinada a la intermediación en el negocio inmobiliario con todo el complicado sistema que ello encierra (la venta por boleto, por ejemplo), en la segunda se estudian los vicios de la contratación (lesión, imprevisión y abuso del derecho) y el derecho de hacer publicidad en las paredes y azoteas de edificios divididos en propiedad horizontal. Es monografía a tener muy en cuenta a la hora de enjuiciar el tema del fraude inmobiliario.

Otros trabajos.—Con los que poseo es difícil que “agote” lo que este jurista aporta al campo del Derecho, pero el que “da lo que tiene no está obligado a más”. Cito ya sin entrar en ellos:

- a) En la *Revista de la Jurisprudencia Argentina* publica un comentario sobre la disposición de inmuebles gananciales en los que no consta el consentimiento del cónyuge del disponente.
- b) En la misma revista inserta otro artículo sobre la “función calificadora del Registrador y el artículo 1.277 del Código Civil”, haciendo un comentario de una sentencia.
- c) Igualmente en esa misma revista inserta un artículo sobre “las obligaciones de no hacer y la mora”.

Destaco éstos ya que tienen una gran conexión con el Registro de la Propiedad, pero debe haber muchos más. Marginando esta serie de publicaciones, hay que reflejar también el sentido del humor del jurista (Ihering nos hizo “herederos” de este sentido, compatible con la seriedad del Derecho), y son auténticamente deliciosos sus comentarios sobre el tema de “Los anacronismos”, “Claves disciplinados” y “La barragana y el barragán”.

No sé si con todo esto que cuento, resumo y aglutino he podido dar al lector la dimensión de la figura de Luis Moisset como jurista, humano y amigo. He puesto muy buena voluntad y cariño, pero igual me ha faltado ciencia para resaltar los valores que porta este jurista, ya necesitado de algún reconocimiento oficial.

ESCOBAR FORNOS, IVÁN: *Contratos*, tomo I. Colección treinta aniversario, UCA, Nicaragua, 1991.

Hace tiempo que no veo a Iván. De vez en vez me llega una misiva suya y, en paquete especial, alguna de sus publicaciones. Esta que traigo hoy a recensión me llegó hace poco y, si es posible, irá en el número extra de la REVISTA CRÍTICA en homenaje de los juristas hispanoamericanos. Veo que la publicación la facilita la Universidad Central Americana y la prologa Rodolfo Sandino Argüello, jefe del Departamento de Ciencias Jurídicas de la Universidad. Quiero recordar con auténtica nostalgia aquella invitación que se me hizo en la UCA para impartir una conferencia sobre el presente y el futuro de la institución registral, donde la asistencia fue numerosa y en el capítulo de preguntas todos los componentes de la delegación española participaron activamente. Iván fue el promotor y le secundó Rodolfo Sandino, para quienes va ahora mi recuerdo "retroactivo" y mi emoción por verles de nuevo "en activo" después de lo mucho y difícil que han pasado. A veces, como en el presente caso, el Derecho se impone sobre la violencia, la sabiduría sobre la fuerza y el conocimiento sobre la ignorancia. Si vencer no es lo mismo que convencer, según Unamuno, aquí éstos han vencido y convencido. Mi enhorabuena.

La verdad es que el libro, en la contraportada, reproduce una frase mía extraída sin duda alguna de las recensiones que he hecho a la obra de Iván, y ello no solamente me "distingue", sino que me halaga y me "obliga" a esta nueva recensión.

Al tratarse de un primer tomo, solamente se recogen en él diversos contratos que pueden agruparse en los que conocidamente se encuadran en los "traslativos del dominio" o del "uso", los "societarios" y los de "confianza".

- Dentro de los primeros sitúa el autor a la compraventa, la promesa de venta, la permuta y la donación entre vivos. No vamos a descender a la precisión de los conceptos que siguen líneas tradicionales, pero sí a la estructuración y modo de ofrecer estas figuras que arrancan de un concepto, unos caracteres, sus elementos, clases, efectos y extinción. Todo ello con las ligeras variantes que imponen cada clase de contrato, pues la compraventa le obliga a destinar apartados referentes a las modalidades que la misma ofrece, la promesa de venta a señalar las diferencias con la venta y la permuta a sus afinidades con la venta. Lo mismo sucede con las donaciones y con el contrato de arrendamiento que vincula al autor a profundizar en el de cosas, muebles, ganado, aparcería, hospedaje, transporte y obra.
- Respecto al contrato de sociedad, aparte de la sistemática habitual, toca la problemática de las sociedades de hecho o irregulares, las civiles y las comerciales, las universales y las particulares.
- Por lo que se refiere al contrato de "mandato" como figura clara dentro de los de confianza, no sólo se limita a la exposición de sus líneas generales, sino que afronta temas como el de la "delegación" del mandato, la "autocontratación" y el mandato "sin representación" que completan el estudio de la figura.

La obra, en general, debe ser enjuiciada con la finalidad que persigue de enseñanza universitaria de los conceptos que se manejan, está escrita en forma clara y concisa, con referencias al articulado propio del Código de Nicaragua, a bibliografía y a sentencias y resoluciones que actualizan la problemática.

No sé si Iván se podrá desplazar a España con motivo del Congreso Internacional del Descubrimiento, pero si así fuera sería la gran ocasión para que nos relatase la "odisea" y la "victoria" final al amparo de esa bandera que él defendió: la comprensión entre los hombres de buena voluntad a través del campo del Derecho. Si así fuera y así lo deseo, podría darle el gran abrazo fraternal y felicitarle por esa nueva muestra de su constante inquietud vocacional de transmitir a los demás los conocimientos que uno posee. ¡Hasta entonces, Iván!

JOSÉ MARÍA CHICO Y ORTIZ

CAMBIASSO, SUSANA: "El cooperativismo y las cooperativas agrarias", en *Cuadernos de Derecho Inmobiliario*, núm. 4, Montevideo, 1986. Un tomo de 305 páginas.

Al cumplirse el V Centenario del Descubrimiento del Nuevo Mundo se acrecienta en nosotros, los españoles, la simpatía hacia todo lo que proviene de las naciones hermanas de Hispanoamérica, a las que siempre nos hemos considerado entrañablemente unidos.

En el ámbito jurídico hay corrientes de contacto que últimamente nos han hecho conocernos más de cerca y que han sido los congresos internacionales, ya de Derecho registral o agrario, que han supuesto una fructífera comunicación de doctrinas, opiniones y afectuosas relaciones entre los estudiosos de ambos continentes.

Además son frecuentes los intercambios de libros y publicaciones que, aparte informarnos de tendencias y corrientes científicas o legislativas, suponen una unión entre los hispánicos, enormemente facilitada por un idioma, una idiosincrasia y unas formas de pensar evidentemente comunes.

He recibido con afectuosa dedicatoria este libro que comentamos, en el que la autora obtiene un acabado estudio doctrinal y de Derecho comparado que es un verdadero puente entre América y España. Si el motivo inmediato del libro es presentar el Decreto-Ley 15645, de 17 de octubre de 1984, que regula las cooperativas agrarias de Uruguay, Susana Cambiasso ha conseguido mucho más, pues desarrolla magistralmente una completísima teoría general del cooperativismo en todos sus aspectos y sobre todo en el social y jurídico.

El fenómeno cooperativo se ha extendido por el mundo entero lo suficiente como para que sea merecedor de la atención de legisladores y estudiosos. Se ha dicho que constituye la fórmula más idónea y universal para la teoría y la práctica de la titularidad agraria colectiva, hasta el punto de que en la reunión celebrada por la Alianza Cooperativa Internacional de Moscú, en 1980, se constató que esta figura existe en 157 países, agrupando a miles de cooperativas con más de seiscientos millones de asociados. En España existen unas quince mil cooperativas, con casi tres millones de socios, entre los cuales se encuentra, microscópico y modestísimo, el autor de este comentario. La agricultura de grupo es, ciertamente, una realidad universal.

Y es que cometidos inaccesibles o de muy difícil consecución para el hombre aislado se tornan hacederos cuando se unen varios para realizarlos. En todo caso, además, se consigue una economía de esfuerzos y gastos y un aumento consiguiente de beneficios, lo que, unido a un trato fiscal generalmente favorable, explican el auge creciente de la cooperación. Además, las cuestiones que pueden

afectar a este campo son tan importantes y se presentan en la práctica de modo tan continuo que han promovido un desenvolvimiento que autoriza a hablar ya de un "Derecho cooperativo" como rama jurídica autónoma referida a las normas y principios que se refieren a estas peculiares asociaciones.

Intentaremos hacer un resumen de este libro, siguiendo su misma sistemática, con breves comentarios.

I. *Orígenes y evolución del cooperativismo.*—La autora sitúa el nacimiento del espíritu asociacionista en el sistema gremial de la Edad Media, donde se reflejaban el ascetismo cristiano y las doctrinas aristotélicas sobre el precio justo y la reprobación de la usura, aunque este sistema, que era válido para una economía familiar de simple subsistencia, no se podía aplicar a la economía abierta o de mercado. La revolución industrial vino a trastocar el sistema, surgiendo las dos teorías económicas encontradas del individualismo feroz y del socialismo utópico, igualmente reprobables. El llamado socialismo cristiano del sacerdote francés Lamennais, la asociación de los Justos Pioneros de Rochdale y las cajas rurales ideadas por el alemán Raiffeisen son los verdaderos gérmenes conocidos del cooperativismo moderno. Este ha alcanzado pleno éxito y algunos llegan a exagerar su papel convirtiéndolo en pancooperativismo, pues piensan que si las cooperativas se federasen organizando toda la producción y adquiriendo todas las tierras podrían obtener un poder prácticamente omnimodo. Claro que esta postura, como advierte la autora, choca precisamente con uno de los principales principios cooperativos, que es el de la libre adhesión: si hay libertad de asociarse o de salir de la cooperativa el sistema se viene abajo estrepitosamente.

II. *La doctrina cooperativa.*—Tras tocar las cuestiones sociales que surgen de la contraposición entre individualismo y socialismo, que no respetan la iniciativa privada, el libro aborda la esencia de la doctrina cooperativa, que confiere a esta asociación un papel de importancia variable en la solución de los problemas económicos y sociales. Respecto a la propiedad, trata de ponerla en común mediante su utilización colectiva; respecto a la vida económica, aspira a eliminar la lucha competitiva, conjugando los intereses de productores y consumidores; por último, evita la lucha de clases, pues la cooperación es una asociación sin ellas.

Estas doctrinas se han interpretado de diversas maneras: para algunos, como WALRAS, el movimiento cooperativo era una fuerza conservadora, mejorando la suerte de la clase obrera; para otros, como FAUQUET, era un sector importante en la construcción de distintos sistemas socialistas, y GIDE cree que era un medio de instaurar un socialismo particular, realizando la soberanía del consumidor. La autora resume el parecer de estos autores, así como el de los continuadores de la escuela de Nîmes, las doctrinas de los ingleses NEALE, PENTY y CALO y, por último, la concepción idealista del mexicano ROSENDO ROJAS.

III. *Moral y espíritu cooperativo.*—Constituye éste un medular capítulo en cuanto que certeramente pone de manifiesto el "secreto" y la esencia capital de esta especial *afectio* indispensable para la buena marcha de la cooperativa. SUSANA CAMBIASSO ha sabido captar la idea básica de que la profunda colaboración humana exige una moral de grupo y un cultivo permanente de la calidad personal de los socios. Las morales de grupo, dice, son aquellas que las diferentes colectividades desean que sus miembros observen: el respeto debido a la persona

humana y al trabajo realizado, la fraternidad, la solidaridad y la justicia; todas estas virtudes encauzan el proceso que conduce al mutualismo y suponen un efecto fecundante para la actividad del hombre; cada uno debe realizar un esfuerzo para adaptarse al proceso cooperativo.

A la moral de los estupendos hombres del campo dedica párrafos especiales: la familia, sigue diciendo, constituye uno de sus valores esenciales, y el apego a la tierra le hace verla como algo sagrado y no como simple factor de producción; nadie cuida mejor la tierra que su propio cultivador, ya que a ella están unidos su destino y el de su familia. El campesino soporta los riesgos de los elementos, las especulaciones de los intermediarios, los avatares económicos; está escaso de recursos y hasta se le trata desigualmente en materia de asistencia social. Hay que rescatarle de su aislamiento, y entonces podremos proponerle colaboración, confianza, solidaridad e integración sin que suene a sarcasmo cruel.

La actitud anterior fundada en la adhesión a la moral cooperativa y a las finalidades y objetivos de esta forma de asociación constituye el espíritu cooperativo. Según el argentino LASERRE, que cita la autora, este espíritu es el que lleva al hombre a algo mejor que el ceñirse a la aplicación de las normas morales y, aun en el caso de que éstas no existan, a buscar espontáneamente el comportamiento adecuado para las situaciones en que se halla. Y señala que el cooperativista debe ser hombre honesto, íntegro y sin trampas, solidario, justo, responsable y realista. ¡Todo un desiderátum!

IV. *El Derecho cooperativo.*—En tres capítulos trata el libro del aspecto estrictamente jurídico de la materia, contemplando el encuadre y las fuentes del Derecho que se ocupa de las cooperativas y también de lo que llama derecho subjetivo de cooperar.

Dentro del amplio mundo del Derecho, ya desde Roma se ha querido distinguir entre el público y el privado, sin que hasta el momento hayamos llegado a una neta separación, sino más bien a la idea contraria de la interdependencia. Cada una de las ramas jurídicas lleva consigo un entrecruce de estos dos aspectos y constituyen más bien un recurso que facilita la adecuación de las diversas normas a las necesidades que la realidad plantea.

Por eso no resulta fácil encuadrar a la legislación y la doctrina sobre las cooperativas, que algunos colocan entre el Derecho mercantil, el social o el administrativo. La autora es partidaria de que este fenómeno socioeconómico sea regulado jurídicamente en forma especial y distinta, constituyendo una rama nueva, sin que obste a que el Derecho cooperativo tenga nexos con otras ramas. SUSANA CAMBIASSO encuadra el Derecho cooperativo dentro del Derecho privado y le da un doble contenido: fija el régimen legal de las cooperativas, de repartos basados en valores sociales y mutualistas, y regula la constitución y gobierno de la cooperativa con los derechos, deberes, límites y sanciones de sus socios.

Por otra parte, el derecho que tienen los hombres a asociarse es un verdadero derecho subjetivo, planteándose la cuestión de su clasificación adecuada. Por supuesto se trata de un derecho de contenido patrimonial, pero de tipo particular, pues consiste en estar un sujeto cointeresado en la suerte patrimonial de otro sujeto y de tener por ello injerencia en su actividad; consiste en concurrir e inmiscuirse en la vida de la persona jurídica. Es más bien una cualidad o una situación que no es de derecho de crédito ni real, sino una situación que incluye variados derechos de carácter personal, de crédito y hasta patrimoniales.

En cuanto a las fuentes del Derecho cooperativo, son las clásicas y general-

mente admitidas; pero hay cuatro sistemas principales de regulación cooperativa: el sistema anglosajón, que las encuadra en el Derecho sobre sociedades económicas y regula su aspecto procesal y administrativo, dejando el sustantivo a las normas estatutarias; el sistema germano, que conforma una rama autónoma y Registro propios con efectos jurídicos; el sistema francés, con una norma básica general y normas especiales, y el sistema de los países socialistas, caracterizado por estrictas formas de constitución y control.

V. *Los principios cooperativos*.—Sobre estos principios, formulados inicialmente por los tejedores de Rochdale y luego perfeccionados y profusamente estudiados en cuanto constituyen la esencia del espíritu cooperativo, trata el capítulo VIII del libro. En él la autora examina, como principios genéricos, los de puertas abiertas, gestión y control por mayoría, retorno de excedentes, interés limitado al capital, apoliticidad, fomento a la formación y educación de los socios, ventas exclusivas entre ellos a precios de mercado y otros. Analiza cómo han sido recogidos en la nueva normativa de su país. Por cierto que resulta extraño que en la discusión parlamentaria no se aceptase, en la redacción del artículo 55 del Decreto-Ley, a estos principios cooperativos como Derecho supletorio, quizá pensando en que no estaban debidamente formulados; hubo de retocarse, acudiendo a los principios generales del Derecho, algo evidentemente más genérico.

VI. *La propiedad en las cooperativas*.—La tierra ha constituido de siempre el punto más tirante en las opuestas posturas de individualistas y socialistas. En los capítulos IX a XIII del libro se toca este tema, desechando la idea de los repartos indiscriminados de tierras por antieconómica e irrealizable, para buscar la solución en una reforma de la empresa agraria orientada hacia el cooperativismo. Dice la autora que la mera distribución de tierras no es suficiente, por sí misma, para garantizar el progreso económico y la justicia distributiva; lo que interesa fundamentalmente es buscar el crecimiento productivo, verdadero presupuesto de la redistribución de la riqueza. Examina la propiedad en países del área socialista, especialmente en Cuba, y en los países anglosajones, cuyo modelo es Inglaterra, para terminar con una amplia exposición de la propiedad y su publicidad registral en el Derecho uruguayo, que se parece en muchísimos aspectos al Derecho español.

VII. *El desarrollo cooperativo agrario*.—Ofrece variables combinaciones según los regímenes liberal, socialista o tercermundista donde se aplica a las cooperativas. En términos amplios se pueden distinguir tres modelos en la agricultura:

- a) Las cooperativas de productores. En ellas se mantienen separadas las explotaciones familiares y la titularidad de las empresas por los socios y sólo se comunican para asegurarse los servicios comunes. Es la forma más difundida en el mundo occidental, y los servicios comunes más corrientes son la comercialización, el aprovisionamiento y el crédito.
- b) Las cooperativas llamadas de explotación, en las que la cooperación se extiende no sólo a los servicios, sino a la explotación en común, a la propiedad de la tierra e incluso hasta la vida en común. Tenemos como ejemplos el koljós ruso, las cooperativas de Argel, Túnez, Checoslovaquia y Yugoslavia, el moshov o el kibutz de Israel y la comuna china.
- c) Cooperativas mixtas, que se dan en los países colectivistas. La propiedad

y la dirección son distribuidas entre el Estado y los trabajadores, debiendo ajustarse la cooperativa a la planificación estatal. Por supuesto aquí no se aspira al beneficio de los trabajadores, sino primordialmente al servicio general.

La autora reseña que la legislación española admite los dos tipos primeros de cooperativas antes dichos. Sin embargo, hemos de puntualizar que casi su totalidad son de las de tipo occidental, o sea, manteniendo cada socio la titularidad de sus tierras y haciendo comunes tan sólo los servicios o prestaciones de las que obtiene ventajas económicas. Las cooperativas de explotación en común son posibles, pero escasísimas en número. Las llamadas cooperativas mixtas, que deben ajustarse a la planificación estatal, son impensables para una mentalidad occidental y no existen en España, aunque algunos haya soñado algún atisbo en las normas de la llamada reforma agraria andaluza.

VIII. *Legislación cooperativa uruguaya.*—A partir del capítulo XVI y hasta el final del libro se estudia la nueva normativa sobre la naturaleza jurídica y la clasificación de las sociedades cooperativas, a la luz del régimen legal establecido por el ya citado Decreto-Ley 15645, de 17 de octubre de 1984, complementado por su Decreto reglamentario 556/1985, que suponen un muy completo y ordenado sistema regulador de las cooperativas agrarias. Se estudia la personalidad jurídica de las mismas, que nace a partir de la inscripción en su Registro especial, parejo al español; igualmente se expone su funcionamiento, derechos y obligaciones de los socios, gobierno y administración, disolución y liquidación de las cooperativas agrarias.

Termina el libro incluyendo los textos legales y reglamentarios vigentes que se aplican a estas figuras en Uruguay.

De todo lo dicho se desprende que es un libro interesantísimo que no se ciñe sólo a la normativa uruguaya, sino que contiene una completa y profunda exposición doctrinal y de Derecho comparado que proporciona una amplia información sobre el tema. En lo que concierne a España, las referencias a nuestra legislación son constantes y atinadas, y en la bibliografía nos cita con profusión, lo que es de agradecer. Felicitamos sinceramente a la autora por la completa obra conseguida.

FRANCISCO CORRAL DUEÑAS

CACCIATORI, MIGUEL ANGEL: *Lecciones de Derecho registral*, Editorial Barreiro y Ramos, S.A., Montevideo (Uruguay), 1986. Un volumen de 184 páginas.

Nunca mejor empleada la expresión de que "no estamos descubriendo América" al afirmar que el Registro de la Propiedad es el instrumento idóneo para asegurar la publicidad de las situaciones jurídicas que recaen sobre los bienes inmuebles. Son prácticamente incontables los tratados que estudian su historia, naturaleza jurídica, ámbito, principios y elementos.

El autor de la obra que nos ocupa, profesor de Derecho registral de la Facultad de Derecho de Montevideo, se inclina por denominar esta materia como Derecho registral, "atendiendo a la actual dimensión de la publicidad registral". De este modo dice resolver la "polémica" mantenida por la doctrina a lo largo de

la historia sobre denominaciones tales como "Derecho inmobiliario", "Derecho del Registro de la Propiedad", "Derecho inmobiliario registral" o "Derecho hipotecario".

Toda vez que la publicidad registral es el elemento en el que CACCIATORI pone más énfasis a la hora de exponer su concepto de Derecho registral, a ella dedica el tema I de su tratado.

En este tema, partiendo el autor del concepto más simple de publicidad ("Hacer notorio o conocido algo... Termina con ello la clandestinidad"), evoluciona hacia el concepto de publicidad jurídica, pasando entonces a analizar las diferentes posiciones doctrinales sobre su naturaleza jurídica, a saber: a) Es una declaración de voluntad en el plano administrativo registral dirigida a un número indeterminado de personas; b) Es una notificación en su sentido más estricto dirigida a sujetos no determinados pero sí determinables, pudiendo hablar así de notificaciones genéricas; y por último, c) Es una forma jurídica, cuestión que ha dividido a la doctrina por existir quienes estiman que la forma es requisito del acto jurídico y la publicidad en sí no constituye una forma de los negocios jurídicos. Frente a ellos, otro sector doctrinal en el que se incluye el propio autor de este tratado si le concede la cualidad de forma, materializada al constituirse el asiento registral en el que se recogen los elementos documentales como consecuencia de la eficacia que el conocimiento y la oponibilidad frente a terceros otorgan a la propia publicidad.

A continuación nos expone las diferencias de la publicidad con figuras como la publicación y la notificación. Respecto a la primera, la publicidad asegura la cognoscibilidad legal de modo que nadie pueda alegar desconocimiento de lo publicado, y en cuanto a la notificación, se diferencia de ella en que es una declaración no recepticia destinada a la generalidad de las personas. Continúa diciéndonos que la teoría de la apariencia protege al tráfico jurídico al proteger al tercero de buena fe, y que son las titularidades de derecho subjetivo las que fundamentan la publicidad registral, que a su vez las hace oponibles frente a terceros. Finaliza este tema con el ámbito de la publicidad, que con el tiempo ha trascendido más allá de la mera propiedad inmobiliaria; con la función de interés público, que tiene este instrumento de protección de la seguridad jurídica "encarnado" en la institución del Registro de la Propiedad, y por último, con sus efectos y con una breve ojeada a la llamada publicidad de hecho.

Tras efectuar en el tema II un rápido recorrido histórico de la figura de la publicidad, en el que presta especial atención a los Derechos romano, germánico y español, y que finaliza con la evolución de la misma en Uruguay, dedica el tema III al Derecho registral, exponiéndonos los diferentes conceptos que ofrece la doctrina y analizándolos. Sobre el objeto del Derecho registral, en su país predomina la opinión doctrinal según la cual lo que se inscribe son actos y negocios jurídicos de los que derivan derechos. También consulta las diferentes doctrinas a la hora de establecer su contenido, su relación con otras ramas del Derecho, sus clases y fines. Es de destacar la atención que dedica el autor a la cuestión de la autonomía del Derecho registral, preguntándose si tiene el suficiente nivel de homogeneidad y coherencia como para poder ser calificado de "autosuficiente". Y puede serlo, según el autor, "en el sentido de un conjunto de normas que son dictadas en función de la institución del Registro", al menos desde el punto de vista de la autonomía estructural, pero no de la científica, por "culpa" de su estrecha relación con el Derecho administrativo. Lo que sí le concede el autor es la autonomía didáctica, al considerar el Derecho registral

como disciplina jurídica susceptible de ser estudiada con independencia de las demás.

En el tema IV, al abordar los principios registrales sigue la sistemática de cualquier tratado sobre la materia en cuestión, y en el tema V nos ofrece una visión panorámica de Derecho comparado a través de los sistemas español, australiano, francés, argentino y alemán. La particularidad de este libro reside en permitirnos conocer en su tema VI las características del sistema registral uruguayo.

Orgánicamente, los Registros en Uruguay dependen del Ministerio de Educación y Cultura a través de la Dirección de Justicia y la Dirección General de Registros.

Los sistemas de registración han variado en Uruguay desde la Ley inicial 10793 que admitía las formas de extracto o síntesis en el libro protocolo, la nota marginal y la transcripción, para pasar por la Ley 12480 de 1957 que cambió el sistema por el de protocolización de los ejemplares de documentos en el Registro General de Inhibiciones. Por último, la Ley 15154, de 29 de diciembre de 1983, ha venido a implantar el actual sistema de ficha real que toma la finca como base del ordenamiento.

Esto supone adoptar como sistema de registración no la persona ni el documento, sino la finca, abriéndole un folio o ficha que permite ir asentando en ella, tras la inmatriculación del bien, todos los actos jurídicos posteriores que se van inscribiendo con relación a dicha finca. Esta ficha registral se denomina minuta rogatoria, prescribiéndose en el artículo 80 y siguientes de la Ley la obligatoriedad de acompañar al acto inscribible una minuta con los datos que el Reglamento determina.

Los asientos se redactan mediante notas con el contenido reglamentario, firmadas por el Registrador, el cual las protocoliza y conserva durante la vigencia de las inscripciones.

Esta Ley de 1983 prevé la mecanización del servicio, de acuerdo con su artículo 82, mediante procedimientos electromecánicos.

Los Registros son públicos y brindan información a solicitud de cualquier persona mediante la expedición de certificados. Estos certificados pueden limitarse a acreditar la situación jurídica de bienes y personas y también pueden proporcionar reserva de prioridad si se solicita expresamente.

El autor explica en el libro ampliamente lo que hemos tratado de resumir queriendo dar una idea suficiente.

Terminamos diciendo que el libro, aun bajo su formato breve que le impone su destino a la enseñanza, tiene un amplio contenido de Derecho positivo, tanto uruguayo como comparado, acogiendo igualmente una completa gama de opiniones doctrinales, con numerosas citas de autores de varios países, abundando prestigiosos hipotecaristas españoles.

Desde este lado del Atlántico decimos que si lo bueno es breve, resulta dos veces bueno.

JOSÉ MARÍA CORRAL GIJÓN
Ldo. en Derecho

