

REVISTA CRITICA
DE
DERECHO INMOBILIARIO

FUNDADA EN 1925

por

D. Jerónimo González Martínez

Año XLIX ● Mayo - Junio 1973 ● Núm. 496

CONSEJO DE REDACCION

PRESIDENTE:

Excmo. Sr. D. Ramón María Roca Sastre.

CONSEJEROS:

Excmo. Sr. D. Pío Cabanillas Gallas.

Ilmo. Sr. D. Pedro Cabello de la Sota.

Ilmo. Sr. D. José Luis Lacruz Berdejo.

Excmo. Sr. D. Juan Vallet de Goytisolo.

Ilmo. Sr. D. Ginés Cánovas Coutiño.

Excmo. Sr. D. Juan José Benayas y Sánchez Cabezudo.

Excmo. Sr. D. José Poveda Murcia.

Ilmo. Sr. D. Narciso de Fuentes Sanchiz; y

Sr. D. Eugenio Fernández Cabaleiro.

CONSEJERO-SECRETARIO Y JEFE DE REDACCIÓN:

Sr. D. Luis Díez Picazo y Ponce de León.

SECRETARIO DE LA REVISTA:

Sr. D. Fernando Muñoz Cariñanos.

Dirección: General Mola, 72.—Madrid-6.—Teléf. 225 53 16.

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

Imprenta SAN JOSE.—Leganitos, 24.—Madrid-13

SUMARIO

	<u>Págs.</u>
ESTUDIOS:	
“Responsabilidad patrimonial de la Administración pública y unidad de jurisdicción”, por JESÚS GONZÁLEZ PÉREZ	557
“Presente y futuro del principio de calificación registral”, por JOSÉ MARÍA CHICO ORTIZ	579
“La nacionalidad de la mujer casada”, por VICENTE L. SIMÓ SANTONJA.	611
NOTAS:	
“Consideraciones con motivo de un pleito sobre filiación en derecho puertorriqueño”, por EDUARDO VÁZQUEZ BOTE	631
“Apuntes para un estudio de la filiación ilegítima (Reflexiones de la lectura de “La procreación irregular y el derecho” de Jesús Valdés)”, por ENRIQUE FOSAR BENLLOCH	681
JURISPRUDENCIA:	
Resoluciones y Sentencias:	
I. Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado, por MANUEL AMORÓS GUARDIOLA, TIRSO CARRETERO GARCÍA y EUGENIO FERNÁNDEZ CABAILEIRO	697
II. Sentencias del Tribunal Supremo:	
1. Jurisprudencia civil, por BARTOLOMÉ MENCHEN BENÍTEZ, JOSÉ QUESADA SEGURA, CARLOS MARÍN ALBORNOZ y CATALINO RAMÍREZ RAMÍREZ	707
2. Jurisprudencia procesal, por ELÍAS IZQUIERDO MONTORO.	730
3. Jurisprudencia contencioso-administrativa, por JESÚS GONZÁLEZ PÉREZ	734
III. Resoluciones del Tribunal Económico-Administrativo Central, por FERNANDO MUÑOZ CARIÑANOS	741

LIBROS:

"Génesis y evolución del Derecho urbanístico español", de MARTÍN BASSOLS COMA, por JOSÉ MARÍA CHICO ORTIZ	749
"Profili giuridici della vendeta di cora altimi", de ROSSELLA CAVALLO BORGIA, por CARLOS ROGEL	752
"La prescripción en las aguas públicas", de FERNANDO FUENTES BODELÓN, por ELÍAS IZQUIERDO	756
"Infracciones y sanciones tributarias", de FERNANDO PÉREZ ROYO, por ELÍAS IZQUIERDO	758
"Derecho civil. Teoría y práctica". Tomo II: "Derecho de cosas", de JAIME SANTOS BRIZ, por CARLOS MARÍN ALBORNOZ	760

REVISTAS	771
------------------------	-----

E S T U D I O S

Responsabilidad patrimonial de la Administración pública y unidad de jurisdicción

SUMARIO: I. *Introducción.*—II. *El principio de dualidad de jurisdicciones para juzgar a la Administración pública.*—III. *Unidad de jurisdicción.*—IV. *La dualidad de jurisdicciones y la responsabilidad patrimonial de la Administración pública:* 1. Evolución legislativa.—2. Régimen jurídico vigente.—3. Conclusión.—V. *La Sentencia de 17 de marzo de 1973:* 1. Introducción.—2. Tratamiento jurídico de la jurisdicción.—3. La delimitación de las jurisdicciones ordinaria y contencioso-administrativa en materia de aguas.—4. La jurisdicción competente para conocer de los daños ocasionados por apertura de pozos y ejecución de obras subterráneas: a) La entidad administrativa que ocasionó el daño. b) El modo de actuación de la Administración.—VI. *Conclusión.*

I. INTRODUCCION

Una reciente sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo —sentencia de 17 de marzo de 1973— ha puesto de nuevo sobre el tapete uno de los temas más graves que tienen planteado los distintos sistemas de justicia administrativa: el de la dualidad de jurisdicciones para juzgar a la Administración pública. Y precisamente referido a uno de los aspectos en que, por plantearse en términos más acuciantes, se ha intentado—al menos, entre nosotros—una solución radical: la responsabilidad patrimonial de la Administración pública.

La sentencia de la Sala Primera de 17 de marzo de 1973—de que fue ponente don Emilio Aguado González—no duda en considerar que los Tribunales civiles tienen jurisdicción para conocer de una pretensión de indemnización frente a la Administración pública. Y lo hace invocando como fundamento la vigencia de un precepto de nuestra venerable—y venerada—Ley de Aguas, el 256, apartado c), por entender

que este precepto «no puede estimarse derogado por ninguna disposición contenciosa». Concretamente, los términos del primer considerando de la sentencia son los siguientes:

«Que en el primer motivo del recurso interpuesto, al amparo del número 6.º del artículo 1.692 de la Ley Procesal, se denuncia abuso de jurisdicción, por razón de la materia, conociendo en asunto que no pertenece a la jurisdicción ordinaria, sino a la contenciosa, pues el artículo 40 de la Ley sobre régimen jurídico de la jurisdicción civil del Estado, texto refundido de 26 de junio de 1957, concretamente referida al último inciso del artículo 2, en relación con el párrafo primero y también con el tercero, *b*), de la Ley de lo Contencioso-Administrativo de 1956, a cuyo tenor la jurisdicción conocerá de las cuestiones que se susciten sobre la responsabilidad patrimonial de la Administración pública; pero a ello es de oponer lo siguiente: A) Que se plantea la excepción en momento inoportuno, puesto que se dejó pasar todo el período expositivo del juicio y sólo se alegó en el acto de la vista; ello constituiría una cuestión nueva, eliminada de la casación, si no fuera por el carácter de ‘orden público’ que la alegación tiene y que obliga a examinarla de oficio. B) Que la materia aparece recogida en el capítulo XV de la llamada Ley de Aguas, en cuyo artículo 253 se especifica lo que es objeto de la jurisdicción administrativa, y en los restantes artículos del mismo título se ocupa de la jurisdicción civil; específicamente, en el artículo 256, número segundo, que compete igualmente a los Tribunales del orden civil, el conocimiento de las cuestiones relativas a los daños y perjuicios ocasionados a terceros en sus derechos de propiedad particular, cuya enajenación no sea forzosa... ‘Por la apertura de pozos artesianos y por la enajenación de obras subterráneas.’ C) Este artículo no puede estimarse derogado por ninguna disposición contenciosa atendiendo al rango particular del mismo y a su especialización; es Ley adaptada a un fin concreto, que priva siempre frente a la Ley general. D) Así lo ha entendido la misma reglamentación administrativa, como lo prueba el oficio de la Subsecretaría del Ministerio de Agricultura, que al resolver la reclamación previa en vía administrativa termina el último considerando diciendo: ‘Siendo competencia de los Tribunales de Justicia el conocimiento de estas cuestiones’, con cita expresa del artículo 256 de la vigente Ley de Aguas.

La trascendencia de la doctrina y sus importantes repercusiones en el régimen de Justicia administrativa exigen que nos ocupemos especialmente de esta sentencia, en función del principio de dualidad de jurisdicción, del que es una consecuencia más.

II. EL PRINCIPIO DE DUALIDAD DE JURISDICCIONES PARA JUZGAR A LA ADMINISTRACION PUBLICA

1. Cuando, por razones históricas harto conocidas (1), se va a interpretar el principio de división de poderes parcialmente en detrimento del poder judicial, postulando la necesidad de juzgar los litigios administrativos de manera especial, a fin de asegurar el funcionamiento de los servicios públicos (2), surgiendo todo un sistema peculiar de Justicia administrativa, no se va a atribuir a la jurisdicción contencioso-administrativa el conocimiento de todos los litigios en que es parte la Administración, cualquiera que sea la materia sobre que versen. El principio «juzgar a la Administración es también administrar», únicamente exige que un cierto número de asuntos contencioso-administrativos, en los que el interés general puede verse amenazado por los intereses particulares, sean conocidos por una jurisdicción especializada (3). Por tanto, respecto de aquellos asuntos en los que no aparezca con este carácter prevalente el interés general, no hay razón alguna para sustraerle de la normativa común, de los jueces comunes y de los procesos que ha de seguir cualquier otro sujeto de Derecho para dirimir sus controversias.

2. De este modo se produce una posible doble actuación de la Administración pública, con la consiguiente repercusión en el orden procesal (4). Ante un litigio con una Administración pública se plantea como problema previo el de la elección de la jurisdicción competente. Lo que dependerá del Derecho aplicable que, en definitiva, sirva de fundamento a la pretensión.

Porque la Administración pública no siempre aparece como tal, investida de las prerrogativas de poder y sujeta a su Derecho de privilegio.

(1) Una visión general, en CHEVALIER, *L'elaboration historique du principe de separation de la juridiction administrative et de l'Administration active*, París, 1970. Recientemente, destacando la influencia política en la elaboración y desarrollo del principio, LOSCHAK, *Le role politique du juge administratif français*, París, 1972, en especial págs. 57 y ss. SERRIGNY dirá: "Reglamentar, obrar es administrar; levantar los obstáculos, pronunciándose sobre las reclamaciones que suscita la acción administrativa, es todavía hacer acto de Administración. La Administración... sería un poder detenido, trabado a cada paso y completamente imposibilitado de moverse, si no se reafirmara en el mismo el derecho de juzgar la validez de las oposiciones que hace nacer" (en *Traité de l'organisation de la competence et de la procedure en matiere contentieuse administrative*, 1.^a ed., 1842, tomo I, pág. 21).

(2) SANDEVOIR, *Etudes sur le recours de pleine juridiction*, París, 1964, páginas 82 y ss.

(3) SANDEVOIR, *Etudes*, cit., pág. 83.

(4) GONZÁLEZ PÉREZ, *El juez ordinario, defensor de la legalidad administrativa*, "Revista de Derecho procesal iberoamericana", 1971, págs. 79 y ss., en especial págs. 82-84.

Aparece, a veces, como cualquier otro sujeto de Derecho, sometida al mismo ordenamiento que los particulares: adquiriendo los bienes que necesita mediante contratos de compraventa, utilizando el trabajo de obreros en régimen laboral, etc. Y cuando así lo hace, los litigios derivados de estas relaciones deberán decidirse ante la jurisdicción común o especial que corresponda.

La Administración pública puede, por tanto, aparecer como parte en los distintos procesos que en cada ordenamiento jurídico se arbitran para satisfacer las pretensiones según la rama del Derecho que constituye su fundamento. El artículo 2 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa excluye de su conocimiento no sólo a «las cuestiones de índole civil o penal, atribuidas a la jurisdicción ordinaria», sino también «aquellas otras que, aunque relacionadas con actos de la Administración pública se atribuyan por una Ley a la jurisdicción social o a otras jurisdicciones».

En consecuencia, el problema de la delimitación se ha planteado respecto de cada una de estas otras jurisdicciones distintas de la contencioso-administrativa, si bien adquiere especial relieve cuando se trata de la delimitación respecto de la jurisdicción ordinaria (5).

El problema, pues, se traduce en el más amplio—y especialmente complejo en los supuestos límites—de la delimitación de las distintas ramas del Derecho. La naturaleza del Derecho aplicable—dirá RIVERO—«determina el orden de jurisdicción competente; no se ve la posibilidad de dar otro fundamento al sistema distinto y las dificultades que el mismo comporta hoy no tienen otra causa que la progresiva interpretación de los dos derechos, que tienden a reemplazar la frontera antigua por una zona de transición» (6).

Allí donde se aplique Derecho administrativo, allí donde exista un acto administrativo, los conflictos que surjan deberán decidirse por el Juez administrativo. Será la jurisdicción contencioso-administrativa la que se pronunciará sobre la validez del acto, aun cuando su invalidez derive precisamente de haberse dictado con incompetencia total de la Administración por versar sobre materia cuyo conocimiento correspondía a la

(5) El hecho de que la Administración pública aparezca como parte procesal en un proceso no administrativo no quiere decir que se someta íntegramente a las mismas reglas que los particulares, sino que, incluso en estos supuestos, la presencia de un ente público supone importantes especialidades. Cfr., por ejemplo, en el proceso, G. AMORTH y T. TOMASICCHIO, *Il giudizio civile con lo Stato*, Milán, 1963. Por nuestra parte, en *Régimen administrativo y proceso administrativo*, en "Scritti giuridici in memoria di Piero Calamandrei", Padua, 1957.

(6) En el prólogo a la obra de FROMONT, *La repartition des competences entre les Tribunaux civils et administratifs en Droit allemand*, París, 1960, página III.

jurisdicción ordinaria, pues si bien los Tribunales de lo contencioso-administrativo no tienen competencia para resolver una cuestión civil, sí la tienen, y es tarea peculiar de su función revisora, para enjuiciar y decidir si los actos administrativos se dictaron dentro o fuera de la zona de atribuciones de la Administración, pudiendo declarar que es ésta la que carece de competencia. Así, sentencia de 18 de junio de 1964 (7).

El Juez administrativo es, por tanto, el defensor por antonomasia de la legalidad administrativa. A él ha de acudir el administrado cada vez que sus derechos resultan vulnerados por el obrar administrativo. No existe ni ha existido ninguna otra institución que pueda parangonarse a él en la salvaguarda de los derechos fundamentales. La excelsa función del Juez adquiere toda su plenitud en el proceso administrativo. Porque en él, a diferencia de otros procesos, se intenta la composición de un litigio producido entre partes situadas en planos de manifiesta desigualdad. No es ya la desigualdad económica o social que pueda darse—y de hecho se da—en otros procesos. Es la desigualdad sustancial, esencial, entre un sujeto desprovisto de toda prerrogativa y otro investido de todos los poderes.

3. Tradicionalmente, este sistema de dualidad de jurisdicción para juzgar a la administración pública se ha opuesto a aquellos otros en los que la Administración estaba sometida al mismo Derecho y era juzgada por los mismos Tribunales que los demás sujetos de Derecho. Pero es lo cierto—como ha destacado muy expresivamente ESCARRAS—que la atribución a un solo orden de instituciones del conocimiento de todos los conflictos de Derecho no ha sido realizada en ninguna parte (8). En todos los países, en todos los sistemas, se da una dualidad de actuación: existen asuntos en que es parte la Administración que están sometidos a normas especiales y que se dirimen por Tribunales que no son los comunes, mientras que otros asuntos están sujetos al Derecho común y se deciden por la jurisdicción ordinaria. Podrá variar el ámbito de unos y otros. Pero lo que es incuestionable es la existencia de ambos tipos de actuación. Por eso no puede decirse que la dualidad de jurisdicción sea propia de determinados sistemas. Se da también en los sistemas calificados de «unidad de jurisdicción».

4. Esta dualidad—y multiplicidad—de jurisdicción para juzgar a la Administración pública ha planteado no pocos problemas prácticos. Ya MACAREL había afirmado que «lo que se plantea más formalmente y lo que es más difícil de juzgar en materia contencioso-administrativa es la

(7) Una referencia a esta doctrina jurisprudencial en mis comentarios de jurisprudencia contencioso-administrativa, "Revista Crítica de Derecho Inmobiliario", 1968, págs. 194-203, y en *Los recursos administrativos*, 2.ª ed., Madrid, 1969, págs. 52-53.

cuestión de competencia». Si ya en la creación del contencioso-administrativo se comprobaba esta idea, es hoy cuando la doctrina se ha preocupado especialmente del problema. «El reparto de competencias entre la jurisdicción administrativa y la judicial asombra a la doctrina y exaspera a los particulares» (9). Y en uno de los trabajos críticos más serios sobre el contencioso-administrativo francés se ha colocado el sistema de dualidad de jurisdicciones en el puesto que merece, dentro de las graves quiebras del sistema (10).

De aquí la tendencia reciente hacia la unidad de jurisdicción. Pero una unidad de jurisdicción al revés. Es decir, así como tradicionalmente cuando se hablaba de jurisdicción se estaba pensando en la jurisdicción común como única para juzgar todos los litigios, ahora se piensa en que sea la jurisdicción contencioso-administrativa la que conozca de todo litigio en que sea parte la Administración (11).

III. UNIDAD DE JURISDICCION

Uno de los temas de moda en la bibliografía continental europea y, sobre todo, en la española más reciente, es el de si debe o no subsistir esta dualidad de jurisdicción para conocer de las pretensiones deducidas en relación con actos de la Administración.

La tesis de la unidad ha encontrado entre nosotros decididos defensores, que han aducido argumentos convincentes (12).

a) El argumento quizá decisivo de todos los invocados no es otro que el de las dificultades para delimitar el ámbito de la jurisdicción administrativa y el de la jurisdicción ordinaria. Dificultades existentes desde el momento mismo del nacimiento del sistema, por las razones políticas contingentes que le justificaron, y agravadas en la evolución ulterior por la interpenetración entre lo público y lo privado. «La falta de criterios claros de reparto de competencias provocaba un auténtico desconcierto en quienes estaban directamente relacionados con el Derecho, tanto los Jueces como los Letrados, y no digamos ya lo que sucedía con los par-

(8) *Les experiences belge et italienne d'unité de juridiction*, París, 1972, página 3.

(9) SANDEVOIR, *Etudes*, cit., pág. 86.

(10) GJIDARA, *La fonction administrative contentieuse*, París, 1972, páginas 162 y ss.

(11) Al tema dediqué mi ponencia al Quinto Congreso Internacional de Derecho procesal, celebrado en Méjico en 1972. Cfr. OLIMPYO DE CASTRO FILHO, *Unidad de jurisdicción y justicia administrativa*, "Revista de Derecho procesal iberoamericana", 1972, págs. 375 y ss.

(12) GARCÍA TREVIJANO, *Hacia un nuevo sistema de justicia administrativa*

ticulares, legos, por lo general, en la materia. Se comprende, por tanto, que un sistema como éste no fuera nada útil» (13).

b) Consecuencia ineludible de esta situación son los riesgos gravísimos que se corren, ante un acto de la Administración, al decidir la jurisdicción a que habrá de acudir. Quizá más expresivo que todo comentario sean las cifras estadísticas, tomando como base las decisiones dictadas en Francia, durante el año judicial 1965-1966, por el Consejo de Estado; las dificultades de competencia debidas a la dualidad de jurisdicciones ha determinado que en un 1,1 por 100 de las decisiones hayan declarado la inadmisibilidad por este motivo (14). Es cierto que en España la situación es distinta. Ahora bien, si la dualidad de jurisdicciones no conduce a inadmisibilidades que se traduzcan en situaciones de denegación de justicia, a que alude LORENZO MARTÍN-RETORTILLO (15), por los principios antiformalistas que informan la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa (16), sí conducen a lo que, con frase que ha hecho fortuna, RAMÓN PARADA ha denominado el «peregrinaje de una a otra jurisdicción» (17). De aquí las ventajas de la unidad de jurisdicción al desaparecer toda posibilidad de conflicto de competencia entre Jueces ordinarios y Salas de lo contencioso-administrativo.

Sin embargo, esta imposibilidad de conflicto entre unos y otros órganos no sería absoluto. Porque, en efecto, el sistema propugnado lo que postula es la competencia de la jurisdicción contencioso-administrativa

en España, "Revista de Administración pública", núm. 34, págs. 293-310; L. MARTÍN-RETORTILLO, *Responsabilidad patrimonial de la Administración y Jurisdicción*, "Revista de Administración pública", núm. 42, págs. 169-214, y *Unidad de Jurisdicción para la Administración pública*, "Revista de Administración pública", núm. 49, págs. 143-189; PARADA, *Los orígenes del contencioso-administrativo en Derecho español*, Sevilla, 1963, págs. 122-124; MARTÍN MATEO, *Derecho administrativo y materia contenciosa*, "Revista de Administración pública", número 55, págs. 115-116; RIVERO YSERN, *Perspectivas de las cuestiones prejudiciales en el contencioso-administrativo*, "Revista de Administración pública", número 62, págs. 189-190.

(13) L. MARTÍN-RETORTILLO, *Unidad de jurisdicción*, cit., págs. 181-182.

(14) GJIDARA, *La fonction administrative contentieuse*, París, 1972, páginas 163-164.

(15) *Unidad de jurisdicción*, cit., pág. 182.

(16) El artículo 5.º de la Ley de la jurisdicción contencioso-administrativa dispone:

"1. La Jurisdicción contencioso-administrativa es improrrogable.

2. Los órganos de la Jurisdicción podrán apreciar, incluso de oficio, la falta de jurisdicción, previa audiencia de las partes sobre la misma.

3. En todo caso, esta declaración será fundada y se efectuará siempre indicando la concreta jurisdicción que se estime competente, y si la parte demandante se personara ante ella en el plazo de un mes, se entenderá haberlo efectuado en la fecha en que se inició el plazo para interponer el recurso contencioso-administrativo, si hubiere formulado éste siguiendo la indicación de la notificación del acto o ésta fuere defectuosa."

para conocer de todos los litigios en que fuese parte la Administración pública subjetivamente considerada, lo que plantea inmediatamente el problema, tampoco nada fácil, de distinguir las personas jurídicas públicas y las personas jurídicas privadas. El hecho es reconocido por los defensores del sistema de unidad, pero dicen que este problema es «más fácil de solucionar, porque aquí se puede utilizar, incluso en los casos marginales, un criterio enumerativo» (18), lo que supondría volver por otra vía al viejo sistema de enumeración—anterior al de cláusula general—para delimitar el ámbito de jurisdicciones: en vez de enumerar materias, se enumerarían entes.

c) La desaparición de las razones históricas que sirvieron de fundamento de la separación de jurisdicciones se invoca también como argumento importante a favor de la unidad. No olvidemos que, como se destacó al principio de este trabajo, la razón que justificó la separación tiene un carácter eminentemente político (19), determinando la existencia de dos jurisdicciones sustancialmente distintas. Pero desde el momento que la Ley española de 1956 encuadra ésta en la común organización judicial, «¿tiene sentido reclamar una jurisdicción en lugar de otra al objeto de asegurar más adecuadamente la defensa institucional de un determinado valor?» (20).

No hay que olvidar, por supuesto, el único argumento que hoy conserva su vigencia a favor de una jurisdicción administrativa especializada diferente de la ordinaria: la preparación de los titulares de los órganos jurisdiccionales que han de conocer de los litigios administrativos (21).

El argumento tampoco es desconocido por los defensores de la unidad. «Tampoco habría que conceder demasiada importancia a otra posible objeción—se dice—: la de que los Jueces civiles están especializados en unas materias, mientras que los Jueces de los Tribunales contencioso-administrativos lo están en otras. No tendría importancia esta objeción porque tal como lo establece nuestro Derecho positivo los Jueces de lo contencioso-administrativo no son una categoría independiente de Jueces,

(17) En *Los orígenes del contencioso administrativo*, cit., pág. 123. Frase que se repite por todos los autores españoles que se han ocupado del tema.

(18) GARCÍA TREVIJANO, *Hacia un nuevo sistema*, cit., pág. 309.

(19) L. MARTÍN-RETORTILLO, *Unidad de jurisdicción*, cit., pág. 146, refiriéndose al tema, señala: “No olvidemos que una de las querellas del pasado siglo va a ser la llamada querella de los Tribunales: aquí sólo podemos hacer una alusión al complicado proceso que se centra en torno a la lucha por la unidad de fuero; la conciencia de que la pluralidad de órdenes encargadas del enjuiciamiento de las distintas cuestiones es algo que se debe superar, está muy arraigada a lo largo del pasado siglo; es un auténtico proceso, una auténtica lucha que ofrece manifestaciones constantes y que presenta una evolución cuajada de idas y venidas y de altibajos.”

(20) L. MARTÍN-RETORTILLO, *Unidad de jurisdicción*, cit., pág. 174.

(21) Cfr. *ut supra*, ap. II, 2.

sino que provienen de los mismos Jueces que sirven los Tribunales civiles teniendo encima un plus de especialización. Por tanto, no se crea que los Magistrados de lo contencioso-administrativo no tengan la formación que actualmente se resuelven en los Tribunales civiles. Quizá la opinión contraria sería cierta, pero no se puede sostener en absoluto que los Magistrados de lo contencioso-administrativo no tengan la formación y especialización para resolver las materias que ocupan habitualmente a los Jueces de los Tribunales civiles» (22).

d) La reforma resultaría fácil de implantar en España dada la regulación tradicional de nuestro ordenamiento, que exige siempre un acto de la Administración que habilite el acceso a la vía jurisdiccional. Hoy, cuando la competencia corresponde a la jurisdicción contencioso-administrativa, a ese acto se llega a través de los recursos administrativos ordinarios o especiales que procedan; cuando la competencia corresponde a la jurisdicción ordinaria, se llega mediante la reclamación previa a la vía judicial, que regulan los arts. 138 a 146 de la Ley de Procedimiento Administrativo. De aquí que, tanto en uno como en otro supuesto, la parte deberá deducir su pretensión ante la Administración pública y después acudir al Tribunal, mediante escrito de interposición (demanda pura), en el que solicitará el envío de las actuaciones administrativas (23).

En definitiva, pues, el argumento más importante de los invocados no es otro que las dificultades de delimitación del ámbito de las jurisdicciones respectivas, con la consiguiente inseguridad jurídica de los administrados. Y frente a ello, como argumento decisivo de los defensores de la dualidad, la especialización de los Magistrados de lo contencioso-administrativo para conocer de litigios administrativos.

Si tenemos en cuenta que las dificultades de delimitación se dan, sobre todo, en materias concretas, como contratos y responsabilidad, con la unidad de jurisdicción respecto de ellas se habría dado un paso decisivo para garantizar la seguridad jurídica. Y así lo ha entendido algún sector de la doctrina, que sin llegar a la unidad total, la considera necesaria en aquellas materias polémicas.

(22) L. MARTÍN-RETORTILLO, *Unidad de jurisdicción*, cit., pág. 187.

(23) GARCÍA TREVIJANO, *Hacia un nuevo sistema*, cit., pág. 309.

IV. LA DUALIDAD DE JURISDICCIONES Y LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DE LA ADMINISTRACION PUBLICA

1. EVOLUCIÓN LEGISLATIVA

La consagración con carácter general de la responsabilidad patrimonial de la Administración y la consiguiente obligación de indemnización de cualquier daño ocasionado por su actividad ha sido una de las conquistas más laboriosas de la historia del Derecho administrativo. En España no se consiguió hasta la Ley de Expropiación Forzosa de 16 de diciembre de 1954, después de una lenta serie de conquistas legislativas parciales.

Pues bien, una vez alcanzada la cima se atribuyó la competencia para conocer de las pretensiones de indemnización a la jurisdicción contencioso-administrativa. Así, el artículo 128 de la Ley de Expropiación Forzosa. Si bien esta cláusula, de competencia general, quedaba condicionada por el mismo texto del precepto legal, al limitarla a todos aquellos casos en que, con arreglo a la propia Ley, hubiese derecho de indemnización. Expresión que permitió a la doctrina mantener la dualidad de jurisdicciones para conocer de las pretensiones de indemnización, en cuanto que se consideraba competente la jurisdicción contencioso-administrativa para todos aquellos casos en que el acto causal del daño fuese administrativo (24).

La Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, sin embargo, trató de superar las enormes dificultades que la delimitación de las competencias respectivas planteaba en esta materia y, con un criterio simplista, trató de hacer realidad el principio de unidad de jurisdicción, al menos en este concreto sector de nuestro ordenamiento. El artículo 3, apartado b), atribuye al conocimiento de la jurisdicción contencioso-administrativa «las cuestiones que se susciten sobre la responsabilidad patrimonial de la Administración pública». A tenor de este texto, pues, cualquier cuestión de responsabilidad patrimonial de la Administración pública debería plantearse y decidirse por la jurisdicción contencioso-administrativa. Cualquiera que fuese el fundamento, cualquiera que fuese el modo de acción de la Administración, si lo que se planteaba era una cuestión de indemnización de los daños ocasionados por la actividad de un ente administrativo, la única jurisdicción competente era la contencioso-administrativa.

Pero este laudable intento unificador de la Ley de la Jurisdicción

(24) GARCÍA DE ENTERRÍA, *Los principios de la nueva Ley de expropiación forzosa*, Madrid, 1956, págs. 197-202.

Contencioso-Administrativa quedó sin efecto al promulgarse unos meses después la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado, cuyo texto refundido, aprobado por Decreto de 26 de julio de 1957, en su artículo 41 dispone: «Cuando el Estado actúe en relaciones de Derecho privado responderá directamente de los daños y perjuicios causados por sus autoridades, funcionarios y agentes, considerándose la actuación de los mismos como los actos propios de la Administración (25). La responsabilidad, en este caso, habrá de exigirse ante los Tribunales ordinarios.» Este cambio de criterio en tan corto espacio de tiempo pone de manifiesto la absoluta falta de coordinación entre los departamentos (26). De aquí las críticas que suscitó. Como dijo LORENZO MARTÍN-RETO-RTILLO, «cualquiera que sea el juicio sobre el sistema establecido por la Ley jurisdiccional, lo cierto es que no va a durar mucho. Parece como si el legislador no se hubiera detenido a pensar, al menos en este caso, que las modificaciones bruscas e impensadas de los textos legales constituyen un atentado al derecho de seguridad jurídica que reconoce a todos los ciudadanos el artículo 17 del Fuero de los Españoles» (27).

2. RÉGIMEN JURÍDICO VIGENTE

Si la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa suponía una derogación de la normativa anterior, que partía del sistema de dualidad de jurisdicción, la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado, en su artículo 42, vino a restablecer el sistema tradicional. A tenor del ordenamiento vigente, pues, en materia de responsabilidad de la Administración pública, esto es, de las entidades que enumera el artículo 1 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, conocerán los Tribunales ordinarios o los contencioso-administrativos según el modo de acción de la Administración. En efecto:

a) El artículo 41 de la Ley de Régimen Jurídico de la Administra-

(25) PERA VERDAGUER, *Comentarios a la Ley de lo contencioso-administrativo*, Barcelona, 1961, págs. 47-49; TRUJILLO, QUINTANA y BOLEA, *Comentarios a la Ley de lo contencioso-administrativo*, Madrid, 1965, I, págs. 185 y ss.

(26) La Ley de la jurisdicción contencioso-administrativa se elaboró en el seno del Ministerio de Justicia, mientras que la del régimen jurídico de la Administración lo fue en el seno de la Presidencia del Gobierno, donde empezaba su carrera política al frente de la Secretaría General Técnica Laureano López Rodó, que, teniendo participación decisiva en la Ley de régimen jurídico de la Administración del Estado, no tuvo participación en la elaboración de la Ley de la jurisdicción contencioso-administrativa.

(27) En *Responsabilidad patrimonial de la Administración y Jurisdicción*, "Revista de Administración pública", núm. 42, pág. 183. En el mismo sentido, GARCÍA TREVIANO, *Hacia un nuevo sistema*, cit., págs. 304-307, y CLAVERO, *La quiebra de la pretendida unidad jurisdiccional en materia de responsabilidad de la Administración*, "Revista de Administración pública", núm. 69, págs. 87-123.

ción del Estado, al reconocer la competencia de la jurisdicción ordinaria cuando el Estado actúe en relación de Derecho privado, está señalando los efectos procesales de las distintas posiciones de la Administración pública ante el Derecho. La pretensión de indemnización por daños causados por un ente público deberá deducirse ante una u otra jurisdicción, según el Derecho regulador de la actividad que ocasionó el daño.

Si la Administración pública, cuando ocasionó el daño, actuaba como cualquier otro sujeto de Derecho, sujeta al Derecho común, la pretensión de indemnización no podrá deducirse ante la jurisdicción contencioso-administrativa.

El artículo 41 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa dice que cuando actúe el Estado *en relaciones de Derecho privado* es cuando la responsabilidad habrá de exigirse ante los Tribunales ordinarios.

El precepto plantea, por lo pronto, el problema del ámbito de aplicación: en cuanto sólo se refiere al *Estado*—la Ley de Régimen Jurídico regula únicamente la «Administración del Estado»—, no parece aplicable a otras Administraciones públicas—concretamente, local e institucional—. Por lo que si respecto del Estado rige la dualidad de jurisdicción, no ocurrirá así respecto de estas otras Administraciones. Las pretensiones frente a éstas se regirán por el principio de unidad que estableció el artículo 3, b), de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa.

b) Aparte de los supuestos en que el Estado actúe en relaciones de Derecho privado, ¿existen otros en los que la cuestión de su responsabilidad patrimonial habrá de plantearse ante una jurisdicción que no sea la contencioso-administrativa? Concretamente, la cuestión se plantea en el ámbito laboral, en las relaciones jurídico-laborales en que sea parte el Estado u otra entidad pública.

Cuando la actividad de una Administración pública en esta esfera produce un daño patrimonial del que debe responder, ¿ante quién debe formularse la pretensión de indemnización? Por ejemplo, si un ente administrativo despide a un empleado sujeto a Derecho laboral y formulada la correspondiente pretensión ante la Magistratura de Trabajo se declara el despido injustificado, ¿ante qué jurisdicción habrá de plantear la responsabilidad patrimonial?

Parece evidente que en estos supuestos, no ya por el precepto del artículo 41 de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado, que derogó el régimen de unidad de jurisdicción, sino por el ordenamiento del proceso laboral, la jurisdicción competente será la laboral, previa la reclamación gubernativa que regula la Ley de Procedimiento Administrativo (arts. 138 y sigs.).

c) Por tanto, el ámbito de aplicación del precepto tan general

contenido en el artículo 3, apartado *b*), de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, ha quedado reducido:

a') Respecto del Estado, a aquellos casos en que actúe como tal ente público sujeto a su Derecho especial, el Derecho administrativo (art. 1 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa), investido de prerrogativas. Los daños que ocasione como tal, en ejercicio de las potestades públicas, ejerciendo actividad propiamente administrativa, sujeta al Derecho administrativo, determinará una responsabilidad que únicamente podrá exigirse ante la jurisdicción contencioso-administrativa. Como dice una sentencia de 7 de junio de 1967 (ponente: Cruz Cuenca), «quedando fuera del ámbito de la Ley Jurisdiccional, a tenor de lo establecido en el artículo 128 de la Ley de Expropiación y 41 de la Ley de Régimen Jurídico, sólo aquellos supuestos en que la actuación administrativa se encuentre regida por normas de Derecho privado, de forma que... para tener competencia la jurisdicción ordinaria sería requisito indispensable que la Administración hubiere actuado como persona jurídica privada, igual que cualquier particular, sin hallarse investida en el desarrollo de su actividad de la prerrogativa o atributo de poder» (28).

b') Respecto de los entes públicos distintos del Estado puede entenderse subsistente el principio de unidad de jurisdicción que consagró el artículo 3, *b*), de la Ley de Jurisdicción Contencioso-Administrativa. Si bien quedará fuera del ámbito de esta jurisdicción la responsabilidad patrimonial derivada de relaciones laborales, que deberán ser planteadas ante esta jurisdicción.

Así lo admite CLAVERO respecto de la Administración local. Siguiendo a L. MARTÍN-RETORTILLO, no duda en afirmar que la dualidad jurisdiccional reinstaurada por la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado no puede afectar a las corporaciones locales (29). Sin embargo, considera que no existe unidad de jurisdicción sobre respon-

(28) Por mí comentada en "Revista Crítica de Derecho Inmobiliario", 1967, páginas 1730-1742.

(29) CLAVERO, *La quiebra*, cit., págs. 96-97. L. MARTÍN-RETORTILLO, *Responsabilidad patrimonial*, cit., págs. 209-210. Cita, sin embargo, alguna sentencia en que se aplica ocasionalmente la posibilidad de dualidad de jurisdicción en la esfera local. Así, la sentencia de 10 de marzo de 1969, que dice: "Pero es que además el artículo 3.º, *b*), establece, para que no haya lugar a dudas, que la jurisdicción contencioso-administrativa conocerá de las cuestiones que se susciten sobre responsabilidad patrimonial de la Administración, fórmula que debe privar, aunque hemos de apreciar que estamos moviéndonos en el campo de los entes locales, haciendo abstracción de lo normado en la Ley de régimen jurídico de la Administración del Estado."

sabilidad patrimonial de los órganos autónomos, en aplicación del artículo 78 de la Ley de Entidades Estatales Autónomas (30).

Evidentemente, el artículo 78 de la Ley de Entidades Estatales Autónomas de 26 de diciembre de 1958, en su párrafo primero, dice que «contra los actos no sujetos al Derecho administrativo de los órganos autónomos podrán los interesados ejercitar ante los Tribunales de la jurisdicción ordinaria las acciones que correspondan, *en la misma forma y con los mismos requisitos establecidos a este respecto para la Administración centralizada*». Pero el precepto no se refiere específicamente a la responsabilidad patrimonial de dichos órganos, como hace el artículo 41 de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado al regular la responsabilidad del Estado. Por lo que estamos en presencia de una norma general que difícilmente puede prevalecer ante una norma especial, como la del artículo 3, b), de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa.

3. CONCLUSIÓN

El intento de unidad de jurisdicción de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa para juzgar las pretensiones de responsabilidad patrimonial frente a la Administración pública fracasó. Pero, en todo caso, ha de partirse de un hecho incuestionable: que la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa derogó todas las disposiciones legales y reglamentarias relativas a la jurisdicción contencioso-administrativa (31). Así como las reguladoras del procedimiento administrativo

(30) CLAVERO, *La quiebra*, cit., pág. 98, dice: "Evidentemente no se aborda específicamente el tema de la jurisdicción competente en materia de responsabilidad patrimonial, pero dada la fecha de la Ley, posterior a la de la jurisdicción contencioso-administrativa, dada la dualidad general de jurisdicciones que contiene y dado el régimen dual establecido también en materia de responsabilidad por la Ley de régimen jurídico de la Administración del Estado, es de interpretar que la dualidad de jurisdicciones se da también en los Organismos autónomos en materia de responsabilidad patrimonial, superando estas circunstancias a la posible interpretación favorecedora de la unidad jurisdiccional, nacida del principio por el cual la norma especial en materia de responsabilidad de la Administración contenida en el artículo 3.º, b), de la Ley de la jurisdicción contencioso-administrativa, era de aplicación preferente a la norma general de dualidad jurisdiccional contenida en los artículos 77 y 78 de la Ley de entidades estatales autónomas, de 26 de diciembre de 1958."

(31) No puede admitirse el criterio mantenido por algunos comentaristas de la Ley de la jurisdicción contencioso-administrativa, que consideraron vigentes las normas del viejo Reglamento. Así, NEGRE VILLAVECHIA, *La Ley reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa*, Barcelona, 1957, pág. 174, y RÍOS SARMIENTO, *Legislación contencioso-administrativa*, Barcelona, 1957, páginas 251 y ss.

En contra, CORDERO TORRES, en *La Ley de enjuiciamiento civil como suple-*

sólo fueron derogadas en cuanto se opusieran a aquella Ley, «las relativas a la jurisdicción y procedimientos contencioso-administrativos» fueron derogadas en su totalidad, se opusieran o no a la nueva normativa (32). Se trataba, en definitiva, de consagrar el principio de unidad legislativa: que la regulación del proceso administrativo estuviera contenida en un solo texto legal. Por tanto, desde la entrada en vigor de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa existe en España unidad de jurisdicción, en tanto en cuanto una norma posterior de igual rango no haya establecido norma distinta.

Esto supuesto, vamos a enfrentarnos con la doctrina de la sentencia de la Sala Primera de 17 de marzo de 1973.

V. LA SENTENCIA DE 17 DE MARZO DE 1973

1. INTRODUCCIÓN

Esta sentencia, en su considerando primero (antes transcrito), no duda en considerar vigente el artículo 256 de la Ley de Aguas y, en aplicación del mismo, reconoce la competencia de los Tribunales ordinarios para conocer las cuestiones relativas a los daños ocasionados a terceros en sus derechos de propiedad particular cuya enajenación no sea forzosa «por la apertura de pozos artesianos y por la ejecución de obras subterráneas».

La doctrina contenida en este primer considerando es muy discutible. Si lo es respecto de las conclusiones a que llega, mucho más lo es en cuanto a la argumentación que utiliza para ello. Examinemos, pues, esta doctrina, tanto en el aspecto procesal como en el de Derecho material.

2. TRATAMIENTO JURÍDICO DE LA JURISDICCIÓN

La jurisdicción constituye el primer requisito o presupuesto procesal. Para que un órgano de una jurisdicción pueda conocer determinada pre-

toria del procedimiento contencioso-administrativo, "Revista de Administración pública", núm. 27, pág. 13. Con criterio correcto, CORDERO afirma que los que consideran vigente el Reglamento olvidan la coma que separa las dos partes de la disposición final segunda y el claro texto del apartado I, párrafo quinto, del preámbulo.

No hay que olvidar que los preámbulos de las disposiciones constituyen fuente de interpretación auténtica (v. gr., sentencias de 20 de mayo de 1950, 4 de noviembre de 1957, 25 de octubre de 1958, 25 de febrero y 23 de junio de 1959).

(32) GONZÁLEZ PÉREZ, *Derecho procesal administrativo*, 2.^a ed., Madrid, 1964, I, pág. 153.

tensión es necesario que la cuestión planteada esté dentro del ámbito de la jurisdicción.

Por responder a principios fundamentales de organización del Estado son notas esenciales del tratamiento jurídico de este requisito procesal las siguientes:

a) La improrrogabilidad. La jurisdicción es improrrogable. Incluso la jurisdicción civil. Mientras que la competencia es normalmente prorrogable, la regla en materia de jurisdicción la representa la improrrogabilidad (33). El artículo 54 de la Ley de Enjuiciamiento Civil dice que «la jurisdicción civil podrá prorrogarse...», pero se trata de un error terminológico, como pone de manifiesto el texto del artículo, que revela que está refiriéndose a la «prórroga de la competencia» (34).

Precisamente por este carácter improrrogable es indiferente que en el acuerdo resolviendo la reclamación previa a la vía gubernativa se dijera que la competencia correspondía a los Tribunales de Justicia. La indicación de una jurisdicción errónea en el oficio de notificación no es en modo alguno vinculante. Como dice el artículo 5, párrafo tercero, de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, al referirse a la resolución declarando la falta de jurisdicción, «en todo caso, esta declaración será fundada y se efectuará siempre indicando la concreta jurisdicción que se estime competente, y si la parte demandante se personara ante ella en el plazo de un mes, se entenderá haberlo efectuado en la fecha en que se inició el plazo para interponer el recurso contencioso-administrativo, si hubiere formulado éste siguiendo la indicación de la notificación del acto o ésta fuere defectuosa».

b) La potestad del órgano jurisdiccional para examinar su propia jurisdicción, aun cuando no se hubiera planteado por las partes. En este sentido, la sentencia de 17 de marzo de 1973 sienta una correcta doctrina al plantearse—y resolver—la supuesta falta de jurisdicción, pese a no haberse planteado por las partes en el momento procesal oportuno. Ello constituiría—dice la sentencia—una cuestión nueva y, por tanto, eliminada de casación. Pero—añade—por el carácter de orden público que la alegación tiene «obliga a examinarla de oficio».

(33) ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, *Clínica procesal*, Méjico, 1963, páginas 456-457; GUASP, *Comentarios a la Ley de enjuiciamiento civil*, Madrid, 1943, I, página 306.

(34) La improrrogabilidad de las demás jurisdicciones está expresamente consagrada en los textos reguladores. Así, el artículo 5.º de la Ley de la jurisdicción contencioso-administrativa.

3. LA DELIMITACIÓN DE LAS JURISDICCIONES ORDINARIA Y CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA EN MATERIA DE AGUAS

La Ley de Aguas fue promulgada cuando la delimitación del ámbito de la jurisdicción contencioso-administrativa se hacía por el sistema de enumeración de materias, en lugar de por el de cláusula general, que instauró la Ley de lo Contencioso-Administrativo de 1888. De aquí que a partir de la entrada en vigor de esta Ley fuesen admitidas ante la jurisdicción contencioso-administrativa cuantas cuestiones se dedujeran en relación con actos sujetos a Derecho administrativo, con independencia de que estuviesen o no enumeradas en el artículo 253 de la Ley de Aguas (35).

Desde el momento en que nuestro sistema contencioso-administrativo se delimita por el sistema de cláusula general, la enumeración que se contiene en la Ley de Aguas no tiene otro carácter que el puramente interpretativo, en orden a verificar cuándo estamos ante una cuestión jurídico-administrativa—de la que conocerá la jurisdicción contencioso-administrativa—y cuándo ante una cuestión de Derecho civil—de que conocerá la jurisdicción ordinaria.

Pues bien, la sentencia que comentamos considera vigente el artículo 256 de la Ley de Aguas. Afirma rotundamente que «este artículo no puede estimarse derogado por ninguna disposición contenciosa atendiendo al rango particular del mismo y a su especialización; es Ley adaptada a un fin concreto, que priva siempre frente a la Ley general».

Esta doctrina es muy discutible. En efecto:

a) El precepto de la Ley de Aguas, en cuanto se limita a delimitar el ámbito de una jurisdicción en relación con otra, tiene un indudable carácter procesal o «contencioso». Así como otros preceptos de la Ley de Aguas tienen un carácter de Derecho material, los artículos 253 y siguientes son de naturaleza procesal. De aquí que no parezca correcto decir que uno de estos preceptos «no puede estimarse derogado por ninguna disposición contenciosa». Por el contrario, precisamente por su carácter, por lo que pueden ser derogados es justamente por disposiciones contenciosas, esto es, por disposiciones que regulen la delimitación de competencias entre la jurisdicción civil y contencioso-administrativa de modo distinto a como lo hacía la Ley de Aguas.

b) El segundo argumento de los invocados en el considerando no es otro que el carácter especial de las normas de la Ley de Aguas, que debe prevalecer—se dice—frente a cualquier norma general posterior.

(35) GONZÁLEZ PÉREZ, *Derecho procesal administrativo*, 2.^a ed., Madrid, 1966, II, págs. 82-83.

Es evidente—así lo ha reconocido una reiterada jurisprudencia, tanto civil como contencioso-administrativa—que una Ley general no deroga una Ley especial anterior. Ahora bien, cuando una norma regula toda una materia con carácter general, es obvio que las distintas disposiciones anteriores sobre la materia quedan derogadas.

En definitiva, es lo que ocurre siempre que se intenta la unificación legislativa sobre una determinada materia. La promulgación de la Ley general sobre la misma implica una derogación de todas y cada una de las disposiciones anteriores reguladoras de la materia en tanto no fuesen exceptuadas.

Esto es, en definitiva, lo que ocurrió al entrar en vigor la Ley general de lo contencioso-administrativo respecto de todas y cada una de las normas anteriores que regulaban la llamada «materia contencioso-administrativa». Si aquella Ley general no hubiese tenido virtualidad para derogar todas y cada una de las normas que en cada materia decían lo que era y lo que no era susceptible de «recurso contencioso-administrativo», no hubiese conseguido nada. Por eso nunca se dudó de su fuerza derogatoria respecto de cada una de aquellas disposiciones.

c) Pero, además, es que cuando se promulgó la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa ésta contiene, en su artículo 3, b), una disposición especial sobre jurisdicción para conocer de las cuestiones de responsabilidad patrimonial de la Administración pública. Aquí ya no se trata de una norma estableciendo una cláusula general sobre el ámbito de la jurisdicción contencioso-administrativa, sino de establecer expresamente, específicamente, que todas las cuestiones sobre responsabilidad patrimonial de la Administración pública corresponden a la jurisdicción contencioso-administrativa. Esta norma es tan especial como aquella de la Ley de Aguas en que se basa la sentencia de 17 de marzo de 1973 para defender la competencia de la jurisdicción ordinaria.

Y no hay que olvidar que, según se ha dicho, la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa—en su disposición final segunda—derogó «las disposiciones legales y reglamentarias relativas a la jurisdicción y procedimiento contencioso-administrativo, así como las reguladoras del procedimiento administrativo en cuanto se opongan a la presente Ley». Todas las disposiciones sobre jurisdicción contencioso-administrativa quedaban derogadas. Esto sería suficiente para entender derogadas las normas de la Ley de Aguas sobre jurisdicción (36), si es que no estaban ya derogadas anteriormente por la Ley de lo Contencioso-Administrativo. Pero por si esto no fuera suficiente, está la norma especial del artículo 3, b), de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, que

(36) Aun cuando siguen teniendo valor interpretativo.

incide directamente sobre todas aquellas normas que, contrariamente a lo en ella dispuesto, atribuían alguna cuestión sobre responsabilidad patrimonial de la Administración pública a una jurisdicción distinta de la contencioso-administrativa. El precepto suponía precisamente una derogación de todas aquellas normas que establecían distinta distribución de las competencias. Modificaba estas normas y atribuía el conocimiento de todas las cuestiones sobre responsabilidad patrimonial de la Administración pública a la jurisdicción contencioso-administrativa.

En conclusión, pues, puede afirmarse que el artículo 256 de la Ley de Aguas, como los demás de esta Ley sobre jurisdicción, están hoy derogados.

4. LA JURISDICCIÓN COMPETENTE PARA CONOCER DE LOS DAÑOS OCASIONADOS POR APERTURA DE POZOS Y EJECUCIÓN DE OBRAS SUBTERRÁNEAS

Lo expuesto en el apartado anterior pone de manifiesto que la tesis de la sentencia comentada no es correcta en cuanto a la afirmación de la vigencia del artículo 256 de la Ley de Aguas. Pero ¿puede decirse lo mismo respecto de la conclusión a que llega? ¿Debe conocer la jurisdicción ordinaria de la concreta cuestión que se planteaba en el proceso?

El problema debe resolverse no en aplicación del artículo 256 de la Ley de Aguas, que, como decimos, está derogado, sino en función de la normativa que, después del artículo 3, b), de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, reinstauró la dualidad de jurisdicción.

El precepto fundamental no es otro que el artículo 41 de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado. ¿Es competente la jurisdicción ordinaria en aplicación de este artículo?

Una correcta solución de esta cuestión nos obliga a plantear los siguientes problemas:

a) *La entidad administrativa que ocasionó los daños*

La entidad que ocasionó los daños a que se refiere la sentencia no fue el Estado. Fue el Instituto Nacional de Colonización, cuyo carácter de organismo autónomo es incuestionable: fue clasificado como tal en el Decreto 1348/1962, de 14 de junio, incluyéndole en el grupo B).

La Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado regula únicamente la Administración del Estado. Por tanto, el artículo 41 de la misma no se aplica, en principio, a entidad distinta del Estado.

De aquí que el problema de hasta qué punto se da el sistema de

dualidad de jurisdicción respecto de la responsabilidad patrimonial de los organismos autónomos debe resolverse a la luz del artículo 78 de la Ley de 26 de diciembre de 1958.

Como antes se ha dicho, es muy discutible que este precepto suponga una derogación del régimen general del artículo 3, b), de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa. En contra de la tesis de CLAVERO, creemos que cuando la pretensión de indemnización se deduce frente a un organismo autónomo, la jurisdicción competente es la contencioso-administrativa.

Por tanto, de prevalecer esta tesis sería más que suficiente para llegar a la conclusión de que la tesis de la sentencia de 17 de marzo de 1973 no es correcta.

Ahora bien, si así no fuera, si también en el ámbito de la Administración institucional rigiera el sistema de dualidad de jurisdicción, ¿correspondería a la jurisdicción ordinaria conocer la pretensión de indemnización a que se refiere la sentencia de 17 de marzo de 1973?

Esto nos lleva a estudiar la forma de actuación, concretamente, si la Administración actuó «en relaciones de Derecho privado», como exige el artículo 41 de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado.

b) *El modo de actuación de la Administración*

Tal y como se delimita el ámbito de la jurisdicción ordinaria en materia de responsabilidad por el artículo 41 de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado, queda limitado a los supuestos en que la actuación de la Administración se encuentra regulada por el Derecho privado. En este sentido, la jurisprudencia contencioso-administrativa ha interpretado en sentido sumamente restrictivo aquel precepto. La Ley no exige—y así lo destaca el cuarto considerando de la sentencia de 7 de junio de 1967—que «el acto causal de la imputación sea efectivamente un acto administrativo». No es requisito la existencia de un acto que pueda configurarse técnicamente como «acto administrativo», sino que basta que «la situación en que los hechos determinantes se produjeron fuese propia del Derecho administrativo, quedando fuera de la regulación de la Ley de Expropiación Forzosa y, por consiguiente, del ámbito de la Ley Jurisdiccional, a tenor de lo establecido en el artículo 128 de aquélla y en el artículo 41 de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado, sólo aquellos supuestos en que la actuación administrativa se encuentre regida—por normas del Derecho privado, de forma que, a tenor de lo declarado en las sentencias de esta Sala de 21 de enero, 30 de mayo, 5 y 15 de diciembre de 1961 y 15 de

noviembre de 1962, para tener competencia la jurisdicción ordinaria sería requisito indispensable que la Administración hubiese actuado como persona jurídico-privada».

La expresión servicio público puede emplearse en el sentido restringido de uno de los tipos de acción administrativa de realización de fines, a diferencia de la policía y el fomento, o en el sentido amplio de sinónimo de la acción administrativa. En este sentido se utiliza el artículo 40 de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado, como destaca con todo acierto el quinto considerando de la sentencia comentada (37).

Este sentido amplio de la noción de servicio público se ha reiterado en la jurisprudencia posterior de las Salas de lo contencioso-administrativo, como la sentencia de 14 de octubre de 1969, en que se declara que «aceptando la doctrina de que con la expresión 'funcionamiento de los servicios públicos' se ha querido referir el legislador a la gestión administrativa en general, o sea, a la repetida actuación de la Administración pública como tal, e incluso a las acciones u omisiones puramente materiales o de hecho susceptibles de originar lesión patrimonial» (38).

Esto supuesto, ¿puede entenderse que los daños ocasionados por el Instituto Nacional de Colonización con motivo de la apertura de un pozo lo han sido en virtud de actividad de la Administración como tal o como consecuencia de la actuación en relación de Derecho privado?

Si acudimos al artículo 256 de la Ley de Aguas como norma orientadora, al atribuir específicamente esta cuestión a la jurisdicción ordinaria parece ser que está reconociendo el carácter jurídico-privado de la cuestión.

Pero lo cierto es que el artículo 41 de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado—sobre todo tal y como se viene interpretando—ha reducido al máximo el ámbito de la jurisdicción ordinaria. Y con arreglo al mismo no parece posible entender que estamos ante una actuación en relación de Derecho privado, en cuanto que:

a) No existía entre la Administración pública y los que han sufrido la lesión patrimonial una relación jurídica que pudiera configurarse de Derecho privado. Entre uno y otro sujeto de Derecho no existía, previamente al hecho que ocasionó el daño, relación alguna.

b) El Instituto Nacional de Colonización procedió a la apertura del pozo—que es lo que determinó la pérdida del agua de los reclamantes—en ejercicio de sus funciones. Actuó dentro de su competencia.

Es cierto que la apertura de un pozo no constituye formalmente la

(37) Así, en mi comentario a la sentencia de 7 de junio de 1967, en "Revista Crítica de Derecho Inmobiliario", 1967, pág. 1740.

(38) CLAVERO, *La quiebra*, cit., págs. 94-95.

manifestación de una función administrativa. No puede propiamente hablarse de una de las funciones típicamente administrativas cuya realización esté encomendada al Instituto Nacional de Colonización (39). Ahora bien, no se actúa tampoco como una entidad privada, como consecuencia de una relación de Derecho privado. Por lo que, dados los términos del artículo 41 de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado, no parece defendible la competencia de la jurisdicción ordinaria.

VI. CONCLUSION

Cualquiera que sea la posición que se adopte ante el supuesto concreto planteado y resuelto por la sentencia de 17 de marzo de 1973, lo que es incuestionable es el confusionismo acerca de esta delicada cuestión de la delimitación de competencias entre la jurisdicción ordinaria y contencioso-administrativa.

Particularmente, en materias como la responsabilidad patrimonial de la Administración se impone hacer realidad lo que ya intentó la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa: la unidad de jurisdicción.

Es más que probable que cuando la sentencia de 17 de marzo de 1973 proclama la competencia de la jurisdicción ordinaria para conocer de una pretensión de indemnización tuvo en cuenta, más que consideraciones puramente teóricas y doctrinales, una realidad evidente: que haber declarado lo contrario cuando el particular continuó aquella vía siguiendo la indicación de la notificación hubiera constituido una burla para el administrado. No resulta serio que después de dos instancias civiles y una casación se diga al perjudicado que aquella jurisdicción no era la competente y que tiene que empezar de nuevo para seguir el calvario de toda una nueva vía administrativa y jurisdiccional. En este sentido siempre sería elogiable la doctrina de esta sentencia, al intentar superar el «peregrinaje» de una a otra jurisdicción y evitar—lo que sería más grave—posibles prescripciones de la acción.

JESÚS GONZÁLEZ PÉREZ
Catedrático de Derecho Administrativo
Registrador de la Propiedad

(39) Me remito a mi trabajo *Colonización interior*, en "Nueva Enciclopedia Jurídica", Seix, Barcelona, 1952. IV, págs. 403-416.

Presente y futuro del principio de calificación registral ^(*)

SUMARIO: I. *Introducción*: A) Esencia del principio. B) Justificación de su existencia. C) Efectos de su actuación.—II. *Presente del principio*: A) Diferentes sistemas en orden al mismo. B) Su regulación en el Derecho español. C) Consecuencias y efectos de la adopción de uno u otro sistema.—III. *Futuro del principio*: A) Las grandes dificultades para su actuación. B) Diversidad de campos sometidos a su esfera. C) Los medios mecánicos, la cibernética y los ordenadores electrónicos en relación con su existencia.—IV. *Conclusión*.

I. INTRODUCCION

A) ESENCIA DEL PRINCIPIO

De las diferentes tesis doctrinales que han intentado explicar el fundamento del principio de publicidad es preciso elegir una de ellas. Dejando, por ello, la de D'AMELIO o la de la certeza de las situaciones jurídicas; la de KRÜCHMANN, basada en la protección de la apariencia; la de GIERKE, sostenida por la idea de la legitimación y el poder dispositivo, y la más moderna de COLONI o de la cognoscibilidad legal, elegimos la más difundida de todas ellas, que fue defendida por EHREMBERG, y que tiene su raíz en la distinción entre el principio de la «seguridad de los derechos» y el de la «seguridad del tráfico».

Si la «seguridad del tráfico» fundamenta el principio de publicidad, en cuya virtud se protege al adquirente que de buena fe cree en los pronunciamientos registrales, es evidente que este artilugio legal o este

(*) Ponencia presentada por José María Chico Ortiz, Registrador de la Propiedad, al Primer Congreso Internacional del Derecho Registral de Buenos Aires, 1972.

drástico efecto, que supera el viejo principio romano del *nemo dat quod non habet*, tiene que estar basado, a su vez, en unas premisas fundamentales que sirvan de apoyo a tan trascendental protección. Una de estas premisas, quizá la más fundamental, es la que considera necesario controlar, vigilar, censurar, el posible acto inscribible para que sólo los asientos que se extiendan en los libros registrales revelen o publiquen los actos que sean válidos con arreglo a la Ley que los regula. Sólo partiendo de esta premisa decisiva del acto válido se puede llegar a la conclusión de la protección a ultranza del tercero que confía en la publicidad registral. La «seguridad del tráfico» tiene fuerza para eliminar el principio romano de la transmisión efectuada por el verdadero dueño, pero sería antijurídico pensar que esta seguridad tuviese como base un acto tachado de nulidad o defectuoso.

De esta forma previa, como premisa para una consiguiente deducción, surge el inevitable principio de calificación o legalidad, que «debe» convertir a quien lo ejerce en jurista, en el sentido de hombre de Derecho, hombre conocedor del Derecho y capaz de descubrir los posibles defectos del acto que pretenda su ingreso en el Registro. Considero que la función calificadora es una especie de privilegio que la Ley concede a quien la ejerce honrándole con la categoría de jurista. La función y el funcionario a través del cual se ejercita vienen a ser la «seguridad» en que la Ley confía para desarrollar toda la intensidad de su protección al tráfico jurídico. El funcionario investido de este atributo legal se convierte en auténtico vigía para que la legalidad se cumpla.

La Ley se promulga, se sanciona, se publica, con el inmediato objetivo de que se cumpla. No se concibe el Derecho positivo sin la idea de obligatoriedad y sanción. «La norma positiva—como dice DE CASTRO—necesita contar con la sanción, esto es, con la fuerza de la organización estatal, de la que recibe validez.» Ello no supone que el Derecho pueda imponerse siempre por la fuerza, ya que, de un lado, la norma es espontáneamente cumplida, y de otro, aun en el caso de incumplimiento, sólo es necesaria la «abstracta posibilidad de su cumplimiento potencial». La vida social sin esta coacción—señala FERRARA—es una «optimista utopía». Pues bien, una de las sanciones que el incumplimiento de la Ley acarrea en el campo del tráfico inmobiliario es la falta de protección registral, lo cual, en el orden de valores, puede significar una sanción de más envergadura que la de una condena pecuniaria o una privación de libertad, pues ello lleva consigo la negación de un principio fundamental que toda propiedad reclama: su protección jurídica.

La doctrina jurídica ha llegado a idénticas conclusiones en el Derecho español. Se hace preciso una cita breve de nuestros más destacados

hipotecaristas. Don JERÓNIMO GONZÁLEZ precisa valientemente la idea de que en un sistema en el que los asientos registrales se presumen exactos es lógica la existencia de un previo trámite depurador de la titulación presentada a inscripción, pues de lo contrario, los asientos sólo servirían para engañar al público, favorecer el tráfico ilícito y provocar nuevos conflictos. MORELL Y TERRY era más contundente al precisar el alcance de la calificación registral, ya que decía que: «No cabe, en cambio, negar que si los Registradores hubieran de admitir todos los documentos presentados a inscripción sin que ni ellos ni otras personas pudieran apreciar sus formas extrínsecas, ni la capacidad de los interesados, ni la nulidad o validez del acto, el Registro de la Propiedad no cumpliría su misión, no respondería a los fines de su creación y contendría una serie de derechos inscritos, pero de eficacia dudosa, amenazados de una posible nulidad, que quitaría toda seguridad o certidumbre al dominio y a los derechos reales con perjuicio evidente del crédito territorial.» ROCA SASTRE, nuestra actual figura en materia hipotecaria, se pronuncia en iguales o parecidos términos, al decir que: «En un sistema en que los asientos registrales se presumen o reputan exactos o concordantes con la realidad jurídica, es lógica la existencia de un previo trámite depurador de la titulación presentada a Registro... La calificación de los títulos presentados a inscripción constituye el medio o instrumento para hacer efectivo el principio de legalidad. Mediante ella, los títulos defectuosos son rechazados definitiva o provisionalmente del Registro, ya que en él sólo tienen acceso registral los títulos *perfectos*.» SANZ FERNÁNDEZ es también fiel a la misma idea, ya que al iniciar su estudio del problema dice que «en los sistemas en que la inscripción produce efectos constitutivos—alemán y suizo—o convalidantes—sistema español—llegando a dar plena eficacia a los derechos inscritos, principalmente a través de la fe pública registral, es lógico que el legislador procure asegurarse de que sólo tienen acceso al Registro los títulos válidos y, en general, aquellos que reúnen todos los requisitos exigidos por el ordenamiento jurídico para la inscripción». NÚÑEZ LAGOS, adscrito al campo notarial, no repara en precisar la esencia de la función calificadora considerando que en cuanto al fondo el título ha de ser válido. Los títulos imperfectos, en cuanto al fondo, no tienen acceso al Registro. El título no es válido porque se inscribe, sino que se inscribe porque es válido. El resto de los hipotecaristas patrios, entre los cuales citamos a LACRUZ BERDEJO, CASSO Y ROMERO, COSSÍO Y CORRAL, etc., se preocupan más de precisar el alcance de la calificación que la esencia o razón de ser de la misma.

Las naturales diferencias existentes entre el sistema español y el argentino limitan inevitablemente las posibles citas de autores que podríamos hacer. No obstante, cabe destacar al profesor de la Facultad de

Ciencias Económicas de la Universidad Nacional de Buenos Aires, doctor GUILLERMO A. DÍAZ, que al comentar la nueva Ley 17.801 precisa como requisito previo de la inscripción el del examen registral de las formas extrínsecas del documento, criticando la reforma que elimina de la calificación registral la capacidad de los otorgantes, a la que se refería anteriormente el artículo 43 del Reglamento del Registro de la capital federal. Claro está, concluye, que deben ser rechazados aquellos títulos en los que pueda existir «nulidad absoluta», lo cual, en principio, parece indicar que la calificación también se extiende a este aspecto, aunque ha de concluirse que limitada al primero por la Ley, sólo a las causas de nulidad formal debe concretarse. El profesor de Derecho civil de la Universidad de Mendoza, doctor ABEL BOULIN ZAPATA, en el estudio del procedimiento registral regulado por la Ley 17.801 realza la función calificadora considerando que el Registrador, autoridad registral, realiza un «juicio crítico-jurídico» examinando el título con el asiento existente y realizando luego el examen respecto de las formas extrínsecas del documento. También el profesor titular de Derecho registral de la Universidad Notarial de la Argentina, doctor EDGARDO AUGUSTO SCOTTI, motor expansivo de este Primer Congreso Internacional de Derecho registral, explica la importancia del principio de legalidad al ir precisando cada uno de los elementos que el Registrador debe comprobar en el ejercicio de su función calificadora.

De todo ello debemos concluir que el principio de calificación es premisa fundamental del acto que supone la extensión de un asiento registral. Es exigencia legal impuesta por una necesidad derivada de los fuertes efectos que se otorgan a los pronunciamientos registrales. *Es principio, sin embargo, que no funciona en otras instituciones publicitarias, aunque algún autor—concretamente, ALBERTO D. MOLINARIO—pretenda calificar al Derecho inmobiliario como una especialidad del Derecho registral.* Determinadas instituciones administrativas llevan en sí una finalidad de publicidad, pero sin que la misma pase de ser un medio para hacer público el conocimiento de una cosa, de un hecho o de una situación. Es decir, se trata de Registros administrativos limitados en su eficacia y con un simple valor de archivos públicos. El principio de calificación ha pretendido ser utilizado por el Derecho fiscal en su gran deseo de acomodarse a la idea de la juridicidad, pero no pasa de ser un anhelo a conseguir en nuestro sistema tributario, donde existe un tremendo artículo 25 de la Ley General Tributaria, en el que se dice el siguiente absurdo jurídico: «Cuando el hecho imponible consista en un acto o negocio jurídico se calificará conforme a su verdadera naturaleza jurídica, cualquiera que sea la forma elegida o la denominación utilizada por los

interesados, prescindiendo de los defectos intrínsecos o de la forma que pudieran afectar a su validez...»

Para terminar de perfilar lo que hemos denominado esencia de la función calificadoradora se hace necesario precisar, aunque sea con brevedad sintética, las diferentes teorías que tratan de explicar esta singular función:

a) *La calificación como acto administrativo.*—Partiendo de unas premisas en torno a la finalidad registral, al carácter del Registro de la Propiedad y al órgano encargado de su servicio se llega a la conclusión de que la función ejercida por el Registrador en su calificación es administrativa, ya que emana de un órgano administrativo encargado de un servicio público, que tiene una finalidad también pública. Es la tesis que sustentan en nuestra patria los autores GONZÁLEZ PÉREZ y LÓPEZ MEDEL, pero que no ha progresado a causa de que las decisiones del Registrador en orden a la inscripción de los derechos no son recurribles nunca en vía administrativa y, por supuesto, son ajenas al Tribunal contencioso-administrativo.

A. BOULIN ZAPATA, en el Derecho argentino, sitúa la función calificadoradora en este ámbito de lo administrativo. «La función se practica —dice— en sede administrativa no judicial, si bien se ejerce con independencia semejante; produce efectos *erga omnes* y puede alcanzar, como todo acto administrativo, estabilidad (cosa juzgada administrativa); luego la calificación no impide la posterior revisión jurisdiccional ni prejuzga su resultado. La calificación es necesaria, mas no resulta, pese a que ni tiende a declarar un Derecho controvertido o dudoso, que no quepa la rectificación de la decisión recaída y todavía impugnarse en caso de denegatoria. La acción requerida al efecto, proveniente de la negativa a inscribir, es precisamente la acción de recalificación ante el Registrador y, posteriormente, ante los Tribunales de Justicia.»

b) *La calificación como función judicial.*—La configuración de la actividad registral al ejercer la función calificadoradora con la actividad judicial parte, sin duda alguna, de la expresión «juez territorial» utilizada por don JERÓNIMO GONZÁLEZ, y que, como dice LACRUZ BERDEJO, no es traducción de la palabra *grundbuchrichter*, que significa Juez del Registro o Juez encargado del Registro. En Alemania, donde son los Jueces los encargados de llevar el Registro, la expresión «Juez territorial» indicaría, en todo caso, no al Registrador que hace oficio de Juez, sino al Juez que entre sus oficios tiene el de llevar el Registro de la Propiedad.

Defienden la tesis de la función judicial, de una parte, GALLARDO RUEDA, quien dice que «hay un evidente entronque de la jurisdicción registral con la actividad judicial, y negar esta realidad conduce al incomprensible absurdo de que la resolución del Registrador tenga sólo

vigor y eficacia dentro de la esfera de lo administrativo, lo que constituye una doble contradicción: primero, porque el fallo de aquel funcionario afecta a derechos civiles sustraídos de la órbita meramente administrativa, y segundo, porque si contra sus calificaciones se da el recurso ante los Tribunales, judicial habrá de ser también el pronunciamiento que se dicte». Por su parte, un autor de tanto prestigio como LA RICA nos dice que «la función calificadora es delicadísima y que su declaración implica, en cierto modo, una función cuasi judicial, puesto que tiende a adecuar los hechos jurídicos al Derecho objetivo, a velar por la fiel observancia de éste, a dar vida real al principio de legalidad, y puesto que, por otra parte, es recurrible en vía gubernativa y en vía judicial». Diversas resoluciones de la Dirección General de los Registros utilizan la denominación de Juez territorial a partir de la de 4 de julio de 1919.

c) *La calificación configurada como acto de jurisdicción voluntaria.* Es la tesis que mantiene en pleno la doctrina española, que encabeza don JERÓNIMO GONZÁLEZ, y para quien el Registrador de la Propiedad, en quien el Estado ha delegado la potestad calificadora, es un órgano hipotecario de la llamada jurisdicción voluntaria, miembro del gran todo, a quien corresponde la aplicación del Derecho.

Siguen sus pasos ROCA SASTRE, que no duda en adscribirse a dicha opinión; SANZ FERNÁNDEZ, para quien la configuración ha creado estado de naturaleza en nuestro sistema; GONZÁLEZ PALOMINO, NÚÑEZ LAGOS, SANCHO REBULLIDA, IGNACIO DE CASSO, etc., opinan en igual forma. Criterio éste que recoge la Dirección General de los Registros en diversas resoluciones, de entre las cuales citamos la de 10 de abril de 1934 y 31 de marzo de 1950.

Conformarse con cualquiera de estas posturas puede ser metódico, pero no creo que sea acertado, pues lo que sí es cierto es que en la función registral hay algo de los tres aspectos señalados: de una parte, su actuación se asemeja a la judicial; de otra, tiene rasgos administrativos, y, por último, guarda cierta semejanza con los actos de jurisdicción voluntaria. Si tiene algo de todos quiere decir que no puede encuadrarse de lleno en ninguno de ellos. Se ha caído aquí en la gran trampa que ya utilizaron los pandectistas al aplicar su método dogmático de inversión para precisar la distinción entre lo real y lo obligacional. ¿Es posible configurar la calificación en forma autónoma sin necesidad de acudir a encuadrarla en instituciones típicas?

Hay que partir de un principio general, cual es el que atribuye a los ciudadanos españoles el derecho a la «seguridad» jurídica, lo cual supone comprender en dicha expresión no sólo la idea de la «seguridad del Derecho», que está garantizada a través del poder judicial, sino la «seguridad del tráfico», que se ejerce a través de la publicidad que el Regis-

tro ofrece a los actos jurídicos inscribibles. Si la decisión judicial se basa en la existencia de un poder o jurisdicción que emana del Estado, la función calificadora responde igualmente a un poder o jurisdicción que, en principio, podríamos considerar como especial. Aunque se ha dicho que era exagerado entender que la Dirección General de los Registros y del Notariado, al resolver los recursos gubernativos entablados contra la calificación registral, quedaba convertida en un nuevo poder del Estado (la cita de esta opinión la hago a través de IGNACIO CASSO), considero que dicha opinión puede encerrar la clave que nos lleve a perfilar la verdadera naturaleza de la función calificadora.

Antes hemos apuntado que la Ley, al ofrecer al Registrador esta distinción, concede al mismo un privilegio, pero también un deber, pues si el privilegio honra y eleva, también exige. El Registrador en ese momento supremo no puede dudar, no debe vacilar, no puede eludir su juicio decisivo y ha de pronunciarse y fijar con su criterio la validez y eficacia del acto sujeto a inscripción. La calificación por ello se convierte en un acto obligatorio e inexcusable (art. 273 de la Ley Hipotecaria). Es, además, independiente, puesto que nadie puede imponer un criterio al Registrador para que decida en uno u otro sentido, quedando frenados los posibles apremios judiciales a través de un recurso de queja que puede entablar el Registrador (art. 136 del Reglamento Hipotecario). Por último, la función calificadora es netamente jurídica, pues con conocimiento de causa decide sobre si el derecho que se le presenta es apto para recibir la protección registral o si, por el contrario, debe suspenderla o denegarla.

Este esquema de actuación supone un acto jurisdiccional de carácter especial basado en un poder expresamente concedido por la Ley. No puede decirse—y en esto sigo a LACRUZ BERDEJO—que el acto registral sea un acto administrativo, ni que la función del Registrador sea administrativa, ni que el procedimiento de inscripción sea administrativo y al cual puedan aplicarse las disposiciones fundamentales en materia de procedimiento general administrativo, ni que el recurso gubernativo sea idéntico al administrativo. Tampoco puede decirse que sea judicial su actuación, pues a su decisión le falta la eficacia de cosa juzgada, su base no presupone la contienda entre partes (aunque en el procedimiento penal tampoco cabe hablar de litigio) y su esencia se dirige exclusivamente a manejar en uno u otro sentido la protección registral de un derecho. Se asimila, sin embargo, enormemente a la actuación judicial en cuanto al partir de la inscripción declarativa presupone la existencia de un derecho. Con mejores palabras lo dice JOSEF PIEPER: «Si el acto de justicia consiste en dar a cada uno lo suyo es porque dicho acto supone otro precedente, por virtud del cual algo se constituye en propiedad de

alguien. Esta proposición enuncia con soberana sencillez una realidad fundamental. La justicia es algo secundario. La justicia presupone el derecho. Si algo se le debe a un hombre como suyo, el hecho de que tal se le deba no es en sí obra de la justicia. El acto por el cual se constituye inicialmente algo en propio de alguien no puede ser un acto de justicia.»

A la decisión registral sobre la protección de los derechos se le cierra el camino de lo contencioso-administrativo y sólo cabe, conforme al artículo 66 de la Ley Hipotecaria, un recurso llamado gubernativo montado en dos fases y que culmina en la Dirección General de los Registros y del Notariado sin más posibilidades apelatorias. No obstante, y sobre la base del principio general de que los asientos del Registro están bajo la salvaguardia de los Tribunales, cabe, conforme al artículo citado, que los interesados en la inscripción acudan a dilucidar entre ellos la validez o nulidad de los títulos calificados por el Registrador, sin que éste tenga intervención en el litigio. La resolución que en ese procedimiento recaiga se ha dicho por parte de la doctrina que sería inscribible en base de la enorme fuerza de la cosa juzgada, y, a nuestro entender, en este caso, lo que determinaría, en última instancia, la inscripción o cancelación ordenada de la sentencia judicial sería la decisión de la Dirección General de los Registros, pues no hay que olvidar que dicha sentencia, al ser presentada en el Registro, tendría que ser calificada, y caso de negarse el Registrador a inscribirla o aceptarla, tendría que decidir la Dirección General de los Registros para reforzar la fuerza de la firmeza de dicha decisión judicial.

De todo ello, y de otra serie de razones que por limitación de espacio no pueden aducirse, debemos deducir que estamos ante una jurisdicción especial, registral o hipotecaria, como queramos llamarla, que teniendo contactos con la administrativa, la judicial y la voluntaria, presenta caracteres propios. En el fondo, eso es lo que opina veladamente LACRUZ BERDEJO, al decir que «surge así una figura autónoma. Pretender hacerle perder sustantividad por el afán de clasificarla es, a mi modo de ver, ir contra la mente del legislador y de la Ley». ROCA SASTRE, en igual forma, cede terreno al decir que «ciertamente participa de la naturaleza propia de los llamados actos de jurisdicción voluntaria, si bien con una serie de *particularidades que la singularizan*».

B) JUSTIFICACIÓN DE SU EXISTENCIA

Aparte las razones jurídicas antes expuestas en torno a la publicidad, la seguridad del tráfico jurídico y la validez de los actos registrables, es preciso llegar a una fundamentación más casuística, que pueda en

las posibles críticas que se han hecho en torno a su existencia y justificación.

La crítica más seria—y, al mismo tiempo, menos razonada—es aquella en la que se considera poco acertado la dualidad de funcionarios que ejercen la calificación del mismo título inscribible. Este, generalmente, consiste en un documento notarial, y de esta dualidad resulta que el Notario y el Registrador, ambos funcionarios del Estado y con preparación idéntica, concurren en la apreciación jurídica de un mismo acto jurídico con resultados a veces contradictorios, lo que provoca una serie de gastos y complicaciones. Tomo estas frases de nuestro primer hipotecarista español: ROCA SASTRE.

A poco que se profundice en tales afirmaciones caen por su base sin paliativos. La calificación registral se extiende a toda clase de documentos: notariales, judiciales, administrativos y privados, así como a los accesorios que los acompañen. Negar que sea procedente frente a los notariales y admitirla en los judiciales, administrativos y privados es relegar a estos últimos considerándolos de menor condición, pues necesitan un control, que los notariales parecen no exigir ante una preparación idéntica de funcionarios intervinientes. De esta forma, el documento notarial ostentaría el carácter de «intocable» y lo que en él se documentase sería la verdad absoluta y el negocio perfecto. Prescindiendo aquí de la fácil crítica basada en la «infalibilidad», creo serenamente que el contraste de pareceres de funcionarios de la misma preparación es lo que busca la Ley para asegurar plenamente la validez del acto jurídico en su acceso a la protección registral.

Para evitar esta sumisión al principio de legalidad en la extensión que la legislación española ofrece se propuso que el Registrador sólo calificase, al estilo del Derecho alemán, el acto dispositivo, quedando de la competencia notarial el acto obligacional, o limitando la calificación a las llamadas «formas extrínsecas del documento». Si la desconfianza que supone toda calificación es sólo parcial y presupone que el funcionario interviniente sólo puede equivocarse en el negocio dispositivo o en la observancia de las formas extrínsecas del documento, ello nos lleva a una valoración negativa de su actuación, pues la apreciación y estructuración del negocio causal es de más fácil elaboración, dadas las presunciones legales, que la precisión del negocio dispositivo y la observancia de formalidades legales. En lo fácil se le da el *placet* y en lo difícil se le somete a revisión. Si es capaz de estructurar el negocio causal, debe serlo para documentar el negocio dispositivo y llenar todas las formalidades que la Ley le imponga. Si en esto último puede equivocarse, también puede hacerlo en lo primero.

Estimo que aquí no se trata de un problema de escala jerárquica,

aunque, a semejanza de las judiciales y administrativas, podrían alegarse, sino en facultades o poderes concedidos por la Ley en base del principio de seguridad del tráfico y protección de los derechos. La actuación notarial no podía librarse de este poder y, por ello, el legislador pensó en situar en paridad de conocimientos a un funcionario que vigilase su actuación y decidiese si la misma estaba sujeta a Derecho, sin perjuicio de que este acto registral pudiese ser impugnado en la vía del recurso gubernativo y en la vía judicial a efectos únicamente de validez o nulidad entre los interesados (art. 66 de la Ley Hipotecaria).

Los claros conceptos de validez, nulidad, ineficacia, etc., del Derecho civil son recibidos con cierta cautela por el Derecho procesal y el administrativo. Por ello, junto a la firmeza de los actos, la excepción de cosa juzgada y otros artilugios legales, la documentación judicial y la administrativa no están sometidas con tanta rigurosidad a la calificación registral como la que emana de la fe pública notarial. Esa puede ser la crítica aceptable, pues es evidente que el criterio riguroso de que sólo deben ser inscritos los actos válidos y sobre ellos entrar en juego los efectos decisivos de la publicidad registral no permite distinciones que separen, de una parte, el documento notarial, y de otra, los judiciales y los administrativos, adornados con el calificativo de firmes y siempre expuestos a la excepción de la cosa juzgada.

C) EFECTOS DE SU ACTUACIÓN

Normalmente, la doctrina, al tratar de este punto, se pronuncia en forma muy simple. Elegimos de entre ella a uno de los autores que con más acierto ha llegado a precisar la esencia de la función. Nos estamos refiriendo a LACRUZ BERDEJO, quien nos dice que: «...el Registrador realiza un juicio lógico de análisis fáctico y subsunción jurídica, que desemboca en su resolución, término del procedimiento: la práctica, denegación o suspensión del acto solicitado.» Es decir, la actuación del Registrador «*se reduce*», parecen decir los autores, a decidir si se inscribe o no se inscribe un derecho.

La cosa, a nuestro entender, es más trascendente. Salvo en el caso de las inscripciones constitutivas, en las que la decisión registral afecta al nacimiento del derecho, en los demás casos su decisión es la de dar acceso al derecho—o negárselo, por supuesto—para que el mismo logre, a través de la publicidad, la protección que el sistema le brinda o, lo que es lo mismo, hacer viable la seguridad del tráfico jurídico y lograr su efectividad *erga omnes*. Con ello se llega al pronunciamiento de la plenitud de la titularidad de un derecho y su eficacia frente a los terceros. Por el contrario, no inscribir un derecho—o ponerle un paréntesis de

suspensión—es disminuirlo, reducirlo, desconocerlo desde el punto de vista del tráfico, postergarlo a una esfera inferior de relación *inter partes*. Es no lograr el alta oficial y pública, que le permite transitar por el campo de la seguridad del tráfico.

La trascendencia de la decisión registral y, por supuesto, la de la Dirección General de los Registros en última instancia, es enorme, y más cuanto mayores sean los efectos que al Registro se le otorguen. Ya lo apunta atinadamente ROCA SASTRE: «La importancia de la función calificadora del Registrador está en consonancia con la importancia de los efectos mismos de la inscripción en el Registro que la propiedad implica... Cuantos más enérgicos sean los efectos que un sistema inmobiliario registral atribuya a la inscripción, tanto más será importante la función calificadora del Registrador.» SANZ FERNÁNDEZ sigue esta misma línea diciendo que: «La función del Registro es dotar de seguridad a los derechos reales, y no quedaría debidamente cumplida si no hubiera un medio de conseguir que los derechos reales protegidos por él sean válidos y perfectos. La enérgica protección de los principios de legitimación y fe pública registral debe aplicarse normalmente, confirmando o asegurando derechos perfectos, pero no en beneficio de los que no lo sean. Como este fin sólo se consigue a través del principio de legalidad, el cual, a su vez, actúa por medio de la función calificadora, la importancia de ésta es incuestionable.»

II. PRESENTE DEL PRINCIPIO

A) DIFERENTES SISTEMAS EN ORDEN AL MISMO

La variedad de los diferentes sistemas y los matices que cada uno de ellos presentan hace aventurado y sumamente difícil reducir a esquemáticas clasificaciones las diferentes formas en que el principio de legalidad y la función calificadora se muestran y actúan. Los típicos sistemas de oponibilidad, de transcripción, de presunción, de exactitud y de plena eficacia formal y sustantiva no encajan plenamente para recoger todas las manifestaciones del principio.

Por ello vamos a adoptar una clasificación más simple, pero que nos va a permitir citar a la mayor parte de los países que gozan de los beneficios de la institución registral. Se hace necesario advertir que las citas que haga pueden estar sujetas a revisión dada la rapidez legislativa de los tiempos modernos. Para una visión general de los sistemas registrales latinoamericanos he utilizado la obra de JOSÉ LUIS PÉREZ LASALA,

complementada con la magnífica publicación argentina *Curso de Derecho registral inmobiliario*, en la que colaboran destacadas personalidades especialistas del Derecho hipotecario, y los *Informes de la Misión de Estudios de los Registros Inmobiliarios*, de enero de 1972, gentilmente cedidos por el doctor IVÁN ESCOBAR FORNOS, de Nicaragua. Los sistemas francés, italiano y portugués, en el aspecto que nos ocupa, se extraen de las *Publicaciones del centenario de la Ley Hipotecaria de 1861*, realizadas por el Ilustre Colegio Nacional de Registradores de España, y el resto de las obras y tratados en uso que en la nota bibliográfica citaré oportunamente.

- *Sistemas sin principio calificador.*—Cabe incluir aquí al Derecho francés, donde el Registrador nunca juzga, en principio, sobre la validez de los títulos y existencia de los derechos, como dice PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS. La última reforma ha permitido cierta calificación de tipo formal.
- *Sistemas con función calificadora.*—La variedad de ellos reside en la amplitud que a la misma se le otorgue:

- 1.º *Sistemas que conceden al Registrador una facultad amplísima, minuciosa y exhaustiva.*—Deben citarse el australiano, no sólo en su primera fase de inmatriculación, sino en los actos posteriores, donde la calificación registral tiene como elementos auxiliares a diversos juristas y topógrafos; el sistema suizo, donde la calificación alcanza al aspecto causal del acto, y el Derecho inglés, donde el Registrador general resuelve con gran amplitud toda clase de cuestiones relacionadas con la propiedad inmueble.

Mención aparte merece el sistema español y del que luego expondremos brevemente su contenido.

- 2.º *Sistemas que limitan la calificación al acto dispositivo, excluyendo el causal.*—Es el sistema alemán en el que la calificación comprende el negocio dispositivo, la capacidad e identidad de los otorgantes, la legitimación del representante y la naturaleza del derecho inscribible.
- 3.º *Los que centran la esencia de la función en descubrir la validez o nulidad del acto generador del derecho que se inscribe,* así como otros puntos referidos a las formas, circunstancias, etc. Parece ser, en principio, el sistema portugués el que milita en este grupo, ya que comprende la legalidad, la validez del negocio, la capacidad de los otorgantes y la legitimidad de los requirentes; pero está limitado su alcance en cuanto la Ley indica, de una parte, los actos que pueden ser

rechazados definitivamente, y de otra, se crea el Registro provisorio «por dudas».

Parten de la exigencia de la validez de los actos inscribibles, el examen de las formalidades y otras circunstancias las legislaciones de Panamá (arts. 1.795 del Código civil y 47 del Reglamento del Registro Público de 13 de enero de 1920), Ecuador (art. 8 de la Ley del Registro), Brasil (art. 215, aunque se ha puesto en duda su vigencia por la promulgación del Decreto legislativo núm. 4.829 de 7 de febrero de 1924, aunque otros opinan vigente el mismo al ser regulado por el Código de procedimientos civiles de 18 de septiembre de 1939), Chile (art. 13 del Reglamento de 24 de junio de 1857, reformado en el año 1931) y también podría citarse al Uruguay (arts. 57 y 58 de la Ley de 25 de septiembre de 1946), en trance de revisión.

- 4.º *Diversos sistemas circunscriben la calificación registral* al examen de las formalidades extrínsecas del documento y a la capacidad de los otorgantes. Entre ellos cabe señalar a Méjico (art. 3.013 del Código de 30 de agosto de 1928), El Salvador (art. 692 del Código civil del año 1860, reformado por una Ley del año 1873), Honduras (art. 2.318 del Código civil de 1 de marzo de 1906) y Bolivia (art. 23 del Reglamento de 5 de diciembre de 1888).
- 5.º *Los sistemas limitativos de la calificación a los elementos formales.*—Entre ellos están: Guatemala (art. 1.128 del Código civil de 14 de septiembre de 1964), Colombia (conforme al nuevo Decreto de 27 de julio de 1970), Perú (a partir de marzo de 1971 se adscribe al sistema argentino) y Argentina, que en el año 1968, y por virtud de la Ley número 17.801, reforma el sistema de VÉLEZ y no recoge el examen de la capacidad de los otorgantes, a que se refería el artículo 43 del Reglamento del Registro de la capital federal.

Quedan por catalogar—y ruego disculpas por la omisión—países como Cuba y Puerto Rico, muy vinculados a la Ley Hipotecaria de Ultramar, Costa Rica, Venezuela, Paraguay y Nicaragua, país este último en trance de revisión legislativa sobre la base de los trabajos realizados con motivo del «Simposio sobre Registro Público de la Propiedad Inmueble y Catastro», así como el informe antes citado.

B) SU REGULACIÓN EN EL DERECHO ESPAÑOL

La base fundamental del principio de legalidad y, en su consecuencia, de la función calificadoradora reside en la Exposición de Motivos de la Ley de 1861, la cual decía que «el Registro debe contener las obligaciones que produzcan derechos reales cuyos títulos tengan valor jurídico, no aquellos a los que las leyes niegan fuerza coactiva». No obstante, anteriormente ya estaba sancionado el principio en el Anteproyecto que formulara LUZURIAGA en el año 1848.

Limitadísimo fue el campo de la calificación en la Ley de 1861, pues se circunscribía a las escrituras—sin tener en cuenta los documentos judiciales y los administrativos—y en ellas quedaba reducida a las formas extrínsecas de los documentos y a la capacidad de los otorgantes. Una Orden de 24 de noviembre de 1874 resuelve que el Registrador está facultado para calificar las formas extrínsecas de toda clase de documentos, y el Real Decreto de 3 de enero de 1876 concede a los Registradores la competencia para calificar los actos en que interviene la autoridad judicial.

Pasando por alto los retoques que la Ley tuvo en los años sucesivos (1869, 1872, 1873, 1876, 1877, 1880 y 1909, sobre todo en este último, en que se redactó de nuevo el art. 18) llegamos a la vigente Ley de 1944-46, que estructura la función calificadoradora dedicándole los artículos 18, 99 y 100 de la Ley, y 99 del Reglamento, fundamentalmente, ya que otros varios se refieren a esta misma materia y están íntimamente relacionados.

Sustancialmente y sin reproducir la literalidad de los artículos, los Registradores deben calificar bajo su responsabilidad la legalidad de las formas extrínsecas de los documentos de toda clase (notariales, judiciales, administrativos y privados), la capacidad de los otorgantes y la validez de los actos dispositivos contenidos en las escrituras públicas. Por su parte, el artículo 99 de la Ley Hipotecaria faculta al Registrador para calificar la legalidad de toda clase de documentos en cuya virtud se pida la cancelación y la capacidad de los otorgantes. Remata el artículo 100 de la misma Ley permitiendo al Registrador calificar «también» la competencia de los Jueces y Tribunales.

De todo ello, y creo que ya lo expuse en otro lugar, se deduce que la calificación debe ejercitarse tanto en el caso de que se pida una inscripción, como parece apuntar el artículo 18, como también en los casos de solicitud de cancelación, anotación y nota marginal, dando a la palabra «inscripción» el concepto genérico de asiento. Circunscribir a las escrituras públicas lo relativo a la capacidad de los otorgantes y a su validez tiene el peligro de que las actas notariales quedarían fuera de este exa-

men, lo cual puede ser peligroso en los casos en que el acta tiene fuerza para provocar un asiento (por ejemplo, el art. 83 del Reglamento Hipotecario y los casos de actas inmatriculadoras). Igualmente, restringir dicha facultad a las escrituras públicas es cerrar toda posibilidad de calificación a los documentos privados en los excepcionales casos en que se admite su registración. Por supuesto, en todos estos casos, la calificación se extiende no sólo al documento principal, sino a los posibles complementarios que el acto requiera y que, en todo caso, puede reclamar el Registrador para emitir su juicio.

El artículo 99 de la Ley, al referirse a la legalidad «de los documentos en que se solicite la cancelación», parece comprender en su ámbito no sólo a los documentos notariales, sino a los judiciales y los administrativos, aparte de los privados, que, dicho sea de paso, no provocan nunca una cancelación. Digo esto porque por «legalidad» hemos de entender el que el documento reúna los requisitos que las leyes establecen para su validez, perfección y eficacia. Dando esta interpretación a la palabra «legalidad» (interpretación que avala el art. 98 del Reglamento Hipotecario al aclarar la frase «legalidad de las formas extrínsecas») se debe admitir que tanto el documento judicial como el administrativo quedan sujetos no sólo al examen de sus formalidades extrínsecas, porque así lo dice el artículo 18, sino a la posible validez o nulidad de los mismos, así como a la capacidad de los otorgantes. Por lo que se refiere a esta última, las resoluciones de 1 de julio de 1943, 31 de marzo de 1936 y 11 de julio del mismo año así lo sostienen «cuando de contratos judiciales y administrativos se trate y en ellos intervenga Juez o funcionario público».

A estos argumentos se debe añadir el del adverbio «también», que utiliza el artículo 100 de la Ley Hipotecaria al referirse a la facultad de calificar «la competencia de los Jueces y Tribunales». Por último, es preciso tener en cuenta que al Registro no deben llegar los títulos que no sean válidos, ya que, como dice NÚÑEZ LAGOS, el título no es válido porque se inscribe, sino que se inscribe porque es válido. Admitir excepciones a esta norma, que garantiza la eficacia de los principios fundamentales del sistema, sería una temeridad y un desacierto. El artículo 33 de la Ley Hipotecaria puede dar a entender que se inscriben los actos nulos, ya que la inscripción los deja tan nulos como son, pero ello no es más que la previsión legislativa de un posible fallo en la función calificadora y la falta del principio de convalidación.

Frente a estos argumentos cabe alegar, en cuanto de documentos judiciales se trate, la oscura doctrina de la patología jurídica en torno a su nulidad; la excepción de la cosa juzgada y la cualidad de firme de las resoluciones judiciales para su acceso al Registro, así como ese artículo 99

del Reglamento Hipotecario, que limita la calificación registral a la competencia del Juez o Tribunal; la congruencia del mandato con el procedimiento o juicio en que se hubiera dictado, a las formalidades extrínsecas del documento y a los obstáculos del Registro. Infinidad de resoluciones de la Dirección General han insistido en que el Registrador no puede entrar a calificar «el fundamento» de la resolución judicial. No obstante, estimo que la excepción de cosa juzgada no supone más que la evitación de un nuevo pleito sobre el mismo asunto, ya resuelto judicialmente, pero no debemos olvidar que la actividad registral al calificar no sería nunca un nuevo pleito judicial sobre el mismo asunto; la condición de firme de una sentencia la absuelve de posibles recursos contra la misma, pero ello no quiere decir que no esté viciada de nulidad (y un vicio podría ser la falta de competencia de un Juez o la de la congruencia del mandato con el procedimiento seguido o la informalidad en la tramitación del mismo). Por último, el Reglamento Hipotecario nunca podría suponer una derogación legal.

Relacionando la materia con uno de los posibles defectos que la calificación registral puede alegar en relación con los documentos judiciales, esto es, con la falta de competencia del Juez o Tribunal, puede llevar a una interpretación contradictoria la normativa legal y la reglamentaria. La Ley dice que en caso de que el Registrador «dude» de la competencia dará cuenta al presidente de la Audiencia, el cual decidirá lo que estime procedente. Pero no debemos olvidar que el supuesto se está refiriendo a los casos de «cancelaciones» y no al caso genérico que señala el artículo 99 del Reglamento sobre competencia, aparte que «si no dudare» de la competencia, si estuviese seguro de que el Juez es incompetente, no creo que quepa dar cuenta al presidente de la Audiencia respectiva, limitándose a extender su calificación, la cual podrá ser recurrida gubernativamente, sin que quepa, como parece indicar el artículo 100 del Reglamento Hipotecario, un procedimiento judicial especial, que la Ley Hipotecaria admite para que los interesados discutan sobre la nulidad o validez del título, pero no para los casos de incompetencia del Juez o Tribunal (art. 66 de la Ley Hipotecaria).

También dentro del campo administrativo no es muy clara la calificación registral, aunque estimo, sobre la base de los artículos antes citados y los argumentos dados, que se extiende a los supuestos de formalidades extrínsecas, capacidad de los otorgantes y validez o nulidad de los mismos actos, sobre todo cuando de cancelaciones se trate. Hay más base para defender esta postura aduciendo el artículo 98 del Reglamento Hipotecario, que otorga al Registrador la gran facultad de distinguir entre actos anulables y nulos, administrativamente hablando.

Para completar el panorama legislativo español en orden a la fun-

ción calificadora es preciso que apuntemos no la doble actividad que precisó NÚÑEZ LAGOS realizaba el Registrador, sino la triple dimensión en que la misma se desarrolla:

a) *Realiza una función de fondo o jurídica y legislativa.*—Sobre la base de un conocimiento profundo de la legislación vigente aplica los preceptos al caso concreto y decide si el mismo se ajusta a dicha legalidad. Es decir, viene a dar cumplimiento al artículo 4 del Código civil, que sanciona con nulidad los actos que sean contrarios a las leyes, al orden público o perjudiquen a tercero. De otra parte, disecciona el acto para descubrir en él lo que es obligación y lo que puede tener trascendencia real, pues no debe olvidarse que nuestro Registro lo es de derechos reales, por lo que lo decisivo es descubrir lo que es constitutivo del derecho real o lo que, como diría GONZÁLEZ PALOMINO, trasciende de la obligación entre las partes.

b) *Desarrolla otra misión registral, en cuanto ha de adecuar la realidad jurídica con la registral.*—La función en este caso es simple, en principio, pues lo primero que debe averiguar el Registrador es si la finca está o no inscrita (o si la finca sobre que recae el derecho está o no inscrita), salvo que se lo indique el documento. Los casos de fincas inscritas hacen entrar el principio de tracto sucesivo y su posible reanudación; el de legitimación, para identificar al titular registral; el de especialidad, con su reflejo de cargas y limitaciones, y, por supuesto, el de prioridad no sólo en el orden del despacho de documentos, sino en la observancia y respeto del rango correspondiente.

c) *Por último, realiza otra labor de carácter formal sobre los libros del Registro*, extractando y seleccionando lo que ha de pasar a ser el contenido del asiento que se realice. Labor ésta minuciosa en cuanto que al ser un extracto debe procurarse que sea lo más claro posible, pues ha de pensarse no en un presente, sino en un futuro, sin omitir ninguna de las circunstancias que la legislación hipotecaria exige consignar con la amenaza de una nulidad absoluta (art. 30 de la Ley Hipotecaria).

C) CONSECUENCIAS Y EFECTOS DE LA ADOPCIÓN DE UNO U OTRO SISTEMA

Todo el condicionamiento que hemos venido apuntando entre los efectos que la registración produce y las garantías previas exigidas por el legislador para conceder esos efectos tiene su verificación en este momento. A mayor rigor en la función calificadora, mayores efectos para la inscripción registral.

MORELL Y TERRY, ese gran hipotecarista español aún no superado, resumía brillantemente las consecuencias que apuntamos sobre la base

de una triple distinción para incluir todos los sistemas. Sobre sus ideas, nosotros ahora, con ciertos retoques, resumimos:

- *Allí donde el Registro es una institución destinada a hacer constar todo el historial jurídico de la propiedad*, representando la inscripción o un modo de adquirir y perder derecho o un medio de protección frente a terceros adquirentes que confían en sus pronunciamientos, lográndose con ello la seguridad del tráfico jurídico, la calificación ha de ser completa y absoluta, y el Registrador, un jurista competente para poder juzgar con acierto y en todos sus aspectos la legalidad y la eficacia del acto. El funcionario encargado de tal misión se configurará según la organización de cada país, pero partiendo siempre de una formación jurídica sólida.
- *Allí donde se acepte un sistema intermedio en el que la inscripción se apoya en un título o documento auténtico y en donde el Registro se limite a notificar o hacer públicos los actos relacionados con la propiedad*, concediendo débiles efectos frente a posibles terceros, caben las calificaciones «relativas» llevadas a cabo por un Registrador con cierta competencia que no desentone dentro de tal sistema.
- *Allí donde el Registro se considera como una oficina, en la que se transcriben por orden cronológico los documentos presentados para darles una publicidad más o menos incompleta*, sobra la calificación y el Registrador no necesita reunir condiciones jurídicas. Basta copiar o, a lo más, apreciar las formalidades externas, si se trata de un documento público, o la certeza de las firmas, si se trata de un documento privado.

A tal señor, tal honor, dice nuestro refranero. A tal sistema, tal Registrador, decimos nosotros. Claro está que si partimos de la eficacia tradicional de los diferentes sistemas, el representante de cada uno de los mismos nos ofrecerá un cúmulo de datos y un conjunto de éxitos, que apoyarán la siguiente pregunta: ¿Si nos ha ido tan bien para qué vamos a cambiar? Pero ahí viene el reto de los tiempos actuales: el de estar permanentemente al día, a fin de no verse desbordado por el avance impresionante, casi increíble, que experimentan todas las ramas de la cultura, de la tecnología o de la ciencia, según frase de VICENTE M. GONZÁLEZ en una publicación reciente.

Si en todo documento inscribible separamos el acto del instrumento que lo contiene podremos distinguir las circunstancias que ha de tener el acto o contrato para su validez y las necesarias para la perfección del

documento. Infringir las primeras produce la nulidad del acto, mientras infringir las segundas lleva únicamente a la imperfección del documento. Por ello, no he llegado a comprender el retroceso que alguna legislación ha tenido al limitar la calificación registral a las formas extrínsecas de los documentos presentados a inscripción, pues ello no conduce a nada práctico. Lo más grave—decía MORELL Y TERRY—no está en la forma, sino en la esencia del acto o contrato, en el contenido del documento.

En el Primer Congreso Internacional del Notariado Latino, celebrado en Buenos Aires en octubre de 1948, en la sexta conclusión, referida al Registro de la Propiedad y a sus inscripciones, se decía esta frase, que supone un gran atentado al principio de calificación: «La calificación del Registrador debe limitarse a la concordancia entre el título y el Registro.» Esto no significa más que el hecho de abrir una puerta para que por ella salga el Registrador-jurista y entre el Registrador-tecnócrata. De eso al automatismo y a la máquina calificadora no hay más que un paso. Luego insistiremos en este punto.

III. FUTURO DEL PRINCIPIO

Cuenta el escritor francés ALFRED SAUVY cómo en los tiempos actuales no andamos, sino que corremos: huimos del pasado. Actualmente nadie quiere darse por vencido. Sitúa a un conferenciante ante un auditorio atento, al que le está «colocando» el conocimiento de una reciente novedad, y cuando mira satisfecho y feliz hacia la concurrencia siempre surge una voz, que lentamente responde: «Sí, efectivamente, esto es algo importantísimo, sólo que ya está superado»..., y es que adelantar, verse adelantado, ya sea en la carretera o en el terreno ideológico, en eso consiste la fortuna o la vergüenza torturante de nuestra época.

No pretendo por ello adelantar a nadie ni predecir la suerte que puede correr nuestro principio de calificación en un futuro, pero sí creo que es obligatorio exponer unos cuantos puntos, que se me antojan decisivos para el avance o el retroceso de nuestro ya centenario principio de calificación.

A) LAS GRANDES DIFICULTADES PARA SU ACTUACIÓN

A mi entender, las tres grandes dificultades con las que tropieza la calificación registral podríamos concretarlas de la siguiente forma:

a) *La multiplicación legislativa, que lleva consigo la incertidumbre de su vigencia.*—Nos ha tocado vivir una época en que la prisa, la urgencia y la improvisación se mezclan provocando deseos inmediatos de

actualización y renovación. Puede ser que sea cierto que en los últimos veinticinco años el mundo ha avanzado tanto como en los anteriores dos mil, según frase periodística. De ahí que sea preciso llevar pegada a nuestra mente la idea de la solución inmediata. No hay tiempo de ir despacio, de serenarse, de meditar; es preciso aceleradamente encontrar la solución para el caso nuevo; para el caso antiguo, que ofrece nuevas posibilidades, y para el caso futuro, que apenas sí se intuye cómo ha de presentarse.

Haciendo un remedo de una frase de SCHULZ podríamos decir que nuestro pueblo, a diferencia del de Roma, es el pueblo de la Ley y no el pueblo del Derecho. La precipitación legislativa agranda nuestro sistema normativo provocando, de una parte, la inseguridad y continuidad de la norma, y de otra, la duda sobre su vigencia. GONZÁLEZ PÉREZ, al comentar el artículo 129 de la Ley de Procedimiento Administrativo (17 de julio de 1958), dice que «la realidad, sin embargo, ha demostrado hasta qué punto ha sido ineficaz el nuevo precepto. Basta acercarse cualquier día al *Boletín Oficial* para comprobar la existencia de disposiciones sin cláusula derogatoria o con cláusula derogatoria que emplea la socorrida fórmula general de que quedan derogadas cuantas disposiciones se opongan a la últimamente promulgada».

La audacia legislativa llega en algunos casos a no respetar el principio jerárquico de la derogación, y leyes o decretos-leyes se ven con cierta frecuencia derogados por decretos, órdenes y hasta circulares que contradicen sus disposiciones. Como este sistema vicioso es de muy difícil corrección, la labor calificadora se hará cada vez más dificultosa. En España, con un promedio de ochenta leyes, treinta decretos-leyes, tres mil decretos, cinco mil órdenes y múltiples circulares anuales aún nos vamos defendiendo, pues ficheros, índices, publicaciones, repertorios, etc., facilitan extraordinariamente la labor de búsqueda legislativa. A ello sería preciso añadir en ciertos casos la consulta de la jurisprudencia del Tribunal Supremo y, por supuesto, las diferentes resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado, que por ahora sólo ocupan unos diez volúmenes de mil páginas cada uno.

Llegará, sin embargo, un día en que la maraña legislativa, la jurisprudencia y doctrina sea tan enorme que habrá que recurrir en forma auxiliar a la máquina. GASTÓN BERGER ya lo dijo: «El saber se desgasta y queda anticuado aún más aprisa que las máquinas.» Adelantándose a este posible acontecimiento ya el pasado año se celebró en Madrid un simposio sobre «La jurisprudencia y los ordenadores electrónicos», en el que estaba particularmente interesado el Tribunal Supremo. En la *Revista de Derecho Judicial* de dicho año, MIGUEL LÓPEZ-MUÑOZ GOÑI publica un trabajo sobre «El Derecho y la electrónica», en el que se

afirma la posibilidad de que un ordenador puede facilitar al usuario: 1) La norma aplicable al caso concreto, la jurisprudencia existente resolviendo la cuestión y la bibliografía que se ha ocupado del caso. 2) La legislación actual y su interpretación jurisprudencial, así como los preceptos derogados y cómo se interpretaron éstos, con la bibliografía en ambos casos. 3) La evolución de la legislación y jurisprudencia, paralelamente, durante un período determinado. Luego, como es natural, en posesión de toda esta información obtenida en fase de «recuperación», vendrá el contraste de pareceres y la actuación del intelecto en que consiste la interpretación, y puede muy bien suceder que la norma suministrada por el ordenador no sea la aplicable al caso concreto, que el precepto que se da por derogado subsista y que todo resulte al final totalmente distinto de las previsiones que parece anticipar el ordenador.

b) *Los sistemas registrales, que parten del principio de que en sus libros sólo pueden ser reflejados los derechos reales que afecten a los bienes inmuebles*, plantean inicialmente, al principio de la calificación registral, el superior problema de la *distinción entre lo real y lo obligacional*. De esta forma, la dificultad de la calificación se hace ya histórica, pues ni la doctrina, ni la legislación, ni la jurisprudencia han sabido llegar a una plena pureza en el deslinde de lo que es derecho real y derecho obligacional.

Si la cuestión no parece resuelta en los momentos actuales en torno a la determinación de las figuras típicas con trascendencia real sería aventurado predecir que ello va a tener solución en años venideros, cuando la idea de lo práctico va a superar a lo teórico.

c) *La aparición de nuevas figuras, que reclaman protección registral al amparo del principio de la seguridad del tráfico, origina inevitablemente otra dificultad*.—Las diversas situaciones creadas por el desenvolvimiento de la vida moderna, las nuevas técnicas de construcción, la socialización del suelo, las grandes masas de tierra expropiables, las limitaciones urbanísticas, etc., exigen soluciones registrales que den vida efectiva a derechos dignos de protección frente a todos.

Como es difícil ser exhaustivo en esta materia sólo hago una cita genérica de los problemas que han de ir resolviéndose si no queremos que al lado de la planta «noble» de nuestro Registro surjan otros con menos pretensiones, pero que vayan cubriendo ciertas exigencias de trámite.

También convendría ir pensando en la liberación de ciertos requisitos previos de orden fiscal exigidos para verificar las inscripciones. La previa liquidación del acto inscribible nunca debe ser un obstáculo o un condicionamiento de la inscripción, pues el Estado tiene en su mano la

gran fuerza coercitiva para poder perseguir el fraude y conseguir el pago de los actos que han sido inscritos en un Registro público.

B) DIVERSIDAD DE CAMPOS SOMETIDOS A SU ESFERA

Hemos visto cómo el sistema español partía en su comienzo por sujetar a la calificación registral solamente las escrituras públicas, a pesar de que admitía a Registro los documentos notariales, los judiciales y los administrativos, así como algún supuesto de documentación privada. Se ha estimado que los diferentes pasos dados por la legislación y la jurisprudencia para someter a calificación registral a los documentos no comprendidos inicialmente supone o ha supuesto un gran avance. Por ello parece un tanto extraño pretender monopolizar los documentos notariales y judiciales como únicos medios de acceso al Registro. Es bien cierto que con ello se lograría una mayor precisión y una documentación más ajustada a la Ley, pero teniendo en cuenta los grandes poderes que cada vez se va irrogando la Administración para la realización de sus obras al servicio público, tendríamos que «rescatar» poderes y acumular en las manos notariales y en las judiciales tal cúmulo de problemas, que el remedio sería peor que la enfermedad. Pensemos en la institución de la expropiación forzosa y veremos el gran problema que ella provocaría en el ámbito de la contratación.

La deficiencia administrativa en la confección del documento es problema que se soluciona a través de una rigurosa calificación. Lo mismo puede suceder con el documento privado. Ahora se insiste mucho en el *slogan* del principio de la igualdad de oportunidades, ¿por qué no aplicarlo también a esta materia?

Respecto a otros campos que pueden quedar sometidos a su ámbito, cada día se hace más patente aquella genial predicción de Pío CABANILLAS en su conferencia sobre el futuro Derecho registral, al considerar necesario tener en cuenta la existencia de nuevos «bienes», que imponen cada vez con más fuerza el imperio de una circulación controlada, como ya apuntaba CARNELUTTI. El fenómeno de la distribución de los bienes debe asentarse en una posibilidad de control circulatorio, que exige una «señalización» en el tráfico o un «índice de publicidad». Los bienes muebles y las titularidades crediticias fueron los dos posibles fenómenos de «control circulatorio» que abrían cauces insospechados al desarrollo de nuestro Registro. Respecto de los muebles advertía la necesidad de tener en cuenta incluso el fenómeno del control administrativo y aprovechar hasta el máximo ese control para sentar sobre el mismo «registros muebles de titularidades completas». En materia de titularidades crediti-

cias ofrece las llamadas «cláusulas de exclusiva», las «servidumbres industriales» y las «prohibiciones de competencia».

C) LOS MEDIOS MECÁNICOS, LA CIBERNÉTICA Y LOS ORDENADORES ELECTRÓNICOS EN RELACIÓN CON SU EXISTENCIA

Cuando en el año 1956, sir GEORGE THOMSON, en su discurso dirigido a la sección de Física y Matemáticas de la Asociación Británica para el Avance de la Ciencia, dice atrevidamente de los ordenadores electrónicos, que contaban sólo diez años de vida, que «el computador puede hacer mucho para aligerar el trabajo penoso de oficina y supone para el empleado administrativo lo que el *bulldozer* para el peón», no mide realmente la multiplicación indispensable que este instrumento va teniendo en la investigación científica, en la administración de negocios, en el panorama económico, en los servicios públicos estatales... y hasta en «el modo de llevar los Registros de la Propiedad». Podemos concluir con STUART HOLLINGDALE y GEOFFREY TOOTILL, autores de un trabajo de divulgación sensacional sobre computadores electrónicos, que «junto con los viajes espaciales, la energía nuclear, los códigos genéticos, los trasplantes de órganos y la píldora anticonceptiva, el computador ha llegado a ser, por unanimidad, uno de los hitos del tercer cuarto del siglo XX».

La conciencia cibernética española en su proyección sobre el campo del Derecho ha despertado recientemente, y así, en el año 1971 se celebra en Madrid un simposio sobre tema tan trascendente como el de «La jurisprudencia y los ordenadores electrónicos», y a este arranque le siguen una serie de artículos y trabajos, que cito en la nota bibliográfica y que, junto al de divulgación antes aludido, me han servido para documentarme un poco y sacar unas breves conclusiones sobre lo que este invento puede repercutir en esa función calificadora que el Estado nos tiene encomendada. Por supuesto, de modernización de Registros hace años que se viene trabajando y una de las ponencias que España presenta a este Congreso, defendida por MARTÍNEZ DE BEDOYA y MUÑOZ CARIÑANOS, trata de estas relaciones de los ordenadores con la institución registral.

Por ello mi campo queda limitado a la función calificadora, aunque, a grandes rasgos, debo señalar *las grandes dificultades con las que el sistema español va a tropezar si quiere convertir la máquina de «medio auxiliar» en «medio indispensable»*. Ni nuestras circunscripciones territoriales, ni nuestra organización interna, ni el volumen de asuntos que la mayor parte de nuestras oficinas tienen anualmente reclaman la presencia de un ordenador como pieza clave. No hay que olvidar que la admisión del ordenador implica un elemento de centralización, entre

otras cosas, ya que en su instalación debe jugar su carácter rentable y su posible coordinación con otros nacionales e incluso extranjeros. Pero cabe preguntar, ¿centralizar es bueno? Cuando de lo rústico pasamos a lo urbano, cuando el éxodo del campo va agrandando ciudades y cuando la civilización ha logrado casi el techo de su perfección aparece curiosa e inevitablemente el fenómeno de la contaminación... ¿Habrà que emprender el camino del retorno?

De otra parte, creo que habría que lograr antes de mecanizarnos perfeccionar el sistema catastral en sus relaciones con el Registro. La forma cardinal de describir nuestras fincas, el extracto racional y jurídico del título, la escritura a mano, la prohibición de abreviaturas, la conexión registral de los asientos, el arrastre de cargas, etc., no son bases muy adecuadas para implantar la máquina. Claro que el argumento no vale, pues aquí de lo que se trata es de saber si el ordenador es necesario. Nuestro sistema ya ha doblado la esquina de los cien años y su eficacia es notoria. Aún pueden leerse aquellas primitivas inscripciones y, por supuesto, enterarse con cierta paciencia de su contenido, pero ¿sucederá igual con los nuevos métodos mecánicos que se pretenden implantar? Entramos de lleno en la misma discusión que surgió cuando apareció entre el material de oficina ese «chisme» llamado bolígrafo. La fotocopia, el microfilm, la perforación, etc., ¿resistirán el paso del tiempo? Contaba no hace mucho SÁENZ DÍEZ, en un librito muy ameno titulado *La civilización del desperdicio*, el suceso de aquella isla en la que la utilización masiva de ciertos insecticidas provocó la eliminación de ciertas aves y ello supuso un crecimiento insospechado de ratas y ratones..., y la solución consistió en echar en paracaídas el tradicional enemigo del ratón: los gatos. ¿Tendremos que volver a nuestro viejo sistema después de un ensayo experimental cibernético?

Estimo que con vistas a generaciones sucesivas no podemos, como decía GONZÁLEZ-HABA no hace mucho, sustraernos al progreso, pues cada vez resulta más chocante la actitud de los que ignoran los cambios profundos y se mantienen encastillados en viejos modos, en periclitadas fórmulas de actuación, como si a su alrededor el mundo permaneciera dulcemente estático y definitivamente detenido. Por mucho que queramos situarnos en posición «estática», el avance aconseja abrir las puertas a la máquina..., pero con condiciones. Nuestro momento no es tan apremiante. Nos ha pasado únicamente lo que le sucedió a uno de nuestros ilustres dramaturgos. A él se acercó en cierta ocasión un joven osado, que le preguntó indiscretamente cómo había comenzado a sentir sus invertidas inclinaciones sexuales, y nuestro gran genio le tuvo que responder: «¡Igual que tú, muchacho; preguntando!» Hemos preguntado al progreso y preveo que nos vamos a quedar con la máquina...

Lo interesante es aceptar el sistema condicionándolo. Entre las condiciones que hay que exigir es la de salvar del ordenador el principio de calificación. De entre todos los ataques que al mismo se dirigen, el más serio es el del ordenador, no sólo en su actual configuración, sino en sus posibles mejoras de años venideros. Vemos en forma esquemática el presente y el futuro del ordenador en orden a la posibilidad de conquista del llamado principio de calificación o legalidad.

La facilidad de que el ordenador bien programado absorba la facultad calificadora se la puede ofrecer el legislador al limitar la función registral a la de un simple archivador o el de un instrumento comprobador de meras formalidades extrínsecas del documento. No debemos olvidar que el computador—según dicen HOLLINGDALE y TOOTILL—sólo puede hacer esencialmente dos cosas: ejecutar secuencias de operaciones fundamentales muy simples, como transcribir y sumar, y optar entre secuencias alternativas cuando se ha previsto esta posibilidad.

Si partimos de una calificación amplia en la que el Registrador demuestra una gran formación jurídica y en la que, en última instancia, el resultado de su intervención está única y exclusivamente basado en su poder de decisión, el ordenador no puede llegar por ahora a la realización de esa función. Y quede bien claro que no sólo nos referimos al ordenador o computador digital, sino también al analógico, al simultáneo y al secuencial. La máquina en este punto es siempre estúpida.

Una de las aristas—y la doy este nombre por la dificultad que ella encierra—en las que funciona el poder calificador es en la selección de lo que es real y lo que es personal, como acertadamente apuntó GONZÁLEZ PALOMINO, para sólo dejar paso a lo que tenga *trascendencia real* y *excluir todo lo que sea personal u obligatorio*. Hemos apuntado cómo en el momento actual aún no se ha puesto de acuerdo la doctrina en la selección de criterios o notas diferenciales para llegar a esas purezas. Solamente volviendo al método dogmático de inversión pandectista y partiendo de unas premisas fijas daríamos a la máquina la posibilidad de distinguir entre lo real de lo obligatorio. La máquina puede comparar los datos que se le suministren; elaborarlos según grupos, categorías, tipos, y sacar la conclusión. Cuenta YELENA SAPARINA, en un ensayo muy ameno, cómo el futuro de la medicina—en cuanto al diagnóstico se refiere—se apoya en las máquinas de diagnóstico, y a este respecto relata el caso del eminente especialista francés en cibernética FRANÇOIS PAYCHA, el cual propuso la competencia entre una máquina y un hombre. Informó a la computadora con ochocientos síntomas de diversas enfermedades de la córnea, junto con la más detallada información acerca de la condición del paciente. Los diagnósticos de hombre y máquina eran esencialmente iguales; lo que sucede es que la máquina detectó cuatro en-

fermedades más, todas de tipo poco frecuente. El ejemplo puede ser muy aleccionador.

La validez o nulidad del acto generador del Derecho, que trata de reflejarse en el Registro, es otro de los puntos claves en los que se apoya la dificultad de la calificación. Este es otro punto que forzosamente se le escapa a la máquina. GARCÍA DE ENTERRÍA, en el prólogo a la obra de THEODOR VIEHWEG, destaca cómo se ha superado la convencional distinción entre jurisprudencia de conceptos y jurisprudencia de intereses... para postular una jurisprudencia de problemas o, lo que es lo mismo, que la ciencia jurídica ha sido siempre, es y no puede dejar de ser una ciencia de problemas singulares, jamás reducible—frente a ingenuos intentos, siempre fallidos—al esquema mental axiomático-deductivo expresado en las matemáticas. ¿Cómo es posible—pregunto yo—que a una máquina podamos suministrarle la suficiente información de «*todos*» los problemas que la ciencia del Derecho encierra? Si esto hubiese sido posible, los códigos habrían previsto todos los casos que en la vida—y el Derecho es para la vida—podían plantearse. ¿No quedamos en que existen lagunas del Derecho? ¿No utilizamos el procedimiento analógico, los sistemas de investigación correctora e integradora del Derecho ante la limitación de previsión legislativa? Si a la máquina no le podemos dar el cuadro completo de casos en los que estamos ante un acto nulo y ante un acto válido, es imposible que la misma resuelva este problema.

El tercer punto de la calificación es el de la capacidad de las personas que entran en acto para darle vida. Partiendo de la distinción entre capacidad y legitimación, materia esta última también sujeta a la calificación, ya se complica más la información que a la máquina puede brindársele, pues si la capacidad es uno de los presupuestos o causas que dan lugar a la legitimación habría que agotar todos los casos en los que una persona se encuentra facultada para la realización del acto; pero también llegaríamos a tropezar con la misma dificultad anteriormente señalada, pues es imposible prever todos los casos que pueden surgir en la realidad jurídica. Si bien la capacidad y las incapacidades están perfectamente determinadas por la Ley, ellas deben ser relacionadas con cada uno de los actos que pretenden su ingreso registral, lo cual, ante la variedad de supuestos, nos lleva a las mismas conclusiones.

La legalidad de las formas extrínsecas del documento. La observancia del cumplimiento de la Ley, por muy amplia que ésta sea, y los obstáculos que surjan del Registro son materias que caben ser manejadas por un hábil programa informativo y dejar que el ordenador ofrezca la solución. Las dificultades en estos casos serán de inventario, compilación, codificación y programación.

Por último, queda un punto referido a la calificación del Registrador español. La frase es muy conocida. La dijo don JERÓNIMO GONZÁLEZ, basándose en aquella otra que dijera el hipotecarista alemán ARNHEIM en sus comentarios a la ordenanza alemana del Registro, el cual negaba la condición de función administrativa a la calificadora del Registrador, por ser su cargo un *nobile officium*. Pues bien, don JERÓNIMO agregaba el «*carácter patriarcal*» con el que se desempeña la función, en cuanto advierte a los interesados de los defectos que a su petición se oponen y hasta les aconseja el modo de subsanarlos. Se me hace muy cuesta arriba pensar en el *nobile officium* realizado por la máquina y, sobre todo, en ese carácter patriarcal que rodea a la función, pues no debemos olvidar, como apuntó LEGAZ LACAMBRA, que por encima de lo que técnicamente se pueda hacer, está lo que moralmente se deba o no hacer...

Casi todos los técnicos y los autores que se han ocupado del examen y funcionamiento del ordenador electrónico se han hecho la misma pregunta y han partido de la misma solución. La pregunta o preguntas pueden resumirse de esta forma: ¿Serán las máquinas alguna vez tan inteligentes como para aprender a pensar? ¿El pensamiento de las máquinas es semejante al pensamiento humano? ¿Puede decidir un ordenador? O más concretamente, ¿se puede encomendar a un ordenador la adopción de decisiones?

Y la respuesta, que se acepta con cierto miedo, puede sintetizarse, siguiendo a LÓPEZ-MUÑIZ GOÑI: «No se entienda que el tratamiento por ordenador de la jurisprudencia vaya a suponer la sustitución del hombre por la máquina; al revés, lejos de mecanizar el Derecho, una documentación más elaborada, lo más completa posible, es la mejor garantía de una aplicación eficaz de la norma jurídica. Libre de servidumbres ingratas, el hombre podrá dedicarse a su verdadera vocación y podrá consagrarse a las operaciones que sólo el cerebro humano es capaz de realizar.»

YELENA SAPARINA, esa periodista rusa que antes citábamos, en sus sucesivas entrevistas hechas a las primeras figuras de la cibernética mundial, a las que formuló la pregunta, no recogió una respuesta concluyente. En esta publicación de divulgación puede leerse en el prólogo, que firma ALEXANDER BERG, académico de Ciencias de la URSS, que: «Naturalmente, surge la cuestión de si es posible imitar el cerebro electrónicamente, al menos, en parte. Una de las ramas más recientes de la cibernética, la 'biónica', se ocupa del desarrollo de equivalentes electrónicos de la neurona y de su utilización en máquinas computadoras. Las perspectivas de esta nueva disciplina científica son en verdad excitantes.»

HOLLINGDALE y TOOTILL, esos dos graduados en Cambridge ya tan-

tas veces citados, dicen que los computadores electrónicos son todavía muy recientes y estamos empezando a aprender la forma de utilizarlos con eficacia. Lo que hasta ahora hemos hecho y, por tanto, nos impresiona puede parecer a nuestros nietos balbuciente, torpe y sin importancia. Actualmente se realizan trabajos con máquinas capaces de interpretar el lenguaje, la escritura (escrita o impresa en una misma clase de documentos, siendo muy difícil la lectura de la escritura manual), las imágenes visuales e incluso de formular conceptos.

Se añade que los computadores del futuro podrán llegar a pensar o, por lo menos, una imitación sorprendente del pensamiento, y que lleguen a un mínimo de interpretación. No se puede negar a los computadores del futuro, con mayor capacidad de memoria, mayor flexibilidad y mayor velocidad, la posibilidad de que lleguen a pensar. El cerebro humano es intensamente complejo, quizá tan complejo como diez mil computadores actuales combinados. En el futuro, si este grado de complejidad se consigue con un solo computador, quizá se pueda averiguar si puede competir con el poder del pensamiento del cerebro humano.

JUAN JOSÉ SCALA ESTALELLA, al plantearse el problema de la decisión, termina su trabajo con estas inquietantes palabras: «Decidir, etimológicamente, significa cortar, cortar separado, de tal manera que en toda decisión hay una renuncia, o mejor, muchas renunciaciones. Es siempre mayor el número de las posibilidades que se dejan que las que se adoptan. La dicotomía es más teórica que real. Y el acto de renunciar es operación de la voluntad, no de la inteligencia. Se ha dicho que la voluntad es como un señor al que precede su criado alumbrándole el camino: este criado es la inteligencia. No parece que sea malo para el señor el que su criado pueda ser cada día portador de más potentes luces, que le permitan contemplar a mayor distancia el camino que prepara a su señor. Pero cuando un criado bien adiestrado y fiel servidor conoce perfectamente adónde se dirige y de qué caminos gusta su señor, quien decide es el servidor. No hay, pues, que escandalizarse cuando se dice que en tal o cual asunto un computador electrónico dicta lo que se ha de hacer. El único punto débil es que se presente lo no previsto y para resolver pueden existir unos criterios de analogía o quedar pendiente la máquina de un nuevo criterio, que en el futuro aplicará a casos semejantes. Las máquinas pueden adquirir experiencia, entendiendo en este caso por experiencia el recuerdo de decisiones superiores, como pueda hacerlo una colección ordenada de jurisprudencia... La era actual la podemos resumir en que dispusimos de unas máquinas que tuvieron más memoria que nosotros, que pensaron más rápidamente que nosotros, pero que lo hicieron como nosotros. La era futura puede ser, y asistimos a su nacimiento, la de unas máquinas que crearon una nueva forma de pensar.

No puede olvidarse que el funcionamiento eléctrico de la neurona no es un secreto y se han construido circuitos equivalentes. El problema está en el número de ellas, pero el número de ellas de que el hombre dispone es limitado y, contra lo que antes se decía, el saber ocupa lugar. Si un computador llega a disponer de más lugar, la consecuencia es fácil de inferir.»

Podríamos seguir citando opiniones y predicciones para el futuro, pero ello alargaría considerablemente estas notas, que no son más que un ensayo ligero de dificultades y posibilidades de la máquina frente a nuestra función. Frente a esta angustiosa situación que parece deducirse de las opiniones citadas queda el gran respiro de un elemento fundamental que la máquina necesita: el programador. Los autores ingleses que antes hemos citado se hacen eco del problema. Programar el computador o el supercomputador es siempre necesario. Las limitaciones del hombre que haya programado pondrán siempre un límite a la inteligencia que se pueda simular por la máquina, y hace falta siempre mayor inteligencia para disponer que para ejecutar. El hombre, como creador, estará siempre en la cúspide.

Pero por el sí o por el no, debemos estar prevenidos. A mayor amplitud de función calificadora, mayores dificultades crearemos para que el ordenador nos suplante o, por lo menos, nos convierta de Registradores en programadores. Abandonar nuestra condición de juristas es claudicar frente a la tecnocracia, es retroceder, ceder posiciones, cuando la esencia de nuestra función es luchar para que el Derecho prevalezca.

A la vista del panorama que os presento es claro predecir que todo posible *coqueteo* lícito o ilícito con la máquina es peligroso. No es necesario que os recuerde nuestro lema *prior tempore potior iure*, ya que lo tenéis siempre presente, pero hace falta que no lo olvidemos y sepamos llegar antes que la máquina para alegar nuestro derecho.

IV. CONCLUSIONES

- 1.^a La calificación es requisito previo e inexcusable, que justifica la amplitud de efectos del principio de publicidad. Tiene caracteres judiciales, administrativos y voluntarios, pero no cabe encuadrarla dentro de ninguno de ellos, pudiendo hablarse de una jurisdicción especial, registral o hipotecaria, con caracteres propios.
- 2.^a Lo que el legislador persigue al confiar esta función a órganos

distintos de los que intervienen en la formación del documento es el contraste de pareceres, que asegura únicamente el acceso de los actos válidos a los libros registrales. De ahí que la calificación deba comprender los actos notariales, los judiciales, los administrativos y los privados. El efecto fundamental de la decisión registral está en la gran protección que al Derecho se le brinda, logrando su plenitud con efectos frente a todos.

- 3.^a Del conjunto de sistemas que sobre la función calificadora existen se deduce la importancia que en cada uno de ellos tiene, pudiéndose exigir una formación jurídica sólida, una normal o renunciar a la misma por parte de quien la ejerce. Es decisivo no retroceder legislativamente en este punto, ya que al ir despojando de funciones jurídicas al Registrador desembocaríamos en la figura de un tecnócrata.
- 4.^a Las grandes dificultades de la clasificación registral pueden ir superándose a base de una mayor preparación del funcionario y de medios auxiliares mecánicos o electrónicos.
- 5.^a *La calificación ejercida en su forma plena es imposible actualmente que sea sustituida por el funcionamiento de la máquina. La distinción entre lo real y lo obligacional, la penetración en el campo de la validez del acto jurídico, la capacidad de los otorgantes y el sentido moral y patriarcal de la función son serios motivos que rechazan la máquina.*

No obstante, los avances que progresivamente va logrando el cerebro electrónico deben ser tenidos muy en cuenta y no dar facilidades que permitan la implantación total de la máquina y la conversión del funcionario encargado del Registro en un diplomado en informática o en un técnico programador.

JOSÉ MARÍA CHICO ORTIZ
Registrador de la Propiedad

NOTAS BIBLIOGRAFICAS

- BOUILÍN ZAPATA (Abel): *El procedimiento registral regulado en la Ley 17.801*. Curso de Derecho Registral Inmobiliario. Buenos Aires, 1971.
- CABANILLAS GALLAS (Pío): *El futuro Derecho Registral*. Primer Congreso de Derecho Registral. Madrid, 1961.
- CASSO Y ROMERO (Ignacio): *Derecho hipotecario o del Registro de la Propiedad*. Madrid, 1951.
- CASTRO Y BRAVO (Federico de): *Derecho Civil de España*. Madrid, 1949.
- COSSÍO Y CORRAL (A.): *Instituciones de Derecho Hipotecario*. Barcelona, 1956.
- DÍAZ (Guillermo A.): *La Ley 17.801*. Curso de Derecho Registral Inmobiliario. Buenos Aires, 1971.

- ESCOBAR FORNOS (Iván): *Sistemas registrales y Derecho Inmobiliario Registral*, Rev. "Encuentro", octubre-diciembre 1970. Nicaragua. *Informe de la misión de estudios de los Registros inmobiliarios y Catastros de algunos países americanos*, Managua, 1972. Primer simposio sobre registro público de la propiedad inmueble y catastro. Facultad de Ciencia Jurídicas y Sociales, 1968.
- GALLARDO RUEDA (Arturo): *Derecho Civil y Derecho Hipotecario*. Información Jurídica. Madrid, 1950.
- GARCÍA DE ENTERRÍA (Eduardo): Prólogo a la obra *Tópica y Jurisprudencia de T. Viehweg*. Taurus. Madrid, 1964.
- GONZÁLEZ-HABA (D. Jerónimo): *Estudios de Derecho Hipotecario y Derecho Civil*. Madrid, 1948.
- GONZÁLEZ PALOMINO (José): *La liberación de cargas y la nueva Ley Hipotecaria* (R. Gral L. y J., 1945).
- GONZÁLEZ PÉREZ (Jesús): *La impugnación de los actos registrales* ("R. C. D. I.", 1955) y *El procedimiento administrativo*. Madrid, 1964.
- HERVÁS CUARTERO (Enrique): *Realidad actual de la informática, repercusiones sobre el individuo y la Administración pública*, "Documentación Administrativa", núm. 145, enero-febrero 1972.
- HOLLINGDALE (Stuart) y TOOTILL (Geoffrey): *Computadores electrónicos*. Editorial Alianza, 1967.
- LACRUZ BERDEJO (José Luis): *Lecciones de Derecho Inmobiliario Registral*, Zaragoza, 1957, y *Jurisdicción y Administración en el Registro de la Propiedad* (Primer Congreso Registral, 1961).
- LA RICA (R.): *Comentarios al nuevo Reglamento Hipotecario*, 1949.
- LEGAS LACAMBRA: "Cibernética y Derecho". Conferencia en la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas, febrero 1972.
- LÓPEZ MEDEL (J.): *Teoría del Registro de la Propiedad como servicio público*. Madrid, 1959.
- LÓPEZ MUÑOZ GOÑI (Miguel): *El Derecho y la electrónica*, "Rev. de Derecho Judicial", Madrid, 1971.
- MOLINARIO (Alberto A.): *Del Derecho Registral y del Derecho Registral inmobiliario*. Curso de Derecho Registral Inmobiliario. Buenos Aires, 1971.
- MORELL Y TERRY (J.): *Comentarios a la legislación hipotecaria*. Madrid, 1925.
- NÚÑEZ LAGOS (R.): *El Registro de la Propiedad español* ("R. C. D. I.", 1949).
- PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS (M.): *El sistema registral francés* ("R. C. D. I.", 1963).
- PÉREZ LASALA (J. L.): *Derecho Inmobiliario registral*. Buenos Aires, 1965.
- PÉREZ LUÑO (E.): *Razonamiento jurídico y razonamiento cibernético*. Seminario del Instituto Nacional de Estudios Jurídicos, 1972.
- PIEPER (Josef): *Justicia y Fortaleza*. Rialp, 1968.
- PUBLICACIONES DEL CENTENARIO DE LA LEY HIPOTECARIA DE 1861: *El Registro de la Propiedad en los sistemas latinos*. Colegio Nacional de Registradores, 1967.
- ROCA SASTRE (R. M.^a): *Derecho Hipotecario*. Barcelona, 1955.
- SÁENZ DÍEZ: *La civilización del desperdicio*. Edit. Dopesa, 1971.
- SANZ FERNÁNDEZ (A.): *Instituciones de Derecho Hipotecario*. Madrid, 1945, 53 páginas.
- SCALA ESTALELLA (Juan José): *La investigación operativa y la informática en la elaboración de decisiones*, "Documentación Administrativa", mayo-junio 1972.
- SCOTTI (Eduardo Augusto): *Visualización del Registro de la Propiedad organizado por la Ley 17.417*. Curso de Derecho Registral Inmobiliario. Buenos Aires, 1971.
- VALLET DE GOYTISOLO (J.): *Ideología, praxis y mito de la tecnocracia*. Madrid, 1971.
- YELENA SAPARINA: *El hombre, animal cibernético*. Biblioteca Universal Planeta, 1972.

La nacionalidad de la mujer casada ^(*)

SUMARIO (1): *Introducción*: I. *Derecho Comparado*: A) Sistemas de unidad de nacionalidad. B) Sistemas basados en el principio de dualidad de nacionalidades. C) Sistemas mixtos. D) Sistemas que tienen en cuenta la voluntad de la mujer.—II. *Soluciones internacionales*: A) International Law Association. B) Institut de Droit International. C) La Sociedad de las Naciones y la Convención de La Haya de 1930. D) Convenios de Montevideo. E) O. N. U.—III. *Legislación española*.—IV. *Conclusiones*.

INTRODUCCION

El tema de esta conferencia-coloquio puede calificarse de moderno y actual.

Apenas planteado y discutido antes de la primera guerra mundial, lleva desde su conclusión ocupando un plano destacado. Medio siglo en que el problema está a la orden del día. La nacionalidad de la mujer casada en los últimos cincuenta años ha sido objeto de leyes especiales o de disposiciones concretas insertas en leyes sobre la nacionalidad en general y, además, ha sido abordada en el orden internacional no sólo en el seno de organismos científicos, como la International Law Association o el Institut de Droit International, sino también por centros oficiales de codificación internacional, como la Sociedad de las Naciones, la Unión Panamericana y la ONU, lo cual prueba que la nacionalidad de la mujer casada tiene no sólo importancia teórica, sino también eminentemente práctica.

Es difícil encerrar en el escaso tiempo de que disponemos toda la

(*) Texto íntegro de la conferencia pronunciada el 23 de marzo de 1973, en el Ilustre Colegio de Abogados de Madrid, dentro del ciclo organizado por la Asociación Española de Mujeres Juristas, sobre el tema general "Necesidad de reforma del Derecho Civil que afecta a la familia."

magnitud del problema; por ello, ante la imposibilidad de agotar el tema, me gustaría que meditásemos sobre su devenir histórico.

Para ello quiero adelantar la conclusión a que he llegado. Hace un siglo que el tema se discute. La mujer ha ido progresivamente triunfando en diversas ramas del Derecho civil, mercantil, administrativo, laboral, político y constitucional.

Faltaba el Derecho internacional privado y yo espero demostrarles que también en esta disciplina la mujer ha salido victoriosa no sólo en los dominios de la jurisprudencia y de la práctica, de las leyes y los tratados, sino también desde el punto de vista científico.

Para terminar estas palabras de introducción resta decir que la exposición del tema se concretará a los efectos del matrimonio sobre la nacionalidad de la mujer, bien entendido que, por regla general, puede afirmarse que el problema es idéntico cuando se produce constante matrimonio, un cambio de nacionalidad en el marido, que en algunos casos afecta también a la mujer.

La total exposición comprende, a grandes trazos, cuatro partes: la regulación del Derecho comparado, las Convenciones Internacionales, el Derecho español y las conclusiones.

I. DERECHO COMPARADO

Las legislaciones de los diversos países pueden clasificarse en cuatro grandes grupos.

Dos grupos antagónicos, según consagren la unidad de nacionalidad de los esposos (con predominio de la del marido sobre la mujer, que pierde la suya originaria por el matrimonio) o la independencia de la nacionalidad de la mujer casada. Un tercer grupo de compromiso o mixto entre los dos extremos radicales, y un cuarto grupo, que hace entrar en juego la voluntad de la mujer.

A) *Sistemas de unidad de nacionalidad*

Con muy raras excepciones este sistema fue el predominante en todos los países del mundo durante el siglo XIX y hasta la primera guerra mundial.

Cuando la nacionalidad empezó a ser objeto de reglamentación minuciosa después de la Revolución francesa, una norma que parecía inmovible fue la de que la mujer perdiese su nacionalidad para seguir la del marido. Era quizá una consecuencia impuesta por el sentido patriarcal de la familia, herencia del Derecho romano, que pasa al Código napoleónico y a todos los que en él se nutrieron.

Se resistieron, al principio, a este sistema de unidad los países anglo-

sajones, pero acabaron rindiéndose al mismo en la segunda mitad del siglo XIX para cambiar después.

Inglaterra concede la nacionalidad inglesa a las extranjeras casadas con ingleses, por la Aliens Act de 1844, y sanciona con pérdida de la nacionalidad a las inglesas que casen con extranjeros, por la Naturalization Act de 1870.

Estados Unidos, por Ley de 10 de febrero de 1855, concede la nacionalidad americana a las extranjeras que casan con sus nacionales, siempre que reúnan las condiciones legales para su naturalización, y por otra Ley de 2 de marzo de 1907, desnacionaliza a las americanas que casan con extranjeros.

Al acabar la primera guerra mundial empiezan, como veremos en los apartados siguientes, las deserciones, hasta tal punto que hoy los países que consagran el sistema puro de unidad de nacionalidad es ciertamente minoritario.

A título de ejemplo podemos citar el Código civil boliviano de 28 de octubre de 1830, en cuyos artículos 8 y 11 se establece, sin excepción, que la mujer casada sigue la nacionalidad del marido.

B) *Sistemas basados en el principio de dualidad de nacionalidades*

Antes de la primera guerra mundial ninguna legislación seguía este sistema en toda su pureza.

El artículo 48 del *Código civil* servio de 1844 apuntó un principio de reciprocidad al disponer que la mujer no perdía la nacionalidad siempre que la Ley del marido dispusiese lo mismo; supuesto práctico irrealizable en aquellos tiempos, en que, como queda dicho, predominaban los sistemas unitarios. Y la Ley ecuatoriana de 23 de agosto de 1892 limitaba la conservación o pérdida de la nacionalidad de la mujer al hecho del domicilio en territorio ecuatoriano.

No obstante la falta de leyes, la práctica administrativa y la jurisprudencia de *Argentina*, *Brasil* y *Chile* admitían, y admiten aún, que el matrimonio no influye sobre la nacionalidad de la mujer casada. A este respecto hay que destacar la respuesta que el Gobierno chileno hizo el 20 de agosto de 1882 a un cuestionario del Gobierno italiano redactado por MANCINI: «Conviene, no obstante, destacar que nuestra Constitución no atribuye al matrimonio efecto alguno sobre la nacionalidad de un chileno. La mujer chilena casada con un extranjero continúa siendo chilena, y esta cualidad le permite transmitir a sus hijos la nacionalidad chilena, aunque nazcan en territorio extranjero, siempre que más tarde habiten en Chile. En consecuencia, siendo la nacionalidad una cualidad inherente a la persona, es lógico concluir que la pérdida de la naciona-

lidad debe ser considerada como un hecho aislado, que sólo afecta al individuo que la sufre y sin relación trascendente con la nacionalidad de su mujer y de sus hijos.»

Rusia fue el primer país que por vía legislativa declaró la independencia absoluta de los esposos en materia de nacionalidad. Así lo promulga el Código de Familia de 1918, en su artículo 103, y reiteran después la Ley federal sobre la nacionalidad de 29 de octubre de 1924, la Ley de 13 de junio de 1930 y la de 22 de abril de 1931, entre otras.

En *Estados Unidos*, las organizaciones feministas contribuyeron a que se adoptara el principio de independencia de nacionalidad entre los esposos por los dos partidos políticos americanos antes de las elecciones presidenciales de 1920, lo que, superando las leyes antes citadas de 1855 y 1907, facilitó la legalización de este principio por la «Cable Act» de 22 de septiembre de 1922, revisada y reforzada por leyes de 3 de julio de 1930, 3 de marzo de 1931 y 24 de mayo de 1934, entre otras. Al igual que el Derecho soviético, la legislación americana prevé un procedimiento simplificado de naturalización en favor de las personas de nacionalidad extranjera que casan con americanos.

La *Ley yugoslava* de 1 de julio de 1946 declara que el matrimonio no influye sobre la nacionalidad.

En *Bulgaria*, el artículo 4 de la Ley sobre la nacionalidad de 19 de marzo de 1948 establece que el matrimonio no impone ningún cambio de nacionalidad.

Inglaterra, que ya había abandonado el sistema de unidad por la Status of Aliens Act de 1914, la British Nationality Act de 1918 y la British Nationality Act de 1933, sustituyéndolo por un sistema mixto de compromiso, que hacía inglesa a la extranjera casada con inglés y sólo desnacionalizaba a la inglesa casada con extranjero que adquiriese la nacionalidad de éste según sus leyes, se inclina decididamente por el sistema de la nacionalidad independiente en la British Nationality Act de 1948 y en la British Nationality Act de 1965, en las cuales vuelve al primitivo sistema del Common Law, al establecer que las extranjeras casadas con ingleses no adquieren la nacionalidad inglesa, ni pierden ésta las inglesas casadas con extranjeros.

El artículo 5 de la *Ley polaca* de 8 de enero de 1951 no reconoce al matrimonio ninguna influencia sobre la nacionalidad.

En *Rumania*, la Ley de 24 de enero de 1951 declara en su artículo 4 que la nacionalidad rumana no podrá ser adquirida ni perdida por el matrimonio.

En *Hungría*, la Ley V de 1957 consagra la supremacía del principio de igualdad entre el hombre y la mujer sobre el de la unidad familiar. Por regla general, la mujer conserva, en todo caso, la nacionalidad de

origen, si bien con amplias posibilidades y facilidades para la naturalización.

C) *Sistemas mixtos*

Son bastante numerosos y, a su vez, pueden ser reagrupados en varios subgrupos, tales los que a título de ejemplo y para simplificar enumeramos a continuación:

1. La *Ley turca* de 12 de junio de 1928, quizá para aumentar el número de nacionales turcos, sigue los dos sistemas opuestos, de forma que mantiene a la mujer turca su nacionalidad aunque case con extranjero, y concede a la mujer extranjera que casa con turco la nacionalidad de éste.

2. Los países escandinavos: *Suecia* (Ley de 23 de mayo de 1924), *Noruega* (Ley de 8 de agosto de 1924), *Dinamarca* (Ley de 18 de abril de 1925), *Islandia* (Ley de 6 de octubre de 1919) y *Finlandia* (Constitución de 17 de julio de 1919), disponen, sin ninguna excepción, que las extranjeras que casan con sus nacionales adquieren la respectiva nacionalidad del marido, mientras que hacen depender la desnacionalización de sus mujeres (suecas, noruegas, danesas, islandesas y finlandesas) del hecho de que se domicilien en el país del marido extranjero.

3. *México* ofrece una solución parecida, pero inversa. La Ley de 20 de enero de 1934 dispone, sin excepciones, que las mexicanas no pierden su nacionalidad por el hecho de su matrimonio con un extranjero, y que las extranjeras que casan con mexicanos sólo adquieren la nacionalidad de éstos si se domicilian en México.

4. En algunos países, la extranjera que casa con nacional adquiere siempre la nacionalidad de éste, mientras que la nacional que casa con extranjero sólo pierde su nacionalidad si adquiere la del marido conforme a las leyes de éste. Durante algún tiempo estuvo vigente este sistema en *Bulgaria* (31 de diciembre de 1903), *Egipto* (27 de febrero de 1929), *Gran Bretaña* (1914), *Grecia* (29 de octubre de 1856), *Polonia* (20 de enero de 1920), *Suiza* (Constitución de 20 de mayo de 1874) y *Hungría* (20 de marzo de 1948). Pero estos países han abandonado actualmente este sistema, como hemos visto o veremos en diferentes apartados.

En *Italia*, las condiciones de adquisición y pérdida de la nacionalidad italiana están reguladas por la Ley de 13 de junio de 1912, modificada en 31 de enero de 1926 y 1 de diciembre de 1934, en idéntico sentido al antes dicho, si bien existe un proyecto de Ley de 1960, en que condiciona la pérdida de la nacionalidad italiana a la mujer que ostentándola case

con extranjero sólo al supuesto de que no declare su voluntad de conservarla dentro del año siguiente a su matrimonio.

D) *Sistemas que tienen en cuenta la voluntad de la mujer*

Hasta aquí hemos visto una serie de sistemas que someten el cambio de nacionalidad de la mujer a condiciones extrañas a su propia voluntad. Vamos a examinar ahora legislaciones que de un modo u otro, más o menos ampliamente, conceden facultad a la mujer para que sea ella quien decida sobre el cambio de su nacionalidad.

1. Algunos países conceden siempre su nacionalidad a la extranjera que casa con un nacional suyo, mientras que reconocen a sus mujeres la posibilidad de conservar su nacionalidad cuando casan con extranjeros.

En este sentido se expresaba la *Ley rumana* de 23 de febrero de 1924, hoy modificada. Como también el Código civil de *Albania* de 1 de abril de 1929, la *Ley australiana* de 1 de diciembre de 1936 y la Canadian Naturalization Act del *Canadá* de 1931, que hay que considerar superadas por haber suscrito estos países la Convención sobre la nacionalidad de la mujer casada de 29 de enero de 1957 (resolución 1040 de la Asamblea General de la ONU).

2. La *Ley peruana* de 11 de junio de 1935 concedía la nacionalidad peruana a las extranjeras que casasen con sus nacionales, mientras que mantenía la nacionalidad originaria de las peruanas casadas con extranjeros, a menos que expresamente renunciases a ella.

3. La Constitución *cubana* de 11 de junio de 1935 concedía también la facultad de opción en sentido único: las cubanas casadas con extranjeros conservan siempre su nacionalidad, mientras que las extranjeras casadas con cubanos adquieren la nacionalidad de éstos sólo en el caso de que previamente no declaren su voluntad de conservar la nacionalidad anterior.

4. Algunas leyes parten del principio de unidad, pero conceden a la mujer la posibilidad de descartarlo optando por conservar su nacionalidad prematrimonial. En este sentido se expresó la *Ley yugoslava* de 28 de septiembre de 1928, hoy derogada.

La *Ley belga* sobre nacionalidad de 15 de mayo de 1922, modificada en 1926, 1927, 1932 y especialmente el 17 de marzo de 1964, concede a la mujer un plazo de seis meses para renunciar a la nacionalidad belga adquirida por matrimonio o conservar la belga perdida por el mismo.

También la *Ley luxemburguesa* de 23 de abril de 1934 concede la opción a la mujer extranjera siempre que la ejercite antes del matrimonio.

5. No faltan legislaciones que, no obstante adoptar el principio de nacionalidad independiente de los esposos, confieren opción a la mujer para seguir la nacionalidad del marido.

El artículo 151 del Código civil de *Guatemala* de 1926 dispuso que la mujer no pierde su nacionalidad por el matrimonio, a menos que expresamente manifieste su voluntad de adquirir la del marido.

La *Ley irlandesa* de 10 de abril de 1935 se caracteriza por una serie de restricciones aplicables casi idénticamente a ambos esposos: toda persona irlandesa que case con otra extranjera pierde su nacionalidad si establece su domicilio en el extranjero o adquiere la nacionalidad de su cónyuge, a menos que en el plazo de un año siguiente a su matrimonio manifieste su voluntad de conservar la nacionalidad irlandesa. En el caso inverso se conceden a los extranjeros grandes facilidades para optar a la nacionalidad irlandesa.

6. Por último, existen legislaciones que, a diferencia de las anteriores, no son discriminatorias en cuanto a la opción de la mujer, ya que no sólo la conceden a sus nacionales, sino a las extranjeras.

En *Francia*, el Código de la Nacionalidad, inserto en la Ordenanza de 19 de octubre de 1945, establece en el artículo 37 que, a reserva de otras disposiciones, la mujer extranjera que casa con un francés adquiere la nacionalidad francesa, a menos que, conforme regula el artículo 38, en el caso de que su Ley nacional le permita conservar su nacionalidad, ejercite la facultad que se le reconoce de declarar antes de la celebración del matrimonio que declina la nacionalidad francesa, y el artículo 94 dispone que la mujer francesa que casa con extranjero conserva su nacionalidad, a menos que expresamente la repudie antes de celebrar el matrimonio.

El artículo 5 de la *Ley checoslovaca* de 13 de julio de 1949 permite a la mujer casada conservar su nacionalidad mediante una opción expresa.

En *Suiza*, la Ley federal de 29 de septiembre de 1952 permite conservar la nacionalidad manifestándolo antes de celebrar el matrimonio.

En *Grecia*, el Decreto-Ley de 20 de septiembre de 1955, al promulgar el Código de la Nacionalidad, también permite a la mujer conservar su nacionalidad siempre que lo declare antes de la celebración del matrimonio (art. 16).

Por último, la *Ley egipcia* de 22 de junio de 1958 establece que la mujer extranjera que casa con egipcio no adquiere automáticamente la nacionalidad de su marido, aunque puede beneficiarse de esta cualidad después de informar al Ministerio del Interior de su voluntad y siempre que el matrimonio haya tenido dos años de duración. En el caso inverso, la mujer egipcia que casa con extranjero no pierde, en principio su nacionalidad, si bien puede adquirir la del marido manifestando su voluntad, antes o después del matrimonio, en declaración dirigida al Ministerio del Interior, al «Moudirieh» o al agente diplomático correspon-

diente, siempre que el matrimonio sea válido conforme a la Ley egipcia y así lo permita la legislación nacional del marido.

II. SOLUCIONES INTERNACIONALES

A poco que meditemos sobre la gran variedad de soluciones examinadas no cabe concluir sino que su consecuencia fatal será multiplicar los casos de apatridia o doble nacionalidad cuando se pongan en contacto sistemas no coincidentes.

Por ello parece conveniente analizar someramente los trabajos de instituciones científicas internacionales y de organismos supraestatales, tendentes precisamente a evitar tales conflictos, destacando *a priori* que la codificación internacional de las reglas sobre la nacionalidad de la mujer casada puede contraponerse en dos grandes tendencias: la Convención de La Haya de 1930, elaborada bajo los auspicios de la Sociedad de las Naciones, contiene soluciones técnicas que tienen por finalidad evitar los casos de apatridia de la mujer casada sin rozar los principios fundamentales de las legislaciones internas sobre la nacionalidad, mientras que los Convenios de Montevideo y la más reciente Convención de la ONU llegan a reglas de principio llamadas a ser las bases fundamentales de la legislación sobre la nacionalidad en los países que las adopten.

A) *International Law Association*

En la Conferencia de Buenos Aires de 1922, el francés LEGRAND propuso la adopción de esta regla: la mujer que casa con un hombre de nacionalidad extranjera conserva su propia nacionalidad, a menos que manifieste su voluntad de adquirir la del marido.

La Conferencia adoptó por unanimidad la resolución de reconocer como deseable la fijación por vía de tratado de las reglas sobre nacionalidad reservando, en lo posible, a la mujer el derecho de opción.

Un año después se celebró en Londres la siguiente Conferencia, que también abordó el tema, y de acuerdo con la propuesta de la International Women Suffrage Alliance se emitió un proyecto en la Conferencia de 1925.

Algunas recomendaciones fueron dirigidas a los legisladores de diferentes países, destacando las siguientes: la mujer nacional de un Estado participante de la Convención proyectada no debe perder su nacionalidad por el hecho de su matrimonio con un nacional de un Estado no contratante, sino a condición de adquirir la nacionalidad de su marido, y la mujer nacional de un Estado participante en la Convención adquiere

la nacionalidad del marido perteneciente a otro Estado contratante, pero conserva la suya propia cuando su Ley nacional así lo dispone o cuando manifiesta su voluntad de conservar esta nacionalidad.

B) *Institut de Droit International*

En la primera sesión del Instituto, celebrada en Ginebra en 1874, a instancias de MANCINI, se adoptó una conclusión negativa: la mujer adquiere por el matrimonio la nacionalidad del marido; pero ya a partir de la sesión de Venecia, celebrada en 1896, se admitió la posibilidad de que la mujer ejerciese cierta influencia sobre la elección de su nacionalidad en caso de naturalización del marido; si bien fue sólo en los trabajos preparatorios de la sesión de Lausana, en 1927, cuando se tuvo plena conciencia del problema de la nacionalidad de la mujer casada.

REUTERSKJOLD y GEMMA presentaron una ponencia en la que si bien partían aún del principio de unidad de la familia reconocían algunas excepciones, en el sentido de que el país de origen de la mujer podía reservar su nacionalidad si permanecía domiciliada en el mismo, y que el país del marido podía denegar la adquisición de nacionalidad a la mujer extranjera por el solo hecho de casarse, aunque fuera conveniente prever facilidades especiales de naturalización.

Se reanudaron los trabajos en Estocolmo un año después, votando el Instituto una resolución cuyos artículos 4 y 5 afectan a este tema, en el sentido de la ponencia, sin más modificación que admitir validez a la voluntad expresa de la mujer para continuar con su nacionalidad originaria. Y añadió un anexo conservador y moderador, en el que pedía a los Estados el respeto y mantenimiento de la unidad familiar en tanto lo permitiesen las circunstancias.

En la sesión de Cambridge, celebrada en 1931, JAMES BROW SCOTT ya propuso la creación de una comisión que estudiase la incorporación al Derecho internacional de un principio que consagrara la igualdad de sexos, cuyo principal efecto fuese impedir que la nacionalidad de la mujer se viese afectada por el matrimonio.

Los ponentes de esta comisión (BROWN SCOTT y LA PRADELLE) elaboraron un proyecto de resolución durante los trabajos preparatorios de la sesión de Oslo (1932), en el que ya se decía que el matrimonio no debe conferir a la mujer la nacionalidad del marido, aunque ésta pueda adquirirla voluntariamente durante el matrimonio, y lo mismo en caso inverso.

Expresada la opinión por los miembros de la comisión, LA PRADELLE elaboró un proyecto de resolución algo más moderado, llegando después de las discusiones a adoptarse una resolución en que el Instituto reco-

mendaba a los Estados inspirarse en su legislación sobre la nacionalidad en los dos módulos siguientes: 1) que la nacionalidad de uno de los esposos no pueda extenderse al otro contrariamente a su voluntad, y 2) que cuando los esposos tengan nacionalidades diferentes, cualquiera de ellos pueda adquirir la nacionalidad del otro lo más prontamente posible.

C) *La Sociedad de las Naciones y la Convención de La Haya de 1930*

Un comité de expertos, nombrado a instancias de una resolución adoptada por la Asamblea de la Sociedad de las Naciones el 22 de septiembre de 1924, decidió estudiar el conflicto de leyes sobre la nacionalidad, considerando como etapa más lejana el relativo a la nacionalidad de la mujer casada. El subcomité encargado de examinar estas cuestiones, cuyo ponente fue el jurista polaco RUNDSTEIN, llegó a redactar un artículo en el que decía: la mujer casada no pierde su nacionalidad de origen por el hecho de su matrimonio más que si al tiempo de contraerlo la legislación nacional del marido considera que ha adquirido la nacionalidad de éste.

El cuestionario del comité con el anteproyecto del jurista polaco fue sometido a los gobiernos, contestando la mayoría que el problema de la nacionalidad debía ser objeto de estudio inmediato, y otros (Bélgica, Cuba, España, Estonia y Grecia), que la regla sobre la nacionalidad de la mujer no correspondía a sus leyes internas.

Reconociendo la mayoría de gobiernos que la nacionalidad podía ser objeto de un convenio internacional, el Consejo de la Sociedad de las Naciones decidió el 13 de junio de 1927 transmitir las ponencias a la Asamblea, la cual planteó varios problemas, y entre ellos, el de la nacionalidad (punto XI), en el sentido de si la pérdida de nacionalidad decretada por la Ley nacional de la mujer debería subordinarse a la adquisición de la del marido. Recibidas las respuestas se adoptó como base de discusión la siguiente proposición: si la Ley nacional de la mujer le hace perder su nacionalidad por el matrimonio con un extranjero, este efecto se subordinará a la adquisición por ella de la nacionalidad de su marido.

En la Conferencia de La Haya de 1930 participaron delegados femeninos, y en la primera comisión se debatió el problema de la nacionalidad de la mujer casada en toda su extensión gracias a los discursos pronunciados por las representantes del Consejo Internacional de Mujeres y la Alianza Internacional para el sufragio y la acción cívica y política, y también por las enmiendas planteadas por varias delegaciones, en particular, la alemana y chilena.

Interesa destacar que ya en los años treinta la delegación de Chile

presentó esta proposición radical: las partes contratantes convienen que a partir de la entrada en vigor de esta Convención no existirá ninguna distinción por razón de sexo en las leyes y usos relativos a la nacionalidad.

No podemos detenernos en detallar todas las discusiones que facilitaron a los adeptos de tendencias opuestas la posibilidad de expresar sus puntos de vista. Sí cabe destacar que no prosperó la tendencia progresiva y sólo se llegó a una solución técnica del problema de la apatridia en sentido idéntico a la antes dicha base de discusión.

No obstante, aunque no se adoptase la proposición chilena, se hicieron dos recomendaciones muy interesantes: 1.^a, conservar el principio de igualdad de sexos en materia de nacionalidad, tomando particularmente en consideración el interés de los hijos, y 2.^a, que la nacionalidad de la mujer no se verá afectada por el matrimonio sin su consentimiento.

La Convención de 12 de abril de 1930 fue firmada en La Haya por treinta delegaciones, adhiriéndose luego otras nueve, y entró en vigor el 1 de julio de 1937, cuando fue ratificada por los primeros diez países: Brasil, Gran Bretaña, Canadá, India, China, Mónaco, Noruega, Suecia, Polonia y Países Bajos. Y antes de su vigencia algunos Estados armonizaron con ella sus legislaciones (Gran Bretaña en 1933, Luxemburgo en 1934, Suecia en 1933, Nueva Zelanda en 1935 e Irlanda en 1935).

Las organizaciones feministas no quedaron satisfechas con los resultados obtenidos en La Haya y así lo manifestaron en la primera Asamblea General de la Sociedad de las Naciones celebrada después de dicha Conferencia.

A petición de los representantes de Guatemala, Perú y Venezuela, el Consejo de la Sociedad de Naciones decidió, el 24 de enero de 1931, inscribir en el orden del día de la siguiente sesión de la Asamblea la continuación del estudio de la nacionalidad de la mujer, con el ruego al secretario de que presentase una ponencia, previa consulta a las organizaciones feministas interesadas, entre las que se mencionan el Consejo Internacional para las Mujeres, la Alianza Internacional para el Sufragio de las Mujeres, la Liga Internacional para la Paz y la Libertad, la Unión Mundial de Mujeres, la Federación Internacional de Mujeres Universitarias, la Unión Cristiana de Jóvenes, la Comisión Interamericana de Mujeres y la Internacional de Igualdad de Derechos.

El comité designado se declaró opuesto a la Convención de La Haya por la discriminación que establecía para hombres y mujeres, apoyando la proposición chilena presentada a la Conferencia en 1930, rogando a la Asamblea el examen inmediato de la Convención de La Haya y el logro de una nueva Conferencia basada en el principio de igualdad de sexos en materia de nacionalidad.

Sin embargo, veintitrés Estados presentaron sus observaciones y, salvo raras excepciones, reconocieron que los resultados de la Conferencia de 1930 representaban el óptimo resultado a que en aquellos momentos podía llegarse.

En 1933, el Gobierno chileno volvió nuevamente a plantear el problema de la nacionalidad de la mujer casada ante la Asamblea, pero su proposición no fue acogida favorablemente. En definitiva, la Convención de 1930 mejoró la condición jurídica de las mujeres casadas víctimas de la divergencia de leyes que las llevaba a la apatridia, pero no resolvió la gravedad del problema en su conjunto.

D) *Convenios de Montevideo*

Al contrario de lo sucedido en La Haya, la codificación emprendida por la Unión Panamericana afectó a la base misma del problema. La comisión de mujeres nombrada para el examen preparatorio de la séptima conferencia decidió estudiar, en primer lugar, la cuestión de la nacionalidad de la mujer, siendo abordado el tema en la de Montevideo de 1933, por las comisiones segunda y tercera, sobre la nacionalidad en general y la desigualdad de la mujer.

La Convención sobre nacionalidad establecía en el artículo 6 que ni el matrimonio ni su disolución afectan a la nacionalidad de los cónyuges o de los hijos, y fue firmada el 26 de diciembre de 1933 por Chile, República Dominicana, Ecuador, México, El Salvador, Uruguay y, más tarde, por Honduras.

En igual fecha firmaron la Convención sobre la nacionalidad de la mujer todos los Estados representados en la Conferencia con excepción de Venezuela y Costa Rica, conteniendo el artículo 1, que disponía: no se hará ninguna distinción entre los sexos, por lo que respecta a la nacionalidad, ni en la legislación ni en la aplicación de esta legislación.

El 21 de septiembre de 1934 algunas delegaciones dirigieron un escrito a la XV Asamblea de la Sociedad de las Naciones pidiendo que se sometiesen a la primera comisión los resultados de la Conferencia de Montevideo. Sin embargo, no dieron resultado los esfuerzos encaminados a que dicha Sociedad de las Naciones adoptase las soluciones de Montevideo.

E) *ONU*

Las tendencias favorables al principio de independencia culminan con la creación por la Organización de las Naciones Unidas de la comisión de la condición de la mujer, que desde su creación en 1947 trabaja para la resolución de los conflictos que surgen de la disparidad de legis-

laciones en esta materia, con una clara tendencia a la nacionalidad independiente de la mujer.

El colofón de toda esta evolución progresiva lo constituye la convención sobre la nacionalidad de la mujer casada, abierta a la firma y ratificación por la Asamblea General en su resolución 1040, de 29 de enero de 1957, que entró en vigor al depositarse el sexto instrumento de ratificación, el 11 de agosto de 1958.

Los Estados contratantes, reconociendo que surgen conflictos de ley y de práctica en materia de nacionalidad a causa de las disposiciones sobre la pérdida y adquisición de la nacionalidad de la mujer como resultado del matrimonio, de su disolución o del cambio de nacionalidad del marido durante el matrimonio, y que en el artículo 15 de la declaración universal de derechos humanos, la Asamblea General de las Naciones Unidas proclamó que toda persona tiene derecho a una nacionalidad y que a nadie se privará arbitrariamente de su nacionalidad ni del derecho a cambiar ésta, deseosos de cooperar con las Naciones Unidas para extender el respeto y las observancias universales de los derechos humanos y de las libertades fundamentales para todos sin distinción de sexo, convinieron la presente convención en doce artículos.

No podemos profundizar todo su contenido normativo, pero interesa destacar las siguientes disposiciones:

Los Estados contratantes convienen en que ni la celebración ni la disolución del matrimonio entre nacionales y extranjeros, ni el cambio de nacionalidad del marido durante el matrimonio, podrán afectar automáticamente a la nacionalidad de la mujer (art. 1).

Los Estados contratantes convienen en que el hecho de que uno de sus nacionales adquiera voluntariamente la nacionalidad del otro Estado o el del que renuncie a su nacionalidad no impedirá que la cónyuge conserve la nacionalidad que posee (art. 2).

Los Estados contratantes convienen en que una mujer extranjera casada con uno de sus nacionales podrá adquirir, si lo solicita, la nacionalidad del marido mediante un procedimiento especial de naturalización privilegiada, con sujeción a las limitaciones que puedan imponerse por razones de seguridad y de interés público, y que la presente Convención no podrá interpretarse en el sentido de que afecte a la legislación o a la práctica judicial que permitan a la mujer extranjera de uno de sus nacionales adquirir de pleno derecho, si lo solicita, la nacionalidad del marido (art. 3).

Y quizá el artículo clave para ratificaciones posteriores, el octavo, dispone que al momento de la firma los Estados podrán formular reservas a cualquier artículo excepto a los 1 y 2, antes citados.

Hasta el presente han ratificado esta Convención cuarenta y dos

países, de los cuales hay diez socialistas (Albania, Bulgaria, Checoslovaquia, Hungría, Polonia, Bielorrusia, Ucrania, Rumania, URSS y Yugoslavia), ocho americanos (Argentina, Canadá, Cuba, Ecuador, Guatemala, República Dominicana, Trinidad-Tobago y Brasil), catorce afroasiáticos (Ceilán, China, Dahomey, Ghana, Israel, Irán, Malasia, Mauritania, Nueva Zelanda, Tanzania, Túnez, Sierra Leona, Singapur y Uganda), cinco de la Commonwealth (Gran Bretaña, Australia, Irlanda, Chipre y Fidji). Los restantes países europeos que han ratificado son: Austria, Finlandia, Dinamarca, Noruega, Holanda y Grecia.

III. LEGISLACIÓN ESPAÑOLA

El Real Decreto de Extranjería de 1852 declaró extranjera a la mujer española casada con extranjero (arts. 1 y 5). La fórmula pasó al Código civil y su artículo 22, de modo más radical, determinaba, antes de la reforma de 1954, que «la mujer casada sigue la condición y nacionalidad de su marido». Precepto terminante que durante muchos años no planteó dudas ni excepciones.

El artículo 23 de la Constitución de 1931 declaró que la extranjera que case con español conservará su nacionalidad de origen o adquirirá la de su marido, previa opción regulada en las leyes de acuerdo con los tratados internacionales. Tales tratados no existían en 1931 ni llegaron a concertarse luego, lo que planteó la duda sobre la posibilidad de dicha opción y la nacionalidad de la mujer que no la hubiese ejercitado.

Por otra parte, el tenor literal del texto constitucional nada decía de la española que casase con extranjero. PÉREZ SERRANO observa que se hizo una aclaración por la comisión parlamentaria, cuya respuesta afirmativa y el asentimiento de la Cámara «hacen que esta interpretación auténtica venga a corregir lo defectuoso del texto aprobado, cuya generosidad sería indiscreta si cuidase de defender a los no nacionales con garantías que hubiera parecido más lógico y más justo otorgar a los hijos del país».

El Decreto de 24 de mayo de 1938 declaró que la condición y nacionalidad de la mujer casada se rige por el artículo 22 del Código civil, sin resolver qué interpretación del texto de la Constitución de 1931 debía aceptarse durante el tiempo de su vigencia, omisión que subsanó el Decreto de 9 de noviembre de 1939 al declarar que el artículo 22 del Código civil nunca había perdido su vigencia.

Precepto tan terminante como el del artículo 22 había de producir graves problemas. Se trataba de una regla general que no tenía en cuenta las legislaciones de Estados no coincidentes con ella. El legislador español puede excluir de la nacionalidad española a la extranjera que case con español, y sancionar con pérdida de su nacionalidad a la española que

case con extranjero, pero nunca atribuirle a ella la nacionalidad del respectivo extranjero. Extralimitación que fatalmente hacía apátridas a las españolas que casaban con maridos apátridas o con extranjeros cuyas legislaciones no concedían su nacionalidad a la mujer.

La sabia doctrina de la Dirección General de los Registros y del Notariado atenuó en buena parte el rigor excesivo de dicho artículo 22. No admitía ninguna excepción en cuanto a la adquisición de nuestra nacionalidad por las extranjeras casadas con españoles (resolución de 6 de julio de 1946). Pero sí en el supuesto inverso, declarando que no pierde la nacionalidad española la mujer que ostentándola casa con marido apátrida (resolución de 13 de agosto de 1931); que la española casada con extranjero conserva su nacionalidad si no adquirió la del marido (resolución de 26 de enero de 1948). En dos ocasiones ha seguido siendo española la mujer casada con francés o con chileno.

Se deduce de estas resoluciones que el principio general de que la mujer seguía la nacionalidad del marido podía quedar enervado cuando su efecto era llegar a la apatridia de la mujer, mientras que no se concedía importancia a una posible doble nacionalidad de la mujer extranjera casada con español.

El 15 de julio de 1954 se reformó el Código civil en sus artículos sobre nacionalidad, e inspirándose en estos criterios, el artículo 21 establece hoy, sin excepciones, que la extranjera que contraiga matrimonio con español adquiere la nacionalidad española, mientras que, conforme a la regla tercera del artículo 23, pierde la nacionalidad española la mujer que ostentándola case con extranjero sólo si adquiere la nacionalidad de su marido.

Antes de entrar en la última parte de mi conferencia me interesa destacar cuáles son en la práctica los efectos de esta legislación.

El Código civil español se propone y, evidentemente, lo consigue, evitar la apatridia de la mujer española que casa con extranjero apátrida o con extranjero cuya nacionalidad no se le comunica. Pero, por el contrario, quizá por no considerarla nociva, no hace nada por evitar la disparidad de nacionalidad entre los cónyuges.

Con los textos españoles y teniendo en cuenta las legislaciones extranjeras aludidas en Derecho comparado puede afirmarse sin error que el sistema de unidad de nacionalidad es casi un mito, puesto que sólo puede producirse frente a países que sigan el sistema de desnacionalizar a sus mujeres que casan con extranjeros o de nacionalizar a las extranjeras que casan con sus nacionales, legislaciones cuya tipología es hoy muy minoritaria.

Siendo así que la realidad es todo lo contrario, es decir, que la mayoría de países mantienen la independencia de nacionalidad de la mujer

casada, los artículos del Código español abocan en la mayoría de casos a una doble nacionalidad.

La mayoría de extranjeras que casan con españoles conservan, con arreglo a sus leyes personales, su nacionalidad de origen, aunque nosotros las hagamos españolas. Para nosotros este matrimonio tienen unidad de nacionalidad, pero para el país de la esposa, que hace caso omiso de la disposición española, la nacionalidad de los esposos es diferente.

En cuanto a las españolas que casan con extranjeros cuyas leyes nacionales no las nacionalizan siguen, tanto para nosotros como para ellos, siendo españolas, es decir, se mantiene, aunque indirectamente, el principio de independencia de nacionalidad entre los esposos.

IV. CONCLUSIONES

Ha llegado el momento de plantear una interrogante crucial: ¿Qué sistema es más aconsejable? ¿Deberá modificarse el sistema español?

Cuando aparecieron las primeras leyes en que la mujer casada conservaba su nacionalidad, cuando aún el sistema unitario estaba en mayoría, se objetaba contra ellas que provocaban supuestos de apatridia y doble nacionalidad. Pero hoy, como creo haber demostrado, la mayoría ha cambiado de signo, y al ser minoritarias las legislaciones que mantienen el sistema de unidad de nacionalidad puede invertirse el argumento, siendo correcto afirmar que son las leyes aferradas al criterio tradicional las que provocan el mismo conflicto.

Conviene, sin embargo, para que el inclinarse por el sistema de la independencia de nacionalidad no parezca precipitado, enumerar siquiera los argumentos esgrimidos por los partidarios de las dos posiciones antagónicas.

Los defensores del sistema de unidad de nacionalidad argumentan: 1) que así lo exige el valor del matrimonio como *divini et humani iuris communicatio*; 2) que la hegemonía doméstica debe ser ostentada por el marido, absorbiendo la personalidad de la mujer; 3) que una familia debe tener una sola nacionalidad; 4) que la cohesión nacional debe predominar sobre la dualidad de patrias; 5) que la unidad de nacionalidad hace más fácil educar a los hijos en el culto a la patria; 6) que facilita la solución de los conflictos de leyes en los países cuyo estatuto personal se determina por la nacionalidad; 7) que favorece a la familia, por cuanto evita la posibilidad de expulsión de uno de sus miembros o de otra medida autorizada contra el extranjero.

Los partidarios de la independencia de nacionalidades opinan: 1) que el matrimonio es, ante todo, un contrato; 2) que debe predominar el

interés del Estado sobre la voluntad individual y sobre los vínculos familiares; 3) que debe rechazarse toda idea de servidumbre femenina y mantener a todo trance la igualdad de los cónyuges; 4) que en países de emigración, donde normalmente el marido es extranjero, tiene gran utilidad práctica, al mantener la nacionalidad de la mujer, no tratándola como a extranjera en su propio país; 5) que el sistema es mucho más sencillo; 6) que los inconvenientes de la nacionalidad independiente, en orden a los hijos, a los efectos personales o patrimoniales del matrimonio y a la disolución o anulación del mismo pueden salvarse recurriendo a criterios domiciliarios, de efectividad o de *lex fori*.

No podemos descender a un análisis crítico de todos estos argumentos favorables o contrarios de las dos posturas extremas, ninguno de ellos excesivamente convincentes. Algo sí es evidente: la mujer tiene derecho a poder manifestar su voluntad en forma de opción positiva o negativa.

Si toda persona tiene derecho a una nacionalidad y nadie puede ser privado arbitrariamente de la suya propia ni del derecho a cambiarla, en aras del principio de igualdad jurídica de los esposos y de la posición social alcanzada por la mujer en la mayoría de países, no es aventurado afirmar que el sistema de independencia de nacionalidad puede ser aceptado por todos los países del mundo. A mi modesto entender, el sistema óptimo es el que preconiza y propone la Convención de 29 de enero de 1957, que puede sintetizarse en una doble regla: el matrimonio no debe afectar automáticamente a la nacionalidad de la mujer, si bien se facilitará al máximo la posibilidad de opción por parte de la mujer a la nacionalidad de su marido.

¿Es viable este sistema en España? Me parece posible una respuesta afirmativa, que no supondría una transformación sustancial de lo que es la realidad en la aplicación práctica de los actuales preceptos del Código civil, a que antes hemos aludido, ya que atendido el Derecho comparado, lo que hoy predomina, incluso aplicando los artículos 21 y 23 de nuestro Código, es la independencia de nacionalidades. Quizá habría que replantear nuestro sistema conflictual, pero su estudio no es propio de esta ocasión.

Por otra parte, la solución puede que no esté demasiado lejana si tenemos en cuenta que la *Información Jurídica*, que publica el Gabinete de Documentación y Publicaciones de la Secretaría General Técnica del Ministerio de Justicia (núm. 296, de 1968), hace referencia al acuerdo adoptado por el Consejo de Ministros, a propuesta del de Justicia, el 12 de enero de 1968, en el que se dice: «3.º Que se continúe y acelere

el proceso de ratificación y adhesión de España a los Convenios sobre Derechos Humanos suscritos bajo los auspicios de las Naciones Unidas.» He dicho.

VICENTE L. SIMÓ SANTONJA
Notario

BIBLIOGRAFIA

- AUDINET: *La nationalité de la femme mariée*, 1933.
Juris Classeur de Droit comparé.
LOZANO SERRALTA: *La nacionalidad de la mujer casada*, "Información Jurídica", 1953.
MAKAROV: *Nationalité de la femme mariée*, "Recueil des Cours" (Academia de La Haya), 1937, II.
Manuales: MIAJA DE LA MUELA, YANGUAS, AGUILAR NAVARRO.
O. N. U. (publicación mensual para conocer ratificaciones).
VALLADAO: *Les effets des differences de nationalité ou de domicile entre mari et femme quant a la validité et a la dissolution du mariage*, "Recueil des Cours", tomo 105.

NOTAS

Consideraciones con motivo de un pleito sobre filiación en derecho puertorriqueño

I

X, de estado civil casado, mantuvo público concubinato con la señorita Z, soltera, desde 1929 a 1939, de cuyas íntimas relaciones resultaron tres hijos, nacidos en los años 1934, 1935 y 1936. Falleció el señor X en 9 de febrero de 1943. Los tres hijos citados, demandantes en el presente pleito, actuaron siempre como hijos de X, dándose el caso de que los hijos legítimos de X, que éste tuvo en su matrimonio, consideraron siempre a aquellos tres como hermanos de padre.

Al fallecer X, la declaratoria de herederos, determinada a virtud de disposición dictada en junio de 1951 por intervención judicial, fijó como únicos y universales sucesores a los hijos de X habidos dentro de su matrimonio.

En marzo de 1958, los hijos de X y de Z interponen demanda contra los hijos legítimos de X, siendo competente el Tribunal Superior, Sala de Ponce, pretendiendo «se declare con lugar la presente demanda y, en su consecuencia, declare a los demandados hijos naturales reconocidos de (...X...) con derecho a llevar su apellido».

Aportaban los demandantes como prueba de su derecho: a) documento privado en que X se refería a los hijos de Z, «que son hijos míos»; b) la constante actuación de los demandantes como hijos de X, aceptada incluso por los demandados.

No hubo oposición a la demanda por parte de los demandados. Citados éstos y no personados en autos, el Tribunal los consideró en rebeldía, dictando sentencia y reconociendo como hechos probados: a) las relaciones entre X y Z y la condición de hijos de los demandantes;

b) que X dejó a su muerte como descendientes a los demandados, concluyendo los siguientes fundamentos de Derecho (aunque sin citarse en la sentencia ni un solo artículo de todos los que existen en el Derecho vigente en Puerto Rico): 1) eficacia de la acción de filiación, por no haber transcurrido el plazo de cuatro años, a contar de la mayoría de edad de los interesados, cuando éstos fueron menores, por cuanto la caducidad operaba en 1959; 2) que el Derecho aplicable en materia de filiación es el vigente al tiempo del nacimiento; 3) que la posesión no interrumpida del estado de hijo natural, anterior o posterior a la vigencia de la Ley número 229, de 12 de mayo de 1942, invocada por los demandantes, sólo podía servir de base para solicitar el reconocimiento forzoso del estado de hijo natural, y nacidos los demandantes antes de la vigencia de dicha Ley, siendo el Derecho entonces vigente uno que no los consideraba hijos naturales, sólo podían pretender el derecho a llevar el apellido de su padre.

En su virtud, la sentencia declaró, y declara todavía, claro es, a los demandantes «hijos naturales reconocidos» del señor X, «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.

Fecha de la sentencia, 13 de junio de 1958.

II

El 15 de julio de 1968, los demandantes en el pleito anterior interpusieron demanda (con excepción de uno de ellos, fallecido en el ínterin) contra los mismos antes demandados. La pretensión se circunscribía a que se decrete «la ineficacia de la declaratoria de herederos» del señor X efectuada en junio de 1951, ordenándose «que los bienes hereditarios en posesión de los demandados sean repartidos entre ellos y los demandantes», y que se ordene a los demandados «rendir cuentas de los frutos percibidos de dichos bienes...». «Otrosí, la nulidad de las transacciones realizadas en perjuicio de los aquí demandantes.» Además, los derechos derivados del fallecimiento del hermano demandante en el pleito anterior, fallecido sin dejar otros parientes que los demandantes y demandados.

Eran fundamentos sustanciales de la demanda: 1) la condición de hijos que tenían los demandantes; 2) que dicha condición les fue reconocida mediante sentencia resultante de la acción judicial incoada estando vigente la Constitución del Estado Libre Asociado de Puerto Rico;

3) que en el juicio sobre filiación se probó la misma mediante carta del fallecido señor X, padre de ambas partes litigantes.

Con fecha de 7 de agosto de 1968, los demandados dan contestación a la demanda con una moción de sentencia sumaria, oponiendo:

1.º Carencia de causa de acción y de personalidad o capacidad para demandar (claramente se quiso decir: ausencia de legitimación activa) fundada en: a) la pretensión de los demandantes va dirigida a derechos patrimoniales en la herencia; b) que por función de las fechas y condiciones de sus respectivos nacimientos, la legislación entonces vigente sólo les reconocía derecho a alimentos; c) que los documentos privados aducidos por los demandantes en el juicio sobre filiación como reconocedores de su ascendencia carecían de valor, «como acto de reconocimiento», porque para esos años los hijos ilegítimos no naturales no podían ser reconocidos, de conformidad con lo establecido por el artículo 125 del Código civil, entonces vigente; d) por fallecer el señor X en 1943, para cuya fecha regían los artículos 894 y 902 del Código civil, excluyentes del orden sucesorial (*sic*) a los hijos adulterinos; e) que la Constitución y la Ley número 17, de 20 de agosto de 1952 («para establecer la igualdad de derechos de los hijos»), «en lo que respecta a herencias no opera con retroactividad», según se afirmó en *Ocasio vs. Díaz*, 88 D.P.R., 676, 735, 750, núm. 6.

2.º Que tomada la pretensión como acción de filiación, al amparo del principio constitucional de igualdad por razón de origen, su causa de acción ha caducado, justificándose el aserto de los demandados en: a) que entendiendo la presente demanda como acción de filiación bajo amparo constitucional, como los demandantes nacieron en los años 1934, 1935 y 1936, alcanzaron la mayoría de edad en 1955, 1956 y 1957, con lo que la caducidad se cumplió en los años 1959, 1960 y 1961.

3.º Que los demandados se hallan en *estoppel* (impedimento por actos propios) y su acción está excluida por el principio de cosa juzgada, lo que se justifica por: a) que «en lo que respecta a la reclamación de filiación, ancla de este nuevo pleito, concurre perfecta identidad de cosas, de causas, de personas de los litigantes y la calidad con que lo fueron, entre el caso resuelto por la sentencia de 13 de junio de 1958 y el presente», según el artículo 1.204 del Código civil; b) que cuando los demandantes instaron acción de filiación, siendo todos ellos mayores de edad, «limitaron su acción, su solicitud de remedio, al uso de su apellido. Por actos propios permitieron la restricción impuesta por ley a los hijos extramatrimoniales, que no habían sido reconocidos por acción voluntaria de su padre»; c) que el Tribunal, al tiempo de dictar la sentencia de filiación, les confirmó que ésta era sin derecho a la herencia y al solo efecto de llevar los apellidos del padre, que fue lo que los

demandantes solicitaron, ya que no pidieron la herencia; *d*) dicha sentencia impide relitigar acerca de la filiación; *e*) se cita por la parte demandada una serie de decisiones jurisprudenciales (*González vs. Méndez et al.*, 15 D.P.R., 701; *Cintrón vs. Yabucoa Sugar Co.*, 54 D.P.R., 518, etc.; para el *estoppel*, 30 A Am. Jur. 377, sec. 328).

En 28 de agosto de 1968, los demandantes presentaron escrito de oposición al de moción de sentencia sumaria, y en 31 de agosto de 1968 replicaron los demandados, a lo que siguió, en septiembre del mismo año, contrarréplica de la parte demandante.

Con fecha 12 de septiembre de 1968, el Tribunal Superior, Sala de Ponce, dictó sentencia sumaria. Declara el Tribunal en la sentencia que: «A base de la prueba documental ofrecida por los demandados y no contradicha por los demandantes, entiende probados los siguientes hechos:

1.º Que los demandantes radicaron en marzo de 1958 demanda de filiación, solicitando se les declarase hijos del señor X y con derecho a llevar su apellido.

2.º Las fechas de nacimiento de los demandantes.

3.º Que en carta fechada en 1937, el señor X reconoció a los demandantes como hijos suyos.

4.º Para la fecha de la concepción de los demandantes los padres de los mismos no podían contraer matrimonio.

5.º El padre de los demandados falleció en febrero de 1943.

6.º En sentencia de junio de 1958, el Tribunal dictó sentencia reconociendo el derecho de los demandantes a llevar el apellido de su padre, sin derecho a participar en la herencia del mismo.

7.º En el caso sobre filiación los demandados nunca comparecieron en autos.

8.º La sentencia de junio de 1958 nunca fue apelada.»

Entiende el Tribunal que la posición de los demandantes (que la sentencia denomina *apelantes*) es que «la adjudicación hecha por la sentencia de 13 de junio de 1958 equivale a un reconocimiento voluntario» y que la restricción al uso del apellido, sin derechos hereditarios, debe disolverse a la luz de lo resuelto en *Ocasio vs. Díaz*, a cuyo fallo atribuye efecto retroactivo.

Entiende el Tribunal que no tienen razón los demandantes. Y argumenta la sentencia:

1.º El derecho hereditario de todos los hijos lo determina la ley vigente al tiempo del fallecimiento del causante; luego los derechos de los demandantes son los que tenían hasta el 9 de febrero de 1943, fecha de la muerte del padre.

2.º No siendo los demandados hijos naturales—por cuanto los pa-

dres no podían contraer matrimonio al estar ya casado uno de ellos—y habiendo sido reconocidos por su padre en documento privado, no tienen amparo bajo el artículo 125 del Código civil, según estaba en vigor entonces.

3.º Los únicos derechos de los demandantes tendrían que basarse en la Ley número 229, de 12 de mayo de 1942, que claramente los limita al efecto de llevar el apellido.

4.º Después de julio de 1952 todos los hijos de padres fallecidos con posterioridad tienen los mismos derechos que los hijos legítimos; pero fallecido el padre de los demandantes en 1943, éstos no pueden ampararse en la legislación de 1952.

5.º La sentencia dictada en solicitud de petición de filiación en 1958, no fue un reconocimiento voluntario por parte de los demandados, pues nada reconocieron en la acción, que fue resuelta en rebeldía.

6.º Siendo los demandantes—por ausencia de reconocimiento voluntario del padre o herederos de éste—hijos adulterinos carecen de derecho a la herencia (arts. 894 y 902 del Código civil, ed. 1930).

Añade el Tribunal: «Se nos ocurre pensar que pudiendo haber los demandantes solicitado derechos hereditarios en el pleito» en que instaron la filiación «sin hacerlo, deben estar impedidos de hacerlo ahora bajo la conocida regla de procedimiento que no permite a una parte fraccionar su causa de acción».

Falló el Tribunal en contra de los demandantes condenándolos en costas.

Presentada moción de reconsideración, fue desestimada.

Apelada la sentencia ante el Tribunal Supremo, fue presentada por los apelados demandados una moción de desestimación, que, aceptada por la jurisdicción de apelación, desestimó el recurso. No justificó el Tribunal Supremo razón alguna en que fundar la desestimación.

COMENTARIO

Parece oportuno entrar a comentar los hechos y las calificaciones vertidas en este pleito siguiendo un procedimiento relativamente independiente, consistente en exponer primeramente y de modo sucinto el régimen jurídico de la filiación según el Derecho positivo y en sus diversas etapas para, en segundo lugar, hacer un breve análisis de razonamientos y posiciones, tanto de las partes como de los jueces, porque la relación de hechos ofrece momentos muy interesantes que posibilitan algunos comentarios.

En materia de filiación debe recomendarse siempre la lectura del texto publicado bajo los auspicios del Ilustre Colegio de Abogados, autoría de ALVARO F. CALDERÓN, Jr. (1), en que se vierte una información completa sobre la materia. Quizá lo único que se aprecie como ausente sea un cierto espíritu crítico técnico jurídico; pero esa ausencia deviene en mayor objetividad, ofreciendo así la ventaja de que posteriormente a su lectura cada uno puede aprovecharse del particular criticismo que posea. Por ello me remito plenamente al contenido de la obra en su aspecto expositivo, felicitando desde aquí al autor, al tiempo que voy a permitirme sustraerle parte de su esfuerzo, muy útil para averiguar cómo resolver ciertos problemas existentes en torno al régimen de la filiación. Problemas de esa naturaleza tan del gusto del Notario de Madrid GONZÁLEZ PALOMINO, quien siempre ha preferido las cuestiones prácticas, pero *con gatos teóricos en la barriga*.

PLANTEAMIENTO

Es un principio plenamente aceptado en la jurisprudencia (y, consecuentemente, en la práctica) puertorriqueña que las cuestiones sobre filiación quedan sometidas a la legislación vigente al momento del nacimiento (*Morales vs. Cerame*, 1922, 30 D.P.R., 843; *Silva vs. Doe*, 1953, 75 D.P.R., 209) (2). Y como los actores en el pleito que justifica estas páginas nacieron por los años treinta tendremos que atenernos, inicialmente, a la normativa legal vigente por aquellos años, es decir, al Código civil de 1930.

Bien sabido es que los actores aludidos, por nacer fuera de matrimonio y por la imposibilidad en que se hallaban sus progenitores de celebrar nupcias al tiempo de la concepción, tenían al momento del nacimiento la consideración de hijos ilegítimos no naturales, siéndoles habilitado como único y exclusivo derecho el de pedir alimentos a los padres (art. 128 del Código civil, ed. 1930). Y aquí se terminarían los problemas si no se hubiese aprobado la Ley número 229, de 12 de mayo de 1942, texto que asumió competencia para regular situaciones determinadas surgidas antes de su entrada en vigor, circunstancia por la cual los problemas se multiplican para el intérprete.

De ahí que resulte conveniente hacer algunas distinciones previas en punto a normativa legal aplicable.

(1) CALDERÓN, A. R.: *La filiación en Puerto Rico*.

(2) En contra: artículo 125, C. c., citado en extenso más adelante.

LA LEY NÚMERO 229, DE 12 DE MAYO DE 1942

La Ley número 229, de 12 de mayo de 1942, «para declarar hijos naturales a todos los niños nacidos fuera de matrimonio con posterioridad a la fecha de vigencia de la presente Ley; para que los hijos nacidos con anterioridad a la fecha de vigencia de la presente Ley que no reúnan la condición de hijos naturales, según la legislación anterior, puedan ser reconocidos a todos los efectos legales por acción voluntaria de sus padres, y en defecto de éstos, por la de las personas con derecho a su herencia, y para otros fines», está dividida en cinco secciones:

«Sección primera: Serán hijos naturales todos los hijos nacidos fuera de matrimonio con posterioridad a la fecha de vigencia de esta Ley, independientemente de que sus padres hubieran podido o no contraer matrimonio al tiempo de la concepción de dichos hijos. Estos hijos quedarán legitimados por el subsiguiente matrimonio de sus padres entre sí.

Sección segunda: Los hijos nacidos fuera de matrimonio con anterioridad a la fecha de vigencia de esta Ley y que no tenían la condición de hijos naturales, según la legislación anterior, podrán ser reconocidos por acción voluntaria de sus padres y, en defecto de éstos, por la de las personas con derecho a su herencia, a todos los efectos legales. Estos hijos quedarán legitimados por el subsiguiente matrimonio de sus padres entre sí.

Sección tercera: En ninguna acción criminal o civil contra el padre o la madre que hubiese reconocido a un hijo que no tenía la condición de hijo natural, según la legislación anterior, podrá presentarse como evidencia el hecho del reconocimiento, a menos que se trate de una acción incoada por el hijo en reclamación de un derecho como tal.

Sección cuarta: Toda Ley o parte de Ley que se oponga a la presente queda por ésta derogada.

Sección quinta (3): Esta Ley, por ser de carácter urgente y necesario, empezará a regir inmediatamente después de su aprobación» (4).

Innovación importante de la Ley es la afirmación de que después de su entrada en vigor sólo existirán dos categorías de hijos, los legítimos y los naturales, quienes podrán ser legitimados por subsiguiente matrimonio de sus padres entre sí. El precepto, de gran importancia para el Derecho civil puertorriqueño, carece, sin embargo, de interés para los fines de las presentes páginas, pues si los actores en el pleito de que tratamos nacieron antes de la entrada en vigor de la Ley, como ocurrió, en nada les afecta la primera sección. Por el contrario, sí tiene gran importancia para ellos la sección segunda, que parece estar pensada

(3) El texto original dice, reiterándose y por errata, "Sección 4".

(4) Debido a que dicha Ley no obtuvo la mayoría de dos terceras partes de ambas Cámaras, comenzó a regir a los noventa días de su aprobación (*Velázquez vs. Velázquez*, 82 DPR 623).

para aquellas personas nacidas antes de la Ley de 1942 que, por función de su origen, no fuesen hijos naturales, habilitándoseles la posibilidad de reconocimiento en determinadas circunstancias. Es decir, sí cabe la posibilidad de que los actores en el pleito que comento, nacidos con la condición de ilegítimos y antes de entrar en vigor la Ley de 1942, hallen algún vehículo para mejorar su condición.

Conviene advertir que la Ley de 1942 alude sólo a hijos naturales, bien para modificar el concepto tradicional, bien para determinar la operancia del reconocimiento. Por ello, creo más interesante determinar: 1) el régimen de los hijos ilegítimos no naturales antes de la Ley de 1942 (porque ésta los calificará, desde luego, de naturales); 2) el régimen de reconocimiento de los hijos naturales antes de entrar en vigor dicha Ley (por cuanto la misma se involucra en el tema), para 3), entrar a analizar luego el régimen establecido por la misma Ley, sin perjuicio, evidentemente, de referirme a otras normas posteriores a las indicadas, si fuere menester.

RÉGIMEN DE LOS HIJOS ILEGÍTIMOS NO NATURALES EN EL CÓDIGO CIVIL DE 1930

Desde la reforma de 1911, y como he apuntado antes, el régimen de los hijos ilegítimos no naturales era estricto, teniendo como único derecho el de recibir alimentos, una vez acreditada la paternidad, por inferirse ésta de sentencia firme o si resultaba de un documento indubitado del progenitor (arts. 128 y 129), extendiéndose el derecho de alimentos a lo indispensable para el sustento, habitación, vestido, asistencia médica, según la posición social de la familia para todo ello, comprendiendo los alimentos, naturalmente, también la educación e instrucción del alimentista si fuere menor de edad (art. 143).

En consecuencia, los tres actores en el pleito que comento hubiesen tenido estos derechos al amparo del régimen que determinaba el Código civil.

RÉGIMEN DE LOS HIJOS NATURALES EN EL CÓDIGO CIVIL DE 1930

Los hijos naturales pueden ser reconocidos, ya de modo voluntario, por actuación en tal sentido de los padres [lo cual no era factible para un hijo ilegítimo en la etapa anterior, aunque de efectuarse el reconocimiento operaba determinados efectos (5)], o por reclamación del inte-

(5) El reconocimiento de un hijo adulterino hecho en acta de nacimiento no es nulo por sólo esta circunstancia, pero sí anulable e impugnabile únicamente por aquellos a quienes perjudique (*Fernández vs. Fernández*, 66 DPR 881).

resado de la que se derivaba la obligación de reconocimiento (reconocimiento forzoso), probando con suficiencia los hechos determinados de la filiación. Con reconocimiento o sin él, el hijo natural puede ser legitimado por el subsiguiente matrimonio de sus padres, quedando entonces equiparado al hijo legítimo a todos los efectos (6). No realizándose la legitimación, el hijo natural reconocido tiene derecho a una porción hereditaria (aunque menor que la correspondiente a los herederos legítimos), a llevar el apellido del progenitor que le reconoció y derecho a los alimentos (art. 127 del Código civil, en relación con los arts. 767, 894 y 902 del mismo cuerpo legal).

1. *Reconocimiento voluntario del hijo natural*

A los efectos legales, es hijo natural el nacido extramatrimonialmente, pero cuyos progenitores hubieran podido contraer matrimonio al tiempo de la concepción (art. 125 del Código civil) (7).

El reconocimiento puede efectuarse por el padre, por la madre o por ambos conjuntamente (art. 125, párrafo segundo, del Código civil).

Para que el reconocimiento surta efectos legales es necesario que se efectúe en acta de nacimiento, en testamento o en otro documento público (8). Si el hijo fuese menor de edad y el reconocimiento no se realizase en acta de nacimiento o en testamento es necesaria la aprobación del Juez de la Corte de Distrito (9). El reconocimiento surte efectos retroactivos, y si se efectúa en testamento no es necesario esperar al fallecimiento del testador, pudiendo inscribirse el reconocimiento desde luego de efectuado, no quedando tampoco desvirtuado por revocación posterior de dicho testamento (art. 731 del Código civil; *Román vs. Agosto*, 27 D.P.R., 576).

2. *Reconocimiento forzoso de hijo natural*

Para el caso de que el padre o la madre no efectúen voluntariamente el reconocimiento de hijo natural, el Código civil prevé la posibilidad de que el interesado actúe por sí mismo para provocar el reconocimiento, estableciendo dicho Código la obligación de reconocer al hijo. A tal efecto determina el artículo 125 (10), en su párrafo tercero y siguientes:

(6) Artículos 119, 120, 121, C. c.

(7) Buena prueba de que lo que determina la filiación no es el momento del nacimiento, sino el de la concepción, no obstante el criterio jurisprudencial.

(8) Aunque el párrafo segundo del artículo 125, C. c., alude sólo al acta de nacimiento u otro documento público, el párrafo último incluye el testamento (también, pues, el ológrafo).

(9) Hoy, Tribunal Superior.

(10) Artículo 193, C. c., ed. 1911.

«El padre estará obligado a reconocer al hijo natural:

1. Cuando exista escrito suyo indubitado en que expresamente reconozca su paternidad.
2. Cuando el hijo se halle en posesión continua del estado de hijo natural del padre demandado, justificado por actos del mismo padre o su familia.
3. Cuando la madre fuese reconocida viviendo en concubinato con el padre durante el embarazo y al tiempo del nacimiento del hijo.
4. Cuando el hijo pueda presentar cualquier prueba auténtica de su paternidad.

La madre estará obligada al reconocimiento del hijo natural en los mismos casos que el padre y, además, cuando se pruebe cumplidamente el hecho del parto y la identidad del hijo.»

Como puede deducirse claramente de la enunciación legal, se provoca la obligación de reconocer siempre que se dan hechos notorios, y así debe ser, ya que el reconocimiento no es sino consecuencia elemental de una situación fáctica, y probados los hechos, el reconocimiento debe ser la consecuencia, salvo que el interesado, el hijo, renuncie a tal posibilidad.

Así, pues, la base del pensamiento del legislador parece ser la siguiente: «Los hijos ilegítimos, por ser producto de relaciones contrarias a la familia socialmente aceptada, no los podemos tener en gran consideración a efectos oficiales; pero si un padre o una madre quieren reconocer su paternidad o maternidad, la posición del Derecho debe ser la de inhibirse, de modo tal que con conceder la posibilidad de que pueda impugnarse dicho reconocimiento filiatorio por quienes puedan resultar perjudicados, el Derecho cumple debidamente (11). Y, desde luego, el Derecho debe aceptar y constreñir a la obligación de alimentos. Tratándose de hijos naturales, como su situación tiene arreglo, podemos aceptar para ellos todas las soluciones: que sean legitimados, como solución ideal, o que sean reconocidos. En cuanto reconocidos, este reconocimiento debe ser efectuado exclusivamente por quienes afirman la paternidad y sólo por ellos; ahora bien, si la paternidad es evidente y los padres, uno u otro o ambos, son reacios a reconocerla, puede forzarse ese reconocimiento mediante intervención judicial.»

3. *Caracteres del reconocimiento*

Indica MUÑOZ MORALES (12), recogiendo el sentir de las doctrinas española, italiana y francesa, los caracteres del reconocimiento como

(11) "El reconocimiento hecho a favor de un hijo que no reúna las condiciones del párrafo primero del artículo 125 podrá ser impugnado por aquellos a quienes perjudique" (art. 126, C. c.).

(12) MUÑOZ MORALES: *Reseña histórica del Código civil de Puerto Rico. Anotaciones*, Río Piedras, págs. 371 y ss.

acto puro que no admite ser sometido a condición, personalísimo y formal.

Conviene aclarar aquí que la circunstancia de que el reconocimiento sea personalísimo tiene destacada importancia, sobre todo por marcar una fundamental diferencia entre el reconocimiento hecho voluntariamente y el efectuado forzosamente. Por ser el reconocimiento voluntario, sólo el reconocedor puede hacerlo (carácter que no se extingue porque, en ausencia de espontaneidad del obligado a reconocer, se ordene el reconocimiento mediante intervención judicial, según el art. 1.051, 1.º, del Código civil). Incluso la Ley de 9 de marzo de 1911, número 61, en su artículo 15, derogó el régimen anterior a la misma, que autorizaba el reconocimiento efectuado por medio de apoderado con poder especial y auténtico (13).

Conviene, asimismo, dejar en claro que el reconocimiento tiene como efecto fijar la filiación, de la cual se deriva, igualmente, la calidad de heredero. Por ello el artículo 126 alude como personas que pueden reconocer, y solamente ellas, al padre y a la madre. Y reitero la importancia de este punto porque existen grandes diferencias entre el reconocimiento voluntario, que sólo pueden hacer los padres, y el forzoso, en el cual puede no pedirse el reconocimiento por imposibilidad física de efectuarse, limitándose esa posibilidad a solicitar una declaración de filiación con todos sus efectos.

La forma de este tipo de reconocimiento es clara. La sentencia judicial determinante de la acreditación del hecho filiatorio recogerá el reconocimiento forzoso. Y si la acción se ejercitó después del fallecimiento de los padres, la sentencia determinará una declaración de filiación con iguales efectos prácticamente que el reconocimiento.

Bajo las prescripciones del Código civil de 1930, este reconocimiento provoca, de conformidad con lo establecido en su artículo 127, los si-

(13) Con relación al reconocimiento, "el principio de que el carácter de éste es eminentemente *personal* produce como consecuencia ineludible que no puede emanar más que del padre, en lo concerniente a la filiación paterna, y de la madre, en cuanto a la materna. Es regla tan absoluta, que ni los ascendientes del padre o de la madre, *ni sus herederos*, ni sus tutores, caso de incapacidad, ni sus parientes con derecho a la posesión de bienes, efecto de la ausencia, pueden ejercitar ese acto en lugar de aquellos ..", se dice en la *Enciclopedia Jurídica*, voz *Reconocimiento*, pág. 811.

"La nota característica de personalísimo que el acto tiene obliga a declarar que el sujeto a la pena de interdicción civil, no obstante la serie de incapacidades que la misma lleva consigo, puede reconocer al hijo natural en toda clase de documento público" (*Ibidem*, pág. 812).

En el mismo sentido, Sentencia del Tribunal Supremo de España de 5 de enero de 1945.

Tan personal es el reconocimiento, que quien viene obligado a efectuarlo es el mismo padre, cuando la posesión del estado de hijo se justifica por actos de miembros de la familia de aquél (art. 125, párrafo tercero, C. c., en relación con el segundo motivo de reconocimiento).

guientes efectos: 1) derecho a llevar el apellido del reconocedor; 2) derecho a recibir alimentos; 3) derecho a pedir la porción hereditaria que le corresponde, según determinaciones del mismo cuerpo legal. Y como el derecho a alimentos, según quedó dicho, comprende lo indispensable para el sustento, habitación, vestido, asistencia médica, educación e instrucción, según la posición social de la familia, a todo ello tendrá derecho el hijo natural reconocido.

RECONOCIMIENTO Y DECLARACIÓN DE LA FILIACIÓN

La calificación tan personal del reconocimiento, indicada por MUÑOZ MORALES y resaltada por mí párrafos antes, parece tener ratificación en el artículo 126 del Código civil, conforme al cual las acciones para el reconocimiento sólo pueden ejercitarse en vida de los presuntos padres. Ahora bien, este precepto dice algo más, por lo que son necesarias—convenientes, al menos—algunas aclaraciones y concreciones.

Textualmente, dice el artículo 126 del Código civil:

«Las acciones para el reconocimiento de hijos naturales sólo podrán ejercitarse en vida de los presuntos padres o un año después de su muerte, salvo en los casos siguientes:

1. Si el padre o la madre hubiesen fallecido durante la menor edad del hijo, en cuyo caso éste podrá deducir la acción antes que transcurran los primeros cuatro años de su mayor edad.
2. Si después de la muerte del padre o de la madre apareciere algún documento de que antes no se hubiese tenido noticia, en que reconozca expresamente al hijo.»

¿Cómo es posible solicitar reconocimiento de unos actos determinantes de filiación a un fallecido? ¿Se trata en verdad de un reconocimiento cuando la acción se dirige a personas ajenas al hecho filiatorio?

MUÑOZ MORALES, siguiendo, como él tanto gustaba, a las doctrinas española y francesa, afirma clara y tajantemente que «el reconocimiento podrá hacerse por el padre y la madre conjuntamente o por uno solo de ellos y, desde luego, no ofrece duda que únicamente el padre y la madre pueden otorgar el reconocimiento» (14). Y aunque no afronta decididamente la distinción, que yo quiero dejar bien clara, indudable, sí recoge algunas referencias que, con su modo de expresarse, son prueba concluyente de que a él no se le escapó el problema.

Recoge, por ejemplo, la distinción de SCAEVOLA entre legitimación y reconocimiento, siendo aquélla algo posterior a éste, así como distintos (15). Recoge, asimismo, el comentario de CÍCÚ al artículo 193 del

(14) MUÑOZ MORALES, *op. cit.*, pág. 374.

(15) M. SCAEVOLA: *Código civil comentado*, III, pág. 132.

Código italiano, distinguiendo entre el reconocimiento o título de estado y la acreditación de la filiación (16). Y es mucho más claro el mismo MUÑOZ MORALES cuando, siguiendo la tesis de CÍCÚ, escribe que: «...dando una interpretación lógica y racional a nuestra Ley vigente puede el padre o la madre de un hijo adulterino, por ejemplo, hacer la declaración de filiación en un documento público...; este documento, aun en escritura pública, no tendría el valor de un reconocimiento..., sería solamente una *declaración de filiación*...» (17). Sigue concretando más MUÑOZ MORALES con relación a los artículos 128 y 129 del sistema anterior, que impiden que los hijos nacidos de padres no libres puedan ser legalmente reconocidos, lo que no excluye que los padres dejen documento indubitado en que establezcan la filiación, de donde, aunque no es posible el reconocimiento, «podemos inferir que también admite la Ley dos formas de *declaración de filiación*» (18). Y aludiendo a la presencia de un reconocimiento efectuado por la madre, frente a una declaración de filiación realizada por el padre, da por muy distintos ambos conceptos: «...las opiniones están muy dudosas y divididas, sosteniendo algunos autores que cuando se hacen la *declaración* y el *reconocimiento*...» (19).

Resumiendo, una cosa es el reconocimiento de la filiación, acto personalísimo a la luz del Código civil (20), y otra cosa es la declaración o admisión de la filiación. El reconocimiento puede lograrse voluntariamente, pero también de modo forzado, demostrando cumplidamente los hechos en función de los cuales el o los progenitores no pueden eludir reconocerlos como tales, y la declaración de filiación, que también puede ser voluntaria o forzosa, se efectúa por aquellas personas que sin

(16) CÍCÚ, A.: *De la Filiazione*, Milano, 1927, págs. 221 y ss.

(17) MUÑOZ MORALES, *op. cit.*, pág. 381; bastardillas de MUÑOZ.

(18) *Ibidem*, pág. 380; bastardillas de MUÑOZ; distingue éste con claridad en pág. 349.

(19) *Ibidem*, pág. 382; bastardillas de MUÑOZ. Distingue los conceptos de reconocimiento y determinación de la filiación la sentencia del Tribunal Supremo de España de 28 de mayo de 1896. Apunta tímidamente la distinción, CALDERÓN, *op. cit.*, pág. 8; pero parece confundirlos en la pág. 43; aunque, otras veces, parece dar la distinción por sentada (págs. 59, 60, al reconocer que el artículo 1.175, C. c., impide transigir las acciones de estado).

(20) Tan personalísimo, que la mujer casada bajo régimen de gananciales no necesita del consentimiento del esposo "por tratarse de un acto personalísimo que sólo a ella afecta" (MUÑOZ MORALES, *op. cit.*, pág. 375). Y es indudable que dicho reconocimiento, si se entendiera patrimonialmente, solamente afectaría, por ejemplo, al esposo e hijos comunes. Por lo que tampoco acertó la jurisprudencia al considerar que el artículo 1.873, de pleno carácter patrimonial, se aplicaba a cuestiones de filiación (*Fuentes vs. Tribunal de Distrito*, 1952, 73 DPR 959); y menos aún en las decisiones que vinieron a sentar doctrina distinta a la anterior, que identificaron la acción de filiación con una caducable (*Ciuró vs. Ciuró*, 1932, 31 DPR 730, etc.).

poder reconocer los hechos filiatorios, pues no fueron autores, pueden aceptar tales hechos en función de acreditación suficiente de los mismos. La confusión del artículo 126 del Código civil de tratar la acción para el reconocimiento, junto con la acción para declarar la filiación, aunque no justifica, explica quizá la de algunos autores y la de la jurisprudencia. Este error debe ser corregido, por cuanto da la impresión de regular el precepto dos acciones referidas a un mismo concepto, cuando, en verdad, se trata de dos acciones (y de muy distinta naturaleza) referentes a conceptos distintos. En puridad, y de acuerdo con lo expuesto, el artículo 126 debe indicar con claridad que las acciones para el *reconocimiento* sólo podrán ejercitarse en vida de los padres, y las acciones para *declarar la filiación*, en el año siguiente de la muerte de aquéllos, salvadas las dos precisiones de excepción que el mismo artículo incluye.

MUÑOZ MORALES (21) acepta como buena la confusión introducida al respecto en 1911, que vino a admitir que la acción de reconocimiento podía ejercitarse hasta un año después de la muerte de los padres, sin apreciar debidamente el significado de dicha modificación, error en que también incurre CALDERÓN (22). Error originado, desde luego, tanto por una legislación poco técnica en términos jurídicos, como por una jurisprudencia ciertamente desorientada.

La base original del error se encuentra en una primera y desacertada interpretación de las Leyes de Toro (*Calaf vs. Calaf*, 1911, 17 D.P.R., 198, etc.). La legislación de Toro no incluía, como es natural, término prescriptivo alguno para ejercitar la acción de reconocimiento forzoso de la filiación, entendiéndose entonces la jurisprudencia que participando la acción filiatoria del carácter de una acción personal y estableciendo la 63 Ley de Toro un término de prescripción de veinte años para esta clase de acciones, la acción de reconocimiento prescribía a los veinte años (23).

El equívoco jurisprudencial fue considerar la acción de reconocimiento, que es una acción de estado civil, con una acción personal (24).

GARCÍA-TREVIJANO FORTE, siguiendo a CASTÁN y a la doctrina española, escribe que «entre las llamadas acciones de estado se encuentran las que persiguen un pronunciamiento sobre si el sujeto tiene la cualidad de hijo. Al respecto debe rechazarse la distinción iniciada entre algunos

(21) MUÑOZ MORALES, *op. cit.*, págs. 392-393.

(22) CALDERÓN, *op. cit.*, págs. 83-84.

(23) "La acción que concede la ley 11 de Toro en favor del hijo que reúna las condiciones para reputarse natural no tiene límite de tiempo", dice la Sentencia del Tribunal Supremo de España de 28 de diciembre de 1906.

(24) Peor todavía es afirmar que la "acción de filiación es personal para la mayoría de los fines. Empero para ciertos fines es *quasi in rem* (*Silva vs. Doe*, 1953, 75 DPR 209).

autores franceses e italianos, que quieren distinguir dentro de aquellas acciones las de índole moral y las de carácter patrimonial, ya que, como ha escrito CICÚ, no existen acciones de estado de diversa naturaleza, pues están dirigidas a lograr una sentencia acerca de la filiación, aunque accesoriamente puedan producir consecuencias patrimoniales, razón por la cual tampoco puede aceptarse la posibilidad de que dichas acciones puedan ser ejercitadas por los acreedores en virtud de subrogación, pues, como escriben ESPÍN CÁNOVAS y LACRUZ BERDEJO, es inadmisibile, por razones morales, que cuestiones como la filiación puedan ser abordadas en protección de intereses puramente patrimoniales o pecuniarios» (25).

CASTÁN TOBEÑAS indica, por su parte, que «son imprescriptibles los derechos que están fuera del comercio y de la disposición de los particulares, como, por ejemplo, los que se refieren al estado y capacidad de las personas. Entre estos últimos derechos imprescriptibles han de ser incluidos, sin duda, los de filiación y estado civil» (26).

Y GUAROA VELÁZQUEZ, que cito por medio de CALDERÓN (27), indica, asimismo, que «la prescripción no es una institución aplicable al derecho de familia, ya que la Ley la configura para aplicarla solamente a la esfera del Derecho privado (patrimonial), estableciéndola para proteger intereses individuales de que el particular puede disponer; por tanto, no pueden estar sujetos a prescripción los derechos que están fuera del comercio y no son susceptibles de disponibilidad por los particulares, entre los cuales derechos figuran los de filiación».

Que el reconocimiento sea acto personalísimo no significa, desde luego, que la acción por virtud de la cual pueda forzarse el mismo sea de índole personal. Esta identificación confunde conceptos radicalmente distintos.

Cuando el Código civil español estaba en vigor en Puerto Rico, el artículo 137 concedía que la acción para el reconocimiento forzoso se ejercitase durante la vida de los padres, o durante los cuatro años siguientes a la mayoría de edad del hijo, si los padres hubiesen fallecido en la minoría de aquél. Naturalmente, involucraba este precepto la acción de reconocimiento con la acción para declararse la filiación; aquélla, imposible de provocarse por haber fallecido quien o quienes únicamente podían efectuar el reconocimiento; ésta, susceptible de ser dirigida contra los causahabientes de aquéllos, por cuanto dichos causaha-

(25) GARCÍA-TREVIJANO FORTE, A.: *Apuntes de Derecho civil*, ajustados a las oposiciones libres a Notarías, s. p.; tema 128.

(26) CASTÁN TOBEÑAS, J.: *Derecho civil español, común y foral*, Madrid, 1952, I, vol. 2, págs. 675-676.

(27) CALDERÓN, *op. cit.*, pág. 89, citando a VELÁZQUEZ, *La extinción de la acción de filiación en el Derecho puertorriqueño*, "Rev. Col. Abogs.", vol. XVII, página 245.

bientes nada tienen que reconocer, ya que la prueba habla por sí misma. Tesis claramente deslindada por la doctrina española (así como la francesa e italiana para sus respectivos ordenamientos) y lamentablemente acumulada por la jurisprudencia puertorriqueña, que aplicó normas de prescripción de derechos patrimoniales a cuestiones de estado (*Questel vs. Conde et al.*, 1912, 18 D.P.R., 755; *Gual et al. vs. Bonafoux*, 1909, 15 D.P.R., 559), buscó la interpretación más restrictiva posible (*González vs. Rodríguez*, 1932, 43 D.P.R., 66), viendo como muerto en Derecho lo que en Derecho nunca puede morir (*Jesús vs. Sucesión Pérez Villamil*, 1912, 18 D.P.R., 405; *Vázquez vs. Rucabado*, 1926, 33 D.P.R., 442), etc. No prescribe la acción de reconocimiento por ser de estado; pero sí prescribe la acción para la declaración de filiación, que es patrimonial (28), y sólo persigue—no puede perseguir nada más—fines patrimoniales. Es lástima que MUÑOZ MORALES, por la bien ganada autoridad que logró con su gran esfuerzo intelectual, dé por buena esta situación sin el más mínimo comentario, no obstante reconocer que la acción de reconocimiento forzoso debe «ejercitarse por el hijo que pretende el reconocimiento, asistido por la madre o persona que le representa, si fuere menor, o sus herederos, si él hubiese fallecido» (29); aunque no deja de ser significativa su frase de que «la jurisprudencia en Puerto Rico sostiene como regla general que las acciones de filiación son *prescriptibles*» (30), dando la impresión al lector de que resalta esta posición tan única de la jurisprudencia puertorriqueña.

Esta amplia digresión en torno a una expresión, aparentemente, sin gran relieve, del artículo 126 del Código civil, tiene su justificación, y dicha justificación será más manifiesta cuando tratemos de estudiar el impacto de la Ley número 229, de 12 de mayo de 1942.

Tomando como punto de partida una cierta indiferencia, si se me permite, hacia las decisiones jurisprudenciales—sin restarles valor, pero dándoles el que solamente merecen, que, intelectualmente, no valen ni más ni menos que las opiniones de doctrina—, y de conformidad con lo indicado, podría resumir lo expuesto hasta ahora en torno al reconocimiento del hijo natural diciendo:

1. El reconocimiento forzoso sólo puede conseguirse mediante ac-

(28) "Son dichos herederos los únicos legitimados pasivamente para actuar en el juicio según el derecho sustantivo, porque son los únicos continuadores de la personalidad del padre... Y los que, según el artículo 661 del Código, le suceden en todas las *obligaciones de carácter patrimonial*, como lo son *para los herederos* las que se *derivan del reconocimiento*", dice la Sentencia del Tribunal Supremo de España de 10 de enero de 1945 (bastardillas mías); ya antes, SS. T. S. de España de 31 de diciembre de 1902 y de 9 de mayo de 1921.

(29) MUÑOZ MORALES, *op. cit.*, pág. 392.

(30) *Ibidem*, pág. 393, énfasis de MUÑOZ.

ción ejercitada contra los progenitores del interesado, quienes vendrán obligados al reconocimiento siempre que se den todas o algunas de las hipótesis determinadas en el artículo 125 del Código civil.

2. Que dicha acción nunca fue considerada prescriptible en el Derecho histórico puertorriqueño (ni en el español, no siempre igual, desde el Real Decreto de Felipe IV disponiendo que ninguna Ley de España sería aplicable a América si no fuere acompañada de una cédula del Consejo de Indias en tal sentido).

3. Que en ausencia de padres vivos, el hijo puede instar la acción de filiación contra los herederos de los mismos; acción en vigor originalmente durante veinte años, a contar de los siguientes a la mayoría de edad (siempre según la interpretación de la jurisprudencia, que hablaba, además, de caducidad: *Ciuró vs. Ciuró*, 1932, 31 D.P.R., 730), por consecuencia de que la prescripción no corre frente a incapaces (*contra non volentem agere non currit praescriptio*). Al entrar en vigor en Puerto Rico el Código civil de España, su artículo 137 fijaba un término de caducidad de cuatro años para ejercitar la acción filiatoria, que quedaba reducido a seis meses después del fallecimiento del o de los padres si aparecía un documento ignorado útil para fijar la filiación. De aquí, el Código de 1902 tomó el plazo y lo redujo a dos años; pero los hijos del interesado fallecido antes de llegar a la mayoría de edad disponían de un plazo de cinco años, contados desde el fallecimiento, para entablar la acción de filiación. Finalmente, el Código civil vigente vino a fijar un plazo de un año para el ejercicio de estas acciones, dejando los subsistentes de cuatro y de seis meses, respectivamente, como se sabe. A partir de aquí, y como consecuencia de aquella identificación jurisprudencial, la confusión de los plazos de prescripción de la 63 Ley de Toro (patrimonial y prescriptible), con la acción de reconocimiento regulada en la Ley 11 de Toro (imprescriptible por tratarse de una acción de estado), es plena.

4. Quienes se sientan perjudicados por el reconocimiento o por la declaración de filiación pueden impugnar la misma durante su plazo: quince años, según la jurisprudencia, cuando regía el Código civil español en Puerto Rico (que, conviene advertirlo, no le fijaba término o plazo especial); ningún plazo concreto en la legislación de 1902 (entendiendo la jurisprudencia que era de aplicación el término general de prescripción, por cuanto al omitir el legislador los plazos que se contenían en el Código civil español aceptaba las normas generales de prescripción —*García vs. García*, 1910, 18 D.P.R., 863—, confundiendo de este modo, como bien apunta MUÑOZ MORALES (31), cuestiones prescriptivas con

(31) *Ibidem*, pág. 394. En mismo sentido, CALDERÓN, *op. cit.*, pág. 20. La Legislación de 1902 no fijaba plazo alguno para volver al régimen tradicional

cuestiones de nulidad). El Código civil de 1930, y ya desde el Código revisado de 1902, seguía sin fijar plazo, acogiéndose así la tesis, plenamente admitida para entonces, de que la acción de estado civil para lograr el reconocimiento prescribe a los quince años.

5. La referencia del artículo 126 del Código civil a que las acciones de «reconocimiento» pueden ejercitarse un año después del fallecimiento de los presuntos padres no debe entenderse dirigida a la acción para lograr el reconocimiento forzoso, sino para obtener que se emita forzosamente una declaración de filiación. Que es precisamente a esta acción a la que deben referirse todas las condiciones de prescriptibilidad (32) que no afectan, ni deben afectar, a la acción de estado que el reconocimiento implica, sea éste voluntario o sea forzoso (33). Y lo dicho, naturalmente, con independencia de la jurisprudencia, que puede pensar de otro modo, o de que el legislador pueda alterar el régimen (facultad ésta innegable, pero que expresa una regresión de la ciencia jurídica y de la justiciabilidad de la legislación a épocas pasadas.

RÉGIMEN FILIATORIO ESTABLECIDO POR LA LEY NÚMERO 229, DE 12 DE MAYO DE 1942

Es común opinión que el régimen de la filiación, regulado por el Código civil de 1902 y mantenido por la edición de 1930 después de las reformas introducidas en 1911, ha sido el régimen más duro para la descendencia matrimonial. Lo cual es cierto. Incluso hay que advertir y dejar claro que a esa dureza ayudó en buena medida una jurisprudencia estricta e inflexible, que fue en ocasiones mucho más allá de donde había ido el legislador. El ejemplo de la interpretación del artículo 125 del Código civil es sintomático. El precepto incluyendo una cuarta causa de obligación de reconocimiento a partir de 1930 («cuando

de considerar la acción como imprescriptible. El plazo de dos años, fijado para el ejercicio de la acción en caso de muerte del padre, que es plazo sometido a caducidad, sólo significa un remedio para evitar que la muerte del progenitor extinguiere las posibilidades del hijo, fundamentalmente a efectos patrimoniales (recuérdese la anotación del legado de la L. H.).

(32) Por todas, la Sentencia del Tribunal Supremo de España de 28 de diciembre de 1906.

(33) Buena prueba de ello es que los hijos ilegítimos no naturales, que tenían derecho a alimentos, necesitaban, para lograrlos, con carácter forzoso, la intervención judicial para declarar el hecho de la filiación, “y, después, fundados en esa declaración judicial, formular la declaración de alimentos” (MUÑOZ MORALES, *op. cit.*, págs. 397 y ss., citando a SCAEVOLA y MANRESA, y recogiendo la S. T. S. de España de 28 de marzo de 1896, conforme a la cual: “cuando la paternidad no se infiere de sentencia firme, ni resulta de documento auténtico en que expresamente se reconozca la filiación, es imposible legalmente conceder alimentos a título de hijo ilegítimo no natural”. sentencia aceptada y ratificada en *Balasquide vs. Rossy*, 1910, 18 DPR 33).

el hijo pueda presentar prueba auténtica de la paternidad»), causa que podía calificarse de liberal (34), fue prácticamente borrado por los Tribunales en una forzada interpretación, contraria a la letra y al espíritu del artículo; incluso en otra de las más elementales reglas de la dicción castellana. Esa jurisprudencia pudo afirmar que al no definir el precepto cuál era la prueba auténtica a que se refiere, «...por el espíritu que lo informa, tendente (*sic*) a exigir prueba más convincente..., y por el principio *noscitur asociis*, bien podemos deducir que esa prueba auténtica debe ser tal que pueda equipararse a la determinada por un escrito indubitado de expreso reconocimiento, por la posesión continua del estado de hijo natural y por el concubinato de la madre con el padre durante el embarazo y al tiempo del nacimiento» (*Méndez vs. Martínez*, 21 D.P.R., 270).

Naturalmente, la necesidad de poner fin a estas situaciones era manifiesta. De ahí que ya desde 1937 fuesen varios los intentos para modificar el régimen de la filiación extramatrimonial (35), ninguno de los cuales prosperó. De este modo fue como la Ley de 12 de mayo de 1942 introdujo un nuevo sistema.

1. *Estricto ámbito de aplicación de la Ley número 229, de 12 de mayo de 1942*

Los actores en el pleito que justifica las siguientes páginas, dije antes y repito ahora, nacieron después de estar en vigor el Código civil de 1930 y antes, lógicamente, de regir la Ley de 12 de mayo de 1942. En consecuencia de lo dicho no es a ellos aplicable la sección primera de la Ley, sino la sección segunda, que los rige de pleno y de plano (36). Naturalmente, dicha sección segunda debe interpretarse rigurosamente enlazada con el contenido de la sección cuarta del mismo texto legal.

No faltará quien invoque contra este criterio el artículo 3 del Código civil, a cuyo tenor «las leyes no tendrán efecto retroactivo si no dispusiesen lo contrario», idea ésta que acogió el Tribunal Supremo con exagerado amor en materia de filiación (*Correa vs. Sucesión Pizá*, 64 D.P.R., 987; *Fernández vs. Sucesión Fernández*, 66 D.P.R., 884; *Rosy vs. Martínez*, 70 D.P.R., 738, etc.).

Ahora bien, ese carácter prospectivo argüido por la jurisprudencia sólo puede ir referido a la sección primera, pero no afecta a la sección segunda desde el momento en que ésta reclama precisamente competen-

(34) CALDERÓN, *op. cit.*, pág. 82.

(35) Información en MUÑOZ MORALES, *op. cit.*, págs. 404 y ss.

(36) “Los hijos nacidos... con anterioridad a la fecha de vigencia de esta Ley (Sección segunda, Ley núm. 229, de 12 de mayo de 1942).

cia para situaciones acaecidas antes de su entrada en vigor. Por lo que es aplicable también la proposición segunda de dicho artículo 3 del Código civil, de que el efecto retroactivo no se dará en las leyes «si no dispusiesen lo contrario», que es lo que dispone la sección segunda en relación con la sección cuarta. Ambas secciones derogan parcialmente (art. 5 del Código civil) otra ley anterior, sin perjuicio de reconocer incluso que dicha derogación sea tácita, aunque clara y terminante (artículo 6 del Código civil), lo que no es tal, pues la derogación es expresa en cuanto a su efecto, aunque no lo sea en cuanto a las disposiciones concretas afectadas.

Hay, sin embargo, más razones a favor de la retroactividad relativa de la Ley de 1942.

En el plano de las construcciones teóricas (tan desprestigiadas, no obstante haber sido ellas, y siguen siéndolo, las que aportan mayor luz a la problemática del Derecho) se ha reconocido que la finalidad de la Ley de 1942 era borrar las diferencias entre hijos (sección primera de la Ley, por sentido contrario), de carácter, pues, igualitario (37). La pretensión de algunos de que la discusión parlamentaria dejó en claro una intención contraria carece de valor: de un lado, porque dicha discusión lo único que aclara es la oscuridad de los que intervinieron en la discusión, y de otro lado, porque una discusión parlamentaria, incluso siendo clara, debe pasar a la Ley con igual claridad.

ROUBIER (38) admite que los hijos naturales nacidos antes de la vigencia de la nueva Ley pueden pedir que se les reconozcan, según ella, su filiación y sus derechos sucesorios. «Regenerar un pueblo, una nación, y dar a las leyes un efecto retrospectivo son dos ideas tan esenciales y unidas, que la una no sabría existir sin la otra» (39). GARCÍA GOYENA (40) pudo escribir que: «Está en el espíritu y en la índole de las mismas leyes el efecto retroactivo, porque de otro modo quedarían incompletas y no se lograría su objeto.» DE CASTRO (41), al tiempo que hace una excelente exposición del problema de la retroactividad o irretroactividad de las leyes, excelencia a la que nos tiene acostumbrados, escribe: «Nuestra doctrina y jurisprudencia no se han adscrito a ninguno de los sistemas dogmáticos inventados por los distintos autores extranjeros y, con gran sentido realista, coinciden en partir del fin propuesto por la Ley.» Y continúa: «Se reconocen efectos retroactivos a las dis-

(37) Abunda en ello MUÑOZ, *op. cit.*, págs. 401 y ss.

(38) ROUBIER, P.: *Les conflits des lois dans les temps (Théorie dite de la retroactivité des lois)*, 1929, I, pág. 442.

(39) *Ibidem*, II, 160.

(40) GARCÍA GOYENA, *Concordancias*, I, pág. 16.

(41) DE CASTRO, F.: *Derecho civil de España*, Madrid, 1956, I, pág. 724.

posiciones que condenen, por incompatibles a sus fines morales y sociales, las situaciones anteriormente constituidas, así como las que tengan por objeto establecer un régimen general y uniforme» (42).

En el plano del Derecho positivo, que es el más interesante, también hay apoyo abundante para justificar inicialmente el sentido de retroactividad que debió dársele por la jurisprudencia a la Ley de 1942, y para justificar seguidamente la retroactividad irremediable, clara, tajante y sin dudas de la sección segunda en relación con la sección cuarta de la Ley.

He de recordar en este punto que el Código civil, en su edición de 1902 y en la de 1930 contiene un cuerpo de disposiciones transitorias en pleno vigor, aunque en alguna edición privada, con efectos públicos iniciales reconocidos, su inclusión se haya relegado a la importancia de la anécdota histórica, olvidando que la edición de 1930 del Código civil las incluye con toda su fuerza y que la fecha es lo suficientemente próxima como para que surjan constantemente hechos que permitan invocarlas.

Además, conviene recordar que la importancia de las disposiciones transitorias no sólo deriva del hecho de su vigencia actual, sino también de la circunstancia nada irrelevante de que, por ser normas del Código civil, se toman siempre como patrón o medida cuando se trata de inquirir e interpretar otras leyes, que por afectar al Código y a las materias que éste contiene y necesitar un punto de transición o no incluyen disposiciones de esta naturaleza o se insertan con poca claridad. Además de estar justificado este método de trabajo por el artículo 12 del Código civil, conforme al cual las deficiencias de las leyes que rijan las materias especiales se suplirán por las disposiciones del Código mismo.

Nada heterodoxa es esta interpretación, reconocida por la jurisprudencia de todo país, pues el problema se limita a reconocer que «las leyes *in pari materia* deben ser interpretadas conjuntamente, armonizándolas, si es posible, y en forma tal que no resulten incompatibles con los principios generales del Derecho (*Ex parte Bird*, 1904, 5 D.P.R., 227); a menos que «la letra de la Ley exija determinada interpretación, tanto la historia legislativa y social de la Ley como de los estatutos *in pari materia* pueden utilizarse en ayuda de su interpretación, a los fines de lograr el propósito legislativo (*Figueroa vs. Díaz*, 75 D.P.R., 163, opinión de los señores Magistrados NEGRÓN y BELAVAL).

Además, las disposiciones transitorias forman parte, desde luego, del cuerpo legal al que se adscriben (del mismo modo que cada norma forma parte del ordenamiento todo y requiere interpretarse de acuerdo con dicho ordenamiento entendido como unidad orgánica), por lo que «las

(42) *Ibidem*, pág. 728.

leyes deben interpretarse dándose efecto a todas sus disposiciones sin omitir ninguna» (*Cabassa vs. Bravo*, 1914, D.P.R., 185), y que «un artículo de una Ley no debe interpretarse aisladamente, como tampoco cada uno de los párrafos que lo integran. Aquél y éstos deben interpretarse considerando la Ley en su totalidad y a la luz del espíritu que animó al legislador al aprobarla» (*Pueblo vs. Sucesión Cautiño*, 1949, 70 D.P.R., 117), y que «a la Ley debe atribuírsele siempre el sentido que mejor se ajuste al fundamento racional o fin esencial de la misma, acatando así con lealtad las normas de política pública que traza el estatuto» (*Coll vs. Picó*, 1960, 82 D.P.R., 27).

¿Y qué es lo que dicen las disposiciones transitorias? La regla primera de dichas disposiciones indica que debe ser observada «para aplicar la legislación que corresponda en los casos que no están expresamente determinados en el Código civil», y dice que «se regirán por la legislación anterior al Código civil revisado los derechos nacidos, según ella, de hechos realizados bajo su régimen, aunque dicho Código lo regule otro modo o no los reconozca. Pero si el derecho apareciere declarado por primera vez en el Código civil revisado tendrá efecto, desde luego, aunque el hecho que lo origine se verifique bajo la legislación anterior, siempre que no se oponga o perjudique a otro derecho nacido o adquirido al amparo de dicha legislación anterior». Y, aunque rompiendo la claridad sistemática, conviene recordar que el señor X falleció en 1943, después de estar rigiendo la Ley de 12 de mayo de 1942, con lo que los derechos sucesorios, en su caso, operaron a partir de la fecha de su muerte, y hasta entonces nadie podría sentirse perjudicado en sus derechos efectivos por una posible reducción de los mismos, derechos que no habrían nacido en 1942. Me refiero, en concreto, a los derechos derivados del fallecimiento de X, claro es.

Asimismo, la disposición transitoria séptima determina que «los casos no comprendidos directamente en las disposiciones anteriores se resolverán aplicando los principios que les sirven de fundamento».

Es decir, aunque compartiendo el pensamiento de MUÑOZ MORALES de que las leyes de tipo 1942, contentivas de fórmulas derogatorias generales, no son convenientes y de que debe ser política del legislador el derogar concreta y detalladamente cada precepto que desea extinguir, no es menos cierto que, como he intentado acreditar, hay elementos de juicio suficiente para que el intérprete acometa esta labor con esperanzas de no fracasar.

Después de todo lo cual no tengo inconveniente en aceptar el criterio jurisprudencial de que la Ley de 1942 no tiene aspecto prospectivo más que el que ella misma señala. Pero en su momento se traerá a colación el mismo principio con referencia a otra Ley, que, al menos en el pre-

sente caso, sí se ha interpretado retroactivamente, en ausencia de precepto similar al contenido en la sección segunda de la Ley de 1942 y contra jurisprudencia aceptada.

2. *Las innovaciones de la Ley número 229, de 12 de mayo de 1942*

Indicaba antes que la primera innovación de la Ley fue, junto a otras menos expresas, declarar hijos naturales a todos los habidos fuera del matrimonio nacidos después de su entrada en vigor. También dije que para el caso que justifica las presentes páginas eran mucho más interesantes las restantes secciones de la Ley que aquella primera en que anuncia la equiparación de los hijos extramatrimoniales.

Es, en efecto, una de las partes más interesantes de la Ley la serie de efectos que se derivan de su sección segunda, en que reconoce la posibilidad de que hijos nacidos antes de la vigencia de su texto y que no tenían la condición de naturales bajo el régimen anterior ni eran legítimos naturalmente, podrían ser reconocidos por acción voluntaria...

A. *Despersonalización del reconocimiento*

La primera gran innovación de la Ley, que yo llamaría revolución, es la de hacer perder al reconocimiento su carácter personalísimo, peculiar, propio y exclusivo del progenitor, para extenderlo a los herederos del mismo. La sección segunda no es clara y requiere atención.

El reconocimiento voluntario puede efectuarse, según dicha sección, por los padres, y en defecto de éstos, por sus herederos.

¿Se trata, en efecto, de un reconocimiento? Si recordamos que bajo el régimen anterior, en verdad de doctrina, el único reconocimiento es el realizado por los padres, voluntariamente o de modo forzoso, frente al cual está la declaración de filiación, que pueden facilitar los herederos si los padres hubieren fallecido (la cual, es obvio recordarlo, podía ser voluntaria o forzosa), ¿podremos pensar que la sección segunda de la Ley de 1942 prácticamente viene a establecer lo mismo? (43).

Una alternativa se presenta ante la interpretación, que hace posible y lógico el texto legal.

La última proposición de la sección segunda de la Ley de 1942, que se encierra en una oración gramatical totalmente independiente, determina que: «Estos hijos quedarán legitimados por el subsiguiente matrimonio de sus padres entre sí.» «Estos hijos» son, indistintamente, los reconocidos por los padres voluntariamente, o los «reconocidos» por las personas con derecho a su herencia, también voluntariamente. Luego

(43) Las leyes innovadoras, cuanto más las revolucionarias, lo son para modificar efectos, pero no meramente las denominaciones de la vida.

si en cualquiera de ambas hipótesis el subsiguiente matrimonio puede operar para realizar la legitimación, es indudable que las personas con derecho a la herencia de los padres pueden realizar el «reconocimiento» si los padres no lo hacen, por ejemplo, porque no quisieran («en defecto de éstos», dice la Ley).

O, por el contrario, cabe entender que fallecidos los padres sin haberse efectuado el reconocimiento, «en defecto de éstos», las personas con derecho a la herencia pueden hacer el «reconocimiento».

Una cosa es clara: la oscuridad del texto. Y es claro también que aunque la letra de la Ley se exprese de otro modo, las personas con derecho a la herencia nada pueden reconocer con relación a actos realizados por otras personas. Aquí no hay reconocimiento, sino declaración de filiación. Y sí es lógico, sensato y admisible en Derecho que, viviendo o no viviendo los padres, las personas con derecho a la herencia de éstos, y «en defecto de éstos», declaren admitir la filiación de los hijos extramatrimoniales, que sólo tiene alcances patrimoniales. Dicha admisión sería siempre impugnabile por los padres; pero sería un modo noble, por cuya virtud las personas con derecho a la herencia de aquéllos podrían fácilmente subsanar la omisión paterna a efectos patrimoniales. Y si las personas con derecho a la herencia admiten la filiación, lo hacen porque no tendrán inconveniente en aceptar los derechos hereditarios y otros patrimoniales del así «reconocido». Así y sólo así se comprende y tiene sentido que «estos hijos quedarán legitimados por el subsiguiente matrimonio de sus padres entre sí».

Por el contrario, si las personas con derecho a la herencia sólo pueden operar el «reconocimiento» cuando los padres hayan muerto, el legislador ha afirmado algo imposible, pues estos hijos no quedarán legitimados por el subsiguiente matrimonio de sus padres entre sí. Luego como toda norma tiene su significado y el intérprete no puede dejar sin sentido un párrafo de una Ley, parece que se impone como única—y lógica—gramaticalmente posible la siguiente interpretación de la sección segunda de la Ley de 1942: «Los hijos nacidos fuera de matrimonio con anterioridad a la fecha de vigencia de esta Ley y que no tenían la condición de hijos naturales según la legislación anterior, podrán ser reconocidos por acción voluntaria de sus padres, y si éstos no lo hicieren, por declaración de la filiación mediante acción voluntaria de las personas con derecho a su herencia, a todos los efectos legales. Estos hijos quedarán legitimados por el subsiguiente matrimonio de sus padres entre sí» (44).

GONZÁLEZ PALOMINO, jurista de calidad reconocida, ha usado en

(44) Sinceramente, tengo mis dudas acerca de que el legislador quisiera legislar de este modo, siendo lo más probable que en su intención se contuviese la idea de repetir el contenido del artículo 126, C. c.; pero si ésta pudo

alguna ocasión un método de interpretación de resultados sorprendentes. Así pudo lograr saber quién es «ella» en el artículo 1.156 del Código civil. Como las leyes deben ser claras (aunque no vulgares), dicho jurista ha recurrido a la interpretación que el profesional es incapaz de hacer con frecuencia, dando a leer el texto a una persona ignorante del Derecho, de la técnica jurídica, como medio de obtener así una lectura sencilla y clara de un precepto (que debe ser, si es de Ley, sencillo y claro: arts. 14 y sigs. del Código civil). Personalmente he usado de este método para intentar conocer lo que el hombre de la calle puede pensar que significa la sección segunda de la Ley, y la respuesta lograda ha sido: «Pues que estos niños pueden ser reconocidos por los papás o por los señores con derecho a su herencia, y que cuando los papás se casen, los niños estarán ya bien en lo legal.» Frase que si bien puede despertar sonrisas por varios motivos, es radical en cuanto al sentido que el hombre de la calle da al precepto, que, como suele ocurrir con frecuencia, coincide también con mi interpretación, la cual, susceptible de no ser perfecta, está rodeada del matiz de tecnicismo legal normal en la profesión.

Bajo esta interpretación, que se impone por redacción legislativa del texto en cuestión, ¿cuál sería el sistema de la Ley de 1942 con relación al régimen anterior?

Los hijos extramatrimoniales nacidos antes de entrar a regir la Ley de 1942 (que sólo podían tener derecho a alimentos si los progenitores declaraban la paternidad o la maternidad o si el hijo contaba con medios para acreditarla) pueden ser reconocidos, pero sólo voluntariamente, por acción en tal sentido de los padres, convirtiéndose desde entonces en hijos naturales, con los derechos propios de éstos; pero yendo la Ley más allá, admite que la declaración acerca de la filiación pueden realizarla, en defecto de los padres, las personas con derecho a la herencia de éstos, también de modo voluntario, a todos los efectos legales (45).

Cuando esa actuación voluntaria no se lleva a cabo es indudable que

ser la idea, su intención debió manifestarla con claridad, pues la intención sólo puede reconocerse cuando es evidente (arts. 1.233, párrafo segundo; 1.236, 1.240, todos C. c.).

Además, la expresión “en defecto de éstos” no tiene por qué referirse a la muerte, como lo demuestran los artículos 178, 194, etc., C. c. Cuando el legislador así lo quiere lo menciona expresamente (art. 126, C. c.); cabe, asimismo, referir la expresión a la ausencia legal de los artículos 32 y ss., o a la vulgar. Cuando el Código civil quiere especificar, lo hace (arts. 152, 154, 188); la falta de presencia, sin ser muerte, la expresa el legislador de forma similar (arts. 160, 642, párrafo primero, con referencia al párrafo segundo, C. c.).

(45) O a menos efectos, según la voluntad del reconocedor y del aceptante, si así lo acordaron, por ejemplo, en el ámbito patrimonial. Son renunciabiles los derechos y son también contratables en todo lo que no afectan al estado civil (artículo 4, párrafo segundo, C. c.).

el hijo puede proceder judicialmente, hipótesis en la cual el legislador sólo les otorga los derechos que ya afirmaba el Código civil.

Y, como siempre, el subsiguiente matrimonio de los padres entre sí legitima la filiación (art. 124 del Código civil).

La modificación importante ha consistido en hacer factible el reconocimiento por parte de los padres, lo que antes no era posible (sólo podía efectuarse una declaración del hecho filiatorio, impugnabile por quienes se creyesen perjudicados, pero que la Ley no calificaba de reconocimiento a efectos públicos y oficiales), y se ha extendido la facultad que tenían los padres de aceptar la filiación a las personas con derecho a la herencia de éstos (lo que antes era plenamente imposible, pues dichas personas sólo intervenían para el caso de fallecimiento de los padres) indistintamente. Es decir, da la impresión de que al ampliarse las facultades de los padres se transmiten las que éstos tenían antes a otras personas: los herederos de los padres.

Y precisamente como una relativa continuación del sistema anterior, tales posibilidades sólo operan cuando quien reconoce o quien acepta la filiación como hecho actúa voluntariamente. El legislador, consciente de que legitimar a los hijos ilegítimos es un paso precipitado, ha preferido remitir a la voluntad de los interesados las modificaciones que puedan operarse para los nacidos en un momento de transición.

De esta manera, un hijo ilegítimo no natural, como lo eran los actores del presente caso bajo el régimen del Código civil de 1930, logra, con el reconocimiento por acción voluntaria o por la aceptación mediante acción voluntaria, las siguientes mejoras: de ser hijo ilegítimo no natural, con el único derecho a alimentos, pasa a convertirse en hijo natural, con derecho al apellido, a los alimentos y a la porción hereditaria fijada por el Código civil.

Y si aquellos reconocimientos y aceptación de la filiación no se llevan a cabo voluntariamente dichos hijos siguen siendo ilegítimos no naturales con derecho a alimentos.

B. *Derogaciones y modificaciones producidas en el articulado del Código*

La sección cuarta de la Ley, al determinar la derogación de toda Ley o parte de Ley que se oponga a ella, nos deja planteado el problema de qué artículos del Código civil fueron modificados, y en qué términos, o derogados.

El problema es claro para algunos puntos, no para otros. Así, con carácter prospectivo, el artículo 119 («sólo podrán ser legitimados los hijos naturales») deja de estar en vigor, en el sentido de que al distinguirse ya solamente entre hijos legítimos y naturales, su redacción podría

ser: «Los hijos naturales podrán ser legitimados.» Retrospectivamente, dicho precepto debe leerse bajo los siguientes términos: «Los hijos naturales podrán ser legitimados. Esto no obstante, los hijos nacidos fuera de matrimonio con anterioridad a la fecha de 12 de mayo de 1942 (46), que no tenían la condición de hijos naturales antes de dicha fecha, podrán ser legitimados por el subsiguiente matrimonio de sus padres entre sí, si hubiesen sido reconocidos por acción voluntaria de los mismos, o, en defecto de éstos, por las personas con derecho a su herencia, a todos los efectos legales.»

En nada afecta la Ley al artículo 120, que sigue rigiendo («la legitimación de los hijos naturales se verificará por el subsiguiente matrimonio de los padres»), del mismo modo que la alteración del artículo 112 queda limitada a una concreción terminológica («los hijos son legítimos, legitimados y naturales»). El artículo 123 queda redactado exactamente en sus mismos términos («la legitimación de los hijos que hubiesen fallecido antes de celebrarse el matrimonio aprovechará a sus descendientes»). El artículo 124, según MUÑOZ MORALES (47), queda derogado. Sin embargo, personalmente entiendo que debe quedar en vigor, aunque modificado. Me explico.

Determina el artículo 124 que: «La legitimación podrá ser impugnada por los que se crean perjudicados en sus derechos, cuando se otorgue a favor de los que no tengan la condición legal de hijos naturales o cuando no concurren los requisitos señalados en este capítulo», y como dichos requisitos sólo eran que el hijo no fuese natural (art. 119) o que faltase el subsiguiente matrimonio de los padres entre sí, en cualquier caso, la legitimación de dichos hijos opera.

Al establecer la sección segunda de la Ley el contenido que ya es sabido, ¿qué efectos produce en el artículo 124? Todo hijo que no tuviese la condición legal de natural, que sea reconocido por acción voluntaria de los padres, o cuya filiación sea declarada por las personas con derecho a la herencia de los mismos, y en defecto de éstos, adquiere dicha condición, puede ser, pues, legitimado por el subsiguiente matrimonio de los padres entre sí, circunstancia por la cual «los que se crean perjudicados en sus derechos» sólo podrán impugnar dicha legitimación cuando no concurren los requisitos señalados en este capítulo, es decir, cuando se produzca una legitimación sin subsiguiente matrimonio realmente celebrado. Luego el precepto contenido en el artículo 124 no está derogado, como pensaba MUÑOZ MORALES, sino que rige, en parte. Puestos a imaginar una redacción podría quizá decirse: «La legitimación a que

(46) O noventa días después, por función del momento oficial en que debe considerarse en vigor. *Vide supra*, nota 4.

(47) MUÑOZ MORALES, *op. cit.*, pág. 251.

se refiere el artículo... (sección segunda de la Ley de 1942, que debe quedar debidamente insertado en el Código civil) podrá ser impugnada por los que se crean perjudicados en sus derechos cuando se otorgue a favor de los que no tengan la condición legal de naturales, por no efectuarse el reconocimiento voluntario de los padres, y en defecto de éstos, por la de las personas con derecho a su herencia, cuando no concurren los requisitos señalados en este capítulo.» Porque conviene tener en mente que los hijos no naturales, no reconocidos ni mejorados en los términos de la Ley de 1942, podrían ser legitimados en apariencia, y esa legitimación podría, asimismo, ser desvirtuada por las personas que se sintiesen perjudicadas en sus derechos. Y, desde luego, con la salvedad de ser nacidos antes de 1942.

El artículo 125 queda, asimismo, afectado por la Ley de 1942. El texto de dicho artículo en la edición del Código civil de 1930 es:

«Son hijos naturales los nacidos fuera del matrimonio de padres que al tiempo de la concepción de aquéllos hubieran podido casarse sin dispensa o con ella.

El hijo natural puede ser reconocido por el padre o la madre conjuntamente o por uno solo de ellos en el acta de nacimiento o en otro documento público.

El padre estará obligado a reconocer al hijo natural:

1. Cuando exista escrito suyo indubitado en que expresamente reconozca su paternidad.
2. Cuando el hijo se halle en posesión continua del estado de hijo natural del padre demandado, justificada por actos del mismo padre o su familia.
3. Cuando la madre fue conocida viviendo en concubinato con el padre durante el embarazo y al tiempo del nacimiento del hijo.
4. Cuando el hijo pueda presentar cualquier prueba auténtica de su paternidad.

La madre estará obligada al reconocimiento del hijo natural en los mismos casos que el padre y, además, cuando se pruebe cumplidamente el hecho del parto y la identidad del hijo.

El hijo mayor de edad podrá ser reconocido sin su consentimiento.

Cuando el reconocimiento del menor no se haga en acta de nacimiento o en testamento será necesaria la aprobación del Juez de la Corte de Distrito en que resida el menor con intervención del Fiscal.»

Dejando operar sobre este precepto el contenido de la Ley de 1942 tendríamos, más o menos rigurosamente expresado, que:

«Serán hijos naturales todos los nacidos fuera de matrimonio, independientemente de que sus padres hubieran podido contraerlo entre sí al tiempo de la concepción de dichos hijos. También tendrán la consideración de naturales los nacidos antes de la entrada en vigor de la Ley número 229, de 12 de mayo de 1942, que no tenían dicha condición legal, si hubiesen sido reconocidos

por acción voluntaria de sus padres, y en defecto de éstos, por la de las personas con derecho a su herencia, a todos los efectos legales. Si el reconocimiento fuese efectuado para otros efectos concretos y determinados, sólo para éstos surtirá eficacia (48).

El hijo natural puede ser reconocido por el padre y la madre conjuntamente o por uno solo de ellos en el acta de nacimiento o en otro documento público. También podrán serlo por acción voluntaria (49).

El padre estará obligado...

La madre estará obligada...

Cuando el reconocimiento del menor...»

MUÑOZ MORALES sólo considera afectado el artículo 125 por la sección primera de la Ley de 1942, y así lo confirma sin lugar a dudas (50). Pero no veo razón alguna para considerar que la Ley de 1942 sólo opera en su sección primera, sobre todo cuando la sección segunda se manifiesta con tan claros efectos retroactivos. Y mientras cronológicamente existan supuestos en que dicha sección opere, la reforma del Código civil, en su artículo 125, deberá recoger el sentido de la modificación legal. Por más que si la Ley modifica al Código, la redacción de éste debiera ajustarse lo más exactamente posible, con independencia de que surja en la realidad la posibilidad de su aplicación o no.

Los artículos 126 y 127 no se ven afectados (51).

El artículo 128, que MUÑOZ MORALES estima derogado (52), queda, aunque de modo radical, sólo modificado. Dice el precepto que: «Los hijos ilegítimos en quienes no concurre la condición legal de naturales sólo tendrán derecho a exigir de sus padres alimentos, conforme al artículo 143.»

La Ley de 1942 sólo extingue la eficacia del precepto prospectivamente, pero la sección segunda puede dar base para que el artículo 128 se mantenga subsistente. Dicha sección, como ya he indicado reiteradamente, se limita a equiparar con los hijos naturales a los ilegítimos no naturales que fuesen reconocidos en los términos ya sabidos. Pero ¿y si ese reconocimiento o admisión de la filiación no se produce? ¿Qué ocurre con los hijos ilegítimos no naturales no beneficiados por esa acción voluntaria del padre o de la madre o de las personas con derecho a heredarlos? Para ellos es precisamente de aplicación el artículo 128, que les otorga el derecho de alimentos, derecho nunca negado, con excepción de

(48) *Supra*, nota 45.

(49) Aunque no me he referido a la cuestión envuelta en esta expresión; pero prefiero adelantar camino, ya que las razones se indican oportunamente.

(50) MUÑOZ MORALES, *op. cit.*, pág. 407. Por el contrario, CALDERÓN cree "... que la legislación de 1942 y 1945.. dejó en vigor el artículo 125 del C. c." (*op. cit.*, pág. 106).

(51) En igual sentido, MUÑOZ MORALES, *op. cit.*, pág. 407.

(52) *Ibidem*.

oscuros momentos del Derecho español, que no del puertorriqueño. Para esos hijos, el artículo 128 está vigente, aunque modificada su redacción en términos que, disculpándoseme esta aparente afición a sustituir al legislador, podrían ser: «Art. 128: Los hijos nacidos fuera del matrimonio con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley número 229, de 12 de mayo de 1942, que no tenían entonces la condición legal de naturales y que no fuesen reconocidos por acción voluntaria de sus padres, y en defecto de éstos, por la de las personas con derecho a su herencia, sólo tendrán derecho a exigir de sus padres alimentos, conforme al artículo 143.»

También MUÑOZ MORALES estima derogado el artículo 129, por iguales razones que cree derogado el artículo 128 (53). Personalmente entiendo, por los mismos argumentos en que me fundo para pensar sólo esencialmente modificado el artículo 128, que el artículo 129 permanece exactamente igual, ya que, refiriéndose sólo a supuestos contemplados en el artículo 128, éste determina la extensión del artículo 129.

Finalmente, creo con MUÑOZ MORALES que artículos como el 143, 152, etc., sufren alteraciones de tono menor, por ejemplo, suprimiéndose la expresión «hijos ilegítimos», ya improcedente.

ACCIÓN VOLUNTARIA

Conocida es la posición mantenida, radical e inflexiblemente, por la jurisprudencia en torno al significado que la expresión «acción voluntaria» tiene a la luz de la Ley de 1942. «Acción voluntaria», para el Tribunal Supremo, ha sido un reconocimiento en los términos decretados por el artículo 125 del Código civil de 1930 antes de publicarse la Ley de 1942.

En *Correa vs. Sucesión Pizá*, 64 D.P.R., 987, contemplando un supuesto parecido, que no igual, consistente en un hijo nacido después de 1942, con relación al cual su padre realiza actos después de 1942 que parecen fundamentar la filiación, determinó que dichas actuaciones no eran la *acción voluntaria* contemplada por la Ley de 1942, ya que, según el Tribunal, la sección segunda de dicha Ley debe ser leída a la luz del artículo 125 del Código civil de 1930. Doctrina que mantuvo igual en otras decisiones (*Cruz vs. Andrini*, 66 D.P.R., 124; *Fernández vs. Sucesión Fernández*, 66 D.P.R., 881, etc.). Conclusión conforme a la cual, y como recoge CALDERÓN (54), a los efectos de la jurisprudencia, por «acción voluntaria» se concibe sólo un reconocimiento efectuado en

(53) *Ibidem*.

(54) CALDERÓN, *op. cit.*, pág. 102.

el acta de nacimiento, en testamento o en otro documento público, que incluye una declaración jurada (55).

Que esta interpretación había sido exagerada es algo que, como siempre que se trata de jurisprudencia, se demostró tarde, teniendo que esperar a la opinión mayoritaria recaída en el caso *Figuerro vs. Díaz*, 75 D.P.R., 163, en que se indicó que la eliminación de la prueba robusta y convincente para casos de filiación, como el que se presentaba, no significaba «que estemos legislando, sino que estamos *eliminando un aditamento puramente judicial* que este Tribunal había *incorporado al estatuto* (énfasis suplido), en función de lo cual el Tribunal deja de patrocinar una interpretación restrictiva del artículo 125 del Código civil, rechazando, asimismo, un criterio inflexible y mecánico para valorar la prueba de filiación como situación fáctica.

Ahora bien, como el caso de referencia (fiel exponente, además, de por qué los Tribunales no deben «legislar» ni «hacer incorporaciones» a las leyes) surgió como consecuencia de reclamación entablada por un hijo nacido después de 1942 (por tanto, hijo natural a todos los efectos), dicha resolución jurisprudencial tendría quizá poca fuerza para intentar, con base en ella, referir sus criterios a un hijo nacido antes de 1942, aunque arropado, en parte, por la sección segunda, en relación con la sección cuarta de dicha Ley.

Bastante antes que la jurisprudencia del Tribunal Supremo accediera a ablandar sus criterios, la doctrina jurídica había acertado plenamente en torno a la necesidad de interpretar las normas sobre expresión de voluntad en materia de reconocimiento filiatorio de modo liberal, por tratarse simplemente de normas restrictivas y de carácter relativamente odioso.

Refiriéndose a problemática similar del Derecho español (correspondiente para aquel entonces a la etapa de rigor mantenida contra los hijos extramatrimoniales en el Derecho puertorriqueño), escribe CLEMENTE DE DIEGO que «los modos de expresión de la voluntad en el acto jurídico (*verbis, litteris, rebus et factis*) constituyen la base de la interpretación, y en este sentido tiene razón REGELSBERGER cuando dice que la doctrina de la interpretación se toca con la de los requisitos del acto jurídico, sobre todo los de la forma» (56). «Reconocer voluntariamente un hijo

(55) De acuerdo con el artículo 31 de la Ley núm. 24, de 22 de abril de 1931, según fue modificada por la Ley núm. 17, de 12 de mayo de 1943, "cuando el reconocimiento de un hijo natural se hiciere en documento público o en una declaración jurada, bastará la presentación de dicho documento o declaración para que el encargado del Registro Demográfico proceda a inscribir el mismo". En el caso *Ramos vs. Rosario*, 67 DPR 688, se hizo el reconocimiento en declaración jurada. Ver, además, *Cortés vs. Cortés*, 73 DPR 696.

(56) CLEMENTE DE DIEGO, F.: *Instituciones de Derecho civil español*, Madrid, 1959, I, págs. 310-311.

el padre es confesar la paternidad, y si es madre, la maternidad» (57). «El Código utiliza la palabra reconocimiento como sinónima de declaración del hecho biológico de la paternidad. Así, en los artículos 135, párrafo primero, y 140, párrafo segundo (que tienen su correspondencia en los arts. 125, párrafo último, y 129, párrafo segundo, del Código civil de Puerto Rico), se habla de documento o escrito indubitado en el que expresamente se reconozca la paternidad o filiación. Pero 'reconocer expresamente la paternidad o filiación' no es frase que tenga que significar algo distinto de 'declarar expresamente la paternidad o filiación' e implique, por tanto, una diferencia sustancial necesaria entre reconocimiento y declaración de paternidad» (58).

Por su parte, ha escrito CASTÁN TOBEÑAS que, con arreglo a la concepción de nuestro Código y de la jurisprudencia, creemos que el reconocimiento, aunque de carácter un tanto complejo, participa más de la naturaleza del reconocimiento admisión (o afirmación de paternidad), «que de reconocimiento confesión» (o voluntad de reconocer), «y constituye más bien... un negocio jurídico dirigido a establecer un vínculo de familia» (59).

Quiérase o no, esta misma idea late en la sección segunda de la Ley de 1942, al admitir que quienes fueron progenitores pueden llevar a cabo el «reconocimiento» que aquéllos no efectuaron, precisamente porque si bien el reconocimiento, en cuanto afirmación de conocer cosas de propio conocimiento, sólo puede operarse por el actor (*re-cognosco*), se limita en su esencia a aceptar unos hechos o actos producidos como efectivamente realizados (aceptación de la filiación para los herederos).

Pero hay más argumentos. Porque si la jurisprudencia mantiene un criterio que cree sostener racionalmente, también deben sostenerse las consecuencias de ese razonamiento, aunque no se deseen aceptar. Tal como, en punto a responsabilidad, rige la materia en Derecho inglés a partir de la resolución tan célebre de *Rylands vs. Fletcher*, y que el refranero castellano conoce desde siglos con el aforismo de que «quien está a las duras, está a las maduras».

Y si la jurisprudencia se declaró a «las maduras» en el caso *Rivera vs. Rivera*, 78 D.P.R., 908, al determinar que el reconocimiento realizado por el padre forma parte de los negocios jurídicos, pudiendo ser revocado si se acredita que el mismo se realizó con vicio que anulase el acto, como el error, el dolo, la intimidación o la violencia, no veo

(57) *Ibidem*, II, pág. 629. En el mismo sentido, sentencias del Tribunal Supremo de España de 21 de febrero de 1934 y 8 de marzo de 1943; también, la de 22 de enero de 1948.

(58) *Ibidem*, II, págs. 629-630.

(59) CASTÁN TOBEÑAS, J., *op. cit.*, V, vol. II, pág. 53.

argumento de peso para seguir afirmando que el reconocimiento deja de ser negocio jurídico cuando no se trate de impugnarlo. Pues lo sensato y consecuente es que el reconocimiento tenga una determinada naturaleza jurídica constante y no modificable en cada ocasión.

El reconocimiento es, en efecto, un acto jurídico. Y los actos jurídicos requieren de una forma, tanto porque sin forma no pueden hacerse evidentes como porque el Derecho, con frecuencia relativa, puede exigir una forma predeterminada *ad solemnitatem* para entender producidos determinados efectos.

El reconocimiento, como acto jurídico, está sometido al régimen de los actos jurídicos. Y los actos jurídicos, cuando son exteriorizados por su autor, son susceptibles de distinguirse bajo dos fases o prismas: la manifestación de voluntad o exteriorización elemental de quien la hace, siendo para ello cualquier medio susceptible de realizar esa manifestación o exteriorización, y la formalización necesaria y exigida por la Ley para que dicha exteriorización produzca los efectos legales típicos (concretos, determinados y específicos; éstos y sólo éstos) prevenidos por la norma.

GARCÍA-TREVIJANO FORTE, resumiendo el pensamiento de BETTI (60) y, además, exponiendo una construcción doctrinal unánimemente aceptada ha podido, por ello, distinguir dos grandes grupos de actos exteriorizadores: aquellos en que el sujeto agente exterioriza una intención o voluntad con cualquier medio plástico (*verbis, litteris, rebus*) y aquellos otros en que el agente, por su comportamiento, manifiesta su voluntad (*factis*).

Los primeros pueden ser mediatos o inmediatos. En la manifestación inmediata, hecha directamente al destinatario que está presente en la comunicación, el acto de la emisión por el que el actor se desprende de su expresión y el acto de expresión mismo son una misma cosa y tienen carácter irrevocable. La manifestación mediata, a través de un medio de comunicación, hace que la expresión sea precedente, produciéndose con la formación de ese medio de comunicación (por ejemplo, el escrito), mientras que la emisión es subsiguiente a la expresión de la voluntad, consistiendo dicha emisión en poner en acción el procedimiento por el que la noticia llegará al destinatario (expresión formulada). A quien escoge el camino de la declaración (si mediata o inmediata) le corresponde el riesgo de una notificación inexacta o incompleta.

El comportamiento opera, por el contrario, una determinada regulación de intereses por sí mismo, al producirse y modificarse el mundo social en que se actúa. Se trata de una conducta concluyente, que cons-

(60) GARCÍA-TREVIJANO FORTE, *loc. cit.*, tema 30, citando a BETTI, *Teoría General del Negocio Jurídico*, Madrid, 1956.

tituye una forma de manifestación indirecta; constituye una conducta que tomada en sí misma no tiene por función hacer conocer a ciertos interesados un contenido preceptivo, pero que, por deducción necesaria y unívoca, impone una conclusión. De ahí su denominación: *facta concludentia*.

A la luz de estos conceptos, ¿es posible atribuir acierto a la jurisprudencia al referir el significado de «acción voluntaria» al régimen estricto y formalista del sistema anterior a la Ley de 1942? ¿Es posible elaborar un significado por demás tan contrario a su sencillo y popular sentido, que implica una abierta contradicción con la posibilidad reconocida en la sección segunda de la Ley de 1942 de que los herederos de los padres, en defecto de éstos, puedan «reconocer» a la descendencia ilegítima?

Se podría objetar aparentemente que como dicha sección segunda determina que esos herederos también han de efectuar el «reconocimiento» mediante acción voluntaria, ninguna diferencia existe. Pero esta objeción sería engañosa y falsa. Engañosa, porque implicaría para su defensa involucrar lo antecedente con lo consecuente (rigidez del sistema anterior distinto para justificar uno posterior contrario a aquél, que se quiere justificar con aquel mismo). Falsa, porque ni siquiera recurriendo al régimen de 1911 puede justificarse el someter a un formalismo *ad solemnitatem* la eficacia constitutiva de unos actos para los cuales es suficiente con su aceptación llana y simple. Por ello, que a diferencia de los restantes supuestos de formalidad constitutiva *ad solemnitatem* (61), no se exige ésta por la Ley.

Bajo el sistema de 1911 se comprende que el reconocimiento necesitase de una formalidad solemne, pues se refiere a cuestiones de estado civil; porque en un acto de tal naturaleza deben emplearse formalidades que garanticen todo lo posible que el reconocimiento no es obra de la sorpresa o del engaño; porque el hijo, por virtud del reconocimiento, adquiere un nuevo estado civil, y el estado de las personas debe fundarse en actos revestidos de máxima solemnidad, en cuanto ésta es garan-

(61) El consentimiento a los menores⁸ para poder contraer matrimonio (artículo 77, C. c.); el formalismo del matrimonio (art. 110, C. c.); la legitimación de los hijos, que sólo puede efectuarse mediante matrimonio de los padres entre sí (art. 120, C. c.); las formalidades para la adopción (arts. 130 y 135, C. c.); las formalidades del testamento (art. 636, con la salvedad del artículo 665, C. c.); de la donación de la cosa mueble sin entrega simultánea (artículo 574, C. c.); para donación de cosa inmueble (art. 575, C. c.); la condonación expresa (art. 1.141, C. c.); para la subrogación del deudor sin consentimiento del acreedor (art. 1.165, C. c.); para capitulaciones matrimoniales y sus modificaciones (art. 1.273, C. c., con la salvedad del art. 1.276 del mismo cuerpo legal); para la constitución del censo enfiteútico (art. 1.520, C. c.); para la sociedad en que se aportan bienes inmuebles (art. 1.559, C. c.), etc.

tizadora del carácter de verdad. La mera circunstancia, pues, de que la reforma de 1911 mencionase el documento público es evidente que excluye el privado, por cuanto éste debe ser ignorado como dotado de valor en cuanto al reconocimiento, sin que baste la adquisición de la autenticidad por cualquier medio de entre los señalados por la Ley. Pero pretender esa misma formalidad para un «reconocimiento» realizado por personas a las que la aceptación de la filiación sólo afecta patrimonialmente sería en verdad excesivo, pues el régimen patrimonial es mucho más simple que el régimen de las cuestiones de estado civil. En fin, que si el mismo legislador silencia la referencia a un modo solemne constitutivo—y nada dice la Ley de 1942—, por las mismas razones que la alusión al documento público excluía el privado, el silencio del legislador en la Ley de reforma implica, asimismo, la reforma del formalismo; porque la solemnidad constitutiva, al ser excepcional, no se presume, sino que es exigida por la Ley precisamente (62).

La Ley de 1942 debió ser considerada como un principio de retorno al sistema de 1902, como ya hoy es evidente. Políticamente, por el acceso al poder de un partido de ancha base popular, programáticamente innovador. Jurídicamente, porque ya la afirmación de que todos los hijos habidos fuera del matrimonio serán naturales, es una revolución en el sistema del Código civil. Y aun admitiendo que para las situaciones de transición la Ley de 1942 fuese más conservadora, sería incomprensible que, por virtud de interpretación judicial ante el significado de lo que sea «acción voluntaria», se restringieran ciertos derechos a determinados hijos, derechos que les reconocía incluso la legislación anterior. Esta afirmación quedará demostrada al analizar la Ley de 12 de mayo de 1945, motivada precisamente por aquella jurisprudencia.

Buena prueba, además, de que aquella exigencia de formalismo no era necesaria la tenemos en la admisión del reconocimiento por medio de una declaración jurada, que nada tiene de documento público ni de solemnidad (art. 31, Ley núm. 24, de 22 de abril de 1931, según se enmendó por la Ley núm. 117, de 12 de mayo de 1943).

Sin embargo de lo dicho, la Ley de 1942 se interpretó yendo más allá que la misma Ley; se incluyó en ella una limitación que la misma no contenía. Y como acertadamente pudo opinar el honorable Juez presidente, «al hacerlo así perdió de vista (la interpretación judicial) el hecho innegable y cierto de que bajo los dos primeros incisos del párrafo tercero del mismo artículo 125—escrito indubitado y posesión de estado—, los actos del padre para dar derecho al hijo natural a instar la acción judicial para su reconocimiento tienen que ser, y de hecho y de

(62) *Ibidem*.

Derecho son, tan voluntarios y espontáneos como los del reconocimiento que, bajo el párrafo segundo de dicho artículo, puede hacer el padre...; reconocimientos que si bien carecen de la solemnidad que caracteriza el reconocimiento expreso en el acta de nacimiento o en documento público, constituyen actos tan voluntarios y espontáneos como éstos» (63).

AUSENCIA DE «ACCIÓN VOLUNTARIA»

No operándose el reconocimiento de los hijos, a que alude la sección segunda de la Ley de 1942, mediante esa «acción voluntaria», en los términos requeridos por la jurisprudencia, ¿cuál es el régimen de dichos hijos?

Es claro que si los hijos nacidos fuera de matrimonio con anterioridad a la fecha de vigencia de esa Ley, y que no tenían la condición de naturales, podían ser reconocidos de determinada forma, la ausencia de reconocimiento lo único que opera es la no alteración del sistema jurídico a que quedan sometidos dichos hijos. Y como los hijos nacidos fuera de matrimonio con anterioridad a 1942, que no tenían la condición de naturales, eran los hijos ilegítimos no naturales, queda subsistente para éstos el régimen de derechos—y de obligaciones o deberes—determinados en el Código civil. Derechos, por lo que aquí interesa, que se limitan al de alimentos (art. 128 del Código civil), una vez establecida la relación paterno filial.

Naturalmente, y como consecuencia ineludible, necesario para reclamar alimentos es instar el correspondiente juicio sobre la filiación, único modo de acreditar ésta; de acuerdo también con el artículo 129 del Código civil, a cuyo tenor el derecho de alimentos reconocido en el artículo 128 «sólo podrá ejercitarse: 1. Si la paternidad o maternidad se infiere de una sentencia firme dictada en proceso criminal o civil. 2. Si la paternidad o maternidad resulta de un documento indubitado del padre o de la madre en que expresamente reconozca la filiación».

Y para acreditar su filiación, es obvio, pueden seguirse dos caminos. Uno, instar juicio sobre filiación para con la sentencia pedir los alimentos, o instar juicio sobre filiación y alimentos conjuntamente, solicitando ambos al tiempo, decretada previamente la filiación como causa de los alimentos. Así lo ha entendido la jurisprudencia al reconocer, en *Rivera vs. Cardona*, 56 D.P.R., 819 (64), que «el derecho de alimentos está tan íntimamente relacionado con la determinación de la paternidad, que no vemos razón alguna que impida resolver toda la controversia en un solo pronunciamiento, ya se dirija éste a la declaración de la paternidad

(63) En cita de CALDERÓN, *op. cit.*, pág. 104.

(64) En cita de *Ibidem*, pág. 94.

y como un incidente del mismo se reclamen alimentos, ya se trate, como en el presente caso, de una reclamación de alimentos donde incidentalmente se establezca la paternidad».

Pero sí quiero dejar desde ahora bien claro que la circunstancia de que en un solo pleito pueda sustanciarse una y otra cuestiones no significa que forzosamente hayan de instarse las dos en un solo pleito. Piénsese que el actor en el pleito de filiación sabe que acreditando la misma puede obtener los alimentos sin necesidad de contención. ¿Para qué entonces plantear judicialmente algo que puede obtenerse por vía amigable?

POSIBILIDAD DE QUE LOS HIJOS ILEGÍTIMOS PUEDAN AMPARARSE EN EL PROCEDIMIENTO DE RECONOCIMIENTO FORZOSO, REFERIDO A LA DECLARACIÓN FORZOSA DE FILIACIÓN DIRIGIDA A LOS HEREDEROS DE LOS PADRES, AL AMPARO DE LA LEY NÚMERO 229, DE 12 DE MAYO DE 1942

Distinguidos como actos totalmente distintos los de *reconocimiento* y aceptación o *declaración de filiación*, entendido el primero como referido única y exclusivamente a los progenitores y referido el segundo a cualquier persona que pueda ser afectada patrimonialmente por el hecho filiatorio, tomada en consideración la circunstancia de que la Ley de 1942, en los términos en que se expresa, hace posible, en la más rigurosa interpretación, que pueda realizarse un acto declarativo de la filiación, incluso en vida de los padres, que pudieron efectuar el reconocimiento y no lo hicieron; valorando esto queda en pie una cuestión adicional, a la que antes me he referido sin entrar de lleno en ella: ¿pueden los hijos ilegítimos no naturales, que no fueron *reconocidos* formalmente por los padres, provocar una declaración forzosa de filiación basándose en actos voluntarios de los padres?

Los términos en que se expresa el legislador de 1942 permiten diversas alternativas de interpretación, de las cuales, como ya sabido y reiterado, la jurisprudencia ha aceptado la más estrecha de todas, basándose en el significado restringidísimo de lo que sea «acción voluntaria».

Pero no sólo no cabe esa interpretación, sino que, en términos de planteamiento, con cierta indiferencia hacia el significado que pueda encerrar aquella expresión de «acción voluntaria», es legítimo plantear otro aspecto, poco claro en la Ley o, al menos, susceptible de ser discutido.

Bajo el régimen anterior al de la Ley de 1942 es sabido que el reconocimiento, efectuado o efectuable por los padres, podía realizarse voluntariamente y, en su defecto, de modo forzado. La sección segunda de la Ley de 1942, al extender a los herederos del causante de la rela-

ción paterno filial la posibilidad de efectuar, ya que no el reconocimiento, sí la declaración de filiación «en defecto de éstos» y durante la vida de los mismos, ¿hace factible que pueda dirigirse a dichos herederos una pretensión actuada procesalmente para que dicha declaración o aceptación de filiación se realice de modo forzado, adquiriendo de esta manera la condición legal de naturales?

Ha quedado indicado ya que bajo el régimen anterior a 1942 el hijo natural podía solicitar el reconocimiento forzoso y la declaración de filiación también de igual modo (art. 126 del Código civil).

Ahora bien, aunque ya la posibilidad de que los herederos del o de los padres puedan hacer la declaración de filiación, incluso en vida de aquéllos, pero siempre «en defecto de éstos», es una alteración radical del sistema, sería demasiado fuerte pretender que también los hijos ilegítimos no naturales pudiesen alcanzar la calificación de naturales contra la voluntad de los padres. Es cierto que la Ley de 1942 no impide expresamente esta situación, pero no es menos cierto que falta base para esa hipótesis.

Conviene, sin embargo, advertir que como la Ley no distingue entre actos espontáneos y no espontáneos, el problema podría plantearse bajo diversas modalidades, todas ellas admisibles en interpretación, aunque todas ellas cercenadas por virtud de la actitud jurisprudencial. Cabe, por ejemplo, que dándose una serie de acciones voluntarias, los llamados a aceptar o reconocer la filiación no lo hicieren espontáneamente, por lo que el interesado podría incoar un pleito para que en el mismo se calificase esa actuación voluntaria; hipótesis bajo la cual sólo se contemplaría una ratificación judicial, y por ello formal, del reconocimiento que se había realizado por acción voluntaria. Es claro que rechazar esta hipótesis vendría a significar que esa acción voluntaria es una expresión concebida en términos procesales, que el reconocimiento se lleva a cabo por acción voluntaria cuando el reconocedor o aceptante de la filiación ejercita la acción en tal sentido (todo ello factible al amparo de una sentencia declarativa); pero que la «acción voluntaria» es un término más abarcador que el concepto de sentido procesal es obvio, pues es comprensivo de actuaciones no procesales, es decir, siendo la «acción» entendida en sentido vulgar (razón por la cual sería contradictorio referirla a ciertas formas de «acción» con exclusión de otras).

Pero con el fin de poner punto final a este tema, como quiera que la redacción legal permite numerosas matizaciones, concreciones, etc., puede concluirse con la indicación pura y simple de que quizá la Ley de 1942, en sí misma y en sus relaciones con el Código civil, es susceptible de considerarse en sentidos y significados muy diversos. Por lo que puede aprovecharse el momento para solicitar que se atienda debidamente este

aspecto dotando a las cámaras de los adecuados servicios de asesoramiento jurídico.

LA LEY NÚMERO 243, DE 12 DE MAYO DE 1945

Es posible que quien se tome la molestia de leer estas páginas se extrañe de traer a colación un texto legal cuya fecha de entrada en vigor es bastante posterior a la legislación aplicable al momento de ocurrir los hechos involucrados en el pleito que comento. Pero hay una explicación muy sencilla para ello. Esta Ley de 1945 vino a rectificar parte del contexto de la Ley de 1942 del siguiente modo:

«Artículo 1. El título de la Ley número 229, aprobada en 12 de mayo de 1942, queda por la presente enmendado para que lea como sigue: 'Para declarar hijos naturales a todos los niños nacidos fuera de matrimonio con posterioridad a la fecha de vigencia de la presente Ley; para que los hijos nacidos con posterioridad a la fecha de vigencia de la presente Ley que no reúnan las condiciones de hijos naturales, según la legislación anterior, puedan ser reconocidos, a todos los efectos legales, por acción voluntaria de sus padres, y en defecto de éstos, por la de las personas con derecho a su herencia, y en caso de que éstos no hagan tal reconocimiento se considerarán hijos naturales al solo efecto de llevar el apellido de sus padres y para otros fines.'

Art. 2. La sección segunda de la Ley número 229, aprobada en 12 de mayo de 1942, queda por la presente enmendada para que lea como sigue: 'Sección 2.—Los hijos nacidos fuera de matrimonio con anterioridad a la fecha de vigencia de esta Ley, y que no tenían la condición de hijos naturales según la legislación anterior, podrán ser reconocidos por acción voluntaria de sus padres, y en defecto de estos, por la de las personas con derecho a su herencia, a todos los efectos legales. Estos hijos quedarán legitimados por el subsiguiente matrimonio de sus padres entre sí.'

'En caso de que los hijos a que se refiere esta acción no fueren reconocidos por acción voluntaria de sus padres, y en defecto de éstos, por la de las personas con derecho a su herencia, dichos hijos se considerarán hijos naturales al solo efecto de llevar el apellido de sus padres. La acción para este reconocimiento se tramitará de acuerdo con el procedimiento que fija el Código civil de Puerto Rico para el reconocimiento de los hijos naturales. ENTENDIÉNDOSE, SIN EMBARGO, que tal reconocimiento sólo tendrá el alcance que aquí se expresa.'

Art. 3. Toda Ley o parte de Ley que se oponga a la presente queda por ésta derogada.

Art. 4. Esta Ley, por su carácter de urgente y necesaria, empezará a regir inmediatamente después de su aprobación» (*sic*).

La Ley de 12 de mayo de 1945 no sólo reformó profundamente la Ley de 1942—no obstante su aparente intención concretadora en el ámbito de la interpretación—, sino que ha provocado una alteración radical en punto al régimen jurídico de los hijos extramatrimoniales no naturales, como voy a indicar.

Es lástima que el legislador, que pudo aprovechar la ocasión para superar la desafortunada expresión de «acción voluntaria», insista en ella (con lo que también, al parecer, pudiera estar aceptando la interpretación jurisprudencial, lo que, desde luego, no justifica aquella permanencia en iguales términos), mientras que, por el contrario, se preocupa en hacer precisiones elementales, como la referencia al procedimiento regulado en el Código civil de Puerto Rico (¿de dónde, si no?).

La Ley de 1945, como posterior a la de 1942, sólo vino a regir el día de su entrada en vigor, es decir, el 12 de mayo (según consignación que se hace en la Colección Legislativa). Consecuencia de lo cual es que cualquier planteamiento judicial efectuado antes de aquella fecha o después, pero por función de hechos acaecidos antes de la misma (65), no queda afectado por las disposiciones de dicha Ley.

He de advertir que ésta es mi opinión personal, no compartida, por ejemplo, por MUÑOZ MORALES, quien, cuando trata de la Ley de 1942 *in extenso*, recoge el régimen de la misma según fue enmendado por la Ley de 1945 (66); tampoco la parece compartir CALDERÓN, quien, al transcribir la sección más importante de la Ley de 1942, incluye el texto reformado por la Ley de 1945 (67). Y explicablemente no ha sido compartida por la jurisprudencia (*Peña vs. Sucesión Blondet*, 72 D.P.R., 9; *Figueroa vs. Díaz*, 75 D.P.R., 163; *Agosto vs. Javierre*, 77 D.P.R., 471; *Eliciter vs. Sucesión Cautiño*, 70 D.P.R., 432). Aunque me cabe la satisfacción de saber que ya hace años existían opiniones de índole similar a la mía (como la vertida por los Magistrados NEGRÓN FERNÁNDEZ y BELLAVAL, etc.: *Eliciter vs. Sucesión Cautiño*, y *Vargas vs. Jusino*, citadas, y *Armaiz vs. Santamaría*, 75 D.P.R., 579, cuyas opiniones, disidentes de la mayoría, se acercan al mismo fin, aunque el recorrido se realice por distintos caminos).

BREVE REFERENCIA A DEROGACIONES Y MODIFICACIONES PRODUCIDAS POR LA LEY DE 12 DE MAYO DE 1945

Dejando a un lado el impacto de la Ley de 1945, que implica para la redacción del Código civil de 1930, en esencia tal Ley se limita a modificar—para los efectos del caso que motiva las presentes páginas—la redacción de la sección segunda de la Ley de 12 de mayo de 1942 (prin-

(65) Según la jurisprudencia, como se indicó *supra*, *Morales vs. Cerame*, etcétera.

(66) *Ibidem*, págs. 400 y ss.

(67) CALDERÓN, *op. cit.*, pág. 98. Aunque en la página 100 hace una breve referencia al contenido original de la Sección segunda de la Ley de 1942, esta referencia pasa inadvertida; en la página 106 rechaza la idea, aunque de modo tácito, pero indudable.

cipio de prueba de que la misma decía mucho más, o mucho menos, de lo que en apariencia decía), modificación que opera en dos sentidos. En el primero, alterando literalmente la redacción de aquella sección segunda, al añadirse a la misma un párrafo segundo, en que se prevé que en ausencia de *reconocimiento* por acción voluntaria, los hijos ilegítimos podrán ser considerados como naturales al solo efecto de llevar el apellido. En el segundo, de modo mucho más amplio, al establecerse una referencia expresa al procedimiento regulado en el Código civil (artículo 125, pero también el 126) para el reconocimiento de hijos naturales.

Dada la fórmula derogatoria del artículo 3 de la Ley de 1945, referida, como ya es costumbre, a toda Ley o parte de Ley incompatible, y dada la referencia del artículo 2, proposición última, que hace con relación al procedimiento de reconocimiento obligatorio regulado por el Código civil, cabe plantearse: ¿derogó la Ley de 1945 el artículo 127 del Código civil, referente a los derechos del hijo natural reconocido, o, por el contrario, vino a establecer un régimen especial para un grupo de hijos ilegítimos que se calificarían de naturales con efectos limitados?

Sería demasiado reconocer que el legislador, quien viene marcando pautas desde 1942, con mayor o menor fortuna, para establecer un sistema de equiparación y de igualdad, finalmente, fuese a instaurar en 1945 otro sistema distinto a los demás, más restrictivo que el tradicional de filiación natural, haciendo desaparecer a éste. Por lo que tomando también en consideración el hecho de que el legislador introduce en ocasiones determinadas reformas sin plena conciencia de su alcance (como, con gran delicadeza, reconoce MUÑOZ MORALES, *op. cit.*, pág. 349), parece ser más sensata la interpretación que nos lleva a considerar que junto al régimen tradicional establecido por la Ley de 1942, la de 1945 vino a prevenir otro aplicable solamente a los hijos ilegítimos no naturales bajo el sistema del Código civil, para calificarlos de hijos naturales al solo efecto de llevar el apellido.

De este modo tenemos, de un lado, unos hijos naturales (así calificados los extramatrimoniales, ilegítimos no naturales) reconocidos voluntariamente con derecho al apellido, a alimentos y a la porción hereditaria. Por otro lado, habrá unos hijos naturales reconocidos por acción voluntaria con iguales derechos que aquéllos; unos hijos naturales reconocidos forzosamente también con idénticos derechos, y unos hijos originalmente ilegítimos no naturales reconocidos por «acción forzosa» en ausencia de «acción voluntaria» con único derecho a llevar el apellido, a la vez que hijos ilegítimos no naturales que sin pretender reconocimiento alguno tendrán derecho a alimentos.

Naturalmente, los hijos ilegítimos no naturales podrán, en ausencia

de acción voluntaria, ejercitar la acción, tanto para ser reconocidos «naturales con el solo derecho al apellido», como para ser calificados de hijos ilegítimos, con filiación debidamente acreditada, con derecho a los alimentos. Interpretación que es totalmente correcta desde el momento en que la Ley de 1945 sólo se limita a facilitar un reconocimiento forzoso o una declaración de filiación también forzosa, a efectos de usar el apellido paterno o materno, pero sin extinguir ni prohibir la presencia de hijos ilegítimos no naturales. Cuestión del interés de cada uno será elegir entre ambas posibilidades.

OLIVARI ET AL. VS. OLIVARI ET AL., A LA LUZ DE LA LEGISLACIÓN APLICABLE EN SU DÍA

Al comienzo del comentario del que es objeto el pleito de referencia aceptaba sin condiciones el principio de que en materia de filiación la Ley que rige es la vigente al momento del nacimiento, según ha entendido la jurisprudencia, sin perjuicio, desde luego, de reconocer que el Código civil dice lo contrario (art. 125, párrafo primero). También indicaba que dicho principio jurisprudencial no puede ser aplicado con rigidez tal que deje inaplicable la letra de la Ley. en concreto, de la sección segunda de la Ley de 1942.

Pero si se armonizan ambos criterios debidamente, y he de considerar que ese «debidamente» se efectuó páginas atrás, creo que el caso es aprovechable para algunas precisiones que deben hacerse.

Nacidos los interesados durante la vigencia del Código civil de 1930, de padres que al momento de la concepción no podían contraer matrimonio entre sí, los actores en el presente pleito tendrían la condición de hijos ilegítimos no naturales con único y exclusivo derecho a alimentos, derecho realizable voluntariamente por los obligados (68) (realización factible sin necesidad de existir derecho alguno), o forzosamente, una vez determinada la filiación (*Falcón vs. Cruz*, 67 D.P.R., 532; *Rivera vs. Cardona*, 65 D.P.R., 819).

Pero como la sección segunda, en relación con la cuarta de la Ley de 1942, reclamó competencia retrospectiva para los hijos que nacidos fuera de matrimonio no tuviesen la condición de naturales bajo el régimen anterior, el estado civil filiatorio de los actores en el pleito vería modificada su situación (al menos, podía modificarse).

Si eran reconocidos por acción voluntaria de sus padres, y en defecto de éstos, por la de las personas con derecho a su herencia (art. 125 del Código civil, según entiendo que quedó enmendado por la sección se-

(68) Así, en *Fernández vs. Sucesión Fernández*, 1947, 60 DPR 885; artículos 124 y 126, párrafo último, C. c.

gunda, en relación con la cuarta, de la Ley de 1942), eran calificados de naturales a todos los efectos legales. Y sus derechos serían los de llevar el apellido, derecho a alimentos y derecho a la porción hereditaria correspondiente.

Si no eran reconocidos por acción voluntaria de sus padres, y en defecto de éstos, por la de las personas con derecho a herencia (art. 125, en el sentido ya indicado de modificación), seguían teniendo la condición de hijos ilegítimos no naturales, siendo su único derecho el de alimentos.

1. *Condición de los actores en el pleito*

Considerando, como debió considerarse, que la «acción voluntaria» es comprensiva de todo acto de manifestación de voluntad dirigido a aceptar la paternidad o maternidad, es indudable que los actores en el pleito aludido debieron ser calificados de hijos naturales por reconocimiento forzoso (forzoso por ausencia de formalización voluntaria de los hechos determinantes de la paternidad), y puesto que el padre había fallecido, los actores reunían las condiciones suficientes para que se admitiese una declaración de filiación.

Por el contrario, si se acepta, con la jurisprudencia, la necesidad del formalismo para efectuarse un reconocimiento voluntario o una declaración de filiación voluntaria, a pesar de los términos de la sección segunda de la Ley de 1942, la ausencia de aquél determinaba la necesidad de calificarse a los interesados como hijos ilegítimos no naturales con derecho a alimentos por inferirse la paternidad en escrito indubitado (así aceptado en la fase de prueba).

2. *Actuación en primera instancia*

Es evidente que los actores no tuvieron asesoramiento adecuado al instar la demanda para «que se declare con lugar la presente... y, en su consecuencia, se declare a los demandantes hijos naturales reconocidos de (...X...) con derecho a llevar su apellido».

No fue oportuna la pretensión por varias razones. Una, que aceptando la vinculación de la jurisprudencia—al menos, su innegable fuerza en la práctica—, la sección segunda de la Ley de 1942 sólo autorizaba a la instancia de alimentos acreditada la filiación. Dos, porque de no aceptar la doctrina jurisprudencial del Alto Tribunal, además de haber sido conveniente llevar a cabo un planteamiento completo en contra de dicha doctrina, hubiese sido suficiente con solicitar la afirmación del estado civil de hijos naturales reconocidos por actos voluntarios (posesión del estado) para que la adjudicación lo fuese del derecho a llevar

el apellido, del derecho de alimento y del derecho a la cuota hereditaria legalmente determinada en el Código. Tres, porque solicitar solamente el requisito del reconocimiento del estado civil de hijos naturales establecido por actos voluntarios para sólo pedir se conceda el derecho al apellido puede llegar a entender como una renuncia a los restantes derechos, que por ser patrimoniales, sí son renunciables, desde luego (artículo 4 del Código civil).

Tampoco fue muy feliz el planteamiento formal. Valorando debidamente aquella doctrina jurisprudencial, era notorio que los actores no iban a recibir la calificación de hijos naturales reconocidos por actos voluntarios; por lo cual, era conveniente, en el orden práctico, evitar un pleito que adquiriese matiz contencioso (fiel exponente de que se forzaba el reconocimiento, por lo que éste no sería voluntario). Quizá un primer paso aceptable hubiese sido plantear el juicio al amparo de la Ley número 47, de 25 de abril de 1931, reformada a efectos de adaptación terminológica en julio de 1952, que otorga competencia a las Cortes de Distrito (Tribunal Superior) para emitir sentencias, autos y decisiones declarativos de derechos. O sea, hubiese sido más adecuado un planteamiento *ex parte* con citación especialísima de los herederos del señor X (citación que dicha Ley previene necesaria), en cuyo caso, e hipotetizando que dichos herederos no se personasen en autos, como no se personaron en lo contencioso, considerar dicha sentencia como una manifestación de voluntad por omisión (acción voluntaria a todos los efectos), que al recogerse en la sentencia cumplía el requisito de efectuarse en el acta de nacimiento, en testamento o en otro documento público. Y de haberse conseguido de este modo la aseveración de la filiación y la indicación de la acción voluntaria por omisión de los herederos (corroborada porque éstos, así como el padre común, trataron siempre a los actores como hermanos e hijos, respectivamente, según se admitió y aceptó en la fase de prueba, sentenciar el reconocimiento en dichos términos, al amparo de la sección segunda de la Ley de 1942. Como consecuencia, con la sentencia en estos términos no hubiese existido problema alguno para reclamar luego los derechos derivados de la condición de estado civil.

Es, pues, claro que dicho pleito, en su primera fase y en la primera instancia, contenía ingredientes suficientes para no ganarse.

3. *La sentencia judicial en primera instancia*

Que un asesoramiento profesional sea equivocado o erróneo es comprensible, aunque oficialmente no sea admisible (se sanciona la ignorancia inexcusable). Pero sí puede ser más serio que el equívoco lo cometa un

miembro de la judicatura. Porque si bien es verdad que la judicatura, por numerosas causas, tiene muchos más fundamentos para explicar equívocos que el profesional que no adjudica derechos, no es menos cierto que también a efectos oficiales, por ser los jueces intérpretes únicos del Derecho, están obligados a conocer éste en su totalidad (art. 7 del Código civil), así como la jurisprudencia, que les vincula dentro de la unidad orgánica del poder judicial.

Todos conocemos varios motivos, meramente prácticos, cotidianos e independientes de la voluntad de la persona del profesional o del Juez, por cuya virtud el error es frecuente. Pero esto no obsta para que en la labor de estudio y de análisis hayamos de pasar por encima de dichas causas y motivos. Reconocerlas sería sancionar su eficacia, con el deterioro inmediato y consiguiente de la vida jurídica.

Pues bien, varios fallos hay en la sentencia que la harían nula *ipso iure* (art. 4 del Código civil); aprovechable, pues, para patrocinar el derecho de los actores cuando, transcurrido el tiempo, instasen acción en reclamación de los derechos que pretendían.

El Magistrado comienza por aplicar, a unos hechos filiatorios ocurridos por los años treinta y a un fallecimiento determinante de la sucesión producido en 1943, un texto legal aprobado en mayo de 1945. Si el Magistrado hubiese aceptado la aplicación de la sección segunda de la Ley de 1942, que es la que debió aplicar, debió declarar a los actores: o hijos naturales reconocidos por acción voluntaria de padres y herederos de éstos (solución que le impedía la jurisprudencia) o hijos naturales ilegítimos con filiación acreditada en suficiencia. En el primer caso, para afirmar todos los derechos derivados de dicha condición o sólo el derecho al apellido (pero por ser éste el solicitado en la demanda—el Juez no debe realizar adjudicaciones no solicitadas—); en el segundo caso, no podía adjudicar el derecho al uso de apellido, pues siendo de aplicación el Código civil de 1930, éste sólo reconoce a los hijos ilegítimos no naturales cuya filiación queda acreditada el derecho de alimentos. Incluso podía, al amparo de que la denominación inexacta de las acciones no afecta a su contenido auténtico, determinar la presencia de estado civil de hijos naturales reconocidos por acción voluntaria, dejando de lado la doctrina jurisprudencial.

Pero tratar de fundamentar la sentencia en la Ley de 12 de mayo de 1945, totalmente posterior a la de 1942 y que sólo derogó a ésta en lo que se opusiese a aquélla y a partir de la entrada en vigor de la misma (69), es incurrir en una oscuridad legal difícilmente explicable.

(69) A diferencia de la Sección segunda, en relación con la cuarta, de la Ley de 1942, que sí reclama competencia retroactiva para determinadas situaciones, la de 1945 es plenamente prospectiva, resultando que los hechos ante-

No pudiendo invocarse la Ley de 1945 como Derecho aplicable, es aún más difícil de comprender cómo la sentencia falla en declarar que los actores en el pleito «son hijos naturales reconocidos», cuando, por virtud de lo dispuesto en la sección segunda de la Ley de 1942 y en toda la Ley de 1945, por sentido contrario no les podía afirmar a dichos actores otra filiación que no fuese la ilegítima no natural o admitir que el reconocimiento se efectuaba por «acción voluntaria» de los padres y herederos del causante (no personados éstos en autos, por lo que su actitud es *facta concludentia*), en cuyo caso la sentencia no debió limitar los derechos al uso del apellido solamente (70).

Tampoco es sencillo comprender cómo después de establecer la sentencia, en su fase de relacionar los hechos probados, que «nacidos los demandantes antes de la vigencia de dicha Ley (la de 12 de mayo de 1942), siendo el Derecho entonces vigente uno que no les consideraba hijos naturales...», se atreve el Magistrado a declararles como tales para, además, adjudicar a la declaración los efectos de un reconocimiento no voluntario, según los reguló la Ley de 12 de mayo de 1942, invocada por los demandantes. Y sigue sin comprenderse por qué el Magistrado entiende que dicha Ley de 1942 sólo era útil para solicitar el reconocimiento forzoso, pues dicha Ley, según ha declarado la jurisprudencia, sólo parece autorizar el reconocimiento «por acción voluntaria», siendo precisamente no la Ley de 1942, sino el Código civil, quien provee normas para el reconocimiento forzoso, que no ampara a los actores en el pleito por ser ilegítimos no naturales, y que no llegaron a ser naturales, al amparo de la Ley de 1942, sección segunda, por virtud de reiterados fallos jurisprudenciales, en el sentido ya hartamente indicado.

4. *Otra actuación judicial en primera instancia*

Casi diez años después de dictarse la sentencia que puso fin al pleito inmediatamente antes aludido, todos los demandantes en el pleito anterior, con excepción de uno de ellos, fallecido en el ínterin (lo que significa, ya desde ahora, que no existía identidad perfecta de cosas, per-

riores a su entrada en vigor y las acciones ejercidas en cualquier momento con relación a hechos acaecidos antes de 12 de mayo de 1945 se regulan por la Ley de 1942. Sobre todo, si aceptamos, con la jurisprudencia, que en cuestiones de filiación rige la ley en vigor al tiempo del nacimiento, y las cuestiones de sucesión, por la ley vigente al momento del fallecimiento del causante.

(70) "La sentencia en pleito de filiación que declare a la menor demandante hija del demandado no puede limitar en forma alguna los derechos que la ley le concede a dicha hija como consecuencia de tal declaración" (*Matías vs. Rodríguez*, 1956, 79 DPR 14).

sonas y de acciones) (71), incoan nuevo pleito, esta vez bajo asesoramiento profesional distinto.

No voy a entrar a analizar, naturalmente, las alegaciones de las partes en el pleito. Pero sí es siempre interesante analizar los fallos jurisprudenciales, en cuanto orientan al profesional en el ejercicio de la carrera, en todas las manifestaciones de ésta.

La primera nota que llama la atención es que, en este caso, el Tribunal dicta sentencia sumaria, en vez de sentencia *in extenso*, atendiendo, desde luego, a la instancia de una de las partes. Sin perjuicio de reconocer el posible derecho del Tribunal a dictarla, creo personalmente que el caso, como cualquier otro sobre filiación, presenta matices suficientes para verlo en todos sus aspectos. Pero examinando la justificación del juzgador es posible encontrar—pienso—fundamento que explique el hecho.

Leyendo tranquilamente la sentencia del Tribunal se aprecia que en los fundamentos primero y segundo parece ir por buen camino (aceptando, desde luego, la doctrina jurisprudencial en torno a la «acción voluntaria»); pero no ocurre lo mismo con el fundamento tercero, que es contradictorio, del mismo modo que lo es, en parte, el segundo.

Es cierto, como dice la sentencia, que el derecho hereditario se determina por la Ley que rige al momento del fallecimiento del causante, por lo que resulta aceptado el fundamento primero, que fija la fecha de 9 de febrero de 1943 como la límite que determina los derechos de los actores con relación al caudal del causante.

El fundamento segundo, al establecer que «no siendo los demandados hijos naturales...», plantea el problema del valor de la sentencia recaída en el primer pleito, que sí declara a los actores «hijos naturales reconocidos». Si dicha sentencia tiene carácter de cosa juzgada, dicho carácter lo tiene para todos y más aún para los actores, que la invocan para pedir sus derechos hereditarios (con independencia ahora de que les correspondiesen o no). Y si tiene un contenido de nulidad, en esta segunda contención debió el Juez valorar la nulidad en todos sus aspectos y no sólo en orden a la determinación del estado de los actores.

El tercer considerando no es, asimismo, nada oportuno ni afortunado al afirmar, después de indicar en el precedente segundo que el artículo 125 no es aplicable a los actores, que los únicos derechos de los demandantes tendrían que basarse en la Ley número 229, de 12 de mayo de 1942, que claramente los limita al efecto de llevar el apellido. La falta de oportunidad y la ausencia de fortuna se derivan de que dicha Ley no reconoce ningún derecho para llevar el apellido a personas consideradas como hijos ilegítimos no naturales (fundamento segundo de la sentencia) reconocidos por el padre en documento privado (funda-

mento tercero de la sentencia); el derecho a llevar el apellido se estableció por Ley de 12 de mayo de 1945, que, como expresa el Magistrado en su primer considerando, no es de aplicación, por ser éste un derecho determinado después de 9 de febrero de 1943, y por una Ley que, al contrario de la de 12 de mayo de 1942, no invocó efectos retroactivos, sino que se limitó a modificar la redacción de aquella primera, a contar desde la fecha de entrada en vigor de esta segunda.

El quinto fundamento de la sentencia, al estimar que los demandados en el pleito anterior nada reconocieron, pues la sentencia fue resuelta en rebeldía, es, desde luego, muy discutible. Precisamente en las sentencias en rebeldía el Juez suele fallar todas las peticiones de la parte que se persona en el pleito, por considerar que la rebeldía o ausencia es un allanamiento a la demanda (*qui tacet ubi loqui potuit atque debuit, consentire videtur*). Y ésta era, además, la situación cuando estaba vigente el Código de Enjuiciamiento civil. Y como nuestro sistema de Derecho lo es a instancia de parte, la parte es quien viene obligada a defenderse.

Es igualmente desafortunada la aclaración efectuada en la sentencia de que «se nos ocurre pensar que pudiendo haber los demandantes solicitado derechos hereditarios en el pleito» en que instaron la filiación «sin hacerlo, deben estar impedidos de hacerlo ahora, bajo la conocida regla de procedimiento que no permite a una parte fraccionar su causa de acción» (72) o, lo que es lo mismo, se acepta la identidad de personas, cosas y acciones, que para operar debe ser perfecta. Bajo esta ocurrencia de pensamiento judicial—que es de rogar no se repita con frecuencia en los Tribunales, para bien del particular que acude a ellos en busca de remedio—no pareció considerar el Tribunal que los actores en este pleito no eran los del primero, por cuanto uno había fallecido. ¿Dónde está la identidad de personas? Además, se reclaman aquí pretendidos derechos hereditarios y no el reconocimiento de la filiación. ¿Dónde está la identidad de cosas? Por lo dicho, ¿dónde queda la identidad de acciones?

Creo que la sentencia contiene contradicciones suficientes como para poder afirmar que en la misma, con total independencia de la cuestión de fondo, se produce infracción de Ley, que es manifiesta en cuanto a la pretendida posibilidad de la acumulación de acción, y como aquí también la jurisprudencia, muy exactamente, ha exigido siempre la per-

(71) Para los requisitos de perfecta identidad: *Muñoz vs. Pardo*, 1948, 68 DPR 612; *Camacho vs. Iglesia Católica*, 1951, 72 DPR 353; *Vargas vs. Jusino*, 1950, 71 DPR 389).

(72) En contra, *Rodríguez vs. Ramos*, 1952, 73 DPR 6; *Vargas vs. Jusino*, cit., 389.

fecta identidad de personas, cosas y acciones, aquella sentencia no sólo incurre en infracción de Ley, sino también en infracción de doctrina jurisprudencial, infracciones ambas que, siempre en Derecho puertorriqueño, fueron causa para solicitar la revisión de sentencia en ambos efectos.

Lástima que en el Tribunal Supremo la misma fuese desestimada con ese «no ha lugar», que pudo criticar DOMÍNGUEZ RUBIO... Lástima, porque hubiese sido interesante que el Alto Tribunal hubiese entrado a fondo, tanto en aspectos procesales como en cuestiones sustantivas que hasta hoy, y hasta donde mi información llega, nunca se han analizado en detalle por el Tribunal Supremo. Lástima, porque al despachar la desestimación, el Tribunal Supremo la consignó en una simple hoja con cuatro renglones escritos, sin hacer indicación alguna de las razones para no entrar en la cuestión. Siempre he creído inconveniente no razonar las desestimaciones o la aceptación en revisión, por cuanto también dicha exposición de razones ayuda a la elaboración de la jurisprudencia, que es función intelectual o razonamiento, no debiendo despacharse al estilo de las disposiciones monárquicas, que luego quedaron como fórmula de suficiencia: «Yo, el rey, he tenido a bien disponer.»

EDUARDO VÁZQUEZ BOTE
Decano de estudios
Cornell University, Puerto Rico Branch

Apuntes para un estudio de la filiación ilegítima (Reflexiones de la lectura de «La procreación irregular y el derecho» de Jesús Valdés).

El tema de la filiación ilegítima es de palpitante actualidad. Y ello no sólo en España, donde hace algunos meses tuvo lugar un coloquio en el Círculo de Estudios Jurídicos de Madrid, con la participación de importantes figuras del mundo jurídico patrio, sino en el resto de Europa Occidental, donde la Ley francesa de 3 de enero de 1972 y el proyecto de Ley aprobado por la Cámara de Diputados italiana en primera lectura el 1 de diciembre de 1971 prácticamente han equiparado—con ciertas limitaciones—las filiaciones matrimonial y extramatrimonial.

El autor de la obra comentada (Editora Nacional, 1972), tras un prólogo de monseñor GUERRA CAMPOS y una breve introducción propia, distribuye la materia de su estudio en siete capítulos (I: La causa. II: Los efectos. III: Hacia unas conclusiones doctrinales. IV: Régimen jurídico del matrimonio. V: Régimen jurídico de la verificación legal de la filiación. VI: Derechos de la filiación ilegítima. VII: Derechos de la filiación adoptiva) y unas conclusiones finales.

Dos son las líneas maestras del pensamiento de JESÚS VALDÉS: la coordinación de los principios *favor matrimonii* y *favor prolis*, que favorezca la integridad de aquél y proteja los intereses individuales de ésta, y la cimentación de su discurso en las normas de la moral tradicional católica y del Derecho natural—y canónico—, como previos y preferentes al Derecho positivo español, del que, por otra parte, no postula ningún esencial perfeccionamiento.

Pretende el autor presentar, «a base de una sistematización de materiales doctrinales—predominantemente ajenos—, el panorama o bos-

quejo general de lo que será acaso en un futuro no lejano una nueva rama o especialidad autónoma del Derecho. Porque si se ha llegado a un Derecho de trabajo, cuya singularidad radica en integrar unas normas jurídico públicas y jurídico privadas, ¿por qué no puede haber un Derecho—tan social como el anterior—de la reproducción humana o de la continuidad de la especie?» En él encontraría su más adecuado encuadre ese régimen jurídico de los hijos ilegítimos o adoptivos, hoy un poco incómodamente colocado en la periferia del tradicional Derecho de Familia.

Algunas afirmaciones de JESÚS VALDÉS resultan dudosas u objetables: así cuando asevera que «por Derecho natural—el cual no es más que un sector característico de la moral—nada intrínsecamente inmoral, por escasa que sea su cuantía, puede ser más que antijurídico». Creo que tal afirmación confunde la esfera de lo moral y lo jurídico: el Derecho no puede mandar todo lo bueno éticamente ni prohibir todo lo malo, pues chocaría con la libertad humana e impondría la virtud por la violencia.

Al afirmar que en una sociedad en que se ha generalizado el matrimonio civil complementado con el divorcio se obtiene un resultado semejante al concubinato romano, es evidente que está pensando en ordenamientos extranjeros, pues en España es claro que no existe tal sistema. Resulta cuanto menos excesivo—por no decir disparatado—pensar que en casi todo el orbe civilizado no existe más matrimonio propiamente dicho que en nuestra patria.

Fundamenta el matrimonio tradicional—«único que concebía nuestra civilización en la época anterior a los extravíos liberales, materialistas o totalitarios que determinaron el trueque de su calificativo de cristiana en occidental»—en las notas de exclusividad—monogamia—, permanencia—indisolubilidad—y obligacionalidad extensa y profunda—comunidad de masa, lecho y habitación; derechos recíprocos, absolutos y exclusivos sobre los cuerpos en orden a la procreación, mutuo auxilio—vivificadas por la savia del amor deber, que son las óptimas para conseguir el más perfecto desarrollo de la prole en todos sus aspectos.

«Libertinaje con barniz jurídico formal viene a ser, a fin de cuentas, el matrimonio reducido a mero contrato rescindible o resoluble.»

Enfrentado ante el dilema *favor matrimonii-favor prolis*, no duda en afirmar que la finalidad del primer principio «es asegurar la dignidad de la única misión regular frente a las irregularidades. El quid de la cuestión radica, pues, en dilucidar si los primeros pueden sufrir menoscabo por efecto de una indiscriminación de trato a los hijos por razón de su origen, de una unificación del contenido de las relaciones paternofiliales».

La coordinación de ambos principios: *favor matrimonii* y *favor prolis*,

en fórmula armónica, más que a la Ley corresponde a un sano arbitrio judicial.

El autor afirma: «No se deben imponer obligaciones cuyo cumplimiento pueda, más o menos indirectamente, implicar situaciones conflictivas con otros deberes cuya situación en la escala de valores no sea claramente inferior. Ni es lícito otorgar derechos que lesionen los de otros sujetos anterior y legítimamente adquiridos...»

Considera, por tanto, que la filiación legítima genera un título de estado familiar perfecto; la filiación ilegítima cualificada, un estado de filiación imperfecto, y la filiación no establecida es una filiación sin estado.

Asevera que hijo legítimo, en sentido propio, «es aquel y sólo aquel que es fruto de cópula perfecta entre esposos, entre hombre y mujer que han contraído previa y válidamente el compromiso matrimonial». Para el autor, la presunción de la paternidad, que establece el artículo 108 del Código civil, sólo admite la prueba de la imposibilidad material de la procreación marital, aunque no deje de reconocer su excesiva rigidez.

Debilita considerablemente la posición de los hijos nacidos de matrimonio putativo por mala fe de ambos cónyuges. Considera que los beneficios que les otorga la Ley derivan de una ficción de legitimidad, que no es sino un instrumento de respeto a unos derechos adquiridos: los del hijo putativo, cuya conservación no podrá perjudicar otros derechos de más firme adquisición.

Sostiene que los hijos nacidos durante el matrimonio de padres que los engendraron antes de él tuvieron la condición de ilegítimos durante más o menos tiempo y el subsiguiente matrimonio los transformó en legítimos. Los efectos de tal legitimación *sui generis*, «de no mediar norma especial exceptuante», se retrotraerán al momento de la concepción.

Ello plantea la duda: ¿ha querido referirse el autor al artículo 123 del Código civil, inserto, como es sabido, en tema de los hijos legitimados, o tal vez a las normas restrictivas del *Codex Iuris Canonici*, que eliminan a los hijos legitimados, por ejemplo, del orden episcopal? Lo primero creo que es indefendible en nuestro Derecho, pues tal precepto no debe extraerse de su sede, que es el de la legitimación de los hijos por subsiguiente matrimonio; lo segundo será de interés para el canonista, pero no para el civilista, que pretende delinear los efectos del estado civil de los hijos.

Reconoce que la legitimación por subsiguiente matrimonio se presta siempre a fraude, como la que llama «legitimación por cuenta ajena» o la de un padre engañado. Ello obliga a tomar ciertas precauciones respecto de tal figura jurídica y exigir el reconocimiento expreso o tácito del padre.

El estado de hijo natural requiere para ser constituido acto expreso, que puede ser ya voluntario del padre o madre, ya de imperio jurisdiccional del poder judicial.

Afirma que la cualidad de hijo natural presunto, cuyo estado nace a virtud del reconocimiento unilateral de uno de sus progenitores, según el artículo 138 del Código civil, «más que de una presunción se trata de una interrogante, de una indeterminación legalmente declarada con apoyo en el principio *favor prolis*, si bien no puede llegar a evitar una posición especialmente incómoda para el interesado por su inestabilidad».

Distingue en la filiación ilegítima calificada o absoluta la incestuosa, adulterina y sacrílega. Reconoce que la sacrílega no existe en nuestro Derecho civil, pues el impedimento de orden sagrado o de profesión religiosa es siempre dispensable, por lo que la filiación habida de persona eclesiástica o religiosa será natural simple.

Afirma que la filiación incestuosa sólo lo es tal cuando llega al grado calificado de nefaria—entre ascendientes y descendientes o entre hermanos—, pues el resto de los impedimentos de parentesco son dispensables, por lo que los hijos de tal unión serán naturales.

Transcribe las conclusiones de CASTÁN en tema de la filiación habida por inseminación artificial. Ningún hijo—según el autor—así concebido podría tener la condición de legítimo, aunque en la práctica quedará amparado por la presunción de paternidad del artículo 108, resultando prácticamente imposible la prueba en contrario dadas las circunstancias de íntima confabulación que ordinariamente concurrirían. Algo similar ocurriría respecto de los demás posibles supuestos de dador voluntario de semen, conocido u aceptado, en que de ordinario habría acuerdo para encubrir el procedimiento empleado.

«La indiferenciación de tratamiento social por razón de filiación... no sólo puede conducir a grandes errores, sino que comporta en sí misma el reconocimiento de que la familia ha perdido su influencia, de que el hogar ha quedado reducido a una función de hostelería un poco más económica o cuidada. Y esto es nefasto.»

«Si una unión irregular tiene siempre repercusiones crematísticas..., cuando median efectos biológicos, la cuestión se complica particularmente: los hijos ilegítimos son mirados por toda clase de familiares como auténticos intrusos que vienen a mermar la herencia, cuando no el pan de cada día.»

Para el autor, afirmar la igualdad de los hijos de distintos orígenes es una consecuencia de la moral del derecho al amor libre. «Los que quieren suprimir el matrimonio no tienen motivo alguno para mantener diferencias entre los hijos.»

Interpreta en sentido restrictivo la Declaración Universal de los

Derechos Humanos de 10 de diciembre de 1948. En su texto nada se halla respecto del derecho al apellido, la patria potestad, el registro de estado civil, la sucesión hereditaria, los alimentos entre parientes ni otros análogos de los determinantes de diversidad en los estados de filiación. Nada hay en la Declaración (art. 7) que prohíba una diversidad de tipos de relación paterno filial. Pero reconoce que tampoco prohíbe el ejercicio de acciones de reclamación de paternidad.

Parece excesiva la conclusión que extrae del artículo 16 de dicha Declaración: que el mismo proscribe—por no citarla—la unión libre; «cualquier otra forma de unión sexual o agrupación pseudofamiliar no es acreedora de la protección social y estatal, es decir, jurídica».

Afirma que la Declaración de los Derechos del Niño presupone la necesidad de un hogar regular.

Entiende que en el Derecho canónico revisado, la disciplina de las diversas incapacidades e impedimentos que la filiación ilegítima comporta debe ser modificada para corregir los formalismos que encierra. Los hijos procedentes de hogares divorciados probablemente serían considerados como de escasa formación moral.

Afirma que algunos capítulos de la Declaración de los Derechos Humanos son desaprobados por la *Pacem in Terris*, especialmente los que afectan al matrimonio y la familia.

¿Cuáles son los derechos naturales del hijo? El derecho a la subsistencia e integridad física del cuerpo y del espíritu, al desarrollo, o sea, a ser educado, y el derecho a la tradición: derecho al apellido (que habrá que determinar si es un atributo de la filiación o privativo del *status familiae*) y derecho al patrimonio. Como la cuantía de los derechos hereditarios del hijo no es cuestión de Derecho natural, sino positivo, el Derecho natural se limita a establecer la necesidad de la sucesión fundada en principios familiares. Por Derecho natural, salvo caso de indignidad, debe haber un derecho a suceder. Pero la indignidad puede ser subjetiva o por culpa (conducta reproable hacia el causante) u objetiva o sin culpa cuando por circunstancias objetivas—vg., la filiación ilegítima—el Derecho positivo establece una limitación a la sucesión, «que puede ser perfectamente legítima». El Derecho natural se inhibe de la cuestión, al menos en cuanto a sus principios primarios.

Entiende que el *pacta sunt servanda* obliga a lo siguiente: «Cada uno de los cónyuges puede exigir del otro, y la prole exigir de ambos, que las correspondientes atenciones no sean compartidas por otras personas.» En caso de concurrencia de filiaciones es lógico que la legítima tenga prioridad. La coordinación de principios que rigen las relaciones paterno-filiales y el matrimonio no es difícil cuando se trata de la única unión

regular, que llamamos matrimonio. Pero cuando surge la filiación ilegítima es cuando se plantea el problema.

En Derecho natural, si el hijo ilegítimo nace privado de un *status familiae* y tiene sólo un *status filii*, no puede pretender los derechos a la tradición de que antes se habló en paridad de derechos con los hijos legítimos. Según el estado de filiación sea más o menos conforme o disconforme con el orden natural deberá ser colocado en un orden jerárquico.

Por tanto, los hijos ilegítimos quedan excluidos, en principio, del derecho a la tradición familiar por Derecho natural. Sólo hay dos excepciones: cuando no hay titulares de un *status familiae* prioritarios, caso en el que nada se lesiona. Otra excepción sería el derecho al apellido, que hoy, por la evolución de la conciencia social y la proliferación de los apellidos, no supone lesión a la familia—salvo, claro es, el apellido nobiliario.

¿Y el derecho al patrimonio familiar? Orden jerárquico de filiaciones: legítima, natural, ilegítima no natural. Los hijos ilegítimos, no culpables de su origen, no deben tener más protección que los hijos legítimos, que frente a las hipotecas o responsabilidades civiles de su causante tienen que aceptar su carga.

Contempla con desconfianza la legitimación, distinguiéndola de los supuestos de la legitimación impropia, y el reconocimiento, que presenta bastante riesgo de falsedades.

Considera que la Ley 7/1970, de 4 de julio, que regula la adopción, permite lo que en la doctrina clásica se tachaba de subterfugio para encubrir paternidades ilegales.

Frente a la afirmación de que toda persona humana tiene derecho a saber quién le dio la vida, aduce el principio de que todo hijo debe respeto y reverencia a sus padres, y que en los casos de ilegitimidad cualificada, el hijo se verá abocado al conflicto entre el ejercicio de sus derechos y la piedad filial.

Enumera los diversos sistemas legislativos en orden a la investigación de la paternidad y la posibilidad de establecerla por medio de pruebas biológicas.

Examina el sistema de «verificación forzosa» de la paternidad y la maternidad en nuestro Derecho y subraya la trascendental innovación que la Ley del Registro civil de 1957 entraña para la de la maternidad, en caso de que concuerde el parte facultativo y la declaración del que inscribe el niño en el Registro civil: «la madre queda prendida en una red, que casi la obliga a reconocer a su hijo o que preconstituye una importante prueba en su contra».

Concluye que el ejercicio de la acción para verificación forzosa de

la maternidad es incondicionado; respecto de la filiación paterna, es libre en el ordenamiento especial catalán; para los sujetos al Derecho común, está condicionado taxativamente a los casos previstos en los artículos 135, 136 y 140 del Código; en Derecho público, la investigación es accesoria de la condena penal; la prueba biológica de la paternidad fue prohibida por la sentencia de 24 de enero de 1947, para el proceso civil, y por la de 8 de febrero de 1965, para el procedimiento criminal.

Admite que la cuantía de la prestación alimentaria del hijo ilegítimo no natural, según el artículo 141 del Código, es cuestión de hecho confiada por completo al arbitrio judicial. Frente a un alimentista insolvente, el Juez deberá suspender la sentencia o dictar una resolución puramente formal de nula efectividad y deferir la suerte del alimentista a la Beneficencia o a la Seguridad Social. Entiende, no obstante, que la obligación de costear oficio o profesión no se extinguirá en tanto que el aprendizaje adquirido no sea suficiente para cubrir las necesidades del alimentista. «Las posibilidades que así se abren para un Juez con conciencia de lo que hoy se conoce por 'promoción social' e 'igualdad de oportunidades' quedan bien patentes. La cuantía de la prestación, en buenos términos de justicia social, debe ser fijada de acuerdo con la capacidad y aptitudes del alimentista, de acuerdo con dictámenes técnicos—informes psicométricos o de otra manera igualmente idónea—, tanto más cuanto que en ello está implicado el interés de la comunidad.»

Tras un estudio de los derechos de la filiación adoptiva establece unas conclusiones, que resumo así:

«Cada día hay, en efecto, más hijos ilegítimos, pero, como en otros tiempos, disfrazados de legítimos o abandonados a la exposición, que pese a los esfuerzos de la iniciativa pública y privada no deja de serlo. Y si le añadiéramos una tercera categoría, la de los hijos de esas legalizadas uniones entre divorciados, verdaderos concubinatos a la luz de la Ley divina y natural, el número crecería hasta espantosas proporciones.»

¿Qué se puede pedir al Derecho respecto de los hijos ilegítimos? Resulta imposible, en todo caso, atribuir el derecho al hogar al hijo ilegítimo. «La Ley no puede obligar a los padres a constituirlo. En unos casos, porque lo impedirán anteriores obligaciones con terceros. En otros, porque no puede, suplantando al amor, obligarles contra su voluntad a ello o a introducir en uno ajeno a la relación ilícita el fruto de ésta.» Respecto de otros derechos, la equiparación no puede ser, también por la propia naturaleza de las cosas, sino relativa. La patria potestad sólo puede funcionar con normalidad en un hogar legítimo: los hijos de divorciados en esto se asemejan, por desgracia, a los hijos ilegítimos.

Los hijos ilegítimos tienen que ponerse a la cola de los legítimos res-

pecto de los derechos patrimoniales, como éstos tienen que soportar las deudas de sus padres.

El jurista, ante el problema de la filiación ilegítima, debe reconocer las diferencias insoslayables, sin las cuales la realización de la justicia sería puramente artificiosa.

Rechaza la averiguación de oficio de la paternidad, salvo en el caso de los expósitos. El derecho de alimentos debe ser atribuido por igual a los hijos legítimos e ilegítimos. Termina haciendo un llamamiento al amor a los padres y a los hijos ilegítimos.

La crítica al discurso del autor puede enfocarse desde diversos puntos de vista.

Una consideración sociológica, que el jurista en modo alguno puede preterir si no quiere que su análisis se limite a arar en el mar.

¿Cuál es la incidencia de la filiación ilegítima en la sociedad española, a la que el autor dedica atención preferente? ¿Cuáles pueden ser las pautas culturales que originan la filiación ilegítima?

A ambos puntos responde el *Informe sociológico sobre la situación social de España 1970*, de Fundación Foessa (*Síntesis*, pág. 136): «En sólo unas pocas décadas, la ilegitimidad ha llegado casi a desaparecer de la vida española; en 1920, de cada 1.000 nacidos vivos 62 eran ilegítimos; la tasa es sólo de 23 en 1960, y de 15 en 1967.» ¡Es justamente lo contrario de lo que dice el autor al afirmar que «cada día hay más hijos ilegítimos»! ¡Semántica ideológica ésta, que no resiste la prueba del fuego del análisis sociológico!

Según el mismo *Informe sociológico* (pág. 127), en encuestas realizadas en 1960 y 1968, sólo a una minoría de varones encuestados—respectivamente, el 32 y el 24 por 100—les gustaría casarse antes de los veintiséis años. «No parece, según eso, que vaya cundiendo entre los jóvenes el gusto por el matrimonio temprano... Se trata de una pauta cultural muy peculiar de España, que valora el matrimonio tardío, y que no sólo no retrocede, sino se generaliza. Esto debe provocar en la situación española un grave desasosiego de los jóvenes, al ser mayor la distancia temporal y emocional que separa el momento de poder tener hijos biológicamente y el poder tenerlos social y estadísticamente.»

Tal situación de desasosiego es evidente que puede dar lugar a relaciones prematrimoniales—o simplemente sexuales, al margen de toda idea de matrimonio—de las que derivan necesariamente hijos ilegítimos. Limitarse a moralizar sobre los efectos sin pretender conocer las causas de un comportamiento colectivo—esto no es negar el libre albedrío ni justificar las relaciones ilícitas, es intentar comprenderlas científicamente—no parece que sea la mejor posición para un jurista preocupado por el problema.

Desde el punto de vista de la Filosofía jurídica, las constantes apelaciones del autor al Derecho natural olvidan un tanto que tan legítimo es el Derecho natural que consagra un determinado orden establecido—caso del neotomista—, como el Derecho natural que se alza contra un orden establecido, por considerarlo injusto en nombre de la razón natural, de los derechos naturales del hombre. Las revoluciones inglesa de 1688, norteamericana, francesa y de la América española se hicieron en nombre de esta segunda concepción del Derecho natural. El mismo Derecho natural de inspiración neotomista admite considerables matizaciones en la obra de RENARD, que propugna un Derecho natural de contenido variable, plegado—si hoy pudiera formular su teoría de nuevo— al cambio social e ideológico.

RECASÉNS SICHES (*Introducción al estudio del Derecho*, pág. 97) reconoce que SUÁREZ manifiesta que el Derecho positivo no debe prohibir la fornicación simple no escandalosa.

No debe prohibirla porque el fin del Derecho no es lograr la perfección moral de los individuos, su salvación, sino tan sólo ordenar la paz y la justicia exteriores, es decir, lo que es directamente indispensable o muy conveniente para el bien común; no puede prohibir aquellos pecados que no perjudican de manera directa, inmediata, a la comunidad, o aquellos cuyo castigo podría acarrear mayores males a ésta.

Si el Derecho no puede prohibir la fornicación simple, es obvio que los frutos de tal unión no prohibida no deben ser penalizados por aquél. El Fuero de los Españoles, al establecer en su artículo 3 la par condición de los españoles ante la Ley; la del Registro civil, al prohibir toda distinción de españoles por razón de la filiación fuera de la familia, impide considerar de peor condición a los hijos ilegítimos que a los legítimos. Otra cuestión es que las Cortes no hayan cumplido hasta la fecha su obligación de votar las leyes precisas para eliminar la discriminación de los hijos por su origen familiar (art. 34 del Fuero de los Españoles) desarrollando el principio teórico del artículo 3 del mismo Fuero.

Es evidente que el iusnaturalismo rectamente entendido tiende a exigir, al menos en otros países, el cambio legislativo preciso para ajustar el Derecho a la justicia.

Reconoce HERNÁNDEZ GIL (*Metodología de la ciencia del Derecho*, volumen I, pág. 69) que el Derecho natural en la actualidad tiene un cometido no sólo filosófico, sino metodológico: no sólo se reconoce el Derecho natural y no sólo se encarna en el positivo a través de la actividad legislativa, sino otro tanto sucede en la elaboración científica del Derecho y en la interpretación. Desde este punto de vista se revisan instituciones, por ejemplo, del Derecho civil.

Si el resurgimiento del Derecho natural se presenta en Francia con particular brillo y empuje—dice este autor—es porque sus juristas emplean el método e ideología iusnaturalistas en las diversas ramas del Derecho.

La serie de reformas del Derecho de Familia francés, sujeto a perpetua reelaboración desde 1945, en parte, se ha inspirado en la ideología iusnaturalista. Sus autores, en ocasiones, han recomendado prudencia en algunas formulaciones legislativas excesivamente avanzadas. No es de temer la legislación excesivamente avanzada en España, donde el Derecho de Familia está prácticamente en el mismo lugar que lo dejó el codificador de 1888-1889.

La jerarquización de las diversas clases de hijos en nuestro Derecho positivo es fruto de un condicionamiento histórico, que debe ser revisado en aras a la justicia.

El ordenamiento canónico en materia de irregularidades e incompatibilidades para alcanzar el estado clerical o religioso o para obtener ciertas dignidades deberá ser revisado asimismo, pues no es compatible con el espíritu del Concilio. El mejoramiento de la condición de los hijos ilegítimos es una exigencia de la Declaración de los Derechos Humanos de 1948 y de la Declaración de los Derechos del Niño.

Afirmar que la familia legítima deba ser protegida frente a las pretensiones sucesorias de los hijos ilegítimos es bajar el problema del Olimpo de las afirmaciones iusnaturalistas moralizantes a la vulgar realidad del conflicto de intereses pecuniarios.

Siguiendo el pensamiento del autor, el hijo natural simple concebido antes—o después—del matrimonio del padre, el hijo cuya concepción no vulnera el *pacta sunt servanda* matrimonial, debiera tener idénticos derechos sucesorios que el legítimo, pues, según SUÁREZ, su concepción no está, no debe estar prohibida por el Derecho—contra la opinión de JESÚS VALDÉS.

Los hijos adulterinos o incestuosos absolutos nacidos antes o después del vínculo matrimonial, en el que nacieron los hijos legítimos, protegidos por el principio *pacta sunt servanda*, de que habla JESÚS VALDÉS, ¿vulneran algún derecho del cónyuge inocente, que no existe por definición? ¿Qué razón de Derecho natural veda equipararlos a los hijos legítimos en la sucesión del padre o madre? ¿La prioridad del nacimiento de los hijos legítimos? ¿Volvemos al sistema de mayorazgos, superado en todos los Derechos modernos? ¿Y si han nacido el hijo adulterino o incestuoso antes que el hijo legítimo? ¿Necesita tan rigurosos medios de defensa la familia frente a seres por definición inocentes de la condición que se les imputa? ¿No será preferible, en buena polí-

tica legislativa confiar en la solidez propia de la familia sin necesidad de corazas protectoras jurídicas?

En el supuesto que en la sucesión concurren hijos legítimos con hijos de una unión matrimonial en la que la esposa o esposo han padecido la injuria del adulterio del causante, nada hay que prohíba que el Derecho establezca cautelas atribuyendo mejor cuota sucesoria a los legítimos que a los ilegítimos: así lo ha hecho la Ley francesa de 3 de enero de 1972, al concurrir los adulterinos con hijos habidos de la unión en que el cónyuge supérstite ha soportado el adulterio. Pero sólo en este caso, no cuando el adulterio no ha injuriado al cónyuge supérstite. La propia Ley francesa establece la necesidad de consentimiento del cónyuge engañado para introducir en el hogar familiar al hijo adulterino reconocido por uno de los cónyuges en el matrimonio.

Cautelas lógicas de los Derechos positivos, determinaciones legislativas de otros principios de Derecho natural que JESÚS VALDÉS deja de citar: el de igualdad y par dignidad de todos los seres humanos; el derecho del hombre de conocer sus orígenes; el deber del hombre de ser responsable de sus actos y alimentar, educar y proporcionar una tradición a sus descendientes, la personalidad de las penas, la irresponsabilidad por culpas ajenas, la sumisión de la riqueza, del patrimonio a las necesidades y funciones de la familia y de la comunidad. Familia que debe ser la que el propio causante ha engendrado, sea o no legítima. ¿Es tolerable, en puros principios de Derecho natural, que la Beneficencia o la Seguridad Social carguen con la prole de una unión extramatrimonial cuando el patrimonio del padre o madre permiten atribuir una cuota sucesoria al hijo ilegítimo? La propiedad del padre o madre dejaría de cumplir la función social de atribuir una dotación económica a los descendientes de su titular descargando esta responsabilidad sobre la sociedad toda.

Con todas estas consideraciones y objeciones, la obra; que en ningún momento agota las posibilidades que ofrece nuestro Derecho positivo para la mejora de condición de los hijos ilegítimos y que más bien expresa una gran desconfianza del autor hacia todos los mecanismos legalizadores de tal tipo de prole, debe ser de indispensable consulta para el profesional del Derecho interesado en el tema de la filiación.

Tampoco tiene sentido hablar con el autor de un Derecho de la reproducción humana o de la continuidad de la especie, tan social como el Derecho del Trabajo, autónomo y separado del resto del Derecho de Familia. Socializar el Derecho de la reproducción de la persona humana, crear un Derecho autónomo de la filiación ilegítima separado del Derecho de la Familia legítima, entraña profundos peligros, que sólo someramente debo enunciar: 1) Considerar que sólo es Derecho privado

el Derecho de la Familia legítima, y que el de la filiación ilegítima es Derecho semipúblico, controlable por el poder público a su arbitrio. Esto es militarizar la filiación ilegítima, dar lugar a que se repitan las aberraciones nazis y fascistas en materia familiar, publicizar lo que por naturaleza es privado. Es resucitar la periclitada teoría de CÍCU acerca de la concepción cuasipública del Derecho de Familia. 2) Romper la unidad institucional del Derecho de Familia, en el que, por definición, tiene cabida el Derecho que regula la reproducción de la especie, la socialización de las nuevas generaciones y la formación de la psique del ser humano por imitación de sus progenitores, padre y madre, sean éstos legítimos o ilegítimos.

Si queremos que el hijo ilegítimo se eleve a la categoría de legítimo o, al menos, mejore su condición—mediante los institutos jurídicos de la legitimación, del reconocimiento voluntario o forzoso o de la adopción—es obvio que los principios filosóficos y fundamentos dogmáticos jurídicos de uno y otro tipo de filiación no deben radicar en ramas de Derecho separadas, sino en instituciones jurídicas en íntima conexión, que facilite un generoso trasvase de principios de una a otra parte de un mismo sistema jurídico.

La regulación de la filiación ilegítima no debe ser un simple apéndice de la legítima, incómodamente colocado en la misma rama de Derecho y con tendencias autonomistas, sino un ordenamiento tuitivo y reparador de pasiones e injusticias—de los padres, sí; pero también de la sociedad—, que tienda en todo momento a mejorar, legalizar, in-cardinar la prole ilegítima en una familia legítima fundamentalmente sana—aunque sujeta al cambio social—, como demuestran los recentísimos estudios de la sociología de la familia española.

Ello sin olvidar que el mismo cambio social impone una semántica nueva en el tema que nos ocupa: ya no se oyen o son minoritarias las expresiones «hijo adulterino», «hijo sacrílego» o «hijo ilegítimo», sino las más humanas de «hijo extramatrimonial» o «hijo» simplemente, como ha sido reconocido por más de un autor en nuestra patria.

La necesidad de la reforma del Derecho de Familia ha sido apreciada por la mayor parte de los miembros de la Comisión de Justicia de las Cortes Españolas en las sesiones que aprobaron el dictamen de la Ley, que da nueva regulación a los artículos 320 y 321 del Código civil. Al *Boletín de las Cortes* me remito, donde por extenso figuran tales opiniones. Y creo que en esa reforma en modo alguno debiera quedar ausente—lo exige la altura de los tiempos—el tema de la filiación no matrimonial.

Mientras tal reforma no tenga lugar es obligación del jurista cons-

ciente de su misión agotar todas las posibilidades, que no son pocas, de mejorar y humanizar en este punto la interpretación de nuestro obsoleto Código civil. La interpretación evolutiva de sus normas—que existió por influjo de la Constitución de 1931, pero de la que no quedan rastros en nuestra jurisprudencia—es un imperativo del momento presente.

ENRIQUE FOSAR BENLLOCH
Notario

JURISPRUDENCIA

Resoluciones y sentencias

I. Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado

POR MANUEL AMORÓS GOZÁLVEZ,
TIRSO CARRETERO GARCÍA y
EUGENIO FERNÁNDEZ CABALEIRO

REGISTRO DE LA PROPIEDAD

9. ES INSCRIBIBLE UN TÍTULO DE ADJUDICACIÓN POR HERENCIA DE UN PISO INDEPENDIENTE, DE UN EDIFICIO CONSTITUIDO EN RÉGIMEN DE PROPIEDAD HORIZONTAL CON ANTERIORIDAD A LA LEY VIGENTE, EN EL CUAL NO CONSTA LA CUOTA DE PARTICIPACIÓN CORRESPONDIENTE AL MISMO EN LOS ELEMENTOS COMUNES, QUE TAMPOCO CONSTA EN EL REGISTRO, PORQUE NO ES UN CASO DE CONTRADICCIÓN ENTRE LOS ESTATUTOS ANTERIORES Y LA LEY DE 21 DE JULIO DE 1960 QUE EXIJA NECESARIAMENTE LA ADAPTACIÓN, PARA LA QUE HARÍA FALTA LA INTERVENCIÓN DE LOS CONDUEÑOS, SINO UNA MERA DESCRIPCIÓN DEL PISO, Y PORQUE, ADEMÁS, NO PUEDE DECIRSE QUE LAS CUOTAS DE COPROPIEDAD FALTEN EN TAL COMUNIDAD, YA QUE LA LEGISLACIÓN ANTERIOR, SALVO PACTO, LAS PRESUMÍA IGUALES.

Resolución de 22 de noviembre de 1972 (B. O. del E. de 4 de diciembre).

Antecedentes de hecho.—Doña Natalia Salt Vicente falleció en Sagunto el 15 de noviembre de 1962, bajo testamento abierto otorgado el 7 de agosto del mismo año, en el cual, sin perjuicio de la legítima que pudiera

corresponder a su segundo esposo, don José Franco Barrachina, instituyó heredero universal a su único hijo, don Emilio Suárez Salt, habido en primer matrimonio con don Emilio Suárez Suárez; por escritura otorgada el 9 de mayo de 1966, ante el Notario de Sagunto don Francisco del Hoyo Villameriel, el viudo don José Franco Barrachina repudió la herencia de su finada esposa, quedando, en consecuencia, como único heredero en la misma don Emilio Suárez Salt, y por escritura autorizada por el Notario de Sagunto don Celestino Más Alcázar, el 20 de mayo de 1970, el heredero se adjudicó en pleno dominio las dos únicas fincas que integraban la herencia, que eran una casa sita en Algimia de Alfara, inventariada bajo el número 2, que se inscribió conforme al artículo 205 de la Ley Hipotecaria, y un piso en Puerto de Sagunto, inventariado bajo el número 1, en cuya descripción se decía que «no tiene asignada cuota de participación en el título exhibido, que es anterior a la Ley Especial de Propiedad Horizontal».

Presentada en el Registro de la Propiedad de Sagunto primera copia de la anterior escritura, junto con otros documentos complementarios, fue calificada con la siguiente nota: «Suspendida la inscripción de la finca 1 por no constar la cuota de participación en los elementos comunes».

El Notario autorizante del instrumento interpuso recurso gubernativo contra la anterior calificación y alegó: Que el artículo 3.º del Código civil sienta el principio general de la irretroactividad de las leyes, dirigido tanto a los Tribunales como a las autoridades administrativas; que la Ley de Propiedad Horizontal, de 21 de julio de 1960, prevé en su disposición transitoria 1.ª la problemática de la adaptación a sus normas de las propiedades horizontales constituidas con anterioridad a su entrada en vigor, limitándose a establecer que los estatutos de las correspondientes comunidades deberán adaptarse a la misma en lo que estuvieren en contradicción con sus preceptos, pero sin exigir la modificación de las descripciones e inscripciones de pisos o locales practicadas antes de su vigencia y que no se ajustasen a sus disposiciones; que el artículo 8.º, número 4, de la Ley Hipotecaria, al que dio nueva redacción el 2.º de la Propiedad Horizontal, se refiere a la «primera inscripción», es decir, a la de «constitución del régimen de propiedad horizontal», según palabras de su exposición de motivos; que el artículo 5.º de la misma Ley, al determinar las circunstancias que debe contener la inscripción de cada piso o local, se refiere asimismo al «título constitutivo de la propiedad por pisos o locales», quedando, por tanto, al margen o fuera de esta normativa las propiedades horizontales constituidas e inscritas antes de su vigencia; que la disposición transitoria 1.ª del Código civil sanciona claramente el respeto a los derechos adquiridos legítimamente al amparo de la legislación anterior, y que la jurisprudencia registral se ha pronunciado ya sobre problemas similares al planteado, especialmente en las resoluciones de 19 y 21 de julio de 1966 y 29 de enero de 1970.

El Registrador informó que el problema decidido por la resolución de 19 de julio de 1966 no tiene nada que ver con el ahora suscitado, como puede comprobarse leyendo su primer considerando; que la resolución de 21 de julio, también citada por el recurrente, se refiere exclusivamente a la posibilidad de hipotecar un piso no descrito en folio independiente, sin que haga mención alguna a la cuota de participación; que la resolución de 23 de julio de 1966 sí se refiere a la necesidad de consignar en las escrituras de venta la cuota de participación en los elementos comunes; que la resolución de 5 de mayo de 1970 afirma también la necesidad de expresar la referida cuota en las escrituras de transmisión de pisos o locales en régimen de propiedad horizontal; que en cuanto a la irretroactividad general de las leyes hay que distinguir, por una parte, lo que son propiamente derechos adquiridos y, por otra, la dinámica de esos

misimos derechos; que el respeto a los derechos adquiridos nadie lo discute, pero en cuanto a su ejercicio, la disposición transitoria 4.ª del Código civil dice que se sujetará a lo establecido en el propio Código; que el mismo criterio se mantiene en las disposiciones transitorias 5.ª y 12; que la doctrina distingue varios grados en la retroactividad de las leyes, siendo de grado medio la correspondiente a la de propiedad horizontal, que en su primera disposición transitoria dice que «regirá en todas las comunidades de propietarios cualquiera que sea el momento en que fueron creadas y el contenido de sus Estatutos, que no podrán ser aplicados en contradicción con lo establecido en la misma; que el artículo 3.º del Código civil y disposición transitoria 1.ª del mismo no plantean un dilema de todo o nada en cuanto a la retroactividad, sino que ésta puede ser mínima, media o máxima, como se comprueba analizando algunas reformas, entre las que cabe mencionar la del artículo 1.413, referente a las facultades del marido en la enajenación de gananciales; que en apoyo de esta interpretación señala las sentencias de 7 de febrero y 13 de marzo de 1964 y las resoluciones de 1 y 2 de marzo de 1963; que la Ley de Propiedad Horizontal deroga en su disposición final todas las normas que se opongan a la misma, constituyendo en su conjunto, como se dice en su preámbulo, más que una reforma de la legalidad vigente, la ordenación *ex novo*, de manera completa, de la propiedad de casas por pisos; que la consecuencia que se deduce del examen global de los anteriores textos es que o bien las normas y estatutos anteriores a la Ley continúan vigentes por ser conformes a la misma o, por el contrario, están derogados si se oponen a sus disposiciones; que la retroactividad de la Ley en la medida que defiende aparece reconocida en las resoluciones de 19, 21 y 23 de julio de 1966 y 5 de mayo de 1970; que falta por precisar cuál sea el alcance de esta retroactividad en el caso debatido, en el cual, al no haber estatutos de la comunidad, ésta se regirá por lo establecido en la Ley, según resulta de la práctica notarial y lo expuesto en el preámbulo de la misma; que, en consecuencia, al no haber estatutos rige toda la Ley y a su conjunto deberán atenerse los copropietarios; que como su articulado establece la necesidad de la existencia y constancia de una cuota de participación en los elementos comunes, no hay más remedio que consignarla; que el artículo 392 del Código civil se remite también a la Ley de Propiedad Horizontal como norma aplicable a las comunidades de viviendas; que, por consiguiente, es la Ley de 21 de junio de 1960 la que regirá la dinámica de la comunidad cuestionada por inexistencia de estatutos, y entre los preceptos de dicha Ley están los artículos 3.º, 5.º, 9.º, 11, 15 y 16, que se ocupan o hacen referencia a la cuota de participación; que la resolución de 28 de mayo de 1971 llama la atención sobre la necesidad de extremar el cuidado en todas las operaciones de que sea objeto un piso o apartamento sin que baste describirlo única y exclusivamente con las circunstancias reglamentarias, pues al corresponder al titular derechos que radican en el conjunto, debe hacerse igualmente referencia a la descripción de este último para que resulte plenamente identificado, sin omitirse la cuota de participación en los elementos comunes, que ocupa en ella un lugar destacado; que, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 9.º de la Ley Hipotecaria, hay que hacer constar en las inscripciones la extensión del derecho que se inscribe, y uno de los elementos que determinan dicha extensión es la mencionada cuota; que, igualmente, el artículo 54 del Reglamento Hipotecario establece que las inscripciones de partes indivisas de una finca precisarán la porción ideal de cada condueño, con datos matemáticos que permitan conocerla indudablemente, y aunque la propiedad horizontal es una comunidad compleja, se dan en ella relaciones de interdependencia que afectan a los respectivos cotitulares, y que la resolución de 20 de abril de 1967 declara que la descripción de inmuebles en los documentos sujetos a Registro se hará «expresando

con la mayor claridad posible los requisitos y circunstancias imprescindibles o convenientes para realizar la inscripción».

El Presidente de la Audiencia confirmó la nota del Registrador por razones análogas a las expuestas por este funcionario y el fedatario se alzó de la decisión presidencial insistiendo en sus anteriores argumentos.

La Dirección General resuelve la apelación del Notario recurrente acordando revocar el auto apelado y la nota del Registrador (1) en base a la siguiente:

Doctrina de la Dirección General de los Registros y del Notariado.—Inscritos los diferentes pisos de un edificio en folios separados a favor de sus respectivos titulares, conforme a la legislación hipotecaria anterior a la vigente Ley de Propiedad Horizontal, este expediente plantea la cuestión de si para inscribir uno de los pisos a nombre del heredero único del titular registral será necesario previamente, y de acuerdo con el artículo 5.º, 2.º, de la mencionada Ley, fijar la cuota de participación en los elementos comunes, que no aparece establecida por no haberse adaptado los Estatutos a la nueva situación legal.

La Ley de Propiedad Horizontal en la disposición transitoria primera ordena la adaptación de los Estatutos de aquellas comunidades constituidas con anterioridad a la entrada en vigor de la nueva Ley, a fin de que se puedan salvar las contradicciones que pudieran existir con la nueva regulación legal, y establece unos procedimientos para lograrlo, señalando, caso de que no hubiese acuerdo, las personas legitimadas para solicitarlo ante la autoridad judicial.

Cuestión diferente de la anterior es la relativa a las vicisitudes que cada piso o propiedad individual puede sufrir en tanto se realice la indicada adaptación, pues en este caso, como ya declaró la resolución de 19 de julio de 1966, «y aunque el artículo 5.º de la Ley de Propiedad Horizontal exige otros requisitos y circunstancias, por lo que sería muy conveniente que al otorgarse un acto relativo a una finca inscrita antes se modificase su descripción y se adaptara a las nuevas exigencias legales, con lo cual quedaría cumplida, además, la prevención del artículo 171 del Reglamento Notarial», es lo cierto que—dada la situación presente—el propietario del piso o apartamento no puede realizar tal modificación unilateralmente y necesitaría la comparecencia de los demás, al menos en lo que a fijación de la cuota se refiere, lo que sería tanto como exigir de nuevo el consentimiento de todos los titulares para la realización de un acto que afecta exclusivamente al poder dispositivo de uno solo de ellos, circunstancias que seguramente movieron al legislador, en la disposición transitoria 1.ª de la Ley de 21 de julio de 1960, a exigir sólo la adaptación de aquellos Estatutos cuyo contenido estuviera en contradicción con los preceptos legales, pero sin establecer idéntica previsión para aquella descripción de las fincas que no se ajusten a lo dispuesto en el artículo 5.º de la misma Ley.

En el presente caso se trata de inscribir una transmisión *mortis causa* en virtud de una escritura de aceptación y manifestación de herencia por la que el heredero sucede al titular registral, acto que para los demás propietarios de los pisos del inmueble es *res inter alios*, y en el que no se modifica la situación ya existente, de adaptar los Estatutos en lo contradictorio con la Ley, caso de que fuese necesario, pero ello habrá de hacerse en el procedimiento adecuado, pues exigirlo en el acto calificado sería tanto como mermar o desconocer el contenido y eficacia de un derecho, que, además, se inscribió en virtud de un título constitutivo perfecto en el momento de tener acceso al Registro, y que se encuentra amparado por

(1) VISTOS los artículos 3.º y 396 del Código civil y su disposición transitoria 2.ª, 1.º, 8.º y 38 de la Ley Hipotecaria, la Ley de Propiedad Horizontal, de 21 de julio de 1960, y las resoluciones de este Centro de 19 y 21 de julio de 1966 y 29 de enero de 1970

un asiento que produce todos sus efectos, de conformidad con el artículo 1.º de la Ley Hipotecaria (*).

Por último, el artículo 396 del Código civil, antes de la reforma por la Ley de Propiedad Horizontal de 21 de julio de 1960, establecía que, salvo pacto en contrario, las cuotas de copropiedad se presumían iguales, por lo que no puede afirmarse que tan importante circunstancia falte en la actual regulación de la comunidad de copropietarios, y a ella habrá que atenerse hasta tanto no se modifique el actual título constitutivo.

COMENTARIO.—En este recurso se vuelve a plantear el problema de la inscripción de un título referente a un piso de un edificio en régimen de propiedad horizontal, sin que en el mismo conste la cuota de participación del piso, que exigen los artículos 3.º y 5.º de la Ley de 21 de julio de 1960, y el artículo 8.º, 4.º, de la Ley Hipotecaria, cuando tal cuota tampoco consta en las inscripciones registrales.

En los cuatro primeros considerandos se confirma y desarrolla la benévola doctrina de las resoluciones anteriores de 19 y 21 de julio de 1966, que con la de 29 de enero de 1970 son las únicas citadas en el vistos. En el último considerando se añade un argumento nuevo, cuyo análisis estimamos tan imprescindible como delicado.

Las resoluciones gemelas de 19 y 21 de julio de 1966, alegadas por el Notario recurrente, revocaron las notas de calificación negativa y también los correspondientes autos presidenciales, sentando doctrina más transigente con el principio de simplificación del contrato que respetuosa con el de especialidad registral, que informó la Ley de 1960, en los dos puntos siguientes: a) es inscribible la hipoteca del piso en una propiedad horizontal anterior a 1960, sin la previa formación con él de finca independiente, cuestión que ahora no nos interesa, y b) no es necesario, tratándose de comunidades por pisos anteriores a dicha Ley, la descripción conforme al artículo 5.º de la misma, porque aunque sería muy conveniente modificar su descripción, cumpliendo el artículo 171 del Reglamento Notarial, es lo cierto que eso no podría realizarse unilateralmente y necesitaría la comparecencia de los demás condueños, al menos en lo que a fijación de la cuota se refiere, por lo que la disposición transitoria 1.ª de la Ley exige sólo la adaptación de aquellos estatutos cuyos contenido estuviere en contradicción con los preceptos legales (2).

La resolución de 29 de enero de 1970, también citada en el vistos, se dio en un caso de venta de un piso (2.º derecha) que se segrega de un edificio y se vende, determinando en la escritura, de 4 de mayo de 1955, el valor y porcentaje a efecto de distribución de beneficios y cargas. El Registrador suspende la inscripción por no haberse adaptado la propiedad horizontal a la Ley de 1960 y por no estar determinada la cuota de participación, conforme a sus artículos 5.º y 8.º, ni por el primitivo propietario de la totalidad de la finca ni por la concurrencia de éste y el titular del piso 3.º derecha, que también había sido antes segregado, vendido e inscrito. El Registrador insiste en su calificación a pesar de acompañarse a nueva presentación una certificación del presidente de la comunidad (comprador del 2.º derecha) referente a una junta general en la que se acordó someter la comunidad a la Ley de 1960 sin Estatutos especiales, confirmar al presidente en su cargo, ratificar la división del resto del inmueble que tenían hecha los propietarios en escritura de 20 de marzo de 1968 y las cuotas de participación que contiene y el acuerdo especifica, aunque sin describir los pisos. El Presidente de la Audiencia revoca el primer defecto (adaptación de Estatutos), pero confirma el segundo, y la Dirección revoca ambos defectos.

(*) Creo que el texto del *B O* ha padecido alguna omisión en este considerando.

(2) Ambas resoluciones fueron comentadas en esta Revista en el número 457 de noviembre-diciembre de 1966, págs. 1573 a 1577, por GINÉS CÁNOVAS

Está claro que en esta resolución (3) el criterio tolerante que prevalece derivó de conceder a la certificación de la junta de la comunidad un suficiente valor probatorio del asentimiento de todos los condueños a las cuotas de participación, entre las que se encontraba la fijada al piso 2.º de recha, objeto de la venta, a pesar de la falta de forma notarial del asentimiento y de la falta de descripción de los pisos. No cabe pensar en que para las comunidades anteriores a 1960, llevándose a sus últimas consecuencias la tesis de la parcelación cúbica realizada por medio de segregaciones puras y simples, el Registrador vaya haciendo inscripciones de segregación de pisos dotando de todos los efectos registrales a las cuotas de participación señaladas exclusivamente por comprador y vendedor, sin más limitación que la resultante de haberse agotado las cien centésimas por segregaciones anteriores, despreocupándose de todo tracto sucesivo a efecto de la intervención de condueños inscritos en la determinación de los porcentajes de los restantes pisos, con el consiguiente riesgo de que rebasadas las cien centésimas su cuota venga afectada por una resolución judicial de decrecimiento. Porque los inconvenientes de este sistema fue el motivo determinante de la exigencia legal de una constitución previa del régimen de propiedad horizontal con fijación de las cuotas de todos los pisos antes de la negociabilidad de éstos como independientes.

Reuniendo las tres resoluciones parece que tenemos que llegar a la conclusión de que el título de transmisión de un piso de propiedad horizontal anterior a 1960 es inscribible, tanto si se hace constar la cuota de participación del piso, aunque no intervengan los demás propietarios (resolución de 1970), como si no se hace constar la cuota de participación (resoluciones de 1966). Pero esto no es del todo así, porque los supuestos no eran totalmente similares, y prueba de ello es que en las resoluciones de 1966, así como en la que ahora comento, uno de los argumentos para no exigir la referencia a la cuota es que esta referencia no puede ser unilateralmente hecha, sino que necesita la comparecencia de los demás condueños, para los que la venta o transmisión del piso es *res inter alios*.

El problema de la resolución ahora comentada se refiere a una propiedad horizontal anterior a 1960 sin constancia registral de Estatutos ni de cuotas de participación y aunque acaso estén inscritos todos los pisos. Se trata de saber si esta indeterminación de cuotas ha de ser eterna o en qué forma las cuotas de participación han de llegar o pueden ir llegando al Registro. Las posiciones extremas serán dos: a) es requisito previo de la inscripción de cualquier acto referente a un piso la determinación de la cuota de todos y cada uno en documento público con intervención de todos los propietarios según Registro; b) la indeterminación registral de las cuotas puede mantenerse *sine die* (eternamente), porque los actos referentes a los pisos no necesitan contener referencia a la cuota, y aunque la contengan, el Registrador debe prescindir de ella en tanto no se le presente aquel documento público con intervención de todos los dueños. Pueden apuntarse soluciones intermedias: a') La determinación de las cuotas de todos los pisos es requisito previo para cualquier acto dispositivo de uno, pero sería suficiente acuerdo de la junta de propietarios (art. 16, 1.º) con un mínimo de autenticidad o la resolución judicial que resulta de la disposición transitoria 1.ª, apartado 3.º, en relación con el artículo 16, 2.º, apartado 3.º b') El Registrador puede exigir a los interesados que hagan constar la cuota como elemento descriptivo, reflejándola en el asiento con tal carácter y sin efectos determinativos del derecho hasta que completadas las cien centésimas, una vez inscritas operaciones referentes a todos los pisos, los datos descriptivos pasasen automáticamente a ser contenido registral con plenos efectos. Esta solución, aunque cómoda para los pro-

(3) Comentada en el número 478 (mayo-junio de 1970) de esta Revista, págs 762 a 767, por FERNÁNDEZ CARALEIRO

pietarios, sería lenta y jurídicamente mediocre salvo la que se recogiese en algún precepto reglamentario, en cuanto contradice la vigente normativa, enemiga de las menciones.

La Dirección no se decide por ninguna solución, limitándose a decir que no es defecto que impida la inscripción la falta de referencia a la cuota de participación. Se limita, pues, a rechazar la extremosa solución a), que suponemos era la que mantenía el Registrador, aunque de su informe, según queda reflejado en el cuarto resultando, no resulta muy claro si se hubiese conformado con una manifestación de la cuota de participación hecha por el heredero en la escritura. Tampoco la nota aclaraba bien si se suspendía «por no constar la cuota de participación» en el título, en el Registro o en el título y el Registro. La resolución nos conduce, al parecer, a la tesis de que las propiedades horizontales antiguas pueden continuar eternamente sin que el Registro determine las cuotas de participación, y si pueden es claro que de hecho continuarán en esta perturbadora situación, por las dificultades prácticas de promover la reunión de todos los propietarios para otorgar un documento público determinativo de las cuotas. De esta manera creo que se vulnera la disposición transitoria 1.ª de la Ley de 1960, que establece la norma general de que ésta regirá todas las comunidades de propietarios cualquiera que sea el momento en que fueron creadas.

Si la resolución se hubiera contentado con los argumentos de las de 1966, que recoge en los considerandos tercero y cuarto, su doctrina sería discutible partiendo de una razonable interpretación de las normas transitorias de la Ley de 21 de julio de 1960, que conceden a ésta un indudable vigor retroactivo; pero defendible partiendo de la restrictiva interpretación doctrinal respecto a la contradicción entre Estatutos y Ley, que exige el apartado 2.º de la disposición transitoria 1.ª para imponer obligatoriamente la adaptación de aquéllos a ésta. Aunque mi opinión particular sea que no cabe mayor contradicción entre Estatutos y Ley de 1960 que la falta en aquéllos o en el título constitutivo de toda referencia a las cuotas de participación de cada piso, no podemos desconocer que los autores se muestran favorables a una interpretación restrictiva de la acción para adaptación de Estatutos, y así, FUENTES LOJO y PERÉ no creen que tal acción pueda utilizarse para proveer de estatutos a una comunidad que no los posea y tampoco para complementar Estatutos insuficientes.

El ámbito de la adaptación a la nueva Ley ha originado discusiones precisamente en relación con la posibilidad de que sean distintos los porcentajes para gastos y la cuota de participación en elementos comunes (4). Si es verdad, como parece resultar del apartado 5.º del artículo 9.º de la Ley vigente (frase: o a lo especialmente establecido), que existe tal posibilidad incluso en ésta, el problema desaparece, pero siempre quedará otro, que es el siguiente: Si es posible, como muchos creen, una propiedad horizontal sin fijación de las cuotas de participación, porque este régimen puede nacer sin formalidad especial alguna antes y después de 1960 (5), no parece muy razonable que la cuota de participación en los elementos comunes y en beneficios y gastos deban fijarse ahora de manera distinta, según se haya constituido la propiedad horizontal antes o después de 1960.

Pero el último considerando, queriendo remachar los argumentos anteriores, acude a uno que más que reforzarlos, los desvirtúa, en cuanto supone cierta contradicción con ellos y que, por otra parte, acaso sea muy peligroso. Me estoy refiriendo a la afirmación de que aunque la cuota no conste, en realidad consta, por virtud de la presunción de igualdad de las cuotas, que establecía el artículo 396 en su redacción anterior a 1960.

Creo que la redacción originaria del artículo 396 del Código civil de 1889

(4) Ver FUENTES LOJO, *Suma de la Propiedad por apartamentos*, tomo II, págs. 1039 a 1044.

(5) FUENTES LOJO, *obra citada*, tomo I, págs. 262 y ss.

deberá ser algún día objeto de un homenaje de desagravio a cargo de la doctrina civilística española. Si su colocación dentro del título de la comunidad de bienes originó vacilaciones y perniciosas interpretaciones, la verdad es que su texto no podía ser más expresivo de que había un dominio independiente del piso, y sus reglas sobre mantenimiento de los elementos comunes no podían ser más breves, claras y aptas para su desarrollo analógico. Incluso su colocación en dicho título tenía la ventaja sobre la del *Code* de servir para atender al problema planteado cuando la ruina de la casa dejase sin objeto las propiedades de los pisos (comunidad romana sobre solar y materiales de la ruina). El criterio del valor del piso, como módulo de determinación de los gastos de mantenimiento de los elementos comunes que no tengan trato especial en las reglas 2.ª y 3.ª, es el acertado y deja en libertad a los títulos para alterar las normas del precepto (Estatutos). Creo que, como tantas veces, fueron sus críticos, exegetas e intérpretes quienes no estuvieron a la altura del texto legal (6).

En cambio, la redacción de 1939, a continuación de un apartado 1.º excesivamente definitorio, contiene en los apartados 2.º y 3.º una regulación poco convincente, en cuanto implica una contradicción básica: a) las partes en copropiedad, salvo pacto, se presumen iguales; b) los gastos de reparación y conservación de los elementos comunes y el derecho de voto en la comunidad se rigen por el principio de proporcionalidad al valor de los pisos, también salvo pacto.

BATLLE, quince años después de la reforma de 1939, refiriéndose a la presunción de igualdad, dice que el pacto que el precepto deja a salvo ha de ser celebrado entre todos los propietarios y que la presunción es *juris et de jure*; considera que el precepto puede conducir a resultados injustos, recoge la posición crítica de NAVARRO AZPEITIA, la solución conciliadora de ORTEGA LORCA (igualdad en cuanto al disfrute y proporcionalidad con el elemento privativo en cuanto a la valoración) y estimando que el precepto está recogido de la Ley belga de 1924, se adhiere a la solución de su comentarista POIRIER, concluyendo que hay presunción *juris et de jure* de igualdad en el condominio de los elementos comunes sólo cuando no hay pacto en contrario y las partes no han fijado el valor proporcional de su porción privativa (7).

Acaso más que seguir a la Ley belga, el legislador de 1939 se limitó a juntar apresuradamente el criterio de proporcionalidad al valor del piso de la redacción de 1889, con la norma de presunción *juris tantum* de igualdad de las cuotas del condominio del artículo 393, 2.º, ya que se introducía una copropiedad romana, si bien subjetivamente real, sobre los elementos comunes. No es posible agotar aquí la cuestión referente a las dudas planteadas por la contradicción entre los dos criterios dispares (igualdad y proporcionalidad al valor de los pisos), en relación con los elementos comunes, en las propiedades de pisos en que no se hubiesen fijado las cuotas de participación en los títulos; pero creemos suficiente lo dicho para demostrar el cuidado que debe tenerse cuando se trata de la presunción de igualdad de la redacción de 1939. Por algo, la reforma hipotecaria de 1944-

(6) No obstante, es posible que sea pronto para organizar ese homenaje de desagravio. Todavía en diversos pasajes de las actas del Primer Simposio sobre Propiedad Horizontal, reunido en Valencia en octubre de 1972, encontramos injustas inexactitudes respecto a la primitiva redacción, al exponerse la tendencia legislativa española como un tránsito de la comunidad (1889) al predominio de la propiedad del piso, con una comunidad accesoria (1939), y, por último, la individualización al máximo del dominio del piso (1960). Creo más cierto que el texto de 1889, igual que el de su inspirador el Código francés, en cuanto configurado en torno a la llamada teoría de la servidumbre, es el que lleva al máximo grado la propiedad ordinaria y privativa sobre el piso, sólo limitada por las recíprocas servidumbres derivadas de la situación de vecindad y de la utilización comunal de los elementos de uso general. El desvío a la teoría de la comunidad y las dudas y problemas posteriores fueron obra de sus exegetas al sacar de quicio el dato de la colocación del precepto.

(7) MANUEL BATLLE VÁZQUEZ, *La Propiedad de casas por pisos*, Editorial Marfil, S. A., Alcoy, 1954, págs. 84 y ss., y 119 y ss.

1946, siguiendo el camino iniciado por la resolución de 1935, exigió que en la propiedad horizontal era requisito de la inscripción y, por tanto, del título constitutivo el valor del piso en relación con el valor total del inmueble a los efectos de la distribución de beneficios y cargas (porcentaje o cuota), y la Ley de 1960, mejorando la redacción, eleva la cuota de participación a centro de gravedad de la propiedad por pisos, de carácter unitario e inalterable por las mejoras o menoscabos del piso. Partes en copropiedad y módulo para participación en beneficios y cargas, y para ejercicio del derecho del voto quedaban así razonablemente unificadas, porque al hacer de la cuota elemento esencial constitutivo perdía interés el problema de una prueba no concluyente de los valores de los pisos en el momento decisivo de constitución de la copropiedad, momento que es por sí solo otro problema si la propiedad por pisos va naciendo por sucesivas segregaciones—ventas de los pisos—sin la previa constitución del edificio en régimen de propiedad horizontal en acto único y con fijación de las cuotas de todos los pisos (8).

Creo que en 1973 no se debe aplicar la presunción de igualdad del apartado 2.º de la redacción de 1939 (derogada) y menos con un carácter *juris et de jure*, que conduzca a la consecuencia de que la Ley derogada completa el contenido registral con una cuota de participación regida por el principio de igualdad. Acaso en algún supuesto raro los Jueces y Tribunales puedan y deban acudir a aquel apartado para determinar la participación (copropiedad) en los elementos comunes de una propiedad horizontal anterior a la Ley de 1960, aunque los comuneros contribuyan actualmente a los gastos desigualmente en razón a reconocer valores desiguales a los pisos (apartado 3.º de la misma redacción). Pero no creo muy segura la postura de irretroactividad a ultranza del considerando último, que para la vía de jurisdicción voluntaria (efectos *erga omnes*) haga renacer la confusa y dudosa presunción de igualdad de 1939 contra los usos y costumbres, que por influencia del texto original de 1889, de las normas registrales y de los más elementales principios jurídicos venían considerando, aun antes de 1960, la cuota de participación proporcional al valor de cada piso, como módulo general para el ejercicio del derecho de voto, para el reparto de beneficios y cargas y para la participación en elementos comunes, incluso en el solar y materiales, en caso de derribo, y en el precio, en el caso de venta del edificio como un todo; todo ello sin perjuicio de la posibilidad de fijar especiales porcentajes para determinados gastos o elementos comunes, siempre que no padezca en exceso el principio de determinación, en vista al cual establece el artículo 3.º de la Ley, casi con tono de *jus cogens*, la cuota de participación como unitaria y única a todos los efectos (9).

En todo lo dicho acaso nos hemos excedido en extensión y en crítica adversa respecto al último considerando, cuando debe culparse a la insu-

(8) La Ley francesa se cuida de determinar que el valor del piso que influye en la cuota de participación resulta en función de la composición, superficie y situación de cada uno *en el momento de establecerse la copropiedad*.

(9) Ver la Resolución de 23 de julio de 1966 respecto a la posibilidad de ser diferentes las cuotas en el edificio como un todo, la cuota en los elementos comunes y la cuota para distribución de gastos y beneficios. La contradictoria regulación de la Ley de 1939 y la vacilante redacción del penúltimo apartado del artículo 8.º de la Ley Hipotecaria—en su redacción de 1944—contribuyeron a dudas como las resueltas por dicha Resolución, en cuyo cuarto considerando se reconoce el uso contrario a la presunción de igualdad en las partes de copropiedad al decir que "la única cuota que normalmente se suele fijar por los propietarios se refiere indistintamente a su participación en gastos y cargas, en el total valor del inmueble y en los elementos comunes". Ver el Comentario de GINÉS CÁNOVAS en esta Revista núm. 457, noviembre-diciembre de 1966, páginas 1585 a 1592.

Ver también las Resoluciones de 7 de junio de 1963 que determinó que la cuota ha de estar referida al valor total del inmueble, por lo que no se cumple el artículo 3.º de la Ley cuando se refiere en forma imprecisa al valor de los elementos comunes, y la de 20 de abril de 1967, que consideró admisible y suficiente la expresión de que la cuota centesimal del piso se señala a los efectos de la Ley de 21 de julio de 1960.

ficiencia de la disposición transitoria primera de la Ley el que resulte prácticamente insoluble el problema de las propiedades horizontales antiguas inscritas sin expresión de las cuotas de participación. El legislador de 1960 no aclaró si la determinación de la cuota de participación era requisito de la propiedad horizontal, tan esencial como parece deducirse del artículo 3.º, o es mero requisito de su inscribibilidad, y tampoco se percató de que aun dándole meramente este carácter era preciso resolver el problema de derecho transitorio que planteaban las propiedades horizontales anteriores, especialmente teniendo en cuenta la presunción de igualdad de la redacción de 1939. Por ello no hizo expresa referencia a la falta de fijación de las cuotas ni a la falta total de Estatutos, como supuestos de adaptación obligatoria a la Ley, como hubiese sido lógico. La laguna habrá de ser llenada por textos legales o reglamentarios si es que el interés de los comuneros en registrar las cuotas de participación, si no lo están, no va haciendo estadísticamente despreciables los casos de propiedades horizontales sin constancia registral de las cuotas de participación.

Mientras no dispongamos del texto reglamentario aclaratorio o de una realidad práctica que lo haga innecesario, los Registradores deben, al parecer, mostrarse tolerantes en materia de propiedades horizontales y de casas divididas materialmente por pisos o habitaciones sin constancia de las cuotas de participación, procurando analizar caso por caso a la vista de ésta y anteriores resoluciones (10).

T. C. G.

(10) Para ello, es de indudable utilidad el Acta de las sesiones del I Simposio sobre Propiedad Horizontal, celebrado en Valencia en octubre de 1972, especialmente en las referencias que al Derecho transitorio se hace en el apartado X de la Quinta Comisión (págs 58 y 59), a pesar de lo excesivamente sintéticas que resultan estas referencias.

II. Sentencias del Tribunal Supremo

1.º JURISPRUDENCIA CIVIL

Por BARTOLOMÉ MENCHEN BENÍTEZ,
JOSÉ QUESADA SEGURA,
CARLOS MARÍN ALBORNOZ y
CATALINO RAMÍREZ RAMÍREZ

II. DERECHOS REALES

SIGNO APARENTE DE SERVIDUMBRE ESTABLECIDO ENTRE DOS FINCAS POR EL PROPIETARIO DE AMBAS: ES TÍTULO DE CONSTITUCIÓN DE LA SERVIDUMBRE, QUE SUBSISTE CUANDO UNA FINCA SE ENAJENA, SALVO MANIFESTACIÓN CLARA Y TERMINANTE EN CONTRARIO CONTENIDA EN EL DOCUMENTO DE TRANSMISIÓN. NO BASTA, A ESTOS EFECTOS NEGATIVOS, LA DECLARACIÓN DE QUE LA FINCA SE VENDE LIBRE DE CARGAS. DEL HECHO DE NO HABERSE EXPRESADO EL PROPOSITO DE CONSTITUCIÓN DE SERVIDUMBRE NO PUEDE DEDUCIRSE LA INEXISTENCIA DE LA MISMA (SENTENCIA DE 2 DE JUNIO DE 1972).

Antecedentes.—El demandante expone, en resumen: Que dos fincas urbanas, en La Coruña, pertenecieron al mismo dueño hasta el fallecimiento de don Antonio Jaspe Dans, el 24 de septiembre de 1931, y aun después, hasta que se practicó división de bienes. Cuando ambas fincas eran propiedad de la misma persona, de don Antonio Jaspe, que viene a ser causante de actor y demandados, dicho señor, previos proyecto y licencia municipal, construyó la casa número 47 de la avenida de Fernández Latorre, la que quedó terminada en 1927. Tiene por el lado sur o derecha, entrando, un patio de luces, vistas y ventilación, que se construyó y mantiene con ventanas amplias desde el primer piso hasta el final más elevado del edificio, con vistas rectas y oblicuas, formando, creando y significando de manera ostensible el establecimiento de una servidumbre de vistas sobre la finca colindante, entonces también, según se ha dicho, de la propiedad del señor Jaspe Dans, y hoy de los demandados.

En el momento de separarse y enajenarse parcialmente, en el año 1933, una y otra finca nada se expresó en contra de la subsistencia del signo aparente de servidumbre entre las dos fincas establecido por el propietario de ambas, sin que tampoco se hiciese desaparecer tal signo aparente de la servidumbre antes del otorgamiento de la primera escritura

de enajenación. Debiendo añadirse que en el móvil impositivo de tal servidumbre influyó la práctica existente en la zona de ensanche de La Coruña de mancomunar los patios intermedios de la zona medianera o colindante de solares para repartirse su superficie entre una y otra casa, beneficiándose ambos solares. Era preceptivo en las ordenanzas para las construcciones en la zona de ensanche—donde se ubicaba la de referencia—que en toda la edificación se dejara una parte de la superficie que con ella se ocupara destinada a patio de luz y ventilación.

Los demandados comenzaron a construir en la finca colindante con la de los actores sin respetar esa pretendida servidumbre. Por ello, en la demanda se suplicó una sentencia en la que: a) Se declarase que la finca del actor, número 47 antiguo y 51 moderno de la avenida de Fernández Latorre, de la ciudad de La Coruña, es beneficiaria de la servidumbre de luces y vistas que grava el solar sobre el que están construyendo los demandados, colindante con el lado sur o derecha, entrando, de aquélla, en el espacio de ésta en que tiene construido un patio rectangular abierto de cinco metros lineales de largo por uno con cuarenta y cuatro de ancho, que impide al dueño del predio sirviente edificar a menos de tres metros de distancia, tomándose la medida de la manera indicada en el artículo 583 del Código civil. b) Se condene a los demandados a estar y pasar por la antecedente declaración, absteniéndose de realizar cualquier edificación que no guarde distancia legal inherente a la servidumbre declarada, así como a demoler y retirar todo la que sin respetar dicha distancia hubiere hecho.

Los demandados contestaron, en síntesis, que habían comprado la finca a la sociedad «Prunosa», la que, según cláusula de la escritura de transmisión, sería responsable de cualquier carga o servidumbre, y caso de existir alguna de éstas se comprometía a liberarla. Suplicaron se citara de evicción a dicha sociedad.

«Prunosa» contestó alegando, en resumen, que nada se le había comunicado del asunto antes de la citación; que nada tenía que ver en el pleito planteado. Añadía que la cláusula 5.ª del contrato de compraventa concertado entre «Prunosa» y los demandados no tiene el sentido ni alcance que éstos pretenden otorgarle. Claro está, decía, que «Prunosa», como cualquier vendedor normal, es responsable de las cargas, gravámenes y servidumbres conjuntas o no aparentes de cualquier finca que venda; pero la que es objeto de este pleito fue vendida lisa y llanamente, sin que estuviera afecta a ningún gravamen de los aludidos. La servidumbre de vistas, en general, pertenece al tipo de las continuas, negativas y aparentes. Si en el caso de autos existiere realmente la servidumbre de luces y vistas que pretende el actor, es indudable que ello comportaría un gravamen aparente. Si los demandados edificaron en un solar que adquirieron de forma convencional, de ellos será la culpa, no de «Prunosa». El solar, insistía, es absolutamente normal, perfectamente titulado, registralmente correcto. Distinto sería en el supuesto de que el solar de referencia estuviese afecto a cualquier tipo de carga o gravamen oculto, desconocido, o a cualquier servidumbre no aparente; porque lo que realmente la cláusula citada por los demandados quiere decir es que «Prunosa» se hace responsable ante los adquirentes si el aludido solar estuviese afecto a cualquier tipo de gravamen desconocido y no perceptible.

Si los demandados prefirieron continuar adelante con la obra después de ser citados a conciliación sin notificar a «Prunosa» de la pretensión del actor y sin tomar ninguna medida precautoria al respecto, es evidente también la absoluta irresponsabilidad de dicha sociedad. La servidumbre de vistas, cuyo reconocimiento pretende el actor, no tiene la menor base legal; el propio accionante reconoce que esos pretendidos huecos para vistas no fueron establecidos por la voluntad del primitivo dueño común, con el *animus* no ya de establecer una servidumbre futura sobre el solar

colindante, sino ni siquiera la de crear un mero signo aparente de su existencia. Tal patio fue proyectado por un imperativo de carácter meramente urbanístico y administrativo (ordenanza municipal a la sazón vigente). Si esa ordenanza ya no tiene vigencia ni virtualidad, es llano que ni puede existir servidumbre de ninguna especie ni nunca la hubo. Jamás hubo voluntad por parte del dueño común en orden a la creación de tal pretendida servidumbre y de signo aparente alguno. El signo, la existencia de esos huecos para luces y vistas, tienen simplemente un valor meramente simbólico y representativo. El cumplimiento de una ordenanza municipal a la sazón vigente ni supone signo aparente, en la acepción legal de la expresión, ni voluntad de crearlo.

Terminó suplicando sentencia absolutoria, con condena en costas para el actor y, en su caso, para los demandados, que la citaron de evicción.

Los demandados, completando su contestación, expusieron, en resumen: Que reconocían que la finca total perteneció a don Antonio Jaspe Dans; que sus herederos la dividieron en dos fincas independientes; que las inscripciones registrales subsiguientes a la división carecen de toda mención a la supuesta servidumbre de luces y vistas; que ellos, los demandados, han comprado a «Prunosa» libre de cargas y servidumbres, haciéndose responsable dicha entidad de cualquiera que pudiera existir y quedó comprometida, si existiera cualquier carga, a liberar la finca completamente; que el señor Jaspe (el que fue dueño de la finca total), cuando edificó la casa de los demandantes, construyó varios patios, pero no tuvo el propósito de constituir servidumbre, sino el de cumplir los mandatos administrativos entonces vigentes, pues el propio demandante dice que la ordenanza vigente a la sazón obligaba a dejar espacios destinados a luz y ventilación. Actualmente, las antiguas ordenanzas no rigen y la nueva edificación puede construirse sin dejar patio ni hueco alguno por el lado de la casa del demandante. Suplicó una sentencia con condena en costas para el actor o para la sociedad citada de evicción.

El Juzgado de Primera Instancia dictó sentencia con el siguiente pronunciamiento: «...debo declarar y declaro que la finca del actor, casa número 47 antiguo, 51 moderno, de la avenida de Fernández Latorre de esta ciudad, es beneficiaria de la servidumbre de luces y vistas que grava el solar sobre el que están construyendo los demandados, colindante con el aire sur o derecha, entrando, de aquélla, en el espacio en que ésta tiene construido un patio rectangular abierto de 5,09 metros lineales de largo por 1,405 metros de ancho, que impide al dueño del predio sirviente edificar a menos de tres metros de distancia, tomándose la medida de la manera indicada en el artículo 583 del Código civil, y debo condenar y condeno a los demandados y a la sociedad citada de evicción a estar y pasar por la anterior declaración, y a los demandados, que se abstengan de realizar cualquier edificación que no guarde la distancia legal inherente a la servidumbre declarada, así como a demoler y retirar toda la que sin respetar dicha distancia hubieran hecho, sin expresa imposición de costas.»

En apelación, la Audiencia Territorial revocó dicha sentencia, desestimó la demanda y absolvió a los demandados, sin condena en costas en ninguna de las instancias.

Interpuesto recurso de casación por el actor, el Tribunal Supremo declaró haber lugar al mismo, casó y anuló la sentencia de la Audiencia y, en segunda sentencia, confirmó la dictada por el Juzgado de Primera Instancia.

Se basó en la siguiente doctrina:

Considerando que siendo la cuestión fundamental planteada en la demanda por el hoy recurrido la de que se declare que la finca que se describe como de su propiedad es beneficiaria de la servidumbre de luces y vistas que grava el solar sobre el que están construyendo los demandados, colindante con el linde sur o derecha, entrando, de aquélla, en el

espacio de ésta en que tiene construido un patio rectangular abierto de cinco metros lineales de largo por 1,44 metros de ancho, la Sala sentenciadora resuelve la cuestión planteada denegando la petición suplicada en el escrito inicial del pleito, por estimar la no existencia de la servidumbre de luces y vistas sobre el predio, hoy propiedad de los demandados, apoyándose para ello en la presunción de la falta de voluntad del autor de los huecos para producir los efectos jurídicos de aquélla y en que «ningún signo comprobado permite cerciorar que hubiera quedado en su logro estructural, por voluntad del propietario dependiente de la utilización para el mejor servicio de la finca, algún espacio acotado dentro del perímetro de la que hoy es propiedad de los demandados».

Considerando que al aceptarse por el Tribunal *a quo* en su sentencia, hoy recurrida, el primer considerando de la dictada en el primer grado de la Instancia, reconoce como hechos ciertos, entre otros, los siguientes: Primero: Que cuando todo el terreno era propiedad del dueño único y éste construyó la casa que hoy es propiedad del actor, y en la pared del lado derecho, entrando, situó un patio, abrió en éste y en cada planta del edificio dos ventanas frontales de 95 centímetros de ancho por 1,70 metros de alto. Segundo: Que los herederos de aquel primitivo dueño, al dividir en dos la finca del causante, nada expresaron en la escritura con relación a las ventanas y éstas continuaron en la misma forma. Tercero: Que los demandados, al construir sobre el terreno de su propiedad han levantado la pared a ras del lindero de la casa del actor, de forma que esta pared está a una distancia de 1,45 metros de las ventanas frontales del patio de la casa del demandante; hechos éstos que indudablemente no han tenido reflejo en la parte dispositiva del fallo por fundamentarse éste en causas que no pueden desvirtuar en modo alguno la realidad de aquellas premisas aceptadas por el Tribunal *a quo*, pues no ha tenido en cuenta la doctrina emanada de esta Sala en repetidas sentencias, que estiman, de acuerdo con el artículo 541 del Código civil, que la existencia de un signo aparente de servidumbre entre dos fincas, establecido por el propietario de ambas, se considerará, si se enajenase una de ellas, subsistiendo dicho signo, como título suficiente para que aquélla continúe, activa y pasivamente, salvo que se haga constar lo contrario en el documento de enajenación de cualquiera de ellas al tiempo de formalizarse la transmisión, manifestación ésta que ha de ser clara y terminante, sin que sea suficiente la declaración de que la finca se vende libre de cargas—sentencias de 10 de octubre de 1957, 30 de abril de 1959, 31 de enero de 1960 y 16 de abril de 1963, entre otras muchas—, y como en el caso del presente recurso, según ha quedado expresado anteriormente, reconoce la sentencia recurrida que los huecos fueron abiertos por el propietario común de los dos edificios para proporcionar luces y vistas a uno de ellos sobre una porción de terreno del otro, manteniéndose aquéllos hasta el momento de iniciarse la *litis* y sin que conste manifestación contraria a tal derecho, es obvio que al reconocer aquella resolución impugnada los signos exteriores de las ventanas que en dicho patio existen, incide ella en la interpretación errónea del artículo 541 del Código civil y, de consiguiente, el solar en que han construido los demandados está evidentemente gravado con una servidumbre de luces y vistas directas en favor del actor, por lo que resulta viable el motivo cuarto del recurso formalizado por la parte actora y, de consecuencia, también el segundo, dado que la presunción establecida por la sentencia recurrida no resulta lógica, pues el simple hecho de no haberse expresado el propósito de la constitución de la servidumbre sobre el fundo contiguo no lleva en sí, ni puede deducirse de ello, la inexistencia de aquélla, porque la doctrina jurisprudencial sienta que al no haber sido destruidos los signos que la exteriorizan ni hacerse constar en la enajenación nada en contrario de forma clara y terminante ha de entenderse subsiste la ser-

vidumbre, por lo que ha quedado infringido también en la sentencia que se recurre el artículo 1.253 en su relación con el 1.215, ambos del Código civil, por lo que debe admitirse el recurso, sin que sea necesario el estudio de los restantes motivos no apreciándose temeridad.

La segunda sentencia se basa en los fundamentos anteriores, coincidentes con los de la sentencia de Primera Instancia.

COMENTARIO.—La servidumbre llamada del signo aparente o del destino del padre de familia, que es objeto del fallo que estudiamos, carece de antecedentes en nuestra historia jurídica. Se ha formado (1) por dos afluentes: la legislación extranjera y la jurisprudencia del Tribunal Supremo. La doctrina, equivalente a la contenida en el artículo 541, se encuentra en el artículo 691 del Código de Napoleón, que la tomó, según ESPÍN, del Derecho consuetudinario francés.

En cuanto a la jurisprudencia anterior al Código civil se constituyó, según el autor primeramente citado, contra Ley, contra lo dispuesto en la Ley 17, título XXXI de la partida 3.^a

CLEMENTE DE DIEGO explica esta servidumbre así: El artículo 541 menciona otro modo de constitución de servidumbre, derivado de la subsistencia de un signo aparente de servidumbre entre dos fincas que pertenecieron a un solo propietario. Mientras pertenecieron a un solo propietario no había servidumbre (*nemini res sua servit*); pero tan luego como por causa de muerte, donación, partición, etc., empiezan a ser de dos propietarios distintos, ya hay posibilidad de que sea servidumbre. Si en estos actos se dice algo acerca de ella, constituyéndola o suprimiéndola, se ha de respetar; pero si no se dice nada y se deja subsistir el signo de la servidumbre, puede fundadamente presumirse que han tenido intención de mantener ese estado aceptando, respectivamente, el beneficio y el gravamen de aquel servicio, que ahora ya es servidumbre.

Plantea el artículo 541 varias interrogantes. En primer lugar, ¿cuál es el fundamento de la existencia de la servidumbre cuando se separa el derecho de propiedad de las dos fincas? Se dice que reposa en el consentimiento tácito del propietario al efectuarse la enajenación; que la base se halla en el concepto de inherencia real de la servidumbre al fundo; que se requiere tan sólo el requisito de la apariencia para que se constituya la servidumbre; que es la Ley la que constituye la servidumbre; que es una aplicación de la teoría de los derechos reales en cosa propia.

En realidad, la doctrina del consentimiento tácito olvida que antes del mismo ha existido un acto de destinación ejecutado por el propietario que supone la voluntad de crear la servidumbre, que permanece latente en tanto las fincas pertenecen al mismo dueño. La doctrina de la inherencia es exacta por lo que respecta a la servidumbre ya constituida, pero no explica el caso contrario.

La aplicación de la teoría de los derechos reales en cosa propia choca con un obstáculo insalvable: el confundir lo que son actos materiales, que el propietario ejecuta como derivados de su derecho de propiedad para mejor aprovechamiento de la cosa, con la existencia de derechos reales propios y específicos constituidos a su favor. Por otra parte, tenemos el clásico principio, antes citado. Los profesores COSSÍO y GULLÓN, en las notas a *Instituciones de Derecho civil español*, de CLEMENTE DE DIEGO, que estamos siguiendo, se muestran de acuerdo con BONET CORREA en estimar que el acto de destinación del propietario es un acto con eficacia jurídica en cuanto es un presupuesto, un elemento del acto complejo de destinación del propietario, que se completa con los demás requisitos que dan nacimiento a la servidumbre. Pero hay que tener en cuenta—añaden—la

(1) M. SCAEVOLA. *Código civil concordado y comentado*, tomo X, 3.^a ed., pág. 385

doctrina del consentimiento tácito en el momento en que entra en juego la voluntad positiva o negativa del propietario para la existencia posterior de la servidumbre.

PÉREZ y ALGUER afirman que, a la vista del precepto legal y de la doctrina de la jurisprudencia, lo decisivo es el estado real de utilización de un predio en beneficio de otro, es decir, el estado de hecho que se convierte en un derecho de servidumbre precisamente con el fin de que no disminuyan las condiciones de utilización de la finca vendida.

La sentencia viene a afirmar, una vez más, la indiscutible vigencia de este singular modo de nacer la servidumbre.

No se ha planteado claramente el problema de su relación con el Registro, con la «fe pública» del mismo. Sin duda, como las ventanillas estaban de manifiesto, se ha entendido por la misma parte demandada que no estaba protegida por el silencio del Registro respecto de la servidumbre. Conforme a reiterado criterio de la jurisprudencia, no es preciso que la servidumbre esté inscrita para que surta plenos efectos, cuando su «ostensibilidad tiene que herir forzosamente los sentidos».

La sentencia de 7 de noviembre de 1911 (en la que se da la curiosa circunstancia de que el demandante y recurrente era Magistrado del Tribunal Supremo, jubilado) aplica esa doctrina a un caso del artículo 541.

Claro está que tales signos ostensibles e indubitados de servidumbre son más bien principios o indicios de signos. Los requisitos exigidos por el artículo 541 son varios, como queda expuesto, y algunos no son fácilmente ostensibles.

B. M. B.

III. CONTRATOS

ANOTACION PREVENTIVA DE DEMANDA. INDEMNIZACION DE LOS PERJUICIOS CAUSADOS POR LA ANOTACION. ES UNA OBLIGACION EXTRA CONTRACTUAL O AQUILIANA SOMETIDA A LOS ARTICULOS 1.902 Y 1.903 DEL CODIGO CIVIL. PRESCRIBE AL AÑO (SENTENCIA DE 4 DE JULIO DE 1972).

Hechos.—La sociedad «Soge, S. A.», demandó al Estado. Alegó, en resumen, que la Abogacía del Estado de Baleares, siguiendo instrucciones de la Dirección General de lo Contencioso, formuló demanda en juicio declarativo de mayor cuantía contra la actora y otros, postulando determinados pedimentos e interesando anotación preventiva de la demanda, que se acordó y extendió. Desestimada la demanda después de haberse recurrido hasta el Tribunal Supremo, a petición de la parte actora se acordó y practicó la cancelación de la anotación preventiva. Como consecuencia de ello —dice la demandante—, las fincas anotadas han permanecido al margen de toda transacción comercial durante un período de tres años, seis meses y dieciocho días. Consecuentemente con la obligación contraída por la representación del Estado—sigue alegando la demandante—de indemnizar los perjuicios causados por la anotación, venía obligado aquél a abonar 988.392,60 pesetas, importe del 6 por 100 de interés del valor de los inmuebles desde el 26 de junio de 1964 al 14 de febrero de 1968.

Al contestar la Abogacía del Estado, reconoció que se pidió y practicó la anotación; pero negó lo demás relatado y pedido, porque el calificativo de mercantil que se aplica al caso es técnicamente inadmisibles y porque no se produjo lo que la demandante argumenta. Precisó ciertas fechas y de-

talles y pidió la absolución del Estado con condena en costas para la parte adversa. Entre esos detalles está el que recibidos los autos en el Juzgado de origen, después de los recursos, a petición de la parte adversa, se decretó por dicho Juzgado la cancelación de la anotación preventiva referida y mucho más de un año después la sociedad demandante intentó—sigue diciendo la parte demandada—, por vía de ejecución de sentencia, conseguir lo que ahora pretende, pero fracasó.

El Juez de Primera Instancia absolvió de la demanda al Estado, sin expresa condena en costas. En apelación, la Audiencia Territorial revocó la sentencia de Primera Instancia; declaró la obligación del Estado de indemnizar a la sociedad demandante, en concepto de perjuicios causados por la anotación preventiva, en la suma de 653.441 pesetas, y, en consecuencia, le condenó al pago de dicha suma, sin expresa imposición de costas.

El Tribunal Supremo declara haber lugar al recurso de casación por infracción de Ley interpuesto por el Abogado del Estado, anula la sentencia de la Audiencia y dicta otra por la que se confirma la de Primera Instancia, que absolvió al Estado demandado, sin expresa condena de costas en ninguna de las instancias.

Doctrina.—Son considerandos de la primera sentencia (ponente: señor De Vicente Tutor):

Considerando: Que el octavo de los motivos del recurso, amparado en el número 2.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, con alegada violación del 359 de la misma, denuncia la incongruencia de la sentencia con las pretensiones oportunamente deducidas por las partes, basado en que se solicitó indemnización de los daños causados por culpa contractual conforme a la demanda, oponiéndose el demandado por entender que, caso de existir, la culpa sería extracontractual, pese a lo cual la resolución estima que la culpa se deriva del incumplimiento de una obligación legal que impone el artículo 139 del vigente Reglamento Hipotecario; motivo que no puede prosperar con sólo tener en cuenta que existe la más perfecta congruencia entre lo solicitado y lo resuelto, y es bien sabido que tal requisito afecta a la correlación entre las súplicas de los escritos interlocutorios y el fallo, como ocurre en el caso contemplado, según reconocen los propios litigantes; máxime que si bien se admite el defecto en cuestión cuando se otorga lo pedido por causa y hechos distintos de los alegados, no se da en el presente caso, cuando las causas y los hechos son los mismos y varía sólo el derecho material aplicable que corresponde y la competencia de los juzgadores de Instancia.

Considerando: Que si bien el artículo 139 del Reglamento Hipotecario exige a todo el que solicite el embargo preventivo de bienes inmuebles o su anotación en el Registro, que ofrezca indemnizar los daños y perjuicios que pueda originar, ello no constituye más que una garantía de tipo formal y hasta cierto punto innecesaria, ya que todo el que produce un perjuicio viene obligado a resarcirlo de acuerdo con los principios sustantivos de nuestra legislación y, en su consecuencia, aparte del carácter reglamentario del precepto y, por ende, de menor grado en el aspecto sustantivo y material, la obligación que señala no llega a iniciar una relación de tipo obligacional y queda circunscrita, como se ha dicho, a una de tipo formal y de garantía, y buena prueba de ello es que, conforme al precepto invocado, puede llevar hasta la exigencia de caución adecuada para concederla, facilitando y asegurando así su cumplimiento.

Considerando: Que sentada la anterior doctrina y descartada la tesis de que la responsabilidad de la parte recurrente se derive del incumplimiento de una obligación legal, y no existiendo entre las partes rela-

ción alguna derivada de un contrato, es evidente que la acción que sirve de base a la demanda, como en la misma se alega, para exigir la reparación del daño causado, tiene el carácter de extracontractual o aquiliana, sometida en su regulación a lo dispuesto en los artículos 1.902 y 1.903 del Código civil, que prescribe al año, como determina el 1.968, y existiendo conformidad en que había transcurrido cuando se presentó la demanda, es evidente deben prosperar los motivos segundo y tercero del recurso, que, amparados en el número 1.º del 1.692 de la Ley de Trámites, denuncian la violación de dichos preceptos, casando y anulando la resolución impugnada con los pronunciamientos consiguientes; máxime en el caso contemplado, en que por ser demandado el Estado es de aplicación el artículo 40 de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado de 26 de julio de 1957, cuya violación se denuncia, por el mismo cauce procesal, en el primer motivo del recurso.

COMENTARIO.—Esta sentencia tiene el interés de ser, creemos, la primera que se ocupa de cuestiones derivadas de la responsabilidad del anotante en anotación preventiva de demanda, por los daños y perjuicios que puedan causarse al anotado, detalle aludido en el artículo 139 del Reglamento Hipotecario.

Los tratadistas de Derecho registral no estudian este problema, ni aun aquellos dedicados especialmente al aspecto procesal del mismo (1). Solamente ROCA (tomo II, pág. 864, de la última edición de su Derecho hipotecario) se refiere a una pequeña cuestión relativa a él. Expone: «De ser absuelto el demandado no creemos pueda éste exigir tal indemnización en trámites de ejecución de la sentencia absolutoria recaída, pues para ello se requerirá procedimiento judicial aparte, a falta de acuerdo.»

Efectivamente, de lo alegado en este caso se deduce que se intentó obtener indemnización en trámite de ejecución de sentencia y la pretensión no prosperó.

Es lógico. Una sentencia absolutoria de una demanda no contiene, normalmente, pronunciamiento que pueda servir de base a una ejecución de responsabilidad derivada de daños y perjuicios.

La sentencia que estudiamos viene a sentar las siguientes conclusiones:

a) Que la obligación de indemnizar no nace, no se produce por declaración de la Ley. El precepto reglamentario del artículo 139 dice: «...ofreciendo indemnizar los perjuicios que de ella—la anotación—puedan seguirse al demandado en caso de ser absuelto.» Pues bien, se trata, según la sentencia, de una declaración formalista, de un reconocimiento del principio general contenido en el artículo 1.902 del Código civil.

b) Que la obligación, base de la demanda que pide los perjuicios, es una obligación extracontractual o aquiliana.

c) Que la acción para exigir tales perjuicios prescribe al año, por aplicación de lo dispuesto en el artículo 1.968, 2.º, del Código civil.

En verdad es lástima que, por haber apreciado la prescripción, el Tribunal Supremo no haya entrado en el fondo del asunto debatido y no haya analizado si en el caso concurren los elementos que, según la doctrina y la jurisprudencia (sentencia, entre otras, de 13 de junio de 1942), han de darse para que nazca la responsabilidad extracontractual, a saber: acción u omisión, lesión o daño, antijuridicidad o ilicitud, culpa del agente y la relación de causalidad entre el daño y la culpa.

¿Existe antijuridicidad en el que pretende un derecho que estima le asiste? Si no hubo condena en costas en las instancias, porque los Tri-

(1) HONORATO SUREDA: *Derecho Procesal Hipotecario*; GONZÁLEZ ALEGRE: *Los Procedimientos Judiciales de la Ley Hipotecaria*; PRIETO COROS: *Ejercicio de las acciones civiles*, el tomo IV se refiere al Derecho Hipotecario.

bunales no estimaron temeridad o mala fe en el que demandó y consiguió la anotación, ¿podrá haber culpa a los efectos de la responsabilidad que nos ocupa?

Centrada la cuestión en el artículo 1.902 del Código civil, entendemos no puede afirmarse que en todo caso, cuando la demanda fracasase, exista una responsabilidad que pueda ser fundamento para pedir perjuicios. El Juez, los Tribunales, tendrán que decidir en cada caso y apreciar las circunstancias que concurran.

No olvidamos que las corrientes modernas se inclinan por la responsabilidad objetiva, que apartan la idea de culpa para basarse sólo en la relación causal; pero este criterio, que ha tomado carta de naturaleza en la legislación de accidentes de trabajo y en la de accidentes de circulación, no parece aplicable a la tan aludida responsabilidad citada en el artículo 139 del Reglamento Hipotecario.

El último considerando hace referencia al artículo 40 de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado, relativo a la responsabilidad patrimonial del mismo, que establece: «El derecho a reclamar caducará al año del hecho que motive la indemnización.» Con ello se viene a reforzar la prescripción aplicada, nacida del Código civil. Estimamos que el artículo exactamente aplicable es el 41 (responsabilidad del Estado cuando actúa en relaciones de Derecho privado), aunque ello no contradice ni varía lo concerniente al plazo de prescripción.

B. M. B.

INTERPRETACION DE CONTRATOS: NO HAY QUE ACUDIR A PRUEBAS DISTINTAS AL DOCUMENTO ANALIZADO PARA DESVIRTUAR EL SENTIDO LITERAL DE SUS CLAUSULAS. MIGALLON JIMENEZ C. FRESNO BARRIO (SENTENCIA DE 8 DE JUNIO DE 1972).

Vendida una casa en 1.100.000 pesetas, se entregaron 330.000 y quedó aplazado el resto. Impagado éste, se anuló la compraventa mediante un documento en que no se aludía a la cantidad entregada. Reclamada ésta judicialmente por el que fue comprador, y alegando el demandado, justificándolo con dos testigos, que oralmente se había convenido al redactar el documento controvertido que las 330.000 pesetas quedarían para él en concepto de indemnización, el Tribunal Supremo, estimando el recurso, casa la sentencia absolutoria en base a la siguiente doctrina:

Considerando que al declararse en la sentencia recurrida que en el documento de 30 de agosto de 1970 no se consignó cuál fuera el destino que había de darse a la cantidad de 330.000 pesetas..., y al deducir de esa omisión... que la verdadera intención de los contratantes consistió en dejarla a beneficio del vendedor, es indudable que el Tribunal *a quo* incurrió en las infracciones que, al amparo del número 1.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, se denuncian en los motivos primero y tercero del presente recurso, toda vez que las palabras empleadas en el citado documento demuestran con toda claridad que el único fin perseguido por quienes lo suscribieron consistió en dejar sin efecto el negocio jurídico antes aludido, volviendo, como es natural, a la situación de hecho existente con anterioridad a su suscripción, y siendo ello así y no deduciéndose de sus cláusulas duda alguna acerca de la verdadera intención de quienes lo estipularon, debe estarse al sentido literal de sus cláusulas, conforme se previene en el número 1.º del artículo 1.281 del Código civil, sin que sea lícito acudir a las diversas normas

de hermenéutica que contiene el indicado Código ni ampararse para ello en pruebas diferentes al documento que se está analizando.. Aun en el supuesto de que surgieran las aludidas dudas entraría en juego lo preceptuado en el artículo 1.289, que ordena resolverlas en favor de la mayor reciprocidad de intereses, sobre todo cuando se trata de la renuncia de determinados derechos por parte de alguno de los contratantes, que para ser válida debe acreditarse de manera explícita, clara y terminante..., sin que pueda deducirse de expresiones o actos de equívoca significación.

RESPONSABILIDAD POR DAÑOS: MUTUALIDAD DE SEGUROS DE EMPRESARIOS DE ESPECTACULOS DE ESPAÑA C. SANCHEZ DIAZ (SENTENCIA DE 24 DE MAYO DE 1972).

Habiéndose producido un incendio en un camión aparcado que contenía películas cinematográficas se produjeron daños en las mismas; la Mutualidad de Seguros de Empresarios de Espectáculos de España realizó el pago del importe del material siniestrado y se dirigió contra el transportista. Absuelto éste en ambas instancias no prospera el recurso de la Mutua, que se basaba en error de hecho en la apreciación de determinadas pruebas.

Considerando que el único motivo subsistente en el recurso es el segundo, fundado en error de hecho en la apreciación de la prueba, por el cauce procesal del número 7.º del artículo 1.692 de la Ley, y califica como actos auténticos la existencia del camión sin vigilancia en la Cuesta de la Vega de esta capital la noche en que ocurrió el siniestro y la realidad de éste, cuyos hechos, y no actos auténticos, en nada contradicen las afirmaciones que hace la sentencia, pues reconocidos tales hechos, la Sala no los reputa por las circunstancias concurrentes origen de responsabilidad, por lo que habiendo quedado inalterados los hechos de la sentencia, se impone la desestimación del motivo y con ella la del recurso, con sus naturales consecuencias.

CUESTION DE COMPETENCIA: NO EXISTIENDO SUMISION, EN LA OBLIGACION PERSONAL ES COMPETENTE EL JUEZ DEL DOMICILIO DEL DEMANDADO (SENTENCIA DE 13 DE JUNIO DE 1972).

Planteado conflicto de competencia entre los Juzgados Municipales de Murcia y Tarragona—donde se había planteado la demanda—resuelve así el Supremo:

Considerando que no aparece principio de prueba alguno del que se desprenda que el pago que se dice hecho por el actor por cuenta del demandado se efectuara por mandato o con conocimiento de este último, por lo que no puede estimarse la existencia de subrogación en los derechos de «Finanzauto y Servicios, S. A.», y no existiendo sumisión, ha de atribuirse la competencia, por aplicación de la regla 1.ª del artículo 62 de la Ley de Enjuiciamiento y de acuerdo con lo dispuesto en el párrafo 3.º del artículo 1.171, al Juzgado Municipal número 1 de Murcia, por ser el del domicilio del demandado.

RECLAMACION DE CANTIDAD: PROYECTA INGENIEROS Y ARQUITECTOS CONSULTORES, S. A., C. CONSTRUCTORA BERNAL, S. A.
(SENTENCIA DE 14 DE JUNIO DE 1972).

La firma demandante realizó unos proyectos para la Constructora demandada, que no se probó hubieran sido solicitados por ésta, quien se negó a pagar la factura. Planteada la demanda por «Proyecta...», la Sala de la Audiencia Territorial, revocando la sentencia del Juzgado de Primera Instancia, absolvió a los demandados. El recurso no prosperó.

Considerando que en los motivos primero, segundo y quinto del recurso... se alega la interpretación errónea, en el primero, y la inaplicación, en los otros dos del mismo precepto sustantivo del artículo 1.544 del Código civil..., tienen que ser desestimados los tres, pues habiendo sido realmente aplicado por la Instancia dicho artículo hay que descartar toda posible justificación de los dos últimos; pero es que ha sido, además, aplicado rectamente, lo que hace desestimable el primero; si es cierto que todo servicio prestado ha de ser retribuido, cuando las partes no pactaron nada sobre ello para llegar a concretar la cantidad en que ha de consistir el pago, se hace indispensable la determinación de una base a que atenerse y ésta no se configura de ninguna manera a través de todo el pleito...

Considerando que igual suerte han de correr los otros dos motivos del recurso, el tercero y el cuarto, ambos al amparo del número 1.º del artículo 1.692 de la Ley Procesal: el tercero, por aplicación indebida de los artículos 1.447 y 1.448 del Código civil, y el cuarto, por interpretación errónea de las sentencias de este Tribunal Supremo, pues los artículos que se dicen indebidamente aplicados no fueron aplicados por la Instancia, que hace a ellos sólo una alusión indirecta, a modo de declaración o de ejemplo, y en cuanto a la jurisprudencia de esta Sala, que se dice erróneamente interpretada, en ella no impone la fijación del precio a todo trance cuando no se fijó en el precio base, sino que sólo se autoriza cuando haya términos o antecedentes hábiles para determinarlo.

DERECHO NAVARRO: CAPACIDAD DE LA MUJER PARA SER FIADORA.
OCHOA C. PERALTA (SENTENCIA DE 13 DE JUNIO DE 1972).

Considerando que si bien es cierto que el Derecho romano sigue vigente en Navarra, no lo es menos que uno de los primeros principios del Derecho navarro es la validez de la costumbre, incluso contra Ley, y que aquélla ha ido eliminando todo lo que venía condicionado por circunstancias históricas periclitadas y amoldándolo a su propia manera de ser y a reales circunstancias y que en el campo de las obligaciones, y concretamente en lo relativo a la capacidad de la mujer para ser fiadora, las primitivas fuentes romanas han caído en total desuso, como así aparece bien claro de las modernas compilaciones, que elaboradas por eminentes juristas de las diversas profesiones, como Jueces, Notarios, Catedráticos y Abogados, han elevado a la Diputación foral, y en el extremo que nos ocupa se concreta en la Ley 61, que dice que la mujer, con licencia del marido, puede afianzar, obligarse de cualquier modo a dar garantía real, tanto en favor del mismo marido como de otra persona, criterio confirmado por la 541, que no establece más incapacidad para ser fiador que la de los religiosos profesos que por razón de sus votos carezcan notoriamente de patrimonio, y si bien es cierto que mientras estas

recopilaciones no se promulguen como leyes no tienen fuerza vinculante para los Tribunales, lo que no pueden éstos ignorar es el hecho notorio del desuso, por ser la costumbre en Navarra la fuente primera del Derecho privado, siendo ya el criterio citado el oficial, pues la Ley 61 de la recopilación privada, que aceptó la Diputación foral, ha sido aprobada y hecha propia por la Comisión especial para el Derecho navarro de la Comisión general de Codificación.

RECLAMACION DE CANTIDAD: ROBLES LOPEZ C. PEREZ SAMPER
(SENTENCIA DE 30 DE JUNIO DE 1972).

Considerando que de los motivos que integran el recurso hay dos que no pueden examinar, y que son: A) El tercero, en que se denuncia la infracción del artículo 1.445 en relación con los 1.474 y 1.475 y concordantes del Código civil. B) El que lleva el número 4.º, apoyándose en la infracción del artículo 1.449 del Código civil, por acusar los dos motivos la falta de «concepto» en que se ha cometido la infracción, siendo así que el artículo 172 de la Ley de Enjuiciamiento Civil dice que en el escrito interponiendo el recurso se citará con precisión y claridad la Ley o doctrina legal que se crea infringida y el CONCEPTO en que lo haya sido, y el artículo 1.729, en su número 4.º, detalla que el no haber lugar a la admisión del recurso se decretará cuando no se hayan citado con precisión y claridad las leyes que se supongan infringidas y el CONCEPTO en que lo hayan sido.

Considerando que en los motivos segundo, en que se denuncia la violación del artículo 1.214 del Código civil, y quinto, en que se acusa interpretación errónea del artículo 1.101 del mismo Código y reiteradísima jurisprudencia, que no se cita, ofrecen el inconveniente de ir fuera del cauce adecuado, constituido por el número 7.º del artículo 1.692 de la Ley Procesal, contra los hechos que declaran probados las sentencias de Instancia.

RENTAS PERIODICAS: PRESCRIPCION. BORRERO C. SALMERON (SENTENCIA DE 10 DE JUNIO DE 1972).

Reclamándose rentas vencidas y no satisfechas y alegándose por los demandados la excepción de prescripción de las mismas, el Tribunal Supremo casa la sentencia absolutoria, puesto que había existido un pleito anterior sobre estas mismas rentas en el que se reconocía esta deuda por los ahora demandados, cuyo acto de conciliación se celebró el 8 de agosto de 1964, y al admitirse la presente demanda el 25 de octubre de 1969, entendió el Juzgador de Instancia mediaron más de los cinco años a que se refiere el artículo 1.966. El Supremo estima que tal reconocimiento hay que entenderlo mantenido hasta la fecha en que se dictó sentencia firme en el pleito anterior, 7 de marzo de 1968, cosa que no tuvo en cuenta la sentencia recurrida.

J. Q. S.

CONTRATO DE SOCIEDAD: DEL HECHO DE LA EXISTENCIA DE UNA RELACION JURIDICA, NO LABORAL, ENTRE LOS CONTENDIENTES NO SE DERIVA, LOGICA Y RIGUROSAMENTE, QUE TAL RELACION JURIDICA SEA PRECISAMENTE LA DE UN CONTRATO DE SOCIEDAD (SENTENCIA DE 28 DE OCTUBRE DE 1972).

Hechos.—Entre actor, como socio industrial, y demandado, como socio de capital, se concertó verbalmente un contrato para llevar a cabo un negocio de construcción, siendo la participación del actor la de un 50 por 100 de los beneficios netos posibles. Terminadas las obras, y ante el silencio del demandado en cuanto se refería a la liquidación de la sociedad y distribución de los beneficios, el actor, no pudiendo llegar a una solución amistosa con el demandado, interpone demanda solicitando que se dicte sentencia declarando: 1.º) La existencia de una sociedad civil de carácter particular entre los litigantes, cuyo fin concreto fue la compra, derribo, construcción y posterior venta del inmueble. 2.º) La condición de socio industrial del actor en dicha sociedad. 3.º) Su derecho al 50 por 100 de los beneficios habidos en el negocio social. 4.º) El que dicha sociedad quedó extinguida por haber terminado el negocio u objeto social. 5.º) Que dicha sociedad debe ser liquidada según las normas de las herencias, condenando al demandado a pasar por las anteriores declaraciones y a abonar al actor el 50 por 100 de los beneficios resultantes una vez practicada la liquidación correspondiente.

El Juez dictó sentencia estimando la demanda en cuanto a las anteriores declaraciones.

Interpuesto recurso de apelación por la representación del demandado, la Audiencia Territorial de Pamplona dictó sentencia, por la que estimando, en parte, el recurso de apelación desestima la excepción de incompetencia de jurisdicción propuesta por el demandado, así como la totalidad de la demanda contra él formulada.

Interpuesto recurso de casación por la representación de la parte actora, el Tribunal Supremo, siendo ponente el Magistrado don Gregorio Díez-Canseco y de la Puerta, declara no haber lugar al recurso, destacando los siguientes considerandos:

«Considerando que los tres motivos del recurso se amparan en el número 1.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, y en el primero se denuncia la violación, por no aplicación, del artículo 1.253 del Código civil, sosteniéndose en el mismo que admitido en la sentencia recurrida el hecho base de la existencia de una relación jurídica no laboral entre los litigantes, lo lógico sería llegar a la conclusión de la existencia entre ellos de un contrato de sociedad, motivo que debe ser desestimado, en primer término, porque la Sala de Instancia estima probado, sin que su apreciación haya sido impugnada en el recurso, no sólo que ha existido una relación jurídica, no laboral, entre los litigantes, sino también que la organización administrativa era la del demandado, quien nombraba a los facultativos, intervenía por sí solo en los problemas derivados de la construcción y venta de la finca, actuaba con exclusividad en cobros y pagos y manejaba el dinero sin compañía ni autorización alguna, llegando a la conclusión de que aparece desvirtuada la existencia de una sociedad, criterio objetivo y razonable, que ha de prevalecer frente al subjetivo e interesado del recurrente, a quien, por otra parte, no le es dable atenerse a uno solo de esos hechos y prescindir de todos los demás, cuando, y como aquí acontece, el juicio del Tribunal *a quo* se funda en el conjunto de ellos, y, en segundo lugar, porque, en todo caso, del hecho de la existencia de una relación jurídica, no laboral, entre

los contendientes no se deriva, lógica y rigurosamente, que tal relación jurídica sea precisamente la de un contrato de sociedad.

Considerando que la pretensión fundamental deducida en la demanda, de la que los demás son mera derivación o consecuencia, se hizo consistir en que se declare la existencia de una sociedad civil de carácter particular entre los litigantes, cuyo fin concreto fue la compra, derribo, construcción y posterior venta del inmueble, sentado lo cual es llano que, conforme a lo prevenido en el artículo 1.214 del Código civil y jurisprudencia que lo ha interpretado, incumbía al actor la prueba de los hechos normalmente constitutivos de la pretensión o necesarios para que nazca la acción ejercitada, que lo son, en este caso, el de la existencia del propugnado contrato de sociedad, por lo que al entenderlo así la Sala de Instancia, no incide en las infracciones que se acusan en el motivo segundo, el cual, por tanto, debe ser igualmente rechazado.

Considerando que la desestimación de los dos motivos precedentes estudiados acarrea la del tercero y último, que hace supuesto de la cuestión, pues parte de la existencia del contrato de sociedad, cuya realidad no admite la resolución impugnada.»

COMPRAVENTA: ESTABLECIDOS LOS HECHOS CONSTITUTIVOS DEL DERECHO QUE EL ACTOR RECLAMA, ES AL DEMANDADO AL QUE INCUMBE PROBAR AQUELLOS OTROS QUE HAN IMPEDIDO LA CONSTITUCION VALIDA DEL DERECHO, O SEA, LOS EXTINTIVOS DE LA OBLIGACION DE PAGO (SENTENCIA DE 7 DE NOVIEMBRE DE 1972).

Hechos.—Entre las partes litigantes se concertó en 1964 la compraventa de una columna rectificadora o destiladora de alcohol, cuyo precio había sido pagado excepto la cantidad que ahora se reclama. El actor alega haber entregado dicha columna en perfecto estado de funcionamiento, pero el demandado (comprador) se había excusado de pagar el último plazo del precio de compra alegando deficiente funcionamiento.

El actor solicita que se dicte sentencia por la que se declare que el demandado adeuda al actor cierta cantidad de dinero, sin perjuicio de las acciones que asisten al actor en virtud del pacto de reserva de dominio obrante en el contrato.

El Juez de Primera Instancia dictó sentencia estimando la demanda, pero interpuesto recurso de apelación por la representación del demandado, la Audiencia Territorial revocó la sentencia apelada y desestimando la demanda absolvió al demandado de la reclamación formulada en la demanda principal, y estimando la reconvencción declaró resuelto el contrato de compraventa suscrito entre las partes litigantes.

Interpuesto recurso de casación por la representación de la parte actora, el Tribunal Supremo, siendo ponente el Magistrado don Manuel González Alegre Bernardo, declara no haber lugar al recurso, destacando el siguiente considerando:

«Considerando que teniendo por objeto la demanda la reclamación del pago al demandado del último de los plazos correspondientes al precio señalado a una columna rectificadora o destiladora de alcohol, vendida por la parte actora al mismo, y oponerse éste alegando el incumplimiento por el actor, como vendedor, del contrato de compraventa, al no haber sido entregada dicha columna en el tiempo convenido, como por no responder al rendimiento que se le asignaba en el contrato, es inconcuso que establecidos los hechos constitutivos del derecho que el actor

reclama, es al demandado al que incumbe probar aquellos otros que han impedido la constitución válida del derecho, o sea, aquellos hechos extintivos de la obligación de pago, que concreta en la falta de entrega del objeto de compraventa en el tiempo pactado y no haber dado el rendimiento ofrecido, por lo que indiscutiblemente incurre la sentencia en el error de atribuir el *onus probandi* al actor; mas como seguidamente a tal afirmación, de un exhaustivo y abrumador examen de la prueba obrante en autos, llega el Juzgador de Instancia a la clara evidencia de que el tan referido aparato ni fue entregado en la fecha convenida ni ha respondido a la producción de alcohol en la cantidad y grado señalados en el contrato, de lo que concluye su fallo desestimador de la demanda, expresamente confirmado en el tercero de los considerandos de la recurrida sentencia, en el que textualmente se dice «que de lo expuesto—refiriéndose al examen de la prueba a que se ha hecho referencia—procede, con revocación de la sentencia apelada, desestimar la reclamación formulada por el actor», no puede decirse se haya inculcado el principio de la carga de la prueba, tal como lo sanciona el artículo 1.214 del Código civil, lo que hace que decaiga el quinto de los motivos, por el que se denuncia, al amparo del ordinal 1.º del artículo 1.692 de la Ley Procesal Civil, la violación de dicho precepto sustantivo y doctrina legal que lo desarrolla.»

CESION DE DERECHOS HEREDITARIOS: EL CONTRATO ES NULO E INEXISTENTE POR SIMULACION ABSOLUTA. SI NO CONCURREN LOS REQUISITOS DEL ARTICULO 1.261 DEL CODIGO CIVIL, EL CONTRATO ES INEXISTENTE (SENTENCIA DE 30 DE NOVIEMBRE DE 1972).

Hechos.—Don G. D. C., fallecido en 1931 bajo testamento abierto otorgado en 1930, instituyendo únicos y universales herederos a sus hijos, el actor y la demandada. En 1942, el actor y la demandada otorgaron escritura, en la que el demandante simuló vender, ceder o traspasar a su hermana, D. D. P., todos cuantos bienes, derechos y acciones resultasen corresponderle por herencia de su padre; dado que el actor contrajo matrimonio con M. C. P., que desembocó con la mayor rapidez en un lamentable fracaso, viéndose abandonado por su esposa, razón por la cual la demandada aconsejó al actor, haciéndole ver los peligros que en su patrimonio privativo podría llegar a encontrarse por consecuencia de la irregular y dolosa actuación de la esposa del actor. De aquí la auténtica causa de que el documento de venta llegare a tener existencia.

En base a los reflejados hechos, el actor suplica sentencia por la que se declare: 1.º) Que el contrato de cesión de derechos hereditarios, plasmado en la escritura de 1942, es nulo e inexistente por simulación absoluta. 2.º) Que el actor es heredero de su finado padre en la forma y cuantía que resulta de los términos del testamento, sin que el otorgamiento de la simulada compraventa o cesión afecte ni haya afectado nunca a los derechos del demandante en la herencia de su padre.

La demandada se opone a la demanda exponiendo una serie de hechos para echar por tierra las alegaciones del actor.

El Juez dictó sentencia por la que estimando, en parte, la demanda declara que el actor es heredero de su finado padre en la forma y cuantía que resulta de los términos del testamento, si bien el otorgamiento

de la escritura de 1942 afectó a los derechos del demandante en la herencia de su padre.

Interpuesto recurso de apelación ante la Audiencia Territorial por la representación del demandante, se dictó sentencia, por la que revocando y confirmando, en parte, la apelada declara que el contrato de cesión de derechos hereditarios plasmado en la escritura de 1942 es nulo e inexistente por simulación absoluta y que el actor es heredero de su finado padre de conformidad con el testamento, sin que el otorgamiento de la simulada compraventa o cesión afecte ni haya afectado nunca a los derechos del demandante en la herencia de su padre.

Interpuesto recurso de casación por la representación de la demandada y siendo ponente el Magistrado don Federico Rodríguez Solano y Espín, el Tribunal Supremo declara no haber lugar al recurso, debiendo destacar el siguiente considerando:

Considerando que la presunción que el artículo 1.277 establece a favor de la licitud y existencia de la causa en los negocios jurídicos, como *iuris tantum* que es, no impide que mediante cualquiera de los elementos de prueba admitidos en Derecho por el artículo 1.215 de dicho cuerpo legal o a través de presunciones judiciales contrarias a la que se recoge en dicho precepto pueda el Juzgador de Instancia llegar a la conclusión de que en el contrato de que se trata no concurrieron los requisitos exigidos por el artículo 1.261 y, por consiguiente, declararlo inexistente, como incurso en el artículo 1.275, según se indicó en las sentencias de esta Sala de 10 de julio de 1954, 14 de marzo de 1958, 25 de junio de 1969, 9 de abril de 1970 y 23 de noviembre de 1971, y como esto es precisamente lo ocurrido en el presente caso respecto de la compraventa litigiosa, de ahí que el motivo cuarto del recurso, en el que, bajo la rúbrica del número 1.º del artículo 1.692 de la Ley Procesal, se acusa la interpretación errónea de los artículos 1.261, 1.445 y 1.456 de la Ley civil sustantiva, deba ser rechazado, sobre todo cuando la resolución impugnada no realizó labor exegética alguna con relación a esas normas legales y cuando a ello no se opone el contenido de las sentencias de 16 de octubre de 1965 y 4 de febrero de 1971, porque si bien es cierto que, según ellas, la simple desproporción entre el valor de lo vendido y de lo entregado en esta clase de relaciones obligacionales no provoca su invalidez, no menos exacto es que tal consecuencia la hacen depender de la realidad del precio, cosa negada por el Tribunal *a quo* y que no se ha combatido por el cauce formal, al efecto señalado por el número 7.º del repetido artículo 1.692.»

COMPRAVENTA: ACCION RESOLUTORIA. AL NO SER APTA PARA VIVIENDA LA QUE FUE OBJETO DE COMPRAVENTA, LA ACCION EJERCITABLE ES LA DEL ARTICULO 1.124 DEL CODIGO CIVIL, ESTO ES, LA RESOLUTORIA, EN BASE A LA CUAL PODRA PEDIRSE LA RESOLUCION DEL CONTRATO POR INCUMPLIMIENTO, PUDIENDO EL PERJUDICADO OPTAR POR EL CUMPLIMIENTO O RESOLUCION DE LA OBLIGACION CON EL RESARCIMIENTO DE DAÑOS EN AMBOS CASOS (SENTENCIA DE 30 DE NOVIEMBRE DE 1972).

Hechos.—Entre actores (vendedor) y demandado (comprador) se concerta un contrato privado de promesa de compraventa de vivienda, con cláusula resolutoria para caso de incumplimiento. Aproximadamente año y medio después de otorgado el contrato, el comprador comunica por escrito a los vendedores la existencia de determinadas deficiencias en la vivienda, en base a lo cual, al mismo tiempo, requieren a los vendedores a que den por resuelto el contrato o bien hagan las reparaciones

necesarias. En tales circunstancias, los vendedores, por conducto notarial, contestan al comprador, hoy demandado, alegando el hecho de no haber tenido conocimiento del estado en que el comprador decía encontrarse la vivienda hasta cerca de año y medio después de la venta, no pudiendo, por tanto, serles imputados los supuestos daños en un período de tiempo tan dilatado después de la entrega de la casa, superior a los seis meses. Además, personados los vendedores en el edificio en que está enclavada la vivienda, observaron la existencia de una excavación y movimiento de tierras profundas en la parcela colindante con el edificio en cuestión, llevadas a cabo por terceras personas. Pese a todo ello, los vendedores estaban dispuestos a llevar a cabo las reparaciones necesarias, tanto en el interior como en el exterior de la vivienda, pero el comprador (demandado) se negó rotundamente a facilitar la entrada en la vivienda a los vendedores, por lo que se limitaron a reparar únicamente lo que les fue posible en la parte exterior del edificio. Ante la insistente actitud negativa del comprador y el impago de las letras aceptadas por éste, los vendedores presentan demanda en solicitud de que se declare la resolución del contrato de promesa de compraventa pactado con el demandado, por incumplimiento, con pérdida de las cantidades entregadas a cuenta e indemnización por perjuicios derivados del uso y ocupación de la vivienda durante cierto período de tiempo.

El demandado contesta a la demanda formulando, además, reconvencción contra los actores, con la súplica de que fuese desestimada aquélla y estimada la reconvencción.

El Juez dictó sentencia desestimando la demanda y la reconvencción, absolviendo de la primera al demandado, y de la segunda, a los demandantes.

Interpuesto recurso de apelación por la representación de los demandantes, la Audiencia Territorial dictó sentencia, por la que revocando la apelada desestima la demanda, absolviendo al demandado de la reclamación entablada y estimando la reconvencción declara resuelto el contrato de promesa de venta, condenando a los demandantes a devolver al demandado cierta cantidad en concepto de indemnización de daños y perjuicios.

Interpuesto recurso de casación y siendo ponente el Magistrado don Manuel González Alegre y Bernardo, el Tribunal Supremo declara no haber lugar al recurso, destacando el siguiente considerando:

«Considerando que si bien no deja de alegarse en la demanda reconvenccional la existencia de vicios ocultos en la cosa vendida, previéndose la posible aplicación de la prescripción de la acción correspondiente ante la infructuosa alegada interrupción, es lo cierto que la acción que se ejercita es la que nace del artículo 1.124 del Código civil, al no ser apta para vivienda la que fue objeto de compraventa, de lo que concluye el Juzgador de Instancia su sentencia dando lugar a las pretensiones que se hacen objeto de suplico en dicha demanda, por lo que no puede decirse se hayan violado los artículos 1.486 y 1.490 de dicho Código al hacer referencia a la opción que al comprador se concede para el supuesto de adolecer de defectos ocultos la cosa vendida, consecuencia a la obligación de saneamiento por parte del vendedor, y a la prescripción del ejercicio de las acciones que emanan de la existencia de dichos defectos, al no ser de aplicación cuando del incumplimiento contractual por otras causas se trata, lo que hace decaiga el primer motivo del recurso.»

C. M. A.

ARRENDAMIENTOS

ARRENDAMIENTOS URBANOS: LA REDUCCION DE UN HUECO EN EL MURO EXTERIOR DEL LOCAL ARRENDADO ES MOTIVO PARA LA RESOLUCION DEL CONTRATO (SENTENCIA DE 24 DE MAYO DE 1971).

Hechos.—El demandante arrendó al demandado un salón dividido en dos locales, divididos interiormente por un tabique, en el que había una puerta de comunicación entre ambos, que, a su vez, se comunicaban con la huerta o patio anexo al inmueble por un solo hueco abierto en el mayor. El arrendatario realizó obras diversas sin consentimiento del propietario, entre ellas una nueva puerta de los locales al patio referido y una ventana de 60 por 60 centímetros entre los dos locales. El propietario alegó que las obras habían alterado sustancialmente la configuración del inmueble y demandó la resolución del arrendamiento por haber incurrido el arrendatario en la causa séptima del artículo 114 de la Ley especial. Contestó el demandado que la puerta ya existía antes del contrato y que la ventana se abrió con consentimiento del arrendador. El Juzgado de Granadilla estimó la demanda y declaró resuelto el contrato. En apelación, la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife revocó la anterior y absolvió al demandado.

El actor interpuso recurso de injusticia notoria basándose en lo siguiente: 1.º) La Audiencia dice que estrechar el hueco existente no es modificación suficiente para producir la resolución del contrato, contra lo que apreció el Tribunal Supremo en sentencias de 3 de junio de 1959 y 10 de junio de 1964. 2.º) Error en la apreciación de la prueba, ya que se realizaron obras de fábrica en una pared principal, como es la fachada posterior, que supone un cambio sensible en la finca. 3.º) La Audiencia declaró, sin razones suficientes, que existía el consentimiento del arrendador y que la apertura de la ventana no modifica la estructura del piso, contra lo establecido en las sentencias de 19 de diciembre de 1960 y 25 de octubre del mismo año. 4.º) Por infracción del artículo 1.124 del Código, ya que el arrendatario se obligó en el contrato a no realizar obras de ninguna clase, independientemente de si modificaban o no la estructura del local.

El Tribunal Supremo, siendo ponente don Juan Antonio Linares Fernández, declaró haber lugar al recurso.

Doctrina.—La cuestión es si las obras realizadas modifican o no la estructura del local, entendiendo el Supremo que la reducción del hueco en 50 centímetros sí supone modificación, ya que por la sola voluntad del arrendatario se ha reducido tal acceso, existiendo jurisprudencia reiterada en este sentido. La admisión de este motivo es suficiente para estimar el recurso sin necesidad de estudiar los demás.

ARRENDAMIENTOS URBANOS: NO SE PUEDE DECLARAR LA RESOLUCION DEL CONTRATO CUANDO EL SUPUESTO DE CONSTITUCION POR LOS ARRENDATARIOS DE UNA SOCIEDAD ENTRE ELLOS ESTA PREVISTO EN EL CONTRATO, DEBIENDO ADMITIR EL ARRENDADOR LA SUBROGACION (SENTENCIA DE 26 DE MAYO DE 1971).

Hechos.—La entidad actora arrendó un local de negocio a un marroquí y una francesa en 31 de agosto de 1966 por un plazo de tres años. Vencido el término y no desalojado el local interpuso demanda contra los

arrendatarios alegando que al ser extranjeros y no justificarse la reciprocidad no disfrutaban del derecho de prórroga forzosa. Se opuso el demandado alegando que estaba previsto en el contrato de arrendamiento que para el supuesto de que los arrendatarios se constituyeran en sociedad mercantil, el arrendador es conforme en sustituir este contrato por otro, en el que figure como arrendatario la sociedad mercantil. Se constituyó la sociedad en 26 de enero de 1967 y se domicilió en el local litigioso dirigiendo una carta a la entidad arrendadora notificándole la subrogación en el arrendamiento, sin que pueda ignorar la arrendadora este cambio por estar las oficinas colindantes y tener la arrendataria cuenta corriente en la entidad arrendadora. Además, los súbditos franceses y marroquíes tienen los mismos derechos que los españoles, por existir reciprocidad.

El Juzgado de Marbella estimó la excepción de procedimiento inadecuado, formulada por el demandado, y absolvió al mismo de la demanda. La Audiencia Territorial de Granada confirmó la sentencia anterior. La demandante interpuso recurso de casación por infracción de Ley basándose en la errónea interpretación del artículo 151 de la Ley de Arrendamientos Urbanos, en relación con los artículos 1.563 y 1.561 del Código civil y la doctrina legal que se cita.

Doctrina.—El Tribunal Supremo, siendo ponente don Andrés Gallardo Ros, estimó en la primera sentencia que el procedimiento es el adecuado, ya que el actor se basaba en la existencia o no de la prórroga forzosa, siendo el cauce procesal el establecido en la Ley de Arrendamientos Urbanos, por tanto.

En la segunda sentencia entra en el fondo del asunto y rechaza el recurso, declarando probada la subrogación efectuada en el arrendamiento por la sociedad mercantil, que siendo una sociedad española debidamente inscrita en el Registro Mercantil goza de todos los derechos que al arrendatario concede la Ley especial y, en consecuencia, el de prórroga obligatoria, por lo que procede la desestimación de la demanda, existiendo mala fe en la actora al ocultar el hecho anterior.

ARRENDAMIENTOS URBANOS: EL PLAZO PARA EL EJERCICIO DEL DERECHO DE TANTEO ES DE DIAS HABILES Y NO NATURALES (SENTENCIA DE 27 DE MAYO DE 1971).

Hechos.—Ejercitado el derecho de tanteo por el arrendador en el treinta día hábil desde la notificación de la intención de traspasar, el arrendatario había realizado anteriormente dicho traspaso a un tercero, requiriendo éste al arrendador para que lo reconociese como nuevo arrendatario, poniendo a su disposición el tanto por ciento del precio del traspaso que fija la Ley de Arrendamientos Urbanos. No conforme con ello, el arrendador interpuso demanda de resolución del contrato ante el Juzgado número 1 de La Coruña, por haber incurrido en la causa quinta del artículo 114 de la Ley de Arrendamientos Urbanos. Los demandados—antiguo y nuevo arrendatario—se opusieron alegando que el plazo es de días naturales y no hábiles. El Juez dictó sentencia desestimando la demanda, la cual fue apelada ante la Audiencia Territorial de La Coruña, que confirmó la misma.

El actor interpuso recurso de injusticia notoria, al amparo de la causa tercera de la Ley de Arrendamientos Urbanos, por entender infringidos los artículos 35 y 39 de la misma Ley, como lo demuestra la sentencia de 26 de enero de 1966 y el mismo tenor de tales preceptos, ya que ha-

blan de días hábiles expresamente, a diferencia del tanteo de los inquilinos en las ventas por pisos, que lo es de días naturales.

Doctrina.—El Tribunal Supremo acoge las razones del recurso y declara haber lugar al mismo teniendo en cuenta la expresión literal del artículo 39 de la Ley de Arrendamientos Urbanos, que habla de días hábiles, y que la escritura de traspaso se otorgó antes de haber transcurrido el plazo de días señalado en la Ley, habiendo incurrido en la causa resolutoria del número 5 del artículo 114 de dicha Ley, ya que se ha imposibilitado al arrendador el ejercicio de su derecho de tanteo, pues lo hizo en tiempo hábil.

ARRENDAMIENTOS URBANOS: NO HA LUGAR A LA RESOLUCION DEL CONTRATO CUANDO EL OCUPANTE DEL LOCAL, AL FALLECER EL ARRENDATARIO, ADEMAS DE SER TITULAR DEL NEGOCIO REUNE LA CUALIDAD DE HEREDERO DE AQUEL, TENIENDO DERECHO A LA SUBROGACION EN EL CONTRATO, CONFORME AL ARTICULO 60 DE LA LEY DE ARRENDAMIENTOS URBANOS (SENTENCIA DE 4 DE MAYO DE 1971).

Hechos.—Al adquirir el actor, en 1943, la finca ocupaba el local objeto de la *litis* el padre del demandado, hasta que en 22 de junio de 1960 se subrogó, por fallecimiento de aquél, su viuda. En 8 de septiembre de 1969, el actor conoció que había muerto la arrendataria, por lo que requirió al ocupante del local para que notificase el nombre de la persona subrogada en el contrato, contestando el ocupante que él había sido el único titular del negocio, aunque el arrendamiento se hubiese hecho a favor de las personas indicadas. El demandante alegó que al no ser heredero ni socio de los anteriores arrendatarios, el demandado ocupa ilegalmente el local, suponiendo un traspaso o cesión inconstituida, según se deduce de los artículos 60 y 114 de la Ley de Arrendamientos Urbanos, interponiendo demanda de resolución del contrato ante el Juzgado de Primera Instancia número 3 de Palma de Mallorca. El demandado insistió en la contestación que él era y había sido el único titular del negocio, no existiendo subrogación alguna.

El Juzgado estimó la demanda y declaró resuelto el contrato. El recurso de apelación fue admitido por la Audiencia Territorial, revocando la sentencia anterior.

El actor interpuso recurso de injusticia notoria basándose en que el demandado no fue nunca titular arrendaticio, como reconoció la sentencia de Primera Instancia; que no podía existir subrogación en el arrendamiento, ya que el negocio era suyo desde el primer momento; que en la partición de la madrastra no se habla de ningún negocio, y que en la contestación al requerimiento el demandado alegó ser titular del negocio, pero no del arrendamiento, involucrando la sentencia recurrida ambas titularidades. El demandado se opuso a tales motivos en el sentido que recoge la sentencia del Tribunal Supremo.

Este, siendo ponente don Federico Rodríguez-Solano Espín, rechaza el recurso, conforme a la siguiente:

Doctrina.—Que el demandado no sólo tenía la cualidad de propietario del negocio, sino también la de heredero de la anterior arrendataria, con derecho a la subrogación del artículo 60 de la Ley arrendaticia, sin que obste a ello el cuaderno particional de aquélla, prueba que ha de ser valorada junto con las demás, conforme reiterada jurisprudencia ha afirmado. Si la cesión inconstituida se hizo antes de 1943, la acción habría prescrito, según el artículo 1.964 del Código civil, y si se hizo después del

fallecimiento de la madrastra, no hay tal cesión o traspaso ilegal, ya que el demandado tiene derecho a la subrogación en el contrato, sin que sea necesaria, según se desprende del artículo 60, la notificación al arrendador, exigida para la subrogación en las viviendas por el artículo 58 de la Ley de Arrendamientos Urbanos, como ha aclarado esta Sala en sentencias de 5 de octubre de 1963 y 9 de diciembre de 1964.

ARRENDAMIENTOS URBANOS: LA RECLAMACION DE UNA INDEMNIZACION DE DAÑOS Y PERJUICIOS POR EL OCUPANTE DEL LOCAL DESAHUCIADO, AL EXISTIR UN DERECHO DE RETORNO POR PARTE DE LA ANTERIOR ARRENDATARIA, ES CONSECUENCIA DEL LITIGIO ENTABLADO PARA DECLARAR EL DERECHO AL RETORNO Y NO ES MOTIVO PARA UNA CONTIENDA DISTINTA (SENTENCIA DE 12 DE MAYO DE 1971).

Hechos.—En el pleito entablado para la resolución de un contrato de arrendamiento se planteó demanda incidental por el ocupante del local arrendado, en la que el demandante alegó que el demandado le había arrendado dicho local para instalar un bar, sin que pudiera continuar en el disfrute de tal local, ya que en el pleito principal se decretó que estaba obligado a retornarlo a la promotora del litigio, debiendo desalojarlo, por lo que pide una indemnización de 825.940 pesetas. Opuso el demandado la inadecuación del procedimiento, ya que aquél debía haberse opuesto al retorno para poder reclamar la correspondiente indemnización y, además, al continuar en la posesión del local no se pueden valorar los daños causados. El Juzgado desestimó la demanda en cuanto al fondo, ya que el demandante seguía teniendo el local y no podían determinarse los daños y perjuicios, según se deduce del artículo 88 de la Ley de Arrendamientos Urbanos.

Posteriormente, en ejecución de la sentencia del pleito principal, fue lanzado el demandante, que volvió a interponer demanda incidental, rebajando la indemnización solicitada a 460.000 pesetas, cantidad fijada por los peritos en el anterior litigio, oponiendo el demandado lo mismo que en la anterior. Esta vez, el Juez estimó la demanda y condenó a pagar la suma reclamada por el demandante al demandado. La Audiencia Territorial de Valladolid confirmó esta sentencia.

Formalizado recurso de injusticia notoria por el demandado, el Tribunal Supremo rechazó el recurso por la siguiente:

Doctrina.—El procedimiento para reclamar la indemnización de daños y perjuicios es el adecuado, ya que tal indemnización deriva de la relación arrendaticia, según se ve en el artículo 88 de la Ley de Arrendamientos Urbanos, viniendo determinada por la ejecución de la sentencia que declaró el derecho al retorno. La falta de prueba pericial se debió a la negligencia del recurrente, por lo que no se puede considerar en su beneficio. No existe cosa juzgada con relación al anterior incidente, ya que no se entró en el fondo del asunto, por no haberse producido el lanzamiento del ocupante del local. Por último, tampoco puede admitirse la violación de las cláusulas contractuales, relativas a que las obras han de quedar a beneficio de la propiedad de la finca y de que el arrendatario no puede traspasar sin consentimiento del arrendador, ya que las mismas estaban previstas para supuestos distintos al que ha determinado el desahucio del arrendatario.

ARRENDAMIENTOS URBANOS: NO PROCEDE EL MANTENIMIENTO DE LA RENTA ANTERIOR AL RETORNO CUANDO EL PROPIETARIO SE HA COMPROMETIDO A REALIZAR LAS OBRAS NECESARIAS PARA EL DESENVOLVIMIENTO DEL NEGOCIO, DEL QUE ES TITULAR EL ARRENDATARIO (SENTENCIA DE 27 DE MAYO DE 1971).

Hechos.—Se arrendó por el párroco de Santo Tomás, de Haro, un local para bodegón o casa de comidas, habiendo realizado las obras de adaptación el arrendatario. El nuevo párroco requirió al arrendatario, en 1964, para que desalojase el local, por necesitarlo la parroquia, a lo que no se avino. En marzo de 1965 se obtuvo autorización del gobernador civil para derribar la finca, comprometiéndose a reconstruir el local existente anteriormente. El arrendatario comunicó al párroco su decisión de acogerse al retorno. En junio de 1968 se requirió al arrendatario para expresarle que tenía a su disposición un local cuya posición, situación y altura eran análogas a las del ocupado anteriormente, fijando la renta a pagar conforme a lo establecido por el artículo 84 de la Ley de Arrendamientos Urbanos. El arrendatario interpuso demanda pidiendo que le haga la instalación de cocina, que faltaba, y que se le dé la superficie que faltaba para llegar a las tres cuartas partes de la ocupada antes, conforme al artículo 83 del citado texto legal, debiendo realizar las obras adecuadas para dejar la planta baja al nivel de la calle. Contestó el demandado negando los correlativos de la demanda y alegando caducidad del derecho de retorno, va que el actor no había abierto al público su establecimiento, a pesar de haber tomado posesión del mismo. Suspendida la tramitación de este litigio por acuerdo de ambas partes, interpuso nueva demanda el actor unos meses después, en la que pretendía, además de la realización de las obras ya indicadas, la suspensión del pago de la renta entre tanto no se efectúen aquéllas, y el mantenimiento de la renta antigua una vez realizadas. Acumulados ambos juicios, el Juzgado de Haro dictó sentencia admitiendo el derecho de retorno y obligando al demandado a construir una cocina análoga a la existente en el local derribado y a que entregue la parte de superficie que faltaba según la Ley, desestimando la segunda demanda en cuanto se refiere a la renta a pagar.

La Audiencia Territorial de Burgos confirmó íntegramente esta sentencia de Primera Instancia, por lo que el actor interpuso recurso de injusticia notoria ante el Tribunal Supremo, el cual rechazó el recurso, siendo ponente el Magistrado don Manuel Prieto Delgado, sentando la siguiente:

Doctrina.—No existe error en la apreciación de la prueba por la sentencia recurrida, ya que en el acta notarial, extendida a requerimiento del recurrente, el fedatario hizo constar la casi imposibilidad de determinar la extensión superficial del local antiguo dada la forma irregular de las diversas dependencias que le componían, habiendo consignado, en lo posible, las medidas de largura y anchura, así como la situación de las mismas.

No prueba el recurrente que la extensión entregada sea inferior al mínimo legal, sin que resulte perjuicio porque se le dé un local situado en sólo dos plantas, en lugar de las tres de que constaba antes. Tampoco puede admitirse la falta de instalaciones necesarias, ya que se condenó en la sentencia recurrida a construir la cocina al demandado, que, ade-

más, había hecho un ofrecimiento por conducto notarial de realizar las obras de adaptación interior que fuesen necesarias o convenientes, compareciendo el recurrente cuatro días después ante el Notario y haciéndose cargo de las llaves del local.

Al no incumplirse el deber de reserva contraído por el arrendador al solicitar la autorización para el derribo de la finca, no se da el supuesto de hecho que exige el artículo 87 de la Ley de Arrendamientos Urbanos para que se reduzca la renta a la que el arrendatario pagaba antes en el inmueble derruido.

C. R. R.

2.º JURISPRUDENCIA PROCESAL

Por ELÍAS IZQUIERDO MONTORO

CUESTIONES DE COMPETENCIA: ELEMENTOS SUFICIENTES PARA DETERMINAR LA COMPETENCIA Y CONSTITUIR UN PRINCIPIO DE PRUEBA EFICAZ CON UNA VALORACION PROVISIONAL DE LOS HECHOS (SENTENCIA DE 28 DE FEBRERO DE 1972).

Considerando que las contiendas de jurisdicción han de decidirse partiendo de las alegaciones de los interesados, de los documentos por ellos aceptados y de su actitud procesal, si de ello puede inferirse la realidad de los hechos que determinan la competencia, siendo suficiente estos elementos para constituir a tales efectos un principio de prueba eficaz, aunque la valoración de los hechos es provisional a los solos efectos de la competencia, pues basta con meros indicios racionales para resolverla, sin perjuicio de la posterior prueba del juicio.

Considerando que las facturas presentadas, albaranes de salida de mercancías, las letras de cambio con los sellos de negociación, la nueva letra por el valor total de la deuda que fue protestada y los resguardos de la compañía de transportes acreditativos del recibo de las mercancías para su traslado a porte debido al domicilio del demandado, aunque se hayan impugnado constituyen principio de prueba suficiente para estimar competente al Juzgado del lugar del cumplimiento de la obligación, según lo dispuesto por la regla 1.ª del artículo 62 de la Ley Rituaria y 1.171 del Código civil y su jurisprudencia aclaratoria (sentencias, entre otras, de 28 de noviembre de 1944, 29 de diciembre de 1944, 22 de octubre de 1945, 14 de enero de 1946, 31 de mayo de 1946 y 25 de marzo de 1947), por lo que se hace obligado decidir la competencia a favor del Juzgado del lugar del cumplimiento de la obligación.

LA SUMISION EXPRESA DEBE APRECIARSE CON CLARIDAD, NO PUEDE DARSE «AL MISMO TIEMPO A DOS JUZGADOS DISTINTOS». PERO LAS ACTUACIONES JUDICIALES DEBEN «SEGUIR LA MISMA LINEA DE LAS OPERACIONES DESDE EL PRINCIPIO» (SENTENCIA DE 9 DE MARZO DE 1971).

Considerando que en virtud de contrato suscrito entre las partes de venta de una máquina, para cuyo pago total se aceptaron cuatro letras de cambio domiciliadas, y en el contrato original se estampó una cláusula en la que se leía: «La resolución de todas las cuestiones que puedan promoverse sobre la interpretación y cumplimiento de este pedido serán resueltas por los Tribunales de V. y S., renunciando el comprador al fuero de su domicilio.» Esta renuncia, por ser a más de un Juzgado al mismo tiempo, carecía de eficacia, puesto que con ella los interesados no designaban con toda precisión el Juez o Tribunal a quien se sometían, conforme al artículo 57 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, por nombrar al mismo tiempo a dos Juzgados distintos; pero por las diligencias tramitadas a virtud del requerimiento formulado se ha averiguado que con anterioridad al mismo, en virtud de demanda formulada, el demandado,

como marido de la interviniente en el contrato, fue demandado a satisfacer el importe de una letra anterior a las que sirven de base a esta reclamación y derivada de las mismas operaciones mercantiles, por lo que apoyándose en esta declaración jurisprudencial, según la que el resto de las actuaciones practicadas ante la Justicia debe seguir la misma línea de las operaciones desde el principio, el Ministerio Fiscal opina que debe decidirse la presente cuestión de competencia sin necesidad de entrar en el examen de las reglas supletorias.

EN EL CASO DE VENTA A PLAZOS, LA COMPETENCIA JUDICIAL SE DETERMINARA DE ACUERDO CON EL DOMICILIO FIJADO EN EL CONTRATO Y NO POR EL DOMICILIO DEL COMPRADOR EN EL MOMENTO DE INICIARSE EL PROCESO (SENTENCIA DE 21 DE ABRIL DE 1972).

Considerando que ha de tenerse en cuenta, como hecho de excepcional relevancia y significación para decidir la competencia territorial, que las partes están conformes en que en el contrato de venta aportado a los autos se hizo constar que el comprador estaba domiciliado en M., y es también indudable que, de conformidad con lo que se establece en el artículo 14 de la Ley de 17 de julio de 1965 sobre venta a plazos de bienes muebles, la competencia para conocer de los litigios relativos a contratos regulados por la misma corresponde al Juzgado del domicilio del comprador. La cuestión a resolver, originadora de la discrepancia de los Juzgados intervinientes, es la de si hay que estar al domicilio del comprador en el momento de iniciarse el proceso o al domicilio fijado en el contrato.

Considerando que la competencia territorial del órgano jurisdiccional se establece en función de la relación de los elementos de pretensión procesal con la circunscripción espacial del mismo, concretada, en su caso, por el repartimiento de negocios, como uno de los criterios determinativos de aquélla, y como quiera que el domicilio de los litigantes forma parte de la petición en su aspecto subjetivo, que es uno de los elementos de la pretensión, la importancia jurídica de la concreción del domicilio es notoria desde el punto de vista procesal. El domicilio está regulado en el Código civil y en la Ley Procesal Civil. De acuerdo con lo que se dispone en el artículo 40 de dicha Ley sustantiva, el domicilio real de una persona es el lugar de su residencia habitual, es decir, no basta la presencia física de una persona en un determinado lugar para integrar su domicilio en él; hace falta, además, la residencia habitual, con intención de permanecer más o menos indefinidamente—*animus manendi*—. Ahora bien, para los efectos procesales no se entiende domicilio exclusivamente el real y efectivo de hecho, sino que lo es también el que figure en el contrato como propio de las partes. Es indudable que el domicilio del comprador fijado en el contrato de venta a plazo de bienes muebles está señalado para que surta fuero competencial. Lo prescrito en los artículos 56 al 70 de la Ley Procesal Civil tiene carácter de régimen general determinador de la competencia, no aplicable, según el artículo 71 de igual Ley, en el caso presente, por existir una Ley especial, cual es la de 17 de julio de 1965, que en su artículo 14 atribuye la competencia territorial al Juez del domicilio del comprador, cuya sustitución por otro distinto al consignado en el contrato no puede efectuar por sí con posterioridad, porque ello implicaría quedarse a su arbitrio modificar la competencia territorial del Juez del lugar del contrato, no obstante haberla aceptado, por tener su domicilio en él al tiempo de suscribirlo, obligando

al vendedor a tener que demandarlo en otro lugar del propio en aquel entonces; así, pues, por todo lo expresado, y de conformidad con el dictamen emitido por el Ministerio Fiscal, procede decidir la competencia a favor del Juzgado que corresponda al domicilio fijado en el contrato y se cumpla lo que se establece en los artículos 107 y 109 de la citada Ley Procesal.

EN LAS OPERACIONES MERCANTILES, SALVO PACTO EN CONTRARIO, LOS GENEROS DE COMERCIO SE ENTIENDEN ENTREGADOS EN EL ESTABLECIMIENTO MERCANTIL DEL VENDEDOR, Y ESTA PRESUNCION DETERMINA LA COMPETENCIA (SENTENCIA DE 20 DE DICIEMBRE DE 1971).

Considerando que a los solos efectos de esta cuestión de competencia, teniendo presentes las alegaciones de las partes y principios de prueba escrita acompañados a la demanda y también la misma actitud procesal adoptada por el demandado promoviendo la competencia, de todo ello, a los expresados efectos, se desprende que se trata de la reclamación de precio debido a consecuencia de una operación de compraventa mercantil entre comerciantes, pues la propia y parcial negativa del demandado, dada la forma en que éste se produce, denota la existencia de tal operación mercantil, y aunque ésta revistiese especiales modalidades, ello será cuestión a dilucidar al resolver sobre el fondo, y esto sentado, aparte de que existe un principio de prueba indicada de que la mercancía cuyo precio se pide viajaba a portes debidos y de cuenta y riesgo del comprador, aunque ese elemento de juicio ofreciese duda, siempre sería de aplicar la presunción de que, conforme a reiteradísima doctrina jurisprudencial de esta Sala, en aplicación del artículo 1.500 del Código civil, puesto en relación con la norma 1.º del artículo 62 de la Ley de Enjuiciamiento de igual índole, tratándose de una operación entre comerciantes, salvo pacto en contrario, que en este caso no existe, los géneros de comercio se entienden entregados en el establecimiento mercantil del vendedor y al Juez del domicilio de éste corresponde conocer de la demanda pidiendo el pago del precio de la mercancía.

LA ACCION DE JACTANCIA ES DE NATURALEZA PERSONAL. EL ACTO DE CONCILIACION NO TIENE EL ALCANCE PROCESAL PRECEPTIVO GENERAL DE DETERMINAR COMPETENCIA JURISDICCIONAL Y NO SUPONE SUMISION TACITA A UN ORGANO JURISDICCIONAL DETERMINADO (SENTENCIA DE 11 DE FEBRERO DE 1972).

El ejercicio de la llamada acción de jactancia es de naturaleza personal (sentencia de 19 de mayo de 1958), por lo cual es competente para conocer de ella el Juez del domicilio del demandado, ya conforme a la regla 1.º del artículo 62 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, ya de acuerdo con la sentencia de 5 de julio de 1882 y sentencia de 2 de marzo de 1936.

Aunque el acto de conciliación no tiene el alcance procesal preceptivo general de determinar competencia jurisdiccional, es lo cierto que la Ley de Enjuiciamiento Civil se la da en algunos casos, como son en acción por su nulidad (art. 477), que debe interponerse ante el Juez de Primera Instancia del Partido, y, asimismo, según el artículo 460, 5.º, de dicha Ley, exceptúa de conciliación a los que residan fuera del territorio del Juzga-

do en que deba entablarse la demanda y, *a contrario sensu*, lo exige para el pleito en el territorio en que deba entablarse la demanda.

La conciliación instada no supone sumisión a un territorio, por cuanto la misma no constituye la sumisión tácita a los Juzgados y Tribunales de esta capital, bastando para demostrarlo la terminante redacción del número 1.º del artículo 58 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, según la cual dicha sumisión por parte del demandante sólo se entenderá hecha por el acto de acudir al Juez interponiendo la demanda (sentencias de 22 de enero y 24 de junio de 1941); es necesario atender a la naturaleza de la acción instada, que no es otra sino de las denominadas de jactancia, de carácter personal (sentencia de 5 de julio de 1882), en la que se ha proclamado como tesis general que el fuero aplicable es el del demandado (sentencia de 22 de septiembre de 1944), prescindiéndose de la antigua doctrina, que interpretaba que la acción había de ejercitarse ante el Juez del difamado, por lo cual es visto que, a tenor del artículo 69 de la Ley Procesal Civil, ha de considerarse como lugar determinante de la competencia el de su última residencia en España.

LAS CUESTIONES SOBRE INCOMPETENCIA POR RAZON DE LA MATERIA O DEL GRADO DE JURISDICCION UNICAMENTE TIENEN ACCESO A LA CASACION, AMPARANDOSE EN EL NUMERO 6.º DEL ARTICULO 1.692 DE LA LEY DE ENJUICIAMIENTO CIVIL (SENTENCIA DE 24 DE MARZO DE 1972).

Considerando que, según reiterada doctrina de esta Sala, las cuestiones sobre incompetencia por razón de la materia o del grado de jurisdicción en que ésta se ejerza únicamente tienen acceso a la casación, amparándose en el número 6.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, hallándose limitado el recurso de casación por quebrantamiento de forma, que se funda en el número 6.º del artículo 1.693, a los casos en que se discute la preferencia entre Juzgados o Tribunales de igual grado dentro de la jurisdicción ordinaria para conocer del pleito (sentencias de 18 de enero de 1945, 24 de abril de 1947 y 16 de febrero de 1959), supuesto este último que no es precisamente el que ocupa el presente recurso, por lo que ya resulta inviable, a cuya misma solución se llegaría, analizando el formalizado, por la vía inadecuada del número 6.º del artículo 1.693, ya que va desprovisto del rigorismo formal que la Ley y la jurisprudencia exigen, pues en el escrito por el que se formaliza el recurso, aparte de la confusión que caracteriza su redacción, no se rotula el «motivo» en el que se apoya, sino que en el apartado 3.º de los «presupuestos jurídicos», que titula el recurrente en el escrito, no se expresan cuál o cuáles de aquellos preceptos procesales que cita se hayan vulnerado, pues no sería suficiente, a los efectos del mismo, basarlo, como lo hace el recurrente, en el número 6.º del artículo 1.693 de la Ley Rituaria, sino que es obligado expresar aquél o aquéllos que se hayan infringido como determinantes del quebrantamiento denunciado, que es precisamente lo que no se ha hecho, máxime en el presente caso, en el que la resolución que se impugna tiene como base principal el contenido procesal del artículo 76 de aquella Ley citada, normativo de la prohibición de proponerse cuestiones de competencia en los asuntos terminados por auto o sentencia firme, precepto éste que ni siquiera es mencionado por el recurrente en su escrito impugnatorio.

E. I. M.

3.º JURISPRUDENCIA CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA

Por JESÚS GONZÁLEZ PÉREZ

LA RETASACION DE LOS BIENES EXPROPIADOS (SENTENCIA DE 1 DE MARZO DE 1973).

I. ANTECEDENTES

1. En recurso contencioso-administrativo interpuesto contra acuerdo fijando el «justo precio» (?) de los terrenos del Polígono de Las Lagunas, de Orense, el Tribunal Supremo elevó la cantidad fijada en tal concepto por la Administración al expropiado, don J. R. B., por sentencia de 18 de febrero de 1965.

2. Notificada la sentencia a la Administración, ésta no pagó el justo precio fijado por ella. Transcurridos más de dos años desde la notificación, el expropiado, por escrito de 31 de enero de 1968, solicita sea fijado nuevo justo precio.

3. El 12 de febrero de 1969, el Ministerio de la Vivienda deniega la petición de retasación, por entender que el procedimiento de tasación ha sido el del artículo 122 de la Ley del Suelo y que, según el artículo 99 de la misma, las valoraciones tendrán vigencia durante diez años. Por lo que en tanto no transcurra este plazo no nacerá el derecho a pedir la retasación.

4. Interpuesto recurso de reposición por el expropiado y desestimado, se interpone el correspondiente recurso contencioso-administrativo.

5. La defensa de la Administración durante la tramitación del recurso contencioso-administrativo se opone a la demanda y aduce un motivo distinto al alegado en vía administrativa: ya no se basa en no haber transcurrido el plazo de diez años que prevé el artículo 99 de la Ley del Suelo, sino en que habiéndose pagado el justiprecio fijado en vía administrativa, el impago del exceso fijado en la sentencia, cualquiera que sea el plazo transcurrido, no determina el nacimiento del derecho a la retasación.

II. LA SENTENCIA DE 1 DE MARZO DE 1973

En esta sentencia de la Sala V (de que fue ponente don Eduardo de No Louis) se desestima el recurso contencioso-administrativo.

Por la importancia de la doctrina en ellos contenida transcribimos a continuación los considerandos primero a tercero de la sentencia.

«Primer considerando: Que aunque en vía administrativa se opusiera a la solicitud de retasación de los bienes expropiados formulada por el recurrente, la inaplicabilidad al caso del artículo 58 de la Ley de Expropiación Forzosa, en el que fundamentaba su petición, por tratarse del pago de solares expropiados como consecuencia de la ejecución de un Polígono, cuyo expediente se tramitó de acuerdo con los preceptos de la Ley del Suelo y Ordenación Urbana, que en su artículo 99 concede a las tasaciones o justiprecios un plazo normal de vigencia de diez años, tal posición ha sido abandonada en esta vía jurisdiccional por el representante de la Administración, que conviene en que tanto la doctrina como la propia jurisprudencia de esta Sala, al plantearse el problema de si el referido artículo 99 de la Ley del Suelo suponía la derogación del artículo 58 de la Ley de Expropiación Forzosa, en cuanto éste exigía úni-

camente el transcurso de dos años para permitir la retasación de las fincas, lo resolvieron en forma prácticamente unánime en lo sustancial, en el sentido de que la aplicación del artículo 99 de la Ley del Suelo abarca las tasaciones que con carácter general, como son los precios máximos y mínimos o índices de valoración, se establecen con arreglo a dichas normas urbanísticas, mas no deroga para las tasaciones individualizadas el régimen de responsabilidades por demora, regulado en el artículo 58 de la Ley de Expropiación Forzosa, por lo que desaparecido el primero y más radical de los puntos controvertidos sólo resta determinar si en el caso contemplado en el presente recurso se dan los supuestos necesarios para la retasación de los bienes expropiados, con arreglo al artículo 58 de la Ley de Expropiación Forzosa.

Segundo considerando: Que la cuestión esencial que ahora se dilucida no es otra que el precisar si el artículo 58 de la Ley de Expropiación Forzosa, tantas veces citado, ha de entenderse aplicable sólo al justiprecio fijado en vía administrativa, pero no al concedido en vía jurisdiccional, sin perjuicio de que el retraso en el pago de este último produzca sus efectos en cuanto a los correspondientes intereses de demora, y llegados a este extremo forzoso es convenir en que si la aplicación de lo preceptuado en dicho artículo resulta indudable cuando el justiprecio señalado en vía administrativa no se abona o consigna en el plazo de dos años, la cuestión resulta resulta mucho más confusa y susceptible de opiniones contradictorias cuando del justiprecio alcanzado a través de un proceso jurisdiccional se trata, y ello porque si no resulta excluido por la literalidad del texto de dicho artículo 58, que se produce en términos generales, lo que obligaría a no hacer distinciones no establecidas por la Ley, el artículo 74, 1, del Reglamento de la referida Ley de Expropiación Forzosa de 26 de abril de 1957, dispone claramente que 'en relación con lo dispuesto en el artículo 58 de la Ley se entenderá por justiprecio el fijado administrativamente', lo que concuerda con el artículo 35 de la propia Ley que la trata, de las resoluciones de los jurados de expropiación fijando las valoraciones, en su apartado 3.º dispone que 'la fecha del acuerdo constituirá el término inicial para la caducidad de la valoración establecida en el artículo 58 de esta Ley', precepto matizado por la jurisprudencia (sentencia de esta Sala de 31 de mayo de 1965), en el sentido de que si existió recurso de reposición ante el jurado, será la fecha del acuerdo resolviendo el recurso la que iniciará el cómputo, puesto que hasta dicha fecha no se produce una fijación definitiva del justiprecio administrativo, de todo lo cual se desprende que en la mente del legislador sólo la fijación del justiprecio en vía administrativa se tuvo presente y sólo a ella se refieren tales preceptos de la Ley de Expropiación Forzosa.

Tercer considerando: Que de lo anteriormente expuesto y del hecho de que la retasación se configure como una garantía potestativa del expropiado se desprenden dos consecuencias, siendo la primera de ellas, que es el simple transcurso de los dos años sin que haya sido abonado o consignado el justiprecio fijado en vía administrativa, lo que faculta al expropiado para solicitar la retasación, y ello aunque el justiprecio se haya impugnado en esta vía jurisdiccional e incluso aunque se hubiera dictado sentencia, ya que ésta habrá de pronunciarse confirmando y modificando la tasación de los bienes expropiados en relación a la fecha a la que dicho justiprecio ha de referirse, en tanto que la retasación supone valorar de nuevo los bienes con referencia a otra fecha y, por tanto, no afecta a la cosa juzgada, puesto que se trata de acto administrativo distinto y a su vez susceptible de ulterior impugnación jurisdiccional, y la segunda, que cuando el precio fijado en vía administrativa fue abonado o consignado no puede producirse retasación por demorarse el pago del justiprecio más elevado que haya podido señalarse en vía jurisdiccional, pues en este supuesto nos hallaremos únicamente ante un problema de

ejecución de sentencia, teniendo los interesados a su disposición cuantos medios les concede la Ley para solicitar e impulsar el cumplimiento de las sentencias, por lo que la demora podrá producir las consecuencias económicas y aun de responsabilidad personal legalmente establecidas, mas no una solicitud de retasación, siendo de tener en cuenta, además, que si la demora en el pago o consignación del precio fijado en vía administrativa resulta sin excusa, puesto que la Administración debió proveer de los fondos necesarios para su rápido pago al tiempo de proyectar la expropiación y tramitar el expediente expropiatorio, puede no suceder lo mismo en cuanto al superior obtenido en vía jurisdiccional por el expropiado, para el que los fondos correspondientes tendrán que ser habilitados, incluso por medio de un crédito, suplemento de crédito o presupuesto extraordinario, supuestos que la propia Ley Jurisdiccional considera en su artículo 108 al tratar de la ejecución de las sentencias.»

III. COMENTARIO

1. *Trascendencia de la doctrina de la sentencia*

La sentencia de 1 de marzo de 1973 tiene un doble valor: por un lado, al dejar sentada, al parecer definitivamente, la posición de la Sala V sobre qué plazo debe transcurrir en las expropiaciones urbanísticas sin pagarse el justo precio para que nazca el derecho a la retasación; por otro, la importante cuestión de hasta qué punto existe derecho a la retasación cuando no se abona el justo precio fijado en sentencia de la jurisdicción contencioso-administrativa.

2. *La retasación en las expropiaciones urbanísticas*

Una de las cuestiones que se habían planteado en la doctrina era la de hasta qué punto podía aplicarse el plazo de dos años del artículo 58 de la Ley de Expropiación Forzosa a las expropiaciones urbanísticas.

Por nuestra parte, no dudamos en afirmar la aplicabilidad del artículo 58 (1). Posteriormente, se había pronunciado en idéntico sentido PÉREZ MORENO, en un trabajo publicado en el número 66 de la *Revista de Administración Pública*, con el título *La retasación de bienes expropiados*. En este trabajo, páginas 8-82, dice: «Creemos acertada la interpretación de GONZÁLEZ PÉREZ, que considera que las valoraciones a que se refiere el artículo 99 son las realizadas por vía general. La retasación es distinta de las revisiones o actualización de esas valoraciones aprobadas con el carácter de reglas económicas y procede, si bien, en principio, sin más alcance que el límite máximo de las valoraciones vigentes. Sin embargo, puede producirse, a propósito de una pretensión de retasación, una petición simultánea de revisión, de tal manera que se valore de nuevo según los valores revisados o actualizados. El afán de dar eficacia inmediata y general a la Ley de 21 de julio de 1962 se manifestó en el artículo 28 del Decreto de 21 de febrero de 1963, que dispuso: 'Cuando los interesados soliciten la práctica de la nueva valoración, conforme a lo previsto en el artículo 58 de la Ley de Expropiación Forzosa, se aplicarán, en todo caso, a las nuevas actuaciones los preceptos de la Ley de 21 de julio de 1962, aunque en el primitivo expediente se hubieran seguido otros criterios valorativos.' La sentencia del Tribunal Supremo de 26 de febrero de 1969 (sobre retasación de finca del sector plaza de Castilla, Madrid) distingue entre *revisión* y *retasación* de justiprecio y accede a la pretensión de retasar formulada por la parte recurrente, rectificando el alcance mera-

(1) *Comentarios a la Ley del Suelo*, Madrid, 1968, págs 590-592. En el mismo sentido se había pronunciado PERA VERDAGUER, *Expropiación forzosa en la Ley del Suelo*, Barcelona, 1966, páginas 243-246.

mente revisor con que la había acogido la Administración. La sentencia de 18 de junio de 1969 (expropiación de polígono en barrio de San Juan, de Pamplona) estima de aplicación preferente el artículo 99 de la Ley del Suelo, aunque no se detiene en delimitar el ámbito.»

La sentencia ahora comentada, insistiendo en doctrina anterior de la propia Sala, no duda en sentar esta correcta interpretación del artículo 99 de la Ley del Suelo, en relación con el artículo 58 de la Ley general de Expropiación Forzosa: «*La aplicación del artículo 99 de la Ley del Suelo —dice— abarca las tasaciones que con carácter general, como son los precios máximos y mínimos o índices de valoración, se establecen con arreglo a dichas normas urbanísticas, mas no deroga para las tasaciones individualizadas el régimen de responsabilidades por demora, regulado en el artículo 58 de la Ley de Expropiación Forzosa.*»

Ahora bien, desde el momento que las tasaciones individualizadas se limitan a aplicar las generales, prácticamente de poco sirve la retasación del suelo, salvo en los supuestos de valor comercial. Pues si al tener que tasar de nuevo, dentro de los diez años de vigencia de aquéllos, han de aplicarse los precios generales sobre valores urbanísticos, la retasación conducirá a justiprecios análogos que el que caducó por el transcurso del plazo de dos años.

3. *La retasación cuando el justo precio ha sido fijado en vía jurisdiccional*

Sobre este supuesto no se había pronunciado la jurisprudencia de un modo claro y definido. De aquí la importancia de la doctrina de la sentencia de 1 de marzo de 1973.

A tenor de lo que se dice en los considerandos segundo y tercero de esta sentencia cabe distinguir, a su vez, dos nuevos supuestos:

A) *Que la Administración pública no hubiera abonado el justiprecio fijado en vía administrativa dentro del plazo de dos años*

Respecto de este supuesto concreto, la doctrina se había producido en el sentido de estimar que la circunstancia de haberse interpuesto recurso contencioso-administrativo no suspende el cómputo del plazo de dos años (2). Esto es evidente, en cuanto que:

1.º Los actos administrativos—y administrativos son los que fijan el justo precio—son obligatorios y ejecutivos (art. 37 de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado; art. 101 de la Ley de Procedimiento Administrativo).

2.º La interposición de los recursos administrativos (art. 116 de la Ley de Procedimiento Administrativo) y jurisdiccionales (art. 112 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa) no suspende la ejecución.

3.º La sentencia que, en su caso, se dicte, lo que hace es fijar el justo precio referido al momento en que lo hizo la Administración. No se trata de tasar los bienes en el momento de dictarse la sentencia, sino de revisar jurisdiccionalmente la tasación de la Administración. Se decide si el justiprecio fijado en aquel momento fue o no correcto.

4.º Luego el hecho de haberse dictado o no una sentencia sobre el justo precio es indiferente a efectos de la retasación. El derecho a ésta nace si transcurren dos años desde la fijación del justo precio en vía administrativa sin que se hubiera pagado al expropiado.

Por todas estas consideraciones estimamos correcta la doctrina de la sentencia comentada, al afirmar en su tercer considerando que «es el simple transcurso de los dos años sin que haya sido abonado o consig-

(2) Así, PÉREZ MORENO, *ob. cit.*, pág. 76

nado el justiprecio fijado en vía administrativa lo que faculta al expropiado para solicitar la retasación, y *ello aunque el justiprecio se haya impugnado en esta vía jurisdiccional e incluso aunque se hubiera dictado sentencia...*».

B) *Que la Administración pública hubiera abonado el justiprecio fijado en vía administrativa*

Este es el supuesto concreto sobre el que el Tribunal Supremo se manifiesta por primera vez. Y lo hace en el tercer considerando en sentido rotundo: *no procede retasación*.

La argumentación de la sentencia puede resumirse así: si se pagó el justiprecio fijado en vía administrativa, el pago de la cantidad en que fue elevado por la sentencia podrá obtenerse por los medios que la Ley arbitra para ejecutar una sentencia, pero su impago no podrá dar lugar a una retasación.

La doctrina sentada por la sentencia en este supuesto concreto es muy discutible.

Es incuestionable que fijado el justiprecio por sentencia firme—haya elevado o no el fijado en vía administrativa—estamos ante sentencia investida de la cosa juzgada, con toda la eficacia que esto supone en el mundo del Derecho. Por tanto, desde el momento en que existe sentencia firme, el expropiado puede utilizar todos los procedimientos que el ordenamiento jurídico arbitra—de tan escasa eficacia práctica—para que la sentencia sea cumplida. Y esto—repetimos—en todos los supuestos de sentencia, aunque ésta sea desestimatoria del recurso contencioso-administrativo y confirme el acto recurrido.

Ahora bien, el hecho de que el expropiado *pueda* utilizar el mecanismo de la ejecución forzosa para hacer efectiva la sentencia, ¿supone la *imposibilidad* de que inste la retasación si no se paga la cantidad en que fue elevado el justo precio por la sentencia?

Creemos que no. Los procedimientos de ejecución forzosa constituyen una de las vías que puede utilizar el expropiado en defensa de sus derechos. Pero no las únicas. Además de ésta puede utilizar cuantas arbitra la legislación expropiatoria. Y, por supuesto, el derecho de retasación. En efecto:

a) Como reconoce la propia sentencia de 1 de marzo de 1973, en su tercer considerando, la sentencia, resolviendo un recurso contencioso-administrativo sobre justiprecio, «habrá de pronunciarse confirmando o modificando la tasación de los bienes expropiados en relación a la fecha a la que dicho justiprecio ha de referirse». Por tanto, el justiprecio fijado en la sentencia no es más que una simple revisión del fijado en vía administrativa. Lo que, en definitiva, declara la sentencia es que el justiprecio—el único justiprecio—se eleva a la cantidad que la sentencia señala. No hay más que este justiprecio.

b) Si no se paga ese justiprecio único que fijó la sentencia estamos ante el supuesto de *impago*. Si no se abonó la elevación que estableció la sentencia y sí la cantidad fijada en vía administrativa estaremos ante un pago *parcial* del justiprecio. Pero no ante el pago total.

c) Para que nazca el derecho a la retasación es necesario que transcurra el plazo legal sin que se abone el justiprecio. Parece evidente que para que no nazca el derecho de retasación es necesario que se pague *todo* el justiprecio, la cantidad total a que asciende el mismo. Si no se paga el justiprecio—todo el justiprecio—y transcurre el plazo de dos años desde su fijación definitiva, el expropiado podrá pedir la retasación.

d) Y, por último, hemos de señalar que aun cuando, desde un punto de vista puramente teórico, fuera defendible la tesis de esta importante

sentencia de 1 de marzo de 1973, ante la ineficacia del sistema de ejecución de sentencias condenatorias de la Administración, no debemos cercenar aquellas otras vías que el ordenamiento arbitra para que los expropiados puedan defender sus maltratados derechos de propiedad.

4. *Conclusión*

Cualquiera que sea la posición que se adopte acerca de alguna de las conclusiones concretas a que llega esta sentencia, lo que en modo alguno puede desconocerse es que estamos ante una sentencia de importancia trascendental.

Se enfrenta con algunos de los más graves problemas que tienen planteados las expropiaciones urbanísticas, y lo hace con un riguroso método jurídico, interpretando los preceptos básicos sobre retasación de la Ley del Suelo y de la Ley de Expropiación Forzosa.

Esta sentencia marcará un jalón decisivo en la evolución de la doctrina jurisprudencial. Puede servirnos a todos para meditar profundamente sobre los problemas que plantea y las conclusiones a que llega. Y no estará de más el que todos—y la propia Sala V—nos replanteemos el tema del derecho de retasación en el supuesto de impago de la cantidad en que la sentencia de la jurisdicción contencioso-administrativa elevó el justiprecio fijado en vía administrativa y abonado al expropiado.

J. G. P.

3.º RESOLUCIONES DEL TRIBUNAL ECONOMICO- ADMINISTRATIVO CENTRAL

SECCION QUINTA: IMPUESTOS DE SUCESIONES, TRANSMISIONES PATRIMONIALES Y ACTOS JURIDICOS DOCUMENTADOS

Por FERNANDO MUÑOZ CARIÑANOS

6. *AUMENTOS DE CAPITAL SOCIAL: La exención prevista para el supuesto de que éste se realice mediante incorporación del saldo de la cuenta de regularización del balance sólo es aplicable a los actos que son causa o consecuencia de dicha incorporación, no siendo, por tanto, suficiente la mera concurrencia temporal o cronológica (RESOLUCIÓN DE 26 DE OCTUBRE DE 1972).*

A) *Hechos.*—El problema planteado en la reclamación consistía en determinar qué tratamiento fiscal, desde el punto de vista del Impuesto General de Transmisiones Patrimoniales, pueda merecer la incorporación al capital de una sociedad anónima del saldo de la cuenta de regularización del balance, llevada a cabo de conformidad con lo dispuesto en los artículos 25 y 26 y disposición adicional del Texto refundido de 2 de julio de 1964, complementada por el Decreto de 29 de diciembre de 1966, con referencia al supuesto de que las acciones emitidas como resultado de la integración de dicho saldo en la cuenta de capital no se ofrezcan y entreguen completamente liberadas a los accionistas, sino que tales acciones sean suscritas y desembolsadas, incluso con una prima de emisión, por los productores al servicio de la empresa.

B) *Doctrina.*—Que la regla general aplicable en el Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales es la sujeción a gravamen de los aumentos de capital de las sociedades, según resulta del artículo 54, número 3, del vigente Texto refundido, debiendo servir de base de liquidación, conforme al artículo 70, apartado 13, del propio Texto, el valor de los bienes y derechos aportados por los socios, contribuyendo a esclarecer, si fuese preciso, el alcance de este último precepto el artículo 19, apartado 11, del Reglamento del Impuesto de Derechos Reales (1), a cuyo tenor tributará, como constitución de sociedad, el aumento de capital, ya se efectúe mediante nuevas aportaciones, ya en virtud de la transformación de reservas, plusvalías o utilidades no repartidas, añadiendo que la liquidación se girará, en el primer caso, sobre el importe de aquellas aportaciones, considerándose como tales las primas desembolsadas, y en el segundo, sobre el de las reservas, plusvalías o utilidades transformadas en capital.

Que, en su consecuencia, los aumentos de capital, ya se hagan mediante la aportación a la sociedad de nuevos bienes, ya mediante la transformación en capital de cuentas representativas de bienes, derechos o valores que formaren parte integrante del patrimonio social o de plusvalías de esos mismos bienes, están gravados por el Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales, al igual que las primas de emisión de acciones que los suscriptores de las mismas desembolsen, habiendo recaído respecto a este último extremo una profusa y reiterada doctrina, que proclama la sujeción al Impuesto de las referidas primas, por ser una parte integrante de la total aportación del accionista y por representar una contrapresta-

(1) En vigor conforme a lo prevenido en la Disposición Transitoria 6.ª del Texto refundido

ción que este último satisface a la sociedad por la participación que adquiere en las reservas que la misma tenga constituidas (2).

Que la recta interpretación del artículo 25, antes citado, sólo puede llevarse a cabo sin extender más allá de sus términos estrictos el ámbito de gravamen especial, concebido indudablemente para estimular y favorecer la ejecución de la regulación de balances de las empresas y facilitar la incorporación al capital de las mismas del saldo resultante del proceso de regularización y, por tanto, sin comprender ni beneficiar actos totalmente independientes y ajenos a la idea inspiradora y a los propósitos de la Ley expresada, por la sola circunstancia de haberse acordado o llevado a cabo simultáneamente—desde el punto de vista cronológico o formal—con otro acto con el que no guarde íntima conexión de causa o consecuencia jurídica, pues empleando el razonamiento que la sociedad recurrente esgrime pudiera defenderse que cualquier negocio jurídico ajeno totalmente al caso (compraventa, hipoteca, etc.) que se hubiera realizado en la misma ocasión temporal que la incorporación al capital de la cuenta de regularización debería quedar sometido exclusivamente al gravamen especial sustitutivo.

Que los tributos a que indudablemente se refiere el artículo 25 de la Ley sobre Regularización de Balances son exclusivamente los que se devenguen con motivo, por causa o como consecuencia de la incorporación, ya que, incluso desde el punto de vista puramente gramatical, el término «ocasión» no sólo significa oportunidad temporal para ejecutar una cosa, sino también causa o motivo por los que se hace una cosa.

Que el Texto refundido del Impuesto de Transmisiones (3) sólo declara exento el aumento de capital social que se produzca «por la incorporación» del saldo de la cuenta de regularización a la de capital, y no puede comprenderse en esa clara enunciación el desembolso por parte de los productores de las primas que la sociedad estime conveniente exigirles para incrementar sus fondos de reserva, por medio de un acuerdo que jurídicamente se produce al margen y con absoluta independencia de aquella incorporación, lo que viene a corroborar irrefutablemente el criterio hasta ahora sostenido.

Que las alegaciones de la sociedad recurrente quedan ampliamente refutadas, en cuanto a la exigencia del impuesto, por las primas de emisión, por los razonamientos que anteceden, y, por último, en cuanto al supuesto previsto en el número 4 del artículo 25 de la Ley de Regularización, ya citada, que declara no sujeta a gravamen alguno la adquisición por los productores de la sociedad de las acciones así emitidas, es indudable que no consagra exención para un impuesto exigible de la sociedad, sino de los productores, y que no grava la adquisición de las acciones, sino la aportación a la sociedad del metálico desembolsado por aquéllos.

En el caso concreto a que se refiere esta resolución, la sociedad interesada se acogió en su momento a los preceptos de la legislación sobre regularización de balances (4) en orden al aumento de capital y consiguiente desembolso total del valor nominal de las nuevas acciones emitidas, si bien exigiendo de los suscriptores de las nuevas acciones (productores de la empresa) el pago de una prima sobre el valor nominal de las mismas. Conforme a esta legislación especial, todos los tributos, tanto del Estado como de la provincia o del municipio, que puedan devengarse

(2) Véase a este respecto, entre otras: las Sentencias del Tribunal Supremo de 26 de enero de 1957, 9 de mayo y 10 de diciembre de 1958 y 29 de abril de 1960, y las Resoluciones del Tribunal Central de 18 de noviembre de 1952, 2 de junio de 1953, 6 de abril y 18 de mayo de 1954, 15 de junio y 15 de octubre de 1957, 6 de mayo de 1958, 24 de enero de 1961 y 21 de enero de 1971.

(3) Artículo 65, 1.º, 5.º

(4) Ley de 2 de julio de 1964, Disposición Adicional, y artículo 1.º y concordantes del Decreto de 29 de diciembre de 1966.

de las sociedades que hayan regularizado sus balances CON OCASION O COMO CONSECUENCIA de la incorporación del saldo de la cuenta de regularización a la de capital, se sustituyen por un gravamen único, que se liquida al tipo del 2 por 100, en cuanto a la parte de la cuenta que proceda de la regularización de elementos patrimoniales que figuren en contabilidad, y al tipo del 4 por 100, en cuanto a la parte que sea consecuencia de la incorporación de elementos no figurados en contabilidad o de la eliminación de pasivo ficticio. Dicho gravamen se aplica a un epígrafe especial del Impuesto sobre las Rentas del Capital. Ello supone, paralelamente, la exención del Impuesto de Transmisiones Patrimoniales de un acto que con carácter general está sujeto al mismo: el aumento de capital; así lo establece expresamente el texto refundido de este Impuesto en el número 57 del apartado 1.º del artículo 65. Mas para que este supuesto se produzca es necesario que el acto beneficiado por la exención tenga su CAUSA en la incorporación de la cuenta de regularización al capital, y aquí es donde radica la discrepancia entre la Administración y la sociedad recurrente, al pretender ésta que las primas de emisión fueran declaradas exentas del Impuesto de Transmisiones por el mero hecho de haber sido exigidas y desembolsadas «con OCASION» de la referida incorporación, dando a esta frase un simple valor temporal, lo que equivaldría a extender el beneficio fiscal a todos los actos coetáneos, aunque sean consecuencia de un hecho jurídico diferente al de esa pura incorporación del saldo de la cuenta de regularización al capital (5).

7. TRANSFORMACION DE SOCIEDAD. DETERMINACION DEL HABER LIQUIDO DEL BALANCE: El concepto «previsión de impuestos», en cuanto expresivo de una previsión de pago, no constituye una reserva efectiva computable como capital y debe merecer la calificación fiscal de pasivo exigible (RESOLUCIÓN DE 26 DE OCTUBRE DE 1972).

A) *Hechos*.—El problema planteado por la reclamación consistía en la determinación de base liquidable como consecuencia de la transformación de una sociedad regular colectiva en anónima, y más concretamente, en la forma de fijar el haber líquido del balance referido a la fecha de transformación, aclarando a tales efectos la calificación contable que pueda merecer la partida de previsión de impuestos que por un importe global de dos millones de pesetas se incluía en el pasivo del mencionado balance, precisando si la misma constituye una reserva efectiva computable como capital o, por el contrario, es representativa de unas obligaciones o deudas pendientes de concreta determinación cuantitativa en la fecha de producirse el devengo de los tributos, que constituye en tal sentido un pasivo exigible, a tener en cuenta como partida deducible para la fijación del haber líquido, que, en definitiva, constituye la base de la liquidación a practicar por el concepto de transformación de sociedad. Tanto la oficina gestora como el Tribunal provincial estimaron que dicha cantidad no podía computarse como pasivo exigible.

B) *Doctrina*.—Que el concepto de «previsión de impuestos» constituye, como su propia denominación expresa, una acertada medida de saneamiento económico, constituida por la afección de unos bienes al pago de unas obligaciones futuras, que aunque no cuantitativamente determinadas con exactitud, sí pueden calcularse con evidente aproximación a la realidad, y así configurada no ofrece duda que, en principio, la mencionada previsión es expresiva de unas obligaciones de pago exigibles en el

(5) Esta es, en resumen, la doctrina de la Resolución de 21 de enero de 1971, reiterada en la presente

momento de determinarse cuantitativamente las deudas que amparan y como tal participan de la condición de pasivo exigible a efectos de especificación del haber líquido, perdiendo la expresada condición las cantidades de la previsión que excedan de la cuantía de la deuda o deudas a las que tal previsión debe su nacimiento.

Que tales previsiones no pueden estimarse como reservas más que en el supuesto excepcional de que tratándose de previsiones para impuestos de carácter fijo y vencimiento determinado excedieran notoriamente de su importe las cantidades consignadas como previsión, teniendo en tal supuesto dichos excesos la condición de reservas no incluidas en el pasivo exigible a efectos de determinación del haber líquido.

Que reuniendo las cantidades destinadas a previsión de impuestos, a la vista de las precedentes consideraciones, las características precisas para su calificación fiscal como pasivo exigible, es evidente conclusión la de su estimación en tal sentido, con la consiguiente revocación del fallo recurrido en cuanto a tal extremo.

8. *BASE LIQUIDABLE. ANOTACIONES DE EMBARGO: El valor del derecho o interés que se garantiza es la cantidad que realmente se asegura con las fincas embargadas, la cual no puede lógicamente exceder del valor real de éstas* (RESOLUCIÓN DE 2 DE NOVIEMBRE DE 1972).

A) *Hechos*.—El documento objeto de liquidación era un mandamiento de embargo en el que la obligación garantizada (20 millones de pesetas aproximadamente) excedía a todas luces del valor real del piso sobre el cual se ordenaba tomar anotación.

El Tribunal Central recoge en su resolución jurisprudencia anterior sobre el mismo tema y revoca el acuerdo del órgano inferior en base a la siguiente doctrina:

B) *Doctrina*.—Que la liquidación practicada a la vista del mandamiento judicial de anotación preventiva de embargo, al señalar como base el importe o valor total de la obligación garantizada por la anotación, si bien se ajusta literalmente a lo dispuesto en el apartado c) del número 1 del artículo 105 del Texto refundido de 6 de abril de 1967 (6), no aplica el criterio que este Tribunal tiene reiterado (7), en el sentido de que el valor de la garantía no puede ser otro que el de la cantidad realmente garantizada en las fincas embargadas, la cual no puede en ningún caso exceder del valor real de estas últimas, pues en otro supuesto se vendría a hacer tributar por el concepto de anotación de embargo la diferencia entre el valor real de la finca y el importe de la obligación garantizada, dando lugar a la exigencia del gravamen basada en la inexistencia de los hechos imponderables determinantes de la exención, conclusión ésta que por principio de ética fiscal debe rechazarse.

9. *LEGITIMACION A EFECTOS DE RECURSO: No gozan de este requisito procesal ni tienen el carácter de interesados en las liquidaciones giradas los albaceas o comisarios contadores partidores* (RESOLUCIÓN DE 2 DE NOVIEMBRE DE 1973).

A) *Hechos*.—La reclamación tuvo su causa en un acuerdo denegatorio de la oficina gestora a una petición de fraccionamiento o aplazamiento

(6) Que ratifica el contenido del artículo 68 del Reglamento del Impuesto de Derechos reales, a cuyo tenor en las anotaciones preventivas servirá de base el valor del derecho o interés que se garantiza.

(7) Véanse Resoluciones de 17 de abril de 1956 y 17 de noviembre de 1959, entre otras

de pago de liquidaciones del Impuesto general sobre las Sucesiones, mediante escrito firmado por quienes ostentaban la condición de albaceas, testamentarios, comisarios, contadores-partidores y presentadores del inventario correspondiente a la herencia de la causante. La tesis del Central es la siguiente:

B) *Doctrina.*—Que con carácter preferente debe examinarse la legitimación de los recurrentes, dado su carácter de presupuesto necesario, y en el recurso de alzada se consigna que la resolución recurrida «es lesiva para los intereses de los interesados en la sucesión hereditaria mencionada», de donde se deduce que la resolución impugnada afecta a los intereses legítimos personales y directos de los herederos y legatarios de la causante, sin que lo haga a los de quienes suscriben y promueven el recurso de alzada, que no manifiestan obrar como representantes de aquellos interesados, sino en su calidad de albaceas, comisario, contadores-partidores de la herencia, lo que evidencia su falta de legitimación para interponer recurso de alzada, según lo preceptuado en el artículo 128 del Reglamento Procesal, por no tener el carácter de interesados.

Que la condición alegada no faculta para interponer el recurso, pues los albaceas, comisarios, contadores-partidores, ostentan por imperativo legal la representación y, en su caso, la administración de la herencia, pero no la de los herederos y legatarios, únicos que tienen el carácter de sujetos pasivos, como contribuyentes de las liquidaciones giradas a su cargo por el Impuesto general de Sucesiones, conforme al artículo 21 del Texto refundido de 6 de abril de 1967 (8), máxime cuando los recurrentes tampoco ostentan por sí solos el carácter de albaceas, al haber sido designados por la testadora, sin establecer la solidaridad ni el orden en que habían de actuar, en unión de otras dos personas que no intervinieron como recurrentes, sin que aquéllos hayan justificado estar legalmente autorizados por los últimos, aun cuando en los actos iniciales, presentación del inventario y avalúo de la herencia intervinieron los cuatro nombrados, todo ello según lo preceptuado en los artículos 897 y 895 del Código civil (9).

Que de lo que antecede se deduce que el recurso de alzada ha sido promovido por quienes no estaban legitimados para su interposición, al no tener el carácter de interesados ni de representantes de éstos, por lo que procede declararlo así y, en su consecuencia, es improcedente examinar las cuestiones en él planteadas.

Con independencia del defecto de forma de que adolecía la reclamación, no aparecía tampoco acreditado que fuese necesario el aplazamiento o fraccionamiento solicitado, por no exceder el metálico incluido en la herencia de la cantidad precisa para satisfacer el impuesto correspondiente, dado que los artículos 132 y 135, 1, del Reglamento del Impuesto exigen para la concesión del aplazamiento o fraccionamiento «que no existan inventariados metálico, valores u otros bienes muebles de fácil realización o que éstos fueran insuficientes para el abono de las cuotas liquidadas.»

F. M. C.

(8) Este criterio es coincidente con el mantenido por la Sentencia del Tribunal Supremo de 6 de abril de 1965, que dice “el albacea es un mandatario *post-mortem* del testador, pero no lo es de los herederos del mismo, lo que le hace no tener legitimación para impugnar las liquidaciones del Impuesto de Derechos reales en nombre de los interesados”.

(9) Que dicen “si el testador no establece claramente la solidaridad de los albaceas, se entenderá nombrados mancomunadamente”, y “sólo valdrá lo que todos hagan de consuno o lo que hagan uno de ellos legalmente autorizado por los demás o lo que, en caso de disidencia, acuerde el mayor número”.

LIBROS

BASSOLS COMA, MARTÍN: *Génesis y evolución del Derecho urbanístico español (1812-1956)*. Editorial Montecorvo, 1973.

En la línea editorial que Montecorvo se trazara desde su iniciación, atendiendo con preferencia en sus publicaciones a la rama del urbanismo, nos ofrece ahora esta obra, primera en su género, en la que los orígenes y la posterior evolución de un Derecho en formación se proyectan frente al lector. De ella es autor MARTÍN BASSOLS, Letrado de las Cortes Españolas, profesor adjunto de la Universidad de Madrid y doctor en Derecho, habiendo adquirido esta última categoría universitaria precisamente con el trabajo que da título a la obra que comentamos.

La obra viene prologada por el director de la tesis doctoral y catedrático de Derecho administrativo FERNANDO GARRIDO FALLA. En el prólogo de la misma destaca con singular acierto dicho profesor el enfoque histórico de la obra y la peculiar postura metodológica del autor. Este estudio—dice el prologuista—, que podría muy bien haberse abordado desde una perspectiva histórico-dogmática o, lo que es lo mismo, estableciendo unas líneas de evolución dogmática apoyadas en concepciones político-jurídicas, se ha llevado a cabo a través de un examen de instituciones concretas en su contexto histórico, preguntándose por qué han nacido. Ello lleva al autor a un minucioso análisis de cada una de las etapas históricas y permite dos grandes ventajas al estudioso: un conocimiento sistemático del Derecho urbanístico nacional y facilitar la observación de su progresiva vertebración desde unos inicios modestos hasta su actual consolidación.

Creo que pocas cosas pueden ser añadidas a estas palabras, que, como pórtico preciso y claro, preparan al lector en este recorrido histórico. El fino sentido jurídico del autor y su paciencia y precisión le han llevado a enfocar la materia urbana desde la dimensión histórica. Lo advierte el mismo autor en su introducción. Con auténtico tacto y sensibilidad jurídica elude la construcción del Derecho urbanístico como «rama sustantiva del ordenamiento jurídico» con perfiles reales y dogmáticos propios. El Derecho administrativo, que se ha servido de la legislación urbanística para cobrar paralelismos con otras ramas del Derecho, se resiste a dejar escapar esta legislación, cuyo encuadre aún no está perfectamente definido, pues si tiene mucho de Derecho público, no debe olvidarse que en ella se están manejando conceptos muy perfilados del Derecho privado, y si a la misma se le quiere dar un sentido social, se hace preciso que en ella concurren los diferentes derechos de que se nutre y a los cuales afecta.

Hay que hacer especial mención de la forma y las fuentes en que se apoya para su confección, nada usuales en estos trabajos de tipo histórico. Las raíces de las disposiciones han sido buscadas por el autor en los archivos parlamentarios, y ello le ha permitido una más completa visión y unos elementos de juicio de primer orden para lograr el espíritu que animan las disposiciones comentadas.

La obra, aparte de la introducción, a que antes me refería, se divide

en dos grandes períodos: uno, comprensivo de los años 1812 y 1818, y el otro, desde esa última fecha hasta 1956, fecha clave, en la que aparece una Ley llamada del Suelo y que va a recibir un refuerzo legislativo ante su total ineficacia en los dieciséis años que lleva promulgada. Respetando estas dos partes, vamos a glosar en forma somera su contenido:

A) *Primer periodo (1812-1868)*

Seis capítulos y uno preliminar forman esta primera parte de la obra. Señala el autor que en los albores de la historia urbanística no es decisivo en España el movimiento o proceso de industrialización, sino que parece más oportuno hablar de factores hasta cierto punto extraeconómicos. Ello explicará que los primeros impulsos de reforma y extensión urbana están motivados más por exigencias de un mayor bienestar y comodidad de las nuevas clases sociales—la burguesía—, que por los problemas de alojamiento del proletariado industrial. La emergencia del Derecho urbanístico no está condicionada en España por un planteamiento crítico o ideológico de la ciudad industrial. Señala también el autor cómo la instauración del régimen constitucional va a dar garantías a la propiedad privada frente a los ataques del poder público, erigiéndose ello en dogma jurídico. Con esto, el autor abre ante el lector las puertas de la concepción de la propiedad en las Cortes de Cádiz, examinando la Ley del Inquilinato de 1842, la legislación desamortizadora y la Ley de Expropiación Forzosa de 1836.

Concretando realidades normativas urbanísticas señala el encuadramiento de las primeras regulaciones dentro del régimen de policía urbana y su progresiva regulación estatal de las materias propias sobre la base del criterio centralizador, pervivencia de la legislación de fortificaciones y plazas fuertes, complejidad de los problemas y la intervención de la Real Academia de San Fernando. Una segunda etapa viene caracterizada por una técnica urbanística, cuya manifestación más típica es la ordenación urbanística de las ciudades y de su expansión a base de la estructuración de un sistema uniforme y radical de alineaciones (ensanche y prolongación de las vías públicas preexistentes y señalamiento de las direcciones que deben seguir las nuevas edificaciones).

Señala también el autor, como prueba palpable de la madurez de una época, el establecimiento o creación de un organismo central, a nivel nacional, con funciones asesoras y directivas en el ramo de la actividad administrativa, denominada de política urbana. Este organismo es la Junta Consultiva de Policía Urbana, cuya trayectoria histórica se estudia con detenimiento. Igualmente—ya en una posible etapa de formulación de una legislación de carácter general urbanístico—, se van examinando la legislación de las obras de ensanche, regularización y embellecimiento de la Puerta del Sol de Madrid (1854-1862), la formación de los planes de ensanche de las principales poblaciones y el proyecto general para la reforma, saneamiento, ensanche y otras mejoras de poblaciones del año 1861 o el primer intento de consideración unitaria de la problemática urbanística que quedó frustrado.

La circunstancia de que el proyecto de Ley general sobre reforma, saneamiento, ensanche y mejoras de las poblaciones de Posada Herrera no llegara a cristalizar va a tener derivaciones decisivas en la evolución posterior del Derecho urbanístico, tanto desde el punto de vista formal-sistemático como desde la perspectiva jurídico-material. Siguiendo al autor debemos concluir: la regulación unitaria que presidía la elaboración del proyecto de Ley no va a tener continuación y dará lugar a una disgregación en la regulación de las diversas materias y a la formulación de normas especiales sobre las mismas, dictadas en diversas épocas y con diversos criterios: el ensanche de poblaciones y reforma interior y sanea-

miento. Ello ha de dificultar la formación de un estatuto de la propiedad urbana, extremo que retrasará la aprobación de nuevas medidas legislativas exigidas por circunstancias históricas.

B) *Segundo período (1868-1956)*

Comprende la segunda, tercera, cuarta y quinta parte del libro. Después de reflejar la situación general de la legislación urbanística, que no logra más que ser un apéndice desdibujado y oscuro de la legislación de Fomento o de la del régimen municipal, sin alcanzar un mínimo reflejo en la obra jurídica cumbre de la Restauración, el Código civil, divide las materias que va a tratar en tiempos o etapas que ofrecen sus respectivas características:

- *Hasta el año 1900.*—Estudia la Ley de 22 de diciembre de 1876 de ensanche de poblaciones, que apenas aporta ningún avance en el proceso de formación de nuestro Derecho urbanístico. Se sustituye el sistema de juntas de ensanche por el de comisiones y en la expropiación se fijan nuevos criterios para la determinación del justiprecio, cesión de viales y costeamiento de las obras de urbanización y transferencia de la competencia en materia de ensanches al Ministerio de Fomento. También se estudia la Ley especial de ensanches de Madrid y Barcelona de 26 de julio de 1892.

Igualmente, se ocupa de la trayectoria legislativa especial sobre saneamiento y reforma interior de las poblaciones, los proyectos de reforma de la Ley de Expropiación Forzosa de 1879 y la Ley de 18 de marzo de 1895, que fue un pretexto para introducir en nuestro sistema el Jurado de Expropiaciones y extender el ámbito de la indemnización. Remata con un estudio final de disposiciones de interés urbanístico durante esta fase histórica.

- *Hasta el año 1923.*—Como resumen global de esta etapa, señala el autor los intentos de resolución de los problemas urbanísticos con carácter global o sectorial, dimensionándolos en cuatro ángulos distintos:

- a) Desde el punto de vista urbanístico.
- b) La reforma del régimen local.
- c) Legislación de viviendas.
- d) Legislación sanitaria.

Hace también un curioso estudio de las nuevas concepciones urbanísticas y determinados experimentos autóctonos: la ciudad lineal y el movimiento de las ciudades-jardín y ciudades satélites.

Los tres temas que desarrolla el autor en este período están titulados sucesivamente: los intentos de superación de la legislación de ensanche (proyecto de Ley de Sánchez Guerra en 1914, los proyectos de extrarradio de Madrid, el proyecto de Ruiz Jiménez de 1916, de García Prieto de 1918); la temática jurídico-urbanística en la legislación municipal de viviendas, sanitaria y fiscal (proyectos de reforma del régimen local, legislación de viviendas, sanitaria de 1920 y urbanismo fiscal), y los intentos de formulación de una Ley general de Urbanismo (proyecto de Chapaprieta fundamentalmente).

- *Hasta el año 1936.*—Se caracteriza este período por la aceleración del proceso de concentración urbana, recepción y difusión de nuevas concepciones sobre el urbanismo y los comienzos de la planificación regional y supranacional.

Destaca el autor en su estudio la significación del Estatuto municipal y las primeras experiencias que en esta época se realizan en torno a la urbanización de determinadas ciudades y sus zonas de

influencia (Madrid, Cataluña, Gijón) y el proyecto de bases para una Ley Nacional de Urbanismo y de Expropiación Forzosa.

- *Hasta el año 1956.*—La nota esencial de esta fase histórica es la intensificación del proceso de concentración urbana y de desruralización, que se inicia en el año 1939 y que reclama una legislación urbanística. El autor en este período histórico va destacando las diferentes tendencias y orientaciones sobre la reforma urbanística, que ha de culminar con la promulgación de la Ley del Suelo, distinguiendo la legislación de régimen local, la legislación de viviendas, edificación forzosa de solares y normas específicas de urbanismo de grandes ciudades.

El libro, que sobrepasa las 600 páginas, no es posible ofrecerlo más minuciosamente, pues cada norma lleva un comentario amplio y específico, que hace surgir infinidad de problemas de difícil sistemática en tan estrechos límites. Se reproducen al final los textos legales del proyecto de Ley de Posada Herrera de 1861, el de Sánchez Guerra de 1914, el de García Prieto de 1918 y el de Ruiz Jiménez de 1916, documentos inestimables ofrecidos al lector desde el *Diario de Sesiones* del Congreso hasta el estudio del que se preocupa por esta materia.

JOSÉ MARÍA CHICO Y ORTIZ

CAVALLO BORGIA, ROSSELLA: *Profili giuridici della vendeta di cosa aliena*. Giuffrè. Milán, 1972, 172 págs.

1. El libro de ROSSELLA CAVALLO BORGIA (bellos apellidos) inicia virtualmente la colección de Estudios Jurídicos de la Libre Universidad Internacional de Estudios Sociales de Roma, que dirige VITTORIO BACHELET.

El tema, independientemente de su importancia objetiva, me interesa por su vecindad con el de la venta de cosas futuras, objeto de mi estudio de tesis doctoral en la Universidad de Bolonia, leída, por cuanto resulta, poco tiempo antes de la aparición de la presente obra. Me parece ésta una aclaración debida, en cuanto puede restarme imparcialidad en el examen de la misma, porque las anotaciones que haré a ésta más adelante no son fruto de un afán crítico desmesurado, sino de las diferentes posturas a las que me he acogido estudiando los mismos temas.

Permítaseme otra salvedad. CAVALLO BORGIA, a pesar del título que ha dado a su libro, estudia fundamentalmente la llamada «venta obligatoria», de la que sería una especie la venta de cosa ajena.

Esto sabido pretendo resumir a continuación el contenido del mismo, señalando más tarde los puntos que no comparto de su tesis.

2. La venta de cosa ajena, por sus peculiares características, asume una fisonomía y una autonomía de carácter dogmático que la diferencian del contrato previsto en el artículo 1470 del Código civil italiano (compraventa), si bien permanece, obviamente, como una directa emanación de éste (pág. 3).

Previamente, pues, procede referirse a la compraventa típica, puesta en relación con la categoría de los negocios obligatorios y la de los negocios traslativos.

Existen negocios obligatorios, en efecto, y negocios traslativos con eficacia real, ya inmediata, ya diferida (entre estos últimos ha de incluirse la compraventa). Es incorrecta la expresión «negocios con efectos obligatorios» (págs. 12-16). Respecto a la compraventa, señala CAVALLO BORGIA

(página 30) la imposibilidad de la existencia, en el ordenamiento italiano, de un tipo de venta idónea solamente para producir efectos obligatorios (1). Es posible, por otra parte, observar que la situación efectual derivante y conectada con el negocio con efectos reales no se agota jamás en la mera transmisión (inmediata o sucesiva) del derecho real, sino que opera también en un sentido más amplio, obligando, en todo caso, a las partes a algunas otras prestaciones necesarias para la realización de la función que el contrato persigue (pág. 15).

3. De las observaciones precedentes se deduce que entra dentro de la autonomía de las partes el diferir en el tiempo la eficacia traslativa de una compraventa.

Esto sucede, en primer lugar, en los casos de venta condicionada o a término (pág. 18); en segundo lugar, en los casos de «venta obligatoria», respecto a cuya figura se plantean dos cuestiones: a) necesidad de la misma; b) inclusión en un único *genus* de compraventa o constitución de un posible *genus* independiente.

«La solución positiva de la primera de las dos cuestiones (pág. 20) constituye lógica premisa para la determinación de la naturaleza jurídica de la venta obligatoria» (2).

Respecto a la segunda cuestión, se rechaza la teoría según la cual se daría en la «venta obligatoria» un contrato obligatorio coexistente con un separado negocio de transmisión del derecho (págs. 24 y sigs.), y aquella otra que configura la «venta obligatoria» como un negocio típico diverso de la venta (págs. 31 y sigs.); se afirma la posibilidad de distinguir entre «venta obligatoria» y promesa de venta (págs. 34 y sigs.); se reconoce, como afirmación fundamental, la imposibilidad de aceptar la teoría que reduce toda venta a «venta obligatoria», y de la que sostiene la existencia de un único *genus* de venta, la inmediatamente traslativa (pág. 39). Seguidamente se pasa al examen crítico de las posturas doctrinales en tema de «venta obligatoria», criticando las teorías que la configuran como un negocio sometido a condición (págs. 40-46), como un negocio anticipado (págs. 46-49), como un negocio en vías de constitución o una promesa anticipada (págs. 49-52); criticando, además, las posiciones de FILDERMANN, COHN y CORRADO (págs. 52-55).

4. Supuesto el carácter de verdadero y propio contrato de venta en las hipótesis de «venta obligatoria», ha de ser afrontado el problema fundamental de su calificación jurídica y, consiguientemente, la de la venta de cosa ajena.

Como ya hemos apuntado anteriormente, para CAVALLO BORGIA, e independientemente de la calificación jurídica de la misma, existen hipótesis de venta con eficacia real diferida, inidóneas para producir efectos traslativos inmediatos de un modo tan patente, que no dejan dudas sobre la imposibilidad de atribuirles la calificación de ventas obligatorias (3).

Las hipótesis de «venta obligatoria» quedan reducidas a las siguientes: venta de cosa futura, venta de cosa ajena, venta genérica de cosas muebles, venta alternativa y venta con reserva de propiedad (pág. 69).

(1) Entendidos éstos, hay que deducir con referencia al negocio obligatorio y no al negocio traslativo «con efectos obligatorios», expresión tachada anteriormente de incorrecta.

En consecuencia, cuando se hable, de ahora en adelante, de «venta obligatoria» habrá que leer—estando a la terminación propuesta por la autora y aun cuando ella no lo diga expresamente—«venta traslativa con eficacia real diferida», y aun eso con reservas, pues la venta a prueba, la venta con «riserva di gradimento», la venta «su campione», amén del contrato estimatorio (incluidas dentro de las ventas con eficacia real diferida, pág. 18, nota 2), vienen excluidas, utilizando argumentos más o menos convincentes, del campo de la llamada «venta obligatoria» (página 60).

(2) El análisis de la naturaleza jurídica presupone, es verdad una respuesta afirmativa a la existencia de la «venta obligatoria». Con esta afirmación, sin embargo, no se resuelve la cuestión referente a la necesidad de tal figura, que es también una lógica premisa, con miras a la procedencia de dicho análisis.

(3) ¿Cómo se pueden conocer las hipótesis que quedan excluidas de una figura (en este caso, «venta obligatoria») antes, e independientemente, de conocer la naturaleza jurídica de la misma?

De estas cinco figuras específicas, caracterizadas por notas estructurales comunes, se pueden deducir los elementos necesarios para el encuadramiento dogmático de la «venta obligatoria».

En los casos de «venta obligatoria», que puede ser configurada como un modo de ser de la venta, si bien el negocio ha logrado su perfección estructural, los efectos reales generalmente conectados a la venta típica no se producen inmediatamente, siendo diferidos a un momento sucesivo y subordinados al verificarse de un hecho que incide precisamente sobre la eficacia real del negocio mismo. Al verificarse tal evento por voluntad de la Ley, se produce el efecto principal del negocio: el efecto traslativo (pág. 74).

Surge así el concepto de «la *fattispecie* de los efectos finales», la cual incluye el negocio verdadero y propio y el evento que incide sobre los efectos considerados (pág. 77), que no debe ser confundido con las categorías de «la *fattispecie* negocial compleja» ni con la de «la *fattispecie* procedimental», y en la que puede incluirse la «venta obligatoria» y, en consecuencia, las cinco figuras que la componen (pág. 85).

Así, pues, la venta de cosa ajena, disciplinada normativamente en los artículos 1.478-1.481 del Código civil italiano, es válida. Está caracterizada por la no pertenencia de su objeto (derecho o cosa) al patrimonio del disponente y por la absoluta irrelevancia (al menos, según algunos) del conocimiento de tal estado de hecho objetivo por parte de uno o ambos contratantes (pág. 86). Figura unitaria que comprende las dos hipótesis previstas en los artículos 1.478 y 1.479 (pág. 86; págs. 158-164).

5. En cuanto a la eficacia de la venta de cosa ajena, apunta CAVALLO lo que sigue:

En la fase de pendencia de la eficacia no se produce la transmisión del derecho, que debe calificarse como un efecto del contenido del negocio—contenido ha de distinguirse de objeto—(pág. 94). Se produce el efecto negocial en sentido propio (pág. 94). Viene rechazada la teoría de los efectos preliminares (pág. 96). Durante esta fase son obligaciones del vendedor: la de comportarse según buena fe, la de no impedir el verificarse del supuesto de hecho, la de hacer posible la adquisición por parte del comprador. La realización de posteriores actos dispositivos por el vendedor implica una violación de la obligación de buena fe, que da lugar a la obligación de resarcimiento. Por lo que se refiere al adquirente, se afirma encuéntrase en una situación de «expectativa» (pág. 111).

Surgido el llamado «hecho ulterior», se produce el efecto real. No existe una obligación de dar por parte del vendedor. El «hecho ulterior», negado su carácter de evento condicionante, de «hecho debido», de «hecho obligado», viene configurado como un «hecho jurídico que incide sobre los efectos finales» (pág. 128). Los efectos finales pueden ser (página 134): esenciales—consignación de la cosa y pago efectivo del precio—y naturales—garantía por evicción y vicios de la cosa.

6. El libro finaliza con unas reflexiones sobre la evolución histórica de la compraventa (págs. 139-164).

Hasta aquí el resumen que nos habíamos propuesto hacer.

7. Son de aplaudir el rigor lógico del mismo (con las salvedades recogidas en nuestras notas) y la bibliografía consultada.

Hemos de hacer las siguientes observaciones:

La figura de la venta de cosa ajena viene escasamente considerada en sus particularidades. Como hemos dicho ya, se estudia fundamentalmente la «venta obligatoria», siendo esporádicas y escasísimas las referencias a los artículos 1.478-1.481 del Código civil italiano (el art. 1.478, en su párrafo primero, aparece citado por primera vez en la pág. 126). Se echa así de menos un estudio del mismo concepto de «cosa ajena», de los supuestos más frecuentes de la figura, de los conflictos de intereses en juego, de la orientación de la jurisprudencia sobre el tema, en fin,

de modo tal que quedan sin resolver, por desconocidos, los aspectos concretos de tal especie de venta, con lo cual la utilidad de la obra aparece, cuanto menos, dudosa en este aspecto.

8. Por lo que se refiere a las posturas adoptadas, hemos de señalar nuestra disconformidad o prevención respecto a los siguientes puntos: la afirmación, a título general, del carácter de contrato conmutativo cierto respecto de la compraventa (pág. 11); los argumentos suscritos para rechazar la teoría que configura la «venta obligatoria» como una venta sometida a condición (págs. 40-46); el traer a colación la llamada *fattispecie* de los efectos finales rechazando la teoría de la *conditio iuris* (pág. 46); el considerar como objeto de la venta de cosa ajena los derechos o las cosas (pág. 85); la afirmada situación de «expectativa», en fin, de que gozaría el adquirente en la fase de pendencia (pág. 111).

9. Para poner el punto final a estas notas queremos fijarnos particularmente en la crítica formulada a la teoría del negocio condicionado, en donde ROSSELLA CAVALLO BORGIA, como en otros puntos fundamentales de su obra, se acoge al magisterio de SCOGNAMIGLIO. «Considerando la condición—dice (pág. 43)—como un elemento marginal e intrínseco, cuya falta no compromete la asistencia o la eficacia del negocio, resulta evidente que en los casos de 'venta obligatoria' el acto o hecho de que depende el producirse actual del efecto real es, por el contrario, algo que hace referencia al objeto de la relación jurídica producida por la misma compraventa.» Añade después otros dos argumentos: el de la retroactividad de la condición realizada (art. 1.360) y el de la llamada ficción de cumplimiento (art. 1.359). Rechazada la posibilidad de la condición voluntaria, no considera tampoco la de la *conditio iuris*, alegando lo evanescente de tal concepto y su consiguiente inutilidad dogmática y práctica (pág. 46).

Analicemos ahora algunas obras de SCOGNAMIGLIO. En su *Recensione a la «compravendita di cose future» di P. Perlingieri* («Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura civile», 1964, págs. 373-376)—para mi gusto, modelo de recensión—, criticando la teoría de la *conditio iuris*, confiere más adelante a la venida a existencia de la cosa el papel de presupuesto indispensable para la transmisión del derecho real. Ahora bien, ¿en qué consiste este presupuesto indispensable? ¿No será una *conditio iuris*? Veamos qué dice al respecto el mismo SCOGNAMIGLIO en una obra posterior, *Contratti in generale* (Milán, 1966, pág. 139): «...llamadas *condiciones iuris* o requisitos legales de eficacia. En esta categoría se pueden incluir todos aquellos hechos o actos extrínsecos al contrato que la Ley considera decisivos para su eficacia, a los cuales se deberían añadir, según ciertas opiniones, también aquellos elementos que son, en todo caso, esenciales para la eficacia—el objeto, el sujeto—, en cuanto la Ley admita que pueden surgir ulteriormente» (en este punto se cita a sí mismo, SCOGNAMIGLIO: *Contributo* ., págs. 335 y sigs.). Esta afirmación viene mantenida en los ulteriores *Contratti in generale* (Bologna, 1970, págs. 372-377). Los ulteriores argumentos de la retroactividad de la condición y de la ficción de cumplimiento pueden desvirtuarse afirmando con RESCIGNO (voz *Condizione in Diritto vigente*, en *Enciclopedia del Diritto*, Milán, 1961, páginas 768 y sigs.) que no son aplicables a la *conditio iuris*.

Quedarían así refutados o, al menos, puestos en tela de juicio los argumentos aducidos por CAVALLO BORGIA y tomados del profesor de Roma, en contra de la teoría que ve en la «venta obligatoria» un contrato sometido a *conditio iuris*.

La misma autora del libro que comentamos reconoce que aceptando la categoría de la *conditio iuris* sería posible reconducir a ella—sin especificar cuáles—alguna de las hipótesis de «venta obligatoria» (pág. 46).

Se puede leer, además (págs. 73-74): «En los casos de venta obligatoria, si bien el negocio ha logrado la perfección estructural, los efectos reales,

generalmente conectados a la venta típica, no se producen inmediatamente, siendo diferidos a un momento sucesivo y SUBORDINADOS A UN HECHO (discúlpese la repetición del párrafo y las mayúsculas nuestras), que incide precisamente sobre la eficacia real del negocio mismo. Al verificarse tal evento POR VOLUNTAD DE LA LEY, se produce el efecto principal del negocio: el efecto traslativo.» A mayor abundamiento añade: «Es necesario precisar al respecto que el evento en cuestión debe ser referido únicamente al nacimiento de la relación, que no al perfeccionamiento del negocio, en orden al cual el llamado hecho ulterior no tiene función alguna que desempeñar.»

Ahora bien, ¿no es esto lo que comúnmente se entiende por *conditio iuris*? ¿Qué sentido tiene prescindir de un concepto acuñado ya de antiguo (ver, por ejemplo, SCIALOJA: *Condizione volontaria e condizione legale*, en «Saggi di vario Diritto», t. II, 1927, págs. 3 y sigs.), aún discutido, para sustituirlo, haciendo referencia al mismo contenido, por otro con menos arraigo y tan discutible o más, como es el de «la *fattispecie* de los efectos finales», cuando, además, se reconoce que tal expresión se encuentra en SCOGNAMIGLIO (pág. 76) referida específicamente al negocio condicionado?

Hasta aquí mis interrogantes.

CARLOS ROGEL VIDE

FUENTES BODELÓN, FERNANDO: *La prescripción en las aguas públicas*. Escuela Nacional de Administración Pública, 1972, 364 págs.

El trabajo original constituye la tesis doctoral del autor, retocada sin modificación sustancial. «La actualidad del tema aparece contrastada por el hecho de referirse a una institución en crisis, es decir, que siendo materia viva vigente, que pertenece, por tanto, a nuestra cotidianeidad jurídica, está amenazada de convertirse, en período más o menos largo, en materia histórica y—por tanto—en materia muerta.»

La parte doctrinal se estructura en ocho puntos. Comienza el autor con una evolución histórica de la prescripción de aguas públicas en Derecho español desde Roma a nuestros días y se ocupa—después—del Derecho comparado.

En tema de los elementos y clases de la relación jurídico-administrativa, que tiene su origen en la prescripción, se ocupa de la naturaleza de dicha prescripción administrativa y del derecho adquirido por prescripción—«un derecho real administrativo, consistente en la atribución a uno o varios usuarios de la preferencia de modo exclusivo y excluyente en la utilización o aprovechamiento de unos caudales públicos para uno o varios de los destinos especiales recogidos en la Ley de Aguas (L. A.)»—. El objeto del aprovechamiento es el agua y no los terrenos; las aguas deben ser públicas y el aprovechamiento especial. Estudia los supuestos especiales: aguas sobrantes de cloacas y fuentes, abastecimiento de poblaciones, barcas de paso, viveros y criaderos de peces y presas y obras de captación y clasificación. Clasifica la prescripción por diversos criterios: sujetos, objeto del aprovechamiento, naturaleza del hecho posesorio, destino del aprovechamiento, efectos y finalidad, naturaleza de las aguas y forma del aprovechamiento y las relaciones con el Registro de aprovechamientos.

El título normal es el acta de notoriedad del artículo 70 del Reglamento Hipotecario, y los títulos excepcionales «son la fase final de otros tantos procedimientos de variada naturaleza (judicial, notarial y administrativa) que hay que considerar vigentes, ya que no han sido derogados por la Ley de Procedimiento Administrativo». Los títulos antiguos justificativos de

la prescripción, «a pesar de su venerable antigüedad y referirse a formas de vida pretéritas, tienen una vigencia administrativa, ya que sobre ellos se fundan derechos a unas aguas utilizadas hoy, y determinan su naturaleza, contenido y alcance dando lugar a múltiples controversias, resueltas por los Tribunales de Justicia». No es materia «museable», sino viva y vigente, ya que de acuerdo con ella se ha establecido el cuadro de derechos y obligaciones de la utilización actual de una cosa pública. Después trata de la vigencia administrativa y valor histórico de esta documentación y de la disparidad del derecho hidráulico entre las regionales centrales y periféricas. El Tribunal Supremo ha admitido toda clase de títulos antiguos auténticos (salvo los políticos) expedidos desde el siglo XII hasta el pasado, algunos de los cuales requieren su transcripción y traducción para ser comprendidos. La existencia actual—unida a la justificación antigua de su vigencia—crea a favor del particular la presunción de haber adquirido por prescripción el derecho, a menos que se demuestre lo contrario acreditando el no uso por un período igual. El tracto debe realizarse de modo directo (referido tanto a la finca como al aprovechamiento y a todos y cada uno de los tractos) o abreviado (por los medios establecidos en la Ley Hipotecaria). Señala una de las diferencias más importantes entre los aprovechamientos castellanos y levantinos (cfr. pág. 64). Pasa a estudiar el procedimiento de reconocimiento del derecho adquirido por prescripción basado en títulos antiguos y termina esta parte con el desarrollo de la titulación normal (acta de notoriedad del art. 70 del Reglamento Hipotecario), *vide* páginas 66 y siguientes.

Declarada la notoriedad de la adquisición (de un derecho preferente al aprovechamiento adquirido por prescripción), protocolizada el acta, liquidada del impuesto (sobre transmisiones patrimoniales y actos jurídicos documentados), anotada preventivamente en el Registro de la Propiedad y legalizada, en su caso, es el momento de iniciar el procedimiento administrativo de fijación de características, reconocimiento del derecho por la Administración y posterior inscripción en el Registro de Aprovechamientos. En realidad, se trata de un doble procedimiento: administrativo-notarial (ya estudiado) y el típicamente administrativo («declarativo de derechos»). Queda muy claramente expuesto el procedimiento de inscripción en primera decisión (págs. 84 y sigs.) y la revisión del acto administrativo en vía de recurso. El autor constata el Derecho vigente; pero hace mucho más, lo enjuicia y habla de «regulación... confusa (y) tramitación ambigua, anacrónica e ineficaz», y propone sugerencias y modificaciones (pág. 104). Finalmente, desarrolla la inscripción en el Registro de aprovechamiento de aguas públicas y se refiere a los aprovechamientos clandestinos o no inscritos y su régimen jurídico, para tratar—más detalladamente—el Registro «jurídico-administrativo, de carácter obligatorio y declarativo, que cumple principalmente una función preventiva y tiene como objeto la registración de los títulos referentes al nacimiento, modificación o extinción de los derechos a los aprovechamientos especiales de aguas públicas».

Dentro de la prescripción modificativa presta especial atención a la extensión del principio *ne varietur*, aplicable a todas las modificaciones objetivas, y se ocupa de las modificaciones sustanciales y accidentales. Cierra este punto el estudio del Decreto de 30 de diciembre de 1941 (sobre ampliación de zona regable sin aumento de caudal, que se califica como un expresivo canto a la clásica desconfianza del legislador, cfr. pág. 136). Diferencia la prescripción extintiva (o no uso) de los *facta concludentia stricti sensu*, de la caducidad y prescripción de contenido procesal (de plazo más corto), y desarrolla su aplicación indistinta a la concesión y a la prescripción de la prueba y del procedimiento.

Sin duda sea el punto más original y certero el octavo, donde estudia

el «Mito y realidad jurídica de la prescripción» (págs. 159 y sigs., a las que me remito en un todo).

Cierra la parte doctrinal con las «Conclusiones críticas», admitiendo como única forma de adquisición—originaria, modificativa o extintiva—la concesión administrativa, simplificando la tramitación de tales concesiones y dictando unas prudentes normas en base al respeto a los posibles derechos adquiridos. Consecuencia de lo dicho, postula una exacta concordancia entre el Registro de Aguas Públicas y el de la Propiedad, simplificando el régimen de las modificaciones subjetivas de los aprovechamientos y activando la función de policía en la represión de los aprovechamientos clandestinos.

Se cierra la obra con varios anexos de un extraordinario valor. El número I se dedica a bibliografía nacional y extranjera sobre aguas públicas, ordenada por materias, y ocupa 45 páginas de apretadas citas bibliográficas. El anexo II desarrolla la legislación española y extranjera sobre aguas públicas (53 págs.), y el III, la jurisprudencia civil y contencioso-administrativa sobre la materia (33 págs.). En el IV se recoge la doctrina legal del Consejo de Estado en 44 dictámenes, y en el V, la prescripción de aguas públicas en el Proyecto de Reforma de la Ley de Aguas. Se incluye una relación de abreviaturas utilizadas, el índice alfabético de autores y el sistemático.

La primera parte supone un valiente planteamiento en un terreno normativo que urge actualizar; la segunda implica un indispensable material de trabajo para la investigación y la práctica jurídica «en un país en el que la riqueza hidráulica tanto significa».

ELÍAS IZQUIERDO

PÉREZ ROYO, FERNANDO: *Infracciones y sanciones tributarias*. Instituto de Estudios Fiscales. Madrid, 1972, 161 págs.

Traza el autor su plan de trabajo dentro de un esquema metodológico bastante sencillo. Comienza estudiando las instituciones del Derecho sancionador «como sustancialmente análogas a las propias del Derecho penal, de las cuales se hallan diferenciadas solamente por rasgos de orden formal».

En la teoría general de la infracción tributaria el estudio se basa en la descomposición analítica por elementos: acción, tipicidad, antijuridicidad, culpabilidad y punibilidad. Después se estudian los tipos de infracciones descritos en la Ley General Tributaria (L. G. T.).

En la segunda parte se trata de las sanciones tributarias: su finalidad, el cuadro de las sanciones tributarias en Derecho español, la aplicación de las sanciones y extinción de responsabilidad por infracción.

Se ha dado preferencia «a los aspectos problemáticos de la regulación» y se ha pretendido «buscar una solución para dichos problemas de acuerdo con los principios que... se consideran correctos».

El autor se plantea con agudeza la naturaleza y carácter de las infracciones y sanciones tributarias, que «pertenecen a la categoría de las infracciones administrativas» (pág. 19), y cuya característica fundamental es la punibilidad (aplicabilidad de una sanción de carácter represivo).

En conclusión, «las infracciones tributarias son ilícitos de naturaleza análoga a las penales», y «la única diferencia estructural... se sitúa en el terreno formal, pero no en el sustancial», de donde se infiere la aplicación de los principios de Ley más favorables, interpretación restrictiva y exclusión de la analogía (pág. 28).

Estudia el «delito fiscal» y su represión en la órbita penal y administrativa. Su juicio crítico nos parece muy certero: «En la realidad ha sucedido aproximadamente lo siguiente: en la mayoría de los supuestos, los textos refundidos de los impuestos han omitido cualquier referencia al tema de infracciones y sanciones, con lo cual la L. G. T. se aplica directamente», y «continúan existiendo las mismas especialidades que en la legislación anterior, pese a los propósitos de la L. G. T. No se ha adelantado prácticamente nada en este terreno».

En orden al estudio de las infracciones tributarias son particularmente interesantes algunos puntos estudiados; por citar sólo algunos: considerar como sujeto activo de la infracción al representante legal del sujeto pasivo de la deuda tributaria (pág. 58) y admitir «la solución favorable a la capacidad de infracción de las personas jurídicas» (pág. 67).

Dentro de la tipicidad estudia el principio de legalidad y la tipicidad *stricto sensu*.

En tema de antijuridicidad se ocupa de «la existencia, en materia de infracciones tributarias, de causas de justificación» (pág. 79).

Diferencia las infracciones meramente culposas y dolosas y hace las mismas observaciones que hizo respecto a la antijuridicidad. «También aquí debe admitirse, en línea teórica, la integración de la L. G. T. por el Código penal, concretamente, por el artículo 8 de dicho texto legal» (página 93).

La punibilidad—elemento indispensable en la estructura de la infracción—no se da en la definición del artículo 77, 1, y hay que buscarlo en la regulación positiva de las infracciones tributarias en nuestro ordenamiento, en el precepto del artículo 86 de la L. G. T. (pág. 98).

En la clasificación doctrinal de las infracciones tributarias utiliza como criterios: 1) la existencia o no de perjuicio económico directo para la Administración; 2) el grado de culpabilidad; 3) el sujeto activo; 4) la modalidad de la conducta del sujeto activo, y 5) el tributo en que se produce la infracción.

En la clasificación legal estudia las simples infracciones, las de omisión y defraudación. Las primeras las reduce al deber de declarar, deberes contables y deber de colaborar. Las de omisión: ocultación intencional del hecho imponible o de la base liquidable y autoliquidación inexistente o defectuosa. Reconoce la dificultad de un estudio sistemático de las defraudaciones y las cataloga así: 1) concurrencia de omisión con simples infracciones; 2) falsa declaración de baja; 3) reincidencia, y 4) mala fe.

Afirma que en el ordenamiento vigente «puede válidamente sostenerse que las sanciones tributarias tienen finalidad únicamente represiva» (página 133).

Establece el cuadro de sanciones según su contenido: privación de libertad, pecuniarias y privación de ciertos derechos o facultades. En orden a los criterios de graduación diferencia las simples infracciones, las de omisión y defraudación. Aunque para las primeras no establece la L. G. T. ningún principio de graduación, el autor aplica los criterios del artículo 83 de la Ley y artículo 2 de la Orden de 7 de junio de 1966 (con referencia al Tráfico de Empresas). Se ocupa del artículo 84 (con referencia a las de omisión y defraudación) y critica la referencia legal a la buena o mala fe, «porque en los supuestos en que se presente dicha buena fe no existirá infracción» (pág. 141).

Dedica un epígrafe a la extensión de la responsabilidad a terceros, problema de gran importancia teórica y práctica y que no ha sido tratado directamente por la L. G. T. Con ponderación se aventura por este tema para «proponer una solución a dicho problema». «La solución que se estima correcta, por aplicación del principio de personalidad de la sanción, es la de que la responsabilidad de la deuda tributaria es independiente

de la responsabilidad en las sanciones. La responsabilidad debe ser, en todo caso, personal» (pág. 149).

Al tratar de la sucesión en la deuda tributaria afirma que «deben jugar en este terreno los principios penales y—más concretamente—de la personalidad de la sanción» (págs. 151 y 153).

Acaba estudiando la extinción de la responsabilidad por infracción. La prescripción se aplicará de oficio y la condonación se utiliza como «un medio para conseguir la conformidad del contribuyente y de esta manera acelerar el procedimiento de gestión y recaudación», por lo que «constituye una desvirtuación del auténtico carácter de las sanciones tributarias» y «una merma de garantías para el contribuyente», a quien se coloca en la alternativa de aceptar una calificación que puede ser incorrecta, o verse eventualmente obligado a satisfacer una cantidad superior a la que debería pagar si renunciara a la defensa de los criterios propios» (páginas 160 y 161).

En resumen, esta «primera monografía publicada en nuestro país» sobre tal materia debe acogerse con agrado, porque sobre su «coherencia lógica» tiene la valentía de enfrentarse con los problemas y dar su opinión para solucionarlos con honradez de profesional y sabiduría integral de «no especializado» en fiscal, y al buen entendedor...

ELFAS IZQUIERDO

SANTOS BRIZ, JAIME: *Derecho civil. Teoría y práctica*. Tomo II: *Derecho de cosas*. Editorial Revista de Derecho Privado. Madrid, 1973.

Un total de 777 páginas, distribuidas a lo largo de 23 capítulos, integran la presente obra. Son cinco las secciones que en ella podemos contemplar: 1.ª) la posesión; 2.ª) derecho real de dominio; 3.ª) derechos reales de goce; 4.ª) derechos reales de garantía, y 5.ª) derechos reales de adquisición.

Antes de entrar en la sección primera nos ofrece una introducción dedicada, como capítulo primero, a la caracterización general de los derechos reales. Bajo este epígrafe trata de ciertos extremos de verdadera importancia, tales como las transformaciones económico-sociales actuales y el derecho de cosas; principios inspiradores de esta disciplina; teorías sobre los elementos constitutivos del derecho real y diferencia respecto de los derechos de obligación; tendencias modernas de los derechos sobre las cosas y Derecho comparado; derechos reales admitidos en nuestra legislación y práctica; figuras jurídico-reales de contornos indecisos; cerrando el capítulo con el estudio del número cerrado o abierto de derechos reales.

La sección primera, objeto del capítulo II, trata de la posesión. Tras exponer lo concerniente al concepto, naturaleza jurídica, fundamento y especies de posesión, aborda los supuestos de concurrencia de posesiones sobre una misma cosa, la posesión de derechos o cuasiposesión, para después adentrarse en la adquisición y pérdida. Todo ello lo completa, además, con los efectos de la posesión, distinguiendo entre los de buena y mala fe, reflejando también los especiales efectos de la posesión de bienes muebles y destacando, a este respecto, la problemática surgida en torno a la interpretación del artículo 464 del Código civil con las dos teorías o posiciones fundamentales existentes sobre ello: la romanista o tradicional y la germánica o moderna. Igualmente, se refiere a los efectos especiales de la posesión de bienes inmuebles, terminando el completo y detenido estudio que hace de esta importante figura jurídica con el examen de su protección. Diferéncianse, a estos efectos, las acciones pose-

sorias reguladas en las leyes o interdictos posesorios (de retener o recuperar, de adquisición, de obra nueva y de obra ruinoso) de la antigua acción publiciana *in rem*, actualmente embebida en la acción reivindicatoria.

La sección segunda concierne al derecho real de dominio. Dentro de ella pueden contemplarse varios capítulos, dedicados todos a temas relacionados con el derecho de propiedad.

Así, en el capítulo tercero comienza hablando del concepto actual y tendencias actuales sobre el derecho de propiedad, destacando su trascendental función social como nota que comporta limitaciones al dominio por los particulares bajo la forma de obligaciones a observar en casos concretos. Se examinan también las repercusiones del derecho económico en los derechos reales, principalmente en el derecho de dominio, y, por último, se estudian los caracteres y facultades del dominio.

Continuando con el examen de la propiedad entramos en las limitaciones del dominio. El autor, después de subrayar la distinción establecida a estos efectos por la doctrina patria, excluyendo los tanteos y retratos legales, que estudia en el capítulo relativo a los derechos de preferencia o de adquisición, sigue una clasificación más amplia, por entender que aparte de los derechos reales regulados expresamente en el Código civil, que implican también evidentes limitaciones del dominio, éstas tienen actualmente tal amplitud, que su esfera toca ampliamente al Derecho público no menos que al privado, y dentro de éste, a la esfera intervencionista estatal, que se prodiga también en las relaciones entre los particulares, sin que por ello estas relaciones pierdan su naturaleza jusprivatista. En definitiva, la posición del propietario, en principio libre, se ve limitada: *a)* por falta de un interés suyo protegible; *b)* en virtud de interés ajeno preferente, como el estado de necesidad, y *c)* cuando, según la clase y volumen de las limitaciones, éstas afectan a todos los propietarios que se hallen en la misma situación.

Analiza, igualmente, en este capítulo el llamado derecho de vecindad y las limitaciones del dominio por interés público o utilidad social. Dentro de estas últimas, haciendo un examen somero, distingue dos grupos: A) Limitaciones del dominio sobre inmuebles derivadas de disposiciones de Derecho público, que obedecen a diferentes objetivos, según las circunstancias en que los inmuebles se hallen y su naturaleza y destino, tales como las procedentes del tráfico de vehículos o de naves; limitaciones por la intervención de extranjeros; en interés de la agricultura; sobre urbanismo y edificación; sobre objetos histórico-artísticos, etc. B) La expropiación forzosa.

A continuación de las limitaciones se estudian las acciones que protegen el dominio. Distingúense las que persiguen la reintegración del derecho de dominio en supuesto de privación total del mismo a su propietario, y aquellas otras que persiguen o impedir su perturbación mediante declaración solemne de su existencia o prevenir al dominio contra derechos de utilización parcial a título de *jura in re aliena*. En este capítulo, después de remitirse a otros en cuanto al estudio de ciertas acciones, como las posesorias, centra su atención en la llamada acción reivindicatoria, en la declarativa de dominio, muy enlazada y confundida frecuentemente en nuestro Derecho con la anterior, por lo que expone las diferencias entre ambas, terminando con el estudio de la de deslinde.

El capítulo VI y los siguientes tratan de los modos de adquirir el dominio. Tras hablar de las formas de adquisición, y antes de exponer el sistema de adquisición del dominio y derechos reales adoptado por nuestra legislación civil, considera las características fundamentales de otros sistemas seguidos en la legislación comparada.

El artículo 609 de nuestro primer texto legal, con el que se abre el libro III, relativo a los diferentes modos de adquirir la propiedad, coloca a la ocupación en primer lugar entre ellos. Es así como el autor se ocupa,

en primer término de la ocupación, recogiendo los siguientes diversos apartados: a) ámbito actual y Derecho comparado; b) ocupación de bienes inmuebles; c) cosas perdidas; d) ocupación de semovientes; e) tesoros ocultos, y f) objetos marítimos.

La tradición, como modo de adquirir el dominio por medio de la entrega de la cosa y la intención de transferirlo y adquirirlo, respectivamente, por quien transmite su posesión y quien la recibe, también es estudiada por el autor. En torno a ella se examina su naturaleza jurídica, sistemas, elementos, formas, la tradición y el Registro de la Propiedad, la tradición en los contratos traslativos a favor de extranjeros, para terminar hablando de la tradición en el Derecho foral.

Continuando con los modos de adquirir el dominio nos encontramos con la accesión. Sobre ella, tras ofrecernos su concepto, aborda el problema de su naturaleza jurídica y contempla, reflejando los preceptos de nuestro Código civil, las diversas clases de accesión. De esta forma, siguiendo la pauta de nuestro Código, distingue la accesión discreta (frutos y productos de las cosas) y las accesiones de inmueble a inmueble, de mueble a inmueble y de mueble a mueble, con las distintas modalidades de que se ocupa.

Otro de los modos de adquirir el dominio es la usucapión. El autor define la usucapión como un modo de adquirir el dominio sobre cosas corporales y derechos reales de goce por medio de la posesión en concepto de dueño continuada durante el tiempo que señala la Ley. Como fundamento de la misma se señala, como institución de orden público, dar seguridad a la propiedad y derechos reales, es decir, contribuir a la seguridad del Derecho y a la paz jurídica. Se habla también de los sujetos; de los elementos comunes a la usucapión ordinaria y extraordinaria, que son la posesión y el lapso de tiempo; de los especiales de la ordinaria: buena fe y justo título; de la prescripción y el Registro de la Propiedad inmueble; efectos, y, finalmente, de la usucapión en el Derecho foral.

Terminado el detenido y concienzudo estudio que verifica sobre los modos de adquirir el dominio, nos adentramos en el tema concerniente a la comunidad de bienes. Junto al concepto destaca la distinción entre los tipos de comunidad romana y germánica, considerando también los tipos de comunidad no adaptables al condominio romano, los conceptos de sociedad y comunidad y varios de los supuestos en que sobre un mismo objeto recaen diversidad de aprovechamientos económicos.

Dentro de este capítulo dedicado a la comunidad de bienes hace especial hincapié en el estudio de la llamada propiedad horizontal o de casas por pisos o locales, estudiando muy diversos puntos relacionados con esta importante figura jurídica y la posición jurisprudencial respecto a los mismos.

En capítulo aparte figura la copropiedad o condominio. Sobre ello viene a examinar con cierto detenimiento y adornándolos con citas jurisprudenciales todos y cada uno de los preceptos contenidos en los artículos 392 y siguientes de nuestro Código civil en materia de comunidad de bienes.

El último capítulo de la sección segunda concierne a las propiedades especiales. Se nos dice que, a diferencia de la propiedad sobre cosas corporales, que definitivamente puede recaer sobre bienes muebles o sobre bienes inmuebles, las propiedades incorpóreas se consideran por la doctrina, aunque sin base fáctica, como bienes muebles. Nuestro Código civil, atendiendo a un criterio objetivo y no exhaustivo, se limita a regular algunas propiedades especiales en sus artículos 407 a 429, inclusive, comprendiendo en ellas únicamente las aguas, los minerales y la propiedad intelectual. La doctrina suele incluir la industrial y aduce que existen también otras clases de propiedades especiales.

Concretándonos hoy al libro que se reseña, el autor nos ofrece, bajo el título de propiedades especiales, el estudio de la de aguas, minas, intelectual e industrial.

Entramos en la sección tercera, dedicada a los derechos reales de goce, con varios capítulos concernientes a los derechos de usufructo, servidumbres, censos y otros análogos.

Comienza esta sección hablando, en primer término, del usufructo, derecho consistente en usar y disfrutar las cosas ajenas, dejando a salvo su sustancia. Tras su concepto y diferenciación de figuras afines se habla de las clases de usufructo. Son numerosas sus variedades. No obstante, el autor limita su estudio a las clases que prevén los artículos 468 y 469, para después tratar de las modalidades más usuales, sin perjuicio de considerar algunas dentro del estatuto de derechos y obligaciones de los usufructuarios y de los nudo propietarios.

Dentro del contenido del usufructo se examinan los diversos derechos y obligaciones, afectantes tanto al usufructuario como al nudo propietario.

Las causas de extinción del usufructo también son objeto de consideración por parte del autor, en cuanto estudia los artículos 513 y siguientes de nuestro primer texto legal relativos a esta materia.

Junto al usufructo se hallan reflejados los derechos de uso y habitación, siguiendo igualmente la normativa de nuestro Código civil, para terminar con el estudio del usufructo, uso y habitación en el Derecho foral.

Otro de los derechos que el autor recoge es el de servidumbre. Concretamente, son dos los capítulos dedicados a este tema. En uno de ellos trata del concepto y naturaleza jurídica, caracteres en torno a lo cual, y antes de exponer los específicos, resalta que la doctrina más moderna excluye algunos que se les venía atribuyendo. Tales la onerosidad, la accesoriidad y la especialidad. Por ello caracteres propios de las servidumbres dentro de un ordenamiento romanizado, como el español, pueden considerarse, a juicio del autor, los siguientes:

1) Predialidad e inherencia, esto es, utilidad que el gravamen ha de rendir al predio dominante, el presupuesto jurídico de que solamente puede ser constituido por el propietario y que ha de constituirse con el carácter de permanencia.

2) *Nemini res sua servir*, principio básico en esta materia que enuncia la imposibilidad jurídica de que una servidumbre pueda surgir y subsistir entre dos fundos del mismo propietario.

3) Inseparabilidad e inalienabilidad. No se puede transferir la servidumbre a quien no sea propietario del fundo dominante, y no puede ser objeto de relaciones jurídicas independientemente del fundo. Por esto, de la inseparabilidad deriva la inalienabilidad: la enajenación del fundo implica necesariamente la de la servidumbre.

4) Utilidad y posibilidad.

5) Indivisibilidad.

6) Permanencia.

Inmediatamente después recoge la siguiente clasificación de servidumbres: 1) Servidumbres reales o prediales y personales. 2) Continuas y discontinuas. 3) Aparentes y no aparentes. 4) Positivas y negativas. 5) Voluntarias y legales. 6) Otras clases de servidumbres.

Por otro lado, considera el autor los distintos modos de adquirir las servidumbres, el ejercicio, extinción y protección de las mismas.

Siguiendo la reglamentación que en materia de servidumbres contiene nuestro Código civil, va examinando las distintas clases de servidumbres, comenzando con las servidumbres legales de aguas, reguladas en los artículos 552 y siguientes de nuestro Código; posteriormente, las de paso, con sus especiales modalidades (arts. 564 a 570); las de medianería (artículos 571 a 579); luces y vistas (arts. 580 a 585); servidumbre de desagüe de los edificios, a lo que el Código dedica los artículos 586, 587 y 588; limita-

ciones del dominio por razón de distancias y obras intermedias para ciertas construcciones y plantaciones (arts. 589 a 593), y, por último, las servidumbres voluntarias, cuya regulación legal puede contemplarse en los artículos 594 a 604, inclusive; debiendo indicar que nuestro Código civil involucra los conceptos de comunidad y servidumbre de pastos en los artículos 600 a 604, y dentro de la comunidad de pastos mezcla, a su vez, las comunidades sobre terrenos o montes públicos y las existentes sobre montes de propiedad particular, sin señalar en forma inequívoca el régimen de unas y otras. Todo ello y su frecuente aplicación ha originado—dice SANTOS BRIZ—numerosa jurisprudencia, la cual puede decirse que ha aclarado mucho esta heterogénea regulación legal.

Da punto final a su estudio sobre las servidumbres tratando de las mismas en las regiones forales de Aragón, Navarra y Cataluña.

El capítulo XVI trata del derecho real de censo, con apartados varios, que abordan los siguientes puntos: 1) Sentido actual de los censos, en cuanto hoy puede decirse que es debatido si los censos, según la terminología de nuestro Código civil, tienen razón de continuar en el primer cuerpo legal de nuestro ordenamiento o han de ser derogados definitivamente. 2) Regulación en el Código civil español, donde el legislador dedica unas disposiciones generales a todos los censos, de las cuales la doctrina ha deducido los caracteres del derecho real de censo. 3) Censos consignativo y reservativo, de los que las especialidades de regulación que nuestro Código civil establece se contienen, para el primero, en los artículos 1.657 a 1.660, y para el segundo, en los artículos 1.661 a 1.664. 4) Los censos en las regiones forales, refiriéndose brevemente a las especialidades que subsisten sobre los censos reservativo y consignativo y alguna otra forma distinta del censo enfiteútico.

Consideración especial merece el censo enfiteútico, al que dedica el capítulo XVII. Parte del concepto, recogido, por cierto, en el artículo 1.605 del Código civil, continúa con la constitución de la enfiteusis, destacando la exigencia de la escritura pública, que sólo puede recaer sobre inmuebles, y éstos han de serlo por naturaleza; después estudia el contenido, recogiendo la serie de derechos que corresponden al dueño directo, por un lado, y al enfiteuta o titular del dominio útil, por otro; extinción de la enfiteusis, y, por último, se refiere a la subenfiteusis.

En este mismo capítulo considera el derecho real de foro, examinando también una serie de puntos concretos, tales como: la actualidad de esta institución y su regulación en el Código civil y en la Compilación de Derecho civil especial de Galicia de 2 de noviembre de 1963, ofreciéndonos una síntesis de las normas vigentes contenidas en la citada Compilación.

Consideración especial ha merecido también la enfiteusis en Cataluña, regulada en los artículos 269 a 319 de su Compilación. Aunque las investigaciones no son exhaustivas al respecto puede decirse, a juicio de SANTOS BRIZ, que los mismos fenómenos de carácter económico y social que originaron los foros en el noroeste de la Península Ibérica y el censo enfiteútico en otras regiones dieron también origen en Cataluña a la enfiteusis, denominada allí *establiment*. Tras referirse a la constitución recoge el contenido, traducido en derechos y obligaciones del dueño directo y del enfiteuta, hablando también del subestablecimiento o subenfiteusis y de la extinción de la enfiteusis en Cataluña.

Finalmente, en este mismo capítulo recoge la cesión del suelo para plantación de viñedo y afirma que los contratos que tienen por objeto esta cesión revisten diversas formas en el territorio nacional. El más conocido y de mayor importancia social y económica, al menos pretérita, ha sido, indudablemente, el denominado censo a primeras cepas o, en Cataluña, *rabassa morta*.

La cesión del suelo para plantar viñas, regulada en el artículo 1.656 del Código civil con carácter general para toda España, tiene principal

relevancia en Cataluña, refiriéndose a ello el artículo 320 de la Compilación de dicha región para considerarlo incluido en la misma.

Se define la *rabassa morta* como el contrato en cuya virtud el dueño del suelo cede su uso para plantar viñas por el tiempo que vivieren las primeras cepas, pagándole el cesionario una renta o pensión anual en frutos o dinero. Junto a los caracteres se reflejan en la presente obra su naturaleza jurídica, forma y duración, dando fin al capítulo XVIII con el estudio del censo enfiteútico en Baleares.

La sección tercera termina con el estudio del derecho real de superficie, uno de los que en los últimos años ha recibido una revitalización desde el punto de vista económico, hasta ahora—afirma el autor—sin repercusión orgánica en su regulación jurídica, que se manifiesta esporádicamente en la Ley del Suelo u ordenación urbana de 1956, y en el Reglamento Hipotecario, a virtud de la reforma del mismo por Decreto de 17 de marzo de 1959. SANTOS BRIZ, antes de dar una idea de la situación actual del derecho de superficie en nuestro ordenamiento legal, ofrece los rasgos fundamentales que presenta en las legislaciones más avanzadas y las alteraciones que en el derecho de dominio sobre inmuebles han originado las nuevas necesidades urbanísticas.

Nuestro Código civil no contiene regulación alguna del derecho de superficie, aunque puede decirse que hay ciertas líneas rectoras desprendidas de preceptos aislados de nuestro primer cuerpo legal. Sin embargo, esta esporádica e inorgánica regulación de la superficie en el Código civil español, que priva de autonomía jurídica a este derecho real, no ha impedido que el Tribunal Supremo reconozca la sustantividad de la superficie. La insuficiencia de la normación del Código ha ocasionado actualmente una regulación reglamentaria del derecho de superficie al intentar orientarla por la que da el Reglamento Hipotecario en sus artículos 16 y 30.

El derecho de superficie ha recibido nuevos impulsos con motivo de la edificación urbana regulada por disposiciones especiales, principalmente de carácter administrativo, y con la finalidad de fomentar las construcciones, al mismo tiempo que se procura el bien común.

Junto a lo ya expuesto, el autor se refiere también al derecho de superficie sobre plantaciones (art. 30, 3.º, del Reglamento Hipotecario) y al derecho de elevación de plantas de un edificio o de construcciones bajo el suelo (art. 16 del Reglamento Hipotecario).

La sección cuarta de la obra se refiere a los derechos reales de garantía. En nuestro ordenamiento jurídico civil estos derechos se distribuyen en mobiliarios e inmobiliarios. Los primeros, que afectan una cosa mueble al cumplimiento de una obligación, son la prenda, la hipoteca mobiliaria y la prenda sin desplazamiento. Los segundos son la hipoteca y la anticresis. Común a ambas es la figura del pacto de reserva de dominio, que se considera con naturaleza jurídica equivalente a los derechos pignoratícios por moderna doctrina científica.

Comenzando por los derechos reales de garantía inmobiliaria, el Derecho español conoce únicamente la hipoteca sobre inmuebles y la anticresis. La exposición que ofrece el autor versa principal y lógicamente sobre el derecho y jurisprudencia españoles, pero sin omitir la mención de las nuevas corrientes en este ámbito.

Antes de entrar de lleno en el estudio de la hipoteca se refiere al fundamento de los derechos reales de garantía, diferenciando a este respecto la prenda posesoria y la hipoteca, aunque también señala ciertas notas comunes que presentan.

Con relación a la hipoteca, en la obra de SANTOS BRIZ pueden verse recogidos los siguientes apartados: a) cosa hipotecada y extensión del gravamen, o sea, objeto sobre que puede recaer y sus accesorios; b) créditos garantizables con hipoteca; c) inscripción de la hipoteca; d) clases

de hipoteca; e) efectos; f) el *ius distrahendi* del acreedor hipotecario, y g) extinción de la hipoteca.

Continuando con los derechos de garantía nos encontramos con los mobiliarios. En la actualidad se muestra exuberancia de formas de garantía mobiliaria. Al lado de la prenda clásica ha surgido la prenda sin desplazamiento, distinguiendo dentro de esta variedad la denominada hipoteca mobiliaria. A su lado, y aparte de figuras o variedades de la prenda de indefinidos contornos (por ejemplo, la prenda de derechos, la prenda irregular, la prenda de dinero, etc.)—dice el autor—, adquieren individualidad otros derechos similares, entre los que figuran, en primer lugar, las cosas transmitidas con reserva de dominio, las situaciones en que la Ley crea un derecho de prenda mobiliaria y, por último, los derechos de embargo de bienes muebles, al menos en ciertos momentos de su biología.

En torno al derecho real de prenda examina su concepto y formas de constitución, contenido, extinción y ciertos supuestos especiales de prenda, como la legal, la irregular y sobre derechos, completando todo ello con el examen del Derecho foral en materia de prenda.

El capítulo XXII es el último de los dedicados a los derechos reales de garantía. En él, continuando con el desarrollo de los de garantía mobiliaria, se habla de la hipoteca mobiliaria y prenda sin desplazamiento, destacando su sentido y antecedentes legales hasta llegar a su legislación vigente, hoy constituida por la Ley de 16 de diciembre de 1954 y Reglamento de 1955. Con relación a una y otra figura se determinan los bienes que pueden constituir su respectivo objeto y sus correspondientes efectos.

Hecho esto, estudia el pacto de reserva de dominio en su consideración de derecho real de prenda. Por último, se detiene en el derecho real de anticresis, en virtud del cual, y al amparo del artículo 1.881 de nuestro Código, «el acreedor adquiere el derecho de percibir los frutos de un inmueble de su deudor, con la obligación de aplicarlo al pago de los intereses, si se debieren, y después al del capital de su crédito».

De la panorámica del Derecho comparado que nos ofrece resulta que la anticresis aparece como una forma de garantía complementaria de la prenda o de la hipoteca, y así puede estimarse también en la práctica española. Sin embargo, se la configura como derecho de naturaleza autónoma. Sentado que la anticresis es un derecho real, dentro de esta categoría ha de encuadrarse entre los derechos reales de realización de valor, aunque pueda eludirse ese objetivo fundamental y determinante de su constitución a través del disfrute del inmueble sujeto al gravamen presentando ciertas afinidades con la prenda y la hipoteca. La constitución, contenido y efectos completan las consideraciones que el autor hace del derecho de anticresis.

La sección quinta o última de la obra de SANTOS BRIZ trata de los derechos reales de adquisición: tanteo, retracto y opción, de gran interés práctico por la complejidad de formas que presentan y la frecuencia de las mismas en el tráfico jurídico.

Tras unas generalidades y examen de la legislación comparada y del ordenamiento jurídico español entra en el retracto convencional, regulado en los artículos 1.507 a 1.520, inclusive, de nuestro primer texto legal, pasando después al retracto legal, regulado en los artículos 1.521 a 1.525 del citado texto. Dadas las diferencias de enfoque y pese a la identidad esencial que presentan, el autor trata por separado los retractos legales que nuestro ordenamiento jurídico regula. Pueden citarse los siguientes retractos legales o derechos de adquisición preferente establecidos por la Ley, que el autor refleja:

- 1) Retracto legal de colindantes, recogido en el artículo 1.523 del Código civil, y cuya finalidad es el interés público de evitar el minifundio o excesiva división de la propiedad.

2) Retracto de comuneros o condóminos, regulado en el artículo 1.522 del Código civil, orientándose su finalidad, en lo posible, a evitar el fraccionamiento de la propiedad en sus porciones ideales, extinguiendo o reduciendo, al menos, el número de sus titulares, ya que el estado de indivisión se considera antieconómico y antijurídico por las dificultades y pugnas a que da lugar entre los dueños.

3) Retracto legal de arrendamientos rústicos, recogido en el artículo 16 del Reglamento de Arrendamientos Rústicos de 29 de abril de 1959.

4) Derechos de adquisición preferente *ministerio legis*, establecidos en la legislación especial de arrendamientos urbanos. Ambas partes de la relación contractual poseen los derechos de tanteo y retracto: el arrendador del local de negocio (arts. 35 y sigs.) y el inquilino y arrendatario de local de negocio (arts. 47 y sigs. también de la Ley de Arrendamientos Urbanos). En torno a este tema examina los supuestos de uno y otro, comenzando por los que se atribuyen al arrendatario. La finalidad de los derechos de tanteo y retracto arrendaticio es facilitar el acceso a la propiedad de la sede del hogar familiar o del negocio que constituye su patrimonio, cumpliendo con ello una función social de gran trascendencia.

5) Retractos legales de coherederos y consocios en base al artículo 1.067 del Código civil.

6) Derechos reales de adquisición preferente derivados de la enfiteusis y derechos de análoga naturaleza. Son numerosas las variedades de estos derechos de adquisición preferente. Dada la similitud de regulación —dice SANTOS BRIZ—, que viene a tomar como patrón la establecida por el Código civil para el censo enfiteutico, relaciona tanto los previstos en el derecho común como en las leyes civiles forales, tales como el tanteo y retracto enfiteuticos; los derivados del foro; los originados en el llamado censo a primeras cepas; la fadiga del Derecho catalán, que también incluye los derechos de tanteo y retracto, etc.

6) Derechos de preferente adquisición derivados directamente de la función social del derecho de propiedad. Estos derechos, sin carácter exhaustivo citados, son los siguientes: a) el llamado tanteo urbanístico municipal o preferencia adquisitiva de terrenos a favor de municipios y corporaciones públicas para asegurar y facilitar las operaciones de urbanismo; b) tanteos legales en otras materias que implican meras preferencias adquisitivas de carácter administrativo, por ejemplo, el que corresponde a la Delegación Nacional de Sindicatos a través de la Obra Sindical de Colonización; el del Patrimonio Forestal del Estado en los supuestos que se señalan de ventas de predios forestales; los de adquisición preferente reconocidos en determinados preceptos de la Ley de Expropiación Forzosa de 1954, etc.

7) Retracto de créditos litigiosos derivados del artículo 1.535 del Código civil.

También se refiere el autor a los retractos de las regiones forales, tales como el convencional de Cataluña derivado de las ventas a carta de gracia o *empenyament*, y legales, como el gentilicio de Aragón, denominado de abalorio o de la saca; el derecho de saca, modalidad del retracto familiar o gentilicio, de gran aplicación práctica en el Derecho vizcaíno, y cuya finalidad es impedir la disgregación del patrimonio inmueble de la familia vizcaína; el gentilicio de Navarra; el gentilicio de Cataluña o derecho de tornería, que rige sólo en el valle de Arán.

Finalmente, tras hablar de la concurrencia de retractos, refiérese al derecho de opción, de principal consideración desde el punto de vista jurídico obligatorio, ya que propiamente no puede concebirse como derecho real al faltarle los dos elementos, interno y externo, que caracterizan a los de esa naturaleza, siendo aislada, a juicio del autor, la declaración de la resolución de la Dirección General de los Registros de 27 de

marzo de 1947 de que las partes pueden configurar el derecho de opción como derecho real.

Damos así por terminada la reseña de esta obra de 777 páginas, muy amenas, por cierto, de indudable interés, tanto desde el punto de vista teórico como práctico, conteniendo no sólo las doctrinas científicas que se han considerado de necesaria aportación para la práctica, sino también en numerosas cuestiones las últimas orientaciones y perspectivas de las instituciones jurídico-reales.

El intento del autor de ofrecer una panorámica lo más completa posible de esta importante parte del Derecho civil, con la idea fundamental de que el profesional del Derecho tenga a mano una cabal orientación de la evolución y situación actual de las instituciones jurídicas reales dispuesta para su utilidad práctica, puede estimarse más que superado.

Es de esperar con agrado, y para utilidad del jurista, que la publicación de los restantes tomos de esta notable obra de Derecho civil que se anuncia pronto vea la luz.

CARLOS MARÍN ALBORNOZ

REVISTAS

ANUARIO DE DERECHO CIVIL

Julio-septiembre 1972

Las donaciones de bienes inmuebles disimuladas según la jurisprudencia del Tribunal Supremo, por Juan Vallet de Goytisolo, págs. 669 a 733.

El testamento por comisario, por Adrián Celaya Ibarra, págs. 735 a 782.

El tema de la empresa multinacional en tres documentos de organizaciones latinoamericanas, por José Enrique Greño Velasco, págs. 783 a 798.

El daño moral extracontractual en la jurisprudencia civil, por Francisco de Asís García Serrano, págs. 799 a 851.

La propiedad horizontal como colectividad organizada, por Vicente Luis Montes Penades, págs. 853 a 922.

REVISTA DE DERECHO FINANCIERO Y DE HACIENDA PUBLICA

Noviembre-diciembre 1972

La fiscalidad del suelo en el marco del desarrollo urbano. Aspectos generales, por Manuel M.^a de Uriarte Zulueta, págs. 1165 a 1197.

Hacienda estatal y urbanismo, por José L. Yampreave, págs. 1199 a 1250.

Exención sobre polígonos de nueva urbanización contenida en el artículo 65, número 1.º-37, del texto refundido del Impuesto general sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados, por Patricio Toscano Romero, págs. 1251 a 1295.

Beneficios fiscales en cuanto a tributos directos en las zonas de nueva

urbanización, por José M.^a Martín Oviedo, págs. 1297 a 1324.

La fiscalidad del suelo urbano en España, por Angel Hernández Rodríguez, págs. 1325 a 1360.

REVISTA DE DERECHO MERCANTIL

Julio-diciembre 1972

Evolución histórica de la letra de cambio, por Jesús Rubio García-Mina, págs. 321 a 373.

La influencia sobre la nacionalidad de una sociedad del cambio de soberanía en el territorio de su sede social, por Antonio Ortiz-Arce de la Fuente, págs. 375 a 426.

REVISTA DE DERECHO URBANISTICO

Enero-febrero 1973

Sentido actual de la expropiación forzosa urbanística, por Adolfo Carretero Pérez, págs. 23 a 97.

REVISTA DE ESTUDIOS AGRO-SOCIALES

Octubre-diciembre 1972

Juicio sobre la Ley especial de Comarcas y Fincas Mejorables. Algunos problemas en relación con su integración en el sistema normativo, por Manuel Peña Bernaldo de Quirós, págs. 7 a 22.

Notas sobre el éxodo rural y la evolución de la población en una comarca de Tierra de Campos, por Pedro Martín Ruiz, págs. 23 a 60.

Aplicación de estudio de mercados al caso de la cebolla en la región valenciana, por Julián Briz Escribano, págs. 61 a 113.

REVISTA GENERAL DE LEGISLACION Y JURISPRUDENCIA

Febrero 1973

¿Compraventa de partido político? (Un caso ejemplar de los problemas del Derecho en Puerto Rico), por Eduardo Vázquez Bote, páginas 141 a 203.

La adopción de los propios hijos ilegítimos, por Joaquín Arce y Flórez-Valdés, págs. 209 a 225.

Marzo 1973

Las construcciones escolares: un singular supuesto demanial y de cooperación, por Carlos Carrasco Canals, págs. 265 a 340.

REVISTA GENERAL DE DERECHO

Enero-febrero 1972

Algunas consideraciones al Reglamento del Impuesto general sobre el Tráfico de las Empresas, por José-Enrique García Romeu y Fleta, págs. 2 a 8.

Algunas consideraciones al Reglamento del Impuesto general so-

bre el Tráfico de las Empresas, por José-Enrique García Romeu y Fleta, págs. 194 a 209.

REVISTA JURIDICA DE CATALUÑA

Octubre-diciembre 1972

Conducta procesal de la parte y prueba de informes en un caso de determinación del lucro por inactividad de un camión, por Luis Muñoz Sabaté, págs. 867 a 869.

Réquiem por la tesis de la verdad formal en el proceso civil, por Luis Muñoz Sabaté, págs. 871 a 873.

REVISTA DE DERECHO PRIVADO

Marzo 1973

Problemas en torno a la conciliación, por Eduardo Gutiérrez de Cabiedes, págs. 199 a 209.

Valores y rentas catastrales urbanas, por Salvador Bernal Martín, páginas 209 a 220.

Febrero 1973

Algunas puntualizaciones sobre el Fuero de Baylio, por Eduardo Cerrro, págs. 109 a 126.

Nueva perspectiva de la política arrendaticia urbana, por Eugenio Llamas Valbuena, págs. 126 a 143.