

# ANUARIO DE DERECHO CIVIL

TOMO XXVI  
FASCICULO III



JULIO - SEPTBRE.  
MCMLXXIII

# ANUARIO DE DERECHO CIVIL

## Director

FEDERICO DE CASTRO Y BRAVO  
Catedrático de la Universidad de Madrid

## Consejo de Redacción:

AMADEO DE FUENMAYOR CHAMPIN

Catedrático de Derecho civil

ARTURO GALLARDO RUEDA

Letrado del M. de Justicia  
y Registrador de la P.

JAIME GUASP DELGADO

Catedrático de D. procesal y Abogado  
del I. C. de Madrid

ANTONIO HERNANDEZ GIL

Catedrático de D. civil y Abogado  
del I. C. de Madrid

LUIS LOPEZ ORTIZ

Magistrado del Tribunal Supremo

SEBASTIAN MORO LEDESMA

Letrado de la D. G. de R. y Notariado  
y Abogado del I. C. de Madrid

RAFAEL NUÑEZ LAGOS

Notario de Madrid

MANUEL PEÑA BERNALDO DE QUIROS

Letrado de la Dirección General de Registro  
y del Notariado

RODRIGO URIA GONZALEZ

Catedrático de D. mercantil y Abogado  
del I. C. de Madrid

JUAN VALLET DE GOYTISOLO

Notario de Madrid

## Secretario:

JUAN HERNANDEZ-CANUT ESCRIVA

Profesor A. de D. civil y Abogado  
del I. C. de Madrid

## SUMARIO

Páginas

### Estudios monográficos

JAIME MONTERO Y GARCÍA DE VALDIVIA: <i>Notas y apuntes sobre el Derecho agrario en España</i> .....	727
MARIANO FERNÁNDEZ MARTÍN GRANIZO: <i>La deuda legal indemnizatoria en la vigente Ley de Caza</i> .....	755
MARIANO ALONSO PÉREZ: <i>Actitud metodológica en la sistematización del Derecho agrario</i> .....	809
ENRIQUE RIVERO ISERN: <i>La responsabilidad civil frente a la administración pública</i> .....	827

### Estudios legislativos

JOSÉ CERDÁ GIMENO: <i>La revisión del Derecho civil especial de Ibiza y Formentera</i> .....	849
--	-----

## Estudios de Derecho extranjero

- EDUARDO VÁZQUEZ BOTE: *Puntualizaciones sobre el régimen filiatorio en Derecho puertorriqueño; comentarios a una cuestión contenciosa* ..... 893

## Vida Jurídica

Noticias.

- Una importante aportación de la doctrina portuguesa al Derecho de obligaciones*, por Gabriel García Cantero ..... 941

## Bibliografía

- Libros** ..... 945

Libros recibidos.—ALARCAO, A.: *Confirmação dos negocios anulaveis*, por R.—ARANZADI: *Legislación Civil Código Civil*, por R. E. D.—BAGNULO, Raffaele: *Le acque pubbliche nella giurisprudenza*, por R.—D'ORS PEREZ-PEIX, Alvaro: *El regionalismo jurídico*, por José Bonet Correa.—FERNANDEZ MARTIN GRANIZO, Mariano: *Los daños y la responsabilidad objetiva en el Derecho positivo español*, por R.—GOMEZ-FERRER MORANT, Rafael: *Las zonas verdes y espacios libres como problema jurídico*, por R. KRUSE, Heinrich Wilhelm: *Das Richterrecht als Rechtsquelle des innerstaatlichen Rechts*, por José Bonet Correa.—RODRIGUEZ CARRETERO, José Alberto: *La persona adoptada*, por Gabriel García Cantero.—VAZQUEZ BOTE, E: *Derecho Civil de Puerto Rico*, por Angel Cristóbal Montes.

## Revista de Revistas

- A cargo de Antonio Manuel Morales Moreno ... .. 960

## Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado

- por José María Chico Ortiz ... .. 967

## Jurisprudencia

### I. Sentencias comentadas

1. *La posibilidad de validez de una cláusula de elevación de renta en arrendamientos de local de negocio*. (Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de diciembre 1972), por José Bonet Correa ..... 985
2. *Los contratos de arrendamiento con cláusula estabilizadora de la renta ante la revalorización de la peseta y la congelación de precios*. (Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 22 de diciembre de 1972), por José Bonet Correa ..... 995

- II. Sentencias ... .. 1000

# ANUARIO DE DERECHO CIVIL

DEPOSITO LEGAL. M. 125—1958.

## IMPORTANTE

Todas las reclamaciones que los suscriptores de este ANUARIO deseen formular sobre retrasos o irregularidades en su distribución y recepción se ruega las dirijan directamente al

INSTITUTO NACIONAL DE ESTUDIOS JURIDICOS

SERVICIO DE PUBLICACIONES

Duque de Medinaceli, 6 y 8

MADRID

TOMO XXVI  
FASCICULO III



JULIO - SEPTIEMBRE

MCMLXXIII

**PUBLICACIONES DEL INSTITUTO NACIONAL DE ESTUDIOS JURIDICOS**

SERIE 1.ª

PUBLICACIONES PERIODICAS

NUMERO 2

# ANUARIO DE DERECHO CIVIL

**EL ANUARIO no se solidariza con las opiniones  
sostenidas por los autores de los originales publicados**



MINISTERIO DE JUSTICIA

**Y CONSEJO SUPERIOR DE INVESTIGACIONES CIENTIFICAS**

Artes Gráficas y Ediciones, S. A.—Rodríguez San Pedro, 40.—Madrid-15

## Notas y apuntes sobre el Derecho Agrario en España (1)

JAIME MONTERO Y GARCIA DE VALDIVIA

Abogado del Estado. Jefe de la Asesoría Jurídica del extinguido Instituto Nacional de Colonización. Miembro fundador y varios años directivo de la Asociación Española de Derecho Agrario

SUMARIO: I. *Justificación y contenido de esta comunicación.*—II. *Principios y normas generales referentes a las materias objeto de la legislación agraria.* A) Principios básicos. B) Normas fundamentales sobre organización político-social y estructura económica.—III.—*El problema del Derecho Agrario.*—IV. *Normas programáticas del Movimiento español y preceptos de las Leyes Fundamentales en relación con el "régimen agrario".* Principios y declaraciones generales sobre la necesidad de un régimen agrario especial y protector. Medios e instituciones para el desenvolvimiento propio y digno de las actividades agrarias.—V. *Legislación española sobre agricultura y Derecho Agrario.*—VI. *Sistematización de bases para una Ley Agraria.* Motivos. Contenido. 1.º Régimen agrario. 2.º El ordenamiento agrario especial. 3.º Las Leyes especiales.—VII. *Razones doctrinales en apoyo del régimen agrario y regulación especial que se propugna en una Ley Agraria.* Sobre la situación e importancia del agro. Necesidad de reformas y acción del Estado. Sobre el Derecho Agrario.—Siglas y referencias.

### I. JUSTIFICACION Y CONTENIDO DE LA PRESENTE COMUNICACION

Cuando España se encontraba en plena Guerra de Liberación Nacional (1936-1939), con clara conciencia de estar "empeñada en una heroica tarea" en la que salvaba "los valores del espíritu y la cultura del mundo a costa de perder buena parte de sus riquezas materiales", promulgó su "Fuero del Trabajo", recogiendo principios y declaraciones de los Puntos Programáticos del Movimiento Nacional. La data del Fuero es de Burgos, a 9 de marzo de 1938, Segundo Año Triunfal.

Tienen señalada importancia, por consiguiente, las proclamacio-

---

(1) Comunicación al tema "Sistemática y didáctica del Derecho Agrario", del que fue Ponente el profesor don Antonio Carrozza, en las Jornadas italo-españolas de Derecho Agrario, organizadas por las Facultades de Derecho de Salamanca y Valladolid, entre el 4 y el 8 de noviembre de 1972.

nes hechas entonces y luego reiteradas por la Ley Fundamental del mismo nombre, "Fuero del Trabajo", cuyo texto vigente es de 20 de abril de 1967 en virtud de la Ley Orgánica del Estado, de 10 de enero de 1967, promulgada de conformidad con el acuerdo de las Cortes Españolas de 22 de noviembre de 1966 y previo el referéndum favorable de la nación, celebrado el 14 de diciembre de dicho año 1966.

Tales formulaciones legales, junto con otras de igual rango normativo contenidas en las Leyes de "Principios del Movimiento Nacional" y "Fuero de los Españoles", que forman parte del conjunto sistemático de "Leyes Fundamentales del Reino" publicado el 20 de abril de 1967, contienen no solamente los principios sino también las normas constitucionales que han de presidir e informar las Leyes y disposiciones reguladoras de cualquier materia. En ellas han de inspirarse, pues, las que son objeto de estudio y preparación en Derecho Agrario, por el rango superlegal de aquéllas y por precepto expreso del artículo 3.º de la Ley de Principios del Movimiento, ya citada, según el cual serán nulas las Leyes y disposiciones, de cualquier clase, que vulneren o menoscaben los principios proclamados en la Ley de 17 de mayo de 1958. Todo acto legislativo o disposición general del Gobierno que vulnere los Principios del Movimiento Nacional o las demás Leyes Fundamentales del Reino es anulable por contrafuerzo (arts. 59 y ss., Ley Orgánica del Estado).

Por consiguiente, el esfuerzo sistemático y didáctico a realizar en materia de Derecho Agrario español debe dar comienzo por extraer de nuestro ordenamiento fundamental los *principios generales* que en él hacen referencia a instituciones y materias cuya regulación es objeto básico de la legislación agraria. Sistematizados tales principios, se nos planteará el *problema a resolver por el Derecho Agrario*, que no es otro sino el de recoger e integrar en un ordenamiento especial la regulación jurídica necesaria para que los agricultores y ganaderos, sus entidades y explotaciones, puedan desenvolver sus actividades con plena dignidad y responsabilidad, amparados en su condición social y económica y en sus derechos, frente a la preponderancia actualmente incontrastable de los intereses de las grandes ciudades y la fuerza bien organizada y coherente de los sectores bancario, industrial, comercial y de servicios.

En busca de apoyo constitucional para resolver ese problema, se expondrán después las normas o Puntos Programáticos del Movimiento Español y los preceptos de las Leyes Fundamentales del Reino que pueden y deben servir de base al establecimiento de un *régimen agrario* que haga posible y viable el Derecho Agrario como disciplina que regule, conforme a los principios y normas aludidos, las personas, entidades, cosas, instituciones y actividades del sector campo, caracterizado y bien diferenciado con justa autonomía y plena responsabilidad, en paridad de condiciones, con los demás sectores de la vida nacional. De ese conjunto normativo, general y especial, se deducirá el *carácter propio del Derecho Agrario español* y sus más importantes determinaciones o concreciones materiales.

Y tras una breve alusión al *proceso legislativo español en la materia*, se propondrá un esquema del contenido que podría tener una *Ley Agraria* consecuente con la naturaleza, objeto y fines de este Derecho especial, justificándose en el último capítulo el criterio utilizado para la concepción y sistemática propuestas.

## II. PRINCIPIOS Y NORMAS GENERALES REFERENTES A LAS MATERIAS OBJETO DE LA LEGISLACION AGRARIA

### A) PRINCIPIOS BÁSICOS.

Son estos: Los que proclaman la dignidad del *hombre* y la estimación de su integridad y libertad como valores eternos e intangibles (PPM, 7; FE, 1).

El reconocimiento de la *familia* como base de la vida social e institución natural con derechos y deberes anteriores y superiores a toda ley civil positiva. La dignidad humana del *trabajo*, al que se considera origen de jerarquía y título suficiente para exigir la tutela y asistencia del Estado (PM, V, VI, X; FE, 22, 25 y 27 a 29; F. del Trabajo).

La *propiedad privada* queda reconocida y amparada como medio natural para el cumplimiento de los fines individuales, familiares y sociales (PPM, 13; PM, X; FE, 30; FT, 12).

### B) NORMAS FUNDAMENTALES SOBRE ORGANIZACIÓN POLÍTICO-SOCIAL Y ESTRUCTURA ECONÓMICA.

El Estado español repudia el sistema capitalista en cuanto se desentiende de las necesidades populares, deshumaniza la propiedad privada y masifica a la población trabajadora (PPM, 10).

Por el sentido espiritual de toda nuestra tradición y cultura y por la fe católica que se proclama inseparable de la conciencia nacional e inspiradora de sus leyes e instituciones, rechaza el marxismo, e igualmente la lucha de clases que es incompatible con el ideal cristiano de justicia social, reflejado en el Fuero del Trabajo que ha de orientar la política y las leyes (PPM, 10 y 25; PM, II y IX).

Consecuentemente, el reconocimiento explícito de la propiedad, en sus diversas formas; de la iniciativa privada como fundamento de la actividad económica y del trabajo en toda su dignidad, se encuentra atemperado en nuestras Leyes Fundamentales por los siguientes condicionamientos:

#### a) *Condicionamientos internos o esenciales.*

- La propiedad privada, en todas sus formas, es un derecho condicionado al cumplimiento de su función social (PM, 10).

- La riqueza no podrá permanecer inactiva, ser destruida indebidamente ni aplicada a fines ilícitos (FE, 30).
- Todas las formas de propiedad y los intereses individuales y colectivos quedan subordinados a las necesidades del bien común de la nación, constituida por las generaciones pasadas, presentes y futuras (FE, 30; PM, V).

b) *Derivados de la acción del Estado.*

- El Estado nacionalsindicalista no se inhibirá en las luchas económicas ni permitirá la dominación de la clase más débil por la más fuerte, e impedirá los abusos de unos intereses parciales sobre otros (PPM, 11).
- El Estado estimulará y encauzará la iniciativa privada, supliéndola en caso de insuficiencia y haciéndose empresario no sólo en este caso, sino también cuando lo exijan los intereses nacionales (PPM, 8; PM, 10; FT, XI).
- El Estado tiene el deber de procurar por todos los medios a su alcance el cumplimiento de los fines del desarrollo social y económico, de acuerdo con las Leyes y las prescripciones generales contenidas a este respecto en el principio XII de los Fundamentales del Movimiento Nacional.

c) *Condicionamientos estructurales.*

Derivan estos condicionamientos de los principios fundamentales que señalan:

1.º Las directrices para la *ordenación de la empresa*:

- Como una comunidad de aportaciones e intereses con unidad de propósitos (PF, XI; FE, 26).
- Que ha de ordenar los elementos que la integran en un orden de justicia, cuidando el Estado que las relaciones entre ellos se mantengan dentro de la más estricta equidad y en una jerarquía que subordine los factores de orden económico o instrumental a los de categoría humana y todos ellos al bien común y al interés nacional (Cit., y III, 4; FT, VIII).
- Debiendo atribuir a sus distintos elementos la correspondiente participación en los beneficios y la intervención que legalmente se fije en la marcha de la empresa (FT, III, 7, y VIII; FE, 26).
- Y en la que la dirección será responsable de la contribución de la empresa al bien común (FT, VIII).

2.º Las exigencias de la *producción nacional*:

- En cuanto que constituye una unidad económica al servicio de la comunidad nacional (FT, XI, 1; PPM, 9).
- Cuyos distintos factores están subordinados al interés superior de la nación (FT, XI; PPM, 9).

- Siendo sancionables los actos ilegales, individuales o colectivos, que perturben gravemente la producción nacional (ídem, 2).
- E igualmente la disminución dolosa del rendimiento en el trabajo (ídem, 3).

### 3.º El régimen sindical:

- Por constituir el sindicato una estructura básica de la comunidad nacional (PF, VI; PPM, 9).
- A través del cual el Estado velará por la justicia en las condiciones económicas y de todo orden en que se realice el trabajo (FT, III, 5, 6 y passim).
- Debiendo intervenir en evitación de competencias desleales y actividades nocivas para la producción nacional (FT, XI).
- Y asumir múltiples funciones de organización en este orden de la producción económica (FT, XIII).

## III. EL PROBLEMA DEL DERECHO AGRARIO

El logro de un ordenamiento especial en el que tengan virtualidad y desenvolvimiento práctico los indicados principios básicos y estructurales u organizativos, principios que en nuestra comunidad deben informar todo Derecho —en cuanto que éste constituye una unidad y ha de ser ordenamiento adecuado para un pueblo católico—, comporta, necesariamente, una intervención decidida y bien orientada por parte del Estado como gestor que es del bien común y representante de la comunidad nacional e intereses generales, al que corresponde el amparo de los derechos de la persona, de la familia y de la sociedad, así como, específicamente, la promoción de un orden social justo en el que todo interés particular quede subordinado al bien común (Ley Orgánica, arts. 1.º y 3.º).

Exigen esa intervención normativa y reguladora del Estado que dé vida a una Ley básica para un auténtico Derecho Agrario:

a) El predominio asfixiante de un ordenamiento legal y unas concepciones jurídicas que todavía se inspiran en el falso dogma del Derecho común o civil como estatuto amparador del libre arbitrio individual; y

b) El actual avance arrollador de las diversas tendencias dirigistas, tecnocráticas, socializantes, económicas, burocratizadoras y centralistas que influyen decisivamente y se manifiestan en unas políticas concretas y un Derecho público para los que cualquier regulación jurídica o medida económica no tienen otro objeto que implantar y favorecer sistemas o estructuras que aseguren la máxima producción en beneficio de las clases e intereses dominantes, o del Estado y sus respectivas organizaciones.

La exigen, porque de no ser reformadas las leyes del ordenamiento individualista, inspirado en los principios del liberalismo, plasmado y abroquelado en los Códigos y en las concepciones jurídicas, las tendencias que imperan, so capa hoy de reformas e innovaciones “sociales” e incluso “agrarísticas”, llevarán a consolidar la prepotencia en el campo del gran capitalismo financiero, lo que es absolutamente incompatible con la vigencia de un Derecho Agrario.

El *Derecho Agrario* persigue, nada menos, el establecimiento de un orden de justicia no meramente declarativo o programático, sino viable y eficaz para el conjunto vivo de personas y relaciones cuya existencia y actividad se realizan en ese ámbito de la realidad social y humana que hoy suele denominarse —¡por razones profundas!— el sector primario de la economía; pero el empeño no podrá lograrse sin que ese Derecho surja como el *ordenamiento jurídico propio de un “régimen agrario”*. Ya que de no existir éste (como existen un régimen especial para el comercio, la industria y la banca, un régimen laboral, un régimen administrativo, etc.) la agricultura, los montes, la ganadería quedarán reducidas, en concepto de fuentes de riqueza, a un conjunto de actividades constitutivas de una simple fase del proceso productivo único. No es otra la profunda razón de que “lo agrario” venga considerándose como el “sector primario” de la economía.

Un *régimen agrario* requiere arbitrar y promover todo un sistema de disposiciones y medidas —leyes, planes y políticas coherentes—, sin las cuales no podrá existir un Derecho Agrario con sustantividad propia y eficacia normativa. Como escribí en reciente ocasión, si es “un deber grave de los responsables tratar de dominar y orientar” el proceso degradante de la “urbanización”, según enseña la carta apostólica “Octogesima Adveniens”, de Pablo VI, resulta obligado crear un régimen agrario cuyas fórmulas e instituciones faciliten el desenvolvimiento saludable de ese sector económico deprimido y oprimido que es la agricultura, dándole “lo suyo”, como lo exige la justicia y es la razón de ser del Derecho Agrario. Solamente así podrán los agricultores y ganaderos, con sus entidades y propias empresas, responsabilizarse dignamente en su necesario desarrollo, haciendo efectivos sus derechos, en un sistema armónico y equilibrado que neutralice la prepotencia actual, desorbitada, de los sectores económicos dominantes (artículo en *El Alcázar*, de Madrid, del 5 de junio de 1971).

#### IV. NORMAS PROGRAMATICAS DEL MOVIMIENTO ESPAÑOL Y PRECEPTOS DE LAS LEYES FUNDAMENTALES DEL REINO EN RELACION CON EL “REGIMEN AGRARIO”

Las condiciones de inferioridad y opresión en que se desenvolvían la agricultura y demás actividades agrarias determinaron la articulación en el cuerpo de declaraciones y principios constituyentes y fundamentales del nuevo Estado español de una serie de normas y preceptos que comportan la exigencia legal de establecer un régimen

agrario, con su esencial característica protectora frente a la prepotencia de las fuerzas y organizaciones dominantes de la vida económica del país.

Por razón de la naturaleza de dichas normas y disposiciones pueden sistematizarse en dos grupos:

A) Principios y declaraciones muy generales sobre la necesidad de un régimen protector para la vida agraria y realidades básicas de la misma.

B) Medidas e instituciones precisas para el desenvolvimiento propio de las actividades agrarias, en pie de igualdad con las demás actividades económicas, dentro de un proceso general de desarrollo del país.

#### PRINCIPIOS Y DECLARACIONES GENERALES SOBRE LA NECESIDAD DE UN RÉGIMEN AGRARIO ESPECIAL Y PROTECTOR

1.º Hay que elevar a todo trance el nivel de vida del campo, vivo permanente de España. Para ello es necesario llevar a cabo sin contemplaciones la reforma económica y la reforma social de la agricultura (PPM, 17).

2.º Hay que devolver al campo, para dotarlo suficientemente, gran parte de lo que hoy absorbe la ciudad en pago de sus servicios intelectuales y comerciales (PPM, 18).

3.º Se ha de orientar la política arancelaria en sentido protector de la agricultura y de la ganadería (PPM, 18).

4.º La riqueza tiene como primer destino mejorar las condiciones de vida de cuantos integran el pueblo. No es tolerable que masas enormes vivan miserablemente mientras unos cuantos disfrutaban de todos los lujos (PPM, 12).

5.º El Estado protegerá la propiedad privada contra los abusos del gran capital financiero, los especuladores y los prestamistas, persiguiendo implacablemente todas las formas de usura (PPM, 13; FT, IX).

6.º El Estado evitará la dominación de la clase más débil por la más fuerte e impedirá los abusos de un interés parcial sobre otros (PPM, 11).

7.º Será designio preferente del Estado nacionalsindicalista la reconstrucción de los patrimonios comunales de los pueblos (PPM, 22).

8.º Se emprenderá una campaña infatigable de repoblación ganadera y forestal, sancionando con severas medidas a quienes la entorpezcan, e incluso movilizándolo temporal y forzosamente a la juventud para esta tarea de reconstruir la riqueza patria (PPM, 20).

#### MEDIOS E INSTITUCIONES PARA EL DESENVOLVIMIENTO PROPIO Y DIGNO DE LAS ACTIVIDADES AGRARIAS

La enumeración de instituciones y medios precisos para el normal desenvolvimiento de las actividades agrarias es, naturalmente, incom-

pleta. Las previstas en la normativa fundamental que exponemos pueden clasificarse en los siguientes apartados:

### 1. *Referentes a los sujetos beneficiarios del régimen especial agrario.*

a) Es aspiración del Estado arbitrar los medios conducentes para que la tierra, en condiciones justas, pase a ser de quienes directamente la explotan (FT, V, 6).

b) El Estado cuidará especialmente la educación técnica del productor agrícola, capacitándole para realizar todos los trabajos exigidos por cada unidad de explotación (FT, ídem, 2; PF, IX; PPM, 18, párrafo 4.º).

c) Se disciplinarán y revalorizarán los precios de los principales productos, a fin de asegurar un beneficio mínimo, en condiciones normales, al empresario agrícola y, en consecuencia, exigirle el pago de jornales suficientes para mejorar las condiciones de vida de los trabajadores (FT, V, 3).

d) El Estado asegurará a los arrendatarios la estabilidad en el cultivo de la tierra, por medio de contratos a largo plazo que les garanticen contra el desahucio injustificado y les aseguren la amortización de las mejoras realizadas en el predio (FT, V, 6).

### 2. *Referentes a las fincas o explotaciones.*

a) Se ordenará la dedicación de las tierras por razón de sus condiciones y de la posible colocación de los productos (PPM, 18, párrafo 5).

b) Han de racionalizarse las unidades de cultivo para suprimir tanto los latifundios desperdiciados como los minifundios antieconómicos por su exiguo rendimiento (ídem, párrafo último).

c) Se tenderá a dotar a cada familia campesina de una pequeña parcela, o huerto familiar, que le sirva para atender a sus necesidades elementales y ocupar su actividad en los días de paro (FT, V, 4).

### 3. *Sobre la propiedad agraria.*

a) El Estado facilitará a todos los españoles el acceso a las formas de propiedad más íntimamente ligadas a la persona humana: el hogar familiar, la heredad de tierra y los instrumentos o bienes de trabajo de uso cotidiano (FE, 31; FT, XII, 2).

b) En garantía de la conservación y continuidad de la familia, se reconocerá el patrimonio familiar inembargable (FT, XII).

c) Se distribuirá la tierra cultivable para instituir la propiedad familiar y estimular enérgicamente la sindicación de labradores (PPM, 19).

d) Se organizará un verdadero crédito agrícola nacional que al prestar dinero al labrador a bajo interés, con la garantía de sus bienes y de sus cosechas, la redima de la usura y del caciquismo (PPM, 18, párrafo 3.º).

#### 4. Organización y promoción social agraria.

a) Se estimulará la sindicación de los labradores con vistas al cultivo de la tierra (PPM, 19).

b) Los sindicatos y entidades sindicales agrarias asumirán múltiples funciones y actividades dentro del marco y al amparo de la Organización Sindical (FT, XI, 5, y XIII).

Se trató de estas acciones en el capítulo II, B), c), de esta comunicación.

c) Se conseguirá el embellecimiento de la vida rural perfeccionando la vivienda campesina y mejorando las condiciones higiénicas de los pueblos y caseríos de España (FT, V, 5).

#### 5. Transformaciones estructurales.

Además de las implicadas en varias de las medidas que acaban de enumerarse y las ordenadas en los principios que establecen, con carácter general, condicionamientos estructurales, como los enumerados en el capítulo II, B), c), de esta comunicación, deben citarse en este lugar, por ser medios aptísimos para favorecer las finalidades a regular por el Derecho Agrario:

a) El impulso a las obras hidráulicas y de riego, aspecto, por cierto, en el que las proclamaciones de principios han sido letra viva (PPM, 18).

b) La habilitación de tierras cultivables para redimir de su miseria a los labradores que trabajan suelos estériles y han de trasladarse a tierras nuevas (PPM, 19).

Señala este punto programático del Movimiento Nacional español la directriz básica de la muestra más brillante (y peor conocida por los agraristas) de su política y acción social en el campo: la colonización agraria.

### V. LEGISLACION ESPAÑOLA SOBRE AGRICULTURA Y DERECHO AGRARIO

Por no extralimitar el contenido de la presente comunicación, este capítulo responde al deseo de mostrar un grave obstáculo, que ya he señalado en otras ocasiones, para la existencia de un Derecho Agrario que, realmente, constituya un Derecho especial entre los genéricamente denominados "sociales". Me refiero a la dificultad que opone al empeño de construir un Derecho Agrario la proliferación continua de leyes y disposiciones acerca de agricultura o ganadería, explotaciones agrarias, entes sindicales agrarios y hasta sobre el patrimonio familiar, y no menos de reuniones, conferencias y asambleas para tratar de esos y otros temas agrarios, sin que la mayoría de tales leyes y disposiciones, o de las medidas y propuestas que se adoptan, tengan apenas otro punto de contacto con el Derecho Agrario que la referen-

cia nominal a realidades y cuestiones que, en efecto, son materias a regular por ese Derecho y sus leyes, pero de acuerdo con unos principios y dentro de un sistema que todavía no existe, para desgracia de la gente en general y confirmación de la práctica que consiste en aceptar unos principios y rechazar o no extraer ni aplicar sus consecuencias.

En aspectos parciales, y por influjo de circunstancias sociales y políticas que hoy han dejado de ser acuciantes, a causa de la emigración de braceros del campo hacia la gran industria europea y española y del falso bienestar que produce el turismo masivo (en general barato y descamisado) que lleva a nuestros pueblos dinero... ¡y algunas cosas más!, fueron tomando cuerpo algunas de las directrices antes recogidas de nuestro ordenamiento fundamental y Puntos Programáticos del Movimiento Español. Deben citarse a este respecto:

El mantenimiento de la *legislación sobre arrendamientos rústicos*.

La aplicación de las disposiciones promulgadas por el régimen, llamado la Dictadura, del General Primo de Rivera, para el acceso a la propiedad de la tierra, y que, bajo la denominación de *legislación sobre parcelaciones*, llevó a la práctica, en gran escala, el Instituto Nacional de Colonización, ampliando y perfeccionando el sistema.

Y, sobre todo, el conjunto de disposiciones legales y actuaciones prácticas de ese Organismo (llamado autónomo) en materia de *colonización de grandes zonas*, en rigor reducida al campo (ciertamente muy extenso) de las "zonas regables".

A este respecto han de mencionarse como muestras de aplicación, débil e inconexa, de normas y principios de Derecho Agrario las disposiciones referentes a *concesiones de colonización* y las reguladoras de los préstamos y auxilios denominados (con alguna impropiedad) *colonizaciones de interés local*. Aquéllas, en cuanto que perfilan una institución característica del ordenamiento de colonización y, por tanto, de Derecho Agrario específico; las otras, por haber sido, con anterioridad a las últimas modificaciones, la única muestra de ese "verdadero crédito agrícola nacional", propugnado y proclamado, como objetivo a conseguir, por el punto programático 18 del Movimiento Nacional, según se hizo constar en otro capítulo de esta comunicación.

Se saldría del marco propio de ésta exponer las limitaciones e inconsecuencias con que se llevó a la práctica por el Instituto Nacional de Colonización lo establecido y ordenado en las citadas disposiciones, que, como he dicho muchas veces, llevan en su entraña el germen de un auténtico Derecho Agrario. Por hacer sólo una cita reproduciré uno de los últimos párrafos del Estudio "La colonización interior y el Derecho Agrario", que por la benevolente atención de los Profesores Bolla y Carrozza —cuya gran competencia y autoridad no es preciso encarecer en este ambiente de especialistas— mereció el honor de reproducirse en la prestigiosa *Rivista di Diritto Agrario* de julio-diciembre 1965:

“*La colonización interior* es una realización práctica del Derecho Agrario, hoy solamente incoada, en la que alborea la justicia para el campo y el complejo de relaciones en que se concretan las actividades que al mismo se refieren. Merced a ese Derecho, puede llegar a liberarse el sector agrícola de los peligros que sobre él se ciernen. De no acertar con su caracterización y sentido, de acuerdo con las exigencias de la realidad, según se ha señalado antes, el Derecho Agrario no sería tal, sino simplemente un capítulo del invasor Derecho de la Economía que, según Hedemann, encarna en el orden legal la concepción que define como típico de nuestro tiempo ‘contemplar y sentir todas nuestras relaciones bajo un prisma económico’. La colonización interior y el Derecho Agrario constituyen, pues, una etapa importante en el camino de la justicia y de la libertad.”

El resto de las disposiciones legales vigentes en España sobre agricultura o ganadería apenas si merecen considerarse propias del Derecho Agrario; a lo sumo pueden valer como medidas o medios auxiliares en orden a lograr un aspecto importante de la regulación del agro, cual es la adecuación de unidades de cultivo y mejora de explotaciones, concesión de medios económicos a los agricultores y ganaderos (no siempre en condiciones favorables, por la ya aludida inexistencia de un verdadero crédito agrario), capacitación profesional, organización sindical y cooperativa, etc. Entran en este apartado leyes y regulaciones sobre explotaciones familiares o ejemplares, en sus diversas modalidades; concentración parcelaria y ordenación rural, unidades mínimas de cultivo, acciones concertadas, extensión agraria y demás medios característicos de la actividad “reformista”, propia del liberal-capitalismo, que atribuye a la acción del Estado no precisamente la protección y amparo del llamado sector agrario mediante un régimen especial tendente a establecer un orden justo para su integración equilibrada en el conjunto de la economía nacional, sino, simplemente, muy en la trayectoria vulgarmente llamada paternalista, una actuación débilmente ortopédica y, a veces —lo que es peor—, perjudicial para una buena ordenación futura, por desacreditar en toda línea (o sea, en los órdenes doctrinal, legal y práctico) soluciones que, siendo excelentes en el mero enunciado, resultan deplorables por su mala ejecución.

Este grave cargo, lo mismo que la alusión a medidas ortopédicas, requiere algunas justificaciones.

*Es pura ortopedia*, por ejemplo, *la expropiación forzosa*, cuando se acude a ella no para abrir vías de comunicación o realizar obras públicas, sino con la pretensión de hacer obra colonizadora, como es el caso de la Ley de 27 de abril de 1946, y me atrevería a decir otro tanto del hecho, o realización en la práctica, de las expropiaciones en “zonas regables”. Esto último, a causa de haberse desvirtuado primero y abandonado ilegalmente después, hace pocos años, el sistema justo de valorar conforme a tablas fijas de “precios máximos y mínimos” las tierras en secano (las existentes en las zonas antes de la

transformación), sistema impuesto por las leyes como requisito para aprobar y poder llevar a la práctica los Planes Generales de Colonización, con sus grandes subvenciones; pero, como queda dicho, desvirtuado primero al señalar precios “de mercado libre”, con plus valías potenciales, y, finalmente, abandonado por la corruptela de aprobar Planes de Colonización sin señalamiento de “precios máximos y mínimos”, o el absurdo, también “contra legem”, de declarar “de alto interés nacional”... ¡las “obras de interés agrícola privado”!, “contradictio in terminis” cuya aplicación supongo habrá enriquecido a algunos propietarios, a costa de los caudales públicos.

*Resulta acción perjudicial*, por desacreditar soluciones llamadas a ser válidas en el futuro, lo legislado en materia de “cooperativas” y de “patrimonio familiar”, por limitarnos a dos muestras muy significativas.

En efecto: la *regulación legal fundamental de las cooperativas* y, desde luego, algunos de los “principios” establecidos para la cooperación en el pasado siglo (por ejemplo, el carácter “benéfico” y la igualdad absoluta entre todos los socios) parecen ser —a juzgar por ciertos resultados muy visibles, aunque no lo sean en la intención de sus autores— un medio hábil del capitalismo para evitar la implantación efectiva de un sistema (el sistema cooperativo) que, de regularse y funcionar bien, acabaría con las injusticias capitalistas, o al menos con algunas.

La *Ley del Patrimonio Familiar, de 15 de julio de 1952*, aparte ser un caso muy típico de “ley de laboratorio”, sin la menor vinculación con lo real, fue, por sus únicos efectos prácticos, la estrangulación del desarrollo de la acción colonizadora, en uno de sus mejores aspectos desde el punto de vista social (ya que cortó en seco el proceso normal de entrega de títulos a los colonos), y, por otra parte, la pérdida, Dios quiera que temporal, de las esperanzas en el patrimonio familiar inembargable que proclaman nuestras Leyes Fundamentales y que con esta desdichada Ley —virgen e inútil— recibió, para no se sabe cuántos años, el estigma de lo inviable e indeseable, a causa de haberse regulado en ella el patrimonio familiar como un privilegio, pero, al mismo tiempo, con este doble carácter: *a)* Forzoso (contra la regla general de renunciabilidad de los derechos), y *b)* Perjudicial y restrictivo para los presuntos “beneficiarios”. Lo primero, en relación con lo segundo, obligó a no adjudicar el Instituto los lotes a los colonos, en evitación de que se vieran gravemente obstaculizados (por la aplicación forzosa de la Ley) con la constitución de un patrimonio familiar lleno de inconvenientes, cortapisas y hasta con amenazas expropiatorias. Y buena prueba de ser perjudicial (ejemplo interesante, por lo anacrónico, de “privilegio odioso”) es que declarada su constitución voluntaria (Ley 51, de 27 de julio de 1968, disposición final 2.<sup>a</sup>) no conocí ningún caso de haberse solicitado por algún colono del Instituto la aplicación del “beneficio”. ¡Lástima que el buen propósito derogatorio de esa Ley del Patrimonio Familiar no haya prosperado, al fin, en el texto definitivo de la Ley 35, de 21 de julio de 1971!

Queda, para cerrar este capítulo, la referencia obligada a la *Ley del III Plan de Desarrollo*, de 10 de mayo de 1972 (número 22), en relación con el texto refundido de la anterior Ley, fecha 9 de mayo de 1969 (D. 902).

Tras la acostumbrada proclamación inicial, muy característica de nuestros textos legales importantes, de que la “finalidad primordial del Plan” es, entre otras, “la ordenación de todos los recursos disponibles al servicio del hombre, en su dimensión personal y familiar, y del bien común de la nación” (artículo 1.º), se mantienen como fines y medios para la “mejora agraria”, limitándonos a los que interesan aquí, los siguientes:

1. En sentido claramente “protector” de la agricultura y en general del sector agrario:

- El artículo 13, *a*), ordena elevar el nivel de vida del sector agrario más aceleradamente que el de los demás sectores, con el fin de conseguir la paridad económica y social entre los mismos y promover el bienestar de las zonas rurales, especialmente el de las más deprimidas, dotándolas con la mayor urgencia de los servicios indispensables.

El logro de la “paridad económica entre los sectores” aparece otra vez en el apartado *f*) del artículo 14, al tratar del FORPPA.

Y el principio de “selectividad” en las inversiones se recoge en el apartado *g*) del propio artículo 14.

2. En línea igualmente protectora, respecto de la familia campesina:

- Los apartados *b*) y *h*) del artículo 14 disponen proteger y canalizar el crédito en provecho de las explotaciones de tipo familiar viables, fin que no se inspira primariamente en el objetivo o pretendido “principio” de la productividad, que algunos agraristas consideran el fundamental del Derecho Agrario.

3. Con el mismo designio protector, con respecto a la asociación de los labradores:

- Los aludidos apartados del artículo 14 señalan también la directriz protectora y de canalización del crédito en apoyo de los sistemas asociativos que creen agrupaciones sindicales de agricultores y trabajadores, en las diversas formas establecidas o que se regulen en el futuro.

(Ciertamente que agrega el precepto: “... o cualquiera de las formas de sociedad civil o mercantil...”.)

Son muchas más las disposiciones sobre objetivos en esta materia agraria, pero basten las copiadas y lo que resulta del contenido del Plan para probar estas cosas, principalmente:

1.<sup>a</sup> La solemnidad gratuita con que se establecen grandes principios en leyes, como estas del Plan de Desarrollo, cuya función no es esa, sino aplicar consecuentemente y desplegar la fuerza operativa de los principios y declaraciones de las Leyes Fundamentales. Así ocurre que con la aprobación de los artículos primeros de las leyes que se llevan a las Cortes sobre materias de importancia parece quedar cumplido con fidelidad nuestro ordenamiento institucional sin más que estampar bellas frases, que a veces no hacen más que repetir sin necesidad textos fundamentales.

2.<sup>a</sup> Reiterando lo hecho en otros Planes de Desarrollo, este último III Plan no ha tenido en cuenta para nada absolutamente la existencia de la única política social agraria del Régimen español, que es la colonización, cuyas leyes básicas y especiales, por esa causa precisamente, no se desenvuelven; ni, como hemos indicado, se cumplen como debiera hacerse, lo cual es bastante grave y de consecuencias desastrosas.

Esto es un botón de muestra de lo dicho en el párrafo 1.<sup>a</sup> precedente: disponiendo el artículo 1.<sup>o</sup> de esta Ley, y de la que rigió durante los años del Plan anterior, lo que dispone sobre la vida rural y la paridad entre los sectores económicos, etc., y proclamando las Leyes Fundamentales y Puntos Programáticos del Movimiento cuanto queda recogido en otros capítulos de esta comunicación, el hecho es que bajo el imperio de los Planes y los preceptos de las Leyes de Desarrollo se va borrando a ojos vistas la vigencia y los propósitos de la política y las leyes de colonización, con lo que se esfuma la más firme y prometedora esperanza de un régimen agrario que sirva de marco para un Derecho especial que haga posible el desenvolvimiento vigoroso de una civilización agraria, hoy a punto de asfixia por la contaminación deletérea del urbanismo. Para éste el campo no es más que un almacén de productos baratos, un filón de negocios seguros y un espacio libre para el ocio, que es tanto como decir para el vicio o la molicie, en una cultura desacralizada.

3.<sup>a</sup> Como aspecto positivo es justo y debido reconocer que en esta Ley del Plan de Desarrollo se mantiene con claridad como característica fundamental del "régimen agrario" la de ser eminentemente protector del hombre, su familia, el trabajo y la propiedad privada. pilares básicos de la sociedad cuyos cimientos corresponde consolidar precisamente al nuevo Derecho Agrario.

De todo lo que va escrito se deduce la urgente necesidad de preparar las bases para la ordenación legal sistemática de una regulación jurídica de la vida, relaciones y actividades del mundo rural que se inspire en los principios del Derecho Agrario como disciplina especial que responde a la necesidad imperiosa de amparar y facilitar el desenvolvimiento humano y social de la población del campo en condiciones tales que permitan la realización efectiva, en el marco del desarrollo general, de los valores elementales de la civilización cristiana.

## VI. SISTEMATIZACION DE BASES PARA UNA LEY AGRARIA

### 1. MOTIVOS.

En una exposición de motivos podría partirse del hecho, bien notorio, de encontrarse asfixiada y en trance de muerte la vida en el campo, con todas las consecuencias que esa catástrofe traería para la civilización cristiana, dada la importancia de la propiedad privada de la tierra —principalmente—, con su estrecha vinculación al trabajo productor y mejorante y su función de soporte fundamental para el desarrollo del hombre, la existencia de la familia y, en consecuencia, para el desenvolvimiento de la libertad en sus más inmediatas manifestaciones. Las circunstancias producidas o determinadas por el llamado genéricamente “desarrollo” —en España el “desarrollo económico y social”— están precipitando las cosas, en efecto, por la peligrosa pendiente que lleva hacia ese abismo en que está amenazada de hundirse la vida agraria.

Pero no eran más angustiosas ni más nocivas para los pueblos y la causa común de la civilización las en que se encontraron el comercio y los comerciantes después de la caída del Imperio romano y durante el feudalismo, y es bien sabido que frente a aquellas circunstancias históricas, al amparo de los poderes públicos de las Repúblicas de Italia, y en España de los Reinos y ciudades de Aragón, Mallorca, Barcelona y Valencia, fueron surgiendo rápidamente realidades como el entonces naciente Derecho Marítimo, con importantes instituciones; jurisdicciones especiales para el comercio y una nueva clase poderosa, muy unida, como igualmente en los países europeos atlánticos del norte. Las crecientes relaciones fueron creando problemas y, por lo que más interesa aquí, determinando la aparición de nuevas figuras de contratos e instituciones cambiarías que, reformando profundamente el Derecho común, dieron origen al Derecho Mercantil, hoy tan prepotente y avasallador en el mundo.

También otras circunstancias críticas, con peligros de diferente índole para la clase obrera e impulsos políticos y sociales muy diversos, determinaron la aparición de unas leyes e instituciones y un Derecho especial para la vida y relaciones laborales, manifestándose asimismo nuevas jurisdicciones y normas legales que, bajo el amparo de los Gobiernos, facilitaron el desenvolvimiento de los trabajadores, regulando sus relaciones con los patronos o empresas y sus derechos personales, familiares y sociales en forma propicia para la elevación progresiva del nivel y consideración general de las personas que hacen del trabajo su medio de vida en ciudades e industrias.

Algo análogo ocurre hace ya tiempo, hoy con caracteres de suma gravedad, con todo el complejo cívico-social, humano y profesional que habita las poblaciones y espacios rurales a todo lo ancho, largo y profundo de la vida del campo. Sector deprimido se le considera en el ámbito económico; oprimidas están, en el social, sus clases más numerosas. Y con ser aflictiva esta situación, todavía se hace menos

llevadera por la poca esperanza de salir de ella que ofrecen las tendencias hoy dominantes en la economía, en los planes de los tecnócratas, en las concepciones de los juristas —¡incluso algunos de los que se titulan agraristas!— y hasta en los criterios de los políticos, siempre más atentos, por lo común, a lo inmediato y espectacular que le ofrecen los especialistas del desarrollo por los caminos fáciles del turismo, la emigración, las medidas de “fomento capitalista”, las franquicias al capital extranjero y las grandes aglomeraciones urbanas, cuyos problemas pueden disimularse merced a los recursos actuales del viejo “panem et circenses” —deportes, quinielas, espectáculos, viajes, diversiones, vicio y televisión— y los remedios extremos de la policía y el orden público coactivo.

Para estas tendencias dominantes el “sector agrario” viene a ser considerado, a la hora de meditar sus planes económicos o sistemas jurídico-legales, no más que —o principalmente como— un obstáculo para el desarrollo, una vez que éste se reduce, por principio y postulado, al crecimiento rápido, aunque sea desproporcionado y violento, de las magnitudes económicas expresadas en cifras globales de “riqueza”. Y aquí aparece lo desesperado de la situación para el campo y sus hombres, que cierra prácticamente el camino al auténtico y urgente Derecho Agrario o a leyes verdaderamente agrarias, porque sentadas injustísimamente las bases de *ese desarrollo* (el ya aludido, el que conocemos, el industrial y urbanístico...) en seguida se acepta lo del “sector” agrario como elemento retardatriz y recalitrante. Consecuentemente se propugnan medidas protectoras, estimulantes de la productividad, reforma de estructuras, etc., pero por diversas razones que están en el ánimo de todos (en la línea de las señaladas antes: de tipo economístico, tecnocrático, de mentalidad jurídica involutiva o retráctil y de prisas políticas) se produce la enorme injusticia de que tales medidas se orientan o aprovechan a quienes no deben obtener ayudas —por su condición o potencialidad económica— e incluso a personas naturales o jurídicas claramente culpables, ellas, del atraso o subdesarrollo que se aprecia en el campo o en determinadas zonas o comarcas. Con ello, quienes merecen trato protector para su desenvolvimiento personal, familiar, social, cultural y económico no lo reciben; muy al contrario, sufren cada vez con más intensidad los efectos perjudiciales de un desarrollo industrial precipitado, que se financia a costa del sector agrario y se produce con mengua de los valores supremos y de la moral (fenómeno concomitante éste, del “subdesarrollo moral”, fustigado por el Papa). Y al mismo tiempo resulta, ¡para que el cuadro tenga colores más sombríos!, que las personas y entidades favorecidas por la reforma en el “sector agrario” —grandes terratenientes y sociedades anónimas o similares—, las que se lucran de los auxilios, subvenciones, etc., se presentan ellas como víctimas de la “reforma agraria” (¡!), claman contra las “expropiaciones”, a las que el Tribunal Supremo se encarga de poner buenos precios, a pagar al contado (a costa del Erario público y de los cultivadores personales), y encima de todo esto.

siguen siendo, por su falta de capacidad empresarial, rémoras pegajosísimas para el deseado y preciso desarrollo agrario.

## 2. CONTENIDO.

Una exposición de motivos y antecedentes como la que acaba de hacerse, que se podría documentar con datos muy precisos y hechos perfectamente conocidos o fácilmente cognoscibles, ofrece justificación bastante para un proyecto de ley que fije las bases de un “régimen agrario” en el que tengan marco adecuado los principios de *un Derecho especial que regule “la propiedad y demás derechos sobre la tierra”, considerada (ésta) como fuente de riqueza a beneficio del trabajo de todas clases y del cultivo, así como las relaciones que tengan por objeto “la explotación agrícola, ganadera y forestal” y su realización más adecuada, teniendo en cuenta la naturaleza y el destino de los bienes y de las unidades productivas, así como el cumplimiento de los fines del labrador (o ganadero) y las necesidades de su familia, todo ello de conformidad con las exigencias de la justicia y las de la economía nacional rectamente ordenadas al bien común.*

El conjunto de las leyes sobre el agro estaría compuesto por tres elementos:

*Primero.*—Un “régimen agrario”. Puesto que se trata de garantizar y hacer posible el ejercicio de los derechos —y cumplimiento de los deberes— por parte de las personas cuya vida y actividades se desenvuelven en el campo, se precisa de una regulación global que contemple el problema entero de la vida en el ámbito rural, ya que ni se debe moralmente ni es legítimo forzar por medios directos ni indirectos un proceso de urbanización, como el que está en marcha, contra la expresa y tajante doctrina de la Iglesia católica. Tampoco es lícito, por ir en contra de la justicia, obstaculizar el debido desarrollo de quienes desean e incluso tienen la misión personal de emplear su existencia y su trabajo en el mundo de las actividades agroganaderas, poniendo a contribución su capacidad y los medios propios de las profesiones y ocupaciones del ambiente rural. Es obligado para quienes asumen las atribuciones y responsabilidades de dirección política y planificación económica poner en juego todos los recursos del poder para arbitrar las regulaciones legales y medios de todas clases necesarios al expresado objeto del justo desarrollo del sector agrario del país, no considerado éste como una simple fase del proceso productivo único (en el cual no cuenta el campo más que como reserva de productos naturales y materias primas a explotar en beneficio, ante todo, de las ciudades, los sectores económicos privilegiados y la población consumidora urbana o turística), sino como espacio y atmósfera para la vida de la población asentada en el territorio no urbanístico ni puesto a disposición del ocio organizado a escala mundial.

La acción del Estado es absolutamente necesaria a este respecto a causa de la amplitud y complejidad de las regulaciones a establecer

y medios a emplear en defensa de tan sagrados valores y derechos. No será en nada asimilable a las políticas trilladas por el socialismo y sus conocidos métodos, últimamente acordes con los del gran capitalismo por la unidad de su concepción materialista y la similitud, a escala nacional e internacional, de sus planes, empresas, organizaciones, tenor de vida, ausencia de ideales nobles y abandono de la religión.

Esquemáticamente puede decirse que su manifestación más característica en el terreno económico-social —nos referimos a la acción precisa para dar cuerpo y efectividad a un “régimen agrario”— será la existencia de *un plan o unos planes de desarrollo agrario* al lado y coordinadamente con los de otros sectores económicos, pero no subordinados a éstos, con vistas a la proclamada y necesaria “paridad” (según la letra legal aprobatoria de los Planes de Desarrollo Económico y Social de España) entre el campo y la industria, el comercio, la banca, los servicios y la población urbana y turística. Además, habrá de instalarse en la conciencia de todos, por autoconvicción y por una intensa labor formativa, informativa y propagandística, la certeza de ser urgentísimas las *reformas a realizar en esos otros “sectores”*, como exigencia ya muy vieja de la justicia (reformas en las empresas, la banca, el crédito, los servicios, el turismo, régimen del suelo urbano, inversiones extranjeras, tratados comerciales, intermediación, márgenes de beneficios, etc.) y como necesidad práctica previa, o por lo menos simultánea, al establecimiento de una regulación jurídica reformadora e innovadora respecto de la agricultura. ¿No es ultrajante que sólo se hable de la “función social de la propiedad” con respecto a la agricultura? ¿Y la función social de todas esas formas tan lucrativas, e incontroladas, de propiedad que sirven de base a la prosperidad de los bien situados en el mundo de la banca, los negocios, los servicios, el gran comercio, las grandes administraciones públicas y privadas, el turismo y sus empresas accesorias, las finanzas, el crédito, las industrias suntuarias y las que explotan los vicios y el ocio?

El primer impacto del propugnado “régimen agrario” habrá de ser ese de llamar la atención general hacia la radical injusticia de que el desarrollo material y la mejora del nivel de vida en las grandes concentraciones urbanas se esté promoviendo con agravio de la población rural, y que encima de ello, por culpa de quienes abusan de la tierra, los clamores unánimes sean siempre —en la prensa, desde luego— a favor de las “reformas agrarias” sin más consecuencia visible que la ya aludida de que las reformas redunden en beneficio de terratenientes abusivos y en perjuicio constante de la población oprimida del campo.

Otros aspectos del “régimen agrario” harán referencia, por ejemplo, a la vida municipal y administración local propias de esa población agraria, a los tributos, a la integración lucrativa de los labradores y ganaderos en las fases u operaciones ulteriores del proceso productivo como fórmula adecuada para el equilibrio intersectorial y,

en fin, a las múltiples materias cuya regulación es necesaria al objeto de que las riquezas agrícola, ganadera y forestal rindan sus frutos en beneficio común, sí, pero particularmente en provecho de quienes hacen producir lo suyo a todos esos elementos naturales, y, en segundo lugar, de los que acumulan sobre aquellos productos las utilidades derivadas de otros esfuerzos productivos de transformación, intermediación, circulación, etc.

*Segundo.*—En coordinación perfecta con un “régimen agrario” decididamente protector de la agricultura y ganadería, es decir, del mundo rural, *el ordenamiento jurídico especial* correspondiente a los elementos y relaciones objeto de su regulación *podría sistematizarse en los siguientes capítulos:*

*Uno preliminar* haciendo referencia a las peculiaridades de la tierra y elementos naturales como objeto de relaciones jurídicas, fundamento de la especialidad de su regulación legal.

Los condicionamientos que la singular función de los bienes agrarios impone a la propiedad y otros derechos sobre los mismos, si justifican un nuevo estatuto jurídico (objeto de la Ley Agraria), también llevan consigo la atribución de un carácter tutelar a este ordenamiento que garantice con absoluta eficacia el desenvolvimiento de las actividades agrarias en condiciones de igualdad con las demás de carácter social y económico, máxime teniendo en cuenta que en este sector económico se da, por una parte, la vinculación entre vida personal y familiar y el trabajo productivo, y por otra, el riesgo inevitable como factor ordinario en perjuicio de la empresa agraria.

*Un segundo capítulo*, referente a los *sujetos o beneficiarios y titulares en Derecho Agrario*, deberá establecer una clara separación entre los meros titulares de la propiedad u otros derechos y los sujetos o beneficiarios del trato protector, característico de la Ley Agraria en su aplicación a estos últimos. Refiriéndonos a la agricultura, puede decirse que el mero titular de la propiedad, cuando ésta no merezca la consideración de “propiedad agraria” (a la que se aludirá más adelante), no tendrá más consideración que la de “terrateniente” o simple propietario de tierras cuya adecuada explotación ni asumen ni dirigen, teniéndolas improductivas o no dedicadas al cultivo exigido por sus condiciones, con perjuicio para los intereses y necesidades generales.

Los labradores o empresarios, colonos, etc., serán los sujetos o beneficiarios de la Ley, bien individualmente o constituidos en las entidades agrarias que se determinarán, excluyendo en todo caso las de carácter capitalista, es decir, aquellas que por su forma y regulación legal se basen en ese sistema. Las entidades agrarias, en cualquiera de sus formas, deberán integrar sus diversos elementos, de acuerdo con nuestras Leyes Fundamentales, en una jerarquía que subordine de manera efectiva los de orden instrumental a los de categoría humana y todos ellos al bien común.

Otro capítulo se dedicará al *suelo rústico y explotaciones agrarias*. La especialísima función del suelo agrario y sus peculiaridades productivas —en lo sustancial obra exclusiva de la naturaleza— dentro del proceso económico de la agricultura determinan la necesidad de regular su adecuada “explotación” en el sentido de que ésta sea, por sus características, factor esencial en la delimitación del ámbito objetivo-subjetivo de la Ley Agraria, en cuanto al meollo jurídico de dicha Ley, que es lo referente a los labradores y entidades agrarias. Se definirán las explotaciones agrarias llevadas por estos titulares, sobre la base de su cultivo a uso de buena labranza, según las normas regionales, comarcales o locales y de acuerdo con directrices generales establecidas en leyes o disposiciones cuya aplicación resulte pertinente conforme a los dictados de la Ley Agraria.

Esta articulación integradora del suelo agrícola y el labrador, empresario o entidad agraria que sea titular al frente de la explotación, llevará consigo el ejercicio, amparado por la Ley Agraria, de su libre iniciativa, dentro de las indicadas normas y directrices, sin arbitrarias intromisiones planificadoras con pretensiones de racionalización, etcétera.

Tiene especial relevancia esta consideración, que deja por completo fuera del Derecho Agrario el designio (según algunos agraristas prevalente) de la productividad. Con toda la importancia que quiera dársele desde el punto de vista económico, la determinación de tipos o tamaños ejemplares para las explotaciones agrícolas es algo extraño a las finalidades del Derecho Agrario. En la Ley Agraria, y merced a su estatuto jurídico especial, quedarán perfilados el carácter propio del Derecho Agrario y su elevada finalidad. No es disciplina subalterna ni mero desenvolvimiento legal del desarrollo económico o instrumento de la planificación, sin perjuicio de que al establecer el contenido de la propiedad agraria haga alusión a los condicionamientos que para ella puedan derivarse de Planes como, por ejemplo, los de Colonización, los especiales agrarios o de Ordenación Rural y, en lo pertinente (como se ha dicho antes), de los Planes generales de desarrollo económico.

El capítulo sobre el *régimen jurídico de la propiedad agraria* regulará ésta partiendo de que no se trata de recoger todo lo legislado sobre la actividad agrícola, sino trazar las líneas maestras que aseguren el juego institucional de los principios del Derecho Agrario con arreglo a los del ordenamiento fundamental. Se tendrá en cuenta la naturaleza y el destino de los bienes rústicos —según lo dicho antes— y las características de las explotaciones, pero garantizando el debido respeto a la iniciativa de los sujetos del Derecho Agrario y a los fines individuales y familiares de la propiedad agraria, sin perjuicio de las exigencias del bien común, entre las que figuran las de tipo social y, en su medida, las de carácter económico agrario o general.

Contendrá disposiciones sobre modos de adquisición, incluyendo los tanteos y retractos (de colindantes, de arrendatarios y otros que

se establezcan) y, con toda su novedad y relieve, la colonización interior.

En cuanto al contenido o ejercicio, conforme a la nueva concepción de la propiedad, enunciará las facultades y deberes, incluyendo como normales el conjunto de relaciones configuradas en el viejo sistema como limitaciones y servidumbres legales. Se aludirá igualmente a los condicionamientos que puedan derivarse, en razón de la función económico-social de la propiedad, como consecuencia de los planes, según lo dicho anteriormente —es decir, con arreglo a lo que sea compatible con el “régimen agrario protegido”—, y también a las eventuales exigencias sobre límites máximos de extensión territorial, para la debida distribución de la propiedad, siempre con las garantías debidas para la propiedad agraria.

Las modificaciones serán asimismo objeto de regulación, y entre ellas las que resulten necesarias atendida la índole de esta propiedad: permutas, concentración parcelaria e incluso ciertas agrupaciones o consorcios de tipo real.

Al tratar de la extinción y sus diversos modos se delimitará el ámbito propio de la expropiación forzosa, cuya desorbitada aplicación en las leyes actuales obedece al deseo de conservar intacta, como un dogma inatacable, la regulación de la propiedad en el Código Civil, interpretado no en sentido progresivo, sino en el regresivo que se inspira en las rancias concepciones del liberalismo en su actual concreción capitalista. Se articulará, dándole cauce legal, lo que pide de suyo, según su naturaleza, la propiedad. Correlato de la colonización, modo de adquirir, se hará referencia a la colonización interior como modo de perder el dominio.

Se regulará también un derecho sucesorio adecuado a la naturaleza y fines de la propiedad agraria.

Por su especial importancia serán objeto de regulación detallada, en secciones independientes, dos formas de propiedad enteramente características del Derecho Agrario: 1) La propiedad de colonización, y 2) El patrimonio familiar inembargable y exento de tributos, el cual es obligado regular, en forma viable y provechosa, por mandato expreso de las Leyes Fundamentales. La Ley “vigente”, e inaplicada, de 15 de julio de 1952 debe derogarse por la nueva Ley Agraria.

El capítulo de los *contratos agrarios* se referirá a los contratos típicos, laboral-agrarios, de arrendamiento y similares, como también a los de creación y régimen propio de los diversos tipos de entidades agrarias. Convendría introducir para los arriendos formas nuevas de extinción, con amplio arbitrio judicial y entrada de nuevos elementos al respecto: informes técnicos, sindicales, de órganos u organismos del Ministerio de Agricultura, etc., y, tanto a los efectos de este capítulo como para otros de la Ley, contar con la existencia de un *Registro Agrario*, con secciones diferentes: personas, fincas o explotaciones, contratos, etc.

Deberían incluirse reglas o referencias a un verdadero crédito agrícola, señalando sus características; sobre contratación normalizada,

según disposiciones especiales; modalidades especiales de garantía y efectos cambiarios estrictamente agrícolas, entre otros contratos y figuras que convendrá prever y regular.

Otro capítulo de la Ley Agraria podría titularse “*Garantías de la propiedad agraria*”, con dos secciones: 1.ª) De orden sustantivo, registral y procesal, para la efectiva aplicación del régimen de propiedad agraria en beneficio de los sujetos beneficiarios, y 2.ª) De carácter sancionador, tendente a evitar la aplicación indebida o abusiva del sistema en provecho de quienes no tengan o no merezcan el carácter de sujetos favorecidos por el régimen agrario.

El *penúltimo capítulo* se referirá a los *beneficios y auxilios a la propiedad agraria*, conforme a los principios fuertemente protectores del régimen agrario: primas o ventajas, largos plazos de reintegro de anticipos, subvenciones, beneficios fiscales, etc., con las correspondientes referencias al régimen especial agrario, según queda indicado.

Se incluirán también las prevenciones a observar siempre que se pretenda la aplicación, en perjuicio o respecto de las explotaciones agrarias de los sujetos beneficiarios de este Derecho, de disposiciones administrativas o medidas generales sobre cualquier materia, sin excluir, por tanto, las de tipo económico, comercial, turístico o urbanístico, e incluso las de carácter laboral o de seguridad social, expropiación forzosa, etc., todas las cuales deberán atemperarse a los principios y normas de la Ley Agraria.

En el *último apartado o título de la Ley* se regulará un régimen especial para la “riqueza agraria” consecuente a la proclamación fundamental de nuestras Leyes de que la riqueza no podrá permanecer inactiva, ser destruida indebidamente ni aplicarse a fines ilícitos o dejar de cumplir su principal destino de mejorar las condiciones de vida de cuantos integran el pueblo español.

Esté título marcará con fuerte contraste la diferencia entre la propiedad agraria, objeto primordial de la Ley Agraria en cuanto estatuto protector conforme a los principios del “régimen agrario”, y la mera propiedad territorial. Esta última ha de ser objeto de toda suerte de medidas planificadoras o coercitivas, sin derecho alguno a los beneficios característicos del régimen agrario, aplicables solamente a la propiedad agraria según la Ley que aquí se propugna.

Se preverá un especial y breve *período transitorio* con vistas a la integración rápida de los bienes correspondientes en algún régimen de explotación o utilización legalmente admisible (ganadera, forestal, industrial, urbanística, etc.), o en el de propiedad agraria previsto en la Ley, mediante su adecuación estructural, en este último caso, a las exigencias de orden jurídico, social y económico establecidos en esta Ley para las explotaciones y sus titulares beneficiarios como sujetos del régimen agrario peculiar del nuevo ordenamiento.

Respecto de esta propiedad territorial, más bien fuente de riqueza detentada y distraída de su natural destino, cuando por incuria u otras causas culposas deja de rendir los frutos debidos, con perjuicio inadmisibles para la comunidad, deberá regularse su extinción no sólo por

el no uso, sino también por el mal uso o el uso arbitrario. De parecer excesivo rigor la proclamación de este modo especial de pérdida del dominio de la tierra (que habría de regularse en debida forma), podría reconducirse a un caso especial de prescripción por no ejercicio del derecho de propiedad en la forma exigida por las leyes —por esta Ley Agraria—, de acuerdo con las tendencias más progresivas, que trasladan el centro de la protección jurídica de la mera titularidad al goce efectivo de las cosas, según su naturaleza y destino. El mismo Código Civil ofrece base para ello en sus artículos 1.930 y 1.932, y el artículo 1.938, que prevé de manera expresa que lo dispuesto en el Código sobre prescripción se entiende sin perjuicio de lo que se establezca respecto a determinados casos de prescripción. De eso se trataría en este punto por la Ley Agraria. Y para la debida eficacia, además, la pérdida del derecho por parte del mero titular iría acompañada de una adquisición en favor de sujetos beneficiarios de la Ley Agraria, para lo cual serviría también el Registro Agrario a que en otro lugar se ha hecho alusión en este estudio.

*Tercero.*—Un nuevo y último aspecto se debe considerar como consecuencia de propugnarse para la Ley y el Derecho Agrario un sentido primordialmente privatístico.

Pareciendo impropio de la conceptuación dada aquí a este Derecho especial incluir en la Ley Agraria múltiples materias contenidas en leyes que se refieren a lo agrario, pero, en muchos de sus preceptos, desde puntos de vista administrativos y sin conexión interna con los elementos y relaciones característicos del Derecho Agrario como rama especial según la noción que para este Derecho se propone, debe sin embargo tenerse en cuenta que, en lo que sean aplicables, tendrán lugar en la Ley Agraria los preceptos pertinentes de leyes especiales, como las de Aguas, Montes, Colonización y demás en que se contengan normas que afecten a los sujetos y objetos del Derecho Agrario, sus derechos y obligaciones como titulares o especial situación como elementos de relaciones propias de este Derecho, siendo de destacar, por su gran novedad y trascendencia, hasta el punto de constituir el fermento más activo del Derecho Agrario propiamente tal, las Leyes de Colonización y Distribución de la Propiedad de las Zonas Regables, de 21 de abril de 1949, 17 de julio de 1958 y 14 de abril de 1962, aunque con las correcciones técnicas y las adiciones precisas para que la colonización se desenvuelva en toda la virtualidad propia de su concepto.

## VII. RAZONES DOCTRINALES EN APOYO DEL REGIMEN AGRARIO Y REGULACION ESPECIAL QUE SE PROPUGNA EN UNA LEY AGRARIA

### I. SOBRE LA SITUACIÓN E IMPORTANCIA DEL AGRO.

Son muy conocidos los textos de la Encíclica “Mater et Magistra” (M. M.), de Juan XXIII, fecha 15 de mayo de 1961, sobre la agri-

cultura sector deprimido, no sólo en razón de la escasa productividad, sino por lo que respecta al nivel de vida (núm. 124). Su asfixia por los avances del fenómeno de la "urbanización" ha sido advertida por Pablo VI en su Carta "Octogesima Adveniens" (O. A.), señalando que es deber grave de los responsables hacer lo posible por dominar y orientar ese proceso (10-11).

Nuestros agraristas, y la posición es muy general, insisten a este respecto sobre la importancia de la propiedad y la familia, elementos básicos para una estructura social armónica y proporcionada en lo económico-jurídico y en lo orgánico (Leal). Hasta Ballarín, cuyo enfoque del Derecho Agrario en general se caracteriza por señalar como principio básico el de la productividad, no deja de reconocer que en España prevalece un sentido preferencial evidente hacia la que él llama empresa familiar agraria, aceptando la importancia y el carácter específico de la propiedad de la tierra al respecto de su regulación por el Derecho Agrario (*Derecho Agrario*, pág. 313).

El hecho de que en la propiedad agraria se vinculen la tenencia de los bienes y el trabajo profesional que a éstos se incorpora, lo que otorga su nobleza a la actividad del labrador, que a su condición de propietario une la dignidad consiguiente a ser el trabajo la fuente principal de sus ingresos, está perfectamente encarecido por Juan XXIII en su citada Encíclica (M. M., 106, 107 y 144). Pablo VI, en la "Populorum Progressio" (P. P.), de 26 de marzo de 1967, destaca como misión del trabajo para el cristiano la de colaborar en la creación del mundo sobrenatural (núm. 28).

La existencia de una "civilización agraria" que decae, pero que es preciso defender mediante reformas estructurales adecuadas a la satisfacción de verdaderas necesidades, en vez de sucumbir a las exigencias de acceder a lo superfluo que fomenta la creciente industrialización con sus métodos y publicidad continua, se desprende claramente de los textos de la "Octogesima" (9 y 50), y así se comprende que la situación de inferioridad derivada para el campo, envuelto en las corrientes avasalladoras de ese proceso de urbanización, no pueda encontrar soluciones más que acometiendo el problema en su conjunto. La doctrina de la Iglesia (M. M., núm. 125) propugna un "ambiente rural" donde los agricultores puedan consolidar y perfeccionar su propia personalidad mediante el trabajo del campo, mirando tranquilamente el porvenir; Alejo Leal dice que los problemas que afectan a la población agrícola son los problemas de la sociedad considerada en su población rural (*La Encíclica "Mater et Magistra" y el problema agrario*, pág. 36), y Ballarín, en su citada obra, considera que la materia agraria constituye "un mundo capaz de imprimir una idiosincrasia particular a los hombres del campo" (pág. 328). "El campo (dice F. de Castro) requiere una regulación especial apropiada a su peculiar naturaleza" (*Notas para el Derecho Agrario en España*, pág. 83).

## 2. NECESIDAD DE REFORMAS Y ACCIÓN DEL ESTADO.

La doctrina de la Iglesia ha propugnado con reiteración la necesidad de reformas urgentes (P. P., 32), e insiste en su última Carta (O. A., 48) encomendando sobre todo a los seglares la renovación del orden temporal: "No basta recordar los principios o afirmar las intenciones...", palabras de especial interés en España. El desarrollo exige transformaciones audaces (P. P., 32), tocando a los poderes públicos señalar metas y facilitar medios, estimulando las iniciativas privadas (id., 33).

Con respecto a la necesidad de que esas reformas se traduzcan en un "cambio del Derecho vigente", Federico de Castro ha señalado en su citada comunicación al I Congreso Internacional de Derecho Agrario de Florencia (1954) que ese cambio del Derecho vigente lo lleva consigo "como presupuesto ineludible" el Derecho Agrario (pág. 91). La misión es, pues, del Estado, en cuanto a su realización efectiva, siendo de interés por eso advertir, por una parte, que Hernández Gil abunda en ello al considerar entre las notas características de la fase actual del Derecho una mayor penetración transformadora del Estado y del Derecho en la organización de la propiedad, reguladora de los poderes y deberes que entraña, y por otra, hacernos cargo de lo que compete a nosotros en la promoción de esas reformas.

Son muy enérgicas y acertadas las observaciones sobre esto, en la Carta antes aludida, de Pablo VI al Cardenal Roy (O. A.) de 14 de mayo de 1971. Después de advertir la existencia de un "límite radical de la economía" presenta como necesario el paso de la economía a la política. El poder político, dice, es el vínculo natural y necesario para asegurar la cohesión del cuerpo social, teniendo por fin la realización del bien común. Su propia misión es "saber desligarse de los intereses particulares", y en línea de realizaciones invita a "tomar en serio la política en sus diversos niveles", y a los cristianos, a dar testimonio de "la seriedad de su fe" (O. A., 46).

El repudio a las conocidas e imperantes formas del liberal-capitalismo es enérgico y contundente en la "Populorum Progressio" (número 26), de la que son las frases, tan conocidas, sobre el "sistema que considera el lucro motor esencial, la concurrencia como ley suprema y la propiedad privada de los medios de producción como derecho absoluto, sin límites ni obligaciones", referidas a "un cierto capitalismo" al que califica de "nefasto sistema", y al "liberalismo sin freno que conduce a la dictadura".

Pero no menos se previene a los cristianos contra "las corrientes socialistas y sus diversas evoluciones", por las que "se sienten hoy día atraídos" algunos o muchos. La "Octogesima Adveniens" advierte que se abstengan los cristianos de idealizar el socialismo, porque éste se concreta en movimientos históricos que tienen una organización y un fin político transidos de una ideología que pretende dar una visión total y autónoma del hombre no cristiana. Y en cuanto al marxismo: que ni la lucha de clases ni su método de examen de la realidad so-

cial y política, que tantos aceptan como válido para describir científicamente los resortes de la evolución de la sociedad, pueden en modo alguno separarse de la ideología materialista subyacente que niega toda trascendencia, ni tampoco de la realidad histórica del poder político y económico que propugna y se manifiesta bajo la dirección absoluta de un partido único que arrebató a todos —grupos e individuos— la posibilidad de elección e iniciativa (núms. 31 a 34).

### 3. SOBRE EL DERECHO AGRARIO.

Como sería prolijo y no parece preciso recordar los innumerables textos, de agraristas y documentos pontificios, acerca de la necesidad de un desarrollo equilibrado, sin agravio para el sector deprimido de la vida económica, propugnando la paridad entre los de la agricultura y servicios, banca, comercio e industria, cuya exigencia estimamos tiene que traducirse en la realidad de un “régimen agrario” como el que se propone, sin el cual venimos reputando utópico, o sin eficacia ni razón, todo intento de Derecho Agrario, terminaremos aportando algunas citas en apoyo de la naturaleza o carácter y especialidades de este Derecho, tal como se configura en el cuerpo de la presente comunicación.

Según Ballarín (*ob. cit.*, pág. 321), la necesaria “paridad” intersectorial exige, por la inferioridad en que se encuentra la agricultura, “una ayuda especial estatal para restablecer la igualdad de posiciones”. Para Hernández Gil (*El concepto del Derecho civil*), entre los valores a realizar por el Derecho Agrario figuran la tutela de los económicamente débiles y la de la agricultura, fuente de la riqueza nacional, y, entre otros, la protección a los cultivadores de la tierra.

El gran maestro F. de Castro señala la importancia central para el Derecho Agrario de la finca rústica o explotación agrícola, apuntando la idea de doble vertiente, desenvuelta en el apartado VI de esta comunicación, al distinguir, por un lado, la propiedad agraria objeto de protección, y por otro, la riqueza agrícola o mera titularidad dominical sobre la tierra, puesto que dice Castro ser la explotación el porqué de la consideración jurídica especial que merecen los derechos y facultades sobre los predios, añadiendo: “en caso de carencia del cultivo adecuado, falta la razón para su protección jurídico-agraria y, en cambio, se justifican las medidas represivas”.

Para cerrar este último apartado puede aducirse que siendo una de las razones determinantes de la especialidad de una rama del Derecho la existencia de instituciones peculiares del mismo, tienen gran relieve en Derecho Agrario algunas de las comprendidas en el esquema de bases para Ley Agraria propuesto anteriormente. La “colonización interior”, como modo de adquirir una nueva propiedad y también de perderse el dominio sobre las tierras objeto de esa acción transformadora, es una de esas instituciones, y no ciertamente de pequeña importancia. Otra muy peculiar y característica está constituida por las

“concesiones de colonización”, que regula la legislación vigente sobre la materia en España: en lo sustancial, junto con la legislación antigua sobre parcelaciones y la actual de zonas regables, ya citada, la Ley de Régimen de Tierras de Colonización, de 27 de julio de 1968 (número 51). El “patrimonio familiar”, aunque su regulación actual (no digamos vigente...) deba ser reemplazada por una enteramente distinta, adecuada a los principios y normas de nuestro ordenamiento fundamental, expuestos en la parte IV de esta comunicación, es también instituto propio de este Derecho. Y, en fin, aparte otras figuras de menos relevancia, puede también citarse, sin que esto signifique atribuirle finalidades distintas de las que estrictamente le corresponden, la expropiación forzosa por causa de interés social, según la ley dictada para el acceso a la propiedad de modestos cultivadores de la tierra. fecha 27 de abril de 1946.

Acerca de estas instituciones agrarias el autor de esta comunicación tiene publicados trabajos que se relacionan aparte, entre los que se incluye también, por su referencia a un problema importante de “régimen agrario”, la comunicación presentada sobre los poblados de colonización al XIV Congreso Interamericano de Municipios, celebrado en Málaga en el mes de junio del presente año.

Madrid. 15 de octubre de 1972

## SIGLAS Y REFERENCIAS

Puntos Programáticos del Movimiento Español = PPM.

Leyes Fundamentales del Reino = LF.

Ley de Principios del Movimiento = PM.

Fuero de los Españoles = FE.

Fuero del Trabajo = FT.

Ley Orgánica del Estado = LO.

Las publicaciones del autor de esta comunicación sobre los temas abordados en la misma son las siguientes:

“Modernas orientaciones de la colonización agraria en España” (Estudio de la Ley de Colonización y Distribución de la Propiedad en las Zonas Regables). Pub. en ANUARIO DE DERECHO CIVIL, t. 11, y en *Estudios* del Instituto Nacional de Colonización, núm. 21, año 1949.

“Un proceso legislativo interesante” (Sobre la transformación en regadío y la “colonización” como modo de adquirir la propiedad). Conferencia, en 1950. Semanas Sociales Malacitanas, organizadas por el Cardenal don Angel Herrera. Pub. en *Estudios*, INC, núm. 20.

“La expropiación por causa de interés social en la agricultura” (Comentarios a la Ley de 27 de abril de 1946). Pub. en ANUARIO DE DERECHO CIVIL, t. V, 1952.

“La colonización interior y el Derecho Agrario”, reflexiones sobre el I Coloquio Latino de Derecho Agrario, celebrado en Zaragoza en noviembre de 1964. Pub. en *Revista de Derecho Español y Americano*, núm. 8, abril-junio 1965, y en *Rivista di Diritto Agrario*, luglio-dicembre 1965.

“La política y el concepto de colonización”, conferencia el 16 de marzo de 1966 en la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, de Madrid. Pub. en *Estudios*, INC, núm. 25, 64 págs.

“El Derecho Agrario y las reformas” (A propósito del libro de Díaz Balart: “Derecho Agrario y política agraria”). Pub. en *Revista de Derecho Español y Americano*, núm. 12, Madrid, Inst. de Cultura Hispánica, 1966.

“La colonización agraria”. Serie de cinco artículos en el diario *Ya*, de Madrid, en enero de 1971, con ocasión de prepararse unas Leyes sobre agricultura e Instituto Nacional de Colonización. Ejs. en multicopista.

“Dos proyectos de Ley de Agricultura”. Serie de cinco artículos en el diario *El Alcázar*, de Madrid, en junio de 1971, comentando los proyectos de Ley creando el Instituto Nacional de Reforma y Desarrollo Agrario y sobre comarcas y fincas mejorables. Ejs. en multicopista.

“Reformas agrarias y colonización”. Artículo en *Ya*, de Madrid, en mayo de 1971. Ejs. en multicopista.

*Pueblos de colonización, III Plan de Desarrollo y proyecto de Ley nueva sobre Régimen Local*. Comunicación al XIV Congreso Interamericano de Municipios, celebrado en Málaga en junio de 1972. Pub. por la Secretaría del Congreso. (Instituto de Estudios de Administración Local. Madrid.)

# La deuda legal indemnizatoria en la vigente Ley de Caza

MARIANO FERNANDEZ MARTIN GRANIZO  
Abogado - Fiscal

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN AL TEMA. 1. *Fuentes legales*. 2. *Naturaleza jurídica del "deber legal indemnizatorio" contemplado en el artículo 33-5 de la Ley de Caza*.

II. EL DEBER DE INDEMNIZAR QUE ESTABLECE EL ARTÍCULO 33-5 DE LA LEY 1/1970, ¿ES INDEPENDIENTE DEL SEGURO OBLIGATORIO?

III. AMBITO DE APLICACIÓN DEL ARTÍCULO 33-5 DE LA LEY DE CAZA. 1. *Ambito objetivo*. a) Daños indemnizables. a') Los daños morales. b') Los perjuicios. 2. *Ambito territorial*. 3. *Ambito subjetivo*. A) Estudio del sujeto pasivo (o deudor). a) Deudor inmediato o directo. b) Deudor mediato o garantizador. c) Supuestos especiales. 1) Problemática de la "solidaridad". 2) Propietario de armas desconocido o que no haya concertado Seguro Obligatorio. 3) Daño causado con arma sustraída. B) Estudio del sujeto activo (o acreedor). a) Acreedor cuyo crédito no se encuentra garantizado por el Seguro Obligatorio. b) Acreedores cuyos créditos cuentan con la garantía del Seguro Obligatorio: problemática que su estudio plantea.

IV. SUPUESTOS DE EXCLUSIÓN DE LA OBLIGACIÓN LEGAL DE INDEMNIZAR. a) La culpa o negligencia del perjudicado; alcance de la frase "... cuando el hecho fuera debido únicamente a culpa o negligencia del perjudicado...". a') Problemática de la "compensación de culpas". b) La "fuerza mayor". c) Que los daños sean causados por acciones u omisiones que constituyan delito o falta dolosa tipificada en el Código penal. d) Examen del inciso último del artículo 33-6, a), del Reglamento de Caza.

V. OTROS ASPECTOS DEL OBJETIVO DEBER DE INDEMNIZAR ESTABLECIDO EN LA LEY DE CAZA. 1.º En orden al "quantum" indemnizatorio. 2.º Sobre la posibilidad de compatibilizar diversas indemnizaciones. 3.º Las acciones para exigir el débito indemnizatorio y su prescripción. I) Acciones dirigidas a obtener la satisfacción de la "deuda indemnizatoria". 1.º En los daños a las personas producidos con armas. A) Acción directa. B) Las "demás acciones legales" en los daños producidos con armas a las personas. 2.º En los daños producidos con o sin armas a cosas, o sin armas a las personas. 3.º El tema de la "llamada en juicio" del asegurador. II) Prescripción de acciones. a) Prescripción de la "acción directa". b) Prescripción de las "demás acciones".

## I. INTRODUCCION AL TEMA

Una simple lectura del artículo 33-5 de la vigente Ley de Caza (1) nos pone de relieve cómo en el mismo se contempla una doble faceta indemnizatoria o, si se prefiere, responsabilidad, cuyas diferencias vienen determinadas por el agente productor del daño:

a) *La caza*, en los casos que contempla y regula el citado artículo 33 en sus números 1 a 4; y

b) *El cazador*, en el supuesto del número 5.

El estudio de ambas manifestaciones es interesante. Mas, como indica el título del presente trabajo, éste se va a limitar al examen del último de los supuestos indicados, o sea, al que contempla el artículo 33-5 de la L. C.

### 1. FUENTES LEGALES.

Son la Ley 1/1970, de 4 de abril, que entró en vigor el 1 de abril de 1971 (2); el Reglamento para su aplicación, promulgado por Decreto 506/1971, de 25 de mayo (3), y la Orden de 20 de julio de 1971, por la que se establece el Reglamento provisional del Seguro Obligatorio de responsabilidad civil del cazador (4).

Sin perjuicio de transcribir a lo largo del presente trabajo los principales preceptos legales y reglamentarios relativos al mismo, procederemos ahora a hacerlo con los fundamentales, esto es, los artículos 33-5 y 52 de la L. C. y los 35-6 y 52-1 del Rgt.º C.

#### *Ley 1/1970. Título quinto. Artículo 33-5:*

“Todo cazador estará obligado a indemnizar los daños que causare con motivo del ejercicio de la caza, excepto cuando el hecho fuera debido únicamente a culpa o negligencia del perjudicado o a fuerza mayor. En la caza con armas, si no constare el autor del daño causado a las personas, responderán solidariamente todos los miembros de la partida de caza.”

“*Artículo 52. Seguro obligatorio.*—1. Todo cazador con armas deberá concertar un contrato de seguro que cubra la obligación de indemnizar los daños a las personas establecidos en el número 5 del artículo 33 de esta Ley. La obligación de indemnizar estará limitada por la cuantía que reglamentariamente señale el Gobierno para las prestaciones del Seguro Obligatorio,

(1) En lo sucesivo, cuando hagamos referencia a esta Ley, emplearemos las iniciales L. C.

(2) Por Decreto 505/1971, de 25 de marzo, se dispuso: “Artículo único.— A partir del día 1 de abril de 1971, entra en vigor la Ley de Caza de 4 de abril de 1970.”

(3) Desde este momento, toda referencia al citado Reglamento la haremos empleando las siglas Rgt.º C.

(4) Respecto de esta disposición, las ulteriores referencias a la misma se harán empleando las iniciales Rgt.º Prov.

sin perjuicio de las indemnizaciones que por encima de dicho límite o para los daños a las cosas puedan derivarse de la aplicación de los Códigos penal y civil.”

*Reglamento (Decreto 506/1971). Título V. Artículo 35-6:*

“a) Todo cazador estará obligado a indemnizar los daños que causare con motivo del ejercicio de la caza, excepto cuando el hecho fuera debido únicamente a culpa o negligencia del perjudicado o fuerza mayor. No se considerarán como casos de fuerza mayor los defectos, roturas o fallos de las armas de caza y sus mecanismos o de las municiones. No obstante, en caso de daños a las personas, se estará a lo dispuesto en el artículo 52 de este Reglamento.”

“b) En la caza con armas, si no consta el autor del daño causado a las personas, responderán solidariamente todos los miembros de la partida de caza. A estos efectos se considerarán únicamente como miembros de la partida aquellos cazadores que hayan practicado el ejercicio de la misma en la ocasión y lugar en que el daño haya sido producido y que hubieren utilizado armas de la clase que originó el daño.”

“Artículo 52-1.—Todo cazador con armas deberá concertar un contrato de seguro que cubra la obligación de indemnizar los daños a las personas establecidos en el artículo 33 de la Ley de Caza. No se podrá practicar el ejercicio de la caza con armas sin la existencia de este contrato en plenitud de efectos.”

“3. La cuantía máxima de las prestaciones a cargo del seguro a que se refiere el presente artículo será la que, de acuerdo con la naturaleza de los daños, tenga establecida la legislación que regula el Seguro Obligatorio de vehículos de motor, sin perjuicio de las indemnizaciones que por encima de dicho límite o para los daños a las cosas puedan derivarse de la aplicación de los Códigos penal y civil.”

## 2. NATURALEZA JURÍDICA DEL “DEBER INDEMNIZATORIO” CONTEMPLADO EN EL ARTÍCULO 33-5 DE LA LEY DE CAZA.

Nada dicen la Ley y su Rgt.º en el articulado ni en la exposición de motivos en orden al tema de la responsabilidad.

No obstante, el contenido del número 5 del artículo 33, que acabamos de transcribir, y también su gran similitud con el artículo 39 de la Ley 122/1962, de 24 de diciembre, así como el 1.º de su texto refundido (5) de 21 de marzo de 1968, autorizan a afirmar que nos hallamos a presencia de un claro supuesto de *obligación legal de resarcir*, a los que la doctrina científica, con criterio que no compartimos, suele designar con el nombre de “responsabilidad objetiva” (6).

(5) En lo sucesivo, cuando hagamos referencia a estas disposiciones, lo haremos empleando las iniciales L. V. M. (Ley de Vehículos de Motor, núm. 122/1962, de 24 de diciembre) y T. R. (Texto refundido de la Ley de Vehículos de Motor, promulgado por Decreto 632/1968, de 21 de marzo).

(6) Para poner de relieve la enorme semejanza de ambos preceptos transcribimos el artículo 1.º del T. R., exactamente igual al 39 de la Ley 122/1962, que dice así:

En apoyo de esta posición se encuentra el hecho de que la propia L. C., cuando alude a las consecuencias derivadas de los daños producidos en el ejercicio de la caza, emplea el término "obligación" u "obligado" (7), autorizando con ello a entender que de los referidos daños lo que surge no es una verdadera "responsabilidad" y sí una auténtica "obligatio" (8).

Por último, diremos que, al igual que acontece con la llamada "Ley del automóvil", la de navegación aérea y todas las demás que sancionan esta especial "obligación", el "objetivo deber de indemnizar" que la de caza establece no se impone en toda su pureza, pudiendo por ello afirmarse que sigue, como aquéllas, el principio de "responsabilidad objetiva atenuada" (9).

## II. EL DEBER LEGAL DE INDEMNIZAR QUE ESTABLECE EL ARTICULO 33-5 DE LA LEY 1/1970, ¿ES INDEPENDIENTE DEL SEGURO OBLIGATORIO?

La "obligación legal de indemnizar" los daños producidos por *los cazadores* viene consagrada en el artículo 33-5 que hemos transcrito.

Del examen de dicho precepto y número una cosa salta a la vis-

---

"El conductor de un vehículo de motor que con motivo de la circulación cause daños a las personas o a las cosas estará obligado a reparar el mal causado, excepto cuando se pruebe que el hecho fuera debido únicamente a culpa o negligencia del perjudicado o a fuerza mayor extraña al conductor o al funcionamiento del vehículo..."

Salvando las naturales diferencias entre la conducción de vehículos de motor y el ejercicio de la caza, así como ciertos detalles relativos al alcance del concepto "fuerza mayor" y algún otro extremo de carácter más circunstancial, el contenido y la idea inspiradora de ambas disposiciones legales es idéntico.

Por otra parte, las similitudes entre ambos cuerpos legales se proyectan también sobre el Seguro Obligatorio en cuanto, como hemos podido comprobar a través del transcrito artículo 52-1 de la Ley y 52-3 del Rgt.º, hay una clara y concreta remisión a las normas reguladoras del mismo en la legislación relativa a vehículos de motor.

(7) Tal acontece con el artículo 33-5 L. C. cuando nos dice que "Todo cazador estará obligado a indemnizar...", lo que reitera el 35-6, a), de su Rgt.º, así como con el 52-1 de la citada Ley, al establecer que habrá de concertarse un contrato de seguro a fin de cubrir "... la obligación de indemnizar los daños a las personas...", lo cual es recogido por el artículo 52-1 de su Regt.º

(8) Ver sobre la construcción jurídica de esta figura nuestra obra *Los daños y la responsabilidad objetiva en el Derecho positivo español*, Edit. Aranzadi, Pamplona, 1972, especialmente págs. 113 y ss.

(9) En efecto, el objetivo "deber de indemnizar" aplicado en su más estricta pureza obliga a resarcir todos los daños que puedan producirse, desde los originados por dolo civil hasta aquellos que deriven de fuerza mayor, e incluso culpa exclusiva del perjudicado o víctima. Esto no es precisamente lo que acontece en nuestro Derecho positivo, que excluye los supuestos de daños originados por "fuerza mayor" o culpa exclusiva del perjudicado.

En cuanto a la denominación de "responsabilidad objetiva atenuada", es un término que hemos visto por vez primera empleado por el Procurador en Cortes señor Gómez de Aranda (vid. Rv. *Pretor*, núm. 1/1963, pág. 136).

ta: *el deber legal indemnizatorio que en el mismo se establece tiene vida propia, surgiendo directa e inmediatamente del daño producido "con motivo del ejercicio de la caza"*.

Consiguientemente, *todo cazador* que con *dicho motivo* cause algún daño viene *obligado* por ministerio de la Ley a indemnizarlo, salvo que concurra alguno de los supuestos de exención que en el citado precepto se determinan.

Mas una cosa es el "objetivo deber de indemnizar" que la L. C. impone y otra la "garantía" que para asegurar la percepción de las indemnizaciones establece dicha norma y desarrollan su Reglamento y el provisional del Seguro Obligatorio de responsabilidad civil del cazador.

La primera de estas figuras merece, en nuestra opinión, el carácter de "institución principal" o "fundamental", mientras que la segunda, o sea, el Seguro Obligatorio, es una institución "secundaria" en cuanto desempeña respecto de la anterior *una finalidad exclusivamente garantizadora*, sin olvidar que su existencia depende de la anterior y que, por lo tanto, carece de vida propia.

Consecuencia de esto es que ambas manifestaciones indemnizatorias puedan no coincidir y, por tanto, que no siempre el titular activo de la "obligación legal indemnizatoria" o acreedor disponga de la garantía que supone el Seguro Obligatorio.

Ello se encuentra previsto en los artículos 52-1 de la L. C. y 52-1 y 3 de su Rgt.º, que hemos transcrito, de cuya contemplación pueden extraerse las siguientes consecuencias:

1.ª La "garantía" económica que supone el Seguro Obligatorio del cazador tiene un límite.

2.ª Más allá de él la indemnización de los daños se proyecta exclusivamente sobre el que los causó (10).

Por otra parte, lo que acabamos de exponer nos reconduce al examen de una interesante cuestión: la de determinar en qué supuestos el resarcimiento del daño cuenta con el soporte garantizador de dicho Seguro.

A estos efectos hemos de indicar que de la contemplación de los artículos citados, así como del 3.º-2 y 23 del Rgt.º Prov., extraemos la conclusión de que para entrar en juego el mecanismo del Seguro Obligatorio es necesario que en los daños producidos concurran los siguientes requisitos:

- 1.º Que se causen por un cazador.
- 2.º Que se ocasionen con motivo del ejercicio de la caza (11).

---

(10) En consecuencia, la percepción de la indemnización que sobrepase los límites del Seguro Obligatorio, o que no disfrute de su garantía, dependerá de los medios económicos del causante de los daños, y en todo caso, si lo hubiere, de los del "responsable civil subsidiario".

(11) Nos referiremos con mayor detalle a ese "ejercicio de la caza" más adelante.

- 3.º Que se produzcan con armas (12).
- 4.º Que se trate de daños a las personas.

El concierto del contrato de seguro no es, sin embargo, requisito esencial, en cuanto en el caso de no haber sido suscrito entrará en juego el Fondo Nacional de Garantía (13).

### III. AMBITO DE APLICACION DEL ARTICULO 33-5 DE LA LEY DE CAZA

Bajo este genérico epígrafe comprendemos el estudio de una serie de supuestos muy diversos, entre los que destacaremos, para comenzar su estudio, los siguientes aspectos:

1.º *El objetivo*, referido tanto a los daños indemnizables como a los medios con que puedan ser producidos.

2.º *El territorial*, que afecta al lugar en que deben producirse los daños objetivamente indemnizables.

3.º *El subjetivo*, relativo a las personas a que puede afectar el daño, tanto desde el punto de vista activo (acreedor) como pasivo (deudor).

1.º *Ambito objetivo*: a) *En orden al medio u objeto productor del daño*.—Siguiendo el criterio que marcamos al examinar el tema de la independencia entre el Seguro Obligatorio y el “objetivo deber de indemnizar”, la presente cuestión ha de enfocarse partiendo de la distinción entre ambas figuras.

En consecuencia, creemos se puede afirmar a la vista de los artículos 33-5 y 52-1 de la L. C., 35-6 y 52-1 de su Rgt.º, así como 2.º-1 y 2 y 9.º-1 del Rgt.º Prov., que la “obligación legal de indemnizar” surge siempre que por el cazador y *con motivo del ejercicio de la caza* se cause algún daño, sea cual fuere el medio u objeto que lo produjere, toda vez que el artículo 33-5 no impone límite alguno en orden a dicho aspecto. Ello hace que sean “objetivamente indemnizables” no sólo los daños causados con armas, sino también los producidos con otros medios, objetos o instrumentos, como pueden ser los vehículos de motor, debiendo por tanto comprenderse aquí los que se puedan originar durante el transporte de los cazadores de unos puestos a otros, así como los que pudieran sufrir los ojeadores al ser trasladados en vehículos de motor para iniciar los ojeos, e incluso los experimentados por terceros, tanto si se producen con armas como con otro medio.

---

(12) Sobre el término “armas” trataremos con ocasión de estudiar lo relativo al “ámbito objetivo”.

(13) Sobre dicho Fondo, ver artículos 3.º-1 y 23 Rgt.º Prov., que más adelante tendremos ocasión de comentar.

Por otra parte hemos de indicar que en lo sucesivo, cuando nos refiramos a dicho Fondo, emplearemos las iniciales F. N. G.

Mas una cosa es que el “deber de resarcir” surja por el mero hecho de producirse un daño “con motivo del ejercicio de la caza” y otra distinta que el “perjudicado” disponga siempre de la “garantía” que el Seguro Obligatorio supone en orden a la percepción de la indemnización.

En efecto, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 52-1 de la L. C. y 52-1 de su Regt.º :

“Todo cazador *con armas* deberá concertar un contrato de seguro que cubra la obligación de indemnizar los daños a las personas establecidos en el número 5 del artículo 33 de esta Ley...”

Es evidente, por tanto, que la concurrencia de ambas figuras: la principal (“obligación legal de indemnizar”) y la secundaria o “garantizadora” (Seguro Obligatorio o F. N. G.) sólo se dará en los supuestos de daños producidos por armas (14).

Ello nos sitúa ante otra interesante cuestión, habida cuenta la imprecisión que respecto de “las armas” mantienen la L. C. y su Regt.º

Y nos hacemos esta pregunta, porque si bien tanto la L. C. como su Regt.º (15), e incluso el Regt.º Prov., puede acaso parecer que autorizan a deducir, al menos en principio y de modo simplemente argumental, que se trata de “armas de fuego”, hemos de tener necesariamente en cuenta antes de adoptar o aceptar esta solución :

a) Que la única especificación relativa a las *armas* que contienen dicha Ley y Regt.º es la del artículo 3.º-3, donde se dice: *Para cazar con armas de fuego o accionadas por aire u otros gases comprimidos...*, lo que da a entender que el ejercicio de la caza puede realizarse con otra clase de armas.

b) Que a su vez, tanto los artículos 2.º de la Ley y su Regt.º como los 52-1 y 52-1 y 2 de ambos cuerpos legales, e incluso los 2.º-1, 3.º, 6.º-3. y 9.º-1 del citado Regt.º Prov. se limitan en realidad a hablar de “armas”, sin precisar dicho término ni, por tanto, limitarlo a las de fuego.

c) Que el Decreto 2.122 de 1972, de 21 de julio, dictado en cumplimiento de lo dispuesto en la disposición final tercera del Regt.º C. para regular las armas y medios de caza que precisan autorización gubernativa especial, incluye entre *las armas* que necesitan dicho requisito, en su artículo 1.º, las siguientes :

“c) El fusil de inyección anestésica capaz de lanzar proyectiles que faciliten la captura de animales salvajes anestesiándolos a distancia durante un lapso de tiempo.”

---

(14) Y siempre, además, que se trate de daños a las personas, en cuanto los daños a las cosas no gozan de la garantía del Seguro Obligatorio.

(15) Pueden verse a estos efectos, principalmente, los artículos 3.º-3 de la Ley y 3.º-3 y especialmente el 37-Clase A), del Regt.º C.

“f) Los cuchillos de monte” (16).

“g) Los arcos y ballestas que sirvan para disparar flechas eficaces para la caza.”

d) Que si bien la interpretación restrictiva del término “armas” favorece indudablemente a las entidades concertadoras del Seguro Obligatorio y al F. N. G., no es menos exacto que implica claro perjuicio para los perjudicados o víctimas del daño, en cuanto se ven privados con ella de la *garantía indemnizatoria* que dicho Seguro supone.

A la vista de lo indicado nos atrevemos a opinar, en principio al menos, que la *garantía* del Seguro Obligatorio debe extenderse a los daños causados a las personas en el ejercicio de la caza con las “armas”, tanto de fuego como accionadas por aire u otro gas comprimido, a que se refiere el artículo 3.º-3 de la Ley y Rgt.º C., así como a las producidas con otras armas no de fuego, tales como cuchillos de monte, arcos y ballestas (17).

Mas volvamos al examen de los requisitos que debe reunir el “daño indemnizable” para que cuente con la “garantía” del Seguro Obligatorio, y centremos nuestra atención sobre un punto hasta ahora no tratado: el de la suscripción del contrato de dicho Seguro, impuesto en el artículo 52-1 de la L. C y 52-1 de su Rgt.º ¿Es requisito esencial para que entre en juego el mecanismo garantizador de dicho Seguro?

Creemos que no, apoyándonos para mantener esta opinión en los artículos 3.º-2 y 23 del citado Regt.º Prov., que dicen así:

“Artículo 3.º—2. Los cazadores no asegurados vendrán obligados a indemnizar los daños producidos de acuerdo con la legislación vigente. No obstante, las víctimas o sus derechohabientes podrán dirigirse directamente al Fondo Nacional de Garantía a que se refiere el capítulo V de esta disposición, que abonará las indemnizaciones correspondientes dentro del ámbito de este seguro y podrá repetir contra el causante del daño, aunque éste no haya sido condenado ni sancionado.”

“Artículo 23.—La Sección Especial de Riesgos de Caza asumirá las siguientes funciones:

a) Indemnizar a las víctimas o a sus derechohabientes de accidentes producidos por el cazador en el ejercicio de la caza con armas, *cuando el causante del daño no esté asegurado* o cuando sea desconocido, siempre que en este último caso no sea de aplicación el artículo 21 de esta disposición.”

(16) A su vez, el Rgt.º de Armas de 27 de diciembre de 1944 considera como arma de caza el “cuchillo de monte” en su artículo 104, y por su parte, tanto el Decreto de 23 de diciembre de 1965 como el Decreto de 11 de febrero de 1971 aluden a “las carabinas... de aire u otro gas comprimido...”.

(17) Lógicamente, todas estas armas exigirán que se concierte el oportuno contrato de Seguro Obligatorio, requisito sin el cual su utilización no será permitida (art. 52-1, inciso 2.º, Regt.º C.).

No obstante, no debe olvidarse que, concertado o no dicho Seguro, la “garantía” que el mismo supone entra siempre en juego, bien a través de la Compañía aseguradora, bien del F. N. G.

La lectura de estos preceptos, y especialmente del último transcrito, nos pone de relieve cómo en ausencia del contrato de Seguro Obligatorio entra en juego ese *mecanismo garantizador subsidiario* que es el F. N. G.

b) *Daños indemnizables*.—La redacción del artículo 33-5 es de tal amplitud, en lo que a daños indemnizables se refiere, que en nuestra opinión bien puede decirse no tiene límites objetivos propiamente dichos y sí, únicamente, territoriales y subjetivos.

Queremos con ello indicar que la lectura del citado precepto inclina a la consideración de ser indemnizables tanto los daños a las personas como a las cosas, opinión que apoyamos en las siguientes consideraciones:

1.<sup>a</sup> Que mientras en el epígrafe primero del número 5 del artículo que examinamos se emplea una frase de enorme amplitud en fuer de su generalidad, cual es la de ... *los daños que causare...* el cazador, en el epígrafe segundo se *personalizan* y, por tanto, concretan éstos, al aludir única y exclusivamente al ... *daño causado a las personas*.

2.<sup>a</sup> Que como los daños a las cosas comprendidos en los restantes números de este artículo deben ser indemnizados por “los titulares de aprovechamientos cinegéticos” —número 1— (18) o el Ministerio de Agricultura —número 4—, es lógico que cuando el deber legal de resarcir recaiga sobre “el cazador” éste venga obligado a indemnizar todos los daños que pueda causar, y por tanto lo mismo los personales que los producidos a cosas y semovientes (19).

No obstante, y por lo que a los daños a las cosas se refiere, hemos de hacer constar que en su indemnización no entra en juego esa esencial garantía que es el Seguro Obligatorio, en cuanto, como claramente establece el artículo 52-1 de la L. C. y corrobora el 52-1 de su Rgt.<sup>o</sup>, así como el 2.<sup>o</sup> del Rgt.<sup>o</sup> Prov., este Seguro cubre únicamente ... *la obligación de indemnizar los daños a las personas...*

A su vez, y en orden a los daños a las personas, somos de la opinión que la amplitud de la frase ... *daños causados a las personas...* autoriza a considerar indemnizables tanto los que afectan a la vida como a la integridad corporal del ser humano, concepto este último bajo el que consideramos puede comprenderse la salud tanto física como mental (20).

(18) Y “subsidiariamente los propietarios de los terrenos”.

(19) Por otra parte, es también lógico pensar que la caza no puede producir daños a las personas indemnizables por los propietarios del aprovechamiento cinegético, razón por la cual estos daños no aparecen en los cuatro primeros números del artículo que estamos comentando.

(20) Como indicábamos en nuestra obra *Los daños...*, pág. 315 y nota 509, “Nos fundamos para hacer esta amplia interpretación del daño corporal en una serie de disposiciones legales que, si bien no siempre afectan al artículo 1.<sup>o</sup> del Texto refundido, son, sin embargo, de interés a los efectos de delimitar el alcance del citado concepto.

Son ellas, entre otras, el Decreto 3.787/1964, de 19 de noviembre, que aprobó el Reglamento del Seguro Obligatorio de Vehículos de Motor, especialmente en sus artículos 22 y 23...”

a) *Daños morales*.—Otro aspecto interesante en orden al ámbito objetivo de los daños a personas es el relativo a si podrán o no ser indemnizados los llamados daños morales.

En nuestra opinión, sí. Téngase en cuenta que, como acabamos de indicar con referencia a la “salud física y mental”, el artículo 33-5, lejos de limitar el ámbito objetivo de estos daños, parece extenderlo *ad infinitum* al amparo de la amplitud de las frases ... *obligado a indemnizar los daños que causare...* y ... *del daño causado a las personas...*

Por otra parte, ni el artículo 52-1 y 5 de la Ley ni el 52-1 del Rgt.º limitan tampoco, en orden al régimen del Seguro Obligatorio, la naturaleza de los daños a los efectos de su indemnización con cargo al referido Seguro (21).

Por último, y con referencia a dichos *daños morales*, hemos de indicar:

a) Que el abono de los mismos deberá realizarse, en nuestra opinión, con cargo al Seguro Obligatorio y dentro de los límites cuantitativos en el mismo establecidos (22).

b) Que en el supuesto de exceder de dichos límites la indemnización, el *plus*, deberá ser abonado por el cazador que los hubiere causado o, en su caso, por los miembros de la partida de caza, sin olvidar al “responsable civil subsidiario” si lo hubiere.

b) *Perjuicios*.—¿Son indemnizables los “perjuicios” originados con ocasión o como consecuencia de la caza? Estimamos que sí, por las mismas razones que alegamos al tratar de los *daños morales*; esto es, que ni la Ley ni el Rgt.º C. lo prohíben.

Por otra parte existe, como hemos tenido ya ocasión de indicar, una clara remisión de la Ley y Rgt.º C. al Rgt.º del Seguro Obligatorio de vehículos de motor, el cual, a su vez, contiene en el artículo 5.º una específica referencia a los “perjuicios”.

Por último, diremos que los “perjuicios” no figuran en la relación de “daños” no cubiertos por el Seguro Obligatorio que se contiene en el artículo 9.º-3 del Rgt.º Prov.

Téngase en cuenta, a los efectos de la L. C., la remisión que el artículo 52-3 de su Rgt.º hace al Seguro Obligatorio de Vehículos de Motor en orden a la cuantía máxima de las prestaciones, así como la referencia que a dicho Seguro hace el artículo 11-1 del Rgt.º Prov.

Entendemos, por tanto, que existen las mismas razones en la L. C. que en la 122/1962 y su T. R. de 1968, sobre daños producidos por vehículos de motor, para considerar que en ambas deben entenderse comprendidos bajo la garantía del Seguro Obligatorio los daños a que nos venimos refiriendo.

(21) Cuando decimos que los citados artículos de la Ley y Rgt.º C. no limitan la naturaleza de los daños en orden al régimen del Seguro Obligatorio, nos referimos a lo relativo a daños *stricto sensu*, “morales” y “perjuicios”, no a si se trata de daños a personas o a cosas, ya que estos últimos están expresa y terminantemente exceptuados de la garantía que supone dicho Seguro.

(22) Dichos límites, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 52-3 del Rgt.º C. y 11 del Rgt.º Prov., son los establecidos en el artículo 23 del Reglamento del Seguro Obligatorio de Vehículos de Motor, de 19 de noviembre de 1964.

2.º *Ambito territorial.*—No aparece este punto claramente delimitado en el número que estamos contemplando, en contraste con la posición que el legislador adopta en los números precedentes. Así, mientras en éstos aparece que son indemnizables únicamente los daños que se produzcan en los aprovechamientos cinegéticos —número 1— (23), en los terrenos limítrofes a los refugios, reservas y parques nacionales —argumento número 3—, e incluso más alejados si se acredita fueron causados por la caza —argumento número 4— (24), de la contemplación del número 5 lo único que aparece es la obligación que tiene el “cazador” de indemnizar “... los daños que causare con motivo del ejercicio de la caza...” (25).

Y si bien es cierto que el título segundo de la L. C. en los artículos 8.º a 21, que regulan lo relativo a los terrenos de caza y al ejercicio de ésta, se determina cuál sean dichos “terrenos”, ello no resuelve la cuestión, habida cuenta la enorme amplitud de la frase ... con motivo del ejercicio de la caza... que se contiene en el tantas veces citado artículo 33-5.

Todo esto nos sitúa ante la necesidad de inquirir el ámbito de dicha frase, preguntándonos qué habrá querido significar o indicar el legislador con ese impreciso término.

En nuestra opinión, “la obligación legal de resarcir” estos daños es evidente, dada la redacción legal e incluso la idea que parece haber presidido la redacción de los artículos 33-5 y 52 de la Ley, 35-6 y 52 de su Rgt.º y 2.º del Rgt.º Prov., siempre que los mismos se causen en dichos terrenos y con motivo de la caza (26).

Mas el problema se plantea, o al menos se puede plantear, cuando se trate de daños producidos *in itinere*, esto es, durante el traslado de los cazadores desde sus domicilios a los terrenos de caza. Y ante esta y otras parecidas situaciones cabe plantear estas interrogantes: ¿Vienen comprendidos dichos daños en el artículo 33-5?, y más aún: ¿Cuentan con la garantía indemnizatoria que supone el Seguro Obligatorio de caza?

En cuanto a la primera pregunta, la contestamos afirmativamente con base en las siguientes consideraciones:

1.ª Nada hay en la L. C., ni concretamente en su artículo 33-5, que proscriba la obligación de indemnizar estos daños.

Cierto es que el Rgt.º Prov. en su artículo 2.º-1, al regular lo relativo a la *finalidad* del Seguro Obligatorio de responsabilidad civil del cazador, nos dice, entre otras cosas, que en el ámbito de dicho Seguro viene comprendido el deber de indemnizar los daños causados a las personas, con armas y en el ejercicio de la acción de cazar.

(23) Ver también el artículo 35-1, a), del Rgt.º C.

(24) Ver, en relación con ello, el artículo 35-5, a), del Rgt.º C.

(25) Tampoco el artículo 35-6 del Rgt.º C. contribuye a aclarar el tema.

(26) Bien entendido, sin embargo, que la garantía del Seguro Obligatorio solamente surgirá cuando además de en dichos “terrenos” y con el indicado motivo se causan con “armas”, de acuerdo con lo indicado al estudiar este aspecto, y sean personales.

... incluido el tiempo de descanso dentro de los límites del terreno de caza..., lo que parece excluir automáticamente el daño *in itinere* a que nos estamos refiriendo.

Mas pese a ello insistimos en nuestra posición, por cuanto la Ley nada dice y el Rgt.º Prov. a que nos estamos ahora refiriendo, aprobado por Orden ministerial, carece de rango para modificar o alterar el contenido de una norma legal, que es lo que parece hacer en el concreto supuesto que contemplamos (27).

2.ª Por el contrario, el término *con motivo* es de una tal amplitud que, en nuestra opinión, permite comprender en él incluso aquellas actividades que, si bien previas, van directa e inmediatamente dirigidas al ejercicio del derecho de cazar, entre las que merecen, en nuestra opinión, la cualidad de esenciales el transporte de los cazadores hasta el terreno de caza.

Por lo que a la segunda pregunta se refiere, entendemos que si los daños se produjeran a las personas y con "armas", entrará en juego la garantía del Seguro Obligatorio. No así si el medio productor del daño fuere otro, bien que el "deber de indemnizar"  *siga siendo objetivo*.

Otro supuesto discutible es el de los daños producidos en el propio domicilio del "cazador" cuando la víctima sea un miembro de su familia, un extraño u otro compañero de caza y el motivo la preparación de las "armas" que van a ser utilizadas en la cacería, la carga de la munición que se va a emplear, etc. ¿Entrarán estos daños a los efectos indemnizatorios en el ámbito de ese ... *con motivo*... que estamos contemplando?

La solución no es fácil, habida cuenta las dificultades que puede ofrecer la interpretación, tanto temporal como causal, de la frase a que venimos aludiendo con tanta insistencia.

En efecto, ¿hasta qué punto se puede determinar cuál de los actos que hemos indicado son, en cierto modo al menos, preparatorios de la "caza" y cuál ajenos a ella? E incluso, ¿cuándo puede afirmarse que comienza efectivamente el ejercicio de la misma?

Somos de la opinión que la acción de "cazar" requiere, a los efectos indemnizatorios, no sólo una actividad directa desarrollada en el "terreno de caza", sino también unos actos que pongan de relieve de modo claro y evidente se va a ejercitar dicha actividad, todo lo cual se pone de manifiesto, en nuestro modo de ver, en el supuesto primeramente indicado. mas no en el que ahora contemplamos, en

---

(27) Fijémonos a estos efectos en que así como en orden a los límites cuantitativos del "objetivo deber de indemnizar" la Ley contiene en su artículo 52-1 clara delegación al Gobierno para que éste fije el *quantum* de las prestaciones del Seguro Obligatorio, nada dice ni ninguna referencia contiene en lo relativo al lugar en que se causen los daños, pudiendo en consecuencia decirse que la Orden ministerial a que nos venimos refiriendo incide en *oficiosidad* criticable, a la vez que inaceptable, al pretender alterar la estructura legal perfilando *contra legem* el ámbito territorial que señala el artículo 35-5 para que entre en juego el mecanismo del "objetivo deber de indemnizar".

cuanto se encuentra integrado por actos que bien pudiéramos denominar *mediatamente preparatorios a la vez que indicadores de una abstracta intención de cazar*.

3. *Ambito subjetivo*.—Los elementos personales que intervienen o pueden intervenir en el mecanismo del “objetivo deber de indemnizar” derivado de la caza son, en principio, dos:

- 1.º El sujeto deudor.
- 2.º El sujeto acreedor.

A) *Estudio del sujeto deudor*.—Lo es el obligado a satisfacer el “débito indemnizatorio” surgido del daño que se produzca *con motivo del ejercicio de la caza*.

La determinación de quién pueda ser este sujeto exige ciertas precisiones en cuanto, si bien en principio puede parecer sencillo, ofrece algunas dificultades.

En efecto, si contemplamos el artículo 33-5 de la L. C. y el 35-6 de su Regt.º, veremos cómo después de establecer aquél en su inciso primero la terminante declaración de que *todo cazador estará obligado a indemnizar los daños que causare...*, agrega en el inciso segundo que si no constare quien fuere el autor de los daños a las personas “... responderán solidariamente *todos* los miembros de la partida de caza”.

Mas si pasamos de estos preceptos al artículo 52-1 y 2 de la L. C. y su correspondiente del Rgt.º, vemos cómo el realmente obligado a indemnizar no es el “cazador”, sino la sociedad o la “Asociación Mutua Aseguradora” con la que el “cazador” hubiere concertado el contrato de Seguro Obligatorio, al establecerse en dicho precepto que:

“Todo cazador con armas *deberá* concertar un contrato de seguro que *cubra la obligación de indemnizar los daños a las personas...*”

Declaración ésta que viene reforzada por el artículo 9.º-1 del Reglamento Prov., que dice así:

“Por este contrato el asegurador garantiza el cumplimiento de la obligación de indemnizar los daños a las personas causados por el asegurado con motivo del ejercicio de la caza con armas hasta los límites establecidos en el artículo 11, excepto cuando estos daños...” (28).

---

(28) A su vez, el artículo 2.º-1 de este Rgt.º establece:

“El Seguro Obligatorio cubrirá, en las condiciones previstas en esta disposición y hasta los límites señalados en el artículo 11, la obligación de todo cazador con armas de reparar los daños causados con éstas a las personas con ocasión de la acción de cazar definida en el artículo 2.º de la Ley de Caza, incluido el tiempo de descanso dentro de los límites del terreno de caza en tanto se esté practicando el ejercicio de la misma.”

Ello nos lleva a distinguir aquí, lo mismo que en la “obligación legal de indemnizar” establecida en el artículo 1.º del T. R. de 1968, sobre uso y circulación de vehículos de motor, dos clases o categorías de “deudores”: *el inmediato o directo* y *el mediato o garantizador*, cuyas características pasamos a examinar.

a) “*Deudor inmediato*” o “*directo*”.—El “deudor inmediato” o “directo” lo es en principio el “cazador” causante del daño, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 33-5 de la L. C. y 35-6, a), de su Regt.º

El es, por tanto, el inmediata y directamente obligado a satisfacer la indemnización producida por el daño que ha causado.

Mas el estudio de esta figura plantea una serie de problemas, entre los que se encuentran los referentes a la propiedad del arma, licencia de caza, etc.

Así planteadas las cosas, la primera cuestión que se nos presenta es la relativa a determinar en quién surgirá la “obligación legal de resarcir” cuando se trate de daños causados con armas y éstas no sean propiedad del causante del daño (28 bis).

Tanto el artículo 33-5 de la Ley como el 35-6, a), de su Rgt.º nos hablan de la obligación que tiene el “cazador” de indemnizar el daño que cause, lo que a la vez que parece proyectar la figura del “deudor directo” única y exclusivamente sobre el “cazador”, parece también situar en un segundo y no esencial plano al “arma”, cuando sea este medio el productor del daño.

Sin embargo, es lo cierto que la obligación de concertar el Seguro Obligatorio se proyecta sobre el “cazador con armas” (art. 52-1 Ley y 52-1 Rgt.º C.), lo que puede en principio conducir a la solución de que en el caso que contemplamos pueda no jugar el Seguro su papel garantizador.

Pese a ello, somos de la opinión que, sea cual fuere el propietario del “arma” asegurada, si con ella se causaren daños a alguna persona por quien no fuere su propietario, no sólo surgirá la “obligación legal de indemnizar” en el “cazador” no propietario que hubiere producido el daño, sino que además dicha “obligación” vendrá garantizada por el Seguro Obligatorio (29).

El problema se agudiza, sin embargo, cuando el “cazador” causante del daño y no propietario del “arma” sea insolvente y el *quantum* indemnizatorio supere los límites del Seguro Obligatorio, toda vez que ello nos sitúa ante el complejo problema de la “responsabilidad” del propietario del arma.

La Ley y el Rgt.º C., si bien establecen respectivamente en los artículos 52-1 y 52-1 que cuando se señalen indemnizaciones por

(28 bis) Se trata de un supuesto que se da con relativa frecuencia en los lances de caza.

(29) Mantenemos esta opinión por considerar que en el ámbito del Seguro Obligatorio de responsabilidad civil del cazador la titularidad del “arma” no tiene otra finalidad que determinar la figura tanto del sujeto concertador del Seguro (ver art. 6.º-2 y 3 Rgt.º Prov.) como del obligado a satisfacer la prima (ver mismo art.).

encima de los límites del Seguro Obligatorio se estará a lo dispuesto en el Código penal y en el civil, no resuelven en realidad el problema de dicha "responsabilidad".

Por nuestra parte, nos inclinamos a considerar que en estos casos el propietario del "arma" podrá venir obligado a completar el exceso sobre el *quantum* indemnizatorio cubierto por el Seguro Obligatorio, con base en el artículo 1.902 del Código civil.

Para ello nos apoyamos en la idea de "riesgo" que preside el artículo 33-5 de la L. C., y partiendo de que ese "riesgo" es creado, en el concreto supuesto que estamos contemplando, por el propietario del "arma" al entregarla al tercero causante del daño, estimamos que merece la calificación de *participe mediato del evento dañoso* y, en consecuencia, debe contribuir solidariamente a su resarcimiento (30).

b) *Deudor mediato o garantizador*.—Empleamos esta denominación para designar no a quien genera "la obligación legal de indemnizar" al ser la causa directa e inmediata del daño, esto es, al "cazador", sino a quien sin haber tenido una intervención directa en la producción del resultado lesivo viene a incidir en la relación del mismo surgida a título de garantizador del abono de las indemnizaciones concedidas (31).

Tomando como punto de partida lo indicado, comenzaremos el examen de esta figura teniendo en cuenta que los daños derivados del ejercicio de la caza pueden causarse a las personas o a las cosas y, a su vez, unos y otros ser o no originados por "armas", lo que a su vez da lugar a que entre o no en juego el sistema garantizador del Seguro Obligatorio.

Pues bien; como hemos indicado, sólo en los casos de daños causados con "armas" a las personas entrará en juego la figura del "deudor mediato o garantizador", lo que a su vez nos pone de relieve cómo en la L. C. es regla general que el "cazador" causante del daño sea quien debe indemnizarlo.

---

(30) Tal solución no implica mezcla de principios culpabilistas y objetivos, en cuanto para nosotros la mal llamada "responsabilidad objetiva" comprende la obligación de indemnizar todo resultado lesivo, sea debido a culpa o producido pese a observar la más exquisita diligencia, bien que en nuestro Derecho positivo no se aplique en toda su pureza la idea del pleno y absoluto deber objetivo de resarcir y sí el de la *obligación legal atenuada*, en cuanto existen causas de exclusión, como la culpa exclusiva de la víctima.

Por tanto, somos de la opinión que aun cuando se aplique el artículo 1.902 del Código civil a estos supuestos, tal aplicación deberá hacerse conservando el criterio objetivista que la L. C. marca en su artículo 33-5, ya que hacerlo de otro modo supondría someter a tratamiento distinto hechos esencialmente semejantes.

(31) De todas formas, y con un criterio excesivamente rígido, podría acaso decirse que el "cazador", además de "deudor inmediato", puede ser considerado como "deudor mediato" o "garantizador formal", en cuanto al fin y al cabo es él quien viene legalmente obligado (arts. 52-1 Ley y 52-1 Rgt.º C.) a concertar y suscribir la póliza o contrato de Seguro Obligatorio, creando con ello el *título formal* que, caso de producirse el daño, permitirá a la víctima o a sus herederos percibir la correspondiente indemnización.

Mas, ¿quién merece tal consideración? A la vista de los artículos 33-5 de la Ley, 35-6, a), de su Rgt.º y 4.º y 6.º-1 del Rgt.º Prov., podemos indicar que únicamente pueden ser considerados “deudores mediatos o garantizadores”:

1) Las entidades de seguros que reúnan las condiciones determinadas en el artículo 4.º-1 del citado Rgt.º Prov. (32).

2) El Fondo Nacional de Garantía (33).

c) *Supuestos especiales*.—Lo hasta ahora expuesto en orden a la delimitación del “sujeto pasivo” o “deudor” de la indemnización surgida de los daños causados en accidentes de caza constituye la regla general.

Pero es obvio que en la práctica de la caza puede presentarse una riquísima gama de presupuestos que, afectando a la determinación de sujeto pasivo, inciden evidentemente en la indemnización. A alguno de ellos vamos a referirnos a continuación.

1) *Problemática de la “solidaridad pasiva”*.—Es regla general que en los casos de daños producidos con armas a las personas en el ejercicio de la caza el causante del mismo sea conocido.

Mas puede acontecer que se desconozca al autor del daño, y el legislador, previendo esta posibilidad, estableció la figura de la “solidaridad”, diciéndonos en el artículo 33-5, inciso último, de la L. C.:

“En la caza con armas, si no constare el autor del daño causado a las personas, *responderán solidariamente* todos los miembros de la partida de caza” (34).

---

(32) Dicho artículo y número dicen así: “*Entidades aseguradoras*. 4.1. El Seguro Obligatorio de responsabilidad civil del cazador sólo podrá ser concertado por las entidades de Seguros que, además de hallarse inscritas en el Registro Especial de la Subdirección General de Seguros, estén facultadas por este Ministerio para la práctica del seguro de responsabilidad civil en general y dispongan de documentación autorizada, según se previene en la presente Orden.”

(33) El citado artículo 4.º del indicado Rgt.º Prov. dice a su vez así: “No obstante lo establecido en el párrafo anterior, la Sección Especial de Riesgos de Caza que se crea por esta disposición, integrándola en el Fondo Nacional de Garantía de Riesgos de la Circulación, en lo sucesivo el Fondo Nacional de Garantía, tendrá, aparte de las demás funciones que se le atribuyen, la obligación de asumir, dentro del ámbito del Seguro Obligatorio, los riesgos no aceptados por las entidades aseguradoras.”

A su vez, sobre el F. N. G. pueden verse los artículos 52 y siguientes del Rgt.º C., y especialmente los 22 y siguientes del Rgt.º Prov., sin olvidar el Decreto número 2.532/1967, de 11 de octubre, que aprueba el Rgt.º para la aplicación del Decreto-ley 18/1964, de 3 de octubre, por el que se organizó dicho Fondo.

(34) A su vez, el artículo 35-6, b), del Rgt.º C. dice así: “En la caza con armas, si no constare el autor del daño causado a las personas, responderán solidariamente todos los miembros de la partida de caza. A estos efectos se considerarán únicamente como miembros de la partida aquellos cazadores que hayan practicado el ejercicio de la misma en la ocasión y lugar en que el daño haya sido producido y que hubieren utilizado armas de la clase que originó el daño.”

A la vista de este párrafo se puede establecer que la “solidaridad pasiva” —o deudora— en orden al abono de las indemnizaciones legales exige para surgir la concurrencia de estos requisitos:

- a) Que se trate de daños causados con motivo del ejercicio de la caza.
- b) Que sean daños a las personas (35).
- c) Que se produzcan con “armas” (36).
- d) Que sean varios los cazadores (37).
- e) Que no conste el autor directo del daño.

Y fijados los requisitos básicos de esta figura, contemplemos uno de los más interesantes problemas que su estudio puede plantear. Nos referimos a su *ámbito subjetivo*, que viene limitado por el legislador a “los miembros de la partida de caza”.

Así centrada la cuestión, el problema puede surgir con motivo del Rgt.º C., y más concretamente con el último inciso del número 6-b) de su artículo 35, que nos dice:

“A estos efectos se considerarán únicamente como miembros de la partida de caza aquellos cazadores que hayan practicado el ejercicio de la misma en la ocasión y lugar en que el daño haya sido producido y que hubieren utilizado armas de la clase que originó el daño.”

Fijémonos en el distinto alcance de ambos preceptos, el de la Ley y el del Rgt.º, mucho más explícito éste que aquél, pero también más delimitador y, por lo tanto, menos amplio que el legal en orden al ámbito subjetivo de la “solidaridad pasiva”.

Así, pueden señalarse como principales diferencias en ese orden limitativo entre ambos preceptos las siguientes:

1.ª Mientras el artículo 33-5, inciso último, L. C., se limita a establecer en términos de gran generalidad que si no constare el autor del daño “... responderán solidariamente *todos los miembros de la partida de caza*”, el Rgt.º introduce una al parecer intrascendente frase, que si bien a primera vista puede acaso parecer únicamente especificativa, cambia en realidad esencialmente la idea consagrada en el citado artículo 33-5; nos referimos a ese ... *que hubieren utilizado armas de la clase que originó el daño*.

Y decimos que el Rgt.º restringe el ámbito subjetivo de la “solidaridad pasiva” por cuanto de que ésta afecte a *todos los cazadores*

(35) En torno al ámbito de estos daños nos remitimos a lo indicado con motivo de tratar en el epígrafe *Ámbito objetivo* de “Los daños indemnizables”.

(36) Nos remitimos, a su vez, en orden a las “armas”, a lo ya indicado respecto de las mismas precedentemente.

(37) Ello resulta evidente, y por eso, sin duda, el inciso que hemos transcrito alude a ... *todos los miembros de la partida de caza*, ya que si dicha partida estuviere integrada por sólo dos personas y una de ellas fuere la herida o muerta, es lógico pensar que el autor del daño, salvo raras excepciones, sea el otro.

o únicamente a los que utilizaren armas de la misma clase puede derivar grave perjuicio para el perjudicado o sus causahabientes, incluso desde el punto de vista del Seguro Obligatorio (38).

En consecuencia, de las dos posibilidades que apuntan uno y otro precepto nos inclinamos decididamente por la más amplia, con base en los siguientes argumentos:

a) Mientras el artículo 33-5 está contenido en una disposición con rango de Ley, el 35-6, b), lo está en un Rgt.º (39).

b) De no ser así el resarcimiento "a ultranza" de los daños y perjuicios causados, fin primordial de la mal llamada "responsabilidad objetiva", se vería frustrado (40).

---

(38) Las consecuencias de aplicar uno u otro precepto pueden verse claramente a través del siguiente ejemplo:

Se organiza una "montería" en la que intervienen seis cazadores; dos van provistos de rifles calibre 22, otros dos con rifles de calibre 30 y los dos restantes con escopetas, estando comprobado que estos últimos iban provistos de cartuchos cargados con postas.

Al concluir la "montería" aparece muerto uno de los cazadores provistos de rifles del calibre 30, ignorándose cómo pudo acontecer el hecho; sólo se sabe que el orificio que presenta la herida productora de la muerte pudo ser producido por bala del calibre 22. La víctima es un importante hombre de negocios.

Sus herederos dirigen la acción contra los restantes cazadores, reclamando una indemnización de tres millones de pesetas.

Pues bien, si aplicamos el artículo 33-5 de la L. C., al recaer el "deber legal indemnizatorio" sobre los cinco miembros vivos de la partida de caza, nos encontraríamos:

1.º Que los herederos del fallecido tendrían garantizadas, con cargo al Seguro Obligatorio de las cinco pólizas o contratos de los cazadores, hasta un millón quinientas mil pesetas (esto es,  $300.000 \times 5 = 1.500.000$ ).

2.º Que para obtener el pago del millón quinientas mil pesetas restante contarían con la *solidaria* obligación de esos mismo cinco cazadores.

Por el contrario, si se aplica el artículo 35-6, b), del Rgt.º resultaría:

1.º Que al ser únicamente dos los miembros de la partida que utilizaban armas de las que originaron el daño, la garantía del Seguro Obligatorio no puede exceder de 600.000 pesetas ( $2 \times 300.000$  pesetas).

2.º Que la obligación *solidaria* alcanza únicamente a esos dos cazadores, con lo que la garantía del cobro de lo reclamado, al margen del Seguro Obligatorio, resulta también inferior.

(39) En relación con el tema hemos de hacer una necesaria referencia a lo que indicábamos en nuestro libro sobre *Los daños y la responsabilidad objetiva en el Derecho positivo español*, Aranzadi, Pamplona, 1972, págs. 285 y siguientes, principalmente.

Decíamos allí y repetimos ahora, en orden a la jerarquía de las fuentes legales, que los preceptos puramente reglamentarios sólo pueden ser aclaratorios, mas no modificar ni derogar las Leyes o disposiciones a que se refieren (ver sentencias del Tribunal Supremo de 8 de enero de 1946, y argumentalmente la de 14 de junio de 1951 [Sala 1.ª]; también las de 17 de abril y 26 de octubre de 1951 [Sala 4.ª], 26 de octubre de 1964 [Sala 3.ª] y 5 de octubre de 1966 [Sala 5.ª]).

(40) Téngase en cuenta que si bien la exposición de motivos de la L. C. no toca el tema, sí lo hace la Ley 122/1962, sobre Uso y Circulación de vehículos de motor, que ha servido de inspiración a la de Caza, y en orden al Seguro Obligatorio la sirve además de punto de referencia, especialmente en orden a los límites de las indemnizaciones, como puede observarse a través del artículo 52 de la misma, así como del mismo precepto de su Rgt.º

2.<sup>a</sup> Frente al ... *solidariamente todos los miembros de la partida de caza* del inciso segundo del número 5 del artículo 33 de la L. C., el 35-6, b), de su Rgt.<sup>o</sup>, además de establecer la limitación que acabamos de contemplar, delimita el ámbito de la *partida de caza*, estimando que en este término se entenderán comprendidos ... *aquellos cazadores que hayan participado en el ejercicio de la misma en la ocasión en el que el daño haya sido producido* (41).

En nuestra opinión ello limita el ámbito de la solidaridad, en cuanto puede acontecer que, en el supuesto a que se refiere el Rgt.<sup>o</sup> en este párrafo e inciso, haya participado en la caza quien no fuere en realidad otra cosa que un mero acompañante de la "partida de caza", previa cesión del arma por un miembro de aquélla y con la autorización de todos sus componentes.

Pues bien, ¿merecería a estos efectos la consideración de "cazador" dicha persona y entraría consiguientemente en juego de la solidaridad?

Traslademos nuestra atención al artículo 3.<sup>o</sup> de la Ley, que si bien no define al cazador parece dar a entender es *aquel que caza estando en posesión de la licencia de caza y cumpliendo los requisitos establecidos en la Ley*.

De acuerdo con ello, en el supuesto que estamos contemplando, podrían concurrir estas dos circunstancias:

1.<sup>a</sup> Que quien ha sido invitado a cazar en el momento y lugar en que se produjo la lesión o la muerte, recibiendo una escopeta de alguno de los miembros de la "partida de caza", no tenga licencia ni Seguro Obligatorio, supuesto éste que puede darse con demasiada frecuencia.

2.<sup>a</sup> Que, aun no siendo suya el arma, se encuentre en posesión de la oportuna licencia de caza e incluso tenga concertado Seguro Obligatorio.

---

Entendemos, por tanto, que en principio al menos y aun cuando los supuestos de hecho a que se refieren una y otra Ley sean distintos, la institución y su finalidad son las mismas, razón por la cual afirmamos en el texto que el fin primordial de la L. C., lo mismo que el de la 122/1962, es ese *resarcimiento a ultranza* de los daños que se produzcan al ejercitar la caza.

(41) A su vez, el Rgt.<sup>o</sup> Prov. en su artículo 21-1 dice: "En el supuesto previsto en el número 5 del artículo 33 de la L. C., responderán solidariamente los aseguradores de los miembros de la partida de caza. La responsabilidad solidaria alcanzará, en su caso, al Fondo de Garantía por los miembros de la partida de caza que no estén amparados por el oportuno Seguro Obligatorio. A estos efectos y de acuerdo con la L. C., se considerarán únicamente como miembros de la partida aquellos cazadores que hayan practicado el ejercicio de la misma en la ocasión y lugar en que el daño haya sido producido y que hubieran utilizado armas de la clase que originó aquél."

Como puede observarse, este precepto va, si cabe, más allá que el propio Rgt.<sup>o</sup> C., en cuanto así como éste se limita a perfilar con carácter restrictivo el ámbito de la "partida de caza", mas sin alusión alguna a la Ley, en este otro Rgt.<sup>o</sup> se llega a afirmar que ... *de acuerdo con la L. C.*, lo que a más de ser totalmente inexacto es acreedor de los más duros reproches, en cuanto con esta tergiversación, sólo achacable a desconocimiento absoluto del contenido de la L. C., se puede originar un grave a la vez que natural confusiónismo.

Nada vamos a decir del segundo supuesto, en cuanto ningún problema plantea. Mas, ¿qué acontecerá en el primero? ¿Se trata de un verdadero cazador? Y supuesto que lo fuera, ¿entrará en juego la "solidaridad", tanto si se aplica el artículo 33-5 de la L. C como el 35-6, b), II, de su Rgt.º?

Por lo que al primer extremo se refiere, nos inclinamos hacia la consideración de "cazador", estimando que a tales efectos conceptuales el hecho de hallarse o no en posesión de la licencia de caza no modifica o altera dicha condición (42).

Creemos, por tanto, que quienes no se encuentren en posesión de la licencia de caza no podrán cazar legalmente, incidiendo si lo hicieren en una infracción administrativa (43). En consecuencia, ello no le privará de la cualidad de cazador, lo que a su vez nos lleva a la estimación de que respecto de la ocasión y lugar en que se produjera el daño con armas a la persona o personas, el sujeto a que nos estamos refiriendo merece la consideración de "miembro de la partida" a los efectos de la "solidaridad" que impone el artículo 33-5 de la L. C.

Y pasemos a otro aspecto de la "solidaridad": el relativo a determinar su alcance económico-subjetivo en relación con el Seguro Obligatorio, y más concretamente el ámbito de esta garantía desde el punto de vista del *quantum* garantizado.

Nada dicen la Ley ni el Rgt.º C. sobre el tema. Por el contrario, el Rgt.º Prov. establece a estos efectos en su artículo 21-1 (44) que ... *responderán solidariamente los aseguradores de los miembros de la partida de caza. La responsabilidad solidaria alcanzará, en su caso, al Fondo de Garantía por los miembros de la partida de caza que no estén amparados por el oportuno Seguro Obligatorio.*

Prescindiendo del tema de la validez legal de esta disposición en orden a quiénes se considerarán miembros de "la partida de caza", por haberlo ya examinado, y centrándonos en el aspecto que ahora contemplamos, observamos que el precepto transcrito no lo resuelve debidamente, en cuanto se limita a sancionar el principio de la "solidaridad", mas sin determinar lo que acontecerá en el supuesto de que el *quantum* indemnizatorio fijado judicialmente exceda del límite señalado por la Ley para cada contrato de Seguro Obligatorio, lo que nos sitúa ante el problema de resolver si deberá contribuir cada asegurador hasta el límite máximo o sólo en la proporción necesaria para entre todos los aseguradores alcanzar el límite legal (45).

(42) En efecto, según parece deducirse del artículo 3.º-1 de la Ley, la "licencia de caza" lo único que hace es conferir a quien la posea el "derecho a cazar legalmente", mas sin que ello implique, en nuestro modo de ver, que quien no cumpla dicho requisito administrativo no pueda cazar ni ser cazador.

(43) Cazar sin estar en posesión de la adecuada "licencia" constituye una infracción administrativa menos grave, prevista en el artículo 42-2-1 del Rgt.º C.

(44) Dicho precepto lo hemos transcrito completo y literalmente en nota 41. A ella nos remitimos.

(45) Las diferencias pueden ser enormes. Fijémoslas con un claro ejemplo. Cacería con muerte de una persona. Indemnización fijada por el Juez, pesetas 2.000.000. Miembros de la "partida de caza", ocho.

Nos inclinamos decididamente por la primera de estas soluciones, con base en los siguientes argumentos :

a) Lo que la Ley limita es el *quantum* indemnizatorio por contrato o certificado de Seguro, mas no la suma total que la víctima puede percibir (46).

b) Los límites del Seguro Obligatorio vienen fijados por persona y contrato, lo cual implica que si un cazador causare daños con su arma a diversas personas el certificado del Seguro garantiza hasta los límites máximos la indemnización correspondiente a cada víctima.

Es, por tanto, lógico pensar que la concurrencia de certificados o contratos no hace que la contribución de todos a una indemnización se agote en el tope máximo que fija la Ley, sino que cada contrato podrá alcanzar dicho módulo, único límite, por otra parte, que la Ley establece.

c) Como la Ley no distingue y la interpretación restrictiva perjudica en estos casos a la víctima, lo que es contrario a los fines del “deber legal de resarcir”, debe hacerse uso de la interpretación más favorable al perjudicado.

d) Hacerlo de otro modo produciría un “enriquecimiento injusto” para la entidad aseguradora (47).

2) *Que el propietario del arma no haya concertado Seguro Obligatorio o sea desconocido.*—La solución de estos supuestos nos viene dada en el artículo 23, a), del Rgt.º Prov., que nos dice con referencia a las *funciones* del Fondo Nacional de Garantía :

---

Si cada asegurador ha de contribuir hasta el límite legal máximo, como éste es de 300.000 pesetas por certificado de seguro puede cubrirse una indemnización de hasta 2.400.000 pesetas ( $300.000 \times 8$ ).

Mas si se estimare que la “solidaridad” de los aseguradores alcanza únicamente el máximo legal por “capita”, esto es, 300.000 pesetas, por cada certificado se abonarían 37.500 pesetas ( $300.000 : 8$ ).

(46) Téngase en cuenta a estos efectos que la propia L. C. y su Rgt.º prevén en sus artículos 52-1 y 52-3, respectivamente, la posibilidad de indemnizaciones más altas que los límites del Seguro Obligatorio, y si bien es cierto que para tales casos se remiten dichos preceptos al Código civil y al penal, no lo es menos que ello se hace contemplando el supuesto más normal, esto es, el de los daños causados por un solo cazador.

(47) En efecto, supongamos que se ha producido un accidente de caza en el que uno de los cazadores provistos de armas produce como consecuencia de un disparo la muerte de dos personas y lesiones graves a otra.

Con cargo al contrato de Seguro Obligatorio por él concertado cada uno de los muertos, y más concretamente sus causahabientes, tiene derecho a percibir con cargo al referido contrato hasta 300.000 pesetas, sin olvidar lo que corresponda al lesionado por aplicación de lo dispuesto en el artículo 23-1, a), b) y c), del Rgt.º del Seguro Obligatorio de 1964, de vehículos de motor.

Es inadmisibles, por tanto, que si a la producción de un mismo resultado de muerte han de contribuir en orden a su indemnización diversas entidades aseguradoras solamente pueda ser abonado el importe de uno sólo de los contratos, esto es, las 300.000 pesetas indicadas, habida cuenta que lo cierto es que cada asegurado debe abonar por razón de su contrato las pertinentes primas. Existe, pues, un lucro para cada compañía en cuanto percibiendo las primas por razón de las indemnizaciones que la Ley prevé es lo cierto que en estos supuestos se distribuiría el abono de la indemnización correspondiente a una sola persona entre todas.

“La Sección Especial de Riesgos de Caza asumirá las siguientes funciones:

a) Indemnizar a las víctimas o a sus derechohabientes de accidentes producidos por el cazador en el ejercicio de la caza con armas, *cuando el causante del daño no esté asegurado o cuando sea desconocido*, siempre que en este último caso no sea de aplicación el artículo 21 de esta disposición.”

Refiriéndonos concretamente al supuesto de *autor desconocido*, estimamos parecen ser dos las posibilidades que pueden contemplarse en este precepto:

a) La de que los daños se produzcan en el ámbito de una “partida de caza”.

b) La de que no exista dicha “partida” y se desconozca en absoluto quién haya podido ser el autor del daño.

En la primera de estas posibilidades entra evidentemente en juego la figura de la “solidaridad” ya estudiada.

No así en la segunda, en cuanto ni existe “partida de caza” ni se conoce al autor del daño (48). En todos estos supuestos la “obligación legal de indemnizar”, dentro de los límites del Seguro Obligatorio, corresponderá al F. N. G. No podrá, sin embargo, entrar en juego, al menos hasta que se localice al autor, ese ... *sin perjuicio de las acciones legales que les correspondan* del artículo 52-6 del Rgt.º C.

En cuanto al supuesto de no estar el arma asegurada, no influye tampoco, en nuestra opinión, en la percepción de la pertinente indemnización con cargo al Seguro Obligatorio, bien que en tales casos sea el F. N. G. el obligado a satisfacerla.

Lo que acontece en este supuesto, a diferencia del anterior, es que siendo conocido el “cazador”, si la indemnización concedida superase los límites del Seguro Obligatorio, vendría éste obligado a satisfacer a la víctima o sus herederos el exceso.

3) *Que el daño se cause con arma sustraída.*—Somos de la opinión que ello no impide entre en juego la garantía que supone el Seguro Obligatorio si el propietario del arma había suscrito el oportuno contrato y siempre que concurren las circunstancias esenciales para que ello acontezca (49).

Nos fundamos para mantener esta opinión en la circunstancia de que la función garantizadora del Seguro Obligatorio se pone en marcha por el mero hecho de concertar un “cazador con arma” el oportuno contrato de seguro (50). Consiguientemente, si con posterioridad a esta acción generadora de la garantía el arma es sustraída, ello no rompe ni altera, en nuestro modo de ver, el nexo garantizador surgido, y, en consecuencia, producido un daño con arma pro-

(48) Tal acontecerá con el supuesto del labrador o del que se encuentra en el campo paseando y es herido por un disparo.

(49) Esto es, que el daño sea a las personas, producido por o con armas y en el ejercicio de la caza.

(50) Así lo dicen los artículos 52-1 y 52-1 de la Ley y Rgt.º C., respectivamente.

vista del oportuno certificado de Seguro Obligatorio en el ejercicio lícito o ilícito de la caza, el perjudicado vendrá amparado por dicho Seguro (51).

A su vez, si el propietario del arma sustraída no hubiere concertado el oportuno contrato de seguro, somos de la opinión que la garantía vendrá asumida por el F. N. G., fundados en lo que disponen los artículos 3.º-2 y 23, a), del Rgt.º Prov. (52).

B) *Estudio del sujeto activo o acreedor.*—Merecen esta consideración todos cuantos tienen derecho a exigir las indemnizaciones surgidas de los daños causados a ellos o sus causantes por medio de armas y en el ejercicio de la caza.

Para la determinación del “sujeto activo” del débito indemnizatorio debemos tener en cuenta el hecho de existir dos grandes categorías de daños indemnizables:

a) Los que no cuentan con la garantía del Seguro Obligatorio; y

b) Los garantizados con dicho Seguro.

a) *Acreedores cuyo crédito no se encuentra garantizado por el Seguro Obligatorio.*—Deben comprenderse en este grupo todos los perjudicados como consecuencia de daños no corporales (o personales) producidos por cazadores, o si fueren de esta clase, que no se hubieren causado con armas (53).

En orden al ámbito del término “perjudicado”, lo entendemos en su más amplio sentido. Consiguientemente, somos de la opinión que cabe incluir aquí tanto a la que pudiera llamarse “víctima” o, si se prefiere, “perjudicado directo” como al “perjudicado indirecto”, concepto éste en el que podrán incluirse todos cuantos como consecuencia del accidente de caza experimentasen algún perjuicio (54).

Hemos, a su vez, de indicar que los “perjudicados” a que nos venimos refiriendo dispondrán para obtener la satisfacción de sus créditos de las acciones derivadas del artículo 33-5 de la L. C., en relación con los 1.902 y, en su caso, 1.903 del Código civil, sin perjuicio del ejercicio de las acciones penales correspondientes cuando la actividad lesiva tenga encaje en alguno de los tipos delictivos contenidos en el Código penal.

(51) En cuanto al propietario del arma, estimamos no vendrá sujeto a responsabilidad civil subsidiaria si puede justificar que la sustracción de la misma no se produjo por su falta de cuidado.

(52) El artículo 3.º-2 dice así: “Los cazadores no asegurados vendrán obligados a indemnizar los daños producidos de acuerdo con la legislación vigente. No obstante, las víctimas o sus derechohabientes podrán dirigirse directamente al Fondo Nacional de Garantía a que se refiere el capítulo V de esta disposición, que abonará las indemnizaciones correspondientes dentro del ámbito de este Seguro y podrá repetir contra el causante del daño, aunque éste no haya sido condenado ni sancionado.”

En cuanto al artículo 23, a), lo hemos transcrito en página anterior, razón por la cual no estimamos necesario reproducirlo.

(53) Argumento del artículo 33-5, inciso primero, de la L. C.

(54) Por ejemplo, en los casos de daños personales amparados por el Seguro Obligatorio, las entidades sanitarias, los médicos, los farmacéuticos, etc.; mediante el ejercicio de “las demás acciones legales”.

Respecto de otros acreedores por daños no personales, ver pág. 29, n.º 4.º

Dichas acciones podrán dirigirse contra el miembro o miembros de "la partida de caza" causante (o causantes) del daño. Si éste no fuere conocido, entendemos que la acción podrá dirigirse contra *todos los miembros de la partida de caza*, bien que con estas especificaciones:

1) Que se trate de daño no personal (o corporal) producido por arma de fuego. En este supuesto, como existe por expresa disposición legal "solidaridad pasiva", la acción podrá dirigirse por el acreedor contra uno, varios o todos los miembros de la partida de caza (55).

2) Que se trate de daño personal no originado por armas de fuego. Entendemos que en estos casos no entra en juego el mecanismo de la "solidaridad", al no tratarse del supuesto que contempla el artículo 33-5, inciso segundo, y deber ser ésta expresa.

En consecuencia, nos hallaremos en presencia de una obligación mancomunada, debiendo el "perjudicado" dirigirse contra todos los miembros de la partida.

b) *Acreedores cuyos créditos cuentan con la garantía del Seguro Obligatorio.*—Es ésta, posiblemente, una de las más interesantes cuestiones que nos ofrece el estudio de la "responsabilidad" en la L. C., debido a su evidente implicación con el importante tema de la jerarquía de fuentes, tan deficientemente contemplado y resuelto por nuestro legislador, tanto en la Ley 122/1962 y Decreto 3.787/1964 (56) como en la L. C. de 1970 y en los Rgts., tanto de Caza como Prov. de 1971.

Para mejor comprender lo que acabamos de indicar procederemos al examen de los artículos 52-1 de la Ley, 52-1 de su Rgt.º y 9.º-2 del Rgt.º Prov., de los que transcribiremos el último (57), que dice así:

"Quedan excluidos de la garantía del Seguro los accidentes en que las víctimas sean el propio asegurado, su cónyuge o sus ascendientes o descendientes y aquellos supuestos en que los hechos sean causados por acciones u omisiones que constituyen delito o falta dolosa tipificados en el Código penal."

Si ponemos en relación este transcrito precepto con los citados artículos 52-1 y 52-1 de la Ley y Rgt.º C., podremos deducir, en primer lugar, la existencia de una doble delimitación de acreedores, determinada por el hecho de que entre o no en juego la garantía asegurativa representada por el Seguro Obligatorio y el F. N. G.

---

(55) Son de aplicación a este caso los artículos 1.141 y siguientes, y concretamente, por lo que al ejercicio de la acción se refiere, el 1.144 del Código civil.

(56) La primera disposición citada es la denominada Ley sobre Uso y Circulación de Vehículos de Motor, de 24 de diciembre de 1962. La segunda, el Decreto promulgador del Rgt.º del Seguro Obligatorio de responsabilidad civil derivada del uso y circulación de dichos vehículos, de 19 de noviembre de 1964.

(57) El artículo 52-1 de la Ley C. está transcrito en la página 2 del presente trabajo. El artículo 52-1 de su Rgt.º, en la página 3. A dichas páginas, por tanto, nos remitimos para este examen comparativo de los citados preceptos.

Así, cuando se trate de daños no asegurables, la determinación del sujeto activo o acreedor se operará aplicando lo dispuesto en los artículos 33-5 de la Ley y 35-6, a), del Rgt.º C. En consecuencia, como éstos no establecen límite alguno en orden a este aspecto, merecerán tal condición *todos los "perjudicados"* (58).

Tratándose de daños cuya indemnización se encuentre garantizada por el Seguro Obligatorio y, en su caso, el F. N. G., el problema de la determinación del sujeto pasivo se complica extraordinariamente, habida cuenta la evidente disparidad de criterios que en orden a este aspecto mantienen los preceptos citados, que podría esquematizarse así:

<i>Ley y Rgt.º C.</i>	<i>Rgt.º Prov.</i>
No imponen límite alguno. En consecuencia, la garantía del Seguro Obligatorio alcanza a todos los "perjudicados" (59).	Excluye de la garantía del Seguro Obligatorio: a) Al propio asegurado. b) A su cónyuge. c) A sus ascendientes o descendientes.

A la vista de lo que acabamos de indicar, nos decidimos por la tesis más amplia, apoyados en las siguientes consideraciones:

1.ª Ni la Ley ni el Rgt.º C. contienen la limitación que impone el artículo 9.º-2 del Rgt.º Prov.

2.ª Dicha limitación supone, en nuestra opinión, modificación sustancial de los artículos 52-1 y 52-5, c), de la Ley y el Rgt.º C.

En efecto, el hecho de que se excluyan ciertas personas del ámbito del Seguro Obligatorio en el Rgt.º Prov. implica que el o los excluidos se ven privados de la garantía que dicho Seguro supone en orden a la percepción de su crédito indemnizatorio.

3.ª El Rgt.º Prov. a que venimos aludiendo ha sido promulgado por Orden ministerial.

4.ª Las Leyes sólo pueden derogarse, modificarse o alterarse por otras disposiciones de igual rango, condición que no merece la Orden ministerial que promulgó el Rgt.º Prov. Lo hecho por la disposición que estamos comentando constituye, en nuestro modo de ver, una in-

---

(58) Quedará, sin embargo, excluido el causante del daño, en cuanto es evidente no puede entrarse en el ámbito de la "deuda indemnizatoria" con la doble cualidad de acreedor y deudor.

Entendemos, sin embargo, comprendidos bajo el término "perjudicado" no sólo al que sufre directa e inmediatamente el daño, sino también aquellos que como consecuencia del mismo sufrieran perjuicio material o moral, siempre que el mismo pudiera justificarse debidamente.

(59) Salvo, en nuestra opinión, al causante del daño, por las mismas razones que indicábamos en nota anterior.

terpretación modificativa y no auténtica que perjudica derechos adquiridos, razón por la cual resulta jurídicamente inadmisibles.

5.<sup>a</sup> Pero es que además la citada Orden ministerial carece de validez en lo que a este extremo se refiere, en cuanto su admisión rompería el *rango jerárquico* de las disposiciones legales (60).

En consecuencia, estimamos merecen la condición de “acreedores” respecto del “débito legal indemnizatorio” garantizado por el Seguro Obligatorio:

1.<sup>o</sup> *La víctima*, concepto bajo el que comprendemos al cónyuge, ascendientes y descendientes del “cazador” causante del daño.

2.<sup>o</sup> Los herederos o causahabientes de la víctima, en su caso.

3.<sup>o</sup> *Los perjudicados por gastos médico-hospitalarios*. Constituye éste un interesantísimo tema, del que vamos a ocuparnos con más detalle.

En efecto, tal como se plantea este inciso resulta que, en nuestra opinión, tanto las entidades médico-sanatoriales como los propios médicos, individualmente considerados, merecen la condición de perjudicados, pudiendo, en consecuencia, dirigirse contra las entidades aseguradoras, e incluso contra el F.N.G., para reclamar el importe de sus honorarios, posición análoga a la que adoptábamos respecto del Seguro Obligatorio en los supuestos de accidentes producidos por vehículos de motor, pese a la oposición de un considerable sector de nuestra doctrina, tanto científica como jurisprudencial (61).

Procederemos, por tanto, a indicar las razones en que nos apoyamos para mantener, respecto de los accidentes de caza, análoga posición:

a) Tratándose del I. N. P., Mutualidades Laborales y Mutuas Patronales, en el artículo 97-3, II y III, del texto articulado de la Ley 193/1963, de 28 de diciembre, de Bases para la Seguridad Social, promulgado por Decreto de 21 de abril, que dice:

“Con independencia de las acciones que ejerciten los trabajadores o sus causahabientes, la Entidad Gestora, Mutualidad Laboral o, en su caso, las Mutuas Patronales, tendrán derecho a reclamar al tercero responsable o, en su caso, al subrogado legal

---

(60) A estos efectos, el artículo 5.<sup>o</sup> del Código civil dice: “Las Leyes sólo se derogan por otras Leyes posteriores, y no prevalecerá contra su observancia el desuso, ni la costumbre o la práctica en contrario.”

A su vez, el artículo 23 de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado establece: “1. Ninguna disposición administrativa podrá vulnerar los preceptos de otra de grado superior.”

Por su parte, la doctrina jurisprudencial tiene declarado en relación con la cuestión que ninguna disposición administrativa podrá vulnerar los preceptos de otras de rango superior (sentencias del Tribunal Supremo de 11 y 18 de enero de 1962, Sala 6.<sup>a</sup>), así como que las Leyes no se derogan por Reales Ordenes (sentencias del Tribunal Supremo de 25 de septiembre de 1909 y de 18 de junio de 1913, Sala 1.<sup>a</sup>).

(61) Ver nuestra cit. ob. *Los daños...*, págs. 357 y siguientes, donde tocamos el tema.

o contractualmente en sus obligaciones, el coste de las prestaciones sanitarias que hubiesen satisfecho. Igual derecho asistirá, en su caso, al empresario.”

“Para ejercitar el derecho de resarcimiento a que se refiere el párrafo anterior, el Instituto Nacional de Previsión, o las Mutualidades Laborales y, en su caso, las Mutuas Patronales o empresarios, *tendrán plena facultad para personarse directamente en el procedimiento penal o civil seguido para hacer efectiva la indemnización*, así como para promoverlo directamente; considerándose como terceros perjudicados, al efecto del artículo 104 del Código penal” (62).

b) En cuanto a las entidades sanatorias u hospitalarias y a los médicos particulares, somos de la misma opinión, que apoyamos en las siguientes consideraciones:

1) El artículo 11-2 del Rgt.º Prov., que dispone lo siguiente:

“Los honorarios a médicos y centros asistenciales serán los que, a similares efectos, aplique el Fondo de Garantía de Riesgos de la Circulación” (63).

Lo primero que llama nuestra atención al contemplar este precepto es su muy distinta redacción si le comparamos con el artículo 23 del Rgt.º del Seguro Obligatorio de responsabilidad civil derivada del uso y circulación de vehículos de motor, que dice así:

“1. El certificado de seguro cubre la reparación de los daños corporales producidos como consecuencia de cada uno de los hechos de la circulación, *dentro de las siguientes condiciones* y límites máximos por persona:

a) La total asistencia médica y hospitalaria...”

Y decimos que la redacción es muy distinta porque, si bien en nuestra opinión esa ... *total asistencia médica y hospitalaria*... de que nos habla el apartado a) no elimina a los médicos y entidades sanatorias u hospitalarias particulares en orden a la posibilidad de reclamar directamente la percepción de sus honorarios. es evidente que

(62) En relación con este artículo ofrece interés la consulta 10/1967 del Fiscal del Tribunal Supremo, en cuanto si bien referida a cuestiones penales, es de indudable trascendencia y, en nuestra opinión, de analógica aplicación al Derecho privado.

(63) Hemos de criticar la frase “... aplique el Fondo de Garantía de Riesgos de la Circulación” con que se concluye este número del artículo 11, por cuanto promulgado el Rgt.º Prov. en que dicho precepto se contiene en Orden ministerial de 20 de julio de 1971, todavía no existía legalmente publicado baremo alguno de indemnizaciones del referido Fondo, pese a que el mismo fue organizado por Decreto 18/1964. Y lo que más nos extraña es que sea precisamente en la referida Orden ministerial de 20 de julio de 1971, por la que se establece el “Reglamento Provisional del Seguro Obligatorio de Responsabilidad Civil del Cazador”, y no el de “Responsabilidad Civil derivada del Uso y Circulación de Vehículos de Motor”, concretamente en su anexo número 2, donde se establecen por vez primera los baremos de indemnizaciones del referido Fondo.

dicha frase no tiene, en lo que a estos efectos se refiere, la misma precisión que la de *los honorarios a médicos y centros asistenciales...* empleada en el artículo 11-2, en la que el morfema *a* actúa cumpliendo una *función nexiva* a través de la cual se subordina el término *regido*, "los honorarios", al que pudiéramos llamar *elemento regente*, representado en este supuesto por los *médicos y centros asistenciales*.

II) Prestada la asistencia médica y hospitalaria en los centros reconocidos por el Fondo de Garantía (64), o en otros, si no fueren satisfechos los procedentes honorarios por la propia víctima o sus herederos, y las entidades sanatoriales o los propios médicos no pudieren reclamar con cargo al Seguro Obligatorio su abono, es evidente se produciría un "enriquecimiento injusto" por parte de las compañías aseguradoras que hubieren concertado los oportunos contratos, en cuanto si bien perciben el importe de las primas no soportarían el abono de unos gastos, los médico-sanatoriales, que legalmente deben sufragarse con cargo al Seguro Obligatorio (65).

III) A su vez, hemos de indicar que, de la misma forma que se autoriza a la víctima y sus derechohabientes para ejercitar, además de la acción directa que previenen los artículos 52-6 del Rgt.º C. y 13-1 del Rgt.º Prov., las *demás acciones legales que les correspondan* (66), creemos perfectamente viable que este último tipo de acciones puedan ser esgrimidas por cuantos se estimen perjudicados como consecuencia de los accidentes de caza que causen víctimas y subsiguientemente daños y perjuicios indemnizables conforme a la legisla-

---

(64) Para conocer estos centros pueden consultarse las siguientes Resoluciones: 22 de enero de 1966, 9 de enero de 1967, 28 de junio de 1968, 3 de febrero de 1969, 25 de enero de 1970, 2 de marzo de 1971 y 6 de marzo de 1972 (referencias, Aranzadi, Legislación, 360, y "Boletín Oficial" de 13 de febrero de 1967, 30 de julio de 1968, 19 de febrero de 1969, 19 de marzo de 1970, 17 de marzo de 1971 y 5 de abril de 1972, respectivamente).

Como puede observarse, estas Resoluciones son anuales y en ellas van apareciendo las sucesivas modificaciones en orden a dichos centros.

(65) Por otra parte, resulta anómalo que disfrutando el abono de estas "indemnizaciones-daño" de la garantía que supone el Seguro Obligatorio si las pagare la víctima o sus causahabientes directamente, en cuanto aquélla o éstos pueden dirigirse contra la compañía correspondiente para recuperar el importe de los honorarios médico-sanatoriales por ellos satisfechos, si dicho gasto no fuere abonado por la víctima ni por sus herederos no podrán los médicos ni las entidades o centros asistenciales particulares dirigirse contra dichas compañías para lograr la percepción de unas cantidades que, según dispone el artículo 23, a), del Seguro Obligatorio de Vehículos de Motor, deben abonar.

Nos permitimos llamar nuevamente la atención sobre la circular del Fiscal del Tribunal Supremo número 10/1967, ya aludida en nota 62.

A su vez, la Sala de lo Criminal de la Audiencia Territorial de Valladolid, en sentencia de 8 de julio de 1971, otorgó indemnizaciones al Seguro Oficial de Enfermedad y a los médicos por gastos médico-sanatoriales.

(66) El artículo 52-6 del Rgt.º C. está transcrito en la página 3. A su vez, el 13-1 del Rgt.º Prov. dispone:

"De conformidad con lo dispuesto en el artículo 52, punto 6, del Rgt.º de la L. C., la víctima o sus derechohabientes tendrán acción directa contra el asegurador del cazador causante del daño, o el Fondo de Garantía, en su caso, hasta los límites establecidos en el artículo 11 de esta disposición, sin perjuicio de las demás acciones legales que les correspondan."

ción especial, siendo de la opinión a estos efectos que tanto los médicos como los centros sanatoriales particulares podrán acudir ante los Tribunales ejercitando las acciones pertinentes (67).

4.º *Otros “perjudicados”*.—Además de la víctima y sus herederos es evidente pueden presentarse en la práctica una serie de situaciones muy diversas, en las que la determinación de la cualidad de “perjudicado” ofrecerá dificultades. Entre ellas, y sin propósito exhaustivo alguno, podrían señalarse las siguientes:

a) *Los “perjudicados” indirectos o mediatos*.—Empleamos este concepto para designar a quienes, no siendo “víctimas” ni causahabientes de ellas, hayan experimentado cualquier clase de “perjuicio” como consecuencia de los accidentes de caza (68).

En nuestra opinión no merecen el carácter de “acreedores” en esta deuda garantizada por el Seguro Obligatorio, toda vez que si bien tanto la L. C. —artículo 52-5— como su Rgt.º —artículo 35-6, b)— hablan de “perjudicado”, es lo cierto que se están refiriendo siempre a “la víctima”.

b) Otro supuesto que puede presentarse en la práctica es el de *la lesión causada al propietario del arma* por un tercero a quien ésta le hubiere sido dejada.

En estos casos el lesionado, que tiene la doble condición de propietario del arma causante de la lesión y de “asegurado”, ¿podrá ser considerado “acreedor” garantizado por el Seguro Obligatorio?

Creemos que no. Y adelantemos que esta negativa no se apoya en lo dispuesto en el artículo 9.º-2 del Rgt.º Prov. (69), en cuanto, como hemos ya indicado, dicho Rgt.º, al estar promulgado por una Orden y ser de rango inferior a la Ley, no puede prevalecer sobre ésta.

Lo que acontece en el presente supuesto es que tanto la Ley como el Rgt.º C. nos hablan de la obligación que tiene *todo cazador con armas* de “concertar un contrato de seguro que cubra la obligación de indemnizar los daños a personas...”, frase esta última que, en nuestra opinión, viene referida a los daños producidos *a otra persona y no a los que se causen al propio concertador del seguro con el arma*

(67) En nuestro modo de ver, estas acciones serán las del artículo 1.902 del Código civil, contra la compañía que hubiere concertado el contrato de Seguro Obligatorio.

Por otra parte hemos de indicar que, en nuestra opinión, siendo la fuente legal originaria de estas acciones la L. C. y no el Código civil, pese a ejercitarse estas acciones, estimamos que el criterio que debe imperar, tanto si las ejercitan los médicos y centros asistenciales como la propia víctima o sus derechohabientes, en su caso, será el objetivista proclamado en la L. C. y no el subjetivo del Código civil.

(68) Tal es el caso que acabamos de estudiar de los médicos y centros asistenciales. No obstante, y por estimar se trata de un supuesto especial, lo hemos tratado con independencia de los “otros perjudicados” a que nos vamos a referir aquí.

(69) Que, por cierto, comienza diciéndonos: “Quedan excluidos de la garantía del Seguro los accidentes en que las mismas sean el propio asegurado...”

asegurada (70), en cuanto ello contrasta con lo dispuesto en el artículo 6.º-3 del Rgt.º Prov., que al describir los elementos personales de dicho Seguro nos dice:

“6-3. *Asegurado*.—Es el cazador con armas designado en el certificado, cuya responsabilidad civil por daños a las personas garantizan el asegurador o el Fondo de Garantía dentro de los límites y condiciones que en esta disposición se establecen.”

Vemos, pues, cómo de seguirse la posición contraria se concentrarían en la misma persona la doble condición de asegurado y beneficiario del Seguro Obligatorio, que separa claramente el citado Reglamento Prov. en su artículo 9.º-1 cuando establece que:

“Por este contrato el asegurador garantiza el cumplimiento de la obligación de indemnizar los daños a las personas *causados por el asegurado* con motivo del ejercicio de la caza con armas hasta los límites establecidos en el artículo 11...”

Mas así como estimamos que el propietario del arma no puede en estos casos ni dirigirse contra la entidad concertadora del contrato de Seguro Obligatorio ni contar con la garantía que éste supone, somos, sin embargo, de la opinión que podrá ejercitar las oportunas acciones contra el causante del daño corporal —o mental—, al amparo de lo dispuesto en el artículo 1.902 del Código civil o en los 101 y siguientes del Código penal (71).

---

(70) Por otra parte, la distinción entre “causante del daño” y “víctima” aparece clara en los artículos 33-5 y 35-6 de la Ley y Rgt.º C., respectivamente.

(71) Llamamos la atención en relación con el tema examinado sobre diversas resoluciones de nuestros Tribunales que ponen de relieve cómo el concepto de “perjudicado”, el de “víctima” y el de “herederos” no son siempre y necesariamente coincidentes, lo que nos reafirma en nuestra tesis.

Así acontece con la sentencia del Tribunal Supremo, Sala 2.ª, de 25 de noviembre de 1969, dictada en un supuesto de persona ligada por matrimonio canónico con la víctima de un accidente automovilístico, estando la recurrente anteriormente casada civilmente con otra persona. Se admite el recurso y se concede la oportuna indemnización a la recurrente, con base en que el *pecunia doloris* no exige inexorablemente la existencia de un parentesco legítimo ni acreditar un *iure hereditatis*.

En parecido sentido, y también para accidente de tráfico, la sentencia de la Audiencia Territorial de Valencia de 3 de marzo de 1970 (*Rv. Gral. D.*, 1971, páginas 61-62), a tenor de la cual el concepto de “perjudicado” puede o no coincidir con el de víctima y sus herederos. Asimismo ofrece enorme interés la sentencia del Tribunal Supremo, Sala 2.ª, de 10 de febrero de 1972, que declara no ser suficiente el vínculo de parentesco ni la cualidad de heredero abintestato para reclamar indemnización en accidente de automóvil, siéndolo “el vínculo derivado de la amistad y cariño, ya que el parentesco por sí solo no implica perjuicio por el fallecimiento”.

#### IV. SUPUESTOS DE EXCLUSIÓN DE LA OBLIGACION LEGAL DE INDEMNIZAR

Decíamos al estudiar la “naturaleza jurídica” del “deber legal indemnizatorio” que la Ley y el Rgt.º C. no lo consagran en toda su pureza, sino de modo relativo, estableciendo en realidad un sistema de “obligación legal indemnizatoria atenuada” al admitir diversos supuestos de exclusión del repetido *deber*.

Estas causas de limitación del “objetivo débito indemnizatorio” son, según los artículos 33-5 de la Ley y 35-6, a), del Rgt.º C., dos:

- a) La culpa o negligencia del perjudicado; y
- b) La “fuerza mayor”.

a) *La culpa o negligencia del “perjudicado” como causa de exclusión del “deber legal de indemnizar”*.—El estudio de esta cuestión plantea una serie de interesantes supuestos, todos los cuales giran en torno al:

*Alcance de la frase “... cuando el hecho fuera debido únicamente a culpa o negligencia del perjudicado...”*, que viene a ser una copia casi literal del artículo 1.º del T. R. L. V. M. (72), razón por la cual se plantean aquí los mismos problemas que suscita dicho precepto del citado T. R. (73).

Iniciaremos este estudio indicando que una interpretación lógica del párrafo comentado autoriza a considerar que si el daño a la salud física o mental causado por un “cazador” con armas se produce por culpa o negligencia *exclusiva* del perjudicado, el “deber legal de indemnizar” queda excluido, exclusión que, en nuestra opinión, afecta tanto al “deudor directo” como al “mediato” o “garantizador”.

Mas dicho párrafo no es de tan fácil interpretación como pueda acaso parecer de lo que acabamos de indicar, siendo posiblemente

---

(72) Dicho T. R. se promulgó por Decreto 632/1968, de 21 de marzo. Y decimos que es copia “casi literal” porque la frase del citado texto en su artículo 1.º comienza así: “... cuando *se pruebe que el hecho...*”, término éste de la prueba que no se emplea en la L. C. y que, por otra parte, es la única diferencia con ella.

(73) Decimos que plantea las mismas dificultades y hemos de agregar que no acertamos a explicárnoslo.

En efecto, viene discutiéndose desde la promulgación de la Ley 122/1962, primero, y su T. R. de 1968, después, tanto por la doctrina científica como jurisprudencial, el alcance de esa “culpa exclusiva” de la víctima, sin que hasta el presente momento exista acuerdo respecto del tema.

Y aun cuando sea lo cierto que viene predominando el criterio de que la culpa conjunta o predominante, pero no exclusiva, de la víctima no sirve para compensar la deuda indemnizatoria, no lo es menos que tanto en el ámbito de la doctrina científica como de la jurisprudencial se admite la idea de la compensación indemnizatoria, habida cuenta la redacción del artículo 39 de la citada Ley 122 y 1.º de su T. R.

Creemos, pues, que el legislador de 1970, conociendo o debiendo conocer estas dudas y discrepancias doctrinales y jurisprudenciales, debió procurar dar al párrafo que comentamos una redacción que permitiera resolver definitivamente estas discusiones (puede verse sobre el tema nuestra cit. ob., *Los daños...*, págs. 371 y sigs., donde tocamos este aspecto).

uno de los aspectos menos pacífico y que mayores dificultades pueda presentar en la aplicación de la L. C.

Prueba de estas dificultades la tenemos, en primer lugar, con la interpretación del término “perjudicado”, en cuanto plantea la duda de si debe entenderse en su más amplio sentido de “perjudicados”, tanto “directos” como “indirectos” o “mediatos”, o en el restringido de “víctima”.

Somos de la opinión que en este concreto supuesto el legislador se ha querido referir exclusivamente a la “víctima” del daño.

Ello nos sitúa ante otro problemático aspecto: el de la influencia que la culpa de terceros pueda tener en la constitución y efectividad de la “obligación legal de indemnizar”.

A la vista del inciso primero del artículo 33-5 de la L. C. y de lo hasta ahora indicado, parece que la conducta culposa o negligente de los terceros que produzcan alguno de los daños comprendidos en dicho artículo no es motivo de exclusión del “deber legal indemnizatorio” sancionado en el mismo precepto.

No obstante, un más detenido estudio del artículo citado es causa de que apunte la duda respecto de esta primera conclusión.

En efecto, téngase en cuenta que el daño a que en este momento nos estamos refiriendo puede ser directamente originado por la conducta de una tercera persona, y que a su vez dicha conducta puede merecer la consideración de acto ilícito culpable o negligente (74).

Si la producción del resultado dañoso fuere debida a la acción culpable o negligente del tercero, estimamos que el hecho traspasa la esfera del artículo 33-5 para adentrarse bien en la del artículo 1.902 del Código civil bien en el ámbito del Código penal, de conformidad con lo que previenen los artículos 52-1 de la L. C. y 52-3 de su Rgt.º

Ello, sin embargo, no rompe el vínculo obligacional que genera *ex lege* el artículo 33 de la L. C., al menos en nuestra opinión. En consecuencia, en estos casos sigue subsistiendo, creemos, la “deuda indemnizatoria legal”. Lo que acontece, en nuestro modo de ver, es que cuando tal situación surja la “víctima” —o sus herederos— podrán optar entre:

1.º Dirigirse contra el tercero por cuya culpa o negligencia se produjo el daño, lo que a su vez podrá realizarse ejercitando la acción del artículo 1.902, si se tratase de culpa civil, o la pertinente acción penal si se tratase de culpa delictiva (75).

---

(74) A título de ejemplo podemos señalar el supuesto de un rifle o escopeta enviados a reparar. El armero, por no observar la debida diligencia, carecer de los oportunos conocimientos o, incluso, por mala fe, deja un muelle del gatillo flojo, lo que da lugar a que en una cacería se dispare el arma, causando la muerte o lesiones a algún cazador, ojeador o simple acompañante de los cazadores.

(75) En este último supuesto podrá ejercitar la oportuna acción, bien directamente a través de la oportuna querrela bien mediante denuncia (arts. 259 y sigs. y 270 y sigs. Ley Enjuiciamiento criminal).

A su vez, si se ejercitase por la víctima o sus herederos la segunda opción, estimamos que la entidad aseguradora podrá dirigirse contra el tercero para

2.º Dirigirse directamente contra la compañía concertadora del contrato de Seguro Obligatorio o, en su caso, contra el F. N. G.

Otra cosa acontecería si se tratase de daño originado por acto lícito de tercero, en cuanto no podría entrar en juego el artículo 1.902 del Código civil. Tampoco creemos pueda aplicarse el artículo 19 del Rgt.º Prov., por cuanto el supuesto no tiene encaje en la letra ni en el espíritu del precepto.

a) *Problemática de la "compensación de culpas"*.—La cuestión principal que la frase comentada plantea es, sin duda, la relativa a determinar si la palabra "únicamente" tiene una estricta significación de "exclusión total" o abono íntegro del débito indemnizatorio siempre que la producción del resultado dañoso no haya sido debida exclusivamente por la culpa o negligencia del lesionado, o admite gradaciones compensatorias según el grado de culpa de la "víctima" (76).

Que el tema presenta dificultades lo acredita que ni la doctrina científica ni la jurisprudencial son pacíficas en lo que al mismo se refiere y para la Ley y texto refundido de vehículos de motor, pudiendo distinguirse estas dos posiciones:

1) Los que rechazan la posibilidad de "compensar" las culpas de la "víctima" y el causante del daño. Es la más generalizada.

2) Los que defienden dicha "compensación".

Nos decidimos por la segunda (77) fundados, entre otras, en las siguientes consideraciones:

---

reintegrarse de lo que hubiere abonado a la víctima o sus derechohabientes, al amparo de lo dispuesto en el artículo 19 del Rgt.º Prov., que dice:

"19-1. Cumplida la obligación de reparar el daño frente a la víctima o sus derechohabientes, el asegurador o el Fondo de Garantía, en su caso, podrán repetir contra el causante del daño o el responsable civil subsidiario cuando ambos o cualquiera de ellos sean condenados por sentencia firme o sancionados por resolución administrativa que cause estado, en virtud de las siguientes causas: ..."

"19-2. Procederá también la repetición en caso de pago indebido o si en el hecho determinante del daño las víctimas o sus derechohabientes no están comprendidos en el ámbito del seguro."

(76) Vid. respecto del tema nuestro citado trabajo sobre *Los daños...*, páginas 371 y siguientes.

Hagamos a su vez una advertencia: el tema aun no se ha planteado en la práctica jurídica con referencia a la L. C., mas sí respecto a la Ley 122/1962, sobre Vehículos de Motor, y a su T. R. de 1968, existiendo una auténtica disconformidad en el ámbito de nuestra doctrina, como hemos ya apuntado en nota 73.

(77) Volvemos a remitirnos a nuestra obra sobre *Los daños...*, donde exponemos las razones en que nos apoyamos para mantener tal posición.

Únicamente indiquemos que la doctrina jurisprudencial sigue sin coincidir en orden al tema, inclinándose bien por "la compensación" en materia de accidentes de automóvil (sentencias del Tribunal Supremo de 13 de marzo y 14 de abril de 1971; sentencias de las Audiencias Territoriales de: Barcelona, Sala 2.ª, de 14 de diciembre de 1967 y 26 de febrero de 1970, así como de la Sala 1.ª de 5 de diciembre de 1969; Coruña, de 7 de mayo de 1969; Oviedo, de 8 de agosto de 1969; Valladolid, de 13 de noviembre de 1970 y 6 de agosto de 1972; sentencias de las Audiencias Provinciales de: Bilbao, de 8 de mayo de 1969, y Barcelona, de 15 de octubre y 13 de noviembre de 1971, incluso para la acción ejecutiva) bien por la negativa (sentencias de las Audiencias Te-

a) La *exclusividad* de la culpa ha de entenderse en el sentido de eliminar por completo cuando concurra el “débito legal indemnizatorio”.

b) No puede, sin embargo, estimarse en el sentido de eliminar radicalmente la posibilidad de una *conurrencia* de culpas, en cuanto la *Ley no lo prohíbe*.

c) Consiguientemente, si concurrieren la culpa de la víctima y la del causante del daño, entendemos debe entrar en juego el instituto de “la compensación”.

d) Esto iría, efectivamente, contra los principios de una “obligación legal de indemnizar” absoluta, mas no infringe los de una “obligación objetiva atenuada”, como es precisamente la prevista en los artículos 33-5 y 35-6 de la *Ley y Rgt.º C.*

e) A mayor abundamiento, ni uno ni otro cuerpo legal prohíben esta posibilidad.

No obstante, hemos de indicar que, en nuestra opinión, dicha “compensación” tiene un carácter excepcional (78), siendo su estimación una facultad reservada a los Tribunales, que deberán usar de ella con moderación y equidad.

b) La “*fuerza mayor*”.—La L. C. no se cuida, a diferencia de lo que hacía la 122/1962, sobre uso y circulación de vehículos de motor, y su texto refundido de 1968, de fijar, en cierto modo al menos, los límites de la “fuerza mayor”.

Por el contrario, el Rgt.º C. en su artículo 35-6, a), si bien no fija este concepto, se cuida de determinar, bien que negativamente, dichos límites, estableciendo:

“Todo cazador estará obligado a indemnizar los daños que causare con motivo del ejercicio de la caza, *excepto cuando el hecho fuera debido únicamente a culpa o negligencia del perjudicado o fuerza mayor. No se considerarán como casos de fuerza mayor los defectos, roturas o fallos de las armas de caza y sus mecanismos o municiones.*”

Ello nos sitúa ante una situación no nueva: la eficacia de esta delimitación reglamentaria de la “fuerza mayor”. Y, como es lógico,

territoriales de: Albacete, de 5 de diciembre de 1967, 27 de junio de 1969 y 22 de febrero de 1970; Barcelona, de 26 de abril de 1971, Sala 1.ª; Oviedo, de 2 de marzo de 1971; sentencia de la Audiencia Provincial de Málaga de 13 de noviembre de 1969).

Por nuestra parte hemos de insistir en lo que ya indicábamos en nuestra citada obra; esto es, que aun cuando se rechace por algunas sentencias la “compensación”, lo cierto es que ésta ya se ha llevado a cabo en la práctica, generalmente al fijar en el auto ejecutivo la cantidad máxima a reclamar por la víctima o sus herederos, lo que nos lleva a la conclusión de que lo admitido, al parecer sin discusión en nuestra doctrina jurisprudencial, es la *compensación de hecho*.

(78) En consecuencia, teniendo en cuenta el carácter objetivista, bien que sea atenuado, de la L. C., sólo una culpa grave de la víctima, siempre que resulte debidamente acreditada, debe operar la “compensación”. A su vez hemos de indicar que, en nuestra opinión, juega aquí el principio de “inversión de la carga de la prueba”, debiendo ser, en consecuencia, el autor del daño quien ha de probar la culpa de la víctima.

nuestra posición no puede ser distinta a la ya manifestada cuando entran en colisión dos reglas de distinto valor; en este concreto supuesto una Ley y un Reglamento.

En consecuencia, puesto que la delimitación negativa y conceptual de “fuerza mayor” ha sido hecha por una norma de rango inferior al de la Ley, careciendo de refrendo en ésta al suponer una interpretación extensiva y no auténtica que puede perjudicar derechos adquiridos, entendemos no puede ser admitida (79).

Mas si no se tiene en cuenta el precepto reglamentario que fija el ámbito de la “fuerza mayor”, ¿dónde deberá acudir para determinar dicho concepto? En nuestra opinión, al Código civil y a la doctrina jurisprudencial (80).

Y siguiendo con la determinación conceptual de dicha “fuerza”, pasemos a otro aspecto del mismo: ¿debe considerarse comprendido en el ámbito de la “fuerza mayor” el “caso fortuito”? Creemos que no, fundándonos para mantener esta negativa en el hecho de que la L. C. habla únicamente de “fuerza mayor”. En consecuencia, incluir el “caso fortuito” supondría hacer una interpretación extensiva del precepto legal, inadmisibles en nuestra opinión (81).

Consideramos, por tanto, que los daños producidos por “caso fortuito” entran en el ámbito del “objetivo deber de indemnizar”.

c) *Que los daños sean causados por acciones u omisiones que constituyan delito o falta dolosa tipificados en el Código penal.*—Esta causa de exclusión de la garantía del Seguro Obligatorio en los accidentes de caza viene recogida en el artículo 9.º-2 del Rgt.º Prov. únicamente, que dice así:

“Quedan excluidos de la garantía del Seguro los accidentes en que las víctimas... y aquellos supuestos en que los hechos sean causados por acciones u omisiones que constituyan delito o falta dolosa tipificados en el Código penal.”

Todo este párrafo, en nuestro modo de ver, es digno de crítica. Así nos encontramos con que, a la vista de su extraña redacción gramatical, los delitos tanto dolosos como culposos no tienen la garantía del Seguro Obligatorio en orden a la indemnización de los daños que de los mismos deriven, mientras que las faltas culposas sí disfrutan de ella (82).

(79) No olvidemos, y perdónesenos la insistencia, que según nuestra doctrina jurisprudencial *los Reglamentos no pueden derogar ni modificar el contenido de las Leyes...*, por ser de inferior categoría (sentencias del Tribunal Supremo de 6 de junio de 1927, 8 de enero de 1946 y 14 de junio de 1951, Sala 1.ª; 26 de octubre de 1961, Sala 3.ª, y 17 de abril y 13 de octubre de 1951, Sala 4.ª).

(80) Aplicando a estos efectos, en todo caso, el principio de “inversión de la carga de la prueba”.

(81) Por otra parte, se trata de conceptos en la actualidad perfectamente delimitados.

(82) Decimos extraña redacción por cuanto si bien los delitos dolosos de caza son afortunadamente raros, no acontece lo mismo con los culposos, de relativa frecuente producción.

Pero el más duro reproche que este precepto nos merece es su desvío, si no indiferencia, hacia el orden jerárquico, y consiguiente prelación de normas que en el mismo se observa.

En efecto, la Ley 16/1970 no contiene en su articulado alusión alguna al supuesto de exclusión que aquí estamos contemplando. Tampoco el Rgt.º C., promulgado por Decreto, contiene referencias al tema. Y es precisamente este Rgt.º Prov., promulgado por Orden ministerial, el que se permite, menospreciando ese ... *respeto al principio de jerarquía de las normas...* que consagra la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado (83) y desarrolla interpretando nuestro Derecho positivo la doctrina jurisprudencial (84), contener declaraciones en patente pugna con los principios legales al ampliar el ámbito de los motivos de exclusión de la garantía del Seguro Obligatorio por la L. C. señalados.

Por todo ello rechazamos la validez de dicha declaración y, consiguientemente, la eficacia de dichos motivos de exclusión.

d) *Examen del inciso último del artículo 35-6, a), del Rgt.º C.*—

Dice así este precepto:

“No obstante, en caso de daños a las personas, se estará a lo dispuesto en el artículo 52 de este Reglamento.”

En nuestra opinión, en el citado artículo 52 no existe pronunciamiento alguno relativo a los supuestos de exclusión de la garantía del Seguro Obligatorio por lo que a los daños a personas hace.

Ello sentado, y sobre la base del transcrito precepto, el problema radica en determinar su alcance, que, en principio al menos, parece un tanto extraño, por cuanto parece suponer la consagración de un

Consecuencia de ello es que en la práctica, y si nos atenemos estrictamente a la letra del transcrito párrafo, pueden darse las siguientes paradójicas situaciones:

a) Delito culposo del que derivan lesiones de noventa días de curación.. El débito indemnizatorio por ellas generado es de 27.000 pesetas (noventa días por 300 pesetas), no gozando de la garantía que supone el Seguro Obligatorio..

b) Falta culposa que produce unas lesiones cuya sanidad se opera a los doce días. El débito indemnizatorio es de 3.600 pesetas (doce días por 300 pesetas). Cuenta con la garantía del Seguro Obligatorio.

c) Delito doloso de lesiones producidas en cacería por un miembro de la partida. Sanidad a los noventa días, con pérdida de ojo u otro miembro principal. La indemnización se cifra en 197.000 pesetas (noventa días a 300 pesetas más 170.000 pesetas por la incapacidad, según normas del Seguro Obligatorio de Vehículos de Motor —Orden ministerial de 20 de julio de 1971, anexo número 2—). Como acontece con el supuesto contemplado en el apartado a), tampoco en éste entra en juego la garantía del Seguro Obligatorio.

(83) El artículo 23 de esta Ley está transcrito en nota 60. A ella nos remitimos.

(84) Vid. sentencia del Tribunal Supremo, Sala 4.ª, de 17 de diciembre de 1969, así como las de 13 de enero de 1958, 26 de octubre de 1961 y 15 de octubre de 1964 (Sala 5.ª); 7 de junio y 21 de mayo de 1966 (Sala 4.ª), y 15 de junio de 1967 y 25 de noviembre de 1968 (Sala 3.ª).

“objetivo deber de indemnizar” de carácter absoluto cuando se trate de daños a las personas.

En efecto; comencemos fijando nuestra atención en la única reglamentación positiva vigente que ofrezca una situación semejante. Es la representada por la Ley 122/1962 y su texto refundido de 1968, en cuyos artículos 39 y 1.º, respectivamente, se contiene un supuesto de exclusión análogo en cuanto en dichos preceptos se establece:

“El conductor de un vehículo de motor... estará obligado a reparar el daño causado, *excepto* cuando se pruebe que el hecho fuera debido únicamente... a fuerza mayor extraña a la conducción o al funcionamiento del vehículo...”

Nada hay, pues, en dichas disposiciones legales, ni tampoco en el Rgt.º del Seguro Obligatorio de vehículos de motor, equiparable al párrafo del Rgt.º C. que hemos transcrito.

Por otra parte, el “*No obstante...*”, referido a los daños a las personas y proyectado sobre el artículo 52, puede autorizar a pensar que dicha frase es un equivalente al *en todo caso*, lo que conduciría a la consecuencia de que, por lo que a tales daños se refiere, la garantía del Seguro Obligatorio juega siempre, concurra o no en su producción la “fuerza mayor” y la “culpa o negligencia del perjudicado”, como única causa originadora del daño.

Mas ello parece contradecir la construcción entera del “objetivo deber de indemnizar” que regula la L. C., e incluso la idea que el propio Rgt.º C. recoge en los incisos primero y segundo de este mismo artículo, en cuanto, como indicábamos, se pasaría de la idea de una “objetividad atenuada”, que parece ser la sancionada en dicha Ley, a otra de carácter absoluto y, por tanto, sin límite alguno.

Creemos, por tanto, que dicho párrafo no es sino otro error más de los muchos que contiene la reglamentación entera de “la responsabilidad por daños” contenida en la Ley, Rgt.º C. y Rgt.º Prov.; error en este caso de sistemática e incluso de redacción, en cuanto si se hubiere puesto no en punto y seguido, sino en punto y aparte y además suprimido el *No obstante...*, se habría evitado esta duda (85).

---

(85) La solución propuesta daría lugar a que el citado párrafo quedara así:

“... y sus mecanismos o de las municiones.”

En caso de daños a las personas se estará a lo dispuesto en el artículo 52 de este Reglamento.”

Mas aunque en nuestra opinión la solución apuntada en el texto sea la adecuada, como puede acontecer que haya quien interprete que dicho inciso lo que contiene es una consagración del “objetivo deber de indemnizar con carácter absoluto”, y, por tanto, sin que lo excluya ni la “fuerza mayor” ni la “culpa exclusiva de la víctima”, hemos de salir al paso de dicha interpretación diciendo que para quien ello considere el citado inciso no puede jugar en cuanto ampliando el contenido de una disposición de rango superior cual es la L. C., ya que la misma no contiene referencia alguna a este supuesto y, por otra parte, consagra el principio del deber de indemnizar objetivamente atenuado, serían de aplicar las declaraciones de nuestra doctrina jurisprudencial y del propio Derecho positivo, ya indicadas en notas 79, 83 y 84, principalmente.

## V. OTROS ASPECTOS DEL OBJETIVO DEBER DE INDEMNIZAR ESTABLECIDO EN LA LEY DE CAZA

1.º *En orden al "quantum" indemnizatorio.*—Tanto la Ley como el Rgt.º C. se remiten, en lo que a este aspecto se refiere, al Seguro Obligatorio, por lo que bien puede decirse que sus artículos 52-1 y 52-3 son verdaderas normas de remisión o reenvío al artículo 23 del Rgt.º del Seguro Obligatorio de vehículos de motor de 1964.

No obstante, y con posterioridad a la Ley y Rgt.º C., la Orden de 20 de julio de 1971, al regular en su anexo 1 las "Prestaciones a cargo del Seguro" y reproducir casi literalmente los apartados del citado artículo 23 (86), si bien no eliminan la indicada naturaleza de normas remisorias respecto de los artículos 52-1 y 52-3 de la Ley y Rgt.º C., hacen que dicha remisión venga referida a una disposición incardinada en el ámbito de un Seguro Obligatorio general y no en el de un Seguro de dicha naturaleza especialmente referido a los accidentes producidos por vehículos de motor.

Tomando, por tanto, como punto de partida las disposiciones citadas, y muy especialmente los anexos indicados, *el límite cuantitativo de las indemnizaciones* provocadas por los accidentes de caza causados a las personas puede esquematizarse así:

a) Respecto de la asistencia médica y hospitalaria no existe límite alguno si se presta en cualquiera de los centros reconocidos por el F. N. G. (87), pudiendo llegar hasta 30.000 pesetas en otro caso.

b) Doscientas mil pesetas como máximo por incapacidad permanente (88).

c) Trescientas mil pesetas como máximo en los casos de muerte o gran invalidez (89).

(86) Decimos reproducir *casi literalmente* por existir alguna diferencia entre ambos preceptos.

Así, el apartado b) del artículo 23 del Rgt.º del Seguro Obligatorio de Vehículos de Motor contiene una alusión a los artículos 21 y 52 de la Ley 122/1962, que no tiene el mismo apartado del anexo 1 de la Orden ministerial de 1971.

A su vez, en el citado anexo 1 se contiene un apartado, el f), que no aparece en el Rgt.º del Seguro Obligatorio citado.

(87) La relación de estos centros figura en nota 64. A ella nos remitimos.

(88) Para la determinación de este "quantum" deben tenerse en cuenta los apartados B), C) y D) del anexo 2 de la tantas veces citada Orden ministerial de 20 de julio de 1971.

Concretamente, en el apartado B) se establecen los siguientes baremos: 1.ª categoría, 200.000 pesetas; 2.ª ídem, 170.000 pesetas; 3.ª ídem, 140.000 pesetas; 4.ª ídem, 110.000 pesetas; 5.ª ídem, 80.000 pesetas; 6.ª ídem, 50.000 pesetas.

En los siguientes apartados se describen las incapacidades correspondientes a dichos baremos, conteniéndose además una serie de normas complementarias.

(89) El "quantum" correspondiente a estos supuestos viene recogido en el apartado A) del citado anexo 2, variando según las circunstancias que en el mismo se describen, las que vienen determinadas en los supuestos de "gran invalidez" por la edad de la víctima (menor o mayor de setenta años) y en los de muerte por las circunstancias de parentesco con el muerto (cónyuge, descendientes mayores o menores de edad, etc.).

d) Podrá, a su vez, abonarse una pensión por asistencia personal y familiar de hasta 200 pesetas diarias (90)

Por último, hemos de indicar que, de acuerdo con lo prevenido en el artículo 23-2 del Rgt.º del Seguro Obligatorio de vehículos de motor de 1964 y en el anexo número 1 de la Orden ministerial de 20 de julio de 1971, apartado e):

“Las prestaciones del apartado a) y las indemnizaciones establecidas en este anexo son compatibles entre sí, deduciéndose del importe de la indemnización que corresponda las cantidades percibidas al amparo del apartado b)” (91).

Mas estos límites afectan únicamente al Seguro Obligatorio. Quiere ello decir:

a) Que las indemnizaciones derivadas de daños corporales—o mentales— producidos en el ejercicio de la caza no tienen, en principio, limitación cuantitativa.

b) Que si el *quantum* otorgado en la sentencia excediere de dichos límites, el “plus” debe ser abonado por el causante del daño.

Esto que acabamos de indicar plantea un nuevo e interesante problema al ponerlo en relación con el artículo 52-4 del Rgt.º C., que dice así:

“El exceso sobre los límites fijados en el número anterior, en lo que se refiere a los daños a las personas y cualquier otro daño ocasionado con motivo del ejercicio de la caza y no amparado por el seguro obligatorio, podrá ser objeto de seguro voluntario.”

Y decimos plantea un interesante problema en cuanto no alcanzamos a comprender los motivos que pudo tener el legislador para hacer la declaración que en el apartado transcrito aparece, dado que lo contenido en el mismo no tiene, en nuestra opinión, otro alcance que el meramente declarativo (92), siendo impropio de un cuerpo legal, bien que éste sea únicamente de carácter reglamentario.

En efecto, es de toda evidencia, a la vista del artículo 52-1 de la L. C., que la garantía económica representada por el Seguro Obligatorio tiene un límite. Es a su vez incontrovertible que, facultando dicho precepto al Gobierno para *fijar reglamentariamente* los límites de dicha obligación indemnizatoria, el Rgt.º C. no vulnera ninguna norma de superior rango al remitir en su artículo 52-3 dichos límites al Seguro Obligatorio de vehículos de motor.

---

(90) Para obtener el abono de esta pensión es menester que el Juez así lo acuerde.

(91) Las prestaciones del apartado b) indicadas en el párrafo transcrito son las correspondientes al apartado d) del texto; esto es, a la pensión por asistencia personal y familiar.

(92) Más bien podía decirse “propagandístico” del Seguro Voluntario y, por lo tanto, de las compañías de seguros.

Mas no acontece lo mismo con el Seguro Voluntario, negocio jurídico perteneciente al campo del Derecho privado que puede concertar toda persona capaz, sin que ello se anuncie en ninguna disposición estatal.

Por otra parte, parece olvidar el legislador que el contrato de seguro es un negocio jurídico civil o mercantil, bilateral, en el que pueden figurar como sujetos el asegurador, el asegurado, el tomador y el beneficiario; mas este último en el Seguro Voluntario, si bien puede estar nominativamente determinado e incluso relativamente indeterminado (93), nunca podrá ser genérica y abstractamente indeterminado, como suele acontecer con el Seguro Obligatorio (94).

Esto hace que en los casos de Seguro Voluntario complementario del Obligatorio, el "plus" sobre éste no pueda reclamarse directamente de las compañías de seguros por las víctimas o sus herederos, siendo incluso discutible que pueda reclamarse conjuntamente por éstos del asegurador y el asegurado o, en su caso, tomador del seguro.

Por todo ello insistimos en no alcanzar a comprender la razón de ser de este apartado.

2. *Sobre la posibilidad de compatibilizar diversas indemnizaciones.*—La posibilidad de que puedan percibirse indemnizaciones por diversos conceptos no es rechazada y sí argumentalmente admitida por la propia L. C., al decirnos en el artículo 52-1 "... *sin perjuicio de las indemnizaciones que por encima de dicho límite...*".

Por nuestra parte, creemos que ello es perfectamente posible, ya que el Derecho positivo patrio no lo rechaza y, a su vez, la doctrina jurisprudencial viene admitiendo:

a) La compatibilidad de indemnizaciones por Seguro Voluntario y Obligatorio (95).

b) La compatibilidad de indemnizaciones procedentes del Seguro de Viajeros y la impuesta al porteador (96).

c) La compatibilidad de indemnizaciones laborales y penales (97).

(93) Así, por ejemplo, los hijos, la mujer si contrae matrimonio, etc.

(94) *Verbi gratia*, la víctima del daño o sus causahabientes, designación ésta de una indeterminación c, si se prefiere, abstracción absoluta.

Ello puede verse en el artículo 22 del Rgt.º del Seguro Obligatorio de Vehículos de Motor de 1964, a tenor del cual "El Seguro cubrirá la reparación de los daños corporales causados *a todo perjudicado* por hechos de la circulación..."

A su vez, el 9-1 del Reg.º Prov. contiene idéntica determinación abstracta al decirnos que "Por este contrato el asegurador garantiza el cumplimiento de la obligación de indemnizar *los daños a las personas causados por el asegurado...*".

(95) En este sentido se manifiestan las sentencias del Tribunal Supremo, Sala 1.ª, de 19 de enero, 18 de febrero y 7 de marzo de 1967. También en el mismo sentido las sentencias de las Audiencias Territoriales de: Albacete, de 30 de mayo de 1956; Oviedo, de 29 de octubre de 1953, y Valladolid, de 3 de marzo de 1955.

(96) Ver Resolución de la Dirección General de Ferrocarriles de 13 de abril de 1956.

(97) Sobre el tema y en el sentido indicado se han manifestado, entre otras, las sentencias del Tribunal Supremo, Sala 1.ª, de 24 de noviembre de

3. *Las acciones para exigir el débito indemnizatorio y su prescripción.*—Como puede observarse a través del título de este epígrafe, dos son las cuestiones a tratar en él: la relativa a las acciones que podrán ejercitar los perjudicados por los accidentes de caza causados con armas, tema en el que tienen entrada una serie de aspectos interesantes, tales como el de la naturaleza de dichas acciones, clase de juicios en que pueden ejercitarse, etc., y el de su prescripción.

1) *Acciones dirigidas a obtener la satisfacción de la “deuda indemnizatoria”.*—Comenzaremos distinguiendo entre daños a las personas causados con armas y los demás daños.

1.º *Los primeros, esto es, los daños a las personas producidos con armas,* dan lugar, como hemos tenido ocasión de indicar en el presente trabajo, a que entre en juego ese mecanismo garantizador que es el Seguro Obligatorio.

Ello produce, a su vez, que las posibilidades del “perjudicado” en orden a la reclamación y subsiguiente abono del “débito indemnizatorio” ofrezcan, desde el punto de vista de la “legitimación pasiva”, una doble posibilidad: la del causante del daño o “deudor inmediato” y la del asegurador o “deudor garantizador”.

Mas siendo el seguro, como hemos ya indicado, un negocio jurídico privado en el que las relaciones surgen normalmente de modo directo e inmediato entre *asegurador* y *asegurado*, o entre *asegurador* y *beneficiario*, siempre que este último venga inserto en el ámbito del negocio, lo que exige una cierta determinación, tratándose de situaciones como las contempladas por la Ley V. M. o la de C., en las que la indeterminación es absoluta, se precisa una específica declaración legal para que el genérico e indeterminado beneficiario pueda entrar en el proceso cuando el resarcimiento del daño asegurado no le es satisfecho.

Y esto es lo que se hace en el ámbito de la reglamentación de la caza, bien que no por la Ley, aunque sí por sus dos Reglamentos, el de Caza propiamente dicho y el Prov., cuyos artículos 52-6 y 13 y 14, respectivamente, otorgan al “perjudicado” la posibilidad de ejercitar dos clases de acciones: la *directa* y las *demás acciones legales*.

A) *Acción directa.*—Se limita el Rgt.º C. a establecer en el artículo 52-6 que:

“La víctima o sus derechohabientes *tendrán acción directa* contra el asegurador hasta el mencionado límite, sin perjuicio de las *acciones legales* que les correspondan.”

En cuanto al Rgt.º Prov., nos dice en el artículo 13-1 y 2 lo siguiente:

---

1967, 16 de octubre de 1968 y 22 de febrero de 1971. También la sentencia del mismo Tribunal, Sala 2.ª, de 29 de mayo de 1967.

A su vez, la sentencia de la Audiencia Territorial de La Coruña de 11 de mayo de 1971 admite la compatibilidad de las indemnizaciones derivadas de responsabilidad civil con las laborales.

"1. De conformidad con lo dispuesto en el artículo 52, punto 6, del Reglamento de la Ley de Caza, la víctima o sus derechohabientes *tendrán acción directa* contra el asegurador del cazador causante del daño o el Fondo de Garantía, en su caso, hasta los límites establecidos en el artículo 11 de esta disposición, sin perjuicio de *las demás acciones legales* que les correspondan."

"2. La reclamación de la víctima o sus derechohabientes deberá ajustarse a lo dispuesto en el número 3 del artículo anterior y deberá ser acompañada por un certificado médico acreditativo de las lesiones sufridas."

A su vez, el artículo 3.º-2 de este mismo Rgt.º, relativo a los cazadores no asegurados, establece a estos efectos:

"2. Los cazadores no asegurados vendrán obligados a indemnizar los daños producidos de acuerdo con la legislación vigente. *No obstante, las víctimas o sus derechohabientes podrán dirigirse directamente al Fondo Nacional de Garantía* a que se refiere el capítulo V de esta disposición, que abonará las indemnizaciones correspondientes dentro del ámbito de este Seguro y podrá repetir contra el causante del daño, aunque éste no haya sido condenado ni sancionado."

A la vista de estos preceptos podemos extraer las siguientes conclusiones:

La *acción directa* de la L. C. no es, en nuestro modo de ver, una acción ejecutiva como la creada por el Rgt.º del Seguro Obligatorio V. M. y el T. R. 1968, sino declarativa.

Y decimos esto porque no existe en la reglamentación de caza alusión o referencia alguna que permitan deducir directa ni indirectamente que nos hallamos en estos casos a presencia de una acción ejecutiva (98).

En cuanto a la denominación de "acción directa" obedece, sin duda y como indicábamos al comienzo de este apartado, al hecho de venir autorizado *ex lege* el "perjudicado" para ejercitarla *directamente* contra el *asegurador* o el F. N. G., en lugar de tener que demandar a éstos conjuntamente con el causante del daño.

*Procedimiento para el ejercicio de la "acción directa"*.—Entramos con ello en otro aspecto del tema: el relativo a la clase de juicio en que pueden ejercitarse estas acciones.

---

(98) En efecto, ni el Rgt.º C. ni el Prov. hacen otra cosa que referirse a la "acción directa", mas sin remitirse en ningún momento al procedimiento que se contiene en los artículos 9.º y siguientes del T. R. 1968.

Y si bien es cierto que el Rgt.º C. en el artículo 52-5 nos dice que el "asegurador" debe satisfacer a los perjudicados las indemnizaciones correspondientes, "... sin que en ningún caso pueda oponerles las excepciones que le asistan contra el asegurador o contra un tercero", entendemos que esta frase no viene referida a las "excepciones" de los artículos 1.464, 1.466 y 1.467 de la Ley de Enjuiciamiento civil, sino a aquellas que por su carácter personal sólo contra aquéllos pueden ejercitarse. Se trata, por tanto, de "excepciones" de derecho sustantivo y no procesal.

Nos inclinamos decididamente por el declarativo correspondiente a la cuantía de la reclamación. Podrán, por tanto, ejercitarse en juicio verbal, de cognición, de menor o de mayor cuantía.

No obstante, hemos de indicar que si bien la tramitación de los juicios declarativos en que se ejerciten estas *acciones directas* será, en términos generales, la señalada para los mismos en la Ley de Enjuiciamiento civil o en el Decreto de 21 de noviembre de 1951 (99), es lo cierto que existen las siguientes peculiaridades:

1.<sup>a</sup> *En lo que a la demanda se refiere*, somos de la opinión que el artículo 13-2 establece a manera de una doble especialidad respecto de los ordinarios declarativos: de tipo estrictamente formal la primera y documental la segunda.

En lo que a la de carácter formal respecta, fundamos nuestra posición en la impropiedad procesal de la frase *La reclamación...* que se emplea en el citado artículo y número, más propia de un "expediente" administrativo que de un "procedimiento", lo que pudiera autorizar a estimar que la remisión al artículo 12-3 que en él se hace viene referida a la "reclamación" dirigida al asegurador como trámite previo al proceso (100).

Mas, no obstante esa impropiedad, el hecho de encontrarse el transcrito número 2 en el artículo 13, que figura bajo el epígrafe *Acción directa*, y es el siguiente al artículo 12, que lleva como título *Declaración del siniestro*, nos permite deducir que habiendo transcurrido la fase de "declaración" de carácter extraprocesal sin resultado, y encontrándonos en el momento inicial de la fase procedimental, el tantas veces citado número 2 del artículo 13 viene referido a la demanda que insta la víctima o sus causahabientes.

Ello supuesto, y a la vista del citado número 2 del artículo 13, hemos de indicar que, en nuestra opinión, la demanda en que se ejerciten estas acciones directas, sin perjuicio de acomodarse a las normas que se determinan en los artículos 524 de la Ley de Enjuiciamiento civil y, en su caso, el 29 del Decreto de 21 de noviembre de 1952, *deberán contener* (101) las siguientes especificaciones:

(99) Que desarrolla la base X de la Ley de 19 de julio de 1944, sobre normas procesales aplicables en la Justicia municipal. Sobre ello pueden verse los artículos 20 y siguientes del citado Decreto.

(100) Téngase en cuenta que, según el artículo 12-1, *el tomador o asegurado* vienen obligados a comunicar el accidente al *asegurador*, y en dichas comunicaciones deberá contenerse ... *en cuanto sea posible, la información detallada sobre...* los datos a que nos venimos refiriendo.

(101) Hacemos uso de este imperativo término dado el claro y terminante mandato contenido en la frase ... *deberá ajustarse...* que emplea el artículo 13-2.

En realidad, y como puede observarse con sólo contemplar el artículo 12-3, los datos a que vamos a hacer mención son los que debe contener la notificación del siniestro.

De ellos estimamos esenciales para la demanda los determinados en los apartados *a)*, *b)*, *c)*, bien que sólo en parte, como indicaremos al aludir a él; *d)* y *g)*. En cuanto a los datos comprendidos en el apartado *e)*, los estimamos

- a) Día, hora, lugar y circunstancias del accidente.
- b) Nombre, profesión, empleo y domicilio de las personas causantes o responsables del accidente y, en su caso, de los restantes miembros de la partida de caza (102).
- c) Nombre, apellidos o empleo y domicilio de las víctimas y, en su caso, derechohabientes de la misma (103).
- d) Facultativos o centros asistenciales que, en su caso, hayan atendido a la víctima (104).
- e) Cualesquiera otras circunstancias que el asegurado crea de interés (105).

A su vez, con dicha demanda, y sin perjuicio de los documentos que la víctima o sus herederos estimen conveniente presentar en apoyo de sus pretensiones, *deberán acompañar ... un certificado médico acreditativo de las lesiones sufridas.*

Dada la imperativa redacción de este número, estimamos deberá rechazarse toda demanda que no vaya acompañada de dicho certificado (106).

2.<sup>a</sup> *En cuanto a las "excepciones", la especialidad en estos procedimientos en que se ejercitan las llamadas "acciones directas" no*

---

esenciales a los meros efectos probatorios, mas no como elementos que deban figurar en los hechos de la demanda. En cuanto al contenido en el apartado f), lo consideramos totalmente intrascendente.

(102) En nuestra opinión, la determinación de ... *los restantes miembros de la partida de caza...* es dato que solamente tiene interés o a efectos probatorios o en el supuesto de "solidaridad" que contemplan los artículos 33-5, inciso último, de la L. C., y 35-6, b), inciso último, de su Rgt.<sup>o</sup>, caso éste en el que dichos miembros deben figurar como demandados.

En consecuencia, y para el supuesto de que sirvan como testigos, creemos que el momento indicado para citarles no es en la demanda, sino en el período de prueba.

(103) En este dato el artículo 12-3 habla de ... *las víctimas y, en su caso, parentesco de las mismas con el asegurado*, circunstancia ésta que, en nuestra opinión, tiene como razón de ser lo dispuesto en el artículo 9-2 de este Reglamento Prov., que excluye de la garantía del Seguro Obligatorio al cónyuge, ascendientes o descendientes de la víctima.

Hemos prescindido de esta referencia por estimar no es necesario hacerla constar en la demanda desde el momento que, como indicamos en su momento, dicha exclusión es "contra legem" y, por tanto, no puede ser tenida en cuenta.

(104) En nuestra opinión, la constancia de este dato en la demanda es importante, habida cuenta lo dispuesto en el anexo número 1, apartado a) (ver nota 64 del presente trabajo), de la Orden ministerial de 20 de julio de 1971.

Y decimos es importante porque la cuantía garantizada por el Seguro Obligatorio no tiene límite si la asistencia médica y hospitalaria se presta en alguno de los centros reconocidos por el F. G., no pudiendo exceder de 30.000 pesetas en otro caso.

Es lógico, por tanto, que el Juez pueda conocer desde un principio dónde se ha prestado dicha asistencia, sin perjuicio de que en la fase de prueba haya de acreditarse dicho extremo debidamente.

(105) Esta especificación de carácter general es acertada.

(106) Por virtud de lo dispuesto en el artículo 518-III de la Ley de Enjuiciamiento civil, que estimamos aplicable a título de fuente subsidiaria a este procedimiento.

radica en su clase ni tampoco en la forma de proponerse, sino en la *inoponibilidad* de las que específicamente se indican en los casos que expresamente se determinan en el artículo 18 del Rgt.º Prov., a tenor del cual:

“1. El asegurador *no podrá oponer* a las víctimas o sus derechohabientes las excepciones derivadas del contrato de seguro que le asistan contra el asegurado, el tomador del seguro o contra un tercero” (107).

“2. La falsedad, el error o la omisión en la proposición del seguro *no libera* al asegurador del cumplimiento de sus obligaciones.”

3.ª *Derecho de repetición*.—El artículo 19 del Rgt.º Prov. faculta al asegurador y al F. N. G. para repetir contra el causante del daño o el responsable civil subsidiario, en los supuestos que dicho precepto contempla.

Es requisito fundamental para que pueda ejercitarse este derecho que el asegurador o, en su caso, el F. N. G. hayan cumplido la obligación de reparar el daño.

B) *Las “demás acciones legales” en los daños producidos con armas a las personas*.—Las referencias a las mismas son diversas tanto en el Rgt.º C. como en el Prov. (108), siendo ejercitables, en nuestro modo de ver, no sólo contra el “asegurador”, sino también contra el “asegurado” y el causante del daño, en su caso.

Una de las diferencias esenciales entre dichas acciones y la llamada “directa” radica en que mientras esta última va dirigida a obtener el abono de las indemnizaciones producidas por daños a las personas causados con armas en las cacerías *hasta el límite garantizado por el Seguro Obligatorio* (109), las “demás acciones legales” *parece ser* entran en juego cuando se exigen indemnizaciones por encima de dicho límite.

Mas hemos dicho “*parece ser*”, fórmula un tanto dubitativa que estimamos exige esta explicación: Los dos Reglamentos a que venimos aludiendo hablan de “acción directa” de la víctima o sus causahabientes contra el “asegurador” o el F. N. G. “... *hasta los límites*...” del Seguro Obligatorio. Por tanto, tal y como aparecen redactados los artículos de dichos Reglamentos que tratan del tema, somos de la opinión que *no se pueden ejercitar contra el “asegurador” o el F. N. G. otra clase de acciones que las “directas”*.

No obstante, opinamos, que si bien contra dichas personas físicas o jurídicas no cabe esgrimir otra clase de acciones, ello no implica que no sea posible ejercitar ninguna contra ellas y pueda, por el contrario, dirigirse desde el principio la pertinente acción perso-

(107) A esta “excepción” se refiere el artículo 52-5 del Rgt.º C.

(108) Ejemplo de ello lo tenemos en el artículo 52-6 del Rgt.º C., así como en los 13-1 y 17-2 del Rgt.º Prov.

(109) Puede verse sobre ello el artículo 52-5 y 6 del Rgt.º C. y el 13-1 del Prov.

nal contra el “asegurado” o el “tomador” del seguro, o contra el causante del daño, o, incluso, contra el responsable civil subsidiario, bien individual, bien acumuladamente, para reclamar de los mismos la totalidad del “débito indemnizatorio”, sea cual fuere su cuantía. Lo que acontecerá es que en tales supuestos, si bien no hay límite alguno en orden a la petición, tampoco existe la garantía del Seguro Obligatorio.

No obstante, hemos de reiterar que pueden en nuestra opinión ejercitarse acumuladamente la “acción directa” y las “demás acciones”; la primera, contra el “asegurador” o, en su caso, el F. N. G., hasta el límite del Seguro Obligatorio, y “las demás”, contra los deudores pasivamente legitimados, por el exceso que sobre dicho límite estimen alcanza el valor del daño causado.

2.º *En cuanto a los daños producidos con o sin armas a cosas, o sin armas a las personas*, dan lugar, como hemos indicado a lo largo del presente trabajo, a un “débito objetivo indemnizatorio”, que no cuenta con la garantía del Seguro Obligatorio.

En consecuencia, en estos casos no resulta posible ejercitar la llamada “acción directa”, debiendo acudir el “perjudicado”, víctima o sus causahabientes, al ejercicio de las acciones personales procedentes.

Mas, ¿cuál pueden ser éstas? He aquí otro de los problemas que plantea el estudio de la “obligación legal de indemnizar” en la L. C.

Aunque la reglamentación legal parece inclinarse hacia la tesis de la “acción derivada de culpa o negligencia”, esto es, las de los artículos 1.902 y siguientes del Código civil, nos inclinamos a rechazar esta idea (110).

Las consideraciones en que nos apoyamos para mantener tal posición podrían sistematizarse así:

1.ª El principio fundamental de las “deudas indemnizatorias” surgidas de los accidentes de caza, sea cual fuere su carácter y naturaleza y estén o no garantizadas por el Seguro Obligatorio, viene consagrado en el artículo 33-5 de la L. C.

2.ª Dicho principio no es otro que el del “objetivo deber de indemnizar”, también conocido con la denominación de “responsabilidad objetiva”, que dicha Ley recoge no en su absoluta integridad, sino en su cualidad de “obligación objetiva *atenuada*”.

3.ª Esta figura comprende la obligación de indemnizar los daños y perjuicios originados por toda clase de acciones u omisiones, desde aquellos en que haya intervenido dolo o culpa grave civil hasta los producidos por caso fortuito (111).

---

(110) Decimos que la reglamentación legal parece inclinarse hacia la idea que indicamos en el texto, habida cuenta ese “sin perjuicio de las indemnizaciones que por encima de dicho límite o para los daños a las cosas puedan derivarse de la aplicación de los Códigos penal y civil”, que emplean los artículos 52-1 de la L. C. y 52-3, inciso último, de su Rgt.º

(111) Sólo se excluyen del débito indemnizatorio en la “obligación objetiva *atenuada*” los supuestos expresamente indicados por la Ley, que suelen

4.º En consecuencia, los supuestos de culpa y negligencia vienen en estos casos excluidos del ámbito del derecho positivo común esto es del Código civil, quedando comprendidos en la genérica figura del “débito objetivo indemnizatorio” que la L. C. ha creado en el citado artículo 33.

Por ello llama nuestra atención y hemos de criticar la frase antes transcrita, en cuanto el legislador que comienza consagrando para la caza la indicada figura de la “obligación objetiva *atenuada*” (art. 33-5), se contradice ulteriormente al apuntar la posibilidad de una “obligación indemnizatoria culposa”, distinta de la anterior en cuanto viene segregada del articulado de la L. C. para insertarla en el Código civil.

Concluimos, pues, el tema diciendo que, en nuestra opinión, la acción a ejercitar en estos casos no debe, y mejor aún, no puede fundarse en el artículo 1.902 de dicho Código y sí en el 33-5 de la L. C.

En cuanto a los sujetos activamente legitimados para ejercitar la acción pueden serlo el “perjudicado” o víctima (112) y sus causahabientes y, en su caso, el “asegurado” (113).

A su vez, estarán pasivamente legitimados el causante del daño, el “asegurado”, en su caso, así como el responsable civil subsidiario. No lo estarán sin embargo, en ningún caso y por las razones que hemos ya indicado, el “asegurador” ni el F. N. G.

Por último, y en cuanto a la clase de juicio en que pueden ejercitarse estas acciones, estimamos que podrán serlo en el declarativo que corresponda a su cuantía, debiendo acomodarse las demandas a lo prevenido para el juicio que proceda según la Ley de Enjuiciamiento civil o el Decreto de 21 de noviembre de 1952.

3.º *El tema de la “llamada a juicio del asegurador”*.—Está previsto en el artículo 14-1 del Rgt.º Prov., que dice así:

“1. El asegurado demandado para responder de la reparación del daño causado por actos u omisiones en que intervenga culpa o negligencia no penados por la Ley solicitará, dentro del término que la Ley de Enjuiciamiento civil señala para contestar a la demanda, que ésta se notifique al asegurador en el plazo más breve posible.”

El primer comentario que nos sugiere este párrafo es el de que no puede venir referido al ejercicio de la “acción directa”, desde el momento que mientras, como hemos indicado al estudiar dicha acción, los únicos legitimados pasivamente en la misma son el “asegurador” y el F. N. G., en la aquí contemplada lo es sólo el “asegurado”. Somos, por tanto, de la opinión que la “llamada a juicio del asegurador”

---

ser la culpa exclusiva de la víctima y ciertas manifestaciones de “fuerza mayor”.

(112) Nos remitimos sobre el tema a lo que indicamos al tratar del sujeto activo.

(113) En la legitimación activa del “asegurado” radica precisamente una de las diferencias de esta acción con la “directa”.

sólo puede llevarse a efecto en aquellos procedimientos en que se ejerciten esas “demás acciones legales” a que nos hemos referido anteriormente.

Y sentadas estas bases, pasemos al examen de los requisitos que deben concurrir para que pueda llevarse a cabo esta “llamada a juicio”, que, en nuestra opinión, son los siguientes:

1.º *Ejercicio de una acción no directa* contra el “asegurado” por parte del “perjudicado” o víctima o de sus derechohabientes.

2.º *Que dicha acción vaya dirigida* a reclamar “la reparación del daño causado por actos u omisiones en que intervenga culpa o negligencia no penados por la Ley.”

En consecuencia, si se ejercitaran acciones dirigidas a obtener otras reparaciones (114) no entrará en juego esta “llamada a juicio”.

3.º *Que el asegurador solicite* “dentro del término que la Ley de Enjuiciamiento civil señala para contestar a la demanda que ésta se notifique al ‘asegurador’ en el plazo más breve posible” (115).

La problemática de este requisito es de carácter formal y viene referida a determinar si cuando esta situación se plantee quedará o no en suspenso respecto del “asegurado” el plazo para contestar a la demanda, como acontece en los supuestos que contemplan los artículos 1.482 y 1.553 del Código civil.

Nos inclinamos por la negativa, al no existir un específico pronunciamiento en dicho sentido en el artículo 14-1 que estamos comentando y estimar son de aplicación, por tanto, las normas generales contenidas en los artículos 529 a 531 y 684 de la Ley de Enjuiciamiento civil, así como los 38 y 39 del Decreto de 21 de noviembre de 1952, según la clase de juicio.

Por otra parte, y en relación con el tema, hemos de hacer referencia a otras dos interesantes cuestiones, cual son:

a) *La relativa a las consecuencias de la no notificación al “asegurador” de la demanda, pese a haberse interesado por el “asegurado”, o de la notificación que excediere de ese “... en el plazo más breve posible” que nos dice el artículo 14-1.*

Dos son, pues, las posibilidades que aquí apuntamos: 1.º No notificación de la demanda; y 2.º Incumplimiento de la notificación “dentro del plazo más breve”.

En el primero de estos casos entendemos que, no siendo responsable el “asegurado” de esa *no notificación*; en cuanto esta omisión se compruebe deberá decretarse la nulidad de lo actuado a partir de dicho momento.

Y decimos esto, pese a lo dispuesto en el número 2.º del artículo 14, porque, en nuestra opinión, es evidente que dicho precepto

---

(114) Por ejemplo, de los daños no debidos a culpa o negligencia, e incluso acaso la reparación de los mismos daños culposos de carácter penal cuando se hubiere dictado sentencia absolutoria.

(115) En nuestra opinión, y salvando las diferencias institucionales, este párrafo ofrece grandes semejanzas con el artículo 1.482-I del Código civil.

viene referido al supuesto de que citado el “asegurador” no compareciere y no a aquellos en que su incomparecencia fuere debida a la falta de citación.

Consiguientemente, al no poder ser condenado el “asegurador”, dada su no reprochable ausencia, deberá serlo únicamente el “asegurado”, con lo que resulta evidentemente perjudicado por una omisión que no le es imputable.

En cuanto al segundo supuesto, esto es, al de la notificación realizada en plazo superior a ese ... *más breve posible* que el número 1 del artículo 14 señala, estimamos que cuando ello acontezca deberá estarse a lo dispuesto en el artículo 529-1 de la Ley de Enjuiciamiento civil si se trata de un mayor cuantía. Si fuere un menor cuantía o un cognición, se estará a lo dispuesto en los artículos 684 de dicha Ley o a los 39 y 40 del Decreto de 21 de noviembre de 1952.

b) *Consecuencias de la no comparecencia del “asegurador” notificado en forma.*—Son precisamente las indicadas en el transcrito número 2 del artículo 14 que estamos contemplando, las que por la claridad de dicho precepto estimamos no necesitan comentario.

Nos limitamos, por tanto, a reproducir el contenido de dicho número, que dice así:

“2. La no comparecencia del asegurador no le libera de la obligación de pago que le pueda ser impuesta en la sentencia.”

II) *Prescripción de acciones.*—El tema de la prescripción está en íntima conexión con el de la clase de acciones que se puedan ejercitar. Consiguientemente, tomaremos como punto de partida para el estudio de la institución prescriptoria la división de aquéllas en “directas” y “demás acciones legales”.

A) *Prescripción de la “acción directa”.*—Ni la Ley ni el Rgt.º C. contienen referencia alguna sobre este extremo, siendo el Rgt.º Prov. quien lo trata en su artículo 15, diciendo:

“La acción del asegurado, de la víctima o de sus derechohabientes frente al asegurador *prescribirá transcurrido un año desde la ocurrencia del accidente.*”

“Este plazo quedará interrumpido por las causas establecidas en el Derecho común.”

La simple lectura del párrafo primero de este precepto nos pone de relieve cómo la prescripción que en el mismo se determina viene referida tanto a la “acción directa” como a “las demás acciones”.

Y decimos esto porque, habida cuenta de las características de una y otra clase de acciones, es evidente que la víctima y sus herederos pueden ejercitar contra el asegurador ambas clases de acciones, si bien lo lógico es que hagan uso de la “directa”; mas por lo que al asegurador se refiere únicamente podrá ejercitar esas “demás acciones legales” a que nos hemos referido.

En consecuencia, aludiendo el párrafo que estamos comentando

tanto al "asegurado" como a la víctima y sus derechohabientes, resulta claro que la prescripción se refiera a las dos clases de acciones.

Mas precisamente el hecho de que por las consideraciones indicadas deduzcamos que la prescripción del párrafo primero del artículo 15 del Rgt.º Prov. venga referido a ambas clases de acciones nos plantea el problema de si la prescripción regulada en dicho precepto podrá aplicarse a las acciones ejercitadas: a) Por el "asegurado" contra el causante del daño; b) Por la víctima o sus causahabientes contra el "asegurado" o, en su caso, el que produjo el daño; c) O también por cualquiera otro "perjudicado" que no sea la víctima contra el "asegurado", etc.

Y decimos que se nos plantea este problema por cuanto, si bien en principio parece lógico pensar que la prescripción juega en todos esos supuestos, no podemos desechar sin más la clara y delimitada redacción del artículo 15-1, que únicamente nos habla del "asegurado", de la "víctima" y de sus "derechohabientes".

Consiguientemente, como el juego de la prescripción perjudica evidentemente los derechos de quien permaneció inactivo, que, por otra parte, en estos casos suele ser el más necesitado de protección (116), somos de la opinión que el citado precepto no debe ser interpretado ampliamente. Por ello nos inclinamos a resolver la cuestión planteada con criterio negativo, estimando que el instituto prescriptorio se aplicará en los términos que establece el párrafo primero del artículo 15 del Rgt.º Prov., únicamente en los supuestos específicamente comprendidos en él.

Mas con esta solución, nos surge un nuevo problema: el de precisar qué normas prescriptorias serán aplicables a las acciones no previstas en dicho precepto, por cuanto es evidente que las mismas vendrán sujetas a algún plazo de prescripción.

La inexistencia de normas específicas en orden a esta materia y la concreta remisión que el párrafo segundo del citado artículo 15 hace al "Derecho común", son motivos más que suficientes para afirmar que habrán de aplicarse las normas contenidas en el Código civil. El problema estriba, sin embargo, en determinar cuáles y más concretamente, si el artículo 1.964 o el 1.968, número 2.º

En favor de este último precepto cabe alegar que conforme a su número 2.º prescribirán por el transcurso de un año, entre otras, las acciones para exigir responsabilidad por obligaciones derivadas de culpa o negligencia de que trata el artículo 1.902 del Código civil.

Vemos, pues, cómo existe una exacta coincidencia en lo que al

---

(116) Concretamente, la víctima, sin olvidarnos del "perjudicado" que no merezca dicha consideración.

Por otra parte, no debemos tampoco olvidar, bien que sea una consideración no técnica y sí sólo humanitaria a la vez que realista, que no siempre los "perjudicados" en general (comprendiendo bajo dicho término fundamentalmente a la víctima) conocen el mecanismo legal para la reclamación de los daños y perjuicios que les han sido causados, no siendo infrecuente que llegue a su conocimiento el mecanismo de la reclamación legal transcurrido el año. Por ello hemos hecho uso de la frase ... *más necesitado de protección*.

plazo de un año se refiere entre el artículo 1.968, 2.º, del Código civil y el 15-1 del Rgt.º Prov., conexión ésta a la que acaso podría agregarse la para algunos aparente similitud entre los artículos 1.902 y siguientes del referido cuerpo legal y la en nuestra opinión mal llamada “responsabilidad objetiva”.

A su vez, en pro del artículo 1.964, podrían señalarse las siguientes consideraciones:

a) En los artículos 33-5, 35-6 y 52 de la L. C. y su Rgt.º, así como el articulado entero de la Orden ministerial de 20 de julio de 1971, cuyo artículo 15 estamos comentando, se trata y regula, no un supuesto de “responsabilidad”, sino de “obligación legal de indemnizar” (117).

b) Consecuencia de ello es que, a diferencia de lo que acontece con los artículos 1.902 y siguientes del Código civil, que contemplan, al parecer, supuestos de “responsabilidad” fundados en “culpa o negligencia”, en la L. C., en su Rgt.º y en el Prov., todo gira en torno a una “obligatio” que nace por ministerio de la Ley, como consecuencia de unos actos o de unas conductas que si bien social y legalmente permitidas, en cuanto encierran un evidente “riesgo” son peligrosas (118).

c) Por tanto, la prescripción que se regula en el citado artículo 1.968, número 2.º, del Código civil viene referida a unas acciones dirigidas a reclamar las consecuencias de una “responsabilidad” fundada en “culpa o negligencia”, mientras que las acciones a que se refieren los indicados artículos de la L. C., su Rgt.º y el Prov., persiguen el cumplimiento de una obligación *ex lege*.

d) No siendo, pues, de aplicación a los accidentes de caza que estudiamos en este trabajo las normas prescriptorias del artículo 1.968, número 2.º, y no existiendo otras específicas en el Código civil, ha de acudirse a la genérica contenida en el artículo 1.964, que establece para las acciones personales que no tengan establecido plazo especial prescriptorio el de *quince años*.

De las dos posiciones indicadas nos inclinamos por esta última. Consiguientemente, estimamos que, tratándose de acciones no específicamente previstas en el artículo 15-1 del Rgt.º Prov., el plazo de prescripción de las mismas será el indicado de quince años.

Mas sigamos con la prescripción de la “acción directa”, que según el artículo citado se operará por el transcurso de un año “desde la ocurrencia del accidente” (119).

---

(117) O de “objetivo deber de indemnizar”, mas nunca de “responsabilidad”.

(118) Ver sobre esto nuestra citada obra, *Los daños...*, especialmente en páginas 76 y siguientes, al tratar de problemática de la denominación de dicha figura, así como en páginas 103 y siguientes, donde estudiamos la “Razón de ser actual del deber objetivo de indemnizar”.

(119) Dura crítica gramatical nos merece el empleo por el legislador del término *ocurrencia*, que sólo puede calificarse de *barbarismo* (equivalente a vicio del lenguaje que consiste en pronunciar o escribir mal las palabras), sino

Entendemos que el término *accidente* es de más estricta significación que el de ... *el hecho que da lugar a la misma* empleado en el T. R. de 1968 (120), acortando considerablemente las posibilidades de señalamiento del día inicial, que sólo podrá ser el de esa *ocurrencia del accidente* (121).

En cuanto a los supuestos de interrupción de la prescripción, el artículo 15-2 que estamos comentando se remite al “Derecho común”, concepto bajo el que, como hemos ya indicado, debe entenderse el Código civil.

A estos efectos entendemos son aquí de aplicación las mismas causas de interrupción que para la prescripción de las “acciones directas” surgidas de los accidentes producidos por vehículos de motor viene perfilando la doctrina jurisprudencial, *siempre que por razón de su diversa naturaleza sean compatibles*.

En consecuencia, estimamos que si producido un accidente de caza se instruyeran diligencias previas o preparatorias, en tanto aquéllas no se sobreesan o éstas no concluyan con sentencia absolutoria, no podrá comenzar a correr el plazo de prescripción que señala el artículo 15-1 (122).

Otra causa de interrupción de la prescripción puede ser, en nuestra opinión, la recogida en el artículo 16 del Rgt.º Prov., esto es, los convenios sobre indemnización, en cuanto es lógico que iniciadas conversaciones entre la víctima o sus derechohabientes y el asegurador, ello dilate el comienzo del cómputo inicial o interrumpa el ya iniciado.

B) *Prescripción de las “demás acciones”*.—Nada se dice en la Ley y Rgt.º C., ni tampoco en el Prov., sobre este aspecto de la cuestión.

En consecuencia, estimamos serán de aplicación las reglas generales que en materia de prescripción se contienen en el Código civil, y concretamente, en primer lugar, el artículo 1.969 de dicho cuerpo le-

---

de *solecismo* (falta de sintaxis o error cometido *contra la pureza del lenguaje*), en cuanto es significativo de “suceso casual”, de “ocasión”, y por tanto totalmente extraño a lo que se ha querido significar con su empleo en el artículo comentado, licencias éstas más reprochables en quien hace las Leyes.

(120) Concretamente, en su artículo 4.º

(121) Sobre la interpretación del citado artículo 4.º puede consultarse nuestra obra citada, *Los daños...*, especialmente en sus páginas 378 y siguientes.

(122) En dicho sentido se manifiestan, entre otras, las siguientes sentencias:

*Sala Civil, 2.ª, de la Audiencia de Barcelona*: Sentencia de 20 de diciembre de 1971 (en *Rv. J. C.*, 1972, págs. 135-136).

*Sala 1.ª de la misma Audiencia*: Sentencia de 25 de septiembre de 1971 (misma *Rv.* y año, págs. 202-203).

*Sala Civil de la Audiencia Territorial de Valladolid*: Sentencia de 4 de julio de 1972, según la cual son causas de interrupción de la prescripción en estos casos las del artículo 111 de la Ley de Enjuiciamiento criminal, y, por tanto, mientras estuviere pendiente la acción penal no se ejercitará la civil con separación.

En este o parecido sentido se manifiestan las dos resoluciones citadas en primer lugar.

gal, a tenor del cual para la prescripción comenzará a contarse el tiempo *desde el día en que pudieron ejercitarse las oportunas acciones*.

Ello trae consigo un trascendente cambio respecto de la prescripción de las “demás acciones”, en cuanto estimamos que el plazo prescriptorio se amplía considerablemente, habida cuenta la amplitud de la frase *desde el día en que pudieran ejercitarse*, que permite comprender el tiempo transcurrido hasta la total sanidad del lesionado, desde el momento en que mientras ello no tenga lugar no puede afirmarse que el derecho a ejercitar la acción haya surgido en su plenitud, ni por tanto que haya podido comenzar a correr el tiempo para su prescripción (123).

Otro aspecto interesante en relación con el tema es el relativo a determinar cuál será el plazo de prescripción de estas acciones, en cuanto de aplicar el artículo 1.964 o el 1.968, número 2.º, del Código civil; las diferencias, como hemos tenido ocasión de comprobar al estudiar esta cuestión en la “acción directa”, pueden ser esenciales.

Como indicábamos al estudiar la naturaleza de estas acciones, en nuestra opinión no se trata de las dirigidas a exigir el cumplimiento de obligaciones derivadas de culpa o negligencia, como son las comprendidas en el artículo 1.902 del Código civil, sino de acciones inspiradas en el principio que informa las “obligaciones objetivas atenuadas” que consagra el artículo 33-5 de la L. C., en cuya figura tienen cabida desde los daños producidos por la más exquisita diligencia del cazador hasta los originados por su más negligente conducta.

Por ello hemos de rechazar que el plazo de prescripción de estas acciones sea el de un año que establece el citado artículo 1.968, 2.º, del Código civil, y estimando se trata de acciones personales que no tienen señalado término especial de prescripción, nos inclinamos a considerar les es aplicable el plazo de quince años que previene el artículo 1.964 de dicho cuerpo legal.

---

(123) Ver S. Aud. Orense, 28 de mayo de 1969 (S. A. A. P. 1.º Sem., 1969, págs. 434/435, núm. 684), que sanciona el principio de que el plazo de prescripción de estas acciones ha de comenzar a contarse a partir de la sanidad del lesionado.

También muy interesante, y en el mismo sentido, S. T. S. de 19 de abril de 1972.



# “Actitud metodológica en la sistematización del Derecho agrario”

MARIANO ALONSO PEREZ

(Profesor Agregado de Derecho civil en la Universidad de Salamanca)

SUMARIO: I. Fuerzas generatrices del moderno Derecho Agrario. Derecho Agrario y Derecho civil. Los principios que informan el ordenamiento jurídico del campo.—II. Valor del sistema en la configuración del Derecho Agrario. Criterios metodológicos para la elaboración de su contenido institucional.—III. Método jurisprudencial e insuficiencia de la normativa legal. El Derecho Agrario, como “sensibilización social del Derecho civil a las técnicas y exigencias de la agricultura moderna” (\*).

## I. FUERZAS GENERATRICES DEL MODERNO DERECHO AGRARIO. DERECHO AGRARIO Y DERECHO CIVIL. LOS PRINCIPIOS QUE INFORMAN EL ORDENAMIENTO JURIDICO DEL CAMPO.

Decir que el Derecho agrario está de moda, es afirmar una verdad banal, pero insuficientemente meditada. Porque hay un contraste evidente entre lo que podemos llamar “protagonismo del Derecho agrario” e inconcreción de su sustrato institucional. Un agrarista tan destacado como K. KROESCHELL, pone de relieve que no es posible dar un concepto lógico del Derecho agrario, pleno en sí mismo. Sólo es posible detectar en la práctica una serie de materias jurídicas en estrecho contacto con otras disciplinas que sirvan para fijar su contenido institucional (1): propiedad fundiaria, normas de colonización, Derecho sucesorio agrario, arrendamientos rústicos, contrato agrarios, crédito agrícola, etc. Hay un préstamo institucional de otras ramas del Derecho, público o privado, que al proyectarse sobre las modernas exigencias de la reforma agraria (2), devienen *ius proprium* de la Agricultura.

---

(\*) No pretendemos desarrollar una construcción metodológica del Derecho Agrario. Sería ilusorio por nuestra parte, dada la dificultad que ofrecen todos los problemas de Metodología y la misma configuración científica, en penosa formación, del Derecho Agrario. No estamos preparados para acometer una labor de esa índole. Nos limitamos, simplemente, a ofrecer perspectivas, puntos de vista, trazar vías o itinerarios—significado genuino del método—que contribuyan a una mejor comprensión de tan importante rama jurídica. Eso sí: no entramos en problemas de metodología didáctica; sólo de metodología de la ciencia del Derecho.

(1) K. KROESCHELL, *Landwirtschaftsrecht*, 2.<sup>a</sup> ed. Köln, Berlín, Bonn, München, 1966. p. 2.

(2) Por reforma agraria entendemos, no sin cierta imprecisión, las manifestaciones que provocan una reestructuración básica de la propiedad fundiaria

Tradicón y costumbre han ido forjando, por encima de arbitrarias e imprevistas innovaciones legales, un ordenamiento propio del campo y su explotación que cohesionan por igual instituciones de Derecho público y privado (3). Hoy se dice que el Derecho agrario tiene una manifestación pública y otra privada, como consecuencia del perspectivismo de la vieja *divisio* tan acusado en nuestros días. Lo que evidencia una verdad perennemente inconcusa. El Estado, organismos públicos, municipios o comunes han intervenido desde siempre en la regulación agrícola y, junto a ello, hay una faceta personal insoslayable: el hombre que explota la propiedad fundiaria, extrae productos, ejerce derechos limitados, aprovecha los frutos, etc. Al lado de un aspecto administrativo manifiesto, tradicionalmente ha existido una disciplina de la agricultura específica del Derecho civil. Hoy nos parece incuestionable que el Derecho agrario, como observa DE CASTRO, no es una "salida de tono", sino dar con el tono apropiado para descubrir lo "desentonado" del Derecho común (4). Es decir, actualización de determinadas instituciones del Derecho civil conectadas a la vida agraria, anticuadas y abstraídas de unas exigencias que se hacen tan patentes en el área rural. El Derecho agrario, que demanda autonomía por creerse con principios y normas especiales, ostenta un amplio núcleo privatístico que entra de lleno en el Derecho civil. Históricamente, esto es evidente. El *ius civile* quirritario contenido en las XII Tablas tiene un fuerte núcleo agrarista. De él ha dicho BONFANTE que fue un Código agrícola (5). Y no podemos creer que en

y que van a afectar de uno u otro modo al régimen de los contratos agrarios (sobre el problema vid. A. CARROZZA, *Gli istituti del Diritto agrario*, II, Milano Giuffré, 1970, p. 147; id. *Introduzione allo studio della prelazione legale nel Diritto della riforma agraria*, "Estratto degli Studi in onore di F. Santoro-Passarelli", Edit. Jovene Napoli, p. 582). Por eso, la adecuada observación que ya hace años expresaba el prof. I. SERRANO: "la orientación de la Reforma agraria que se realice tiene que ser ésta: la redistribución de la tierra, evitando la concentración abusiva en pocas manos, haciéndola llegar en proporción suficiente a muchas de trabajadores" (*El fuero del Trabajo. Doctrina y comentario*, Valladolid, 1939, p. 255).

(3) Sobre el carácter tradicional y consuetudinario del Derecho agrario, vid. MAROI, *La storia del diritto agrario e i suoi insegnamenti*, "Atti I Congresso nazionale di Diritto agrario", pp. 27 ss.; BOLLA, *Consuetudini rurali*, "Nuevo Dig. it.", III, Torino, 1938, p. 1009 ss.; BRUGI, *Valore giuridico e importanza delle consuetudini specialmente nel Diritto agrario*, "Riv. Dir. Agr.", 1924, I, p. 3; DEL VECCHIO, *Sul diritto agrario*, "Scritti per il trentenio della Riv. Dir. agrario", Firenze, 1953, p. 8 y n. 3; PALERMO, *Profili storici del Diritto agrario*, "Riv. Dir. Agr." gennaio-junio 1966, p. 79; DE CASTRO, *El Derecho agrario en España. Notas para su estudio*, ADC, 1954, p. 386; A. BALLARÍN, *Derecho Agrario*, Edit. Rev. Der. Privado, Madrid, 1965, esp. p. 194; P. GROSSI, *Il momento storico-giuridico nella elaborazione dottrinale dell'autonomia del Diritto agrario*, "Riv. Dir. Agr.", gennaio-marzo 1972 (homenaje a Bolla), pp. 35 ss.

(4) DE CASTRO, *El Derecho agrario en España...*, cit., p. 390.

(5) BONFANTE, *Historia del Derecho romano*, I, trad. española por Santa Cruz Teijeiro, Edit. Rev. Der. Priv., Madrid, 1944, pp. 143 ss. y esp. p. 151. Claro que tal afirmación no tiene más valor que el de poner de manifiesto el carácter esencialmente agrario de la sociedad plebeya que habitaba la península itálica en el s. v a. C.

Roma la ordenación agraria quedara fuera de la elaboración prudencial de los juristas clásicos. Junto a una regulación pública de menor entidad, hay toda una disciplina privada en la Compilación bizantina del *fundus*, de la *res frugifera*, de la propiedad fundiaria y sus complementos: *instrumentum fundi*, *iura fundi* (*iter*, *actus*, *via*), edificios agrícolas, normas sobre aprovechamientos forestales (*saltus*), ganados (*pecora*) (6). La Edad Media hereda de la Roma imperial la idea de propiedad agraria ilimitada —*usque ad sidera et usque ad inferos*, decían los comentaristas— el latifundismo y la explotación capitalista. Frente a las incipientes ordenaciones gremiales en los recintos amurallados, siervos y adscritos a la gleba se religaban en los feudos al cultivo del campo. Fueros, estatutos y leyes reales abundan en normas agrarias e intentan sacar el máximo beneficio de un cultivo arcaico y servil, fuente primaria de subsistencia hasta el Renacimiento. Nuestras leyes históricas nos muestran cómo, a pesar de esta jerarquización y rigidez de vinculaciones, las normas agrarias son típicamente civiles: prendas agrícolas, arrendamientos, enfiteusis, plantación en suelo ajeno, servidumbres de paso y agua, cargas reales, etcétera (7). La etapa de liberación de la propiedad agraria, que se inicia con los principios igualitarios consagrados por la Revolución francesa, sólo acaba con las limitaciones, vinculaciones y cortap'asas de los antiguos señoríos. Pero al apoyarse en los postulados abstractos de la razón universal, generaliza mediante los códigos decimonónicos un régimen agrario para el individuo, alejado de la problemática concreta del campo y sus gentes. Importa moverse en un ámbito paritario donde los hombres actúan como mónadas, con su propiedad absoluta, con su libertad ilimitada en calidad de pequeños mundos autosuficientes. El Código de Napoleón se comporta como “*une machine a hacher le sol*”, porque le interesa aparecer como el ordenamiento de una sociedad burguesa y pseudoigualitaria, a la que satisface con su régimen fundiario y sucesorio (8): todos deben ser dueños y a nadie se le puede privar de su legítima en especie. Por eso acierta el profesor DE CASTRO cuando señala que en esta tesitura los conceptos de labrador, finca rústica, deber de cultivo son de mínima importancia jurídica (9).

Pese a ello, forzoso es reconocer con PALERMO, que la codificación y la legislación especial del siglo XIX señalan el comienzo de la historia del moderno Derecho agrario (10). Lo que sucedió, tanto en el Código de Napoleón como en los que en él se inspiraron, fue que la agricultura no se consideró *sub specie* de actividad, sino de propiedad y goce del fundo. Aquel sistema liberal, sin conexión con

(6) Cfr. PALERMO, *Profili storici del Diritto agrario*, cit., *passim*, esp. p. 187.

(7) BENEYTO, *Estudios sobre la historia del régimen agrario*, Barcelona, 1941.

(8) K. KROESCHELL, *Le droit rural dans la société industrielle*, “Riv. Dir. Agr.” gennaio-marzo 1968, p. 8.

(9) DE CASTRO, *El Derecho agrario en España...*, cit., p. 379.

(10) PALERMO, *op. ult. cit.*, p. 83.

los auténticos problemas agrícolas (11), prescindía por completo de las actividades necesarias para la obtención de aquellos valores económicos ligados a la explotación óptima de la tierra. Su atención quedaba centrada en la propiedad y en el goce pasivo, directo o indirecto, del fundo (12). Concepción estática del Derecho agrario, propia de una economía agrícola de consumo y no de mercado, que inicia su transformación a partir de la primera gran conflagración y que coincide con la aparición del problema social y del régimen empresarial. Puede decirse, con GIORGIANNI, que el Derecho agrario actual ha incorporado a la idea decimonónica de goce y disfrute de la tierra —propiedad fundiaria— la de actividad, organización o empresa que no se agota en el simple cultivo. Una serie compleja de operaciones —adquisición de simientes, selección de las mismas, aplicación de la industria a la tierra, cría de animales, venta y transformación de productos para el mercado, entes asociativos, cooperativas, etc.— imprimen un sello moderno a la propiedad fundiaria y originan la empresa agrícola (13). De modo que el moderno ordenamiento agrario guarda la adecuada proporción entre la *res frugifera* y el hombre, considera al fundo como unidad orgánica productiva y vela, en consecuencia, por su defensa y conservación. Su característica es el alejamiento del individualismo que llevó inevitablemente a la fragmentación de la tierra y al desinterés por las exigencias de la producción (14).

Reconozcamos, con todo y poniendo reparos a la tesis de PALERMO antes señalada, que si el germen del moderno Derecho agrario está en el seno de los códigos decimonónicos y de las leyes sobre la agricultura de la época, en puridad no hay Derecho agrario como tal hasta que en el primer cuarto de nuestro siglo se puso de relieve la insuficiencia de los códigos individualistas para normar las estructuras de la agricultura moderna. Puede decirse que antes de nuestro siglo hubo una regulación del campo que forma parte del *ius civile*,

(11) Pone de relieve K. KROESCHELL, que la sociedad rural decimonónica, la agricultura de aquella época asistió pasivamente a todas las transformaciones esenciales de la sociedad industrial (*Le droit rural dans la société industrielle*, cit., p. 11).

(12) GIORGIANNI, *Il diritto agrario tra il passato e l'avvenire*, "Riv. Dir. Agr.", 1964, pp. 22 ss.

(13) GIORGIANNI, *Il diritto agrario tra il passato e l'avvenire*, cit., pp. 35-36. En definitiva, nos hallamos ante una manifestación más de esa exaltación del aspecto dinámico de la empresa, frente al estático de la propiedad: cfr. SAVATIER, *Les métamorphoses économiques et sociales du droit civil d'aujourd'hui*, París, 1952, pp. 203 ss. Recientemente, L. MARTÍN-BALLESTERO, *La obligación de hacer en las fincas rústicas*, "Riv. Dir. Agr.", gennaio-marzo 1972 (homenaje a Bolla), pp. 541 ss., esp. p. 547. Es el nuevo signo que transmuta el contenido del Derecho de propiedad, cuyo objeto es la tierra: el goce pierde el carácter de amplitud e indeterminación propio de la relación dominical, y adopta el signo de la gestión productiva que se actúa en forma de empresa (Vid. E. ROMAGNOLI, *Circolazione giuridica del fondo rustico e controllo dei prezzi*, Milano Giuffré, s. d., pp. 152-153).

(14) Vid. en este sentido, C. FRASSO DATI, *Orientamenti e prospettive del nuovo diritto agrario e la funzione del contratto agrario, I. Gli orientamenti del nuovo Diritto agrario*, "Riv. Dir. Agr.", gennaio-giugno 1965, pp. 12-13.

del Derecho romano justiniano, del *ius commune* o del Derecho codificado. Sólo la aparición de la idea social, de los problemas tecnológicos y de la gran industria moderna, pusieron al descubierto las técnicas arcaicas de una agricultura tradicional y la necesidad de crear un Derecho propio de la agricultura. Su conformación científica se inicia con firmeza tras las aportaciones de los primeros grandes agraristas italianos, hace aproximadamente cincuenta años.

Por razón de la materia, el Derecho agrario reviste especialidades, se conecta con el actual movimiento intervencionista hasta adquirir un fuerte matiz público. Mas no puede defenderse su autonomía. Ni la familia rústica, ni el *fundus* como unidad económico-funcional, ni la empresa agrícola, ni el goce directo de bienes de producción e indirecto a través de los contratos agrarios, son factores suficientes para configurar su autonomía científica. Todos estos aspectos han sido extraños al Derecho civil de los códigos decimonónicos, pero no deben serlo al Derecho civil de nuestros días. Como otras ramas del viejo tronco tan dispares entre sí, mas no por ello separadas del mismo —piénsese en el de Derecho de Familia y en el Derecho de Obligaciones— así el Derecho agrario deberá ser “un capítulo del Derecho civil dedicado a la disciplina jurídica de la agricultura que señale la presencia de nuevas realidades económicas. De este modo, el Derecho civil se mostrará desarraigado de los esquemas tradicionales, incluso en esta parte que aún extiende sus raíces en la civilización agrícola romana” (15). Las especialidades deben llevarnos a indagar la entraña del Derecho agrario, tan discutida, pero siempre teniendo en cuenta que, como observa CASTÁN, hoy por hoy es imposible separar radicalmente el Derecho agrario y el Derecho civil (16). Lo que urge es tener muy en cuenta la concepción social y realista del Derecho, que tanto repercute en el sector agrario, frente a la concepción individualista y abstracta del Derecho patrimonial (17). Considerar que la unidad esencial del Derecho y la consiguiente relatividad de sus manifestaciones puede explicar perfectamente el que una parte especial del Derecho civil —el agrario— se corresponde con otra igualmente especial del administrativo, respondiendo ambas a principios concurrentes (18). Sobre todo, urge aproximar en gran manera el *fundus instructus* a las disposiciones escritas y consuetudinarias de los viejos derechos forales, más flexibles y adaptados a las nuevas necesidades agrarias. Familias campesinas ordenadas establemente,

---

(15) GIORGIANNI, *Il diritto agrario tra il passato e l'avvenire*, cit., p. 39. Idem. *Corso di Diritto agrario*, Roma, 1966-67, p. 23.

(16) CASTÁN, *Las instituciones protectoras de la familia y de su propiedad*, Madrid, 1955, p. 131. Abundando en esta idea señala JORDANO BAREA (*Derecho civil y Derecho agrario*, RDP, 1964, p. 731) que “todavía no se ha descubierto un modo de tratar los problemas del Derecho agrario que no pueda ser esencialmente encuadrado dentro de los moldes del Derecho civil”.

(17) JORDANO, *Derecho civil y Derecho agrario*, cit., p. 731.

(18) SANCHO REBULLIDA, *La autonomía del Derecho agrario*, Zaragoza, 1965, pp. 178-179.

con tradiciones arraigadas, “organizadas de abajo a arriba como crecen los árboles, frente a sociedades de masas que van de arriba a a abajo, totalmente planificadas, (19) y que aún se mueven por la rigidez de una legislación programática, cuando no por los esquemas formales de unos códigos anacrónicos.

Las fuerzas histórico-sociales y económicas que provocaron la aparición de un Derecho rural especializado, no han logrado por el momento concretar sus instituciones. Pero sí fijar unos principios basilares que informan constitutivamente la nueva disciplina. La agricultura, *ars primigenia*, divinidad materna según Lucrecio, aparece hoy como organización de personas e instrumentos en la unidad productiva representada por el fundo. El cultivo moderno de la tierra, la reconstrucción de categorías agrícolas, la *possessio* del suelo cultivable renueva situaciones, comportamientos uniformes en sentido histórico y ético del que surgen la propiedad, el trabajo agrícola, los contratos agrarios como elementos de un nuevo *ius proprium* (20).

Hace muchos años que se alzó la voz de BOLLA para denunciar que la agricultura y su régimen jurídico no pueden vivir encerrados en el mundo pandectístico y exegetico que asfixiaba aún en nuestro siglo el Derecho civil. El clima en el que se desenvolvía el civilista era un clima aséptico con sus rigorismos lógicos y sus refinamientos dialécticos heredados de neokantianos y neohegelianos (21). Un mundo jurídico conventualmente separado de los hechos, en cuya clausura, fortificada por el muro de los códigos, se fundían peligrosamente formalismo, tecnicismo y rigor lógico sistemático. BOLLA habla en medio de este clima y su voz “*suonó stonata nell’ambito della grande corallità civilistica*” (22). Más en ese ambiente hostil quedaron reflejados los principios cardinales del moderno Derecho agrario: no es una arquitectura lógica, sino un conglomerado de datos experimentales; un Derecho que debe hacerse por vía prudencial y no preferentemente legal; producto de exigencias económicas —aproximación Economía y Derecho—, de raíz consuetudinaria. Su razón de ser no está en el concepto de propiedad *individual fundiaria*, con amplísimos poderes otorgados al propietario por el ordenamiento jurídico,

---

(19) Vid. en tal sentido VALLET DE GOYTISOLO, *La conservación del “fundus instructus” como explotación familiar, tema básico de los Derechos civiles, forales o especiales españoles*, “Riv. Dir. Agr.”, gennaio-giugno 1966, p. 19. Interesantes observaciones también en LÓPEZ JACOISTE, *El Derecho foral como Derecho agrario*, “Estudios de Derecho público y privado ofrecidos al profesor I. Serrano y Serrano”, I, Valladolid, 1965, pp. 483 ss.

(20) G. BOLLA, *Significato attuale e valore scientifico di un incontro latino di Diritto agrario*, “Riv. Dir. Agr.”, julio-diciembre 1965, p. 330.

(21) Cfr. G. FASSÓ, *Storia della Filosofia del Diritto*, III. *Ottocento e Novecento*, Bologna, 1970.

(22) P. GROSSI, *Il momento storico-giuridico nella elaborazione dottrinale dell’autonomia del Diritto agrario*, cit., p. 36.

sino en la *utilitas* que proporciona el cultivo intenso de la *res frugifera* (23).

Con razón advierte DE LOS MOZOS que el ordenamiento jurídico de la Agricultura se resiente de cierto inmovilismo, en algunos sectores, de rigidez y de una acentuada intervención pública que se considera innecesaria por parte de la doctrina y que responde a un cierto paternalismo administrativo y a la presencia un tanto arcaica de los esquemas ideales del Despotismo ilustrado (24). Mas, en todo caso, nadie duda de que el Derecho agrario propende a ser, con el progresismo que ello implica, no tanto "un capítulo del Derecho económico comprendido dentro del Derecho civil" (25), cuanto un conjunto normativo que contribuirá a vivenciar el todavía fantasmal Derecho de la Economía. Porque, en definitiva, el Derecho agrario debe ser el ordenamiento que señale la presencia activa de la industrialización en el campo (26) sin por ello destruir los principios axilares en que descansa el *fundus* y su *instrumentum*. Diríamos que se trata de un Derecho que atiende a la explotación y productividad agrícola según un sentido funcional al servicio de masivas necesidades sociales. En él no destaca tanto el factor "empresa", o el elemento "empresario agrícola", ni aún el "fundo" como tal, sino la *explotación o productividad del campo según las demandas del mercado y los intereses de quienes racionalmente y con carácter organizado destinan su trabajo y sus medios al cultivo agrícola*. En esa "relación jurídica agraria",

---

(23) P. GROSSI, *op. ult. cit.*, pp. 36 ss. La defensa por el Derecho moderno del principio de la propiedad-función frente al de propiedad-señoría, origina en el campo de la agricultura una subordinación del derecho de goce del fundo al cumplimiento de cargas impuestas por el "deber de buen cultivo". De ahí esa serie de vínculos tan considerados por el Derecho agrario, que se traducen en la tutela de la producción y mejoramiento de la tierra, cría de animales, ayudas y créditos encaminados a estimular determinados cultivos, intervención directa de organismos públicos para la expropiación de tierras deficientemente cultivadas que se distribuirán entre quienes sean capaces de obtener un rendimiento de amplia repercusión social (vid. al respecto A. GERMANÓ, *I tribunali agrari nel Diritto europeo occidentale*, "Riv. Dir. Agr.", 1968, p. 257).

(24) DE LOS MOZOS, *Estudios de Derecho agrario*, Edit. Tecnos, Madrid, 1972, p. 34.

(25) Como piensa A. LUNA, *La formación dogmática del concepto de Derecho agrario*, "Riv. Dir. Agr.", gennaio-marzo 1972 (homenaje a Bolla), pp. 518-519.

(26) Sólo cuando los labradores entren plenamente en la masa de consumidores, sus intereses económicos corran parejos con los del comercio y la industria en orden a su atención por parte del Estado y la sociedad, sin ser víctimas del poderío económico urbano; sólo, en fin, cuando la tecnocracia y el poder burocrático no operen sobre los intereses del campo con una planificación asfixiante, será posible sacar a flote la economía agraria y parificar su tratamiento jurídico al mismo nivel estructural de otros valores socio-económicos, v. gr., especulación del suelo urbano, preparación de sustancias alimenticias, atención a la industria automovilística, etc. (Vid. sobre el particular, J. VALLET DE GOYTISOLO, *La conservación de "fundus instructus" como explotación familiar...*, cit., p. 56).

magníficamente configurada por DE CASTRO (27), el objeto, tan difícil de precisar, debe en todo caso afectar “a la productividad funcional e intensiva del fundo” (28), superando la vieja idea de *titularidad dominical pasiva* para sustituirla por el criterio fundamental de la *explotación agraria*.

El Derecho agrario que en nuestros días se consolida con horizontes de futuro, será el que otorgue efectiva titularidad a quienes desarrollen su capacidad empresarial sobre el suelo agrícola; equipare el trabajador del campo al industrial; salve y potencie la empresa familiar cultivadora y a ella dedique especiales atenciones (29); revitalice institutos tan viejos en la historia como la posesión, no tutelable por sus dogmáticos *corpus* y *animus*, sino “por la efectiva prestación de energías laborales y creadoras incorporadas al suelo cultivado” (30). En fin, como parte del Derecho civil, el Derecho agrario debe tener muy en cuenta la persona: el viejo *prudens agricola*, el moderno cultivador o el inconcreto empresario del campo. La familia campesina que arraiga en el fundo y dinamiza su *instrumentum* (31). No hay ordenación agraria si no se actúa por el principio de la óptima explotación en la unidad ideal de cultivo al servicio de la dignidad del campo y sus gentes. Porque la tierra, como ha recordado bellamente CAPOGRASSI, no se da si no es penetrada por la actividad transformadora y vitalizante del hombre (32). Un esfuerzo creador y operativo de los elementos telúricos —fusión hombre y tierra (33)— que da razón de ser al Derecho de la agricultura: *colendi... movit agros, curis acuens mortalia corda*. Virgilio quiere decir aquí que las explotación del campo sólo tiene sentido si satisface las aspiraciones más hondas del hombre que lo cultiva.

(27) DE CASTRO, *El Derecho agrario en España. Notas para su estudio*, cit., p. 395.

(28) FRASSOLDATI, *Orientamenti e prospettive del nuovo Diritto agrario*, cit., p. 12.

(29) A. CARROZZA, *Gli istituti del Diritto agrario*, II, cit., pp. 18 ss.

(30) A. CARROZZA, *op. ult. cit.*, p. 167. Si la posesión traduce jurídicamente “la inserción de las personas en el mundo de las cosas” (A. HERNÁNDEZ GIL, *La función social de la posesión*, Madrid, 1967, p. 141), el despliegue de trabajo efectivo sobre el fundo y el ejercicio de la actividad “haciendal” dan la medida del grado en que debe ser tutelada la relación posesoria agraria.

(31) En calidad de ente asociativo que pone en movimiento un patrimonio agrícola con espíritu empresarial (Vid. en tal sentido, G. B. FUNAIOLI, *La natura giuridica della famiglia colonica e il nuovo codice civile*, “Riv. Dir. Agr.”, 1943, I, pp. 184 ss.; A. CARROZZA, *Gli istituti del Diritto agrario*, I, Milano, Giuffrè, 1962, pp. 45 ss., IV. *Profilo dogmatico della “famiglia agricola”*).

(32) G. CAPOGRASSI, *Agricoltura, Diritto, proprietà*, “Riv. Dir. Agr.”, 1956, pp. 11 ss., esp. p. 30 ss.

(33) Este íntimo contacto del hombre con la tierra que cultiva determina un arraigo —expresa muy bien COSSIO— que no es posible desconocer y que tiene los caracteres de un verdadero matrimonio. Equiparación del Derecho agrario al Derecho matrimonial que nos da una bella imagen de aquél como “derecho que aspira a regular el acceso del hombre a la tierra y su arraigo definitivo en ella” (A. DE COSSIO, *El concepto de “pequeña empresa agraria” y la moderna legislación española*, ADC. Julio-septiembre 1955, pp. 727 ss., esp. pp. 730-731).

## II. VALOR DEL SISTEMA EN LA CONFIGURACION DEL DERECHO AGRARIO. CRITERIOS METODOLOGICOS PARA LA ELABORACION DE SU CONTENIDO INSTITUCIONAL

La dogmatización de los problemas jurídicos impulsa inexorablemente a la construcción sistemática. Pero hay una sistematización de instituciones, que ESSER llama *vertical* (34), legitimada por la ciencia de Pandectas. Hoy nadie cree en ella. En su época se manifestó como un "legado yusnaturalista" (35) que se incrustó con absorción progresiva en la dialéctica histórica de los institutos jurídicos llevada a cabo por Savigny y sus discípulos. El Derecho, tras las elucubraciones de la Escuela Histórica, se compuso de un entramado de conceptos que hipostasiaron la "esencia vital" (*Lebendigen Wessen*) en lugar de proceder a la inversa: los sustratos positivos de la experiencia debieron generar a *posteriori* los contenidos normativos (36).

Toda formulación metodológica, desde los intentos de Ihering por detectar intereses en pugna (*miteinander kämpfender Interessen*), hasta las actuales reivindicaciones del sistema abierto, de la aporética jurisprudencial o del pensar por alternativas (37), se ha cuidado mucho de mantener la vigencia del sistema para la construcción de la ciencia jurídica (38). Pero se piensa en un sistema "horizontal", en el que los

---

(34) ESSER, *Vorverständnis und Methodenwahl in der Rechtsfindung*, Athenäum Verlag Frankfurt am Main 1970, p. 94.

(35) WIEACKER, *Privatrechtsgeschichte der Neuzeit*, 2.<sup>a</sup> ed., Göttingen, 1967, pp. 369 ss.

(36) Interesantes observaciones al respecto en J. EDELMANN, *Die Entwicklung der Interessenjurisprudenz*, Verlag Gehlen Berlin-Zürich, 1967, pp. 35 ss.

(37) La novedad de la alternativa como forma de actuación metodológica, tal como nos la ofrece J. RÖDIG (*Die Denkform der Alternativen in der Jurisprudenz*, Berlín. Heidelberg. New York, 1969), no deja de representar "un buen desafío a nuestro aceptado modo de pensar jurídico" (F. DE CASTRO, en su espléndida *Nota Crítica* a la obra, ADC, enero-marzo 1971, pp. 207-212).

(38) Sin ánimo de exhaustividad, por lo demás imposible, vid. fundamentalmente, ESSER, *Grundsatz und Norm in der richterlichen Fortbildung des Privatrechts*, Tübingen, 1956; *Zur Methodenlehre des Zivilrechts*, "Studium Generale", 1957, pp. 97 ss.; *Vorverständnis und Methodenwahl in der Rechtsfindung...*, cit., esp. pp. 94 ss.; *Methodik des Privatrechts*, "Encyclopädie des geisteswissenschaftlichen Arbeitsmethoden", München-Wien, 1972; H. G. GADAMER, *Wahrheit und Methode. Grundzüge einer philosophischen Hermeneutik*, Tübingen, 1965; H. OTTO, *Methode und System in der Rechtswissenschaft*, "Arch. für Rechts- und Sozialphilosophie", 1969, pp. 493 ss.; EICHLER, *Gesetz und System*, Berlín, 1970, pp. 136 ss.; C. W. CANARIS, *Systemdenken und Systembegriff in der Jurisprudenz, entwickelt am Beispiel des deutschen Privatrechts*, München-Berlín, 1969, passim, y esp. pp. 41 ss.; U. DIEDERICHSEN, *Topisches und systematisches Denken in der Jurisprudenz*, NJW, abril 1966, pp. 697 ss.; ZIPPELIUS, *Problemjurisprudenz und Topik*, NJW, nov. 1967, pp. 2229 ss.; LARENZ, *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, 2.<sup>a</sup> ed. Berlín. Heidelberg. New York, 1969, pp. 149 ss., 421 ss., 450 ss.; WIEACKER, *Privatrechtsgeschichte...*, cit., esp. pp. 587 ss.; ENGISCH, *Sinn und Tragweite juristischer Systematik*, "Studium Generale", 10 (1957), pp. 173 ss.; S. JORGENSEN, *Vertrag und Recht. Privatrechtliche Abhandlungen*, Kobenhavn, 1968, pp. 94 ss.

conceptos jurídicos no son fijos en su contenido, sólo en cuanto a su forma. La estructura del sistema es cambiante. No es inmóvil la conciencia social, ni la confianza en lo definitivo de determinadas soluciones y reglas-modelo del Derecho positivo. Conceptos fundamentales como “declaración de voluntad”, “derecho subjetivo”, etc., tienen fuerza sistemática sólo mientras se armonicen con las concepciones vigentes en una determinada sociedad. La Historia del Derecho y el Derecho comparado evidencian la variabilidad intrínseca del sistema (39). Cuando la argumentación dogmática se llena de los contenidos de la experiencia, adquiere una forma conceptual que sirve y se hace factible su realización (*anwendbar*) (40).

El índice máximo de la cientifización de una disciplina es, en última instancia, el sistema. A él no pueden renunciar, como nos advierte KLUG, las propias formulaciones jurisprudenciales abocadas al pragmatismo (41). Desembocar en el sistema es inevitable. El ciclo descrito por ESSER para toda cultura reviste un carácter fatal: “Descubrir problemas, formar principios, articulación de un sistema” (42). Pero el sistema ya no podrá ser una racionalidad constitutiva de principios axiomáticos —la *Vernunftgrund* o *causa inmanens* kantiana— a modo de conexión puramente lógica de verdades y principios (vieja idea de Heinecio y Wolff). La ciencia del Derecho no tolera un sistema axiomático *more geometrico* (43). El sistema, necesario en todo caso, está invadido por el pensamiento problemático que no debe considerarse sólo como pensar aporético en sentido filosófico. Debe verse como un sistema de horizontes pragmáticos, esencialmente operativo. El jurista debe preparar el sistema desde la praxis y su contexto sociológico, en conexión con los fines vitales y sus implicaciones. La tópica, puesta de moda en nuestros días tras la obra de VIEHWEG (44), no es ciega, ni tampoco se pierde en aporías, o, inversamente, en la absolutividad de los valores y convicciones. Bien considerada, se limita a dejar que el sistema se renueve incesantemente en su sustrato institucional, acentúa la fuerza de convicción del consenso social y relativiza los postulados formales de la lógica jurídica. El pensamiento tópico se acomoda con facilidad a las exigencias de la praxis y a

(39) ESSER, *Vorverständnis und Methodenwahl in der Rechtsfindung*, cit., p. 95.

(40) C. W. CANARIS, *Systemdenken und Systembegriff in der Jurisprudenz*, cit., pp. 41 ss.

(41) U. KLUG pone de manifiesto lo absurdo de la alternativa o “Jurisprudencia de conceptos” o “Jurisprudencia de intereses”. Esta última trabaja en sus controversias con conceptos y construcciones lógicas (*Juristische Logik*, 3.<sup>a</sup> ed. Berlín, Heidelberg. New York, 1966, p. 12).

(42) ESSER, *Grundsatz und Norm*, cit., p. 8 (*Principio y Norma en la elaboración jurisprudencial del Derecho privado*, trad. esp. por E. Valentí Fiol, Bosch, Barcelona, 1961, p. 10).

(43) ENGISCH ya nos lo advierte: *ein solches “axiomatisches” System der Begriffe nach Art der Mathematik in der Rechtswissenschaft nicht möglich ist (Sinn und Tragweite juristischer Systematik*, cit., p. 173).

(44) Th. VIEHWEG, *Topik und Jurisprudenz*, 3.<sup>a</sup> ed. de 1965 (trad. esp. de anterior edición por Díez Picazo, Taurus, Madrid, 1964).

la realización de la justicia concreta. Pero sólo el sistema, recuerda JORGENSEN, subraya la necesidad de dar firmeza y seguridad a la aplicación del Derecho (45).

El Derecho agrario, por fortuna, lucha con denuedo por construirse sistemáticamente. Mas pocas disciplinas jurídicas ofrecen un muestrero mejor de problemas vitales, una renovación institucional más profunda. La dogmática jurídica, en su inevitable tendencia al sistema, es necesaria al Derecho agrario como procedimiento de condensar institutos asentados en el contexto sociológico del campo y su economía. LARENZ nos advierte que una ciencia del Derecho que quiera hacer patente las conexiones reales, propiedades estructurales y el “entramado racional” (*geistige Gefüge*) del ordenamiento jurídico, tiene necesariamente que proceder por vía sistemática (46).

Sin duda, el Derecho agrario ofrece ya una sistemática abierta y sensible a los problemas específicos de la agricultura moderna. Una sistemática que ha partido en su construcción de la necesidad de operar un cambio radical en las estructuras agrarias —“*el miglioramento delle strutture*”, tanto en sentido fundiario como agrario, que nos recuerda A. CARROZZA (47)— muchas de las cuales eran anacrónicas y de cuño individualista. Y se observa que el sistema del Derecho agrario tiende evidentemente a la horizontalidad, puesto que se vivifica y aleja de la pura Dogmática por la penetración de tópicos fecundos, v. gr. el *fundus* y su relación pertenencial; cultivo de rendimiento máximo; explotación agrícola; standard del “buen labrador” o empresario agrícola; rechazo de la fragmentación antieconómica de la tierra; utilidad de la *res frugifera*, etc.

Pero también, y como demérito, la sistematización del Derecho agrario aún no ha logrado reflejar sus propias instituciones con relativa nitidez. Hay muchos institutos jurídicos que son parte integrante del Derecho civil tradicional, del Derecho administrativo o del Derecho financiero, pongo por caso. La sistematización del Derecho agrario, además de ser horizontal —es decir, abierta constantemente y renovada por las exigencias sociales— ha de obedecer a cierto rigorismo constructivo: evitar préstamos de otras ramas del Derecho y construirse como especificidad de problemas jurídicos netamente referidos al fundo y su explotación. A modo de ejemplo se revela muy completa y meditada la sistematización del profesor DE LOS MOZOS que, en forma de Programa, nos ofrece en sus *Estudios de Derecho Agrario* (páginas 309-320). Es una sistematización inmersa de lleno en las estructuras agrarias, con sus tres cursos (1. *Derecho civil agrario*; 2. *Derecho de reforma de la agricultura y legislación agraria*, y 3. *Derecho del empresario agrícola*) perfectamente configurados hasta el punto de otorgar una cohesión muy notable al Derecho agrario como

(45) Die “systematische” Rechtsmethode unterstreicht den Bedarf einer Festigkeit und Sicherheit der Rechtsanwendung (*Vertrag und Recht*, cit., p. 95).

(46) LARENZ, *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, cit., p. 155.

(47) A. CARROZZA, *Gli istituti del Diritto agrario*, II, cit., p. 2.

*ius proprium*. Pero reconozcamos también, y sin ánimo de buscar un Derecho agrario químicamente puro —imposible de todo punto— y menos de hacer una crítica, que en el Programa ofrecido por el ilustre civilista y agrarista se engloban figuras que son típicas del Derecho civil, constitucional, fiscal, mercantil o laboral. Incluso, cuestiones o preguntas específicas están implicadas en otras, aparecen redundancias que en todo caso se justifican por la insuficiencia institucional concreta de la disciplina del Derecho agrario en la hora presente.

No hay espacio en este trabajo, al fin una simple comunicación, para ofrecer por nuestra parte un modelo breve de sistematización pormenorizada. Pero sí nos limitamos a reflejar cinco epígrafes fundamentales, que para mejor ocasión nos proponemos desarrollar:

I. Derecho agrario y otras ramas del Ordenamiento jurídico. Génesis histórica y configuración moderna del Derecho agrario. Sus fuentes. Derecho agrario comparado.

II. Régimen jurídico de la propiedad fundiaria. El *fundus* y *sū instrumentum*.

III. Empresa agraria y cultivador agrícola.

IV. Los contratos agrarios.

V. Derecho de reforma agraria.

La construcción del sistema, como etapa que está llenando afañosamente el Derecho agrario, y su renovación, sobre todo, para no caer en la estéril sistemática de la *Begriffjurisprudenz*, requiere un camino. Pide un método o, al menos, determinadas posiciones metodológicas. Quizá el Derecho agrario, una disciplina nueva, de nada necesite más que de un método adecuado. Ciencia y método no son categorías que puedan pensarse desunidas, y la normativa agraria necesita de esta actividad itinerante para configurarse como disciplina de contornos específicos.

Pero se dice que el método —aquí nos limitamos a reflejar una actitud, no un trazado completo— no se encamina en modo alguno a defender posiciones adquiridas, sino a realizar los criterios de justicia dominantes en una comunidad jurídica (48). Es decir, toda reflexión metodológica es dinámica y positiva. El método jurídico está en pugna directa con la pasividad de los criterios lógicos que se aislan de la acción o del entorno social (49). Respecto del Derecho agrario,

---

(48) *Die juristische Methode ist gewiss "auf die Verwirklichung, nicht auf die Abwehr der in der Rechtsgemeinschaft herrschenden Gerechtigkeitsvorstellungen gerichtet"* (ESSER, *Vorverständnis und Methodenwahl...*, cit., p. 160, siguiendo el criterio de Rüthers).

(49) Por eso se señala que el método jurídico no es pura forma lógico-jurídica o mera guía doctrinal, sino que su misión específica es esclarecer las diversas funciones que cumple la realización del Derecho (F. MÜLLER, *Juristische Methodik*, Berlín, 1971). Sobre todo, con referencia al nuevo método sociológico, hoy muy preconizado por las Escuelas pragmáticas, se piensa que la creación jurídica debe extraerse de las fuerzas sociales en las que de modo immanente se encuentran los criterios justos *hic et nunc* (H. WÜSTENDÖRFER, *Zur Methode soziologischer Rechtsfindung. Zwei systematische Abhandlungen*, Berlín, 1971, p. 33).

el método debe ser un instrumental para captar los contenidos de la experiencia jurídica, sobre los que después se proyectará la normativa legal, los esquemas consuetudinarios y la tarea del intérprete.

Parece claro que las aplicaciones metódicas que se propugnan para el Derecho agrario, están acordes en rechazar el rígido normativismo, mientras se inclinan decididamente por un sociologismo jurídico (50). Y, desde luego, está presente en sus construcciones, como recuerda DE LOS MOZOS, la apelación que interesa mantener viva al método del Derecho comparado y del Derecho histórico, porque las fórmulas jurídicas afloran de este modo con mayor facilidad (51). Ambos han dado ya frutos muy sazonados en profundas aportaciones científicas al Derecho agrario. Por eso se afirma que para entender la naturaleza genuina de los institutos de Derecho agrario, más que para cualquier otro Derecho, se debe mirar a la continuidad histórica en la que el contenido del instituto se forma, “a la vital conexión con toda la vida de la experiencia dentro de la cual vive y de la que es elemento” (52). O se advierte encarecidamente que es tarea del Derecho agrario desarrollar un método que pueda llevar a una legislación agraria europea, lo que supondrá dificultades de toda índole —políticas, económicas, nacionales, etc.—, sólo superables a través de métodos adecuados cuya formulación corresponde al jurista y a la “jurisprudencia” agraria (53).

Los frutos de estas posiciones realistas y pragmáticas en la elaboración metodológica del Derecho agrario están ya a la vista: gracias a ellas se observa una mayor seguridad social y económica en los trabajadores agrícolas, una participación y cooperación muy loable en el desarrollo de la “azienda” agraria, progresiva industrialización de las técnicas del campo, logro de mejores unidades de cultivo, mayor ampliación del crédito agrícola, una mejor reorganización, en definitiva, de las “estructuras agrarias”, entendidas como complejo de circuns-

---

(50) Observa C. ZACCARO que las tendencias metodológicas a través de las cuales se proyecta el estudio del Derecho agrario han oscilado frecuentemente entre dos polos que, lejos de integrarse, se rechazan mutuamente: el del normativismo y el de la sociología jurídica (*Teoria istituzionale e Diritto agrario. Appunti per un'ontologia giuridica*, “Riv. Dir. Agr.”, 1958, p. 386). Lo que no es adecuado, pues que el normativismo, bien entendido, es o debe ser el sedimento institucional de los contenidos sociológicos de la experiencia jurídica. Una normativa agraria debe ser el precipitado institucional de las necesidades y problemas que en una comunidad determinada tiene planteada la Agricultura, y necesitan regularse positivamente. Lo que sí puede admitirse, como postulado inconcuso, es la observación del propio ZACCARO al señalar que “es exigencia metodológica correcta propia del jurista partir para sus construcciones científicas de la observación y análisis de la realidad social, la cual revela constantemente un dato, un elemento, los criterios intrínsecos legales” (*op. ult. cit.*, p. 390).

(51) DE LOS MOZOS, *Estudios de Derecho agrario*, cit., pp. 25-26.

(52) E. BASSANELLI, *Il Lavoro come fonte della proprietà della terra*, “Atti del I Convegno interno di Dir. Agr.”, vol. II, Milano, 1954, p. 619.

(53) F. BAUR, *Commenti metodologici per la formazione di un futuro Diritto agrario europeo*, “Riv. Dir. Agr.”, 1964, pp. 393 ss.

tancias y factores que determinan la producción agrícola y el nivel de las utilidades que reportan a los agricultores (54).

Observemos, finalmente, que si el método debe tender a configurar el objeto específico sobre el que versa una disciplina, será fundamental que toda reflexión metodológica se centre en la noción de “agrariedad” en el sentido que creemos entenderla: valoración de la tierra en su especial *utilitas*, como objeto autónomo de relaciones jurídicas, con un estatuto jurídico propio en conexión con su destino productivo y su carácter prevalentemente social (55).

### III. METODO JURISPRUDENCIAL E INSUFICIENCIA DE LA NORMATIVA LEGAL. EL DERECHO AGRARIO COMO “SENSIBILIZACION SOCIAL DEL DERECHO CIVIL A LAS TECNICAS Y EXIGENCIAS DE LA AGRICULTURA MODERNA”.

DE CASTRO ha advertido hace tiempo, con su indiscutible autoridad, que la “renovación del Derecho agrario constituye una de las mayores y más elevadas tareas del jurista moderno. Ciertamente es que la implantación de tal derecho —añade— depende de fuerzas que están fuera de su control; pero puede facilitar su promulgación poniendo al descubierto lo inadecuado de la situación jurídica actual, valorando al máximo de sus posibilidades las normas que ya contienen los nuevos gérmenes, aprestando fórmulas que faciliten la adopción de las medidas adecuadas” (56). Esto supone presumir que el Derecho agrario debe ser un ordenamiento prevalentemente “jurisprudencial”. El término debemos entenderlo en su sentido más genuino, como Derecho elaborado por quienes tienen la prudencia suficiente para detectar lo justo de las estructuras agrarias en cada momento histórico. La Jurisprudencia, así entendida, es una actividad itinerante hacia las valoraciones justas, presidida por la *prudentia iuris*. Su misión ideal quedó ya configurada por Pomponio, al señalar que no hay Derecho sin juristas que lo *mejoren constantemente* (57).

La actividad jurisprudencial es una manifestación del arte jurídico, si se prefiere, de la técnica de elaboración del Derecho, como ya señaló IHERING, en cuanto tiende a resolver los problemas de la convi-

(54) En tal sentido, E. ROMAGNOLI (*Sulla nozione di “strutture agricole”*, “Riv. Dir. Agr.”, Luglio-settembre 1971, pp. 535 ss.), siguiendo el criterio de Bandini (cfr. *op. ult. cit.*, p. 537, n. 6).

(55) Importantes observaciones sobre la cuestión en C. ZACCARO, *La costituzione e la proprietà terriera*. “Riv. Dir. Agr.”, I, 1952, p. 479.

(56) DE CASTRO, *El Derecho agrario en España*, cit., p. 390.

(57) ... *Quod constare non potest ius, nisi sit aliquis iuris peritus, per quem possit cottidie in melius produci* (Enchiridion de Pomponio, reproducido en D. 1,2,2,13): para una magnífica interpretación del pasaje, vid. L. LOMBARDI, *Saggio sul Diritto giurisprudenziale*, Milano Giuffré, 1967, pp. 5 ss.

vencia (58), y a sincronizar en la medida de lo posible norma y problema, viejos moldes y nuevas exigencias (59). Mas lo que importa es poner de relieve que el Derecho jurisprudencial lo crea el jurista, lo abandona cuando no sirve, lo mejora o adapta en su constante actividad. Más aún, pues con razón pone de manifiesto L. LOMBARDI que el Derecho es siempre jurisprudencial, la *viva vox iuris* es únicamente la jurisprudencia (60), entendida como arte de crear el Derecho por obra de los prudentes. Mediante el arte prudencial la acción deviene norma, llega a constituirse en principio y sistema; pero a su vez la norma se proyecta hacia la acción. Y se nos advierte también que es el Derecho emanado de los juristas (*Juristenrecht*) el que prepara y formula la ley, el que descubre y valora la costumbre, el que traduce el Derecho concreto que es la sentencia (61).

Si el método jurisprudencial es la actividad conducente a formular un mejor derecho por obra del jurista, único legitimado para discernir prudencialmente lo justo de lo injusto, el Derecho agrario debe ser, ante todo, un Derecho de juristas. Un Derecho jurisprudencial elaborado por jurisconsultos preparados en la tarea del *ius dicere*, procedentes de una constante reflexión en el campo, sobre todo, del Derecho civil. Si éste se traduce en la *interpretatio prudentium* (D. 1,2,2,12), el Derecho agrario, al fin manifestación del Derecho civil referida a la agricultura, debe hallar su mejor expresión en las formulaciones de los agraristas, en sus ensayos científicos, en sus comentarios a los textos legales, etc.

Se ha puesto de relieve que el Derecho agrario italiano, hasta la codificación de 1942, se formó extralegalmente, por vía doctrinal (62), a través de esa pléyade de espléndidos agraristas —BOLLA, BRUGI, MAROI, CARRARA, ARCANGELI, FRASSOLDATI, PALERMO, GIORGIANNI, BASANELLI, etc.— que han sido los verdaderos artífices del moderno Derecho agrario. Sus instituciones troncales —el fundo y su explotación, el cultivo agrícola, los contratos agrarios, la propiedad fundiaria— cuajaron con precisión técnica a través de una labor de ilustres agraristas y lentamente se han reflejado en una legislación progresiva.

Que el Derecho agrario en la actualidad se nos presente como un ordenamiento de hechura legal, no quiere decir que, metodológicamente y en su constante formación, deje de reflejar su carácter eminentemente jurisprudencial. Por eso es atinada la advertencia de que el Derecho agrario, antes de ser un sistema pensado, una arquitectura lógica, se presentó como una coagulación de datos experimentales. Se

(58) R. VON IHERING, *Geist des römischen Rechts auf den verschiedenen stufen seiner Entwicklung*, 3 (reimpresión), Scientia Verlag Aalen, 1968, pp. 1 ss.: *die juristische Kunts*.

(59) K. N. LLEWELLYN, *Belleza y estilo del Derecho*, trad. y prólogo de Puig Brutau, Bosch, Barcelona, 1953.

(60) L. LOMBARDI, *Saggio sul Diritto giurisprudenziale*, cit., p. 372.

(61) L. LOMBARDI, *Saggio...*, cit., p. 516.

(62) P. GROSSI, *Il momento storico-giuridico nella elaborazione dottrinale dell'autonomia del Diritto agrario*, cit., pp. 36 ss.

trata de un Derecho que sólo puede modelarse sobre instancias reales (63). La exuberante legislación sobre la agricultura que se observa en todos los países, en última instancia —y salvo razones de política agraria— viene a ser el precipitado de la elaboración prudencial de los juristas. Cuando la legislación sobre el campo se separa de las realidades de la agricultura y se presenta con un contenido programático muy loable, pero inaplicable a las estructuras agrarias vigentes, debe pensarse que el Derecho agrario se ha positivizado por un procedimiento puramente técnico, desconectado de los esquemas creadores y vivenciales del agrarista, atento, por vocación, a las circunstancias socioeconómicas de la agricultura (64). Más grave resulta aún que las reformas agrarias se hagan por gobernantes impacientes por alcanzar éxitos fulgurantes, o se lleven a cabo por elementos de la tecnocracia planificadores en el sillón de su oficina, pero ajenos totalmente a las inquietudes y afanes de los hombres del campo. VALLET DE GOYTISOLO ha dicho muy bien que “el campo necesita juristas que vivan de él, se compenetren con sus problemas, los resuelvan y ayuden a formar sus costumbres... y, tal vez, ¡menos legisladores, tecnócratas y planificadores al servicio del Estado o de los organismos estatales!” (65).

AZZARITI pone de relieve que en la técnica y sistemática del Derecho agrario resulta fundamental poner cierto orden en el estado presente de la legislación, que ha llegado a una situación caótica (66). Esto se evita cuando quien profesa la disciplina del Derecho agrario se aplica con fina sensibilidad jurídica a detectar los cometidos de su especialidad. Porque la actividad jurisprudencial es actividad cognoscitiva metódicamente encaminada a la búsqueda y formulación de la norma jurídica que, según los criterios del jurista, resulte la más eficaz en un determinado ordenamiento y en un momento histórico concreto (67). Y esta actividad creadora del Derecho agrario, cuyo paradigma se materializa en tantos ilustres juristas, debe ser esencialmente casuística, volcada hacia la experiencia jurídica, mesuradamente renovadora, respetuosa con las conquistas del pasado y elevada por encima de las fronteras nacionales —nuevo *ius gentium*

---

(63) Cfr. P. GROSSI, *op. últ. cit.*, p. 36, en reflexión sobre la actitud de Bolla como pionero del Derecho agrario.

(64) Quizá en esa desconexión de la legislación agraria con la elaboración prudencial de los juristas halle su fundamento la observación de Edward MALLEFAKIS referida a la España del siglo xx anterior a 1939: “Una gran distancia ha separado siempre las leyes españolas de las realidades que pretendían regular. No es difícil hallar una legislación social avanzada en el Derecho positivo español, ya durante la época de la monarquía; lo difícil es hallar muestras de su aplicación enérgica” (*Reforma agraria y revolución campesina en la España del siglo XX*, trad. esp., Ediciones Ariel, Barcelona, 1971, p. 278).

(65) J. VALLET DE GOYTISOLO, *Algo sobre temas de hoy* (VII, *La relación hombre-tierra en la Política agraria*), Speiro, Madrid, 1972, p. 265.

(66) G. AZZARITI, *Tecnica e sistematica nella legislazione agraria*, “Atti del 3.º Congresso nazionale di Diritto agrario”, Milano, 1954, pp. 370-371.

(67) L. LOMBARDI, *Saggio sul Diritto giurisprudenziale*, cit., p. 522.

revitalizador del viejo *ius civile*—, siempre ideando nuevos cauces jurídicos para introducir progresivamente la industria en la agricultura, pero sin desvirtuar las peculiaridades genuinas que tipifican la explotación agraria y el sustentáculo perenne del fundo. El momento actual del Derecho agrario sostiene el carácter “popular” de esta rama del ordenamiento jurídico, lo que supone presencia en su configuración de las peculiaridades étnicas, históricas, políticas, geográficas, ecológicas y ambientales que dan razón de ser a cada pueblo (68). La Ley agraria y su interpretación no debe ser el cometido primordial del agrarista, sino ante todo la elaboración doctrinal de los institutos del Derecho agrario según el tránsito que caracteriza nuestra época desde el egoísmo al altruismo, desde el Derecho individual al Derecho social (69).

Son los especialistas en Derecho agrario, especialmente los procedentes del área convencional del Derecho privado, los que deben configurar aquél como una llamada de atención que en la hora presente se hace al Derecho civil para que se muestre sensible a las técnicas de la agricultura moderna. Lo que supondrá un íntimo matrimonio entre Economía agraria y Derecho, siempre sobre la base de la persona, protagonista de unas funciones agrícolas especialmente como grupo familiar cultivador. De manera que el Derecho agrario se convierte en un complejo de instituciones de fondo tendencialmente privado, normas y relaciones jurídicas “que se refieren al uso agrícola del suelo y a las actividades conexas al servicio de finalidades productivas de interés privado, colectivo o general” (70).

---

(68) F. MAROI, *Il Diritto agrario e le sue fonti*, “Atti del 3.º Congresso nazionale di Diritto agrario”, Milano, 1954, p. 339.

(69) S. VENTURA, *Per un Diritto agricolo europeo*, “Riv. Dir. Agr.”, gennaio-marzo 1968, p. 34.

(70) A. PALERMO, *Profil storici del Diritto agrario...*, cit., p. 77.



# «La responsabilidad civil frente a la administración pública».

ENRIQUE RIVERO YSERN

Catedrático de Derecho administrativo  
en la Universidad de Salamanca

SUMARIO: I. Consideraciones previas. Delimitación del tema.—II. El sistema común regulador de la responsabilidad extracontractual. Su utilización por la Administración. A) La responsabilidad extracontractual frente a la Administración nacida del ilícito civil. B) La responsabilidad extracontractual frente a la Administración nacida de ilícito penal. C) Resarcimiento de daños a través del sistema de responsabilidad objetiva.—III. La normativa reguladora de la responsabilidad extracontractual entre dos esferas administrativas.—IV. El sistema administrativo regulador de la responsabilidad extracontractual frente a la Administración. A) La protección del dominio público. a) Autotutela demanial. La policía demanial. b) La violación de las normas sobre policía demanial. B) La consagración en el Derecho español de un sistema administrativo resarcitorio de los daños ocasionados al demanio. a) Ambito de aplicación. b) La naturaleza de la responsabilidad por daños al demanio. 1. Responsabilidad subjetiva. 1.1. La actividad del agente. 1.2. Determinación del concepto de daños. 1.3. Caso fortuito y fuerza mayor como causas exonerantes de responsabilidad. 1.4. Responsabilidad solidaria. 2. Responsabilidad objetiva. 3. El procedimiento administrativo para el resarcimiento del daño. c) Conexiones entre la potestad sancionadora sobre el demanio y el sistema administrativo resarcitorio de daños sobre bienes demaniales.—V. Conclusiones.

## I. CONSIDERACIONES PREVIAS. DELIMITACION DEL TEMA

El instituto de la responsabilidad civil presenta dos grandes vertientes: la contractual y la extracontractual. Cuando se examinan los abundantes planteamientos que la doctrina privatista ha efectuado de la responsabilidad aquiliana se observa que aquélla centra las consideraciones subjetivas del tema en los daños que un sujeto privado ocasiona a otro de la misma índole (1).

---

(1) Baste con examinar las obras, entre otras, de DE CUPIS: *Il danno*, Milano, 1966, 2.ª ed. RODOTÀ: *Il problema della responsabilità civile*, Milano, 1964. SAVATIER: *Traité de la responsabilité civile*, Paris, 1951. MAZEAUD: *Traité théorique et pratique de la responsabilité civile*, 6.ª ed., Paris, 1970.

Son escasas e insuficientes las atenciones que los civilistas han dedicado al problema de la responsabilidad extracontractual de la Administración pública, por lo que esta perspectiva ha sido analizada fundamentalmente por los publicistas (2).

Pero el instituto de la responsabilidad aquiliana no agota en estas dimensiones subjetivas sus posibilidades. Frente a los daños que un particular origina a otro particular y frente a los daños ocasionados por la Administración a los particulares es necesario analizar otra dimensión subjetiva: la de los daños que un sujeto privado o una Administración pública puedan ocasionar en los bienes y derechos de determinada esfera administrativa; es decir, un particular puede ocasionar daños al patrimonio administrativo y también una Administración pública personificada puede ocasionar daños al patrimonio de otra Administración.

En estas páginas, por lo tanto, se intenta exclusivamente ofrecer una visión de la responsabilidad extracontractual frente a la Administración pública, examinando, básicamente, la de los particulares.

El tema estimo que ofrece indudable interés, no sólo por la inexistencia de tratamiento doctrinal, sino por el considerable volumen e importancia del patrimonio administrativo. Los interrogantes fundamentales que pretendo despejar son los siguientes: cuando la Administración sufre un daño en sus bienes o derechos, ¿se resarce de estos daños utilizando el mismo sistema que emplean los particulares cuando sufren un daño en sus bienes y derechos por otro particular?; ¿existe un sistema administrativo a través del cual la Administración se resarce de los daños que se ocasionan a sus bienes y derechos?; ¿por qué se justifica, si existe, este sistema administrativo?; ¿debe subsistir?; ¿articula la Administración técnicas preventivas a fin de evitar daños a su patrimonio?; ¿qué conexiones existen entre la potestad sancionadora y un sistema administrativo de resarcimiento de daños?

## II. EL SISTEMA COMUN REGULADOR DE LA RESPONSABILIDAD EXTRA CONTRACTUAL. SU UTILIZACION POR LA ADMINISTRACION

Es fundamental sostener desde este primer momento, a mi juicio, que siempre que una disposición con rango legal no establezca un sistema administrativo resarcitorio de daños al patrimonio de la Administración ésta ha de utilizar, para hacer valer sus pretensiones indemnizatorias, el mismo sistema que emplean los particulares. Concretamente, la Administración esgrimirá el artículo 1.902 del Código

(2) En este sentido, entre otros, los trabajos de ALESSI: *La responsabilità della pubblica amministrazione*, 3.<sup>a</sup> ed., Milano, 1955. ALESSI: *L'illecito e la responsabilità civile degli enti pubblici*, Milano, 1964. CASSETTA: *L'illecito degli enti pubblici*, Torino, 1953. DUEZ: *La responsabilité de la puissance publique*, Paris, 1938. DUNI: *Lo Stato e la responsabilità patrimoniale*, Milano, 1968. LEGUINA: *La responsabilidad civil de la Administración pública*, Madrid, 1970.

Civil, los sistemas de responsabilidad objetiva establecidos en nuestro ordenamiento y la normativa contenida en el Código Penal y en la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

El examen de otros ordenamientos, concretamente del francés e italiano, evidencia que la Administración utiliza el mismo sistema que los particulares para resarcirse de los daños que se ocasionan a sus bienes y derechos.

#### A) LA RESPONSABILIDAD EXTRA CONTRACTUAL FRENTE A LA ADMINISTRACIÓN NACIDA DE ILÍCITO CIVIL.

Como señala Gullón Ballesteros, el concepto de ilicitud en la responsabilidad aquiliana hay que contemplarlo desde una perspectiva amplia. Supone una actuación contra el principio "alterum non laedere", una lesión no sólo del derecho subjetivo, sino de bienes que encuentran su protección en el ordenamiento jurídico, como el honor (3).

Si la Administración, a consecuencia de una conducta culposa o negligente de un particular, sufre una lesión en sus bienes o derechos ha de hacer valer sus pretensiones ante los Tribunales ordinarios. Evidentemente, para que la Administración accione con garantías de éxito han de concurrir en el supuesto concreto los elementos constitutivos de la responsabilidad extracontractual.

El Tribunal Supremo, en una sentencia de 28 de octubre de 1967 (Sala 4.<sup>a</sup>), respecto de unos daños ocasionados en unas calles y en una fuente pública de un pueblo por las aguas residuales y escombros de una mina, indicó:

"En cuanto a los daños causados en la fuente pública del pueblo y en las calles del mismo, escapan de la competencia de la jurisdicción administrativa y... deberá hacer uso de sus derechos ante la jurisdicción ordinaria, si a ello hubiere lugar" (2.º Considerando).

Tema que debe suscitarse es el relativo a si caben daños morales contra la Administración pública. Ni la doctrina española se ha planteado esta cuestión, que sepamos, ni existen decisiones jurisprudenciales al respecto (4).

En el Derecho francés Mazeaud ha indicado que una persona moral pública puede ser lesionada en sus intereses morales, aunque no se le puedan lesionar, como a un particular, sus intereses afectivos. El Estado, los municipios, las personas morales públicas tienen un

---

(3) GULLÓN BALLESTEROS: *Curso de Derecho civil*, Madrid, 1968, pág. 476.

(4) Es curioso destacar cómo tampoco el tema es examinado en obras sobre indemnización de daños no patrimoniales. En este sentido valga citar el trabajo de RAVAZZONI: *La riparazione del danno non patrimoniale*, Milano, 1962.

honor que defender. Tanto si el perjuicio dimana de un ilícito civil como de un ilícito penal, el Estado y las personas morales públicas pueden accionar ante los Tribunales competentes (5).

A mi juicio, no existe en nuestro Derecho ningún obstáculo para que el Estado, la Provincia o el Municipio puedan accionar ante los Tribunales, solicitando una indemnización por daños morales.

De todo lo que hasta en este momento se ha expuesto se desprende de la identidad de régimen jurídico para la Administración y los particulares en materia de responsabilidad extracontractual dimanante de ilícito civil. La única peculiaridad a destacar sería que, previo al ejercicio de la acción civil, si del Estado se trata, habría que cumplimentar el artículo 15 del Reglamento Orgánico de la Dirección General de lo Contencioso y Cuerpo de Abogados del Estado, de 27 de julio de 1943 (6). Si la acción la ejercita una Corporación Local, habrá que tener en cuenta el artículo 121 de la Ley de Régimen Local (7).

Finalmente hay que destacar que no existe jurisprudencia, al menos que conozcamos, dictada en pleitos planteados por la Administración esgrimiendo pretensiones indemnizatorias al amparo del sistema común regulador de la responsabilidad extracontractual.

#### B) LA RESPONSABILIDAD EXTRA CONTRACTUAL FRENTE A LA ADMINISTRACIÓN NACIDA DE ILÍCITO PENAL.

El concepto de ilícito penal es debatido en la doctrina penalista, aunque la jurisprudencia se inclina, acertadamente, a considerar que el ilícito penal supone una violación del interés social y público, siendo sus notas específicas la tipicidad y la punibilidad (8).

Es indudable que no todo delito o falta origina un daño. Como señala el artículo 100 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, "de todo delito o falta nace acción para el castigo del culpable y puede nacer también acción civil para la restitución de la cosa, la reparación del daño y la indemnización de perjuicios causados por el hecho punible". Los bienes de la Administración, a consecuencia de una conducta tipificada penalmente, pueden sufrir un daño.

(5) MAZEAUD: *Ob. cit.*, t. II, págs. 1001, 1002 y 1003.

(6) Señala este artículo: "Cuando en cualquier centro ministerial o directivo se estimase procedente deducir por parte del Estado alguna acción civil o criminal ante los Tribunales, se pasará el expediente original a la Dirección General de lo Contencioso en el plazo de quince días, a contar de la fecha del acuerdo, para que en su vista proponga al Ministerio respectivo la resolución que corresponda. El expediente será devuelto al Centro de su procedencia tan luego como recaiga resolución definitiva firme en la vía judicial o se acuerde por el Ministerio del Ramo no haber lugar a acudir a dicha vía. En el primer caso se acompañará copia de la resolución."

(7) El artículo 121, j), de la Ley de Régimen Local indica que corresponde al Ayuntamiento Pleno "el ejercicio de acciones judiciales y administrativas...".

(8) GULLÓN BALLESTEROS: *Ob. cit.*, pág. 493.

Hay ocasiones en las que el daño siempre se produce. El Código Penal contempla como hechos delictivos: ocasionar desperfectos en los caminos de hierro, líneas telegráficas (artículo 249); ocasionar daños de más de 25.000 pesetas en archivos, gabinetes científicos o instituciones análogas (que pueden ser propiedad de la Administración) o en el Patrimonio Artístico Nacional (artículo 558, 5.º); causar daños en puentes, caminos, paseos u otros bienes de uso público o comunal (artículo 550, 6.º); destruir o deteriorar pinturas, estatuas u otros monumentos públicos de utilidad u ornato (artículo 561); apedrear o manchar estatuas o pinturas o causar un daño cualquiera en las calles, parques, jardines, paseos o en el alumbrado o en objetos de ornato o pública utilidad o recreo.

En otras ocasiones el daño a los bienes de la Administración a consecuencia de un hecho delictivo podrá producirse o no.

A la vista de lo expuesto hay que preguntarse: ¿cuál será el procedimiento que utilice la Administración para el resarcimiento de los daños que se le ocasionen? En principio hay que responder que el mismo que los particulares. El artículo 1.092 del Código Civil indica que la obligación civil de reparar el daño causado por el delito o falta penal se rige por el Código Penal. La jurisprudencia afirma que esta responsabilidad se regula por normas propias y se sustancia en jurisdicción diferente (la criminal), aunque se admite la posibilidad de ejercitarla ante la jurisdicción civil, sin que por esto se altere su naturaleza ni se borren las diferencias con la acción para exigir la responsabilidad al amparo del artículo 1.902 del Código Civil (9).

La Administración, como cualquier particular, puede ejercitar la acción civil junta o separadamente con la acción penal, pero una vez ejercitada la acción penal también se entiende utilizada la civil, a no ser que ésta se reservara para ejercitarla, si a ello hubiera lugar, una vez terminado el juicio criminal (10).

Como norma general, la jurisdicción civil no puede conocer antes que la penal. El fallo absolutorio en lo penal no prejuzga sobre la responsabilidad civil. La sentencia se limita a declarar que determinados hechos no tienen carácter punible para la jurisdicción penal, pero estos hechos pueden ser valorados en la jurisdicción civil como fuente de la responsabilidad del artículo 1.902 (11).

Indicado este procedimiento cabe preguntarse: ¿puede la Administración, en los casos en los que a consecuencia de un ilícito penal se origine un daño a su patrimonio, resarcirse de estos daños fuera del proceso penal, mediante un procedimiento administrativo? Estimo que sí, cuando una Ley así lo determine. Creo que en esta línea parecen estar pensados los artículos 81 y 82 de la Ley de Montes y 402, 2 y 4, de su Reglamento. Cuando los hechos objeto de sanción administrativa puedan revestir el carácter de delito o falta, la Administración

(9) GULLÓN BALLESTEROS: *Ob. cit.*, pág. 494.

(10) Artículos 111 y 112 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

(11) GULLÓN BALLESTEROS: *Ob. cit.*, pág. 495. Véase, en general, las páginas 493 a 498.

los pondrá en conocimiento de la jurisdicción criminal para que exija la responsabilidad criminal a que, en su caso, hubiere lugar. Pero, ¿y si se ha producido un daño? A tenor del artículo 82 de la Ley de Montes parece que puede ventilarse en vía administrativa, ya que en el mencionado artículo se indica que la Administración, por sí, podrá exigir las responsabilidades que procedan por los daños y perjuicios causados, a través del procedimiento previsto en los artículos 459 a 463 del Reglamento de Montes.

La práctica administrativa en esta materia parece demostrar que, en primer lugar, no suele ser frecuente que la Administración pase el tanto de culpa a los Tribunales y, en segundo lugar, que si hay daños y se acude al proceso penal, la Administración los ha ventilado previamente a través del sistema administrativo.

#### C) RESARCIMIENTO DE DAÑOS A TRAVÉS DEL SISTEMA DE RESPONSABILIDAD OBJETIVA.

La Administración, al igual que los particulares, podrá utilizar los sistemas objetivos resarcitorios de daños. Así, por ejemplo, los contenidos en la Ley de Navegación Aérea de 21 de julio de 1960 y en la Ley de 29 de abril de 1964, de responsabilidad por daños nucleares.

La Ley de Navegación Aérea declara indemnizables los daños que se originen a las personas o cosas que se encuentren en la superficie terrestre por acción de la aeronave, en vuelo o en tierra, o por cuanto de ella se desprenda o arroje. La razón de indemnizar, según el artículo 120 de la mencionada Ley, tiene su base objetiva en el accidente o daño. Esta indemnización procede hasta los límites fijados en la misma Ley.

La responsabilidad por daños nucleares es una responsabilidad objetiva, exigible únicamente en la forma, con los límites y las condiciones establecidas en la Ley de 29 de abril de 1964 y en el Decreto de 22 de julio de 1967, Reglamento sobre Cobertura del Riesgo de Daños Nucleares.

Estimo que también será objetiva la responsabilidad de un concesionario de un servicio público estatal cuando cause daños a bienes de una Administración Local, o cuando un concesionario de la Administración Local ocasiona daños a bienes del Estado (12).

---

(12) Sobre el carácter objetivo de la responsabilidad de los concesionarios de servicios públicos me he ocupado en mi libro *El Derecho administrativo y las relaciones entre particulares*, Sevilla, 1970, págs. 215 y ss.

Por supuesto, si el concesionario actúa obedeciendo órdenes de la Administración concedente y ocasiona daños, la responsable será la Administración concedente, y nos encontraremos frente a un supuesto de responsabilidad interadministrativa.

### III. LA NORMATIVA REGULADORA DE LA RESPONSABILIDAD EXTRACONTRACTUAL ENTRE DOS ESFERAS ADMINISTRATIVAS

Veamos en primer lugar la responsabilidad extracontractual de la Administración Local frente a la Administración Central. La Ley de Régimen Local en el artículo 405 parece contemplar exclusivamente supuestos de responsabilidad frente a sujetos privados (de particulares habla el artículo 405). No obstante, y zanjado por la jurisprudencia el carácter objetivo en todo caso de la responsabilidad de los entes locales, estimo que la responsabilidad de la Administración Local frente a la Central será objetiva.

Examinemos ahora la responsabilidad extracontractual de la Administración Central frente a la Local. El artículo 40 de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado también parece contemplar la responsabilidad extracontractual de la Administración Central frente a sujetos privados (de particulares habla el artículo 40). Sin embargo, creo que la responsabilidad de la Administración Central frente a la Local será también objetiva.

### IV. EL SISTEMA ADMINISTRATIVO REGULADOR DE LA RESPONSABILIDAD EXTRACONTRACTUAL FRENTE A LA ADMINISTRACION

El ordenamiento administrativo español contempla un sistema administrativo a través del cual la Administración se resarce de los daños que se ocasionan a determinados bienes demaniales. Pero antes de verificar el examen de este peculiar sistema será interesante exponer, aunque sea sumariamente, los sistemas de protección del demanio en sus más relevantes manifestaciones.

#### A) LA PROTECCIÓN DEL DOMINIO PÚBLICO.

##### a) *Autotutela demanial. La policía demanial.*

La autotutela supone el que la Administración puede ejercitar por sí misma la tutela y protección de sus derechos e intereses, sin tener necesidad de acudir a los Tribunales.

Respecto del dominio público, la Administración cuenta con poderosos instrumentos de autotutela, como el deslinde administrativo y la recuperación de oficio, a través de los cuales se autotutela la integridad del demanio.

Junto con los medios de autotutela, la Administración puede utilizar los medios de tutela ordinarios ante los Tribunales. Cuando debe emplear unos medios y cuándo otros es algo que, como ha señalado Cassese, no puede resolverse por vía general, sino a la luz de cada De-

recho positivo (13). Respecto del Derecho español, estimo que cuando a la Administración se le conceden medios de autotutela se le conceden como regla de su actuación; es decir, que ha de utilizar obligatoriamente estos procedimientos exorbitantes y no sus correlativos medios de tutela, arbitrados por el Derecho privado, como el deslinde civil o los interdictos.

Pero los medios de defensa demanial no terminan en el deslinde administrativo o en la recuperación de oficio. Tanto el Derecho comparado como el Derecho español contemplan una serie de medidas de protección al demanio que constituyen la policía demanial.

Estos medios tienden también a proteger la integridad material del dominio público (14). La actividad administrativa que se realiza a través del demanio impone a los particulares determinadas prohibiciones que se contemplan en la normativa sobre policía demanial. La infracción de esta normativa comporta una sanción administrativa que, al operar como instrumento de coacción psicológica, supone un instrumento preventivo de protección demanial. Siguiendo a Papanicolaidis puede definirse la policía demanial como el conjunto de actividades normativas, represivas y materiales tendentes a proteger la integridad material del dominio público (15).

b) *La violación de las normas sobre policía demanial.*

La infracción de las normas sobre policía demanial constituye un ilícito administrativo. La caracterización del ilícito administrativo frente al ilícito civil y al penal es cuestión debatida en la doctrina. Siguiendo a Casseta puede indicarse que es ilícito administrativo aquel hecho al que el ordenamiento señala una sanción administrativa porque se ha infringido el ordenamiento administrativo (16). Trasladado al campo demanial, el ilícito demanial supone una infracción de las normas sobre policía demanial, infracción que puede originar daños al demanio.

¿Qué postura adopta la Administración, con qué instrumentos cuenta frente al ilícito demanial?

En el Derecho francés, la "police de conservation" del dominio público sólo existe cuando está prevista en disposiciones especiales. Los medios de esta "police" lo integran una serie de textos reglamentarios donde se limita la libertad de los particulares en orden a la utilización del demanio. La violación de estos reglamentos conlleva una serie de sanciones penales, configurándose por este hecho reglamentario y sancionador una institución original en el demanio. Este régimen penal es un régimen penal especial, el de las "contraventions.

(13) CASSESE: *I beni pubblici*, Milano, 1969, págs. 534 y 535.

(14) Sobre el tema, KLEIN: *La police du domaine public*, Paris, 1966.

(15) PAPANICOLAIDIS: *Introduction générale a la théorie de la police administrative*, Paris, 1960, págs. 15 y 16.

(16) CASSETA: *L'illecito...*, *ob. cit.*, pág. 82. Sobre el tema puede consultarse a MONTORO PUERTOS: *La infracción administrativa*, Barcelona, 1965.

de voirie". El régimen penal difiere según sea la "contravention". Las "contraventions de petite voirie" se asimilan a las "contraventions" de la "police de la circulation" y son competencia de los Tribunales ordinarios. Las "contraventions de grande voirie" son infracciones especiales, con reglas especiales, siendo competentes para conocer de ellas los Tribunales administrativos, a través del "contentieux répressif". Consecuencia del carácter penal de estas contravenciones es que están sometidas a las reglas generales del Derecho penal relativas a las contravenciones. No obstante, las "contraventions de grande voirie" presentan un régimen peculiar. En primer lugar, la "contravention de grande voirie" no comporta solamente una sanción penal. A la multa se añade la obligación de reparar el daño causado. La multa tiene carácter, naturaleza mixta: en parte, pena; en parte, reparación civil. Ello explica la cifra elevada de las multas y su substracción a ciertas reglas del Derecho penal, ya que en los casos de pluralidad de infracciones es posible la acumulación de sanciones. En segundo lugar, son los Tribunales administrativos los que condenan por una "contravention de grande voirie" (17).

Como puede observarse, en el Derecho francés ni la Administración ostenta la potestad sancionadora, en los casos de ilícitos demaniales, ni se resarce administrativamente de los daños que se puedan originar al demanio a consecuencia de un ilícito demanial. Tanto la sanción como el resarcimiento es determinado por los Tribunales.

En el Derecho italiano las violaciones o contravenciones de las normas sobre bienes públicos se castigan con la detención o con penas pecuniarias (18).

Mientras que para algún autor, como Benvenuti (19), la potestad sancionadora se integra dentro de la autotutela demanial, para Casese la potestad sancionadora es diferente de la autotutela, ya que en el Derecho positivo existen supuestos en los que se pueden utilizar conjuntamente la potestad sancionadora y la autotutela (20).

¿Qué ocurre en el Derecho italiano si el ilícito demanial origina daños? No existe discusión sobre el tema. Las pretensiones indemnizatorias ha de hacerlas valer la Administración, como cualquier otro particular, ante los Tribunales. Para Ranelletti el resarcimiento del daño es manifestación de una función de justicia (21). Según Cammeo, el resarcimiento del daño viene comprendido en la sanción (22). Casese señala que las sanciones no logran la finalidad que persigue la Administración ni satisfacen el interés público, sino que se presentan como medios instrumentales; la imposición de una sanción no agota

---

(17) LAUBADÈRE: *Traité élémentaire de droit administratif*, 5.<sup>a</sup> ed., t. II., Paris, 1970, págs. 169 a 174.

(18) CASSESE: *Ob. cit.*, pág. 485.

(19) BENVENUTI: *Sul concetto di sanzione*, Ius, 1955, pág. 222.

(20) CASSESE: *Ob. cit.*, pág. 486.

(21) RANELLETTI: "La polizia di sicurezza", en *Trattato Orlando*, IV, 1, Milano, 1904, págs. 380 y 381.

(22) CAMMEO: "L'esecuzione d'ufficio specie nei riguardi dei regolamenti comunali", en *Giurisprudenza italiana*, 1929, III, 4.

las pretensiones de la Administración, que permanece expectante a una satisfacción, aunque se haya impuesto la sanción (23).

Este sistema del Derecho italiano sólo se altera en supuestos excepcionales, como el del artículo 15 de la Ley de 29 de julio de 1930, de protección a las bellezas naturales. Según este artículo, quien altera una belleza natural, ambiental, además de la sanción pecuniaria que se le impone ha de abonar una suma dineraria en concepto de reparación por el daño causado. Giannini manifiesta que nos encontramos frente a un procedimiento sancionador de dogmática oscura sobre el que no existen estudios generales (24).

Por las consideraciones expuestas está claro que tampoco existe en el Derecho italiano un procedimiento administrativo a través del cual la Administración se resarza de los daños que originen los particulares al dominio público.

¿Qué ocurre en el Derecho español?

Las violaciones de la normativa sobre policía demanial son reprimidas por la Administración con multas, a través del ejercicio de la potestad sancionadora. Es principio admitido en nuestro ordenamiento que la sanción administrativa es compatible con la penal. Así, por ejemplo, el artículo 81 de la Ley de Montes indica que "los actos realizados sin la oportuna autorización en los montes catalogados serán sancionados por la Administración Forestal, sin perjuicio de la exigencia por la jurisdicción ordinaria de la responsabilidad criminal a que, en su caso, hubiere lugar cuando revistan caracteres de delito o falta". El artículo 30 del Reglamento de Policía de Aguas señala que "la sanción administrativa que se consigna en este Reglamento es independiente de las de carácter criminal que en cada caso puedan dictarse, por lo cual los Servicios pasarán el tanto de culpa a los Tribunales de Justicia cuando corresponda".

En el ordenamiento español, a diferencia de lo que ocurre en el francés y el italiano, la Administración utiliza un sistema, un procedimiento, a través del cual se resarce de los daños que se originan a determinados bienes demaniales, sin tener necesidad de acudir ante los Tribunales de Justicia. Este sistema, cuyo ámbito y estructura analizaremos, constituyen, a mi juicio, una manifestación más de la potestad de autotutela de la integridad material del demanio.

## B) LA CONSAGRACIÓN EN EL DERECHO ESPAÑOL DE UN SISTEMA ADMINISTRATIVO RESARCITORIO DE LOS DAÑOS OCASIONADOS AL DEMANIO.

### a) *Ámbito de aplicación.*

En diferentes textos de nuestro sistema jurídico, con mayor o menor detenimiento, se regula un procedimiento a través del cual la Administración se resarce de los daños que se originan a determinados

(23) CASSESE: *Ob. cit.*, pág. 490.

(24) GIANNINI, M. S.: *Diritto amministrativo*, t. II, Milano, 1970, pág. 1310

bienes demaniales y a los montes catalogados, cuyo régimen es prácticamente idéntico al de los bienes demaniales. Estos textos son: el Reglamento de Policía de Aguas y sus Cauces, Decreto de 14 de noviembre de 1958; el Reglamento Provisional de Policía y Conservación de Carreteras y Caminos Vecinales, de 29 de octubre de 1920; el Reglamento de Vías Pecuarias, Decreto de 23 de diciembre de 1944; la Ley de Montes, de 8 de junio de 1957, y su Reglamento, de 22 de febrero de 1962; los artículos 15 a 21 del Decreto de 13 de agosto de 1966, que modificó los mismos artículos del Decreto de 6 de abril de 1943, Reglamento de la Ley de Pesca Fluvial; la Ley y el Reglamento de Puertos, de 19 de enero de 1928.

Señaladas estas disposiciones se hace necesario establecer una serie de consideraciones.

En primer lugar, el sistema resarcitorio de daños de carácter administrativo, precisamente por este carácter y por la posición que en él adopta la Administración, hay que admitirlo con carácter restrictivo. Beneficiaria de este sistema lo es básica y principalmente la Administración Central, que es la que ostenta la titularidad de los bienes demaniales contemplados en los textos citados. La Administración Local, sin embargo, puede ser beneficiaria de este sistema en bienes demaniales de su propiedad, como montes catalogados y caminos vecinales, que caen dentro de la órbita de protección de las mencionadas disposiciones.

Consecuencia de esta afirmación, y conectando e insistiendo sobre lo indicado en las primeras páginas, es que los daños que se originen a los bienes demaniales, sea cual fuere la Administración propietaria, y que no estén comprendidos en las disposiciones mencionadas han de resarcirse por el sistema común.

Finalmente, ninguna esfera administrativa podrá utilizar el sistema administrativo de resarcimiento de daños para los que se originen al dominio privado de aquéllas (25).

---

(25) La existencia de vías indemnizatorias por responsabilidad extracontractual al margen de los procedimientos ordinarios se estructura para Corporaciones públicas como las Comunidades de Regantes. Así, las Ordenanzas de la Comunidad de Regantes del Valle Inferior del Guadalquivir indican en su artículo 134 que las multas por infracción de las Ordenanzas "se entienden son sin perjuicio de imponer además al infractor la indemnización de daños y perjuicios que hayan sido causados a la Comunidad en general o a uno o más de sus partícipes o a aquélla y a éstos a la vez".

El Reglamento del Jurado de Riegos de la citada Comunidad, al tratar de las penas impuestas por el Jurado, señala en el artículo 33: "La pena impuesta por el Jurado de Riegos será pecuniaria y consiste en la multa que corresponda según las Ordenanzas, y si ha lugar en la indemnización de daños y perjuicios respecto al daño causado, bien sea a la Comunidad en su totalidad o en parte o en particular a cualquiera de sus partícipes."

El artículo 34 manifiesta: "Cuando la condena hubiera de tener indemnización de daños y perjuicios, si éstos afectan a obras y terrenos propiedad de la Comunidad, será valedera la tasación de los mismos que presente el Ingeniero Director al servicio de aquélla, bien en el acto del juicio o en el plazo menor posible y que le marque el Presidente del Jurado. Cuando esos daños y perjuicios sean causados a uno o varios de los partícipes de la Comunidad, individual o colectivamente, y los perjudicados no se pusieran de acuerdo en

Establecidas estas premisas fundamentales hay que preguntarse: ¿qué indican, en síntesis, diferentes preceptos de las disposiciones mencionadas? Indica lo siguiente: que la Administración obligará a los particulares que originen daños a los bienes en estas disposiciones contemplados a la indemnización procedente. Así, por ejemplo, “se obligará a indemnizar daños y perjuicios...” (artículo 19, *d*), del Reglamento de Policía de Aguas; “... deberán reparar el daño...” (artículo 24 del mismo Reglamento); “... hará abonar a los causantes...” (artículo 30 de la Ley de Puertos); “... la Administración forestal puede exigir las indemnizaciones que procedan por daños y perjuicios causados en el monte” (artículo 408 del Reglamento de Montes). En análogo sentido los artículos 2.º, 3.º, 4.º, 6.º, 16, 18, 19 y 42 del Reglamento de Policía de Carreteras y el artículo 19 del Reglamento de la Ley de Pesca Fluvial, modificado por Decreto de 13 de agosto de 1966.

Existencia, por tanto, de un sistema administrativo resarcitorio de daños; pero hay que despejar la duda que, respecto de la existencia de este sistema, plantean los artículos 30, 2, del Reglamento de Policía de Aguas y el 53, *b*), del Reglamento de Policía de Carreteras.

El artículo 30, 2, señala:

“La responsabilidad civil relativa a la reparación de daños causados o a la indemnización procedente de ellos se regirá por la legislación común aplicable.”

El artículo 53, *b*), preceptúa:

“La responsabilidad civil de reparar los daños causados e indemnizar los perjuicios se regirá por los principios generales del Derecho civil y conforme con lo establecido en el Código penal.”

¿Quieren decir estos preceptos que no existe la posibilidad del resarcimiento de los daños a través del sistema administrativo? Estimo que no. Los artículos transcritos lo que hacen, con lógico criterio, es señalar que la Administración, en el sistema administrativo resarci-

el acto del juicio sobre la cuantía de la indemnización, el Presidente del Jurado ordenará tasar los daños, asimismo con carácter definitivo y en el menor plazo posible que pueda marcarse, bien al Presidente o Vicepresidente de la Junta Local en que ocurriera el hecho o al Ingeniero Director o personal que éste designe, según los casos y clase del daño que pudiera competir a unos u otros.

Todas las tasaciones a que se refiere el párrafo anterior deberán ser presentadas por escrito y firmadas al Presidente del Jurado, el cual podrá considerar, si lo juzga oportuno, los gastos que originen las mismas como parte del daño a indemnizar.

En el caso de tenerse que practicar estas tasaciones con posterioridad al acto del juicio será éste fallado cuando estén concluidas, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 25.”

Sobre el tema puede consultarse el sugerente trabajo de Lorenzo MARTÍN RETORTILLO: *La fórmula “cuestiones de hecho” como delimitadora de la competencia de los Jurados de Riego (Reflexiones críticas a propósito del Decreto de competencias 2993/1970)*, RAP, núm. 65.

torio, ha de someterse a los principios generales que informan la normativa sobre responsabilidad extracontractual; es decir, que habrá de determinar y constatar la existencia de los elementos constitutivos de la responsabilidad aquiliana.

Como manifiesta la sentencia de 19 de enero de 1959 (Sala de lo Contencioso):

“Para ejercitar con éxito una acción derivada de la obligación de resarcir daños y perjuicios por actos u omisiones reveladores de culpa o negligencia debe demostrar inexcusablemente la realidad de aquéllos, el hecho culposo que los originó y la relación de causalidad entre el daño y la falta, siendo también de aplicación la doctrina de que aquel que quiera hacer valer un derecho debe demostrar los hechos normalmente constitutivos del mismo” (6.º Considerando).

La interpretación que he realizado del artículo 30, 2, del Reglamento de Policía de Aguas y del 53, b), del Reglamento de Policía de Carreteras ha sido sancionada por el Tribunal Supremo en dos sentencias relativas a estos preceptos. En ellas el Tribunal Supremo consagra y confirma la existencia de este sistema administrativo resarcitorio de daños.

La sentencia de 10 de mayo de 1968 (Sala de lo Contencioso) indica:

“Que al disponer el artículo 30 del Reglamento tantas veces citado (se refiere al de Policía de Aguas) que las sanciones administrativas impuestas por estas contravenciones son compatibles tanto con las responsabilidades civiles como con las penales que de ellas pudieran derivarse, es indudable que la Administración tiene facultades para fijar y percibir del infractor el importe de los daños causados y la indemnización por los perjuicios sufridos por la infracción cometida, pero en uno y otro caso el precepto legal citado se remite a la legislación común, la cual en los artículos 360 y 928 de la Ley adjetiva civil se exige que cuando hubiera condena de daños y perjuicios se fijará su importe en cantidad líquida o se establecerán las bases con arreglo a las cuales deba hacerse la liquidación, a fin de que el acreedor pueda resarcirse de los perjuicios realmente sufridos, y en el caso presente estos daños y perjuicios han sido calculados infundadamente por la Administración, que no ha tenido en cuenta el daño causado —que no se sabe en qué consiste— ni el perjuicio sufrido —que no se concreta—” (4.º Considerando).

La sentencia de 19 de mayo de 1968 contempla un supuesto de daños ocasionados a la barandilla y a un puente por un camión. El

demandante indicaba que la Administración no podía resarcirse administrativamente de los daños, apoyándose el particular para su pretensión en el apartado *b)* del artículo 53 del Reglamento de Policía de Carreteras, y manifestando que para que la Administración se resarciera de los daños debería acudir ante la jurisdicción ordinaria. La sentencia, en el segundo considerando, se pronuncia en estos términos:

“Que precisamente esta advertencia, que sería inadecuada para los Tribunales, sí resulta de pertinencia ante las Autoridades, a las que quiere advertirse que al estarle atribuida la facultad de fijar indemnizaciones excepcionalmente no matiza ni modifica, en ningún sentido, la naturaleza de la obligación, y por eso este precepto, lejos de significar lo que la parte quiere que exprese, dice todo lo contrario. Pero es que, además, el propio Reglamento en el apartado *b)* de su artículo 54 ordena que los funcionarios denunciados, en sus respectivos boletines en que las formulen, señalen la cantidad del daño como elemento de apreciación para el acto que luego ha de dictarse; y en el artículo 65 se prescribe, para la alzada, la necesidad del depósito previo del importe total de los daños causados, lo que supone su fijación en la resolución que se reclama” (26).

*b) La naturaleza de la responsabilidad por daños al demanio.*

Determinada la existencia de un sistema administrativo resarcitorio de daños a los bienes demaniales que hemos indicado, es necesario pronunciarse acerca de cuál sea el fundamento de la responsabilidad extracontractual de los particulares frente a la Administración: ¿es objetiva?, ¿es subjetiva? Estimo que caben ambas posibilidades.

1. Responsabilidad subjetiva.

El supuesto normal será la responsabilidad subjetiva. El particular responderá por los daños a los bienes demaniales por culpa o negligencia. Ahora bien, como ya hemos manifestado en otro momento, la exigibilidad por la Administración de esta responsabilidad, en el procedimiento que indicaremos, presupone la concurrencia en el caso concreto de todos los elementos constitutivos de la responsabilidad aquiliana, por lo que cabe hacer una remisión a la legislación general en esta materia.

---

(26) La sentencia indica que las facultades decisorias de la Administración no se limitan a la multa, sino que comprenden también los daños. En análogo sentido la sentencia de 18 de noviembre de 1966.

Quisiera, sin embargo, exponer alguno de estos elementos por las peculiaridades que presentan en el sistema administrativo.

### 1.1. La actividad del agente.

La posibilidad de exigir reparación por el daño causado implica la previa existencia de una acción de un particular que, infringiendo la normativa sobre policía demanial, origina un daño al demanio. Difícilmente puede admitirse un daño por omisión. Como manifestaciones de estos daños al demanio pueden citarse: daños a cauces y riberas, artículo 19 del Reglamento de Policía de Aguas; daños a canales y acequias públicas, artículo 24 del mismo Reglamento; daños a cauces y enturbiamiento e infección de aguas públicas, Real Decreto de 16 de diciembre de 1900; daños a los puertos, artículo 30 de la Ley de Puertos; daños a montes catalogados, artículos 410 y 412 del Reglamento de Montes; daños a carreteras y caminos, artículos 2.º, 3.º y 6.º, entre otros, del Reglamento de Policía de Carreteras y Caminos Vecinales; daños a vías pecuarias, artículo 33 del Reglamento de Vías Pecuarias.

### 1.2. Determinación del concepto de daños.

En alguna disposición, como en el Reglamento de Montes, se determina qué se entiende por daños. El artículo 460 de la mencionada disposición señala que el daño consiste en:

“La pérdida real experimentada, o sea el producto destruido o desaparecido o, en otro caso, la diferencia entre el valor que tuviere aquel producto en su estado de integridad natural y el que alcanzó después del deterioro sufrido por la contravención.”

### 1.3. Caso fortuito y fuerza mayor como causas exonerantes de responsabilidad.

Tanto el caso fortuito como la fuerza mayor exoneran de responsabilidad. Hay que destacar, sin embargo, que la apreciación de tales circunstancias se verifican, en determinados supuestos, por la propia Administración. En esta dirección, el artículo 16, último apartado, del Reglamento de Pesca Fluvial indica:

“Cuando por circunstancias imprevisibles o inevitables se ocasionen daños a la riqueza piscícola, no originarán responsabilidad alguna para las personas o entidades que lo causen, siendo objeto de la declaración correspondiente por el Servicio Nacional de Pesca Fluvial y Caza.”

En alguna ocasión se ha planteado la cuestión acerca de si el caso fortuito no exonera de responsabilidad por daño al demanio. El artículo 30 de la Ley de Puertos libera de responsabilidad por daños a los puertos en los supuestos de caso fortuito y fuerza mayor, pero el artículo 60 del Reglamento de la mencionada Ley parece, a primera vista, no exonerar de responsabilidad en los supuestos de caso fortuito.

El Consejo de Estado, en un dictamen de 12 de mayo de 1964, indicó que, amén de que el Reglamento de la Ley de Puertos no puede ir contra la Ley, la contradicción entre el artículo 30 de la Ley y el 60 del Reglamento no es más que aparente. Indicó el Consejo de Estado que tanto el caso fortuito como la fuerza mayor exoneran de responsabilidad. El artículo 60 se limita a establecer un procedimiento para arbitrar los fondos necesarios cuando los daños ocasionados sean de cierta consideración.

#### 1.4. Responsabilidad solidaria.

Aunque el tema es debatido por los privatistas, en materia de responsabilidad extracontractual rige el principio de mancomunidad, al no disponerse por la Ley la solidaridad.

En el sistema administrativo que examinamos se establece en algunas disposiciones la solidaridad. El artículo 459, 2, del Reglamento de Montes preceptúa:

“Cuando una infracción hubiere sido cometida por dos o más personas sin constancia precisa de la participación de cada una en el hecho cometido, la responsabilidad de daños y perjuicios será solidaria.”

El artículo 243 del borrador de anteproyecto de la Ley de Aguas indica que:

“En los casos en que los responsables de los daños y perjuicios sean varias personas, la responsabilidad será solidaria. No obstante, cuando se produjeran por efectos acumulativos de varias actividades, la Administración fijará individualmente el importe de las responsabilidades.”

#### 2. Responsabilidad objetiva.

Creo que existen supuestos en los que la responsabilidad por daños al demanio parece configurarse como objetiva. En esta línea, el artículo 6.º de la Ley de Pesca Fluvial, de 20 de febrero de 1942, prohíbe verter sustancias nocivas en los ríos, ya que, al contaminarlos, se producen perjuicios para la población fluvial. A mi juicio, el

daño lo sufre, en primer término, un bien demanial, los ríos, y a consecuencia de esta contaminación de las aguas se perjudica la fauna piscícola.

Pues bien, cuando no pueden armonizarse los intereses acuícolas con los de los concesionarios de aprovechamientos hidráulicos o con los de los dueños de industrias o explotaciones de gran importancia se fijará un canon en concepto de resarcimiento de daños (27).

El precepto que comentamos ha sido desarrollado por el artículo 14 del Reglamento de Pesca Fluvial, de 6 de abril de 1943, que actualmente, después del Decreto de 13 de agosto de 1966, presenta la siguiente redacción:

“De los daños y perjuicios ocasionados a la riqueza piscícola por causa de la incorporación a las aguas o a sus álveos de sustancias perjudiciales para la fauna acuícola serán responsables las personas físicas o jurídicas que los causen.

A estos efectos el Servicio Nacional de Pesca Fluvial y Caza instruirá los expedientes oportunos de valoración y resarcimiento, debiendo figurar en los mismos de forma preceptiva la audiencia de los interesados con el fin de valorar los daños y concretar la forma de resarcimiento. Cuando estos expedientes estuvieran ultimados se elevarán con propuesta a la Dirección General de Montes, Caza y Pesca Fluvial, que fijará la cuantía de la indemnización.”

Es innegable que el daño producido por la contaminación de las aguas no puede ser valorado exactamente, matemáticamente, pero no menos cierto es que la responsabilidad se objetiviza. La actividad industrial, por ejemplo, es lícita y funciona conforme a las normas, pero produce daños. Con el fin de valorar lo más exactamente los daños se publicó la Orden de 8 de agosto de 1966, que en su norma 5.ª clasifica las masas de aguas continentales.

El borrador de anteproyecto de la Ley de Aguas señala en su artículo 240:

“Cuando la instalación de grandes complejos industriales o la realización de actividades análogas engendren un riesgo previsible para la integridad o calidad del dominio público hidráulico, dicha responsabilidad será objetiva, y el Gobierno, por vía general, podrá imponer a los titulares de tales actividades la necesidad de concertar un seguro obligatorio para garantizar la responsabilidad patrimonial.”

---

(27) Sobre el tema, ORTOLÁ NAVARRO: *Naturaleza y fijación del canon por vertimiento de residuos nocivos a la riqueza piscícola de las aguas públicas*, RAP. núm. 40.

3. El procedimiento administrativo para el resarcimiento del daño.

El procedimiento que utiliza la Administración para el resarcimiento de los daños que se originan a los bienes demaniales no se regula con el mismo detenimiento en los diferentes textos legales y reglamentarios mencionados. No obstante, se observa cómo el resarcimiento de los daños se ventila en el procedimiento sancionador; es decir, que existe un único procedimiento para sancionar y para resarcirse de los daños. En este sentido, baste con citar los artículos 476 a 490 del Reglamento de Montes, 60 del Reglamento de Puertos, 40 del Reglamento de Policía de Aguas, 33 del Reglamento de Vías Pecuarias y 52 y siguientes del Reglamento de Policía de Carreteras. El artículo 251 del borrador de anteproyecto de la Ley de Aguas establece la independencia de los procedimientos sancionador y resarcitorio de daños, pero si los daños y perjuicios son consecuencia de la infracción podrá resolverse en un mismo procedimiento tanto la sanción como el resarcimiento del daño.

Indudablemente, si la responsabilidad es objetiva existirá un procedimiento independiente; así, por ejemplo, el artículo 16 del Reglamento de Pesca Fluvial establece el procedimiento en los casos de responsabilidad objetiva, y el 19, en los de responsabilidad subjetiva. Es obvio que en los supuestos de responsabilidad objetiva no funcionará la potestad sancionadora.

Como reiteradas veces se ha indicado en el procedimiento administrativo la Administración, para poder exigir la indemnización, ha de determinar la existencia de todos los elementos constitutivos de la responsabilidad aquiliana. En este procedimiento ha de tener entrada, inexcusablemente, el que ocasione el daño. Esto es lo que, con mayor o menor detenimiento, recogen los artículos procedimentales de los diferentes textos legales y reglamentarios de la materia que nos ocupa y lo que consagran las sentencias de 19 de mayo de 1967, 10 de mayo de 1968 y 24 de diciembre de 1965.

Si la actividad del particular es ilícita desde el punto de vista penal, la Administración pasará el tanto de culpa a los Tribunales y el resarcimiento del daño podrá hacerse bien en vía administrativa, bien en el proceso penal. La sentencia de 30 de abril de 1965 indica que fijada la cuantía indemnizatoria en un proceso penal en el que fue parte la Administración, no puede fijarse en vía administrativa otra indemnización.

La forma usual de resarcimiento que utiliza la Administración es la pecuniaria. Esta reparación es una compensación por el daño sufrido, pero la forma ideal de reparación es la reparación en forma específica; es decir, colocar al perjudicado en la misma situación que tenía antes de producirse el daño. Es claro que esta forma de reparación no siempre podrá realizarse.

En las disposiciones que estructuran el sistema administrativo reparatorio de daños cabe tanto la reparación en forma específica como la indemnización como sustitutivo de aquélla.

La reparación en forma específica, el restablecimiento de la situación a su estado primitivo, se contempla, entre otros, en los artículos 24 del Reglamento de Policía de Aguas, 3.º del Reglamento de Policía de Carreteras y 21 del Reglamento sobre Enturbiamiento e Infección de Aguas Públicas (28). Si el obligado a reparar no lo hace voluntariamente, la Administración podrá utilizar los medios previstos en el artículo 104 de la Ley de Procedimiento Administrativo; concretamente, las multas coercitivas y la ejecución subsidiaria.

Las primeras, en las obligaciones de hacer que no puedan ser sustituidas por las actuaciones de la Administración; la segunda, cuando la Administración pueda reparar a costa del obligado.

Cuando la reparación en forma específica no sea factible, entra en juego la indemnización pecuniaria. El acto de la Administración fijando la indemnización es ejecutivo y ejecutorio; valga citar al respecto el artículo 462, 3, del Reglamento de Montes y las sentencias de 19 de mayo de 1967 y 10 de mayo de 1968.

En los casos en que procede recurso contra el acto que fija la indemnización opera el principio "solve et repete", pero sólo cuando expresamente esté establecido, como ocurre en el artículo 33 del Reglamento de Vías Pecuarias y en el 65 del Reglamento de Policía de Carreteras. También el Consejo de Estado se ha pronunciado en esta dirección en un dictamen de 29 de octubre de 1964.

El supuesto contemplado era una sanción impuesta por una Comisaría de Aguas por extracción abusiva de áridos. El interesado interpuso recurso de alzada depositando previamente el importe de la multa, pero no el de la indemnización fijada por la Comisaría en concepto de daños y perjuicios, por lo que se acordó no admitir a trámite el recurso (29). Contra tal inadmisión se formuló nueva alzada, para

---

(28) Artículo 24 del Reglamento de Policía de Aguas: "Los cultivadores que dejen caer materias en los canales o acequias públicas o en sus banquetas y cunetas, y los pastores cuyos ganados hagan lo mismo, deberán extraer los productos caídos y reparar el daño, sin perjuicio de la sanción que corresponda." Artículo 3.º del Reglamento de Policía de Carreteras: "Los cultivadores que con sus trabajos dejen caer tierra o cualquier otro objeto en el camino o en sus paseos y cunetas, y los pastores o conductores de reses que hagan lo mismo, estarán obligados a la extracción y a la reparación de los daños en el acto, incurriendo en la multa de una a cinco pesetas si lo demorase." El artículo 21 del Real Decreto de 16 de noviembre de 1900 sobre enturbiamiento e infección de aguas públicas indica: "En los ríos y rías que estén total o parcialmente aterrados por la acumulación en sus cauces del lodo procedente del lavado de minerales, tendrán obligación los que hubieren causado el daño de extraer los fangos sedimentados en las márgenes y álveo hasta que unas y otro queden en condiciones iguales o parecidas a las que tenían antes del aterramiento..."

(29) Según el artículo 43, apartado tercero, del Reglamento de Policía de Aguas, para interponer recurso de alzada es necesario haber depositado el importe total de las sanciones impuestas en la Caja General de Depósitos. La Administración entendía que el *solve et repete* funcionaba también para la indemnización fijada en concepto de daños y perjuicios.

cuya decisión se solicitó informe del Consejo de Estado, el cual indicó:

“... La interpretación restrictiva del precepto discutido (se refería al artículo 43, párrafo tercero, del Reglamento de Policía de Aguas) lleva al Consejo de Estado a pronunciarse en contra de la necesidad del previo pago de cualquier otra cantidad debida a la Administración y que no lo sea por el concepto de multa. Aun más, este concepto de multa debe, a su vez, ser entendido en el sentido más riguroso, en el que, claro es, no pueden incluirse en modo alguno las indemnizaciones por daños, cuyo título jurídico en nada hace relación a la potestad sancionadora de la Administración, puesto que dimana directamente del principio general de la responsabilidad extracontractual consagrada por el artículo 1.902 del Código Civil...” (30).

c) *Conexiones entre la potestad sancionadora sobre el demanio y el sistema administrativo resarcitorio de daños sobre bienes demaniales.*

Me parece interesante destacar las conexiones que existen entre la potestad sancionadora y el sistema administrativo resarcitorio de daños sobre bienes demaniales. Estas conexiones pueden plasmarse, en mi opinión, en los siguientes aspectos:

En primer lugar, el daño a bienes demaniales se tipifica como contravención. En este sentido, por ejemplo, el artículo 34 del Reglamento de Policía de Aguas (31).

En segundo lugar, la sanción pecuniaria, como expresión de la potestad sancionadora, se determina en ciertos supuestos en relación con el daño ocasionado. El artículo 410 del Reglamento de Montes manifiesta que “el que sin autorización competente ocupare, rompiere o roturare todo o parte de un monte (catalogado) o variase su cultivo, incurrirá en una multa del tanto al triplo del valor de los daños y perjuicios ocasionados” (32).

En tercer término, la gradación de la sanción se establece, en ocasiones, en función de los daños ocasionados. Así, el artículo 455 del Reglamento de Montes establece que “dentro de los límites establecidos se graduarán las sanciones en razón de las circunstancias que concurran en la infracción, malicia con que fue realizada y entidad e importancia de los daños causados”. Como ha indicado Pompeo Corso, la regla de la proporcionalidad de la sanción administrativa respecto de la entidad del daño ocasionado por la transgresión hay que

(30) Cita el dictamen una sentencia de 8 de marzo de 1961, la cual señaló que el requisito del previo pago se cumplía con el simple depósito de la multa, no siendo necesario el de la indemnización, ya que el artículo 87, 2, de la Ley de Montes se refiere exclusivamente al “previo depósito de la multa”.

(31) Se considerarán contravenciones menos graves: a) el daño en las obras en las márgenes de los cauces por los cultivadores ribereños o el adelantamiento por éstos de la zona de cultivos a la zona lateral propia del cauce.

(32) En análogo sentido en artículo 442, 2, del mismo Reglamento.

buscarla en la exigencia de limitar la discrecionalidad de la Administración en un procedimiento que no reviste las garantías del proceso penal (33).

Finalmente, la obligación de indemnizar daños y perjuicios, que prescribe al año, puede prescribir cuando no se haya sancionado ni se pueda sancionar la falta cometida. En este sentido, el artículo 472, 2, del Reglamento de Montes manifiesta que la obligación de indemnizar daños y perjuicios no puede ser exigida por la Administración Forestal cuando ésta, por razón de prescripción o por cualquier otra, no haya sancionado ni pueda sancionar la infracción cometida.

## V. CONCLUSIONES

Quisiera, para finalizar este trabajo, dejar sentadas las conclusiones que estimo ofrecen mayor interés, y, al mismo tiempo, verificar una valoración crítica del tema que he analizado. Estas conclusiones y valoraciones son las siguientes:

*Primera.*—Como principio general y básico hay que sostener que la responsabilidad extracontractual de los particulares frente a la Administración está regulada por los mismos principios, por el mismo sistema, que regula la responsabilidad extracontractual entre sujetos privados.

*Segunda.*—El ordenamiento regulador de la responsabilidad aquiliana interadministrativa lo constituye la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado.

*Tercera.*—El ordenamiento administrativo español, a diferencia de lo que ocurre con el francés o el italiano, estructura un sistema administrativo a través del cual la Administración, por vía ejecutiva y ejecutoria, cuando sea necesario, se resarce de los daños que se ocasionan a determinados bienes demaniales.

*Cuarta.*—Este sistema supone, a mi juicio, una manifestación más, no examinada hasta ahora, de la potestad de autotutela de la integridad material del demanio.

*Quinta.*—El sistema administrativo resarcitorio de daños constituye, en mi criterio, un nuevo exponente del proceso de absorción de competencias del poder judicial por parte de la Administración.

*Sexta.*—El sistema administrativo resarcitorio de daños es consecuencia de la lentitud de los procedimientos judiciales y de la resistencia de los Tribunales a condenar por responsabilidad extracontractual. La lentitud de los procedimientos judiciales ha motivado que, al igual que los particulares acuden al arbitraje, la Administración, en el tema que nos ocupa, haya recurrido a la autotutela.

---

(33) POMPEO CORSO: *Preliminari ad uno studio sulla sanzione*, Milano, 1969, págs. 72 y 73.

También hay que destacar que los particulares prefieren someterse a esta situación de autotutela en muchas ocasiones antes que embarcarse con la Administración en un proceso civil.

*Séptima.*—Pese a estas posibles justificaciones estimo que el sistema administrativo resarcitorio de daños debe censurarse por varias razones:

1. Porque este proceso de absorción de competencias del poder judicial que el sistema opera se ha producido en diferentes materias no por vía legal, sino reglamentaria.

2. Porque a través de la potestad sancionadora la Administración puede resarcirse del daño, dado el carácter mixto que presenta la sanción. De hecho, en la práctica ocurre así con frecuencia.

3. Finalmente, porque creo que el patrimonio de un particular puede verse excesivamente gravado en circunstancias como ésta: actividad realizada por un particular, tipificada como delictiva y que ocasiona daños al demanio. Sobre el particular puede recaer:

- Cuando es un delito contra bienes demaniales, de los que hemos expuesto: multa y pena privativa de libertad.
- Potestad sancionadora de la Administración que se concreta en una multa.
- Resarcimiento de los daños ocasionados al bien demanial por la vía administrativa.

Por todo lo expuesto estimo que los daños al demanio no deberían ser ventilados por la Administración, sino que deberían fijarse, determinarse, ante los Tribunales contencioso-administrativos, con un sistema similar al del Derecho francés. Pudiera ser a través de un procedimiento especial, en el que también se impusiera la sanción oportuna, pero por los Tribunales, a consecuencia del ilícito demanial.

## “La revisión del Derecho civil especial de Ibiza y Formentera” (\*)

JOSÉ CERDÁ GIMENO  
Notario

SUMARIO: I. *Introducción.*—II. *El Derecho válido (las normas revisables de la compilación relativas a Ibiza y Formentera)*—III. *El Derecho eficaz (el hecho social de las normas de la compilación)*: A) La cuestión de si las normas jurídicas son vehículos idóneos para promover o acelerar el cambio social. B) La cuestión de si el ordenamiento jurídico cambia a consecuencia de una transformación social.—IV. *El Derecho legítimo (el valor de las normas de la compilación desde el nivel de la justicia)*.—V. *El problema de la licencia marital*: A) La dimensión normativa. B) La dimensión sociológica. C) La dimensión axiológica: a) argumentos a favor de la potestad marital; b) argumentos en contra de la potestad marital. D) Recapitulación final y conclusiones en tema de licencia marital.—VI. *La labor de revisión del Derecho de Ibiza y Formentera: Conclusiones de la Ponencia.*—VII. *A modo de epílogo.*

### I. INTRODUCCION

Transcurridos los diez primeros años de vigencia de la Compilación del Derecho civil especial de Baleares, se han sentido vivamente entre los profesionales del Derecho de las islas la necesidad de formular las propuestas de revisión del texto legal.

El Ilustre Colegio de Abogados de Baleares, con sede en Palma de Mallorca, previa la designación de una Comisión especial al efecto, tomó el acuerdo de dirigirse a todos los abogados del territorio recabando su colaboración para la labor de revisión.

Convocada una reunión de los juristas de Ibiza por el decano de

---

(\*) El siguiente texto constituye sustancialmente, con muy ligeras correcciones, la PONENCIA-INFORME que el autor ha elevado a la Comisión de Juristas de Ibiza y Formentera, en lectura celebrada en el Juzgado de Primera Instancia de Ibiza el día 2 de mayo de 1973.

los abogados en Ibiza, don Antonio Prats Ferrer, se celebró el día 13 de noviembre de 1972 en la Sala del Juzgado de Primera Instancia. En dicha reunión se acordó, por casi absoluta unanimidad: constituirse en comisión "especial" de Ibiza, y designar como ponente al notario de Formentera, don José Cerdá Gimeno, asistido por el letrado don Mariano Llobet Román— como ponente especial para el Título III.

La tarea de la Ponencia ha sido ciertamente ardua y dificultosa, habida cuenta de la necesidad de concretar con la máxima precisión los puntos en que cabe darse la revisión del texto legislativo y del evidente peligro de asimilación a las mallorquinas de las instituciones civiles peculiares de las islas menores.

La primera de las dificultades se ha visto eliminada al aceptar la Ponencia como *hechos inatacables* la plasmación en artículos de la Compilación de las distintas instituciones civiles de las Pitiusas. Quizá habría sido deseable una mayor extensión en alguna norma, que habría evitado la necesidad de proponer la revisión.

La segunda de las dificultades se obvia: tenemos el precedente del mismo legislador, en la Exposición de Motivos, al hablar de "asimilación" a las mallorquinas de las instituciones civiles de las islas menores. En contraste claro con el actual artículo 2, p. 2.º. Peligro del confusionismo "Derecho Balear = Derecho de Mallorca", denunciado en 1960 por el ponente don José Cruz Carrasco en su Informe elevado a la Comisión General de Codificación. Peligro latente, ya que la DISPOSICION ADICIONAL de la Compilación habla de una Comisión Compiladora, ente indeterminado, pero cuya determinabilidad parece dejarse al arbitrio centralista o uniformista una vez más, sea la sede de Madrid, sea Palma de Mallorca.

Consciente la Ponencia de su grave responsabilidad ante Ibiza y los ibicencos, entiende que la elaboración de esta Ponencia-Informe no puede hacerse sino en una forma moderna y adecuada a la actual doctrina científica. Parte para ello de un *presupuesto metodológico* básico: la concepción tridimensional del Derecho (como hecho social, como norma y como valor), o de otro modo dicho, de una comprensión totalizadora de la realidad jurídica que exige la complementariedad de esas tres dimensiones (el Derecho eficaz, el Derecho válido, el Derecho legítimo).

Este punto de partida metodológico hace asimismo patente la necesidad de atender a la problemática de la confrontación entre la realidad social y el Derecho, esto es, ¿cambia el ordenamiento a consecuencia de una transformación social? Viceversa, ¿cómo un cambio jurídico es instrumento idóneo para operar una reforma social?

Hechas estas consideraciones introductorias, se estudia aquí el Derecho civil de Ibiza y Formentera bajo el triple enfoque dimensional aludido.

## II. EL DERECHO VALIDO (LAS NORMAS REVISABLES DE LA COMPILACION RELATIVAS A IBIZA Y FORMENTERA)

1.º La *Exposición de Motivos* de la Compilación dice que “la diversidad de regímenes no debe afectar a la unidad formal de la Compilación Balear...”. Esa “estructura unitaria y sistemática” a que dicha Exposición alude pudiera ocasionar en el futuro graves problemas si el legislador no sale al paso antes estableciendo claramente el PROCEDIMIENTO de revisión.

Entiende, en consecuencia, el ponente que la primera norma a revisar es la denominada DISPOSICION ADICIONAL, en su alusión a la “Comisión Compiladora”.

2.º La segunda norma a revisar será el artículo 1, pensado para la aplicación “territorial” de las normas de la Compilación, con olvido notable de los estatutos personal, real y formal, de la vecindad y de las normas de conflicto.

3.º La interpretación de los preceptos de la Compilación, conforme al artículo 2, 2.º, exigirá una concreción de las costumbres “locales” y una determinación por parte del intérprete de qué costumbres son las actualmente subsistentes: una interpretación conjunta de dicho artículo y de la DISPOSICION FINAL 1.ª debe ser efectuada sin demora.

4.º Las normas relativas al *Régimen económico conyugal* son las que mayores problemas han suscitado en la práctica. En concreto el artículo 66, en su deficiente redacción, ha dado origen a la curiosa polémica en torno a si en Ibiza y Formentera es aplicable o no la licencia marital.

5.º Las normas en materia de *sucesiones* —artículos 69 a 84— apenas han suscitado cuestiones en la práctica jurídica de las Pitiusas. Mérito enorme el de la Comisión de Juristas de Ibiza que en 1960 elaboró estas normas, previo el brillante informe del notario de Ibiza don José Cruz Carrasco. El hecho de que la Comisión General de Codificación las acogiera íntegramente es revelador y elocuente por sí sólo. Cree la Ponencia que las únicas posibles dificultades podrían derivar en tema del Derecho supletorio aplicable en orden a las legítimas y a las sustituciones fideicomisarias.

6.º Las normas en orden a los *Derechos Reales*, si bien claras y escuetas, pueden originar cuestiones precisamente al haberse suprimido algunas frases por la Comisión de Codificación.

## III. EL DERECHO EFICAZ (EL HECHO SOCIAL DE LAS NORMAS DE LA COMPILACION)

Una doble problemática cabe plantear: la de si las transformaciones sociales han cambiado las normas de la Compilación y la de si la Compilación es un medio para operar una reforma social. Invir-

tiendo el orden de estos problemas, pasamos al análisis de los hechos citados. Aquí el ponente lamenta no disponer del bagaje sociológico adecuado para acometer con éxito tal intento, limitándose a pequeñas incursiones en este inexplorado campo.

A) *La cuestión de si las normas jurídicas son vehículos idóneos para promover o acelerar el cambio social*, tiene difícil respuesta. Todo dependerá del papel de la norma: parece superior la “Ley-transacción” a la “Ley-decisión”, en orden a la dinamización del cambio social. Aunque parece cierto que el Derecho va quedando rezagado frente a la evolución social, una nueva norma contribuye a crear unos hábitos y unas estructuras mentales mediante las cuales se favorece el cambio social.

En este sentido, cabe señalar que, tras la aparición de la Compilación, en Ibiza y Formentera se observan los *hechos siguientes*:

1.º Una lenta, pero progresiva disminución de capitulaciones matrimoniales o “spolits”.

2.º Un confusionismo a la hora de decidir si las mujeres casadas en Ibiza y Formentera deben ser asistidas de sus maridos en los actos jurídicos privativos.

3.º Un aumento de la contratación onerosa —compraventas— entre marido y mujer.

4.º La práctica desaparición de la dote y del “escreix”.

5.º La progresiva disminución de los heredamientos en “spolits”.

6.º El aumento de las donaciones *inter vivos* a favor de los hijos.

7.º La disminución lenta del número de testamentos.

8.º La frecuencia de asignación de bienes inmuebles en pago de la legítima.

9.º La renuncia ante notario del “mejoral”, caso de venta de fincas rústicas por el propietario.

10.º Un paulatino aumento de los problemas derivados de los conflictos de vecindad civil.

De esta serie de hechos *nuevos* tras la Compilación, cabe señalar que solamente parecen imputables a la irrupción en 1961 del nuevo ordenamiento los relativos a la licencia marital, a las ventas entre esposos y a la renuncia del “mejoral”.

La Compilación, nueva ley, ha hecho brotar una serie de actitudes, unos hábitos, unos condicionamientos, en la sociedad a la que iba dirigida. El que esos hábitos o actitudes sean o no *correctos*, corresponde examinarlo después.

B) *La cuestión de si el ordenamiento jurídico cambia a consecuencia de una transformación social* ha preocupado a algunos pocos juristas, entre ellos los más finos y sensibles espíritus jurídicos de nuestros días, pero sin llegar a ser objeto de una respuesta satisfactoria.

Frente a la respuesta *negativa* —el ordenamiento jurídico ni cambia ni tiene por qué cambiar a consecuencia de los cambios sociales—

el profesor DÍEZ PICAZO ha demostrado que la experiencia histórica es una evidente experiencia de *cambio* y de progreso jurídico (“el Derecho romano fue una obra ingente en continua transformación a lo largo de su vida”). El *problema* no es si el ordenamiento jurídico cambia o no cambia, sino *cómo cambia* y *qué es preciso que ocurra para que cambie*. Todo dependerá de lo que es para nosotros el ordenamiento y las normas de derecho. Pero, además, el cambio social incide en la sociedad entera, imponiendo un continuado reajuste de la vida jurídica: la vida jurídica espontánea reacciona casi de inmediato creando sus propios cauces, y en definitiva lo mismo ocurre con el fenómeno de la “interpretación” evolutiva o adaptadora. Esta *interpretación evolutiva* o “de reajuste” parece irrecusable, pero ¿cómo funciona? Depende, en gran medida, de la *tipología* del cambio social: cada tipo de mutación requerirá una peculiar forma de tratamiento.

Propone el profesor DÍEZ PICAZO los siguientes casos:

- 1.º El cambio *político* o en el orden constitucional.
- 2.º El cambio *legislativo*: una nueva norma provoca una reacción en cadena, ante la cual el ordenamiento debe ser coordinado y armonizado (lo que es función del intérprete, guiado por la conformidad o no con el sentido general de los principios).
- 3.º El cambio *tecnológico* (máquinas automáticas, construcción con material traslúcido, facturación electrónica, reservas de plazas, etcétera): los nuevos fenómenos determinan comportamientos y actividades, y el problema es resolver si estos nuevos hechos son o no auténticas “lagunas legales” [migraciones interiores, matrimonios de extranjero y española o viceversa, irrupción del turismo y desfase del sector “servicios”, ejercicio del comercio por mujer casada (boutiques), inversiones de extranjeros, etc.]. Hay una nueva problemática social que, a su vez, exige un tratamiento jurídico nuevo y distinto.
- 4.º El cambio de la *dinámica económica* (migraciones, v gr.).
- 5.º El cambio *ideológico*.

De esta resumida enumeración de tipos de cambio social, parece que únicamente han influido en el Derecho de Ibiza y Formentera aquellos tipos de cambio tecnológico y de dinámica económica. Ello equivale de hecho o puede equivaler: a un aumento de conflictos de vecindad civil, a la progresiva ampliación de la autonomía patrimonial de la mujer casada en Ibiza y Formentera, a una pulverización del estatuto familiar tradicional de las islas (por el trabajo fuera de casa de casi todos los miembros de la familia), a una paulatina conversión en urbano del suelo rústico, a la supervaloración de los caminos de acceso a las fincas rústicas, a la extensión de la zona marítimo-terrestre, entre otros supuestos posibles.

Ante el impacto de todos estos *hechos*, el ordenamiento jurídico se hace eco del cambio social y los refleja. Todos somos testigos de una o varias de estas repercusiones en la práctica jurídica de todos los días. Por eso mismo nuestra función aquí y ahora es meramente

“notarial”: dar fé, constatar algo que ya ha ocurrido, y si el legislador permaneciere inmóvil hemos de intentar el “reajuste” de la vida social con una labor de interpretación “de readaptación”.

#### IV. EL DERECHO LEGITIMO (EL VALOR DE LAS NORMAS DE LA COMPILACION DESDE EL NIVEL DE JUSTICIA)

Corresponde en este apartado examinar bajo el aspecto *filosófico*—como totalización trascendental crítica de la realidad empírica— si las normas de la Compilación referentes a Ibiza y Formentera son justas. El criterio de justicia debe ser lo más *objetivo* posible y tender al reconocimiento de que el valor supremo para el Derecho es la dignidad de la persona humana.

Así las cosas, parece cabe formular una *distinción* entre aquellas normas de la Compilación cuya legitimidad radica en la misma naturaleza de las cosas, y otras en que ello es más discutible al producirse la aplicación de la norma.

Dentro del primer grupo podemos incluir todas las del título relativo a las *Sucesiones*.

Dentro del segundo grupo, cabe señalar como supuestos de dudosa legitimidad los resultados a que conduce una defectuosa aplicación de las normas referentes a la intervención de la mujer casada en el ámbito judicial y extrajudicial, a la vecindad civil y a la sociedad rural.

Para poder concluir acerca de la legitimidad de alguno de tales resultados, no tenemos más opción que proceder a un análisis de las distintas “valoraciones” de los conceptos en juego.

Dicho análisis de las normas de la Compilación entraña el abordar el problema de *justificación de la validez* de dichas normas. La Ponencia, ante la disyuntiva “iuspositivismo-iusnaturalismo”, trata de encontrar una vía media, decidiendo que es más justo y benigno entender las normas en examen de la manera que lo hace porque así lo exigen las formulaciones de “valores” vigentes en la comunidad en que hoy vivimos.

La posición de la Ponencia como intérprete en su labor crítica de las normas en examen se verá obviamente afianzada tras el análisis pormenorizado de los *hechos sociales* en los apartados precedentes. El análisis partirá de la “*ratio legis*” ordinaria de cada norma y de su vinculación al sistema jurídico. La problemática de estas normas deriva—como dijimos— de los resultados a que conduce la *aplicación* de las mismas; la causa principal de estos problemas en la aplicación de la ley son los *defectos legislativos* (ambigüedad, indeterminación del contenido de la ley, antinomias, silencio, oscuridad o insuficiencia, inadecuación, contradicciones, etc.). Habrá que examinar en cada supuesto cuál es el tipo de defecto legislativo y qué remedio cabe apuntar.

En esta formulación crítica seguimos el mismo orden enunciado en el apartado II. Las normas a examen son, pues, las siguientes:

### 1.ª) Disposición adicional

La norma establece que “la Comisión Compiladora formulará...”. Graves dudas suscita la interpretación de esta norma, cuyo encaje entre los supuestos de *silencio o insuficiencia* de la ley no es muy claro. Creemos que, más que una interpretación correctora del tipo extensivo, lo que cabe postular abiertamente es un cambio legislativo: será la única forma de evitar una fuente incesante de problemas y roces de competencia en el futuro.

Se postula un cambio muy simple, en el sentido de que dicho inciso inicial diga “La Comisión Compiladora de CADA ISLA formulará “...Los *argumentos* a favor del cambio postulado son estos:

1) Las palabras de la Exposición de Motivos de que “la Comisión reconoce la vigencia actual de un estado de derecho “consuetudinario coexistente” en ambas islas menores, que constituye un ESTATUTO propio...” (subrayado nuestro).

2) La dicción del artículo 2, párrafo 2.º, que al hablar de la interpretación de la Compilación se remite a “la tradición jurídica balear encarnada en las antiguas leyes, costumbres y doctrina de que aquéllas se derivan”. La misma lógica y el sentido común nos dicen a gritos que la tradición y las costumbres están referidas a las “locales”. o, de otro modo, “insulares”, peculiares de cada isla. Nada tienen que ver Menorca ni Ibiza con Mallorca, ni por el origen de sus normas ni en la vigencia e interpretación de las mismas. Precisamente la nota típica COMUN a “lo balear”, como prototipo de las islas, es su INSULARIDAD, enmarcada geográfica e históricamente con rasgos distintos para cada isla.

3) El mismo legislador reconoce “la diversidad de regímenes” para cada isla, que no es obstáculo a que la Compilación como LEY o norma unitaria general en su aplicación a las islas tenga una estructura FORMAL única.

4) El proceso de elaboración de las normas jurídicas tienen aquí especial relieve, ya que el origen CONSUETUDINARIO de las especialidades civiles forales impone necesariamente al intérprete y al legislador la referencia a instituciones o zonas territoriales determinadas.

5) La práctica jurídica de cada isla es la que determina con exactitud el valor de la costumbre local. Su valor como hecho vivido, como experiencia, es insustituible, infungible.

### 2.ª) Artículo 1

De nuevo nos encontramos ante un supuesto en que la dicción del legislador no es muy feliz: dice que el “El Derecho civil especial de Baleares tendrá aplicación en el ámbito que comprende la actual ju-

risdicción de la Audiencia Territorial de Palma de Mallorca". ¿Qué quiere decir aplicación en el ámbito? Parece que lo lógico es la referibilidad al territorio constituido por las distintas islas: entonces el artículo sobra, por superfluo. Si por "aplicación" se entiende la sujeción de las personas o bienes que están DENTRO de dicho territorio, nos tememos que el texto legal, a más de insuficiencia, peca de inadecuación técnica: la Compilación ACTUA sobre personas y cosas existentes FUERA del territorio balear y NO ACTUA sobre personas y cosas sitios DENTRO de las Baleares.

De otro modo, el legislador OMITE toda referencia a los estatutos personal, real y formal en Baleares y para los balearicos o insulares, así como a la determinación de la vecindad y de quiénes son tales en relación con los demás territorios y personas de diferente legislación civil. Todo ello podría fácilmente subsanarse sin más que SUSTITUIR todo dicho artículo 1 por una norma equivalente a la del actual artículo 3 de la Compilación de Cataluña.

### 3.<sup>a</sup>) *Artículo 2, párrafo 2.º*

1. Las norma establece, según vimos, respecto a la interpretación de los preceptos de la Compilación, que "se tomará en consideración la tradición jurídica balear..." Cabe decir de esta norma lo mismo que hemos expuesto respecto a la Disposición Adicional: la única forma de evitar una fuente incensante de problemas es un cambio legislativo, en el sentido de que tal inciso diga "se tomará en consideración la tradición jurídica de CADA ISLA encarnada en...".

Los argumentos vendrían a ser similares a los expuestos anteriormente, y no vale la pena insistir en ello, a los que nos remitimos.

2. Sin embargo, no terminan aquí los problemas que dicho artículo plantea. Al aludir al valor INTERPRETATIVO de las costumbres vigentes parece que se quiere aludir por el legislador a que dicho valor nace del *hecho* de insertarse en el sistema de la Compilación, a modo de canon hermenéutico a usar en la interpretación "sistemática". Que esto debe ser así resulta de un atento examen de la finalidad de "integración" en un futuro Código general que las Compilaciones tienen: al proyectarse la Compilación sobre el Derecho consuetudinario vigente A SU PUBLICACION se pretendía un efecto semejante al que la Codificación se propuso respecto a los usos y costumbres del antiguo Derecho de Castilla, esto es, la "definición" precisa de las costumbres VIGENTES que convenga conservar.

Cabe decir, con LALAGUNA que, en general, la fijación del Derecho foral consuetudinario implica la derogación de las costumbres sobre las que el respectivo texto compilado guarda silencio: esto es claro para Cataluña, BALEARES y Galicia (el subrayado es nuestro). Así, en nuestro caso la DISPOSICION FINAL 1.<sup>a</sup> ("las normas del Derecho civil especial balear escrito o consuetudinario, principal o suplementario, vigentes a la promulgación de esta Compilación, quedan sustituidas por las contenidas en ella") equivalía a certificar la muerte de las

costumbres locales EXISTENTES en 1961 y no aludidas en la Compilación.

Pero no es esto lo más importante. El aspecto más notable del gran cambio operado en nuestro Derecho civil por obra de las Compilaciones es, no tanto el hecho mismo de la Codificación de los Derechos forales y su aproximación en tantos puntos al Derecho común, como las condiciones favorables que con tal cambio se han creado para una *influencia recíproca* entre los sistemas del Derecho especial y el sistema general representado por el Código civil. Por de pronto, en lo que atañe a la COSTUMBRE —sigue LALAGUNA— esto se traduce en la *inserción* del antiguo REGIMEN jurídico consuetudinario de cada territorio DENTRO del régimen consuetudinario general. En una medida considerable, la *costumbre "foral"* se encuentra ahora en el marco de los artículos 5 y 6 del Código civil.

La consecuencia evidente es que, en defecto de costumbre, habrá que acudir a los "principios generales del derecho", bien estén expresamente formulados, bien su formulación deba inducirse del conjunto de sus manifestaciones virtuales en normas escritas o consuetudinarias.

3. La remisión a la COSTUMBRE es, por tanto, distinta en el supuesto del párrafo 2.º del artículo 2 y en la Disposición Final 1.ª. En el primer supuesto, es una remisión que trata de resaltar el VALOR que tienen los principios jurídicos tradicionales de cada isla para la interpretación de las disposiciones compiladas: es una remisión GENERICA E INDETERMINADA. En el segundo supuesto, de la DISPOSICION FINAL, 1.ª, la remisión es CONCRETA y DETERMINADA: a costumbres VIGENTES; el sentido de esta remisión parece ser el mismo que el de la remisión a la costumbre o a los usos locales que el Código civil hace en determinadas materias, pero la fórmula derogatoria del artículo 1.976 es distinta a la empleada en la Compilación; en principio, se debe concluir que todas las costumbres VIGENTES en Baleares al tiempo de entrar en vigor la Compilación respectiva y que no se han mencionado en el texto compilado han sido derogadas.

4. Queda *excluido* de nuestro estudio el examen del problema de la admisión de la costumbre como fuente de derecho PARA EL FUTURO. Entendemos se aplicará la normativa del Código civil.

#### 4.ª) Artículo 66

1. Esta norma es un ejemplo claro de las limitaciones que impone a la ley, como a toda realidad contingente, el paso del tiempo. Tanto en su primer apartado como en el segundo, los conflictos de intereses desde el lado de la realidad dejan al descubierto una situación de "crisis" de la ley (silencio, inadecuación o insuficiencia).

La *inadecuación o insuficiencia* de la norma —en su primer párrafo, relativo a las capitulaciones matrimoniales— se nos ha hecho patente al analizar la inter-relación "cambio social-cambio jurídico"

y señalar el paulatino descenso del número de “spolits”, el impacto del fenómeno turístico en una economía agraria patriarcal, el aumento de las migraciones interiores y de los conflictos de regionalidad.

El silencio de la norma —en su 2.º párrafo, respecto del régimen legal supletorio— ha hecho brotar la confusión y las polémicas, no siempre en buenos términos, en torno a la necesidad o no de la *licencia marital*. Dado que el punto controvertido en tema de “licencia marital” es merecedor de un más detenido examen, aquí hacemos una referencia somera al mismo y nos remitimos al epígrafe siguiente.

2. En consecuencia, concretándonos aquí al *primer párrafo* de este artículo, observamos que si en algún campo ha tenido especial repercusión toda la serie de cambios sociales ha sido precisamente en éste de las capitulaciones matrimoniales. La no aplicación de esta norma —como la de su equivalente en el Código civil— artículo 1.315— puede indicar que es la suerte o destino normal de toda ley “insuficiente”, atendidas las circunstancias de la realidad social actual.

Que es “insuficiente” la norma examinada no equivale a que sea una ley “inadecuada”: al menos, sí resulta adecuada para los supuestos que regula. Pero sí cabría señalar una cierta inadecuación “técnica” de esta norma, ya que lo que la realidad social demanda imperiosamente y necesita es una regulación MODERNA de las capitulaciones matrimoniales.

Bien la consideremos insuficiente, bien inadecuada en su técnica, la norma del párrafo 1.º del artículo 66 está pidiendo un cambio legislativo. No cree la Ponencia que sea necesario insistir aquí en la *oportunidad* de disponer de un instrumento jurídico adecuado que resolviera los graves problemas de las separaciones conyugales, conflictos inter-regionales, matrimonios de español-extranjera o viceversa, entre otros posibles. Y, sin embargo, tenemos a mano ese instrumento jurídico, hoy en trance de posible y deseable revisión: las capitulaciones matrimoniales.

La Ponencia estima posible postular la reforma de este primer párrafo en el sentido de *añadir* la frase “antes del matrimonio o durante el mismo” después de la palabra “spolits”. Esta postura aparentemente revolucionaria tiene, no obstante, a su favor los siguientes argumentos:

1.º El precedente de la Compilación catalana (art. 7), en definitiva elemento “interpretativo” de gran fuerza, en base a ser el Derecho catalán el *origen* del consuetudinario Derecho de Ibiza y Formentera.

2.º El valor testimonial de la práctica jurídica, que nos está demostrando el desuso de los “spolits” y cómo los graves conflictos familiares ante la inexistencia oficial del divorcio carecen de solución. Solución fácil, ágil, económica y jurídica que es la aquí propuesta.

3.º El valor testimonial de la mejor doctrina científica del país (DE LA CÁMARA, etc.), que aboga en sentido de demandar una soñu-

ción a los supuestos de separación de hecho en el régimen de gananciales.

4.º El ejemplo perenne de la jurisprudencia romana, usando del procedimiento técnico conveniente ante los nuevos casos que la realidad presentaba.

5.º El valor testimonial del “Anteproyecto” sobre supresión de limitaciones de la mujer casada, elevado en 1972 a la Comisión de Codificación.

6.º La debilidad de los argumentos tradicionales en contra de unas capitulaciones matrimoniales DESPUES del matrimonio, que no tienen razón de ser si se confía la protección de los terceros a un adecuado sistema registral que recogiese los capítulos otorgados.

### 5.ª) Artículos 78 y 80

1. El Anteproyecto elevado en 1960 por la Comisión de Juristas de Ibiza a la Comisión General de Codificación, elaboró cuidadosamente el Título relativo a las *Sucesiones*, cuya mejor alabanza es consignar que fue respetado por dicha Comisión en su totalidad. Por tanto, y a la vista de las inexistentes cuestiones suscitadas, no parece prudente retocar ninguno de los preceptos de dicho Título, que siguen cumpliendo en la realidad social su misión de prevenir los posibles conflictos de intereses.

2. Ello, no obstante, en tema de sustituciones fideicomisarias, cabría añadir al artículo 78 un segundo párrafo, recogiendo el contenido del artículo 28 actual o remitiéndose al mismo. Este inciso, relativo a los “hijos puestos en condición”, de uso frecuente en testamentos y “spolits” de hace algunos años, puede resultar útil y evitar posibles litigios. Precisamente en el Anteproyecto de 1960 elaborado por la Comisión de Ibiza (art. 13) se recogía una norma idéntica a la del actual artículo 28 referido a Mallorca.

3. Del actual artículo 80 debería excluirse el inciso que se refiere a la “definición”, voz desconocida en Ibiza y Formentera, como ya apuntaba en 1960 la Comisión de Ibiza.

### 6.ª) Artículo 85

Nada que objetar al contenido del precepto, que responde a la conciencia rural de las islas menores, cuando el padre otorga testamento instituyendo heredero y consignando este especialísimo derecho de habitación para el o los hermanos solteros que vivan en la casa paterna. Habitación “amb porta fora” equivale así a “habitación independiente que cierre con llave”, en la dicción del legislador.

Lo que es desacertado es una parte del inciso final del precepto, que dice “y, en lo referente a las necesidades del habitacionista...”. Creemos que el legislador ha equivocado la dicción; no es mera oración “demostrativa” o “indicativa”, sino CUANTITATIVA, ya que debiera decir “y, en lo SUFICIENTE a las necesidades del hábita-

cionista". Así venía en el Anteproyecto elaborado en Ibiza (art. 3.º), recogiendo la secular práctica de las islas plasmada en los documentos notariales.

También cree la Ponencia que no es adecuada la palabra "porche", bien que usada así en el Anteproyecto elaborado en Ibiza: por la razón obvia de que una cosa es "porche" entendida en lengua castellana; y otra cosa es la palabra ibicenca. En efecto, en el dialecto local se dice "porxu" o "porcho", cuya traducción al castellano resulta difícil, ya que equivale a "recibimiento", hall o entrada a la casa payesa. Propone la Ponencia rectificar la dicción y usar la más idónea de "porxu".

### 7.ª) Artículo 86

La norma aparece claramente formulada. Sin embargo, el problema se centra en su "eficacia", de un lado, y en su "legitimidad" de otro.

1. En orden a su *eficacia*: la introducción, en la vida práctica, de la RENUNCIA del "mejoral" al derecho de retracto caso de venta de la finca, ha hecho que el precepto contemple supuestos que en la vida real no acaban de encajar con el espíritu de la norma. Según COSTA RAMÓN, las costumbres que rigen esta "sociedad rural" tienen una antigüedad de siglos, se repiten sin variación y son respetadas por todos, resolviéndose las cuestiones sin necesidad de contienda judicial. Pero, ¿qué es exactamente ésta que la Compilación llama "Sociedad Rural"? ¿Arrendamiento? ¿Aparcería? ¿Sociedad civil de Explotación? ¿Un ente híbrido?

Yo creo que la cosa era muy clara: COSTA RAMÓN recogió y puso por escrito la costumbre local acerca de la "APARCERIA". Esto fue en 1946. Pero luego vino el *Reglamento de 29 de abril de 1959*, desarrollando la Ley de 15 de marzo de 1935 sobre "*Arrendamientos Rústicos*", con dos preceptos claves, muy claros: uno (art. 1, 2.º) diciendo "que a los efectos de la legislación especial de arrendamientos rústicos, tendrán la consideración de arrendamientos TODOS los actos y contratos, CUALESQUIERA que sea su denominación, por los que voluntaria y temporalmente una parte ceda a otra el disfrute de una finca rústica o de alguno de sus aprovechamientos, mediante precio, canon o renta, ya sea en metálico, ya en especie, o en ambos casos a la vez, y con el fin de dedicarla a la explotación agrícola o ganadera"; el otro (art. 43, 1.º), que expresa que "por el contrato de aparcería el titular o titulares de una finca rústica ceden temporalmente o conciertan con una o varias personas el uso o disfrute de aquélla o de algunos de sus aprovechamientos, conviniendo en repartirse los productos por partes alicuotas...".

La *aplicación* de dicho Reglamento a "todos los contratos de arrendamiento de fincas rústicas", que "se someterán" a dicha reglamentación, imponía como resultado práctico —por ser ley "de orden público" la legislación arrendaticia— la recepción de sus preceptos en

todo el territorio nacional, aún con variedades consuetudinarias típicas sobre "aparcerías". En consecuencia la entrada del artículo 16 del Reglamento, otorgando derecho al retracto al aparcerero caso de transmisión a título oneroso de una finca rústica arrendada, era forzosa. La reacción de la práctica jurídica fue fulminante: renunciando al retracto el "mejoral", la cosa quedaba resuelta.

Ahora bien, ¿en qué se nos convirtió la "aparcería" ibicenca? Lo que SIEMPRE fue aparcería, ¿lo seguía siendo?, ¿quedaba suprimido?

2. En orden a su legitimidad: el problema vino a resolverse por sí sólo, cuando en 1960 la "Comisión de Juristas" elevó su Anteproyecto. Se acordó (art. 34 y siguientes del Anteproyecto), plasmar en el articulado de la Compilación el equivalente de lo que ERA la "aparcería" ibicenca, pero dándole otro nombre: "Sociedad Rural". Resolviéndose así la cuestión de su "legitimidad", pero olvidóse la "eficacia": el instituto regulado en la norma está bautizado, pero no anda ni funciona. Ha quedado desvirtuada la costumbre local con la aparición del nuevo instituto jurídico, pero éste tiene un "contenido" al que se cita por remisión a la normativa de Menorca.

Si no es la tradicional aparcería, ¿qué es? ¿En qué consiste esa "Sociedad Rural"? Nadie parece saberlo. Yo me pregunto si vale la pena, si es justo y adecuado a la realidad actual, mantener una "ficción" de lo que quiere ser lo que "era".

La norma es legítima, pero ha decaído su eficacia. Ante ello sólo caben dos soluciones: o se propugna su supresión, sin más, dando ejemplo de un sano realismo jurídico, o se estima conveniente retocar la normativa con una adaptación a lo actual, problema arduo en el que no puedo entrar. En resumen: ¿supresión o mantenimiento con reforma parcial? Mi posición PERSONAL se inclina por lo primero, pero la "Comisión" quizá tenga otras ideas más adecuadas.

#### 8.<sup>a</sup>) Disposición final, 2.<sup>a</sup>

Esta norma aparentemente inocua puede plantear innecesarias cuestiones en su aplicación práctica.

Una cosa es la "integración" en el texto compilado de todo el Derecho foral subsistente, tanto principal como supletorio, y otra cosa es introducir como "Derecho supletorio" las que llama "fuentes jurídicas de aplicación general".

El problema —muy bien visto por RAIMUNDO CLAR GARAU (Conferencia sobre "El régimen económico-matrimonial de separación de bienes", el 28 de abril 1972), analizando las relaciones "Código civil-Derecho foral"— puede ser grave, pero puede implicar una revitalización del Derecho foral. Debería haberse cuidado la redacción del precepto y evitar hacerle decir lo que no fue propósito del legislador: que rijan las fuentes de aplicación general QUE SE OPONGAN a las normas de la Compilación en lo no previsto en ésta.

Parece que esas llamadas "fuentes jurídicas de aplicación general"

equivalen a las antes llamadas “leyes generales” por su aplicación. Como quiera que el número de estas leyes “extravagantes” más allá del Código civil es elevado, convendría indicar que la OPOSICION puede provenir simplemente del presupuesto COMUN en todas dichas leyes: que el matrimonio se rige por las normas de la sociedad de gananciales. Presupuesto éste que cae por tierra en estas islas. Por tanto, no parece descabellado seguir la opinión de R. CLAR, exigiendo una dicción más cuidada en esta norma.

## V. EL PROBLEMA DE LA LICENCIA MARITAL

### A) LA DIMENSIÓN NORMATIVA

Ajudimos antes a la norma contenida en el *párrafo 2.º del artículo 66*, pues su *silencio* sobre este punto ha desencadenado una viva y latente polémica entre nosotros.

1. No es ocioso preguntarnos si el legislador ha callado, o sea, si existe REALMENTE un “silencio” de la ley: de existir, habría que indagar el PORQUÉ de ese silencio, esto es, si la falta de regulación del supuesto se debe a un olvido o a un propósito “deliberado” del legislador; y en el último caso, cabe preguntarnos si tras ese propósito “deliberado” hay sólo una “limitación” de la ley o una intención definida de excluir el supuesto en cuestión del campo de aplicación de ciertas normas.

La Ponencia entiende que EXISTE ese silencio de la ley como paso más idóneo para seguir el razonamiento, pero nos parece que no hay una especial “deliberación”, sino un simple *olvido*. La razón es muy clara: el Anteproyecto elaborado en Ibiza (art. 20) recogía en un precepto toda la normativa del régimen de separación de bienes y además lo relativo a la Presunción Murciana; el Anteproyecto elaborado por la Comisión de Codificación (art. 4) recogía en un solo precepto el régimen de separación de bienes, aplicable EN TODAS LAS ISLAS; al sufrir en las Cortes las inevitables modificaciones, por venir la Compilación constituida “formalmente” por tres Libros, uno para cada isla, aquel artículo 4 se desdobló en otros dos (los 3 y 4 actuales), y quedó para Ibiza y Formentera una normativa escueta, que parece implicar una remisión a las normas de Mallorca; queda reafirmada esta idea en la Exposición de Motivos del Anteproyecto de la COMISION DE CODIFICACION, en la que SIN DISTINGUIR y respecto del régimen económico-conyugal, dice “se proclama con mayor energía la autonomía patrimonial de AMBOS consortes en el régimen legal de separación de bienes”.

De ser esto, según creemos —UN SILENCIO—, debido a los retoques de última hora, el remedio apropiado debiera ser la interpretación “correctora” EXTENSIVA, aplicando el precepto a supuestos NO COMPRENDIDOS en su formulación literal, pero sí en su espíritu.

2. No obstante, cabría apuntar la posibilidad de que el legislador no haya tenido ese olvido, es decir, que no exista ese silencio de la ley y sí más bien una INSUFICIENCIA de la norma. En este caso, más que un problema de interpretación se trata de postular un cambio legislativo, máxime, al haber quedado la realidad alterada notablemente por la evolución de las condiciones socio-económicas.

3. Hasta aquí nos hemos movido en el plano de la CIENCIA DEL DERECHO o de la dogmática jurídica, ante la dimensión NORMATIVA del precepto. Pasamos a los otros niveles o dimensiones que suscitan la aparición de la polémica: ¿debe o no exigirse la licencia marital a la mujer casada en Ibiza y Formentera sujeta al régimen legal de separación de bienes?

## B) LA DIMENSIÓN SOCIOLÓGICA

La posición jurídica de la *mujer casada* ha venido siendo un reflejo de lo que la sociedad en la que vive le concedía o negaba. Cabe señalar una evolución no rectilínea a favor de una progresiva ampliación de su autonomía patrimonial, sino más bien con ondulaciones de avances y retrocesos según el tipo de sociedad imperante. Esto es observable empíricamente en la historia, tanto en la universal como en la nacional e insular.

1. Los más antiguos tipos de sociedades humanas comprobados apuntan a un tipo de *sociedad patriarcal y agraria*, en que el predominio del varón es absoluto. No es así de extrañar que las más antiguas civilizaciones conocidas de la cuna *babilónica* (Código Hammurabí, Pentateuco) reflejen ese predominio varonil y la sumisión de la mujer. La cosa es menos clara en las civilizaciones menos estudiadas (Antiguo Egipto, pre-incaica, etc.), cuyo origen es menos conocido.

2. La *civilización greco-romana* no hizo sino recoger alguna de las pautas suministradas por el influjo oriental, (Leyes de Solón y Esparta, Leyes de las XII Tablas). Sin embargo, es sabido que en la vida diaria los hechos no coinciden precisamente con los rígidos preceptos jurídicos; así, ESPÍN CÁNOVAS cita a Tácito (Annales, III.33.20) al referir que “las mujeres, constreñidas en otro tiempo por las leyes, deshechos ahora esos vínculos, gobiernan la familia, el foro y el ejército”.

La evolución del Derecho romano permite distinguir, como todos sabemos, entre el Derecho llamado “clásico” y el “justiniano”. No es éste el lugar para detenernos en un estudio detallado de la situación de la mujer casada en uno y otro sistema normativo. No obstante, creo necesario aludir aquí a un *hecho* curiosamente no tenido en cuenta por los autores de las Baleares que se han ocupado de los *orígenes* de nuestro Derecho consuetudinario. El hecho es la *dominación bizantina* en las islas, concretamente sobre Ibiza. ¿Cómo repercutió el Derecho de Justiniano y hasta qué punto sobrevivió? Es esta una incógnita ante un hecho importante, que alguien deberá des-

pejar algún día. No creemos que el Imperio bizantino tuviera tiempo para enviar a "provincias" los textos del "Corpus iuris civilis".

Volviendo al Derecho romano, cabe resaltar que el matrimonio creaba a la mujer una *situación jurídica* no uniforme, ya que bien podía conducirla a una situación de mayor sujeción (matrimonio "cum manu") o bien ser irrelevante (matrimonio "sine manu"). De esta situación de la mujer "sui iuris" o independiente en el matrimonio "sine manu" arranca el comienzo de la autonomía patrimonial de la mujer casada y, al parecer, aquí radica el *origen remoto* del régimen económico-matrimonial de separación de bienes.

Al final de la evolución del Derecho romano, dice ESPÍN, por el influjo ético del cristianismo, la posición de la mujer, si no de absoluta igualdad con el hombre, tampoco es de manifiesta inferioridad. En la realidad social esta situación de autonomía respondía a una efectiva autonomía de la mujer.

3. La invasión de las distintas *tribus bárbaras* supuso un retroceso en la condición de la mujer casada. Aunque carecemos de datos concretos, parece lógico suponer que lo mismo debió ocurrir con las islas, que fueron objeto de las correrías del vándalo Genserico, antes de su paso a Africa.

4. La invasión *musulmana* de la península, y luego de las islas, nos parece que debió influir desfavorablemente en la condición de la mujer casada. El sistema normativo de los califas abbasidas, con notable influjo de las rígidas leyes de la doctrina "maliquita", es observable en los testimonios que nos han legado los autores árabes. Otro *hecho* notable, pese a las diversas peripecias de invasiones, conquistas y reconquistas de musulmanes (rey de Denia), escuadra pisaná, etc., es la inexistencia de restos documentales en las islas. El trabajo notable de investigación de don ANTONIO COSTA RAMÓN para este período no ha tenido continuadores. La incógnita es ¿cómo un período de tiempo de casi 700 años se desvanece sin dejar huellas?

En consecuencia, creemos hipótesis prudente y probable la de considerar que la situación de la mujer casada fue de absoluta sujeción al marido, conforme a la "Sunna" y al influjo de Malik. Creemos poco probable que el *origen próximo* del régimen de separación de bienes residida en las llamadas "costumbres holgazanas" cordobesas; esta afirmación del admirado maestro CASTÁN está desprovista de todo fundamento y no resiste al menor análisis. Está comprobado que entre las instituciones jurídicas de la España musulmana nadie ha hablado de tales "costumbres" en el Califato de Córdoba. Así, LEVY-PROVENCAL ("España musulmana", dirigida por don Ramón Menéndez Pidal).

4. Con la iniciación de la llamada "Reconquista", cabe decir con DE CASTRO que "en el Antiguo Derecho histórico español, no se ve una línea clara ni una dirección dominante: junto a disposiciones que presuponen la plena capacidad jurídica de la mujer casada, hay otras que se la niegan. En general, la situación *personal* de la mujer

es regulada por el uso, mientras que su capacidad *patrimonial*, mayor o menor, resulta del régimen de los bienes conyugales en los distintos territorios...”.

Parece probable la hipótesis de que la condición jurídica de la mujer casada iba mejorando necesariamente cuando la repoblación del territorio peninsular reconquistado exigió el traslado masivo de pobladores en sentido Norte-Sur de la península. La imperiosa necesidad de llenar los huecos que la expulsión en masa de los habitantes musulmanes dejó en el valle del Guadalquivir, junto a otras diversas causas, debió originar la necesidad de privilegiar y dotar de amplia “libertad civil” a los repobladores todos, mujeres incluidas.

Al terminar las necesidades de la repoblación y, sobre todo, la afirmación del estilo “tradicional” de vida en Castilla, con la consolidación de la “morada vital” castellana, debieron *originar* la consagración de la potestad marital. La noción de “morada vital” de AMÉRICO CASTRO es un concepto fundamental, adaptado por los historiadores (REGLÁ) y aun por pensadores ajenos (LAIN ENTRALGO). Al absorber la “morada vital” castellana, rasgos del vivir —convivencia habitual— de árabes y judíos, explicaría la “descalificación” jurídica de la mujer (consecuencia quizá del carácter sacral del Derecho familiar del Talmud y la Sunna) y la concepción eminentemente “patriarcal” de la familia en una y otra civilización.

Reflejo de lo expuesto (variaciones en la normativa de este período) cabría ver en los distintos Fueros municipales, Fuero Juzgo y Lãs Partidas. Así, es curioso ver cómo no aparecen limitaciones para la mujer en sus bienes parafernales en la legislación alfonsina. Hay que llegar al carácter autoritario del tono de vida político de la España de los Reyes Católicos —con las Leyes de Toro, como reflejo jurídico (Leyes 54 y siguientes)— para asistir al nacimiento de la “potestad marital”.

5. ¿Qué ocurrió en este intervalo en Ibiza y Formentera? La reconquista por Jaime I supuso dar entrada al derecho escrito y consuetudinario catalán, que es el *origen próximo del Derecho* de las islas menores. Este hecho, al parecer sin relieve, es fundamental y determina como consecuencia que en las islas menores es desconocido el “régimen de gananciales” del Derecho de Castilla. También cabe suponer que no fuese muy sentida la necesidad de licencia marital, pero no tenemos datos en que apoyarnos.

La evolución posterior del Derecho consuetudinario de las islas Pitiusas sigue una *línea regular clara*, en contraste evidente con el Derecho de Castilla. Hemos de esperar a la llegada de Felipe V para ver el primer choque entre la onda expansiva del Derecho castellano o “real” —que no es el Derecho “COMUN”, término reservado al “Derecho romano”, supletorio en las distintas regiones, con sus leyes propias— y el Derecho de las islas.

Habría que señalar el jalonomiento de *hitos importantes demográficos*, que estimamos debieron influir notablemente en el Derecho

consuetudinario de las islas. Así, con BARCELÓ, cabe señalar: el abandono de las islas por los musulmanes o su esclavización; el reparto de las islas entre los “re pobladores” catalanes; la ausencia de moriscos (J. REGLÁ), sin los problemas que ocasionaron en Aragón, Valencia y Murcia; las pestes de 1348, 1375, 1384, 1467, 1475, 1493 y 1552; la concentración de la propiedad de la tierra en muy pocas manos (la aristocracia terrateniente); la formación de una clase pobre de “nuevos labradores” que se establecen precisamente en el campo; la pérdida del valor comercial de las islas, con el desplazamiento del comercio marítimo hacia el Atlántico y el nuevo mundo descubierto; la aparición intermitente de los corsarios y piratas; luchas entre constitucionalistas y absolutistas; establecimiento de líneas regulares de navegación en 1833 (!) con la península; etc.

De los *datos* recogidos por BARCELÓ (“Evolución reciente y estructura actual de la población en las islas Baleares”, 1970), cabe deducir que para el año 1787 (la población de Ibiza y Formentera se calculaba en 13.637 personas), podía haber entre 3.000 y 4.000 “casas” o familias. La pobreza de las islas, unida a otra serie de causas “extrínsecas”, determinan el *origen* de la “emigración” a ultramar, que es la característica fundamental de la “dinámica” de la población insular.

Durante todo este largo período de tiempo que va desde Jaime F a comienzos de este siglo, creemos que la condición jurídica de la mujer casada no debió sufrir muchas alteraciones. Parece evidente que por cierto tiempo fue asistida de la “licencia marital” para casi todos los actos de la vida jurídica: así figura en escrituras notariales, conservadas en el protocolo histórico del distrito. Pero una cosa es: que en escritura se recogiera (¿a partir del siglo XIX?, ¿y antes?), lo que pudo darse muy bien con la práctica “asimilada” por notarios no organarios de las islas y otra cosa es que ANTES del siglo XIX existiera como “costumbre” la licencia marital. El tema es muy interesante y huérfano de estudio.

6. En el *Derecho castellano*, entre tanto, la práctica y la Jurisprudencia —hasta bien entrado el siglo XIX— entendieron que se mantenía la vigencia del Derecho de Las Partidas y, por tanto, la *capacidad* de la mujer casada de administrar *sus* bienes.

Con todo, cabe decir que, pese a las heroínas de nuestro teatro clásico, la posición de la mujer fue de absoluta *subordinación* a la primacía del varón. Gran influjo tuvo la aparición del “régimen de gananciales”, que realmente —muy bien notado por RAIMUNDO CLAR GARAU— constituye un cuerpo “extraño” dentro del sistema general de nuestro Derecho. Por tanto, dada la difusión notable del Derecho castellano — y, dentro del él, el sistema de gananciales y, con él, la licencia marital— no es de extrañar que fueran apareciendo conflictos con otras parcelas del ordenamiento jurídico de las regiones.

Lo sorprendente es que en una época como la codificadora (siglo XIX), en que la evolución histórica parecía apuntar hacia la auto-

nomía de la mujer casada, las ideas napoleónicas, plasmadas en el Code civil de 1804, supusieron un completo retroceso respecto al punto evolutivo avanzado que había señalado el Derecho de Justiniano.

El Proyecto de 1851 del Código civil, por el influjo de las ideas francesas, considera a la mujer casada como una “menor de edad”. La misma orientación siguió el Código de 1889. Las posteriores modificaciones —entre ellas la muy importante de 1958— no han modificado el sistema de nuestro derecho, *basado* en la autoridad marital y la cuasi incapacidad de la mujer casada.

Mayor importancia, decisiva, ha tenido *la Ley de 22 de julio de 1961* —de “equiparación jurídica” de la mujer al varón en la esfera política, profesional y laboral—. Esta Ley marca ya una *evolución progresiva* en el sistema anticuado del Código, al regular con carácter general un recurso judicial supletorio, pudiendo el juez decidir si la “oposición” del marido es de mala fe o con abuso de derecho. La censura mayor que cabe oponer a dicha Ley es que desaprovechó una oportunidad espléndida para suprimir la licencia marital para el ejercicio de los derechos en ella reconocidos.

Una consecuencia de la Ley de 1961, obligada, dice el Preámbulo, por “la creciente participación de la mujer en las actividades laborales, de gran importancia en la fase presente de desarrollo económico y social”, es el *Decreto 2.310/ de 20 agosto 1970*, del Ministerio de Trabajo: establece la plena situación de igualdad jurídica con el hombre, y a percibir por ello idéntica remuneración; *se presume concedida* la licencia marital si anteriormente la mujer viniera desempeñando funciones laborales; se reputa “ministerio legis” concedida la autorización para celebrar contratos de trabajo, caso de separación conyugal de derecho o de hecho; etc.

Hasta aquí, las diversas *incidencias* en el ámbito legislativo, originadas por los vaivenes de la situación social en cada época histórica..

7. En cuanto al período más reciente del Derecho consuetudinario de las Pitiusas, poco cabe añadir a lo ya dicho.

Cuando se formula en 1960 el Anteproyecto por la Comisión de Juristas de Ibiza, no es de extrañar que la tónica general de los asistentes sea la “habitual” en todo el país: consideración tradicional del papel de supremacía del varón y necesidad de la licencia marital.

Durante los últimos años hemos asistido a la aparición de una serie de *hechos* decisivos: lanzamiento del primer satélite artificial; naves tripuladas por el hombre más allá de la estratosfera; liberación de la fuerza de la gravedad terrestre y primer alunizaje, con regreso a tierra; consolidación de la televisión como medio técnico audiovisual de ilimitado alcance; surgimiento de los Planes de Desarrollo; trasvase de población del medio rural a la ciudad; impacto del turismo, sobre todo respecto de las Baleares; la población activa agrícola del país, que en el siglo pasado era de un 68 por 100 del total, ha

pasado a ser, en 1971, de sólo un 25 por 100; España ha dejado de ser un país agrario, subdesarrollado, para ser un país industrial; la familia tradicional de corte autoritario-paternalista, ha pasado a ser una familia "nuclear", cuyos atomizados miembros trabajan todos fuera de la casa; la familia campesina de las islas ha acusado el mismo impacto y no actúa en ese tono "colectivo" y solemne ("spolits") de antaño, acentuándose el tono "individual" con el trabajo de todas —mujeres incluidas— fuera de la casa; la aparición de la mujer en la esfera laboral ha trastocado muchos de los habituales esquemas de trabajo y "presupuestos" mentales, que no acaban de ver cómo en 1970 había más de un millón de puestos de trabajo ocupados por mujeres...

Esta larga enumeración, no exhaustiva, ha tratado de reflejar lo que es la *realidad social* del mundo que nos rodea, y algunos de los caracteres señalados verán acentuarse el tono evolutivo en los próximos años.

8. Después de este repaso *sociológico-histórico*, parece que podíamos sentar algunas ideas a modo de *conclusiones*:

1.<sup>a</sup> La situación jurídica de la mujer casada viene determinada, en cada época histórica, por el tipo de sociedad en la que se halla inserta.

2.<sup>a</sup> Las sociedades más *primitivas*, del tipo agrario, suelen adoptar un tipo patriarcal, con absoluta sumisión de la mujer al varón.

3.<sup>a</sup> La regulación del Derecho romano justinianeo, favorable a la autonomía patrimonial de la mujer casada, vio truncado su desarrollo en las distintas provincias del Imperio con las invasiones bárbaras.

4.<sup>a</sup> El Derecho histórico español no tiene un tipo claro de régimen especial para la mujer. Para dicho período carecemos de datos en las islas.

5.<sup>a</sup> La legislación de Las Partidas, romanizada, se vio desbordada por el autoritarismo que señalan las Leyes de Toro (1505), que introducen la licencia marital.

6.<sup>a</sup> La aparición del Derecho consuetudinario de Ibiza, cuyo origen próximo es el Derecho catalán, está desvinculada del Derecho de Castilla.

7.<sup>a</sup> Los grandes vaivenes *demográficos* sufridos por las islas, unido a su aislamiento e incomunicación con la península hasta el siglo pasado, hacen muy difícil un estudio del largo período desde 1236 a 1900.

8.<sup>a</sup> La aparición de la licencia marital, por costumbre, en Ibiza, es comprobable en escrituras notariales de finales del siglo pasado. No sabemos nada del porqué ni del cómo de su origen en las islas menores.

9.<sup>a</sup> Las modernas disposiciones legislativas del país apuntan a una autonomía patrimonial de la mujer casada, cuya posición ha pa-

sado a ser de “subordinada” al varón a una casi completa “equiparación” en las esferas profesional, laboral y política.

10.<sup>a</sup> El impacto de la tecnología, el fenómeno del turismo, la era “pos-industrial” de los países desarrollados y la irrupción de la mujer en el mundo laboral —incluso en España— alteran todos los presupuestos sociológicos de la familia “tradicional”, atomizada ante los nuevos hechos, lo que equivale a que la “licencia marital” sea un arcaísmo típico de países “subdesarrollados”.

### C) LA DIMENSIÓN AXIOLÓGICA

Estudiadas las dimensiones *normativa* y *sociológica* en orden a la licencia marital, corresponde ahora analizar su dimensión FILOSOFICA o VALORATIVA. De otro modo: ¿tiene fundamento la potestad marital?; ¿de haberlo, es justo?

Para una mejor comprensión, recogemos argumentos a favor y en contra de la potestad marital.

#### a) Argumentos A FAVOR (POTESTAD MARITAL)

Preferimos a cualquier posible fundamentación teórica de la institución emplear el luminoso PREAMBULO de la *Ley de 24 de abril de 1958*, por la que se modificaron determinados artículos del Código civil: “Si bien es cierto que el sexo por sí no debe dar lugar a diferencia y menos a desigualdades de trato jurídico civil, ha parecido igualmente claro, hasta el punto de estimarlo también como PRINCIPIO fundamental, que la familia, por ser la más íntima y esencial de las comunidades, no puede originar desigualdades, pero sí ciertas diferencias orgánicas derivadas de los COMETIDOS que en ella incumben a sus componentes para el mejor logro de los fines morales y sociales que, conforme al Derecho natural, está llamada a cumplir. Se contempla, por tanto, la POSICION PECULIAR de la mujer casada en la sociedad conyugal, en la que, por exigencias de la unidad matrimonial, existe una POTESTAD de DIRECCION que la naturaleza, la Religión y la Historia atribuyen al marido, dentro de un régimen en el que se recoge fielmente el sentido de la “tradicón católica que ha inspirado siempre y debe inspirar en lo sucesivo las relaciones entre los cónyuges”.

Siguiendo a FOSAR BENLLOCH en lo sucesivo examinemos cada uno de los supuestos fundamentos que estableció nuestro legislador de 1958. Como el texto es “anteconciliar”, el análisis será riguroso. A esos argumentos añadiremos los *locales*, en cuanto a Ibiza y Formentera.

#### 1.º La naturaleza

1. La naturaleza hace superior al varón y, consiguientemente, inferior a la mujer. Este principio es de “Derecho natural”.

De esta opinión han sido la mayoría de nuestros pensadores y po-

líticos, fueran o no juristas. Basta la cita de un PÍ Y MARGALL (“en el hogar doméstico tiene la mujer su teatro, su asiento, su trono”), nada sospechoso por cierto.

La larga retahíla de argumentos conservadores o tradicionales ha ido desde los *históricos*, pasando por los *biológico-fisiológicos*, *psicológicos*, etc. Retahíla desmontada pacientemente por las avanzadas de feministas. Retahíla repetida por la mayoría de los varones hispánicos, que —muy a lo sumo— han leído “La secreta guerra de los sexos” de la condesa de CAMPO ALANGE.

Como expresiva muestra, traemos esta cita de Castán Tobeñas. (“La condición social y jurídica de la mujer”. Madrid. Reus. 1955): “Las pruebas históricas sociales y las suministradas por la anatomía... resultan en realidad insuficientes para resolver el problema de la naturaleza y condición de los sexos; por eso estimamos nosotros procedente acudir en demanda de datos y enseñanzas a la *psicología* y a la *fisiología*, que, *rectificando la tesis de la “igualdad mental” de los sexos*, nos presentan: la primera, la de su equivalencia o paralelismo mental; la segunda, la de la distinción sexual sobre la base de la “maternidad” como característica esencial de la organización y funciones de la mujer... Del estudio de la diferenciación “psíquica” de los sexos... no resulta suficientemente justificada la preeminencia del varón en la sociedad pública y menos en la sociedad familiar. Pero hay un aspecto, fundamental por cierto, en la *biología* de los sexos, que obliga a mirar con mucha cautela las conclusiones del feminismo igualitario: y es que los feministas hacen abstracción de la mujer, de su especial función en la reproducción de la especie”.

2. La potestad marital es de Derecho natural. Así, SANTO TOMÁS (Summa Teológica) dice: “por ley natural la mujer está sujeta al varón, porque por ley de naturaleza abunda más en el hombre la ponderación de la razón”. Esta autorizada opinión ha permitido a los *iusnaturalistas* —sobre todo, a los más tradicionales— afirmar, desde diversas posiciones, que forma parte del “orden natural” la autoridad del varón en el matrimonio y la consiguiente sujeción de la mujer. En este sentido, PUY dice “...se ha considerado como *norma natural* la que atribuía al varón la primacía o superioridad plena sobre la mujer en la familia. En nuestros días... tal norma *sólo* puede considerarse justa si se la atiende como una “presunción jurídica” general y subsidiaria, *basada* en la costumbre anterior. Lo que significa que, supuesto que pueden darse casos límites de desacuerdo irreducible entre los cónyuges a la hora de tomar una decisión concreta, por fuerza hay que atribuir a UNO de ambos el poder decisorio, en el sentido de “voto cualificado” de los presidentes de los cuerpos colegiados para dirimir los empates...”.

## 2.º La religión

La religión atribuye al marido la potestad de dirección del matrimonio. Existe una norma moral católica, inmutable, que consagra dicha potestad.

Los argumentos serían aquí numerosos. Desde el Génesis (3,16) (“y buscarás con ardor a tu marido, que te dominará”) pasando por las Epístolas de San Pablo a los Corintios (I,11,2 y 11 = “Más quiero que sepáis que Cristo es la Cabeza de todo hombre como el hombre es cabeza de la mujer..., ni fue creado el varón para la mujer sino la mujer para el varón. Debe, pues, llevar la mujer la señal de la sujeción por respecto a los ángeles”) y a los Efesios (5,22 = “Las casadas estén sujetas a sus maridos como al Señor, porque el marido es cabeza de la mujer, como Cristo es cabeza de la Iglesia y salvador de su cuerpo. Y como la Iglesia está sujeta a Cristo, así las mujeres a sus maridos, en todo”).

Una interpretación autorizada sería la de la Encíclica “Casti Connubii”: “El grado y modo de tal SUMISION de la mujer al marido puede ser diverso, según las variadas condiciones de las personas, de los lugares y de los tiempos... Pero tocar o destruir la estructura familiar y su LEY FUNDAMENTAL, establecida y confirmada por Dios, no es lícito en tiempo alguno ni en ninguna parte... La igualdad de derechos que tanto se amplifica y exagera, debe, sin duda alguna, admitirse en cuanto atañe a la persona y dignidad humana y en las cosas que no derivan del pacto nupcial y van anejas al matrimonio... en lo demás ha de reinar cierta desigualdad y moderación, como exigen el bienestar de la familia y la debida unidad y firmeza del orden y la sociedad doméstica...”.

## 3.º La historia

Es argumento *tópico* repetir que la historia consagra la autoridad marital. Nuestro legislador de 1958, por tanto atribuye a la historia un papel “legitimador” de esta concreta institución.

Este es argumento *típico* de respeto hacia el pasado, hacia una determinada concepción idílica y “convencional” del pasado.

Los razonamientos van desde el espiguelo de textos romanos, pasando por las costumbres de los germanos y opiniones de Napoleón al respecto. Conocida es la evolución legislativa española, de que se hizo especial mención anteriormente.

## 4.º Como “principio fundamental”

Vimos que el PREAMBULO de la Ley de 1958 parece afirmar un “principio general del derecho”, a decir que “...ha parecido igualmente claro, hasta el punto de estimarlo también como *principio fundamental*, que la familia, por ser la más íntima y esencial de las comunidades, no puede originar desigualdades, pero sí ciertas diferen-

cias orgánicas derivadas de los cometidos...". El corolario de este principio superior, consagrador de una concepción "trans-individualista" de la familia, sería el "principio general" de la potestad marital.

La categoría de "principio general del Derecho" debe evidenciarse en su APLICACION ante los casos en que no existe regla exactamente aplicable al punto controvertido, conforme al artículo 6, 2.º del Código civil.

### 5.º *Es costumbre en Ibiza y Formentera*

El argumento de una parte de nuestros juristas (COSTA RAMÓN, CRUZ CARRASCO) es de estimar probada una vieja costumbre de venir la mujer campesina con su marido a firmar las escrituras notariales. Dicha costumbre debe ser respetada, como convicción popularmente sentida.

Ante la *objeción* de que la Compilación (art. 66) no recoge dicha costumbre, se argumenta que en dicho precepto hay una LAGUNA legal, por lo que supletoriamente (D. F. 2.ª) debe regir el Código civil, que exige licencia marital para los actos de la mujer casada expresamente prevenidos en la Ley. Añaden que la aplicación de los artículos 60-61, viene "per se" impuesta como consecuencia de la aplicación en Baleares de los artículos 12 y 13 del Código civil.

### b) *Argumentos EN CONTRA de la potestad marital*

La enumeración de argumentos FAVORABLES a la potestad marital es en verdad impresionante, pero parece conveniente someter tales argumentos a una serena *crítica* para descubrir lo que realmente hay detrás de cada uno de ellos. Seguimos el mismo orden del apartado anterior.

### 1.º *La naturaleza*

1. Frente a las opiniones conservadoras, hay todo un muestrario de opiniones discordantes. Así, entre otras varias:

CASTILLA DEL PINO: "Se aduce con frecuencia que si la mujer, en lo tocante a sus realizaciones, no ha dado nada que por asomo sea comparable a los rendimientos que el hombre aportó a lo largo de la historia, es por no otra razón que por el hecho de que su condición "natural" es distinta a la del hombre y, en consecuencia, en orden a lo que consideramos progreso, los rendimientos de la mujer han sido inferiores. De ello cabe concluir que la condición "natural" de la mujer, respecto del hombre, es la de su inferioridad... Este punto de vista puede ser deformado mediante eufemismos, sobre todo en forma de una nueva "mitificación": la mujer no es inferior, se dice;...pero —eso sí— la maternidad, el cuidado del hogar, son condiciones excelsas; por eso la mujer debe quedar y centrar su esfuerzo en el cultivo de las cualidades que encarnan lo que, sin mayores esfuerzos, se denomina su "femineidad"; la mujer es superior, se concluye, pre-

cisamente en eso que se ha estimado su inferioridad... Tales consideraciones... son netamente "inmovilistas" y bajo el disfraz de una consideración "muy elevada" de lo que la mujer es en su "calumniada" inferioridad, pretenden hacer permanente, mediante la gratificación más hipócrita, que la mujer siga ahí donde estuvo, por lo menos entre nosotros... Pero con ello se persigue que, por lo pronto, persista su condición de estupidización de tal manera que pueda continuar siendo *objeto*, pura cosa, al servicio del hombre, y nada más...".

KATE MILLET, más radicalmente, aduce que a la mujer le son negados derechos humanos a través de su ESTATUTO de "bien poseído".

ALVA MYRDAL y VIOLA KLEIN sostienen que las investigaciones llevadas a cabo por *psicólogos* y *sociólogos* han probado que la mayoría de las mujeres son tan buenas como la mayoría de los hombres en la mayoría de las disciplinas... Ya nadie pone en duda seriamente la capacidad de las mujeres. Por otra parte, el extenso *descontento actual* entre las amas de casa que viven en una ciudad da testimonio del *hecho* de que cuidar a un hombre y a una familia de *x* niños, *no* es, en las actuales condiciones, *suficiente* para llenar los muchos años de vida de una mujer, ni puede proporcionarles la satisfacción de pensar que está haciendo su parte... El ama de casa promedio emplea todo su tiempo en tareas domésticas necesarias, que deberían requerir únicamente de un cuarto a un tercio de su vida adulta normal.

En los siglos pasados, en que la esperanza de la vida humana era de unos 35 años, era lógico dedicar a la mujer a la crianza de los hijos, crianza que absorbía la mayor parte de los años de su vida. De ahí era lógico *inferir* la inferioridad de la mujer, atada a su hogar.

Pero en 1970 la esperanza de vida de la mujer española se acerca a los 70 años. Durante largos años de la madurez, la mujer se va a ver privada de su quehacer tradicional: la crianza de los hijos. Sí, estadísticamente hablando (un millón de mujeres más que de hombres) es imposible evitar la soltería como fenómeno social, y si, por la propia evolución demográfica de la especie, la mujer estará libre del cuidado de los hijos durante largos decenios de su vida, ¿dónde queda la sujeción "natural" al hombre?; ¿y las casadas sin hijos?

La CONCLUSION obvia es: las innegables diferencias somáticas y psíquicas de ambos sexos NO atribuyen una inferioridad al sexo femenino y una superioridad al masculino. La *inferioridad* de la mujer es un producto de milenios de cultura patriarcal, es "de hecho", y *no* debe constituir un "fundamento" para la discriminación legal. La "función maternal" no debe establecer una inferioridad en perjuicio de la mujer, por mucho que se la disfrace con bellas frases, sino dar derecho a una *protección temporal* y *adecuada* al problema a resolver, nunca alienadora.

2. En cuanto que la "potestad marital" sea "de Derecho natural", no puede sostenerse seriamente.

Aparte de que la referencia al "Derecho natural" debe ir centra-

da en lo que se entienda por “naturaleza humana”, hay que distinguir entre lo *esencial* y *accidental* en esa “naturaleza humana”. Lo peculiarmente *característico* del hombre es que su vida tiene una fabulosa plasticidad, tanto en su soporte biológico, como también en su específica realidad humana. El hombre de hoy, que vive en una nueva circunstancia, en un nuevo contorno, en un mundo diferente del que encontró el hombre de ayer al iniciar su existencia, modificará por su propia cuenta este legado recibido (RECASENS SICHES).

Las meditaciones prácticas de toda “estimativa jurídica” o “Derecho natural” deberán contar con los datos de los estudios antropológicos, psicológicos y sociológicos y con la propia reflexión personal, evitando el argumento “de autoridad” (típico el de Santo Tomás) que debe situarse siempre en un contexto histórico radicalmente distinto al nuestro.

Tampoco es incontrovertible el *argumento* del “poder decisorio” de uno de los cónyuges. En un contexto histórico basado en la superioridad del Derecho sobre la mera fuerza física, las eventuales disensiones pueden tener otra salida que el “*iussus*” del marido.

No parece, pues, que la potestad marital sea de “Derecho natural”, sino, más bien, algo contingente y accidental en la idea de “naturaleza humana”.

## 2.º La religión

A pesar de los textos apuntados, conviene precisar que —como ha recordado la “Constitución Dogmática sobre la Divina Revelación” del Concilio Vaticano II— “para descubrir la intención de los hagiógrafos, entre otras cosas hay que atender a los “géneros literarios”, puesto que la verdad se propone y se expresa ya de maneras diversas en los textos de diverso género —históricos, proféticos o en otras formas de hablar—. Conviene, además, que el intérprete investigue el sentido que intentó expresar y expresó el hagiógrafo en cada circunstancia según la condición de su tiempo y de su cultura, según los géneros literarios usados en su época. Pues para entender rectamente lo que el autor sagrado quiso afirmar en sus escritos, hay que atender cuidadosamente, tanto a las formas nativas usadas de pensar, hablar o de narrar vigentes en los tiempos del hagiógrafo, como a las que en aquella época solían usarse en el trato mutuo de los hombres”.

Conviene decir que la Encíclica “*Casti connubii*” advierte que si en alguna parte por razón de *cambios* experimentados en los usos y costumbres del comercio humano, deben mudarse algún tanto las condiciones sociales y económicas de la mujer casada, toca a la autoridad pública *acomodar* los derechos civiles de la mujer a las exigencias y necesidades de estos tiempos...”.

La Constitución “*Gaudium et Spes*” del Vaticano II, para nada habla de la autoridad del marido en el matrimonio; solamente hace hincapié en el mutuo amor de los esposos y en las notas de unidad e

indisolubilidad del matrimonio. Lo mismo hace el tan discutido “Catecismo para adultos” holandés.

Cabría señalar que para la Iglesia, en el mundo actual, bastaría con que el marido ostentare en el matrimonio una jerarquía puramente “moral”, sin necesidad de norma jurídica alguna que diera consistencia a tal primacía.

En la Encíclica Octogésima Adveniens”, Pablo VI afirma que “asimismo”, en muchos países, un *estatuto sobre la mujer* que haga cesar una discriminación efectiva y establezca relaciones de igualdad de derechos y de respeto a su dignidad, es objeto de investigaciones y a veces de vivas reivindicaciones... La evolución de las legislaciones debe... orientarse en el sentido de proteger su vocación propia, al propio tiempo que a reconocer su independencia como persona y la igualdad de derechos a participar en la vida económica, social, cultural y política”.

La Asamblea Conjunta española de Sacerdotes y Obispos, de septiembre de 1971, afirma: “los derechos reconocidos en la Iglesia a los bautizados se refieren con plena identidad al varón y a la mujer. El papel de la mujer, en todos los órganos de corresponsabilidad seglar debe realizarse en paridad con los varones, suprimiendo cuantás diferencias provienen de condicionamientos históricos o sociológicos”.

Si de los textos de la jerarquía eclesiástica descendemos a la autorizada voz de los *teólogos* modernos más representativos, veremos idénticas formulaciones. Así, KARL RAHNER advierte que “en su relación con el mundo, la Iglesia está todavía en profundo devenir...; la Iglesia puede renunciar a ciertas zonas “sacrales” por estar históricamente condicionadas. La Iglesia institucional *no* está en condiciones de elaborar directamente y en todo momento las preguntas y las respuestas éticas y religiosas que surgen o se buscan en el ámbito de las posibilidades creadoras...”.

Por su parte SCHILLEBECK (“La marriage”) entiende que los conocidos textos paulinos —sobre sujeción de la mujer al marido— no son dogmáticos, sino pastorales. Se pregunta si la *derogación* de la vieja fórmula de los ordenamientos civiles occidentales “mari = chef de la famille” atenta o no contra los textos bíblicos: en su opinión no atenta, pero la prudencia pastoral puede imponer el carácter “superior” del marido sobre la mujer.

Como *conclusión*, cabe decir que —en la doctrina católica del matrimonio— la potestad marital no es un principio dogmático, ni siquiera una regla moral universal y absoluta: admite temperamentos, y es perfectamente lícito a los cristianos propugnar la “equiparación” de los sexos en el matrimonio sin que por ello padezca lo más mínimo una regla como la de la potestad marital que es más deber del varón que una sujeción de la mujer.

### 3.º La historia

Nuestro legislador (preámbulo dicho), al atribuir a la historia un papel "legitimador" de las instituciones, cae en los excesos de la Escuela Histórica del Derecho, ya que ese excesivo respeto al pasado es un freno al despliegue de las virtualidades progresivas que ese mismo pasado encierra y que pueden ser desenvueltas por el presente.

Hoy se ha dado un giro cópernicano hacia una determinada concepción de la Historia, más preocupada de los problemas del *presente*, que son los del futuro. JOAN REGLÁ ("Introducción a la Historia", Teide, 1970) nos dice "antes el historiador partía de unos orígenes remotos, de un pasado que era pura arqueología, y se detenía en los umbrales de su propio mundo, con la preocupación esencial de no abordar temas "actuales", puesto que éstos, según cómodamente se decía, "no eran Historia, sino política" y el historiador quería ser ante todo, un intelectual "no comprometido". Hoy, en cambio, el historiador es esencialmente un hombre del todo "engagé" en la problemática general del mundo: en función de la vida —esto es, del presente— interroga al pasado, a lo que ya dejó de existir, a través de sus huellas..."

La preocupación "actual" —¿qué nos preocupa más "hoy"?— exige una reelaboración de la Historia a través de cada presente distinto. Si hoy nos preocupan temas como el del respeto de los derechos humanos, la igualdad de hombre y mujer, la preocupación de las minorías marginadas, dicha problemática no puede menos de *influir* en el estudio de las instituciones civiles del pasado patrio. Es preciso continuar y desarrollar una relación interdisciplinar de la historia jurídica con la historia de las ideas y la antropología cultural.

Volviendo al argumento HISTORICO, podemos afirmar que la exposición sucinta (efectuada con rápidas pinceladas para cada período) no nos demuestra que la potestad marital sea un valor paradigmático. Cabe citar las palabras dichas del profesor DE CASTRO. Si durante 1.500 años no se conoce, en nuestro Derecho al menos, la "licencia marital", introducida en 1505 por las Leyes de Toro, ¿cómo afirmar con el valor de dogma que "la Historia nos lo demuestra"?

La vigencia de la legislación de Partidas hasta mediados del siglo XIX es muy significativa. Sin embargo, las ideas antifeministas del Code civil francés influyeron decisivamente en nuestra legislación codificadora, según lo ya dicho. Hasta el punto de que una institución por sí "natural" como los parafernales fue eliminada en todos los proyectos de Código civil, y aún del Código de 1889 en su primera redacción, siendo atropelladamente introducidas en el último momento.

Una muestra más de esa corriente antifeminista de la época es la Ley del Matrimonio Civil de 24 de junio de 1870. De origen más bien liberal, fruto del "sexenio" posterior a la Revolución de 1868, sin embargo en sus resultados y espíritu late el viejo conservadurismo

tradicional. Bien ha podido decir el profesor DÍEZ PICAZO que la Ley de 1970 no es sino una secularizada traducción de la conocida epístola paulina.

Si, pues, la Historia de nuestro Derecho *no* nos transmite un mensaje único e inequívoco para el presente, ¿qué sentido pueden tener hoy la limitaciones impuestas a la mujer casada por la Ley 55 de Toro? ¿Deben tener hoy la misma virtualidad que antaño?

Conviene recordar que nuestra historia jurídica (que no se compone tan sólo del Derecho castellano) nos presenta rasgos en pro de una mayor libertad de la mujer casada: de sobra es conocida la tradición foral que en Cataluña y Baleares confería la libre administración y disposición de los bienes parafernales a la mujer casada, cuando no los hubiera entregado al marido.

La conclusión es que tampoco la HISTORIA *nos* ha aportado un fundamento válido en pro de la potestad marital.

#### 4.º Como “principio fundamental”

Recordemos que el repetido PREAMBULO de la Ley de 24 de abril de 1958 habla de un “principio fundamental”, del que se deduciría un “principio general de Derecho”.

Sin embargo, cabe señalar: 1) que la dicción del legislador es todo menos clara, al hablar de que “no existen desigualdades, pero sí ciertas diferencias orgánicas entre los miembros de las familias”. Si con ello quería aludir a la teoría de las “potestades” romanas (“*manus maritalis*”, “*patria potestas*”), concepciones familiares paganas superadas ya con la introducción de la civilización cristiana, creemos que es una aclaración superflua 2) Si quería aludir a que en la familia no hay una pirámide jerárquica de derechos y superioridades, sino una “coordinación” de *funciones*, atribuidas a sus titulares al servicio de los fines “transindividuales” de la familia, olvida el legislador la subsistencia del agudo *conflicto* entre la pretendida igualdad entre los diversos miembros de la familia y las diferencias orgánicas derivadas de los cometidos que en ella incumben a los mismos (arts. 57 y siguientes Código civil). 3) El legislador, al dictar la Ley de Principios Fundamentales del Movimiento de 17 de mayo de 1958 —de la misma época que la comentada— no habló para nada de las “potestades familiares”, ni consagró la potestad marital como “principio fundamental”.

La categoría de la “potestad marital” como “principio general del Derecho” exige que pase la prueba de fuego de su APLICACION en los casos en que NO hay regla exactamente aplicable al punto controvertido, conforme al artículo 6, 2.º del Código civil. Cabe observar, respecto de las *conductas* del marido ajenas a los fines que la potestad marital debe servir o contrarias a dichos fines, que: 1.º) El ejercicio abusivo de su “potestad” por el marido, determinará que tales conductas sean descalificadas, reprobadas, por el ordenamiento jurí-

dico, y que el juez las corrija. Así, en la más reciente legislación, Ley de 1961 (art. 5.º) y Decreto de 1970 (art. 3.º)—2.º). El principio de la buena fe *limitará* asimismo la negativa injustificada del marido a conceder la licencia marital.

Si, pues, en el ejercicio de su “potestad” el marido tiene las *limitaciones* dichas, cabe *concluir* que la regla que consagra la potestad marital *no* es un principio general del derecho: debe ser *interpretada* de acuerdo con la propia finalidad y función familiar a la que sirve, estando prohibidos al marido la mala fe y el abuso del derecho en su ejercicio.

Aquí hacemos un alto, a modo de *recapitulación*, antes de examinar los argumentos LOCALES para Ibiza y Formentera. Observamos ahora con nitidez que la imponente majestuosidad de los argumentos A FAVOR de la licencia marital se ha desmoronado con estrépito con nuestra modesta crítica. Hay, además, otros muchos argumentos EN CONTRA de la licencia marital, y, entre ellos, destacaremos los relativos a los “derechos humanos” y a las posiciones de la moderna “doctrina jurídica española”.

#### 5.º *La revisión de la condición jurídica de la mujer en función de la problemática de los “Derechos humanos”*

1. Un rasgo del moderno “Derecho natural”, como ha demostrado RECASENS SICHES es la *reducción* de su contenido al problema de los derechos y deberes fundamentales a la persona.

La noción de “progreso” de una legislación positiva determinada está íntimamente *ligada* a la del desarrollo y afirmación de los derechos humanos, a su reconocimiento legislativo, a su tutela por una jurisdicción imparcial asentada frente al Estado y frente a la Sociedad. Donde no se respeten los derechos humanos no existe el progreso legislativo ni progreso o desarrollo social, aunque la legislación, formalmente, los reconozca.

La Declaración Universal de Derechos del Hombre, aprobada y solemnemente proclamada por la Asamblea General de la O. N. U., el 10 de diciembre de 1948, establece: “Artículo 1.º—Todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos y dotados como están de razón y conciencia, deben comportarse fraternalmente los unos con los otros. Artículo 2.º—1. Toda persona tiene todos los derechos y libertades proclamados en esta Declaración, sin distinción alguna de raza, color, *sexo*, idioma, religión, opinión pública... Artículo 16.º—*Los hombres y las mujeres*, a partir de la edad núbil, tienen derecho, sin restricción alguna por motivos de raza, nacionalidad o religión, a casarse y fundar una familia: *disfrutarán de iguales derechos* en cuanto al matrimonio, durante el matrimonio y en caso de disolución del matrimonio...”.

Pese a la importancia de esta “Declaración”, un Tribunal español recientemente ha declarado que, como España NO había signado

la Declaración, la misma no tiene fuerza de ley "interna". La polémica entre iusfilósofos (texto de Derecho Internacional positivo vigente) e internacionistas (sólo con validez programática) sigue, por desgracia, abierta.

2. Traemos aquí a colación la reciente *doctrina de la Iglesia* en tema de derechos humanos, con especial referencia a la mujer y a la familia, puesto que, conforme al punto II de los "Principios del Movimiento Nacional", según Ley de 17 de mayo de 1958, "La Nación Española considera como timbre de honor el acatamiento a la Ley de Dios, según la doctrina de la Santa Iglesia Católica, Apostólica y Romana, única verdadera y fé inseparable de la conciencia nacional, *que inspirará su legislación*".

Los textos fundamentales a resaltar aquí son la Constitución Conciliar "Gaudium et Spes" (sobre la Iglesia en el mundo actual), la Encíclica "Mater et Magistra" y la Encíclica "Pacem in terris".

En la Constitución Conciliar "Gaudium et Spes" se contiene una asistemática enumeración de los derechos humanos: "... Toda forma de discriminación en los derechos fundamentales de la persona, ya sea social o cultural, por motivos de *sexo*, raza, color, condición social, lengua o religión, debe ser vencida y eliminada, por contraria al plan divino. En verdad es lamentable que los derechos fundamentales de la persona no estén todavía protegidos en la forma debida en todas partes. Es lo que sucede cuando se niega a la *mujer* el derecho de escoger libremente esposo y abrazar el estado de vida que se prefiera, o se le impida tener acceso a una educación y a una cultura iguales a las que se conceden al hombre".

Las Encíclicas "Mater et Magistra" y "Pacem in terris" desenvuelven estos principios conciliares: el reconocimiento de la dignidad de la mujer, equiparada *plenamente* al varón en el matrimonio, entre otros varios puntos, viene a repristinar no pocos de los fundamentos de la tradicional noción "trans-individual" del matrimonio y de la familia.

3. MARÍA JIMÉNEZ BERMEJO (ACN de P.) postula la *necesidad de reforma* de la estructura de la familia tradicional, al afirmar que "es común que al hablar de la familia se esté pensando en la "estructura familiar" que ha presidido el nacimiento de quien la defiende, es decir, su, tu o mi estructura familiar... no se vincula la "familia cristiana" con el tipo de familia característico de una sociedad tradicional, puesto que la familia cristiana puede funcionar, y de hecho está ya funcionando, con unas pautas de conductas distintas y diferentes de las que se dieron en la situación histórica precedente...". En otro lugar, añade: "los primeros años de la década de los setenta deberán quedar marcados como una etapa de especialización en torno a la problemática femenina, como una paso previo y necesario para el logro de su integración social absoluta. Etapa que *implica* una revisión profunda de la norma jurídica y una acción educativa mirando la situación de la mujer. Esta etapa será por ello, más que de penetración de nuevas

ideas, de "revisiónismo" de los preceptos institucionalizados, al objeto de adecuarlos a la nueva realidad...

A la luz de los principios de la Doctrina de la Iglesia no parece demasiado difícil, por tanto, proceder, de una parte, a la necesaria revisión de la potestad marital, y de otra, a enunciar el principio de equiparación" de los sexos.

### 6.º *La moderna doctrina española*

Es fundamental para la promoción femenina la opinión que la doctrina jurídica española forme en torno al principio de "igualdad" de sexos y acerca de la necesaria revisión de la licencia marital.

1. CASTÁN TOBEÑAS (con un cambio de postura tremendamente significativo, en autor tan ponderado) entiende que el artículo 3.º del Fuero de los Españoles indudablemente equipara, como regla general, la condición jurídica de uno y otro sexo de una manera implícita... Los reglamentos, la jurisprudencia del Tribunal Supremo, la doctrina de la Dirección General de los Registros y del Notariado y del Derecho científico... se han esforzado al unísono y de manera constante por suavizar, humanizar y ampliar, a través de la interpretación de los textos vigentes en cada momento, los dominios de la capacidad y los "derechos de la mujer".

2. ESPÍN CÁNOVAS, tras un minucioso estudio sobre la capacidad jurídica de la mujer casada, considera, en la actual fase evolutiva de nuestro ordenamiento, a la "venia marital" como institución poliforme, asistemática, proclive a las interpretaciones discordantes e imposible de reducir a unidad. Su anacronismo, por otra parte, no merece la corrección normativa, sino más bien la *supresión* como algo caduco. Entiende el profesor ESPÍN que el progresivo aumento del nivel cultural de la mujer ha venido a poner de manifiesto lo infundado del sistema del Código civil. En las leyes de 1958 y 1961 quedaron sin abordar los principales problemas de las relaciones personales y patrimoniales de los cónyuges, por lo que subsiste vivo el problema de una *revisión* más profunda de nuestro Código fundamental de Derecho privado. La reforma debe inspirarse, de una parte, en las enseñanzas de la Iglesia, y de otra, en la actual realidad social. Considera necesario llegar a la *supresión* de la licencia marital.

3. MARSÁ VANCELLS: "El gran problema del Derecho civil de nuestros días, que debe resolverse con urgencia, es conseguir que la mujer tenga, en el matrimonio, idéntica consideración que el hombre en el Derecho positivo, para lo cual éste debe ser modificado rápidamente en casi todos los estados nacionales, rompiendo con antiguas tradiciones que han limitado siempre la actividad jurídica del sexo femenino, tales como la absurda autorización marital, el incalificable deber de obediencia de la mujer casada en el siglo XX y la facultad decisoria del marido en caso de controversia conyugal, que convierte a aquélla, perpetuamente en una esclava de éste..."

4. MARÍN PÉREZ: “Nuestros Códigos obedecen a directrices “ideológicas”, queramos o no, totalmente incompatibles, no ya con los principios inspiradores de la ideología que informa el actual Estado, sino tan siquiera con la que inspira los principios sociológicos y culturales del mundo de nuestros días”.

5. DE LA CÁMARA ALVAREZ afirma que para brindar protección a la mujer casada “separada de hecho”, cosa no tan fácil como está concebida y articulada la ley, es preciso una nueva reforma del Código civil, aunque inspirada esta vez en criterios más amplios y progresivos.

6. MARTÍNEZ SARRIÓN: “Se ha logrado —en una serie de países, entre los que cita a Cataluña y Baleares— una unificación respecto a la supresión de la licencia marital. Mantener el requisito de la licencia ha venido a ser sinónimo de país subdesarrollado”.

7. DíEZ PICAZO (prólogo al libro de E. FERNÁNDEZ CABALEIRO “El régimen económico matrimonial legal en Europa” 1969) nos dice: “Hay una superación sociopolítica de los esquemas del mundo de las codificaciones. La clave es quizá el principio de “equiparación” de los sexos, que, si se mira bien, no es otra cosa que una concreta parcela de aplicación del principio general de la “igualdad” de todos los seres humanos y de superación de todas las formas de discriminación. La equiparación de trato jurídico de marido y mujer lleva a una decadencia del principio de jefatura y de dirección económica del marido, e impone una crisis de los sistemas comunitarios de bienes...”. Añade más adelante, después de sostener que una elevación del nivel de actuación jurídica de la mujer impone darle una participación efectiva en la gestión económica, que la “comparación jurídica” es un método fructífero que nos permite, entre otras cosas, darnos cuenta de que lo que hemos respetado como inconcusos dogmas y como verdades son sólo “tópicos” y lugares comunes que han devenido anacrónicos...”.

8. POSAR BENLLOCH (estudio inédito, 1972) parte del influjo del cambio social en la familia, para seguir con una crítica de la potestad marital y su fundamentación. Es la misma línea que hemos seguido aquí (por especial deferencia del autor). Postula —siguiendo a RECASENS— un concepto de Derecho natural de contenido “progresivo”, por lo que la misma dialéctica del desarrollo social exige el reconocimiento del principio de “igualdad jurídica” de los sexos. La consagración de la “potestad marital” resulta contradictoria con el principio postulado. Se basa en los artículos 3 y 22 del Fuero de los Españoles: en el artículo 3, aunque no alude al sexo, su enumeración es meramente enunciativa y su centro de gravedad se halla en la proposición “la Ley ampara por igual el derecho de todos los españoles”. Idéntica formulación en el apartado 5.º de la Ley de 17 de mayo de 1958, promulgadora de los principios Fundamentales del Movimiento Nacional. Después de referirse a la Ley de 1961 y al Decreto de 1970, entiende que las *líneas fundamentales para una revisión* de la “potestad marital” deben ser éstas: 1.º Confeccionar una encuesta “sociológica”, entre los profesionales del derecho acerca de la revisión

y plazo de la reforma. 2.º) Audiencia de todos los organismos implicados en el problema (corporaciones de profesionales, cátedras, asociaciones de juristas, Sección Femenina, etc.). 3.º) Agrupación de juristas en “equipos” de trabajo, que realicen los oportunos estudios con o sin redacción de una propuesta de articulado concreto 4.º) Coordinación de la revisión con la legislación civil especial de nuestras regiones.

Una nueva *recapitulación* que nos permita ver la abundancia de argumentos y la bondad de las soluciones propuestas por nuestra mejor doctrina civilista actual. Parece, pues, que vamos por buen camino. Solamente nos quedará enfocar los argumentos propios de nuestro ámbito “insular”.

### 7.º *El Derecho consuetudinario de las pitiusas*

La posición de nuestros juristas —queridos amigos y compañeros—, además de respetable y fundamentada, tiene a su favor la bondad de que sus patrocinadores han sido en definitiva los “salvadores” del Derecho de las islas menores, don JOSÉ COSTA RAMÓN, con su inestimable aportación local al origen del Derecho de Ibiza y de su regulación consuetudinaria; y don JOSÉ CRUZ CARRASCO, como ponente en 1960 designado por la “Comisión de Juristas” de Ibiza y elaborador del “Anteproyecto” elevado —POR SU MEDIACION E INTERVENCION PERSONAL— a la “Comisión General de Codificación”.

Sin embargo, me van a permitir mis queridos compañeros que eleve mi voz discrepante de su postura. Me voy a basar en otra serie de argumentos, que, resumidos, son:

a) La alegación de una *costumbre local* en el sentido de ser necesaria la licencia marital ha quedado carente de base, ya que la Compilación (D. F. 1.ª) establece expresamente la SUSTITUCION de todo el Derecho vigente, escrito o consuetudinario, por lo contenido en sus preceptos. Ello, equivale a la extinción “per se” de tales costumbre en 1960: el profesor LALAGUNA, en su agudo análisis, confirma mi opinión. No hay tales costumbres ANTERIORES a la Compilación.

En cuanto a la costumbre ACTUAL, POSTERIOR a la Compilación, habrá que ver si es “contra legem”, “praeter legem” o “secundum legem” con los resultados que todos sabemos; si es “contra legem”, contra el tenor de la Compilación, rige el artículo 5 del Código, que sanciona su ineficacia total; si es “praeter legem”, la normativa del Código y de la propia Compilación, impiden tomarla en consideración; si es “secundum legem”, tendrá un valor interpretativo.

Como el término de referencia (“legem”) es el precepto concreto (art. 66, 2.º), habrá que aludir al mismo otra vez para ver si en él está o no contenida esta costumbre.

b) La *norma* debatida regula el supuesto de la “falta de capitu-

laciones matrimoniales” y establece el régimen supletorio de la separación de bienes.

Parece que el supuesto no es de ANOMIA, ni absoluta ni relativa: hay una regulación del régimen supletorio. Para haber una “laguna” debería tratarse —con las mismas palabras del legislador— de un supuesto “en que no haya ley exactamente aplicable al punto controvertido”, conforme al artículo 6 del Código civil. La Ponencia estima que SÍ EXISTE una regulación, pero la cuestión es si esa regulación es suficiente o adecuada: o de otro modo dicho, si se trata de una “imperfección legislativa, que diría LALAGUNA (“silencio de la ley”) o si es más bien un caso de ley “inadecuada” técnicamente en su contenido. Yo me remito a lo dicho antes, y entiendo que la hipótesis más prudente y posible es estimar existió un olvido de última hora; hay un argumento más: en el Anteproyecto elevado a Madrid, figuraba —en tema de legítimas (art. 18)— una frase relativa a la mujer casada, con licencia del marido, frase posteriormente tachada.

La consideración de la norma como “imperfecta” hace que la calificación de la costumbre no pueda ser sino “contra legem”, ya que ésta —la norma— “per se” está regulando un régimen económico-matrimonial en que la licencia no es necesaria. Argumentos numerosos en tal sentido, sin detallar, entre nuestros autores.

c) *La doctrina reciente* abunda en la postura defendida por la Ponencia. Así, entre otros:

1. CASTÁN (“Los últimos avances en la condición jurídica de la mujer casada”, Estudios Serrano, 1967, I. p. 103): “El régimen jurídico de estas islas, en cuanto a capacidad de la mujer casada, tiene indudable semejanza con el de Cataluña. La Compilación proclama con energía la autonomía patrimonial de AMBOS consortes en el régimen de separación de bienes, que es el legal, en defecto de pacto, en estas islas (art. 3, *respecto* a Mallorca, y art. 66, 2.º *respecto* a Ibiza y Formentera)”.

2. ESPÍN CÁNOVAS (“Capacidad jurídica de la mujer casada”, 1969): “En las relaciones patrimoniales se observa la influencia de las normas propias de estas regiones forales sobre la institución de la licencia marital... el precepto del artículo 4, 2.º es no sólo aplicable a la isla de Mallorca, sino también a las de Menorca (art. 65), Ibiza y Formentera (art. 66)”.

33. MARTÍNEZ SARRIÓN (R. D. Not. 1967): Después de citar expresamente, como vimos, a BALEARES (por supresión de la licencia marital), dice que en tema de “parafernales” no hay razón alguna para mantener la licencia marital.

4. PUIG SALELLAS (Cent. L. Not. 1962; R. J. C., 1970), en nota a pie de página da por similar el régimen de Baleares (arts. 4 y 66 Compilación) al de Cataluña.

5. FOSAR: “Tanto Cataluña como Baleares han suprimido la licencia marital para la administración y la disposición de los bienes parafernales de la mujer, en sus respectivas Compilaciones...”.

6. CLAR GARAU. "Por la interpretación lógica y sistemática de la Compilación".

7. LALAGUNA ("Jurisprudencia y fuentes de Derecho", 1971) estima que el valor de las Compilaciones es enorme, en lo que se refiere a la costumbre; y, respecto de los artículos 12-13 del Código civil, éstos han quedado "sin efecto" virtual tras la reforma del sistema de APENDICES primitivamente previsto y su sustitución por el sistema de COMPILACIONES, más flexible, y con repercusiones en el futuro en orden a un Código civil "General" de toda España.

#### D. *Recapitulación final y conclusiones en tema de licencia marital*

1. Esta larga exposición, necesaria, acerca de la "potestad marital" y de su vigencia o no en Ibiza y Formentera, nos ha permitido recoger una serie de interesantes ideas, que cabe resumir así:

1.<sup>a</sup> Ni el argumento de la naturaleza, ni el de la religión, ni el histórico, pueden fundamentar la potestad marital.

2.<sup>a</sup> La supresión, en general, de la "licencia marital" es una consecuencia del rechazo de toda discriminación jurídica, e inconciliable con la salvaguarda de los "derechos humanos".

3.<sup>a</sup> Cabe inducir un principio general de "equiparación" de sexos, huérfano de adecuado desarrollo legislativo actualmente.

4.<sup>a</sup> La doctrina moderna, con atisbos, intuiciones o denuncias concretas, aboga casi unánimemente a favor del citado principio de "igualdad" jurídica de los sexos, aplicación del más genérico de "igualdad" ante la ley de todos los hombres.

5.<sup>a</sup> El régimen de separación de bienes implica "per se" la absoluta autonomía patrimonial de AMBOS consortes: tanto en Cataluña como en todas las islas Baleares.

6.<sup>a</sup> La norma del artículo 66, 2.º, deficiente, debe ser remediada con una interpretación "correctora" que le haga decir lo que en espíritu contiene.

2. De lo expuesto, cabe extraer las siguientes CONCLUSIONES en este punto:

1.<sup>a</sup> La no necesidad en Ibiza y Formentera de la licencia marital, costumbre intempestiva y fuera de lugar.

2.<sup>a</sup> La REFORMA que proponemos es ésta: "A falta de capitulaciones se entenderá contraído el matrimonio bajo el régimen de absoluta separación de bienes. En dicho régimen cada cónyuge retendrá el dominio, disfrute, administración y disposición de los bienes propios, pudiendo también cada cónyuge por sí sólo aceptar herencias y legados y obligarse y comparecer en juicio, sin necesidad de que en el ejercicio de tales facultades medie licencia, intervención o consentimiento del otro cónyuge.

Serán válidos en dicho régimen los actos y contratos que celebren entre sí los cónyuges a título oneroso. En caso de impugnación judicial, la prueba del carácter oneroso corresponderá a los demandados.

La mujer casada puede salir fiadora de su marido y obligarse mancomunadamente con él. En caso de ejercicio de comercio por mujer casada registrá el apartado inicial precedente”.

## VI. LA LABOR DE REVISIÓN DEL DERECHO DE IBIZA Y FORMENTERA

1. Los *orígenes consuetudinarios* del Derecho de las islas menores han llevado consigo la dificultad de concretar y determinar con exactitud los límites y extensión de nuestro Derecho.

La labor de fijar este Derecho fue emprendida en 1946 por don JOSÉ COSTA RAMÓN, con tan señalado éxito, que la separata de la revista “IBIZA” —donde fue publicado su trabajo— se agotó rápidamente. Si su trabajo puede calificarse de inestimable, por recoger con amor y minuciosidad no exentos de brillantez y erudición jurídica, todas las costumbres de las islas menores, cabe por otro lado señalar que su aportación es el *punto de partida* para el estudio científico del Derecho ibicenco escrito.

En dicho trabajo, cuando le toca el turno estudiar una institución de difícil calificación, no vacila Pepe Costa en acudir al testimonio de la práctica y de la vida real, solicitando el valioso concurso de don Vicente Torres Riera (oficial de notaría) y de don Vicente Costa Ferrer (de San Antonio Abad). Así lo hizo al tratar la “aparcería”, y su labor puede calificarse de definitiva, marcando el camino a seguir: aunar teoría y práctica jurídicas.

Llegada la hora de las Compilaciones, tras el famoso “Congreso Nacional de Derecho Civil” de Zaragoza (1946), la labor “preparatoria”, efectuada por COSTA, venía a ser como la real aportación del pueblo ibicenco a las convicciones jurídicas del país, plasmada correctamente con una técnica inmejorable para aquel entonces.

Sin embargo, fuera un descuido “codificador” centralista, fuera un error de la Comisión Provincial, el *hecho* concreto fue que las labores de preparación del “Anteproyecto” de Compilación de Baleares se hicieron SIN representantes de Ibiza y Formentera.

Lo demás es historia reciente y de todos conocida. Convocados juristas, sabedores de derecho y zurupetos, aficionados y técnicos, en magna asamblea, celebrada en la Escuela de Artes y Oficios de 10 de marzo de 1960, se aprueba unánimemente encargar la redacción de un “Anteproyecto” para Ibiza y Formentera a una “Comisión de Juristas”.

2. La llamada “Comisión de Juristas” de Ibiza, cuyo *origen y creación* no pueden ser más representativos, al emanar de la voluntad popular unánime, trabaja a toda prisa, y cuatro días después —14 de marzo de 1960— *aprueba* por unanimidad el “Proyecto” elaborado por el ponente, notario de Ibiza, don JOSÉ CRUZ CARRASCO.

Aquí aparece la segunda figura del Derecho de Ibiza, ya que el

hecho real de la “marginación” sufrida ante el procedimiento usado en la isla mayor se ve compensado con la actitud de mi querido compañero. Su actuación individual, emanada de la colectividad, logra salvar el Derecho de Ibiza. El *procedimiento* no estaba previsto, ni señalado ni barruntado siquiera. Pero el resultado está a la vista: la *Compilación* contiene un libro para cada isla. “Novedad” llama a esto *Espín*. Además de novedad, realismo sano diría yo.

3. Tenemos estos ANTECEDENTES para nuestra minúscula obra codificadora. La cuestión grave es ¿vale para el futuro tal “precedente”?- O, de otro modo, ¿los requerimientos de tipo “formal” que se nos dirijan desde Palma son idóneos a nuestro efecto?

La cuestión es importante: si entendemos que el “procedimiento” de elaboración del derecho emana de un poder decisorio inapelable, que dicta su ley, sin más, poco habría que añadir, y nuestro trabajo todo huelga aquí; si entendemos que la elaboración del derecho emana de la propia realidad social, oídos los órganos competentes y todos aquellos que puedan y tengan algo que decir, son indispensables entonces los trabajos “preparatorios” que nos encaminan a una adecuada corrección de la norma.

Si esto último es lo postulable en cualquier momento histórico, cabe añadir que la FORMA apropiada para recoger las costumbres locales o su variación o desuso debe ser dictada por aquellos que VIVEN Y PRACTICAN tales costumbres y APLICAN los preceptos de la *Compilación*. Lo que equivale a decir que el PROCEDIMIENTO de elaboración del Derecho de Ibiza y Formentera debe gestarse en IBIZA y no en Palma.

Que esto supone “institucionalizar” jurídicamente nuestra curiosa “Comisión de Juristas”, lo sé, pero no tengo más remedio que ser consecuente con el planteamiento y solución de la cuestión. En último término, si en la “Asamblea” de 1960 se hubiera pedido opinión, estimo que la actuación NUESTRA aquí y ahora estaría refrendada legítimamente. Entiendo, pues, VALIDO el procedimiento seguido por nosotros, cuyo más alto refrendo a nivel ministerial no tiene por qué ser trabajado conseguir. En idéntico sentido, FUENMAYOR, en este ANUARIO, 1973, si bien referido a GALICIA.

4. Las *consecuencias* de nuestro planteamiento pueden ser varias: y todas fecundas:

1.<sup>a</sup> Institucionalización “de facto” de nuestra “Comisión de Juristas” de Ibiza y Formentera, con sede en este Juzgado, siendo presidente su ilustrísima el señor Juez de Primera Instancia e Instrucción, y secretario el letrado más moderno.

2.<sup>a</sup> La mecánica posterior y funcionamiento, procedimiento, reuniones, etc. sería objeto de estudio por una “Subcomisión Permanente”, de cinco miembros como mínimo.

3.<sup>a</sup> Las relaciones con Comisiones de otras islas o con la “General” de Codificación, vendrían determinadas por la instancia superior ministerial.

4.<sup>a</sup> En orden a las futuras labores de *revisión* de nuestro Derecho, la APROBACION de las Ponencias y la posterior TRAMITACION serán objeto de estudio por la "Permanente".

5.<sup>a</sup> De ser aprobada esta PONENCIA, su *elevación* a Madrid se hará por el conducto utilizado anteriormente, en 1960. Su *conservación*, en la forma que se determine.

Expuestas estas ideas y bases de trabajo, sólo nos queda sentar nuestras CONCLUSIONES:

1.<sup>a</sup> Conveniencia de "institucionalizar" nuestra "Comisión de Juristas", en los diversos planos (validez, eficacia, legitimidad).

2.<sup>a</sup> Labor de "revisión" de nuestro arcaico Derecho consuetudinario, confrontándolo con la realidad social en cada momento imperante, a acometer *periódicamente* por la "Comisión".

3.<sup>a</sup> PROPUESTA a la "Comisión" para que, previa votación mayoritaria, se aprueben las "reformas" siguientes en el articulado de la Compilación:

— Disposición Adicional.—"La Comisión Compiladora de cada isla formulará cada diez años una Memoria relativa a los asuntos civiles sustanciados en los Juzgados y Tribunales del respectivo territorio insular, comprensiva de las omisiones o deficiencias que hubieren observado en la presente Compilación y de las dudas y dificultades que hayan originado la aplicación de sus preceptos. En vista de ello, redactará y elevará al Gobierno, junto con dicha Memoria, el adecuado Proyecto de reforma".

— Artículo 1.—"Los efectos de los estatutos personal, real y formal en Baleares y para los insulares, así como la condición de tales en relación con los demás territorios y personas de diferente legislación civil, se regirán por las normas establecidas en el Título Preliminar del Código civil y disposiciones concordantes.

La vecindad insular se determinará por las normas que rigen la vecindad civil.

Los conflictos inter-insulares se resolverán con arreglo a las normas a que se refiere el primer párrafo de este artículo para la solución de los "inter-regionales".

— Artículo 2, párrafo 2.<sup>o</sup>.—"Para interpretar los preceptos de esta Compilación se tomará en consideración la tradición jurídica balear de cada isla, encarnada en las antiguas leyes, costumbres y doctrina de que aquéllas se derivan".

— Artículo 66, párrafo 1.<sup>o</sup>.—"Podrá pactarse libremente en capitulaciones matrimoniales, conocidas con el nombre de "spolits", antes del matrimonio o durante el mismo, el régimen económico a que hayan de sujetarse los bienes de los casados".

— Artículo 66, párrafo 2.<sup>o</sup>.—"A falta de capitulaciones se entenderá contraído el matrimonio bajo el régimen de absoluta separación de bienes, en el que cada cónyuge tendrá el dominio, disfrute, administración y disposición de los bienes propios, y podrá aceptar herencias o legados y comparecer en juicio por sí sólo, sin necesidad

de que en el ejercicio de tales facultades medie licencia, intervención o consentimiento del otro cónyuge. Serán válidos en dicho régimen los actos y contratos que celebren entre sí los cónyuges a título oneroso. En caso de impugnación judicial, la prueba del carácter oneroso corresponderá a los demandados. La mujer casada puede salir fiadora de su marido y obligarse mancomunadamente con él. En caso de ejercicio del comercio por mujer casada, regirá lo dispuesto en el apartado inicial precedente”.

— Artículo 78. *Añadir un párrafo 2.º.*—“Los hijos puestos en condición no se entenderán llamados a la herencia si no lo son de un modo expreso. Ello no obstante, se les entenderá llamados como sustitutos de su padre si la sustitución fideicomisaria está condicionada al doble evento de que el fiduciario muera sin hijos, y éstos, a su vez, sin hijos”.

— Artículo 80.—“Será de aplicación en las islas de Ibiza y Formentera lo dispuesto en el artículo 50”.

— Artículo 85.—“El Derecho de habitación conferido por cualquier título se entenderá, salvo estipulación en contrario, referido a habitación independiente que cierre con llave y comprenderá el disfrute del “porchu”, cocina y horno, y, en lo suficiente a las necesidades del habitacionista, del pozo o cisterna de la casa”.

— Artículo 86.—SUPRIMIDO.

— D. F. 2.ª: En lo no previsto en la presente Compilación regirán los preceptos del Código civil y las fuentes jurídicas de aplicación general no opuestos a ella”.

## VII. A MODO DE EPILOGO

1. Como se dijo en la NOTA introductoria, este estudio fue leído en sesión pública de la “Comisión de Juristas” de Ibiza y Formentera el día 2 de mayo de 1973. Dada la complejidad de algunas cuestiones y el carácter técnico-científico de su planteamiento, se acordó por mayoría dar unos días de tiempo para el estudio detenido de la Ponencia, por los señores componentes de la Comisión.

Nuevamente convocada la “Comisión de Juristas”, con fecha 23 del mismo mes de mayo, bajo la presidencia del ilustrísimo señor don Angel Reigosa Reigosa, Juez de Primera Instancia del Partido, se celebró una nueva reunión con nutrida asistencia y en la que fueron sometidos a debate y discusión las CONCLUSIONES propuestas por la Ponencia.

El resultado del debate, sin entrar en detalles numéricos, fue el siguiente:

— La PRIMERA conclusión, Sobre la “institucionalización” de la Comisión: aprobada por unanimidad.

— La SEGUNDA conclusión, sobre “revisión” periódica por la Comisión del derecho de las islas menores: aprobada por unanimidad.

— La TERCERA conclusión, de propuesta de modificación de determinados artículos de la Compilación, con su desglose necesario por cada punto, arrojó el siguiente resultado:

Disposición Adicional, artículo 1, artículo 2, 2.º, artículo 78, artículo 80, artículo 85 y Disposición Final 2.ª. aprobados por UNANIMIDAD.

Artículo 66, 1.º: aprobado por casi absoluta unanimidad (UN voto en contra).

Artículo 66, 2.º: aprobado por MAYORIA (CINCO votos en contra y DOS abstenciones).

Artículo 86: aprobado por MAYORIA dar una NUEVA redacción del actual precepto, labor encomendada al letrado e ilustre foralista local don JOSÉ COSTA RAMÓN, en colaboración con el señor ponente.

2. A falta de la ulterior aprobación por la “Comisión de Juristas” de la nueva redacción del artículo 86, y puestos en contacto el PONENTE y el LETRADO dicho, fue criterio de la Ponencia que el contrato regulado en dicho artículo de la Compilación es un tipo claro de los llamados por la doctrina científica negocios “parciarios”, por darse en este tipo consuetudinario insular todos los caracteres habitualmente asignados a tales negocios, y que las únicas peculiaridades isleñas dignas de conservarse son las que hacen referencia a los modos de constituirse y extinguirse dicho contrato rústico.

El letrado, señor COSTA RAMÓN, en todo coincidente con estas consideraciones de la Ponencia, elaboró la nueva redacción solicitada del precepto en cuestión, en la siguiente forma:

“Artículo 86.—La Sociedad Rural de Ibiza y Formentera es un contrato agrícola parciario convenido en cualquier forma entre el propietario y el cultivador o “mejoral”, y se regirá por los usos y costumbres de estas islas y, en su defecto, por la legislación común.

Cuando una de las partes quiera proceder a la resolución del contrato ha de dar a la otra el “desvís” o preaviso, teniendo de tiempo para ello hasta las veinticuatro horas del último día del año en curso, fehacientemente o con dos testigos, según la costumbre, debiendo el cultivador dejar la finca libre y expedita a las doce horas del veinticuatro de junio del año siguiente”.

3. En esta fase, con el agobio para todos los profesionales de las islas del trabajo en verano, se ha pospuesto para fecha ulterior la convocatoria de la reunión que deberá aprobar o rechazar dicha nueva redacción. Sin embargo, se ha sentido por todos la necesidad y conveniencia de dar publicidad y cierta difusión al trabajo de la Ponencia, por considerarlo de mucho interés para el Derecho de las islas menores. En consecuencia, se publica como fue redactado, sin retoques que varíen su sentido. Cabe esperar que la nueva redacción del artículo 86 vea también su aprobación en fecha próxima.

En sesión del día 21 de noviembre de 1973, se acordó: dar un nuevo plazo para su estudio, y aprobar, unánimemente, el Reglamento de la Comisión de Juristas elaborado por el ponente señor CERDÁ GIMENO.

4. Finalmente, quiero aquí hacer constar dos cosas: la primera, que el excesivo razonamiento dedicado a la licencia marital podría ser equivalente —como se me ha hecho notar— a matar mosquitos a cañonazos, pero entiendo que en tema de supresión de limitaciones a los derechos humanos todos los argumentos son estimables tendentes a ese fin; la segunda, que este trabajo se inserta en la línea de otros similares, en marcha o en proyecto, que bajo la dirección entusiasta de mi querido amigo y compañero ENRIQUE FOSAR BENLLOCH hemos emprendido un pequeño número de profesionales atentos y esperanzados en poder reformar lo que es susceptible de mejora, o derogación, en nuestro ordenamiento.

#### BIBLIOGRAFIA CONSULTADA Y UTILIZADA

- ACTA DE PROTOCOLIZACION DEL PROYECTO DE APENDICE AL CODIGO CIVIL DE LAS ESPECIALIDADES DE IBIZA Y FORMENTERA (núm. 415, de 29-3-1960, señor Cruz).
- ANTEPROYECTO DE COMPILACION DEL DERECHO CIVIL ESPECIAL DE BALEARES.
- BARCELÓ PONS, Bartolomé: "Evolución reciente y estructura actual de la población en las islas Baleares", CSIC., Madrid-Ibiza, 1970.
- BUSQUETS MULET, Jaime y SANZ ROSELLÓ, Elviro: "Mallorca musulmana", sobretiro de "Historia de Mallorca", dirigida por J. Mascaro Pasarius, Palma, 1971.
- CÁMARA ALVAREZ, M.: "La separación de hecho y la sociedad de gananciales", ADC., XXII-I, enero-marzo 1969.
- CASTÁN TOBEÑAS:
  - "Derecho civil, común y foral", vol. 1.º, págs. 149 y ss. (ed. 7.ª de 1954) y págs. 191 y ss. (ed. 8.ª de 1960).
  - "La condición social y jurídica de la mujer", Reus, Madrid, 1955.
  - "Los derechos del hombre", Reus, Madrid, 1968.
  - "Los últimos avances en la condición jurídica de la mujer española", en Estudios de Derecho Público y Privado, homenaje al profesor Serrano, Valladolid, 1965, tomo I, pág. 105.
- CASTRO, Américo: "La realidad histórica de España", Porrúa, México, 1970.
- CASTRO, Federico de: "Derecho Civil de España", tomo II-1.º, págs. 260 y siguientes.
- CERDÁ GIMENO, José: "Aproximación al pensamiento de Recasens Siches", en RCDI., núm. 491, julio-agosto 1972, págs. 825 y ss.
- CLAR GARAU, Raimundo: "El régimen económico matrimonial de separación de bienes en Baleares", Palma, 28 de abril de 1972 (conferencia INEDITA que he manejado por su amabilidad). En prensa este trabajo aparece publicada en Palma de Mallorca.
- COSTA RAMÓN, José: "Derecho foral ibicenco", separata de Revista IBIZA, 1946.
- DÍAZ, Elías: "Sociología y Filosofía del Derecho", Taurus, 1971.
- DÍEZ PICAZO Y PONCE DE LEÓN, Luis:
  - Prólogo al libro de LALAGUNA: "Jurisprudencia y fuentes del derecho".
  - Prólogo al libro de FERNÁNDEZ CABALLERO: "El régimen económico matrimonial legal en Europa", Madrid, 1969.

- “Cambio social y evolución jurídica”, conferencia en Ateneo Mercantil de Valencia el día 14 de enero de 1971, INEDITA (por su amabilidad). En prensa este trabajo, aparece publicada—retocada—como un Capítulo de su libro “Experiencias jurídicas y teoría del Derecho”, páginas 300 y siguientes. Editorial Ariel, 1973.
- “El Derecho de la persona y de la familia en la Legislación de 1870”, conferencia el 1 de marzo de 1972, recogida en el volumen “El Centenario de una gran obra legislativa”, Valencia, 1972, págs. 120 y ss.
- ESPÍN CÁNOVAS, Diego:
  - “Manual de Derecho Civil español”, vol. I y vol. IV.
  - “La capacidad jurídica de la mujer casada”, Salamanca, 1969.
- FOSAR BENLLOCH, Enrique: “Sobre el principio general de derecho de la equiparación jurídica de los sexos y la necesaria revisión de la potestad marital”, Huelva, 1972, INEDITO (manejada y profusamente utilizada, por su amable disposición).
- HERNÁNDEZ GIL, Antonio: “Metodología de la Ciencia del Derecho, Madrid, 1971.
- LALAGUNA, Enrique: “Jurisprudencia y fuentes del Derecho”, Aranzadi, Pamplona, 1969.
- LATORRE, Angel: “Introducción al Derecho”, Ariel, Barcelona, 1968.
- LEVY PROVENÇAL: “España musulmana”, en la “Historia de España”, dirigida por don Ramón Menéndez Pidal, Espasa-Calpe, Madrid, 1950.
- MARTÍNEZ SARRIÓN, Angel: “La mujer casada y la disposición de sus bienes”, en RDNot., abril-junio 1967, págs. 139 y 200 y ss.
- PUIG SALELLAS:
  - “Proyección de la Compilación Catalana en la escritura de compraventa”, en Centenario Ley Notariado, Madrid, 1962, págs. 523 y ss.
  - “Notas sobre la autonomía patrimonial de la mujer casada en la Compilación catalana”, en Rev. Jur. de Cataluña, número extraordinario, 1970, págs. 253 y ss.
- RECASENS:
  - “Introducción al estudio del Derecho”, Porrúa, México, 1970.
  - “La concepción tridimensional del Derecho”, en RDNot., núm. 71, 1971, págs. 153 y ss.
- REGLÁ, Joan:
  - “Estudios sobre los moriscos”, Anales Universidad de Valencia, curso de 1963-1964, vol. 37, cuaderno II.
  - “Introducción a la Historia”, Teide, Barcelona, 1970.



## Puntualizaciones sobre el régimen filiatorio en Derecho puertorriqueño: Comentarios a una cuestión contenciosa (\*)

EDUARDO VAZQUEZ BOTE  
Doctor en Derecho

### I

X, de estado civil casado, mantuvo público concubinato con la señorita Z, desde 1929 hasta 1937, de cuyas íntimas relaciones resultaron tres hijos, nacidos en los años 1934, 1935 y 1936. X falleció en 9 de febrero de 1943. Los tres hijos citados, demandantes en el pleito presente, actuaron siempre como hijos de X, dándose el caso que los hijos legítimos de X, que éste tuvo en su matrimonio, consideraron siempre a los demandantes como hermanos de padre.

Al fallecer X, la declaratoria de herederos determinada a virtud de disposición dictada en junio de 1951, fijó como únicos y universales herederos 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, ante Tribunal competente, pretendiendo "se declare con lugar la presente demanda y en su consecuencia declare a los demandantes 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, en la que reconocía como hechos probados: 1) las relaciones entre X y Z y la condición de hijos de los demandantes; 2) que X dejó a su muerte como descendientes a los demandados; concluyendo los siguientes fundamentos de Derecho (aunque sin citar ni un solo precepto de Derecho positivo): 1.º. Eficacia de la acción de filiación, por no haber transcurrido el plazo de

---

(\*) *Olivari et al. vs. Olivari et al.*, sentencia del Tribunal de instancia, Sala de Ponce, de 29 de abril de 1969.

cuatro años, a contar de la mayoría de edad de los interesados cuando éstos fueren menores, por cuanto la caducidad operaba en 1959; 2.º. Que el Derecho aplicable en materia de filiación es el vigente al tiempo del nacimiento; 3.º. 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 les 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

En 15 de junio de 1968, los demandantes en el pleito anterior (con excepción de uno de ellos, fallecido en el ínterin), interpusieron nueva demanda contra los mismos demandados en aquel pleito. La pretensión se circunscribía a que se decretase "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 hermano fallecido, que lo fue sin dejar otros parientes que los demandantes y demandados.

Eran fundamentos sustanciales de la demanda: 1.º La condición de hijos de los demandantes; 2.º Que dicha condición les fue reconocida mediante sentencia, resultante de acción judicial incoada estando vigente la Constitución del Estado Libre Asociado de Puerto Rico; 3.º Que en el juicio sobre filiación se probó la misma mediante carta del fallecido señor X, padre de ambas partes litigantes.

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

1.º La carencia de causa de acción y de personalidad o capacidad para demandar, 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, conforme con el entonces vigente artículo 125 Código civil; d) por fallecer el señor X en 1943, para cuya fecha regían los artículos 894 y 902 Código civil, excluyentes del orden sucesorial (*sic*) a los hijos adulterinos e) que la Constitución y la Ley número 17 de 20 agosto de 1952. “Para establecer la igualdad de los derechos de los hijos”, “en lo que respecta a herencias no opera con retroactividad”, según se afirmó en *Ocasio vs. Díaz*, 88 DPR 676, 735, 750, núm. 6.

2.º Que tomada la pretensión como acción de filiación al amparo del principio de igualdad de origen, que define la Constitución, 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 contitucional, como los demandantes nacieron en los años 1934, 1935 y 1936, alcanzando la mayoría de edad en 1955, 1956 y 1957, la caducidad se cumplió en los años 1959, 1960 y 1961.

3.º Que los demandantes 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 la filiación, ancla de este nuevo pleito, concurre perfecta identidad de cosas, de causas, 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 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 admitieron 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 sentencia en el caso de filiación, les confirmó que ésta era sin derecho a la herencia y al sólo efecto de llevar el apellido del padre, que fue lo que los demandantes solicitaron, ya que no pidieron 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 DPR 701; *Cintrón vs. Yabucoa Sugar Co.*, 54 DPR 518 etc.; para el *estoppel*, 30 *Am. Jur.* 377, sec. 328).

En 28 de agosto de 1968, los demandantes presentaron escrito de oposición al de moción de sentencia sumaria, a lo que siguió, en septiembre del mismo año, réplica de los demandantes.

Con fecha 12 de septiembre de 1968, el Tribunal Superior, Sala de Ponce entendedor del caso, dictó sentencia sumaria. Declara el Tribunal en la misma, 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*, lo que tiene su importancia en cuanto sintomático), 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 atribuyen efecto retroactivo.

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

1.º Que el derecho hereditario de todos los hijos lo determina la ley vigente al tiempo del fallecimiento del causante, luego los derechos hereditarios 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 padres 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 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 del reconocimiento voluntario del padre o herederos de éste— hijos adulterinos, carecen de derecho a la herencia (arts. 894 y 902 Código civil, ed. 1930).

Añade el Tribunal: "se nos ocurre pensar que pudiendo haber los demandados 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, condenándoles en costas.

Presentada moción de reconsideración, fue desestimada.

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

## C O M E N T A R I O

Parece oportuno entrar a analizar los hechos y las calificaciones vertidas en este pleito siguiendo un procedimiento relativamente independiente, consistente en exponer, primeramente, el régimen jurídico de la filiación según el Derecho positivo, y en sus diversas etapas, para, seguidamente, hacer un breve análisis de razonamientos y de posiciones adoptadas, tanto con relación a las partes como con referencia a 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, de Calderón (1), en que se hace un examen completo de la materia. Quizá, lo único que se aprecie como ausente en dicho texto 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 del 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, que siempre ha preferido las cuestiones prácticas, pero "con gatos teóricos en la barriga".

### 1. *Planteamiento*

Es un principio plenamente aceptado por la jurisprudencia y la práctica puertorriqueña y en el ámbito jurídico, que las cuestiones sobre filiación quedan sometidas a la legislación vigente al momento

---

(1) CALDERÓN, Alvaro R., *La filiación en Puerto Rico*, Publicaciones del Colegio de Abogados, 1963.

del nacimiento (2). Y como los actores en el pleito que motiva estas páginas, nacieron para los años treinta, tendremos que atenernos, inicialmente, a la normativa legal vigente por aquellos años, es decir, al Código civil, edición de 1930. Bien sabido es, que los actores aludidos, por nacer fuera del matrimonio y por la imposibilidad en que se hallaban sus progenitores de contraerlo al tiempo de la concepción, tenían al momento del nacimiento, la consideración de hijos ilegítimos.

---

(2) *Morales vs. Cerame*, 1922, 30 DPR 843; *Silva vs. Doe*, 1953, 75 DPR 209. Sí he de hacer algunas advertencias: Sabido es que el Tribunal Supremo de Puerto Rico ha venido manteniendo, desde siempre, que sus decisiones no sólo tienen fuerza de ley, sino que son ley. Punto de vista que se comparte en todo el ámbito profesional, entre otras razones porque no hay más remedio que aceptarlo, ya que así lo impone la vida práctica y la posición misma del Alto Tribunal. Personalmente discrepo.

La jurisprudencia no puede ser considerada como fuente *formal* de Derecho (arts. 5 y 7, C. c.) y el afirmar lo contrario es contravenir normas de carácter imperativo, lo que ofrece ya base para cualquier recurso. Prácticamente, ya está bastante demostrado que no resulta conveniente que los Tribunales legislen, ni que sus opiniones se conviertan en ley. Que una sentencia sea, para las partes, "como si fuese ley", vale; del mismo modo que es aceptable que los contratos tengan "fuerza de ley" entre las partes contratantes (art. 1.044, C. c.).

Pero de ser este principio aceptable, se ha pasado al otro, tan distinto de que las sentencias son ley. ¿Cómo puede ser ley, que es un juicio hipotético y general, algo que se falla para el caso concreto, real y particular? Y no falta quien entienda que los argumentos de una sentencia, meros fundamentos del juicio racional que la misma encierra (que debe encerrar, al menos), también son ley.

Que la jurisprudencia de los organismos superiores vincule a los inferiores, es algo comprensible, si quiere conservarse la univocidad en la jurisdicción, dentro del sistema instaurado por la burguesía decimonónica; se responde así a una exigencia de seguridad jurídica.

Prácticamente, y es verdad lamentable, este es vicio compartido por todos los Tribunales Supremos del mundo, incluido el Internacional con sede en La Haya. Esta decisión de mantener sus fallos a ultranza produce sus efectos prácticos. Pero, mientras que el principio se salve, la verdad jurídica no se verá afectada. Y un principio salvado siempre puede hallar el momento oportuno para desarrollarse.

Esa constancia de los Tribunales es, precisamente, buena razón para que los poderes encargados de legislar vengán siempre en negar a la jurisprudencia fuerza formal alguna. Ya es suficiente con la facultad de interpretación, convertida en enorme poder que impide rectificar errores: ejemplo lo hayamos en el Tribunal Supremo de España, quien, después de confundir la doctrina legal con la doctrina jurisprudencial, ha preferido mantener su tesis, no obstante ser ya claras las diferencias hoy día.

Es verdad que el Tribunal Supremo de Puerto Rico ha *limitado* esa facultad a las lagunas del Derecho. Pero, de un lado, las lagunas del Derecho, en un sistema ordenado y metódico, como debe ser considerado el puertorriqueño (siquiera haya perdido algo de su estructura), se salvan perfectamente sin legislar, siendo suficiente con deducir de los principios generales la norma exacta para el caso concreto (art. 7, C. c.); lo que, además, ayuda a exigir al legislador un mayor rigor, el cual vendría muy bien en frecuentes ocasiones. Y, de otro lado, las lagunas, una vez aceptada la tesis, se convierten, al parecer, en el contenido casi del Ordenamiento, lo que facilita, finalmente, que la jurisprudencia vaya contra la misma ley, repercutiéndose así en una laxitud del Legislativo en punto al perfilamiento de los temas jurídicos; esa grieta es, además, ideal, para que el Ejecutivo amplíe su notable esfera de atribuciones...

no naturales, habilitado como único y exclusivo derecho el de pedir alimentos a los padres (art. 128 Código civil) (3). 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.

## 2. 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, pueden ser reconocidos a todos los efectos legales por acción voluntaria de los padres y en defecto de éstos, por la de las personas con derecho a su herencia y para otros fines", contiene, junto a tan breve título, cinco artículos, que la ley denomina secciones, siendo su texto:

"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 contraer matrimonio al tiempo de la concepción de dichos hijos. Estos hijos quedarán legitimados por el subsiguiente matrimonio de sus padres entre sí.

---

Pretender que los Tribunales legislen es pretender que, junto a la lentitud ya natural del Derecho, vengamos a añadir la de los Tribunales, aún mayor, y sensiblemente conservadores, por regla general; se perjudica así la labor conformadora del Derecho.

Si quienes patrocinan el *realismo* de reconocer que los Tribunales tiendan a mantener sus decisiones, estiman como buena esta razón para dar el paso —enorme paso— de erigir en axioma esa realidad, deben aceptar la realidad, mucho más intensa, que aconseja lo contrario. Ya FRANK se encargó de demostrar que la eficacia del "caso" no existe, pues sólo sirve para él y para ningún otro.

Puedo, pues, poner punto final a esta digresión con dos concreciones: es la primera, que si el Derecho supone, es y requiere, una actividad intelectual, la jurisprudencia debe estar abierta al intelecto definitivamente; por lo que la admisión de principios inalterables no es procedente. Es la segunda, que aquella afirmación de la jurisdicción he de aceptarla en las presentes páginas (lo hecho siempre en todas partes) con la misma fórmula que usaban los virreyes españoles para salvar el principio de la autoridad real con relación a las Leyes dictadas para las Indias, al tiempo que podían mantener su criterio y capricho: "Se acata, pero no se cumple."

(3) Artículo 128 C. c., ed. 1930: "Los hijos ilegítimos en quienes no concurra la condición legal de naturales, sólo tendrán derecho a exigir de sus padres alimentos, conforme al artículo 143".

"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 (4): Esta ley, por ser de carácter urgente y necesaria empezará a regir inmediatamente después de su aprobación" (5).

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 los padres entre sí. El precepto, de gran importancia para el Derecho civil de Puerto Rico, carece, sin embargo, de interés para los fines de las presentes páginas; pues, si los actores en el pleito nacieron antes de la entrada en vigor de la Ley, como ocurrió, en nada les afecta la primera sección. Por el contrario, sí les afecta y tiene gran importancia para ellos la sección segunda, que parece estar pensada para aquellas personas nacidas antes de la Ley de 1942, que, por función de su origen, no fuesen hijos naturales, habilitándoles 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 lo más conveniente determinar: el régimen de los hijos ilegítimos no naturales antes de la Ley de 1942 (porque ésta los calificará, desde luego, de naturales), 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

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

(5) 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).

entrar a analizar, luego, el régimen establecido por la misma ley; sin perjuicio, evidentemente, de referirme a otras normas posteriores a las indicadas, si fuera menester.

### 3. Régimen de los hijos ilegítimos no naturales en el Código civil, edición 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 ) (6), 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 también la educación e instrucción si fuere menor de edad (art. 143, Código civil).

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

### 4. Régimen de los hijos naturales en el Código civil, edición 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; aunque de efectuarse el reconocimiento operaba determinados efectos) (7), o por reclamación del interesado de la que se derivaba la obligación de reconocimiento (reconocimiento forzoso), probando con suficiencia los hechos determinantes 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 ilegítimo a todos los efectos (8). No realizándose la legitimación, el hijo natural reconocido tiene derecho a una porción hereditaria (aunque menor que la correspondiente a los herederos legítimos), derecho a llevar el apellido del progenitor que

---

(6) Artículo 128 C. c., *vide supra* nota 3. Artículo 129 C. c., ed. 1930: "El derecho a los alimentos de que habla el artículo anterior 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".

(7) 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).

(8) Artículos 119, 120, 121 C. c., conforme a los cuales la legitimación sólo se extiende a los hijos naturales, verificándose por el subsiguiente matrimonio de los padres entre sí, disfrutando los legitimados de los mismos derechos que los hijos legítimos.

le reconoció y derecho a los alimentos (art. 127, Código civil, en relación con los arts. 767, 894, 902, del mismo texto legal) (9).

a. *Reconocimiento voluntario del hijo natural*

A los efectos legales, es hijo natural el nacido extramatrimonialmente, pero cuyos progenitores no hubieran podido contraer matrimonio al tiempo de la concepción (art. 125, Código civil) (10).

El reconocimiento puede efectuarse por el padre o la madre, o por ambos conjuntamente (art. 125, párrafo segundo 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 (11). Si el hijo fuese menor y el reconocimiento no se realizase en acta de nacimiento o en testamento, es necesaria la aprobación del Juez de la Corte de Distrito (actual Tribunal Superior). 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. 672 Código civil (12); *Román vs. Agosto*, 27 DPR 576).

b. *Reconocimiento forzoso de hijo natural*

Para el caso de que el padre o la madre no efectúen voluntariamente el reconocimiento del hijo natural, el Código civil previene 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, previene el artículo 125 (13), en su párrafo tercero y siguientes que:

“El padre estará obligado a reconocer al hijo natural:

1.º Cuando exista escrito suyo indubitado en que expresamente reconozca su paternidad.

---

(9) Artículo 127 C. c., ed. 1930: “El hijo natural reconocido tiene derecho: 1.º A llevar el apellido del que lo reconoce; 2.º A recibir alimentos del mismo; 3.º A percibir la porción hereditaria que se determina en este Código”. Porción que, según el artículo 767 se cifra en la cuota que corresponda a cada uno de los hijos legítimos no mejorados siempre que quepan dentro del tercio de libre disposición, deducidos previamente los gastos de entierro y funeral. A falta de ascendientes y descendientes legítimos, los hijos naturales legalmente reconocidos suceden al difunto (art. 902, C. c., ed. 1930).

(10) Buena prueba de que lo que determina la filiación no es el momento del nacimiento, sino el de la concepción, no obstante lo que pueda afirmar la jurisprudencia.

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

(12) Artículo 672 C. c.: “El reconocimiento de un hijo ilegítimo no pierde su fuerza legal aunque se revoque el testamento en que se hizo”.

(13) Igual al artículo 193 C. c. de 1911.

2.º 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.º Cuando la madre fuese conocida viviendo en concubinato con el padre durante el embarazo y al tiempo del nacimiento del hijo.

4.º 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 productos de un actuar contrario 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 de la filiación por quienes puedan resultar perjudicados, el Derecho cumple debidamente (14). 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 legítimas, como solución ideal, o que sean reconocidos al menos. En cuanto reconocidos, este reconocimiento deberá ser efectuado exclusivamente conocidos, este reconocimiento deber 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”.

### c. Características del reconocimiento

Indica Muñoz Morales (15), recogiendo el sentir de las doctrinas española, italiana y francesa los caracteres del reconocimiento como acto puro, que no admite ser sometido a condición, personalísimo y formal.

(14) “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.).

(15) MUÑOZ MORALES, L., *Reseña histórica del Código civil de Puerto Rico. Anotaciones*, Río Piedras, págs. 371 y sigs.

Conviene aclarar aquí que la circunstancia de que el reconocimiento sea personalísimo tiene destacada importancia, sobre todo para 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, primero, Código civil) (16). Incluso la Ley número 61, de 9 de marzo de 1911, 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 (17).

Conviene asimismo dejar en claro, que el reconocimiento tiene como efecto fijar la filiación, de la cual se deriva, igualmente, la cualidad de heredero. Es por ello, que el artículo 126, Código civil 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 darse 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 prácticamente iguales efectos que el reconocimiento.

Bajo las prescripciones del Código civil de 1930, este reconocimiento provoca, de conformidad con lo establecido en su artículo 127, los siguientes efectos: 1.º derecho a llevar el apellido del reconocedor; 2.º derecho a recibir alimentos; 3.º derecho a pedir la porción hereditaria que le corresponde, según determinaciones del

---

(16) Artículo 1.051, 1.º, C. c.: "Si el obligado a hacer alguna cosa no la hiciera, se mandará ejecutar a su costa".

(17) 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 aquéllos...", 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, ver la 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., con relación al segundo motivo de reconocimiento).

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.

##### 5. Reconocimiento y declaración de filiación

La calificación tan personal del reconocimiento indicada por Muñoz Morales y antes resaltada parece tener su ratificación en el artículo 126 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 se hacen necesarias —convenientes al menos— algunas aclaraciones y concreciones.

Textualmente, dice el artículo 126 Código civil, que “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 de 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 el que reconozca expresamente al hijo”.

Ante la redacción de este artículo, surge la pregunta: ¿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 o acto filiatorio? (procreación).

Muñoz Morales, siguiendo, como a él tanto gustaba, las pautas doctrinales españolas y francesas, afirma clara y tajantemente que “el reconocimiento” podrá hacerse por el padre o por 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 (18). Y aunque no afronta decididamente la distinción que yo quiero dejar bien clara, indudable, si recoge algunas diferencias 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 (19). Recoge, asimismo, el comentario de Cicu al artículo 193 del *Codice civile* anterior al vigente, distinguiendo entre el reconocimiento o título de estado y la acreditación de la filiación (20). Y es mucho más claro el mismo Muñoz Morales cuando, siguiendo la

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

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

(20) CICÚ, A., *La filiazione*, Milano, 1927, págs. 221 y sigs.

tesis de Cicú, 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 aún en escritura pública no tendría el valor de un *reconocimiento* sería solamente una *declaración de filiación*..." (21). 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*" (22). 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*..." (23).

Resumiendo, una cosa es el reconocimiento de la filiación, acto personalísimo a la luz del Código civil (24), 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 lo 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 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 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 co-

(21) MUÑOZ MORALES, *op. cit.*, pág. 381; énfasis del autor citado.

(22) *Ibidem*, pág. 380, énfasis de MUÑOZ MORALES; distingue con claridad en pág. 349.

(23) *Ibidem*, pág. 382; énfasis de MUÑOZ MORALES. Distingue los conceptos de reconocimiento y determinación de la filiación la sentencia del Tribunal Supremo de España, de 28 de marzo de 1896. Apunta tímidamente la distinción, CALDERÓN, *op. cit.*, pág. 8; pero parece confundirlos en la pág. 43; aunque, otras veces, parece dar a la distinción por algo sentado ya, como hace en la pág. 59; o en la pág. 60, al reconocer que el artículo 1.715 C. c., impide transigir en acciones de estado.

(24) 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 patrimonializante, 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).

regido, por cuanto da la impresión el precepto de regular 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 (25) 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 (26). 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 (a partir de *Calaf vs. Calaf*, 1911, 17 DPR 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 por 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 20 años para esta clase de acciones, la de reconocimiento prescribía asimismo a los 20 años (27).

El equívoco jurisprudencial fue considerar la acción de reconocimiento, que es una acción de *estado civil*, como una acción personal (28).

García-Trevijano Forte, siguiendo a Castán Tobeñas y a la doctrina española, escribe, que “entre las 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 indicada entre algunos 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 Cícu, 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

---

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

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

(27) “La acción que concede la 11 Ley 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.

(28) 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).

cuestiones como la filiación puedan ser abordadas en protección de intereses puramente patrimoniales o pecuniarios" (29).

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" (30).

Y Velázquez, que cito por medio de Calderón (31), 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 que 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 quién o quiénes únicamente podían efectuar el reconocimiento; ésta, susceptible de ser dirigida contra los causahabientes de aquéllos, por cuanto dichos causahabientes 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 DPR 755; *Gual vs. Bonafux*, 1909, 15 DPR 559), buscó la interpretación más restrictiva posible (*González vs. Rodríguez*, 1932, 43 DPR 66), viéndose como muerto en Derecho lo que en Derecho nunca puede morir (*Jesús vs. Sucesión Pérez Villamil*, 1912, 18 DPR 405; *Vázquez vs. Rucabado*, 1926, 33 DPR 442); etc., etc. No prescribe la acción de reconocimiento por ser de estado; pero sí prescribe la acción para la

---

(29) GARCÍA-TREVIJANO FORTE, A., *Apuntes de Derecho civil*, ajustados a las oposiciones a Notarías, ed. mec., tema 128.

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

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

declaración de filiación, que es patrimonial (32), y sólo persigue —no puede perseguir 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 represente, si fuera menor, o sus herederos si él hubiese fallecido” (33); 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*” (34), dando la impresión al lector de que resalta esta posición, tan única, de la jurisprudencia puertorriqueña.

Esta amplia disgresión en torno a una expresión, aparentemente sin relieve, del artículo 126 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 gran indiferencia, si se permite, hacia las decisiones jurisprudenciales —sin restarles valor, pero dándoles solamente el que merecen—, que, intelectualmente, no valen más ni menos que las opiniones de la doctrina, y de conformidad con lo indicado, podría resumirse lo dicho hasta el momento en torno al reconocimiento forzoso del hijo natural, diciendo:

1.º El reconocimiento forzoso sólo puede conseguirse mediante acción 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 Código civil.

2.º Que dicha acción nunca fue considerada prescriptible en el Derecho histórico puertorriqueño (ni en el español, no siempre iguales desde el Real Decreto de Felipe IV, disponiendo que ninguna ley de España sería aplicable a América si no fuera acompañada de una cédula al efecto dictada por el Consejo de Indias en tal sentido).

3.º Que, en ausencia de padres vivos, el hijo pueda instar acción de filiación contra los herederos de los mismos; acción en vigor, originalmente, durante 20 años a contar de lo siguiente a la mayoría de edad (siempre según la interpretación jurisprudencial, que hablaba, además, de caducidad: *Ciuró vs Ciuró*, 1932, 31 DPR 730), por consecuencia de que la prescripción no corre frente a incapaces (*contra non volentem agere non currit praescriptio*). Al entrar en vigor en

---

(32) “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 derivan del reconocimiento*”, dice la sentencia del Tribunal Supremo de España, de 10 de enero de 1945 (énfasis mío); ya antes, las sentencias del mismo Tribunal, de 31 de diciembre de 1902 y 9 de mayo de 1921.

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

(34) *Ibidem*, pág. 393, énfasis de MUÑOZ MORALES.

Puerto Rico el Código civil español, 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 de los padres, si después del mismo aparecía un documento ignorado, útil para fijar la filiación. De aquí, el Código civil de 1902 tomó el plazo y lo redujo a dos años; pero los hijos del interesado fallecido antes de llegar a la mayoría, 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 subsiguientes de cuatro años 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 11 Ley de Toro (imprescriptible por ser acción de estado civil), es plena.

4.º Quienes se sientan perjudicados por el reconocimiento, o por la declaración de filiación, pueden impugnar la misma durante su plazo: 15 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 DPR 863— confundiendo de este modo, como bien apunta Muñoz Morales (35), cuestiones prescriptivas con cuestiones de nulidad). El Código civil de 1930 (y ya desde el revisado de 1902) seguía sin fijar plazo, acogiendo así la tesis, plenamente admitida para entonces, de que la acción de estado civil para lograr el reconocimiento prescribe a los quince años.

5.º La referencia del artículo 126 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 (36), que no afectan, ni deben afectar, a la acción de estado, que el reconocimiento implica, sea este voluntario o for-

---

(35) *Ibidem*, pág. 394. En mismo sentido, CALDERÓN, *op. cit.*, pág. 20. La legislación de 1902 no fijaba plazo para volver al régimen tradicional de considerar la acción como imprescriptible. El de dos años fijado para 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.

(36) Por todas las sentencias del Tribunal Supremo de España, de 28 de diciembre de 1906 y 10 de enero de 1945.

zoso (37). Y lo dicho, naturalmente, con independencia de que la jurisprudencia pueda pensar de otro modo, o de que el legislador pueda alterar el régimen (facultad esta innegable dentro del sistema, pero que expresa una regresión en la ciencia jurídica y en la legislación a épocas pretéritas).

6. *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 extramatrimonial. 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 llegado el legislador. El ejemplo de la interpretación del artículo 125 Código civil, es sintomático. El precepto, incluyendo una cuarta causa de obligación de reconocimiento a partir de 1930 (“cuando el hijo pueda presentar prueba auténtica de la paternidad”), causa que podía calificarse de liberal (38), fue prácticamente borrado por los Tribunales en una forzada interpretación contraria a la ley y al espíritu del artículo; incluso en contra de las más elementales reglas de la dicción castellana. Esa jurisprudencia pudo afirmar, que, al no definir el precepto cual 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 DPR 270).

Naturalmente, la necesidad de poner fin a estas situaciones era manifiesta. De ahí que, ya desde 1937, fuesen varios los intentos por modificar el régimen de la filiación extramatrimonial (39), ninguno de los cuales prosperó. Fue, de este modo, que la Ley de 12 de mayo de 1942 introdujo un nuevo sistema.

---

(37) Buena prueba de ello es que los hijos ilegítimos no naturales, que tenían derecho a alimentos, necesitaban, para lograrlos forzosamente, la intervención judicial para declarar el hecho de la filiación, “y después, fundados en esa declaración judicial, formular la declaración de alimentos” (MÚÑOZ MORALES, *op. cit.*, págs. 397 y sigs., citando a SCAEVOLA y MANRESA, y recogiendo las sentencias del Tribunal Supremo 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”; aceptada y ratificada en *Balasquide vs. Rossy*, 1910, 18 DRP 33).

(38) CALDERÓN, *op. cit.*, pág. 82.

(39) Información al respecto, en MÚÑOZ MORALES, *op. cit.*, págs. 404 y sigs.

a. *Estricto ámbito de aplicación de la Ley de 12 de mayo de 1942*

Los actores en el pleito que justifica las presentes 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 les rige de pleno y de plano (40). Naturalmente, dicha sección segunda debe interpretarse rigurosamente enlazada con el contenido incluido en 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 dispusieren lo contrario”; idea esta que acogió el Tribunal Supremo con exagerado amor en materia de filiación (*Correa vs. Sucesión Pizá*, 64 DPR 987; *Fernández vs. Sucesión Fernández*, 66 DPR 884; *Rossy Vs. Martínez*, 70 DPR 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 competencia para situaciones acaecidas antes de su entrada en vigor. Por lo que es aplicable también la proposición segunda de dicho artículo 3, 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, de la citada Ley de 1942. Ambas secciones derogan parcialmente (art. 5, C. c.) otra ley anterior, sin perjuicio de reconocer, incluso, que dicha derogación sea tácita, aunque clara y terminante (art. 6, C. c.), lo que no es tal, pues la derogación es expresa en cuanto a su efecto, aunque no lo sea en cuanto a las disposiciones afectadas.

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

En el plano de las construcciones teóricas y doctrinales (tan desprestigiadas por el positivismo, 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 (41). Roubier (42) admite que los hijos naturales nacidos antes de la vigencia de la nueva ley, pueden pedir que se les reconozca, según ella, su filiación y derechos sucesorios. “Regenerar un pueblo, una nación y dar a las leyes efecto retrospectivo, son dos ideas tan esenciales y unidas que la una no sa-

---

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

(41) Abunda en ello MUÑOZ MORALES, *op. cit.*, págs. 401 y sigs.

(42) ROUBIER, P., *Les conflits des lois dans les temps (Théorie dite de la rétroactivité des lois)* 1929, I, pág. 422.

bría existir sin la otra” (43) García Goyena (44), 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 (45), 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 situaciones anteriormente constituidas, así como las que tengan por objeto establecer un régimen general y uniforme” (46).

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, contienen 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 las materias a que éste se refiere y requerir un punto de transición, o no incluyen disposiciones de esta naturaleza, o se incluyen con poca claridad. Además de estar justificado este método de trabajo por el artículo 12 Código civil, conforme al cual las deficiencias de las leyes que rijan materias especiales se suplirán por las disposiciones del Código mismo.

Nada heterodoxa es esta interpretación, reconocida ya por la jurisprudencia universal, 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 DPR 227); que “a menos que la letra de la ley exija determinada

(43) *Ibidem*, II, pág. 160.

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

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

(46) *Ibidem*, I, pág. 728.

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*, 1953, 75 DPR 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 requieren interpretarse de acuerdo con dicho Ordenamiento, entendido como unidad orgánica); por lo que "las leyes deben interpretarse dándose efecto a todas sus disposiciones sin omitir ninguna" (*Cabasa vs. Bravo*, 1914, 21 DPR 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 DPR 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 DPR 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", e indica 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 los regule de 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 podía 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 total del legislador el derogar concreta y detalladamente cada precepto que de-

sea extinguir, no es menos cierto que, como he intentado acreditar, hay elementos de juicio suficientes para que el intérprete acometa esta labor con esperanzas de no fracasar.

Después de todo lo cual, no tengo inconvenientes 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 presente caso, sí se ha interpretado retroactivamente, en ausencia de precepto similar al contenido en la sección segunda de la Ley de 1942, y contra la jurisprudencia aceptada.

b. *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 de 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...

1) *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 lo padres; y, en defecto de éstos, por sus herederos.

¿Se trata, efectivamente, 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 forzado; frente al cual está la declaración de filiación, que pueden facilitar los herederos si los padres hubieren fallecido (lo cual, es obvio recordarlo, podía realizarse voluntaria o forzosamente), ¿podremos pensar que la sección segunda de la Ley de 1942 prácticamente viene a establecer lo mismo? (47).

---

(47) Las leyes innovadoras, cuanto más las revolucionarias, lo son para modificar efectos y mejorar situaciones, no para simplemente modificar las denominaciones.

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

La última proposición de la sección segunda, citada, 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, 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, aunque la letra de la Ley se exprese de otro modo, que 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 la 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 hijos extramatrimoniales, que sólo tienen 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" (48).

González Palomino, jurista de calidad reconocida, ha usado en alguna ocasión un método de interpretación de resultados positivos. Así pudo lograr saber quien es "ella" en el artículo 1.156, Código civil. Como las leyes deben ser claras (aunque no vulgares), dicho jurista recurrió a la interpretación que el profesional es incapaz de hacer con frecuencia, dando a leer el texto a una persona ignorante de la técnica jurídica como medio de obtener así una lectura sencilla y clara de un precepto legal (que debe ser, si es de ley, sencillo y claro: Cfr. art. 14, C. c.). Personalmente, he usado este método para intentar conocer lo que el hombre de la calle puede pensar qué 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 motivos varios, es radical en cuanto al sentido que el hombre de la calle da al precepto; que, como suele ocurrir, coincide también con interpretación de matiz profesional, cual la aquí propuesta, que, susceptible de no ser perfecta, queda rodeada de un mínimo tecnicismo.

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, yéndo la Ley más allá admite que la declaración acerca de la filiación puedan realizarla, en defecto de los padres, las personas

---

(48) 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 ser su intención, debió manifestarla con claridad, pues la intención sólo puede conocerse cuando es evidente (arts. 1.233, párrafo segundo, 1.236, 1.237, 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 siguientes, o a la vulgar. Cuando el Código quiere especificar, lo hace (arts. 152, 154, 188); la falta de presencia, sin ser muerte, la expresa el legislador de forma similar (art. 160, 642, párrafo primero, con referencia al segundo del mismo precepto, C. c.).

con derecho a la herencia de éstos, también de modo voluntario, a todos los efectos legales (49).

Cuando esa actuación voluntaria no se lleva a cabo, es indudable que 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, 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 heredero 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 los alimentos, pasa a convertirse en hijo natural, con derecho al apellido, a los alimentos y con derecho a la porción hereditaria fijada por el Código civil.

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

## 2) *Derogaciones y modificaciones producidas en el articulado del del Código civil*

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.

---

(49) O a menos efectos, según la voluntad del reconocedor y del aceptante, si así lo acordaron, por ejemplo, en el aspecto patrimonial. Son renunciables los derechos, y contratables, en todo lo que no afecte el estado civil.

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 vigente, 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 (50), 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 (51), 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, C. c.), 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 de 1942 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 el correspondiente capítulo del Código civil, es decir, cuando se produzca una legitimación sin subsiguiente matrimonio realmente celebrado. Luego el precepto contenido en el artículo 124 no

---

(50) O noventa días después, por función del momento oficial en que debe considerarse en vigor. *Vide supra*, nota 5.

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

está derogado, como pensaba Muñoz Morales, sino que rige en parte. Puestos a imaginar una redacción, quizá pudiera escribirse: "La legitimación a que se refiere el artículo (...sección segunda de la Ley de 1942, que debe quedar insertado debidamente 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 de 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 sólo 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 de su familia.
3. Cuando la madre fue conocida viviendo en concubinato con el padre durante el embarazo, justificada por actos del mismo padre o de su familia.
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 de la identidad del hijo.

"El hijo mayor de edad no 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" (hoy Tribunal Superior) 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 del 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 (52).

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 (53). 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 afirma sin lugar a dudas (54). 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 debe ajustarse lo más exactamente posible, con independencia de que surja en la realidad la posibilidad o no de su aplicación.

Los artículos 126 y 127 permanecen igual (55).

El artículo 128, que Muñoz Morales estima derogado (56), queda, aunque de modo radical, sólo modificado. Dice el precepto, que "los hijos ilegítimos en quienes no concurra 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 cono-

---

(52) *Supra*, nota 45.

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

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

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

(56) *Ibidem*.

cidos. 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, de derecho nunca negado, con excepción de 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, podría ser: "Artículo 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 para 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 estima Muñoz Morales derogado el artículo 129, por iguales razones que cree derogado el artículo 128 (57). 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, la supresión de la expresión "hijos ilegítimos", ya improcedente.

## 7. *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, Código civil, edición 1930, antes de publicarse la Ley de 1942.

En *Correa vs. Sucesión Pizá*, 64 DPR 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 el Alto Organismo, que dichas acciones 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, Código civil, edición de 1930. Doctrina que mantuvo igual en otras decisiones (*Cruz vs. Andrini*, 66 DPR 124; *Fernández vs. Sucesión Fernández*, 66 DPR 881, etcétera). Conclusión conforme con la cual, y como recoge Calderón

(57) *Ibidem*.

(58), a los efectos de la jurisprudencia, por "acción voluntaria" se concibe sólo un reconocimiento efectuado en el acta de nacimiento, en testamento o en otro documento público, que incluye una declaración jurada (59).

Que esta interpretación ha sido exagerada por la jurisprudencia es algo que, como siempre que se trata de jurisprudencia, se demostró más tarde; teniendo que esperarse a la opinión mayoritaria recaída en el caso *Figueroa vs. Díaz*, 75 DPR 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 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 cuarta, de dicha Ley.

Bastante antes de 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 a la etapa de rigor para los hijos extramatrimoniales del 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

---

(58) CALDERÓN, *op. cit.*, pág. 102.

(59) De acuerdo con el artículo 31 de la ley número 24, de 22 de abril de 1931, según fue modificada por la ley número 17, de 12 de mayo de 1943, "cuando el reconocimiento de un hijo natural se hiciera 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 (en CALDERÓN, *op. cit.*, pág. 99, nota 198).

de la forma" (60). "Reconocer voluntariamente un hijo el padre es confesar la paternidad, y si es madre, la maternidad" (61). "El Código civil utiliza la palabra reconocimiento como sinónima de declaración del hecho biológico de la paternidad. Así, en los artículos 135, párrafo 1.º y 140, párrafo 2.º" (que tienen su correspondencia en los artículos 125, párrafo último y 129, párrafo 2.º, Código civil puertorriqueño), "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" (62).

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" (63).

Quiérase o no, esta misma idea late en la sección segunda de la Ley de 1942, al admitir que quienes no 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 debe sostener las consecuencias que de ese razonamiento se derivan, 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 hace 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 DPR 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 argumento de peso para seguir afirmando que el reconocimiento deja

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

(61) *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.

(62) *Ibidem*, II, págs. 629-630.

(63) CASTÁN TOBEÑAS, J., *Derecho civil*, cit., t. V, vol. II, pág. 53.

de ser negocio jurídico cuando no se trate de impugnarlo. Pues lo sensato y consecuente es que el reconocimiento tenga una determinada naturaleza jurídica; y en Derecho, las consecuencias o efectos son las que afirman la naturaleza jurídica.

El reconocimiento es, en efecto, un acto jurídico. Y los actos jurídicos requieren de una forma, tanto porque sin la 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 el Derecho.

García Trevijano Forte, resumiendo el pensamiento de Betti (64) y, además, exponiendo una construcción general unánimemente aceptada, ha podido, por ello, distinguir dos grandes grupos de actos exteriorizadores: aquéllos en que el sujeto agente exterioriza una intención o voluntad con cualquier medio plástico (*verbis, litteris, rebus*), y aquellos 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 misma, son una misma cosa y tiene 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 (Betti).

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

---

(64) GARCÍA-TREVIJANO FORTE, A., *loc cit.*, tema 30, citando a BETTI, *Teoría General del Negocio Jurídico*, trad. de Martín Pérez, Madrid, 1956.

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, pueden “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* (65), 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, y el estado de las personas debe fundarse en actos revestidos de máxima solemnidad, en cuanto ésta es garantizante del carácter de verdad. La mera circunstancia, pues, de que la reforma de 1911 mencionase el documento público es evidente que excluye el privado; 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 en la ley. Pero pretender esa misma formalidad para un “reconocimiento” realizado por personas a las que la aceptación de la filiación sólo afecta

---

(65) El consentimiento a los menores 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 prevista en el artículo 365 C. c.); la donación de cosa mueble sin entrega simultánea (art. 574 Código civil); 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 (1.165 C. c.); para capitulaciones matrimoniales y sus modificaciones (artículo 1.273, con la salvedad del artículo 1.276, C. c.); para la constitución del censo enfiteútico (art. 1.520 C. c.); para la sociedad en que se aportan inmuebles (art. 1.559 C. c.), etc., etc.

patrimonialmente, sería, en verdad, excesivo, pues el régimen patrimonial es mucho más simple que el régimen de las cuestiones de estado. 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 en el Código civil excluye el privado, el silencio del legislador es una 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 (66).

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 de 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 número 24, de 22 de abril de 1931, según se enmendó por la Ley número 117, de 12 de mayo de 1943).

Sin embargo, de todo lo dicho, la Ley de 1942 se interpretó siempre yendo más allá que la misma Ley; se incluyó en ella una limitación que la misma ley no contenía. Y, como acertadamente pudo opinar Negrón Fernández, “al hacerlo así, perdió de vista” (la interpretación judicial) “el hecho innegable y cierto de que bajo los dos primeros incisos del párrafo tercero de 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 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 del elemento de solemnidad que caracteriza el reconocimiento expreso en el acta de nacimiento o en documento público, constituyen actos tan voluntarios y espontáneos como éstos” (67).

---

(66) *Ibidem*.

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

### 8. 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— determinados en el Código civil. Derechos, por lo que aquí interesa, que se limitan al de alimentos (art. 128 C. c.), una vez establecida la relación paterno filial determinante.

Naturalmente, y como consecuencia ineludible, necesario para reclamar alimentos es instar el correspondiente juicio sobre filiación, único modo de acreditar ésta; de acuerdo también con el artículo 129, Código civil, a cuyo tenor el derecho de alimento 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, que expresamente reconozca la filiación".

Y para acreditar la 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, o que se decrete previamente la filiación al tiempo de pedir alimentos. Así lo ha entendido la jurisprudencia, al reconocer, en *Rivera vs. Cardona*, 56 DPR 819 (68), 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 sólo pronunciamiento, ya se dirija éste a la declaración de la paternidad y como 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 las circunstancias de que en un solo pleito puedan sustanciarse ambas cuestiones no significa que, forzosamente, hayan de instarse ambas cuestiones en un solo pleito. Piénsese que el actor en pleito de filiación sabe que, acreditando la misma, puede obtener los alimentos sin necesidad de

---

(68) *Ibidem*, pág. 94.

contención. ¿Para qué entonces plantear judicialmente algo que puede obtenerse por vía amistosa? Aparte de que, en Derecho, se trata de pretensiones radicalmente diferentes.

9. *Posibilidad de que los hijos ilegítimos no naturales puedan ampararse en 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*

Distinguido 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 puede realizarse un acto declarativo de la filiación, incluso en vida de los padres que pudieron efectuar el reconocimiento y no lo hicieron; valorando ésto, 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 es 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 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 relación 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 forzoso, 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 C. c.).

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 pudiesen alcanzar la calificación de naturales contra la voluntad de los padres. Es cierto que la Ley de 1942 no impide expresamente esa 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 la posición mantenida por la jurisprudencia. Cabe, por ejemplo, que, dándose una serie de acciones voluntarias, los llamados a reconocer o aceptar la filiación no lo hiciesen 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 procesal es obvio, pues es comprensivo de actuaciones 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, etcétera, etcétera, 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, sea la ley más susceptible de considerarse en sentidos, y significados diversos. Por lo que puede aprovecharse el momento para solicitar que se atienda debidamente este aspecto, dotando a las Cámaras Legislativas de los adecuados servicios de asesoramiento jurídico.

#### 10. *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 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 la redacción de parte de contexto de la Ley de 1942, del siguiente modo:

"Artículo 1. El título de la Ley número 229, aprobado en 12 de mayo de 1942, queda por la presente enmendado-

da 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”.

“Artículo 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 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.

’En caso de que los hijos a que se refiere esta sección 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’.

”Artículo 3. Toda ley o parte de ley que se oponga a la presente queda por ésta derogada.

”Artículo 4. Esta ley, por su carácter urgente y necesaria, empezará a regir inmediatamente después de su aprobación” (*sic*).

La Ley de 12 de mayo de 1945 no sólo reformó profundamente a 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”, insistiera 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 por el Código civil "de Puerto Rico" (¿de dónde, si no?).

La Ley de 1945, como posterior a la de 1942, sólo vino a regir desde el día de su entrada en vigor, es decir, el 12 de mayo de 1945 (según consignación que se hace en la Colección Legislativa). Consecuencia de lo cual es que cualquier planteamiento judicial efectuado antes de aquella fecha, o efectuado después, pero por función de hechos acaecidos antes de la misma (69), 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 (70); 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 (71). Y, explicablemente, no ha sido compartida por la jurisprudencia (*Peña vs. Sucesión Blendet*, 72 DPR 9; *Figueroa vs. Díaz*, 75 DPR 163; *Agosto vs. Javierre*, 77 DPR 471; *Eliciter vs. Sucesión Cautiño*, 70 DPR 432); aunque desde hace bastante años existen opiniones similares a la mía (de los magistrados Negrón Fernández, Belaval, etc.: *Eliciter vs. Sucesión Cautiño*; *Vargas vs. Jusine*; *Armaiz vs. Santamaría*, cuyas opiniones disidentes de la mayoría se acercan al mismo fin, aunque el recorrido se realice por distintos caminos).

#### 11. Breve referencia a derogaciones y modificaciones producidas por la Ley de 12 de mayo de 1945

Dejando a un lado el impacto que la Ley de 1945 implica para la redacción del Código civil, edición de 1930, en esencia la Ley de 1945 se limita a modificar —para los efectos del caso que motiva el presente estudio— la redacción de la sección segunda de la Ley de 12 de mayo de 1942 (principio 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 segundo párrafo, en el que se prevé, en ausencia de "reconocimiento" por acción voluntaria, los hijos ilegítimos podrían ser considerados como naturales al solo efecto de llevar el apellido. En el segundo, de

(69) Según la jurisprudencia puertorriqueña, como se indicó *supra*, *Morales vs. Cerame*, etc.

(70) *Ibidem*, págs. 400 y sigs.

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

modo mucho más amplio, al establecerse una referencia expresa al procedimiento regulado por 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, de dicha Ley, que hace con relación al procedimiento de reconocimiento obligatorio regulado por el Código civil, cabe plantearse: ¿Derogó la Ley de 1945 el artículo 127, 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 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 (72), 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 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 los 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 acción, tanto para ser reconocidos "naturales con el solo derecho al apellido", o 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

---

(72) *Op. cit.*, pág. 349.

12. Olivari et al vs. Olivari et al., *a la luz de la legislación aplicable en su día*

Al iniciar el comentario objeto del pleito de referencia, aceptaba sin condiciones el principio de que, en materia de filiación, la ley que rige es la vigente al momento de nacimiento, según ha entendido la jurisprudencia; sin perjuicio, desde luego, de tener mis propias ideas al respecto. También indicaba que dicho principio 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 principios debidamente, y he de considerar que ese “debidamente” se efectuó en 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 pleito tendrían la condición de hijos ilegítimos no naturales, con único y exclusivo derecho a alimentos, derecho realizable voluntariamente por los obligados (73) (realización factible sin necesidad de existir derecho alguno), o forzosamente, una vez determinada la filiación (*Falcón vs. Cruz*, 67 DPR 532; *Rivera vs. Cardona*, 65 DPR 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 veía modificado 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 la herencia (artículo 125, C. c., según entiendo que quedó enmendado por la sección segunda, en relación con la sección 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 su herencia (art. 125 C. c., en el sentido ya indicado de modificación) seguían teniendo la condición de hijos ilegítimos no naturales, siendo su único derecho el de alimentos.

a. *Condición de los actores en el pleito*

Considerando, como debió considerarse siempre, 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:

---

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

por reconocimiento forzoso (forzoso, por ausencia de formalización voluntaria acerca 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 calificar a los interesados como hijos ilegítimos no naturales, con derecho a alimentos por inferir la paternidad de escrito indubitado (así aceptado en la fase de prueba).

#### b. Actuación en primera instancia

Es evidente que los actores no tuvieron un asesoramiento adecuado al instar la demanda para “que se declare con lugar la presente... y en su consecuencia 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, para que la adjudicación lo fuese del derecho a llevar el apellido, del derecho de alimentos y del derecho a la cuota hereditaria legalmente determinada en el Código civil. Tres, porque solicitar solamente el reconocimiento del estado civil de hijos naturales establecido por actos voluntarios, para sólo pedir se conceda el derecho al apellido, pueda llegar a entenderse como una renuncia a los restantes derechos, que por ser patrimoniales sí son renunciables desde luego (art. 4, C. c.).

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 hubiera sido plantear la cuestión 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 (hoy, Tribunales Superiores) para emitir sentencias, autos y decisiones declarativos de derechos. O sea, hubiese sido más adecuado un planteamiento *ex parte* con citación especialísima a los herederos del señor X (citación pre-

ceptiva, además); en cuyo caso, e hipotetizando que dichos herederos no se personasen, como ocurrió en lo contencioso, considerar dicha ausencia de personación como una manifestación de voluntad por omisión (acción voluntaria a todos los efectos), que, al recogerse en sentencia judicial, 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 los padres comunes, 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 alguna 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 triunfar los actores.

### c. *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 (art. 1.802 C. c.). 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 razones, tiene muchos motivos para explicar equívocos, que los que puedan reconocerse al profesional, que no adjudica derechos, no es menos cierto que, también a efectos oficiales, por ser los jueces los intérpretes únicos del Derecho, están obligados a conocer éste en su fase positiva enteramente (arts. 2 y 7, párrafo segundo, C. c.), así como la jurisprudencia, que les vincula dentro de la unidad orgánica de la Judicatura.

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 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*; 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 el 12 de mayo de 1945. Si el magistrado hubiese aceptado la aplicación de la sección

segunda de la Ley de 1942, que es la que regía el caso, debió declarar a los actores: o hijos naturales reconocidos por acción voluntaria de padres y herederos de éstos (solución que le impedía la jurisprudencia del Tribunal Supremo), 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 hacer adjudicaciones no solicitadas) y no por afirmación de la Ley; en el segundo, no podía adjudicar derecho al uso de apellido alguno, pues, siendo de aplicación el Código civil, edición 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 el fallo 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 (74), es incurrir en un obscurantismo legal positivo difícilmente explicable. 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 en virtud de lo dispuesto en la sección segunda de la Ley de 1942, así como en toda la Ley de 1945 por sentido contrario, no se 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 estos últimos en el pleito, por lo que su actitud es declaración de voluntad por omisión: *qui tacet consentire videtur, si debuisset et potuisset*), en cuyo caso la sentencia no debió limitar los derechos al uso del apellido solamente (75).

Tampoco es sencillo de 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

---

(74) 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 anteriores a su entrada en vigor y las acciones ejercitadas en cualquier momento con relación a hechos acaecidos antes del 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.

(75) "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" (Matias vs. Rodríguez, 1956, 79 DPR 14).

les consideraba hijos naturales...”, se atreve el magistrado a declararlos como tales, para, además, adjudicar a la declaración efectos de un reconocimiento no voluntario, según los reguló la Ley de 12 de mayo de 1942, invocado por los demandantes Y sigue sin comprenderse por qué el magistrado entiende que la 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 bajo las disposiciones de la Ley de 1942, sección segunda concretamente, por virtud de reiterados fallos jurisprudenciales en el sentido ya hartamente conocido.

#### d. *Otra actuación judicial, en primera instancia*

Casi diez años después de firme la sentencia que puso fin al pleito antes aludido, todos los demandantes en el mismo, con excepción de uno de ellos, fallecido (lo que impide la perfecta identidad de personas) (76), 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 en extenso, atendiendo desde luego a la instancia de una de las partes. Sin perjuicio de reconocer el 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 despacio 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 acertado 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 a sus padres.

---

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

El fundamento segundo, al establecer que “no siendo los demandantes hijos naturales...”, plantea el problema del valor que la sentencia recaída en el primer pleito —que sí declaró a los actores “hijos naturales”—, tenga en este segundo. 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 correspondiese o no). Y si tiene un contenido de nulidad, en esta segunda contención el juez debió de 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, la cual claramente limita tales derechos al solo 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 (fundamento 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 la 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 una concesión tácita. Y ésta era, además, la situación cuando estaba vigente el Código de Enjuiciamiento civil. Y como el sistema del Derecho puertorriqueño lo es a instancia, de parte, la parte es quien viene obligada a defenderse.

Es igualmente desafortunada la aclaración realizada en la sentencia, de que “se nos ocurre pensar que pudiendo haber los demandados 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” (77), o, lo que es lo mismo, que se acepta la identidad de acciones y la razón de cosa juzgada. No pareció estimar el Tribunal que los actores en este pleito eran todos los del primero, me-

---

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

nos uno, fallecido, actuando aquéllos de herederos de éste, y en la porción que así pudieren resultar. ¿Dónde está, pues, la identidad de personas. Además, en el primer pleito se planteaban cuestiones de filiación, y en este segundo se pretenden derechos a un caudal hereditario. ¿Dónde está la identidad de cosas? Por todo ello, ¿dónde está la identidad de acciones? Finalmente, pedir cosas distintas en diferentes procedimientos no es fraccionar la causa de acción, sino, en la hipótesis que se observa, no haber acumulado acciones, lo que es diametralmente distinto.

Creo, pues, que la sentencia contiene contradicciones suficientes para afirmar que en la misma, y con total independencia de la cuestión de fondo, se produce infracción de ley, que es manifiesta en cuanto a la pretendida posibilidad de acumulación de acciones; y como aquí también la jurisprudencia, muy exactamente, ha exigido siempre *la más perfecta identidad* de personas, de cosas y de 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 de revisión en ambos efectos.

Lástima, que en el Tribunal Supremo la misma fuese desestimada. Lástima, porque hubiese sido muy interesantes que el Alto Organismo hubiera entrado a fondo, tanto en aspectos procesales como en materias sustantivas. Lástima, también, porque al desestimar el recurso, el Tribunal Supremo lo despachó en una sola hoja, con cuatro renglones escritos, sin hacer indicación alguna de razón o motivo en que se fundase la desestimación. Siempre he creído conveniente razonar las estimaciones como las desestimaciones, pues ambas, indistintamente, ayudan a la formulación de criterios; siempre, porque, siendo la función jurisprudencial una labor intelectual, los fallos deben tener su explicación intelectual, o razonamiento, no debiendo despacharse al estilo de las viejas disposiciones que dictaban las monarquías, que quedó luego como fórmula de suficiencia: “Yo, el Rey, he tenido a bien disponer...”.

## NOTICIAS

### Una importante aportación de la doctrina portuguesa al Derecho de obligaciones

La reciente reforma del Código civil portugués ha originado ya un apreciable número de obras, de diverso nivel científico, sobre el Derecho de obligaciones, entre las que cabe mencionar, por orden cronológico de publicación, las siguientes:

COELHO, *Obrigações*, 1967.

COSTA, *Direito das Obrigações*, 1968.

BASTOS, *Das obrigações em geral segundo o código civil de 1966*, 1972.

Entre todas ellas destaca por su empaque doctrinal, al par que por sus excelentes cualidades didácticas la del profesor João de Matos Antunes Varela, *Das obrigações em geral*, cuya primera edición apareció en 1970 y cuyo primer volumen de la segunda edición acaba de ver la luz (1). Hay que convenir que pocas personas tan preparadas para acertar en la interpretación del nuevo Código como el profesor A. Varela, dada su relevante participación en la elaboración del mismo, que ha rendido espléndidos frutos ya en la importante labor exegética que ha desarrollado en colaboración con el profesor Pires de Lima (2), y que ahora se manifiesta en una importante tarea de elaboración dogmática.

La segunda edición está notablemente enriquecida, no sólo en extensión (lo que ha obligado al autor a distribuir la materia en dos volúmenes), sino en el aparato bibliográfico. Es de justicia señalar la especial atención prestada por el autor a la doctrina española actual, tanto en la referencia a obras generales (de las que cita a Castán, De Castro, Espín, Hernández Gil, Puig Brutau y, de modo particular, a Díez Picazo), como a monografías e, incluso, artículos de revista (casi siempre el ANUARIO DE DERECHO CIVIL y la Revista de Derecho Privado) (3).

Como es sabido, el nuevo legislador portugués ha seguido fundamentalmente el plan de distribución de materias del B. G. B. El libro segundo dedicado al Derecho de obligaciones, comprende los artículos 397 a 1.250. Trata de la Parte General el primer título, distribuido, a su vez, en ocho capítulos, que se ocupan, respectivamente, de las disposiciones generales, fuentes de las obligaciones, modalidades, transmisión de créditos y deudas, garantía general de las obligaciones, garantías especiales, cumplimiento y no cumplimiento de las obligaciones, causas de extinción de las obligaciones además del cumplimiento. Es de notar que el

---

(1) JOAO DE MATOS ANTUNES VARELA, *Das obrigações em geral*, 2.<sup>a</sup> edição, volume I, Coimbra 1973, 814 págs.

(2) FERNANDO ANDRADE PIRES DE LIMA, JOAO DE MATOS ANTUNES VARELA, *Código civil anotado*, vol. I (1967), vol. II (1968), vol. III (1972), Coimbra Editora Limitada. La obra publicada comprende hasta el art. 1575 inclusive, es decir, la Parte General, el Derecho de Obligaciones y el Derecho de Cosas.

(3) La cita de autores y obras españolas se hace impecablemente por lo que destaca más la incorrección cometida en la p. 190, nota (2), al citar un artículo de Ferrandis Vilella, por su segundo apellido.

nuevo Código ha regulado íntegramente la prenda y la hipoteca, junto con la fianza, en el capítulo relativo a las garantías específicas de las obligaciones, materia que el autor, con buen criterio, deja fuera de su estudio.

A. Varela sigue muy de cerca al Código civil en la sistemática de su obra, y distribuye la materia de este primer volumen en tres grandes capítulos, dedicados a una amplia Introducción (pp. 11-186), a las fuentes de las obligaciones (pp. 187-573) y a las modalidades de las obligaciones (pp. 575-796).

Define la obligación en sentido técnico como «el vínculo jurídico por virtud del cual una persona tiene el poder de exigir de otra cierto comportamiento (prestación), para satisfacción de un interés digno de protección legal». El discutido problema de la patrimonialidad de la prestación aparece resuelto por el legislador portugués al disponer el artículo 398, 2: «la prestación no necesita tener valor pecuniario, pero debe corresponder a un interés del acreedor digno de protección legal». Se muestra partidario de la doctrina clásica al exponer críticamente la naturaleza jurídica de la obligación, así como de la distinción con los derechos reales, refutando especialmente la construcción de Giorgianni. Finaliza la parte introductoria con una exposición de las diferencias entre los derechos de crédito y los derechos de familia y sucesorios.

A juicio del autor, las innovaciones más importantes introducidas por el nuevo Código, son las siguientes:

a) Consagración del principio de buena fe, tanto en la preparación y formación de los contratos como en el cumplimiento de la obligación y en el ejercicio del derecho correspondiente.

b) Condenación del abuso de derecho.

c) Imposición con carácter general del deber de restituir en todas situaciones de enriquecimiento sin causa.

d) Reconocimiento de la obligación natural como figura de carácter general.

e) Posibilidad de resolución o modificación del contrato por alteración anormal de las circunstancias vigentes al tiempo de su celebración.

f) Ampliación del círculo de negocios usurarios sancionados con la anulabilidad del acto.

El nuevo Código no contiene una norma que enumere las fuentes de las obligaciones, pero de su regulación resulta el cuadro de las admitidas (contratos, negocios unilaterales en los casos previstos por la ley, gestión de negocios, enriquecimiento sin causa y responsabilidad civil). Es de notar que el autor, al exponer las fuentes de las obligaciones, hace el estudio detallado de cada una de ellas, de suerte que en este lugar se encuentra la doctrina general del contrato (pp. 196-316), así como el estudio pormenorizado de la gestión de negocios (pp. 328-350), enriquecimiento sin causa (pp. 350-396) y responsabilidad civil (pp. 397-573), abrazando este último el supuesto de responsabilidad por culpa, por riesgo y por hechos lícitos. Se ocupa A. Varela, con amplia información bibliográfica, de las llamadas relaciones contractuales de hecho, pronunciándose a favor de la innecesariedad de la categoría. Hay que destacar que el nuevo legislador, en el artículo 408, atribuye eficacia real a los contratos, siguiendo el precedente del artículo 715 del Código derogado, alineándose así junto al Derecho francés e italiano; el artículo 413 atribuye también eficacia real al contrato de promesa de enajenación o gravamen de inmuebles o muebles sujetos a registro. El

autor se muestra muy moderado respecto a los negocios unilaterales como fuentes de obligaciones, admitidos por el artículo 457, pero sólo en los casos previstos por la ley; sostiene que en el caso de la promesa de cumplimiento o del reconocimiento de deuda no existe propiamente fuente autónoma de obligación, sino que crean una presunción de existencia de una relación negocial o extranegocial que es la verdadera fuente de la obligación.

El capítulo tercero se dedica a exponer las modalidades de las obligaciones: obligaciones naturales y civiles, de sujeto activo indeterminado, obligaciones conjuntas y solidarias, divisibles e indivisibles, específicas y genéricas, acumulativas, alternativas y con facultad alternativa, pecuniarias, de juro (4) y de indemnización.

Muy modestamente califica el autor a su propia obra como «colección debidamente ordenada de *prelecciones escritas* que pretenden por encima de todo ser un instrumento permanente de trabajo. Es una exposición que procura guiar y acompañar al alumno, enseñándole a razonar y a juzgar, sin prescindir de su esfuerzo de reflexión, desde la corteza de las situaciones de hecho, muchas veces proporcionadas por la experiencia instructiva de los Tribunales, hasta el coronamiento de la respectiva disciplina jurídica. En la fijación de soluciones la obra procura basarlas en el terreno sólido de las leyes y en las sugerencias utilísimas de los trabajos preparatorios del nuevo Código civil, sin desdeñar las provechosas enseñanzas de la doctrina más calificada, nacional o extranjera». Al acabar la lectura de este excelente Manual se convence el lector de que la obra es mucho más que unas simples prelecciones escritas, que puede alinearse junto a las mejores obras extranjeras, que constituye una introducción excelente al nuevo régimen portugués de obligaciones, y que posee inestimables cualidades de claridad y sistematización que le asegurarán amplia difusión en los medios universitarios.

GABRIEL GARCÍA CANTERO

---

(4) Se trata de una típica terminología portuguesa que puede traducirse aproximadamente por obligaciones de intereses. En sentido vulgar, dice el autor (p. 727, nota 1), los juro son la compensación pecuniaria debida por la utilización temporal de un capital ajeno. Técnicamente los define como «frutos civiles constituidos por cosas fungibles que representan el rendimiento de una obligación de capital. Varía su cuantía en función de tres factores que son: a) el valor del capital debido; b) el tiempo durante el cual se mantiene la privación del mismo para el acreedor; c) la tasa de remuneración fijada por ley o estipulada por las partes. Por regla general, tanto el capital como los juro consisten en valores pecuniarios... Pero nada excluyen en principio la posibilidad de que cosas fungibles de otra naturaleza, o aun cosas no fungibles, devenguen juro, desde que se traduzcan en una obligación periódica correspondiente al capital expresado en las cosas».



# BIBLIOGRAFIA

## LIBROS RECIBIDOS

- ALBALADEJO (Manuel). *Instituciones de Derecho civil. I. Parte general y Derecho de obligaciones*. Segunda edición. Librería Bosch. Barcelona, 1972; 776 págs.
- ALBIOL MONTESINOS (Ignacio). *Representación sindical en España*. Un estudio sobre la normativa electoral sindical. Editorial Tecnos. Madrid, 1972; 429 págs.
- ALONSO PÉREZ (Mariano). *El riesgo en el contrato de compraventa*. Prólogo del profesor Pablo Beltrán de Heredia. Editorial Montecorvo. Madrid, 1972; 524 páginas.
- ALVAREZ VIGARAY (Rafael). *La resolución de los contratos bilaterales por incumplimiento*. Universidad de Granada, 1972; 247 págs.
- CÁMARA ALVAREZ (Manuel de la). *Estudios de Derecho mercantil*. Centro de Estudios Tributarios. Madrid, 1972. Volumen primero, 588 págs. Volumen segundo, 559 págs.
- CARRANZA (Jorge A.). *Los trasplantes de órganos*. Editores platense. La Plata, 1972, 92 págs.
- COLEGIO SINDICAL NACIONAL DE AGENTES DE SEGUROS. *El seguro privado en España*. Problemas actuales, 481 págs.
- COLOMBO (Giovanni E.). *Il trasferimento dell'azienda e il passaggio dei crediti e dei debiti*. Pubblicazione dell'Istituto di Diritto privato italiano e comparato dell'Università di Milano. Cedam. Casa editrice Dott. Antonio Milani. Padova, 1972; 242 págs.
- FAIRÉN GULLÉN (Víctor). *Problemas del proceso por peligrosidad sin delito*. Editorial Tecnos, 1972; 246 págs.
- GARCÍA DE ENTERRÍA (Eduardo). *La administración española*. Tercera edición. Alianza editorial. Edición de bolsillo. Madrid, 1972; 165 págs.
- GARCÍA DE ENTERRÍA (Eduardo). *Revolución francesa y administración contemporánea*. Taurus Ediciones. Cuadernos Taurus, 113. Madrid, 102 págs.
- LAFARGA LIRIA (Martín). *Ponencia sobre la regionalidad o vecindad civil*. Redactada por Martín Liria Lafarga bajo la dirección de José Luis Lacruz Berdejo. Jornadas de Derecho foral. Jaca, 27-31, agosto 1972. Zaragoza, 1972. 122 págs.
- MUÑOZ SABATÉ (L.). *La prueba de la simulación. Semiótica de los negocios jurídicos simulados*. Editorial Hispano Europea. Barcelona (España) 1972; 420 págs.
- ORGANISATION DE COOPERATION ET DE DÉVELOPPEMENT ECONOMIQUES. AGENCE POUR L'ÉNERGIE NUCLEAIRE. *Législations nucléaires. Etude analytique. Reglementation relative aux installations nucléaires et à la radioprotection*. París, 1972; 542 págs.
- PÉREZ DE LA CRUZ BLANCO (Antonio). *La reducción del capital en sociedades anónimas y de responsabilidad limitada*. Prólogo de Aurelio Menéndez. Studia Albornotiana, dirigidos por Evelio Vendera Tuell. Publicaciones del Real Colegio de España en Bolonia. Zaragoza, 1972; 350 págs.
- PIRES DE LIMA (Fernando Andrade) e JOAO DE MATOS ANTUNES VARELA. *Código civil anotado*. Volume III (Artigos 1251° a 1575°). Coimbra Editora, Limitada, 1972, 633 págs.
- SANTORO PASSARELLI (Francesco). *Nozioni di Diritto del Lavoro*. Venticinquesima edizione. Casa editrice Dott. Eugenio Jovane. Napoli, 1972, 279 págs.
- RUIZ VADILLO (Enrique). *Introducción al estudio teórico-práctico del Derecho civil. 5.ª edición (Modificada y ampliada)*. Prólogo del Excmo. Sr. D. Antonio Hernández Gil. Editorial Ochoa. Logroño, 1971-1972, 567 págs.

---

(1) En esta Sección se da cuenta de los libros recibidos, sin perjuicio de publicar en su caso, más tarde, reseñas bibliográficas o notas críticas sobre ellos; de este modo se evita retrasar su noticia a los lectores.

- URIBE VARGAS (Diego). Los derechos humanos y el sistema interamericano. Instituto de Cultura Hispánica. Ediciones del Instituto de Cultura Hispánica. Madrid, 1972, 359 págs.
- VÁZQUEZ BOTE (Eduardo). *Derecho civil de Puerto Rico*. Con la colaboración de Federico Puig Peña y Enrique Angulo. FAS, Ediciones Jurídicas. Old San Juan, P. R. Tomo I. Volumen I. Introducción-Parte general, 716 págs. Tomo I. Volumen 2. Parte general (continuación). 646 págs.

## LIBROS

- ALARCAO (Rui de): "A confirmação dos negócios anulaveis". Vol. 1. Atlantida editora. S. A. R. L. Coimbra 1971, 251 págs.

El autor de la obra aquí reseñada piensa dedicar al estudio de la confirmación dos tomos; el primero, que ahora se examina, se limita a tratar el concepto de la confirmación, los presupuestos de la confirmación (objeto, capacidad, legitimación, consecuencia de la falta de presupuestos) y la declaración confirmatoria.

Para el lector español, este libro tiene especial interés por dos motivos. Uno, el de que se considera la confirmación en base al artículo 288 del moderno Código portugués de 1966. El otro, ver los problemas de la confirmación como: 1, cuestiones de calificación o distinciones; 2, como cuestiones de regulación, régimen o normativas; 3, como cuestiones de ordenación, construcción o intelectivas.

La confirmación se define: acto por el cual un negocio anulable es declarado sanado por la persona o personas a las que compete el derecho de anular. Concepto que se aplica al distinguir la confirmación de las figuras afines, promesa de confirmación, renuncia al derecho de anular, renovación del negocio, convalescencia por transcurrir el plazo de la anulación, ratificación del negocio y casos legales de confirmación impropia.

La declaración confirmatoria (tomando así partido en la discusión doctrinal) es calificada como declaración unilateral no recepticia. Se estudian la declaración formal, la expresa y la tácita.

El libro del que damos cuenta constituye un estudio muy cuidado, que muestra una excelente información (recoge bien la literatura jurídica española, francesa, italiana y alemana), que tiene el especial mérito de exponer con claridad y buen orden las cuestiones que plantea la confirmación de los negocios anulables.

R

- ARANZADI: "Legislación Civil. Código civil". Pamplona 1973, 1529 páginas.

La Editorial Aranzadi anuncia que se propone ofrecernos una nueva colección de textos legales titulada *Legislación civil*, la que comprenderá las siguientes obras: Código civil, leyes civiles sustantivas, Leyes procesales, Leyes mercantiles, Leyes hipotecarias. Posiblemente que también en las Leyes civiles sustantivas se incluyan las Compilaciones y Fueros de los territorios de Derecho especial o foral;

aunque, como se recordará, el Fuero Nuevo de Navarra comprenda disposiciones que exceden del ámbito de las leyes civiles.

El primer tomo publicado, que se dedica al Código civil, proporciona al estudio del Derecho un instrumento de trabajo de la mayor utilidad. Contiene, al lado de cada artículo del Código, una referencia detallada de los otros artículos del mismo con él conexos, una muy completa mención de leyes, reglamentos y demás disposiciones legales que con dicho artículo se relacionan y, sobre todo, se recoge ampliamente la jurisprudencia del Tribunal Supremo a su respecto. Las citas a las sentencias del Tribunal Supremo han sabido hacerse uniendo la máxima concisión a la debida claridad. Creo que con ello tendrán los profesionales del Derecho una guía preciosa, en especial para la utilización de la jurisprudencia.

El examen hecho de este libro por muestreo, parece demostrar lo cuidado y completo del trabajo realizado. La consulta de la jurisprudencia se facilita con la referencia a los textos del Repertorio de Jurisprudencia de Aranzadi (citados con una R) y a la Colección de Jurisprudencia civil (para las Sentencias anteriores al Repertorio y citados con las siglas J. C.). El número de sentencias recogidas es verdaderamente impresionante; por ejemplo, respecto al artículo 1.902, las sentencias citadas llenan treinta y una páginas, impresas en letra pequeña.

Completa el libro un bien hecho y detallado índice de los conceptos o términos empleados en el texto del Código civil. El lector hubiera agradecido algo más, que se hubieran recogido términos técnicos considerados hoy fundamentales, los cuales se apoyan en el mismo articulado del Código y que han sido recogidos, destacados y elaborados por las sentencias del Tribunal Supremo, en sentencias citadas precisamente en la obra reseñada. Hubiera facilitado mucho el trabajo profesional, siempre apremiado por la falta de tiempo, la inclusión en el índice de términos tales como, por ejemplo, analogía, autocontrato, enriquecimiento injusto, fraude a la ley, negocio fiduciario.

Todavía importa señalar la buena presentación del libro, en especial la claridad de la letra pequeña en que se han impreso las notas dedicadas a concordancias con artículos del Código y disposiciones legislativas y a las citas de las sentencias del Tribunal Supremo.

R. E. D.

**BAGNULO (Raffaele): "Le acque pubbliche nella giurisprudenza". Raccolta sistematica de giurisprudenza commentata. Diretta del Prof. Mario Rotondi dell'Università di Milano. Edizioni Cedam. Padova 1973, 257 págs.**

Como su nombre indica, este libro del que damos cuenta, se ocupa de la jurisprudencia italiana sobre aguas públicas. Habrá de interesar sobre todo a los especialistas de Derecho administrativo. Para el cultivador del Derecho privado es también de interés, en cuanto la determinación de cuáles son aguas públicas es correlativa a la fijación de cuáles sean aguas privadas.

La obra comprende cuatro capítulos, que se ocupan de: la publicidad de las aguas, utilización de las aguas públicas, la relación de utilidad hídrica y el contencioso de las aguas públicas. Recoge sentencias de tribunales italianos de los años 1932 al 1970.

R.

**D'ORS PEREZ-PEIX, Alvaro: "El regionalismo jurídico". La Coruña, 1973. Edición separada del Boletín del Ilustre Colegio de Abogados de La Coruña. Un fascículo de 15 págs.**

El tema de los Derechos forales —como el propio profesor d'Ors afirma— es uno de los más interesantes que presenta hoy la política del Derecho en España. La actualización del foralismo español creemos que no deja de tener sus conexiones con la tendencia general que presentan muchas naciones hacia un regionalismo, en cuanto concepción superadora de la crisis en que ha entrado el centralismo estatal y autoritario, dando paso cada vez más a los federalismos regionales, tanto en las administraciones de tipo capitalista como socialista.

La defensa del regionalismo jurídico que presenta el ilustre profesor viene enraizada en toda una concepción del Derecho de la tradición escolástica occidental, cuya meta es la libertad de la persona humana y la defensa del bien común en las relaciones sociales. Estamos, pues, ante un escrito en el que también se reflexiona sobre las verdades más fundamentales sobre el modo de proceder en justicia dentro de nuestras relaciones de convivencia.

El análisis de los criterios que presidieron el Congreso de Zaragoza de 1946 hasta la actualidad, en que se ve culminado el programa entonces trazado respecto a las compilaciones que recogían los particularismos forales, conducen al profesor d'Ors a un examen de los pros y de los contras que implican una política jurídica basada en el regionalismo. Para ello, parte de su ya conocida concepción judicial del Derecho, peculiarmente expuesta en sus anteriores obras y escritos, en la que destacan las diversas misiones que políticos y científicos tienen en la realización del Derecho. Al concebir todo Derecho como un producto de la jurisprudencia, concluirá como todo Derecho regional debe ser producto de una jurisprudencia regional. De ahí su creencia de que se deba reservar a los juristas de cada región la elaboración de un Derecho propio que no sea simplemente una mera conservación de residuos del pasado, sino un Derecho foral de cara al futuro.

Entre los diversos argumentos de posible objeción que rebate nuestro gran romanista, está el tan fundamental que crea esta pluralidad jurídica contra la unidad nacional, la que entiende más como «superstición de la unidad», pues, opina que la unidad en este terreno de la convivencia humana debe servir siempre al bien común y el problema debe resolverse entonces por la mayor o menor adecuación de la unificación jurídica al bien común de los hombres a los que tal unificación se quiere imponer. Ahora bien, parece evidente —añade— que la unidad adecuada al bien común de la sociedad natural e históricamente diversificada por regiones es aquella que respeta tal diversidad como trascendente para aquellos niveles del ordenamiento jurídico que, no sólo toleran, sino que requieren un mayor ajuste a las diferencias naturales.

Donde el análisis de la defensa del regionalismo jurídico, que hace el profesor d'Ors, alcanza una profundidad de pensamiento universal es al enfrentarse con el presente proceso de progresiva tecnificación del mundo de nuestros días, donde se ve el declive hacia una situación totalmente deshumanizada e inviable. Enfrentándose con los hechos sociales actuales insiste en que se debe separar las funciones de potestad, es decir, de gobierno, de las funciones de autoridad, y aquellas de ciencia y consejo, para defender la libertad humana y superar la

confusión que el Estado moderno ha impuesto hasta el punto de hacer creer que sólo quien detenta la potestad tiene autoridad. También advierte el hecho de que el Estado moderno se haya producido en forma legislada, es decir, por el mismo conducto en que se impone el orden de planificación, confundiendo así los límites y siendo necesaria una recuperación en la distinción esencial si no queremos profundizar aún más la grave crisis del Derecho que aflige a nuestro tiempo.

Al lector que se interese por este tema tan apasionante, debemos advertirle la riqueza de pensamiento del profesor d'Ors tanto del regionalismo en particular, como de las cuestiones fundamentales sobre el ordenamiento jurídico, para que el mismo pueda sumergirse en la plenitud de los argumentos en torno a la defensa del regionalismo jurídico o de su contrarréplica.

José BONET CORREA

**FERNANDEZ MARTIN-GRANIZO, Mariano: "Los daños y la responsabilidad objetiva en el Derecho positivo español". Editorial Aranzadi. Pamplona 1972, 511 págs.**

El libro de Fernández Martín-Granizo constituye una aportación en extremo valiosa a la doctrina española en materia de culpa aquiliana.

La impresión primera del lector es de asombro, por la extraordinaria erudición de que hace gala el autor; son innumerables los datos históricos recogidos, las citas de autores antiguos y modernos, españoles y extranjeros y de leyes de los más diversos países. Cantidad de referencias que va unida a su calidad y a la adecuación al contenido de la obra.

La obra reseñada puede considerarse constituida por dos partes. La primera, que es en verdad una «parte general» de la responsabilidad objetiva, y una «parte especial», en la que se examinan las disposiciones legales pertinentes.

El jurista práctico encontrará de gran utilidad la que hemos llamado «parte especial». En ella está el estudio detallado de los preceptos legales respecto a la navegación aérea (cap. V), a los accidentes causados por automóviles (cap. VI), a la obligación de indemnizar en la legislación ferroviaria (cap. VIII) y a la obligación de indemnizar en los supuestos de accidentes acontecidos en teleféricos, telesillas, telesquíes, etc. (capítulo VIII). En esos capítulos hallará el lector el estudio de los supuestos legales y de los otros casos que, aunque no regulados por las leyes pueden presentarse en la vida práctica.

Comienza la obra con una introducción, que está dedicada a la «Evolución histórica de la llamada responsabilidad objetiva». En ella se recogen datos curiosos y poco conocidos sobre la materia, desde las leyes de civilizaciones primitivas hasta las de la época contemporánea.

Los capítulos II, III y IV llevan los títulos de «Problemática de la llamada responsabilidad objetiva» (capítulos II y III) y de «Los límites de esta obligación y la determinación del sujeto obligado» (capítulo IV). Constituyen lo que hemos podido llamar «parte general» de la obra, en la que se nos da la fundamentación dogmática de la construcción propuesta por el autor. La tesis de Fernández Martín

Granizo, en sus líneas centrales, es conocida de los lectores del ANUARIO. Su meollo fue expuesto en el agudo trabajo que en él se publicó, bajo el título de *¿Responsabilidad objetiva u obligación legal de indemnizar?* (Notas sobre su naturaleza jurídica) (A.D.C. XVIII, III, 1965, pp. 663-690). Ahora se reproduce ampliándolo y desarrollándose con unos estudios sobre la problemática, adecuación y aspectos gramatical y conceptual del término «responsabilidad», de la construcción categorial y teleológica de la llamada «responsabilidad sin culpa» y del concepto de «imputabilidad».

Las tesis del autor bien merecen una exposición y estudio especial y detallado, que aquí no cabe hacer. El estudio sobre el término «responsabilidad» parece probar ser de uso relativamente moderno, pues no se generaliza hasta el siglo XIX. Ello, ciertamente, no es razón para evitarlo. Lo que importa en su utilidad, ¿confunde o sirve para expresar con claridad el sentido de la ley? Fernández Martín-Granizo parece haber demostrado que el término «responsabilidad objetiva» no es afortunado y que es más apropiado hablar de «obligación legal de indemnizar». Entonces, esta obligación, nacida de la ley (art. 1.089 C. c.), será aquella de cuyo cumplimiento responde el deudor con todos sus bienes presentes y futuros (artículo 1.911 C. c.).

El estudio hecho por el autor del concepto «imputación» supone una novedad en la doctrina civilista, pues hasta ahora parece estar en el coto reservado de los penalistas, quizá para entendernos mejor, cabría atenerse a la etimología inmediata de la palabra («im-putare»), «poner a cuenta de» y considerar imputable a alguien el acto o hecho que se le atribuye, que origina una obligación y por el que habrá de responder.

R.

**GOMEZ-FERRER MORANT (Rafael):** “Las zonas verdes y espacios libres como problema jurídico”. Prólogo de Eduardo García de Enterría. Editorial Tecnos. Madrid 1971, 283 págs.

En este tiempo en que la preocupación ecológica ha llegado a ser general, este libro adquiere la máxima actualidad. Se trata de la regulación y defensa de las zonas verdes en las ciudades, del estudio exegético y crítico de la Ley de 2 de diciembre de 1963 sobre zonas verdes.

El interés cotidiano de las cuestiones suscitadas por dicha Ley es evidente. La Ley sobre Zonas Verdes se encuentra en el centro del forcejeo entre los representantes del interés común en las ciudades y los grupos de presión constituidos por los dueños de terrenos y por las constructoras.

El libro de Gómez-Ferrer se divide en tres partes. La primera parte está dedicada al examen del sistema legal en materia de espacios libres y zonas verdes. La parte segunda examina si el sistema adoptado es o no adecuado para asegurar la consecución del interés público concretado en la realización de las dichas zonas y espacios, para lo que se estudian las diversas técnicas empleadas para lograr su descalificación. Termina el libro con una tercera parte, con el título de «Posibles vías de solución», en la que se estudian «las soluciones que puedan adoptarse para

conseguir que las zonas verdes y espacios libres pasen del proyecto a la realidad, sin volatilizarse en el camino que es necesario recorrer para su realización efectiva».

La valoración de este libro no viene dada por quien tiene la mayor autoridad en la materia; sea permitido, por ello, reproducir lo que dice Eduardo García de Enterría. Sus palabras son éstas: «La importancia del presente libro de Rafael Gómez-Ferrer es justamente la de afirmar, de manera definitiva, la fase monográfica de nuestro Derecho urbanístico. Estamos en presencia de una magnífica monografía, posiblemente la más lograda en nuestra ya no corta bibliografía jurídica urbanística. Como en los buenos estudios de otra clase, se pone a prueba en realidad la concepción general de la disciplina y queda decisivamente iluminada».

R.

**KRUSE, Heinrich Wilhelm: "Das Richterrecht als Rechtsquelle des innerstaatlichen Rechts". Tübingen, 1971, Editorial J. C. B. Mohr (Paul Siebeck). Un volumen de 20 págs.**

El ensayo de este autor, en defensa de la jurisprudencia como fuente del Derecho, le conduce al examen y crítica de la tradicional teoría o dogma de la plenitud del ordenamiento jurídico, tanto como de la concepción napoleónica del *Code civil*, basada en el «espíritu de las leyes» de Montesquieu, donde la sentencia del Juez no puede ser otra cosa que una mera aplicación del texto legal, pues no es más que la «boca de la ley», su vocero o exacto ejecutor.

Este autor alemán distanciándose, por una parte, del movimiento de la libre jurisprudencia y, por otra, estableciendo límites muy precisos, trata de evidenciar la doble misión fundamental que el Juez o los tribunales tienen ante sí: decidir o sentenciar los conflictos jurídicos entre partes y el cometido de la elaboración de las normas jurídicas.

Ahora bien, este segundo cometido no se basa en la postura tradicional de la división de poderes; para este autor, legislación, administración y jurisprudencia no se pueden separar esquemáticamente; no cabe su escisión, puesto que se limitan y controlan recíprocamente. En todo caso, el Juez debe examinar si la norma que aplica está de acuerdo con las normas fundamentales o constitucionales. Además, esta potestad del Juez para dar vida a una norma jurídica está implícita en el ordenamiento positivo que, al igual que nuestro art. 6 del Código civil, se le ordena que no deje de fallar por insuficiencia de las leyes. Ante el vacío legislativo, sus lagunas, la potestad del Juez dentro del proceso *intra legem* es evidente, pues quien tiene facultades de decisión las tiene de conformidad o creación.

Sin embargo, este autor pone unos límites a la actividad creadora de normas por el Juez o los Tribunales, estableciendo que *sólo* se produce cuando la norma es necesaria, cuando el ordenamiento vigente acusa un vacío o se produce una laguna. Por eso, los *obiter dicta* no son nunca normas jurídicas al carecer de aquel condicionamiento necesario.

En cambio, sí se vuelve a producir la actividad normativa del Juez en la revisión judicial. De este modo, para este autor el Derecho judicial se deriva de la

jurídicas en el ámbito de las fuentes del Derecho. Quienes no lo admitan así, de la división de poderes; para este autor, legislación, administración y jurisprudencia concluye, resultan responsables jurídicamente ante la cuestión fundamental de la falta de conocimiento esencial del propio Derecho.

José BONET CORREA

**RODRIGUEZ CARRETERO, José Alberto: "La persona adoptada". (Examen de su condición jurídica después de la Ley 4/1970, de 4 de julio). Prólogo del Profesor Ignacio Serrano Serrano; Editorial Montecorvo, Madrid 1973, 564 págs.**

La presente obra constituye la Tesis Doctoral de su autor, Profesor Adjunto de Derecho Civil en la Facultad de Derecho de Valladolid, leída el 28 de junio de 1972 y calificada con Sobresaliente *cum laude*.

Cabe destacar inicialmente la originalidad de su planteamiento, pues no se acomete el estudio de la adopción partiendo de sus requisitos de constitución, sino que, dando éstos por supuestos, se atiende al *status* de la persona adoptada; con ello se enriquece la perspectiva pues lo que habitualmente sólo era un capítulo más de los «efectos» de la adopción —a veces muy marginalmente analizados— se trae a primer plano de la investigación haciéndolo objeto de atención principal y preferente. Resulta de tal planteamiento metodológico un enriquecimiento de la Parte General en el capítulo relativo al *status* de la persona.

El doctor Rodríguez Carretero parte de la adopción como título de estado civil y analiza su contenido, examinando la relación jurídica de filiación adoptiva y la de parentesco adoptivo, no olvidándose de las repercusiones de la adopción en otras ramas del Derecho (así en el Derecho del Trabajo, Derecho Fiscal y Derecho Penal), ocupándose por último del sometimiento del adoptado al régimen legal de la tutela.

Partiendo del principio de equiparación entre los hijos adoptivos y los legítimos, sentado en el art. 176, párrafo 1.º, concluye el autor que lo pretendido por el legislador no fue tanto conformar técnicamente un *status* propio del hijo adoptivo, sino conjugar los derechos y deberes que se adscriben al adoptado aproximándolos a los establecidos para el hijo legítimo. Siguiendo a la común doctrina resume el contenido de la relación jurídica paterno-filial legítima en torno a los siguientes temas: protección del estado civil, apellidos, patria potestad, licencia para contraer matrimonio, nacionalidad y dote obligatoria en favor de las hijas; y tal pauta le ha de servir para integrar el estado de hijo adoptivo.

Cada uno de los puntos indicados es tratado concienzudamente por el autor, a veces con amplias referencias históricas y de derecho comparado, y en todo caso con una documentación muy completa sobre los sucesivos regímenes de la adopción a partir de la entrada en vigor del Código civil. En este sentido caben destacar el estudio relativo a los apellidos del adoptado, la licencia para el matrimonio, la obligación de dotar a la hija adoptiva y la influencia de la adopción en el régimen de la nacionalidad y vecindad civil. Algunas de estas páginas pueden considerarse como definitivas en el tratamiento del tema.

Con todo, la aportación que me parece más elaborada de esta tesis es la

relativa a los derechos sucesorios del hijo adoptivo, no sólo por su extensión de cerca de 200 páginas, sino por su exhaustivo tratamiento que arranca del Derecho romano y del Derecho germánico, pasando por el Derecho Histórico español hasta la época de la Codificación, para llegar a la primera redacción del C. c. y a la reforma de 1958; no olvida aquí el autor de recoger ninguna de las opiniones doctrinales vertidas, así como la jurisprudencia recaída en la materia, siendo de señalar el estudio de la sucesión contractual así como las referencias al más reciente Derecho comparado en orden a los derechos sucesorios del adoptado. Al exponer el régimen vigente el autor ha podido tener en cuenta un haz bastante diversificado de opiniones doctrinales que le permiten contrastar la suya propia. En su opinión la ley de reforma presenta notables deficiencias de técnica legislativa junto a un principio informador moderado, que debe ser acogido y valorado como razonable; parece claro que no se pretendió una absoluta equiparación al *status* de hijo legítimo, sino una posición intermedia entre éste y el propio del hijo natural reconocido; este criterio de política legislativa —añade— puede ser objeto de reproche, pero tal crítica tendría que fundarse en presupuestos y razones al margen de los propios de un análisis exegético del texto legal; pero sí reprocha al legislador la desconexión existente entre el tema de los derechos sucesorios derivados de la adopción y los otros efectos que tal relación jurídica provoca, así como la inatención de supuestos adoptionales subjetivamente particularizados que no encuentran reglas normativas especiales en tema de sus respectivos derechos hereditarios; el autor se refiere a la adopción del propio hijo natural, a la del hijo legítimo, legitimado, natural reconocido e incluso adoptivo del otro consorte, etc., que hubieran merecido una especial consideración del legislador dada la falta de aplicación del principio de equiparación.

La postura del autor se resume en los siguientes puntos: 1) La finalidad de la reforma es fijar los derechos sucesorios del adoptado y no alterar el régimen general ordinario de la sucesión «mortis causa» entre ascendientes y descendientes. 2) La fijación de los derechos sucesorios del adoptado plenamente se alcanza mediante la subsunción de éste en la posición sucesoria del hijo legítimo en sentido propio. 3) El principio anterior se restringe en dos supuestos: cuando el adoptado plenamente concorra sólo con hijos legítimos o sólo con hijos naturales reconocidos; en ambos el legislador pretende que la adopción no cause perjuicio a las expectativas hereditarias respectivas del hijo legítimo o del hijo natural del adoptante. 4) La protección del hijo legítimo se alcanza limitando la libertad de disposición del testador en el tercio de mejora, de forma que el adoptado plenamente no pueda recibir más por tal concepto que el legítimo menos mejorado. 5) En el caso del hijo natural reconocido, fijándose la cuota de participación del adoptado plenamente en la sucesión forzosa, por relación a la que corresponde al primero cuando concurre sólo, y participando ambos en dicha porción legitimaria por partes iguales; criterio también extensivo a la sucesión intestada. 6) En ambos casos la excepción ha de quedar limitada a la concurrencia de hijos legítimo y adoptados plenamente; el resto de las posibles situaciones de concurrencia deberá resolverse por aplicación del principio general, y por las reglas generales del Derecho de sucesiones establecidas en el Código civil.

En relación con los derechos sucesorios del adoptado plenamente frente a sus parientes por naturaleza el autor se inclina a negar al adoptado derechos sucesorios respecto de aquellos miembros de su familia de origen que se encuentran sustituidos por causa de la adopción, conservándolos respecto a los demás; también propone la conservación en el caso de las adopciones especiales.

No ofrecen dificultad los derechos sucesorios del adoptado simplemente, mientras que la sucesión excepcional en materia de arrendamientos urbanos y rústicos, así como en los títulos nobiliarios es objeto de un completo estudio por el autor.

Ofrecen interés las páginas dedicadas al examen de la posición del adoptado ante el Derecho del Trabajo, Fiscal y Penal, y de modo especial para el familiarista el capítulo o apartado final relativo a la tutela del adoptado.

Aparte discrepancias de detalle en las que no podemos aquí entrar, el juicio de conjunto que nos merece la presente obra es altamente positivo, siendo una de las interpretaciones mejor logradas de la nueva ley de adopción, con lo que su autor se acredita como un nuevo especialista en Derecho de familia con amplio dominio de las materias conexas.

Precede a la obra un sugestivo prólogo del profesor Serrano y Serrano, Director que fue de la Tesis, en el que discurre a propósito de los móviles de la adopción —hoy día relevantes, dado el acentuado control judicial de la misma—, señalando cómo los nobles impulsos que suelen darse en esta situación van, progresivamente, degradándose, ya sea porque los padres adoptantes ponen condiciones en cuanto al adoptado, y exigen la ruptura con el medio familiar anterior, ya sea porque se trata de eludir la excesiva onerosidad de un impuesto sucesorio, o de dar lugar a una sucesión en un arrendamiento urbano o rústico, o producir una pensión de clases pasivas, o evitar la desaparición de un apellido, o que sea medio para legitimar a un hijo adulterino o incestuoso, u obtener la desheredación de los ascendientes, o eludir la constitución de la tutela y hasta para asegurar derechos hereditarios a la concubina. Por ello concluye muy acertadamente que no cabe despachar el tema de si la adopción es un negocio jurídico causal o formal prescindiendo absolutamente de la causa y afirmando la nota de la forma, en sentido de solemnidad. De aquí la conveniencia de profundizar la teoría de las nulidades de la adopción.

La obra está excelentemente presentada por la Editorial Montecorvo.

Gabriel GARCÍA CANTERO

**VAZQUEZ BOTE, E.: "Derecho civil de Puerto Rico". Tomo I. Volumen 1. "Introducción. Parte General". Barcelona, 1972, 716 págs. Tomo I. Volumen 2. "Parte General" (continuación). Barcelona, 1972, 646 págs.**

El doctor Eduardo Vázquez Bote, catedrático de diversas disciplinas jurídicas en Puerto Rico desde hace años, nos ha sorprendido, incluso a los que conocemos su competencia y voluntad de trabajo, con la publicación de los dos primeros volúmenes de una ambiciosa y monumental obra dedicada al Derecho civil de Puerto Rico. Estos dos primeros volúmenes constituyen el tomo primero del sistema, comprensivo, como es natural, de la Introducción y Parte General del Derecho

civil, y en ambos han colaborado con el autor, Federico Puig Peña, por la parte española, y Enrique De Angulo, por la puertorriqueña.

El profesor Vázquez Bote es un joven docente e investigador jurídico español, formado en España, que como tantos otros tiene que desarrollar sus labores en el extranjero, cumpliendo una excelsa y apreciada labor cultural allende el mar.

El Derecho civil de Puerto Rico del doctor Vázquez Bote es una obra sobria, noble y bien confeccionada; un trabajo que sabe aunar con brillantez la doctrina tradicional y ortodoxa con las nuevas tendencias, atisbos e inclinaciones; una obra que respetando, en principio, el plan tradicional de este tipo de tratados contiene, empero, numerosas matizaciones, variadas pinceladas, interesantes variantes que anuncian nuevos derroteros e introducen en el conjunto una viveza, energía y policromismo realmente encomiables.

No es la obra de un aficionado ni de un debutante, sino la de un civilista curtido y ducho en su quehacer, pese a su juventud, que ha templado y probado sus armas con antelación y que con plena consciencia de sus fuerzas se lanza a la consecución de un objetivo ingente y temible, pero que cae dentro de sus posibilidades. Ninguno de los elementos de un trabajo rigurosamente científico actual ha sido marginado u olvidado: una precisa y armónica distribución sistemática, un aparato bibliográfico vasto y suficiente, una reseña jurisprudencial rica y variada, constituyen el entramado de la obra y prestan el cañamazo para que la hábil mano del autor vaya trazando en él su discurso jurídico-civil, lógico, razonado, crítico, inconformista, a veces, y siempre lúcido y profundo.

Con un mérito adicional consistente en que el profesor Vázquez Bote no obstante la rigurosidad científica de que hace gala, utilizando los conceptos y términos jurídicos con precisión y tino y mostrando su dominio de la más reciente y acabada construcción dogmática, no cae nunca en oscuridades, situaciones abstrusas o de difícil inteligencia. Su claro y limpio castellano, lleno de matices luminosos, convierte el estudio de la obra en una amena tarea, que progresa y enriquece sin aparente esfuerzo y sin cansancio mental.

El volumen primero está dedicado al estudio de la teoría de la norma jurídica, de la teoría de la relación jurídica y de la persona. Se inicia con una serie de consideraciones generales y básicas sobre el concepto, fin y división del Derecho, matizando con sensibilidad que el Derecho justo constituye un imperativo teleológico social y que, en su sentir, «identificado con la creencia en un ideal supremo de Justicia, que sirve de contraste regular a las normas vigentes, hemos de inclinarnos por reconocer la existencia de una instancia superior a toda reglamentación humana, conforme a la cual ésta puede ser juzgada»; luminosas son también sus palabras en torno a la vieja y siempre nueva cuestión de la distinción entre Derecho público y privado, constatando que las pretendidas cosmovisiones pseudonaturalistas de pugna constante van siendo superadas por concepciones de signo social, en que el equilibrio de intereses se ve logrado dando debida atención a la satisfacción de intereses individuales en armonía con la satisfacción de necesidades sociales, por lo que cabe suponer que no sólo ha de producirse una superación entre lo público y lo privado en el Derecho, sino que ha de advenir un Derecho social en que la distinción será sustantivamente inoperante, tendencia indetenible y ya en buena parte plasmada en los países de signo socialista, añadiríamos por nuestra parte a esta clara percepción de la evolución normativa en nuestros días.

Tras unas breves y precisas pinceladas sobre el concepto histórico y actual del Derecho civil, su significado político, ya que la legislación civil de un Estado responde siempre a los principios jurídicos informadores del sistema, su contenido, plan y una rápida panorámica sobre los sistemas de Derecho civil y su codificación en Europa y en América, se centra sobre el Derecho civil puertorriqueño. Su génesis responde en un primer momento al elemento jurídico español y luego, tras el cambio de soberanía, al influjo determinante del factor norteamericano, influjo y penetración que tienen lugar por medio de la formulación jurisprudencial y por vía legislativa; en opinión del profesor Vázquez Bote, esta fusión no ha sido lo fructífera que era de esperar, si bien encuentra una tendencia sensata y enérgica orientada a actualizar y exteriorizar un ordenamiento jurídico puertorriqueño, realmente existente en la conciencia social, aunque no reflejada de manera oficial en el régimen de confección jurídica: «La labor significa un enorme esfuerzo. No se trata de volver a proclamar la permanencia de un Derecho español, hacerle convivir con un Derecho norteamericano, y fundar en el hibridismo la identificación, sino que significa una profunda revisión del sistema jurídico existente, para, con completo conocimiento de causa, reelaborar íntegramente, de manera armónica y sin perderse en el tiempo y en la evolución de las circunstancias, ese *Derecho puertorriqueño* y sobre todo ese *Derecho civil puertorriqueño*, que vive en las gentes y que es el único Derecho».

El estudio de la norma jurídica comprende de manera obligada la consideración de su estructura, clases y fuentes; por lo que hace a las fuentes del Derecho civil, su tratamiento y estudio abarca a la ley, la costumbre, los principios generales del Derecho, el valor de la jurisprudencia y la equidad. En relación a la jurisprudencia, tras exponer el sistema anglosajón o del precedente judicial, el sistema continental europeo o de la jurisprudencia constante y el sistema hispanoamericano o de la *doctrina legal*, advierte el autor que si bien el artículo 7 del Código civil puertorriqueño no hace referencia a la jurisprudencia como fuente de Derecho, lo cierto es que la misma ha alcanzado tal valor que lo frecuente en la práctica es atenerse a ella con independencia de lo indicado por la ley, a lo que ha contribuido sin duda el criterio mantenido por el Tribunal Supremo de aplicar indistintamente el sistema del Código civil o el sistema de la *Common Law*, «con la excusa de usar de los mejores contenidos de ambos sistemas». Respecto a la equidad, el mismo artículo 7 del Código dispone que cuando no haya ley aplicable al caso el tribunal resolverá conforme a equidad; ¿significa esto la admisión por el Derecho civil puertorriqueño del concepto anglosajón de la *equity*? Se inclina Vázquez Bote por la negativa, haciendo notar, con acierto, que difícilmente puede aceptarse que un instrumento rígido, cual la *equity*, y que poco ayuda a facilitar flexibilidad a la ley, sea admitido precisamente en un sistema codificado, dotado por sí y en sí mismo de adecuada flexibilidad; el concepto de equidad procede del Código civil de Louisiana y representa, en opinión del autor, no una fuente del Derecho en Puerto Rico, sino una pauta o modo de interpretación dado al juez.

La consideración de la teoría general de la norma jurídica se cierra con las oportunas referencias a la interpretación de las leyes y al problema general de la eficacia de las normas jurídicas que queda subdividido y expuesto mediante el estudio separado de los condicionamientos de la eficacia (ignorancia de la ley,

dispensa y renuncia de las leyes, actos contrario y en fraude de la norma, etc.), cesación de la eficacia y eficacia de las normas en los ámbitos temporal y espacial.

La teoría general de la relación jurídica se inicia con la aceptación como tal de toda relación de la vida social a la que el Derecho reconoce, en todo o en parte, un significado jurídico y unos efectos de igual naturaleza, por lo que no debe extrañar que el autor, por lo que respecta a la esencia de la relación jurídica, se acoja a la tesis de Barassi, según la cual el espíritu normativo sintetiza la experiencia vivida, y esta síntesis, que se exterioriza y proyecta en la norma jurídica hacia los elementos de la realidad existentes fuera de la mente, en un flujo y reflujo del pensamiento a la realidad y viceversa, contiene la atribución de un efecto jurídico para el momento en que dicha hipótesis se dé en la realidad.

Particular importancia atribuye el profesor Vázquez Bote a la exposición de la dogmática del derecho subjetivo; con mesura y equilibrio va explicando y criticando las distintas teorías en torno al concepto de la figura, afiliándose a la tesis del maestro De Castro que ve en el derecho subjetivo una situación de poder concreto concedido a la persona como miembro activo de la comunidad jurídica, y a cuyo arbitrio se confía su ejercicio y defensa. En este ámbito, junto al tratamiento de las clásicas cuestiones, se apuntan esbozos muy logrados de puntos y temas que constituyen preocupación y campo de análisis de la más moderna y rigurosa ciencia jurídica, tales como los relativos a los derechos sin sujeto, derechos sobre derechos, derechos potestativos o de modificación jurídica, situaciones jurídicas interinas y expectativas de derechos.

Siguiendo la sistemática italiana en la esfera de las doctrinas generales del Derecho civil, se ocupa el autor del ejercicio de los derechos subjetivos, haciendo particular énfasis en la doctrina del abuso del derecho y en su aplicación a Puerto Rico, tomando como criterio orientador el entendido de que «existirá abuso del derecho siempre y en todo caso que éste se ejercite en contra de su finalidad social y la persona que lo actualice conozca y tolere este destino»; de la protección de los derechos subjetivos, con atinadas referencias a la legítima defensa, estado de necesidad y acción directa, y de la modificación de los derechos subjetivos, comprensiva esta última de las modificaciones subjetivas y objetivas, disposición, renuncia y sensatas indicaciones sobre puntos conceptualmente tan conflictivos e importantes como el poder de disposición y las prohibiciones de enajenar.

El volumen primero que estamos comentando se cierra dentro de la exposición de los elementos estructurales de la relación jurídica con el pormenorizado estudio del sujeto de la relación. Ante el lector va discuriendo ordenada y clara la problemática de la persona y la personalidad, de su identificación y del domicilio.

La parte relativa a la capacidad y estado de la persona individual comprende las oportunas referencias a la edad, sexo y matrimonio, enfermedad, parentesco y ausencia. Abierto defensor se proclama Vázquez Bote de la igualdad jurídica de los sexos, señalando que, contra lo que parece ser una opinión errónea y confundida, el Código civil puertorriqueño reconoce una amplia igualdad de derechos a la mujer y que determinadas y especiales obligaciones impuestas a la mujer casada, incluidas en el Código luego de la reforma de 1902, han sido interpretadas por la jurisprudencia al efecto de no aplicarse del modo tan radical como pudo concebirlas el legislador. Por lo que hace a la ausencia, el Código civil, siguiendo

el modelo del de Louisiana, distingue entre las situaciones de ausentado, ausencia legal o posesión provisional de los bienes de ausente y declaración de fallecimiento.

Punto final lo constituyen el tratamiento del Registro del Estado Civil, que desde la Ley de 2 de abril de 1931 es de manera prodominante un Registro estadístico o demográfico, y de la teoría de las personas jurídicas.

Continuando la exposición de los elementos estructurales de la relación jurídica, se inicia el volumen segundo con la referencia al objeto de la misma. Discurren en tal sentido las nociones de cosa y bien, las diversas clases de cosas, la distinción entre muebles e inmuebles, pertenencias, partes integrantes, el dinero, títulos-valores, frutos y gastos o mejoras. Especial cuidado dedica el doctor Vázquez Bote a la noción técnica del patrimonio que, con acierto, considera uno de los aspectos más relevantes de la temática civil, criticando la manera fragmentaria y carente de unidad sistemática con que el Código civil de Puerto Rico regula la institución; a la exposición de las distintas teorías en torno a su naturaleza jurídica añade unas concisas precisiones sobre el patrimonio personal, el patrimonio afecto a un fin, el patrimonio especial o separado, el patrimonio colectivo, el de las personas jurídicas y el principio de la intransmisibilidad del patrimonio.

El tratamiento del negocio jurídico lo hace arrancar el autor de una premisa profundamente debatida en nuestros días: la de la conveniencia o necesidad de una teoría general del negocio jurídico; partidario, como dice, de las formulaciones generales como método económico y aventajado para obtener visiones de conjunto, no duda en sostener los enormes beneficios derivados de la elaboración de una teoría general sobre el negocio jurídico, lo que le lleva en el marco concreto de las tendencias metodológicas puertorriqueñas, excesivamente influenciadas por el sistema anglosajón a través del Derecho norteamericano, a proclamar la conveniencia de «superar viejos equívocos, ponerse a la altura de los tiempos y obviar posiciones ya incompatibles con el avance doctrinal». Centrando el tema sobre la autonomía particular como presupuesto conceptual del negocio, sólo le criticaríamos al autor el no hacer suficiente énfasis en las recientes orientaciones, italianas en particular, que conforman el instituto no desde el ángulo de la voluntad subjetiva que preside la génesis del negocio, sino bajo el de la voluntad normativa que está dentro del negocio, a cuyo tenor, como dice L. Ferri, el contenido del negocio jurídico está constituido por normas jurídicas, su tejido está hecho de voluntad, pero no de la voluntad subjetiva de las partes, sino de voluntad objetivada en la norma o voluntad normativa, lo que explica que, agotada la voluntad en el momento en que el negocio se realiza, la imperatividad de la norma negocial, en cambio, se manifiesta precisamente cuando se agota el proceso volitivo y acompaña al negocio en su existencia objetiva, cuando es absolutamente indiferente para el Derecho la persistencia de una voluntad real o actual. El desarrollo de la figura tiene lugar mediante la explanación por separado de los elementos subjetivos, objetivos y accidentales del negocio jurídico, y la referencia como entorno de la institución a la problemática de la representación, interpretación, que quizá debió ser refundida dentro de una teoría unitaria de la interpretación en el volumen primero, y prueba de los negocios jurídicos.

Este segundo volumen concluye con la necesaria referencia a la problemática de la invalidez e ineficacia negociales, a la influencia del tiempo en las relaciones jurídicas, con especial remisión a la prescripción y a la caducidad, y, finalmente,

con una interesante, moderna y democrática visión de esa especialísima parcela jurídica constituida por los denominados derechos de la personalidad.

Termina así a vuelo de pluma una rápida y mutiladora referencia a la obra del profesor Vázquez Bote, lo suficientemente rica en contenido y sugestiva de estilo como para resultar imposible plasmar su cumplida imagen en las breves líneas de una recensión bibliográfica.

Para los que durante años hemos enseñado e investigado en Latinoamérica, la obra en comentario representa un hito memorable en el proceso vigoroso, entusiasta y honesto que la joven generación de juristas americanos ha acometido para la plasmación de una ciencia jurídica dotada de las suficientes características propias como para dejar de ser un mero apéndice de la europea. Puede estar seguro el doctor Vázquez Bote de que su esfuerzo, su ingente y noble esfuerzo, será valorado y apreciado con justicia en los sectores latinoamericanos que laboran por un mejor conocimiento y desarrollo del Derecho civil.

En España, la obra debe recibir particular atención, y no sólo porque en buena medida su doctrina y análisis legal son valederos aquí, dado el estrecho parentesco entre el Código civil de Puerto Rico y el español, sino porque no cabe estimarla como un manual más de los varios a la sazón en uso; es superior, me atrevería a decir muy superior, a la mayoría de los trabajos similares existentes en España en la actualidad, estando dotada de una modernidad, vivacidad, espíritu crítico, hálito innovador y progresista y rigor dogmático que no es corriente encontrar en los libros de texto hispanos, excesivamente respetuosos de unos cauces por donde no discurren ya las aguas de la ciencia jurídica de nuestros días.

Un último señalamiento de algo que la ciencia jurídica española deberá agradecer de sobremanera. El catedrático Vázquez Bote va a contribuir de manera decisiva con su obra al conocimiento y expansión en América del pensamiento, de la doctrina jurídica española, que otros desde hace años tratamos de dar a conocer e introducir, en un campo, como el civil, en el que secularmente han reinado indiscutidas las construcciones doctrinarias francesas e italianas.

ANGEL CRISTOBAL MONTES,  
Catedrático de Derecho romano y  
Derecho civil en las Universidades  
Central de Venezuela y Católica An-  
drés Bello (Caracas).

# REVISTA DE REVISTAS

Por  
Antonio-Manuel Morales Moreno

## I. DERECHO CIVIL

### 1. Parte general

CERRO, Eduardo: *Algunas puntualizaciones sobre el fuero del Baylio*, RDP, 1973, págs. 109-126.

Estudia con oportuna documentación esta costumbre, las diversas sanciones soberanas de que se tiene noticia, su probable procedencia y Ceuta como territorio foral.

MOISSET DE ESPANES, Luis: *Derecho civil español y americano*, RDP, 1972, páginas 599 a 614.

Se resaltan en este trabajo las influencias recíprocas, así como las características comunes entre la mayor parte de los códigos de Hispanoamérica.

SOTO NIETO, Francisco: *Coincidencia y diferenciación práctica del Derecho y la moral*, RDP, páginas 713 a 720.

Comentarios suscitados por la sentencia del Tribunal Supremo de 13 mayo 1969.

### 2. Derecho de la persona

ALONSO PÉREZ, Mariano: *El patrimonio de los hijos sometidos a la patria potestad*, RDP, 1973, páginas 7 a 39.

Estudia: Cuidado de la persona y cuidado del patrimonio de los hijos sometidos a la patria potestad. El peculio, como manifestación histórica de la capacidad patrimonial del "Filius familias": del Derecho romano a la Ley de Matrimonio civil de 1870. Bienes que integran el patrimonio de los hijos según el Código civil. Gestión y disfrute del patrimonio del menor "in potestate". Obligaciones que incumben a los padres como administradores y usufructuarios legales. Referencias a las legislaciones forales y, en particular, al Derecho foral aragonés.

CASTÁN VÁZQUEZ, José María: *La resolución del Consejo de Europa sobre la edad de la plena capacidad jurídica*, RDP, 1973, páginas 3-6.

Esta resolución de 1972 recomienda una rebaja de la mayoría de edad a los dieciocho años y que se examine la oportunidad de conceder a ciertos me-

nores la capacidad de ejercer los actos corrientes de la vida diaria y de obrar por sí solos en otras materias apropiadas. Todo ello sin que se reduzcan de manera sustancial los derechos que para los hijos se derivan del deber de sostenimiento que sus padres tienen con relación a ellos.

PORRAS IBÁÑEZ, Pedro: *El negocio jurídico y su causa*, RDP, páginas 603-653 y 721 a 735.

Considera los siguientes aspectos: Qué cosa es causa, qué cosa es el negocio jurídico, qué cosa es la causa del negocio jurídico.

SÁNCHEZ VÁZQUEZ, Juan: *La denominada acumulación de responsabilidades contractual y aquiliana*, RDP, 1972, páginas 965-986.

La responsabilidad contractual y la aquiliana plantean el problema de si pueden coexistir, estando las partes contractualmente obligadas, o bien, si se produce una recíproca exclusión al no concebirse la responsabilidad aquiliana cuando hay contrato y el daño se causa en la ejecución de éste.

Antes de entrar en el problema de la opción, se refiere a la distinción entre ambas responsabilidades.

### 3. Derecho de cosas

LALAGUNA, Enrique: *Los modos de adquirir la propiedad y los contratos de finalidad traslativa en el Derecho español*, RDP, año 1973, páginas 383-419.

El trabajo, no terminado, ofrece un panorama sobre los modos de adquirir que enumera el artículo 609 del C. c. Tras un estudio de este precepto, se refiere con especial detalle a la donación como modo de adquirir.

MENÉNDEZ, José: *Las donaciones con pactos especiales*, RDP, 1972, páginas 1055-1080.

Estudia la donación con reserva de la facultad de disponer (art. 639 C. c.), la donación de la nuda propiedad y del usufructo (art. 640), y la donación con cláusula de reversión al donante.

### 4. Obligaciones y contratos

LLAMAS VALBUENA, Eugenio: *Nueva perspectiva de la política arrendaticia urbana*, RDP, 1973, páginas 126-143.

Referencia al Derecho comparado y perspectivas actuales en España.

Rodríguez y Vázquez de Prada, Valentín: *El contrato de arrendamiento rústico protegido*, RDP, 1972, páginas 1080-1086.

La impresión terminológica en la ley ocasiona confusión acerca de la referencia concreta del término "protegido". ¿Alude exclusivamente al arrendatario? ¿Comprende también el contrato de arrendamiento rústico, aislado, sin conexión con los demás contratos que el colono puede celebrar o tener celebrados?

## 5. Derecho de familia

Boschan, Siegfried: *El Derecho de Familia en la República Federal de Alemania* (Extractos y traducción de Jaime Santos Briz), RDP, 1973, páginas 497 a 518.

De forma concisa se refiere a estos extremos: Requisitos del matrimonio, forma, efectos, separación; posición de los hijos legítimos e ilegítimos; adopción, tutela, curatela.

Lalaguna, Enrique: *Matrimonio indisoluble y divorcio vincular en el orden jurídico español*, RDP, 1972, páginas 485 a 529.

Tras una referencia histórica en la que se recoge, particularmente, el tránsito de la legislación del siglo XIX al Código civil, se estudia la legislación vigente. En ella se consideran, entre otras cuestiones, las normas de disolución del matrimonio canónico y del matrimonio civil, resaltándose la inadecuada expresión del artículo 52 del C. c. Por fin, considera la significación del divorcio vincular en el orden jurídico español.

Nin de Cardona, José María: *¿Crisis del contrato de esponsales?*, RDP, 1973, páginas 309 a 312.

Se destaca la crisis de este contrato.

## 6. Derecho de sucesiones

Castán Vázquez, José María: *La interpretación del testamento en Derecho común*, RDP, 1973, páginas 281-308.

Estudia: Generalidades sobre la interpretación del testamento; la interpretación del testamento en el Código civil; la doctrina de la interpretación del testamento (autores y jurisprudencia); otras cuestiones.

García-Bernardo Landeta, Alfredo: *La legítima del Código en la adopción*, RDP 1973, páginas 518-539.

Estudia la legítima en la adopción plena y simple, en los diversos supuestos que concurren.

Rodríguez del Barco, José: *Nuestra posición sobre la naturaleza jurídica de la partición hereditaria*, RDP, 1973, páginas 420-440.

Contiene: Sobre la comunidad hereditaria; distinción entre naturaleza y efectos de la partición hereditaria; sobre los conceptos de herencia y derecho hereditario; posición del autor sobre la naturaleza jurídica de la partición.

Ruiz Vadillo, Enrique: *El testamento ológrafo*, RDP, págs. 615-648.

Tras el estudio de los diversos aspectos que el mismo encierra, recoge en unas concisas conclusiones su opinión en relación con esta forma de testamento. Se muestra decidido partidario de facilitar, sin formalismo, la expresión de la voluntad del testador.

#### IV. DERECHO MERCANTIL

##### 3. Cosas mercantiles

Alonso Prieto, Luis: *Acerca de la legitimación ejecutiva de los herederos del aceptante de la letra de cambio*, RDP, 1972, págs. 987-990.

No hay razones específicas de intrasmisibilidad sucesoria de la condición de aceptante. Ni razones de fondo, ni obstáculos estructurales que impidan el ejercicio de la acción ejecutiva en contra de los herederos. Así lo exige también la seguridad jurídica.

#### C L A V E D E A B R E V I A T U R A S

ACP = Archiv für die Civilistische Praxis (Tubinga).

AD = Anuario de Derecho (Panamá).

AFB = Annales de la Faculté de Droit de l'Université de Bordeaux.

AFD = Anuario de Filosofía de Derecho (Madrid).

AJCL = The American Journal of Comparative Law (Michigan).

AUM = Anales de la Universidad de Murcia.

BCAM = Boletín del Colegio de Abogados de Madrid.

BDC = Boletín de la Sección de Investigaciones de Derecho Comparado (Quito).

BFD = Boletín de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales (Córdoba, Argentina).

BFDC = Boletim da Faculdade de Direito (Coimbra).

BI = Boletín de Información del Ministerio de Justicia (Madrid).

BIM = Boletín del Instituto de Derecho Comparado de Méjico.

BIR = Bollettino Informativo dell'Istituto Giuridico Spagnuolo in Roma.

EMI = Boletim do Ministerio da Justiça (Lisboa).

BS = Boletín del Seminario de Derecho Público de la Universidad de Santiago de Chile.

- BUSC = Boletín de la Universidad de Santiago de Compostela.  
 ODA = Cuadernos de Derecho Angloamericano (Barcelona).  
 CDF = Cuadernos de Derecho Francés (Barcelona).  
 CLJ = The Cambridge Law Journal.  
 CLQ = Cornell Quartely (Ithaca, Nueva York).  
 DG = Diritto e Giurisprudenza (Nápoles).  
 DM = Derecho (Medellín, Colombia).  
 ED = Estudios de Derecho (Antioquia).  
 EF = Ehe und Familie im Privaten und Offentlinchen Recht. Zeinschrift für das gesamte Familienrecht (Bielefeld).  
 F = El Foro (Méjico).  
 FG = Foro Gallego (La Coruña).  
 FM = Foro Manchego. Revista del Ilustre Colegio de Abogados (Ciudad Real).  
 IC (ICLQ) = The International and Comparative Law Quarterly (Londres).  
 IDC = Instituto de Derecho Comercial y de la Navegación (Buenos Aires).  
 IJ = Información Jurídica (Madrid).  
 IM = Ius (Milán).  
 IR = Iustitia (Roma).  
 JF = Jornal do Foro (Lisboa).  
 L = La Ley (Buenos Aires).  
 LQ = The Law Quarterly Review (Londres).  
 LRN = La Revue du Notariat (Québec).  
 MDR = Monatschrift für Deutsches Recht (Hamburgo).  
 MLR = The Modern Law Review (Londres).  
 NC = The North Carolina Law Review.  
 NJW = Neue Juristische Wochenschrift (Munich-Berlin).  
 NR = Nuestra Revista (Madrid).  
 NRD = Nuova Rivista di Diritto Commerciale, Diritto dell'Economia, Diritto Sociale (Padua, Pisa).  
 OZOR = Osterreichische Zeitschrift für Offentliches Recht (Viena).  
 P = Pretor. Revista Técnica de Justicia Municipal (Madrid).  
 PC = Propiedad y Construcción. Revista Técnico-Informativa (Valencia).  
 RAP = Revista de Administración Pública (Madrid).  
 RB = Revista Jurídica (Cochabamba, Chile).  
 RCA = Revista del Colegio de Abogados de Buenos Aires.  
 RCDI = Revista Cubana de Derecho (Habana).  
 RCDI = Revista Crítica de Derecho Inmobiliario (Madrid).  
 RCH = Revista de Derecho (Concepción, Chile).  
 RCJS = Revista de Ciencias Jurídicas y Sociales (Santa Fe, Argentina).  
 RCM = Revista del Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario (Bogotá).  
 RCP = Revista del Colegio de Abogados (Puerto Rico).  
 RDC = Rivista del Diritto Commerciali e del Diritto Generale delle Obbligazioni (Milán).  
 RDDC = Rivista di Diritto Civile (Padua).  
 RDEA = Revista de Derecho Español y Americano (Madrid).

- RDES = Revista de Direito e de Estudos Sociais (Coimbra).  
 RDJ = Revista de Derecho Judicial (Madrid).  
 RDLG = Revista de Derecho y Legislación (Caracas).  
 RDLP = Revista de Derecho (La Paz).  
 RDM = Revista de Derecho Mercantil (Madrid).  
 RDMSM = Rivista del Diritto Matrimoniale e dello stato delle persone (Milán).  
 RDN = Revista de Derecho Notarial (Madrid).  
 RDP = Revista de Derecho Privado (Madrid).  
 REDM = Revista Española de Derecho Militar (Madrid).  
 REDME = Revista de la Facultad de Derecho de México.  
 REP = Revista de Estudios Políticos (Madrid).  
 REVL = Revista de Estudios de la Vida Local (Madrid).  
 RFC = Revista del Foro Canario (Las Palmas).  
 RFDBA = Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales (Buenos Aires).  
 RFDO = Revista de la Facultad de Derecho (Canarias).  
 RFDM = Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales (Montevideo).  
 RFDSP = Revista de Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo.  
 RFDUM = Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Madrid.  
 RFL = Revista del Foro (Lima).  
 RFP = Revista da Faculdade de Direito do Paraná (Curitiba).  
 RGD = Revista General de Derecho (Valencia).  
 PGLJ = Revista de Legislación y Jurisprudencia (Madrid).  
 RH = Revue Historique de Droit Français et étranger (Paris).  
 EHD = Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis. Revue d'Histoire de Droit (Bruselas, La Haya).  
 RIDC = Revista del Instituto de Derecho Civil (Tucumán).  
 RIDCO = Revista del Instituto de Derecho Comparado (Barcelona).  
 RIDCP = Revue Internationale de Droit Comparé (Paris).  
 RIN = Revista Internacional del Notariado (Buenos Aires).  
 RISG = Rivista Italiana per la Science Giuridiche (Roma).  
 RJC = Revista Jurídica de Cataluña (Barcelona).  
 RJD = Revista Jurídica Dominicana.  
 RJN = Revista Jurídica Nicaragüense.  
 RJP = Revista Jurídica del Perú (Lima).  
 RJPR = Revista Jurídica de la Universidad de Puerto Rico.  
 RL = Rivista di Diritto Internazionale e comparato del Lavoro (Bologna).  
 RLJ = Revista de Legislação e Jurisprudença (Coimbra).  
 RN = Revista del Notariado (Buenos Aires).  
 ROW = Recht in Ost und West Zeitschrift für Rechts, vergleichung und interzonale Rechtsprobleme (Berlín).  
 RP = Revista de Derecho Procesal (Madrid).  
 RPR = Rivista di Diritto Processuale (Padua).  
 RPI = Revista de la Propiedad Industrial (Madrid).  
 RS = Rivista delle Società (Milán).  
 RTC = Revue Trimestrielle de Droit Commercial (Paris).

RTDC = Revue Trimestrielle de Droit Civil (París).

RTDP = Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura civile (Milán).

RTDPO = Rivista Trimestrale di Diritto Público (Milán).

RUM = Revista de la Universidad de Madrid.

SA = Sociedades Anónimas. Revista de Derecho Comercial (Montevideo)

SJ = Svensti Juristtdning (Estocolmo).

T = Temis. Revista de Ciencia y Técnica Jurídicas (Zaragoza).

UNC = Universidad Nacional de Colombia (Bogotá).

ZVR = Zeitschrift für Vérgleichende Rechtswissenschaft (Stuttgart)

# RESOLUCIONES DE LA DIRECCION GENERAL DE LOS REGISTROS Y DEL NOTARIADO

A cargo de  
CHICO Y ORTIZ, José María  
Registrador de la Propiedad

## DERECHO HIPOTECARIO

**RECURSO GUBERNATIVO: LEGITIMACIÓN.**—NO ESTÁ LEGITIMADO PARA INTERPONER RECURSO GUBERNATIVO QUIEN ES EXTRAÑO AL DOCUMENTO QUE CAUSÓ LA INSCRIPCIÓN QUE SE PRETENDE IMPUGNAR. (Resolución de 9 de marzo de 1971, *Boletín Oficial del Estado* de 26 de marzo de 1971.)

*Hechos.*—Al amparo del artículo 206 de la Ley Hipotecaria y en virtud de certificación expedida por el teniente coronel primer jefe de la Guardia Civil de Málaga, el 11 de octubre de 1967, se inmatriculó a favor del Patrimonio del Estado, Ministerio de la Gobernación, en el Registro de la Propiedad de Málaga, una parcela de terreno sita en el Rincón de la Victoria, junto a la carretera de Málaga a Almería, lindante a la zona marítima.

Don Buenaventura Cano Portal, general de la Guardia Civil, se dirige en instancia al Registrador de la Propiedad de Málaga exponiendo que el terreno antes señalado era en realidad un solar que, previa segregación, le había vendido la Compañía de Ferrocarriles Suburbanos de Málaga mediante escritura de fecha de 15 de septiembre de 1967, autorizada por el notario José Manuel Avila Pla. Se añade en la instancia que esta finca se había reinscrito en el Registro a nombre de la Sociedad vendedora el 11 de septiembre de 1967 con la nota de que no favorecerá ni perjudicará a tercero, sino después de su fecha. Que como consecuencia de todo ello había promovido la oportuna reclamación ante la Dirección General del Patrimonio del Estado y entablado el consiguiente recurso contencioso-administrativo ante la Sala 3.<sup>a</sup> del Tribunal Supremo, por lo que solicitaba, en espera de la oportuna decisión, que se practicara anotación marginal al asiento de inmatriculación de la mencionada finca, que acreditaría ante posibles terceros la existencia del litigio antes indicado. La instancia solicitando todo ello se suscribe el 4 de diciembre de 1969. Un día después se presenta en el Registro acompañada de una certificación de la Secretaría de la Sala 3.<sup>a</sup> del Tribunal Supremo, acreditativa de la tramitación del mencionado recurso, así como otra acreditativa de que se habían aportado al procedimiento certificaciones registrales expedidas por el Registrador de Málaga y comprensivas de la descripción de ambas fincas.

El Registrador de la Propiedad de Málaga deniega la práctica de las operaciones pedidas, considerando que el defecto es insubsanable, ya que el excelentísimo señor don Buenaventura no es titular registral de la finca y sí la Compañía de Ferrocarriles Suburbanos de Málaga, y aunque lo fuera, y suponiendo que existiera una doble inmatriculación, es el Juez a quien corresponde ordenar la extensión de la nota a que se refiere el artículo 313 del vigente Reglamento Hipotecario, sin que el recurso contencioso-administrativo en trámite pueda determinar nada que contradiga el texto citado.

Don Buenaventura, general de la Guardia Civil, no se conformó con esta calificación e interpuso el correspondiente recurso gubernativo contra la misma y alegó una serie de razones entre las cuales se destacan: que el 15 de septiembre de 1967 y mediante previa segregación que se hizo, adquirió de la Compañía de los Ferrocarriles Suburbanos de Málaga una parcela de terreno procedente de una finca que dicha Compañía de Ferrocarriles había adquirido en 1.º de mayo de 1907 y que se había inscrito en el Registro, pero que al ser destruido éste durante la Guerra de Liberación, se reinscribió de nuevo por la Compañía de Ferrocarriles el 11 de septiembre de 1967.

Mediante certificación expedida por el teniente coronel primer jefe de la Comandancia de la Guardia Civil de Málaga, el 11 de diciembre de 1967 (dos meses después de la anterior inscripción) se inmatriculó en el Registro de la Capital, al amparo del artículo 206 de la Ley Hipotecaria, la misma finca como si perteneciera al Patrimonio del Estado, Ministerio de la Gobernación, Dirección General de la Guardia Civil, sin que pueda sorprender demasiado la práctica de este asiento dada la modificación administrativa del término municipal antes llamado Ayuntamiento de Benagalbón y después Ayuntamiento de Rincón de la Victoria. Al tenerse noticia de esta inmatriculación se interpuso la oportuna reclamación administrativa, que, al ser desestimada, provocó la interposición del recurso contencioso-administrativo ante la Sala 3.ª del Tribunal Supremo, sin que hasta el momento de interponerse este recurso se haya dictado sentencia, por lo que antes de la terminación del plazo de dos años a partir de la inmatriculación de la finca, se pidió al Registrador la extensión de la correspondiente nota marginal. Apoya también su petición en la idea de que ni el artículo 66 de la Ley Hipotecaria, ni el 112 de su Reglamento exigen la cualidad de titular registral y sí solamente la de "interesado"; igualmente considera que el artículo 313 del Reglamento no es de aplicación al caso, ya que se trata de un conflicto con la Administración provocado por la inmatriculación al amparo del artículo 206 de la Ley Hipotecaria, con la limitación de los dos años del artículo 207 de la misma, siendo este plazo el que puede utilizar aquel que se crea perjudicado para tratar de dirimir la discordancia y que el mismo artículo no es de aplicación, teniendo en cuenta que el artículo 138 de la Ley de Procedimiento Administrativo no permite acudir a la jurisdicción civil mientras no se agote la administrativa. Que si el artículo 313 del Reglamento Hipotecario no es de aplicación, hay que acudir al 298 del mismo Reglamento y sobre todo el 306 del mismo, que permite una anotación preventiva si así lo solicita la Administración.

El Registrador mantuvo en su informe la calificación realizada alegando que la escritura de compraventa citada por el recurrente no había tenido acceso al Registro, por lo que no pudo ser calificada, ni saber el interés que el recurrente puede tener; que el artículo 313 del Reglamento legitima al Juez para ordenar la anotación correspondiente y que la aplicación a la inversa del artículo 306 del Reglamento Hipotecario no está entre las facultades del Registrador.

El Presidente de la Audiencia confirma la nota del Registrador, estimando que la anotación que pretende el recurrente sólo puede ser ordenada en mandamiento judicial. El recurrente se alzó contra la decisión presidencial ale-

gando razones similares a las expuestas, pero la Dirección General de los Registros y del Notariado confirma el auto apelado y la nota del Registrador, en base de la siguiente doctrina:

*Doctrina.* “Considerando que entre las personas que el artículo 112 del Reglamento Hipotecario enumera para poder entablar el recurso gubernativo, —aquella a cuyo favor se hubiere de practicar la inscripción o que tenga interés conocido en asegurar los efectos de ésta como transferente o por otro concepto— no cabe incluir la del recurrente, que al no haber presentado en el Registro la escritura de compraventa de la que dice resultar la transmisión de la finca a su favor y no haberse podido tener en cuenta, en consecuencia, para la calificación, en principio carece de interés, desde el punto de vista registral en la situación de doble inmatriculación que dice haberse planteado.

Considerando, por otra parte, que la nota marginal que pretende el recurrente practicar al margen del asiento de inmatriculación para acreditar ante terceros el litigio entablado, no tiene encaje en la mecánica registral en la forma solicitada y con los documentos presentados ni puede fundamentarse en el artículo 207 de la Ley Hipotecaria, que se limita a establecer la suspensión de los efectos del principio de fides pública para las adquisiciones hechas por terceros de buena fe durante un plazo de dos años a partir de la inmatriculación, sino que habrá de ser ordenada por el Juez de primera instancia del lugar en que radique el Registro, si se opta por el procedimiento señalado en el artículo 313 del Reglamento Hipotecario, o incluso, en vez de nota, por la anotación preventiva de demanda, si se decreta por el Tribunal competente, a petición del interesado”.

*Consideraciones críticas.*—Aunque aparentemente la Resolución de la Dirección General de los Registros da solución a un posible caso de “legitimación” para entablar un recurso, creo que la “mentalización” de los considerandos de la misma tienen la suficiente enjundia para establecer lo que podríamos llamar “independencia” de procedimientos y autoridades con el suficiente poder para ordenar notas, anotaciones, cancelaciones, etc. La gran “autonomía” —aparte del prestigio y autoridad— que el procedimiento gubernativo tiene, exige de vez en cuando precisiones como la que la Resolución comentada nos ofrece, para así lograr estructuras con caracteres propios y fuero peculiar de este procedimiento, cuya base sustancial está en el superior principio de la seguridad del tráfico jurídico.

Para nuestro comentario dividiremos la materia en dos puntos sustanciales: el de la legitimación y el de la competencia.

A. *Legitimación para interponer el recurso.*—Si bien es conocido el origen de la teoría de la legitimación que del campo procesal pasa a ser aplicada a la teoría general del Derecho y fundamentalmente al campo del negocio jurídico, aquí se hace preciso volver otra vez al origen. Tomando de entre nuestros procesalistas una voz muy autorizada —la de GUASP—, podemos considerar como legitimación “la consideración especial en que tiene la ley, dentro de cada proceso, a personas que se hallan en una determinada relación con el objeto de la pretensión procesal; y en virtud de cuya consideración, exige, para que la pretensión se examine en cuanto al fondo, que sean dichas

personas las que figuren como partes en el proceso". A la misma conclusión llega LAGARIA CALDENTEY, al decir que es el reconocimiento hecho por la norma de la posibilidad de intervenir en un proceso a las personas y sólo a las personas que se hallan en una determinada relación con el objeto de la acción de que se trate.

En el caso contemplado las personas que figuran "en una determinada relación con el objeto" cuestionado, son: la Compañía de los Ferrocarriles Suburbanos de Málaga, que tenía inscrita la finca y que por destrucción del Registro la volvió a inmatricular en el año 1967 y el Patrimonio del Estado, Ministerio de la Gobernación y Dirección General de la Guardia Civil, que mediante certificación administrativa de dominio había inmatriculado a su vez la misma finca, con la variación del término municipal antes perteneciente al Ayuntamiento de Benagalbón y después Ayuntamiento de Rincón de la Victoria. Me estoy refiriendo, como es natural, a las personas que "registralmente" estaban en una determinada relación con el objeto, pues extrarregistralmente parece ser que existía un tercero en discordia y que es el general de la Guardia Civil, don Buenaventura Cano Portal, que había adquirido la finca de la Compañía de los Ferrocarriles Suburbanos en escritura pública de 17 de septiembre de 1967. Como vemos, todos los hechos ocurren en plazos sucesivos y muy breves: el 11 de septiembre se inmatricula la finca, el 15 de septiembre se adquiere por don Buenaventura y el 11 de diciembre se vuelve a inmatricular por la Dirección General de la Guardia Civil.

La situación "extrarregistral" no cuenta para nada a la hora de la calificación y el Registrador sólo puede tener en cuenta "el contenido de las escrituras públicas presentadas y los asientos del Registro", como dice el artículo 18 de la Ley Hipotecaria, *pudiendo* consultar otros asientos del Registro relacionados con la finca y examinar otros documentos relativos a los bienes siempre que estén presentados y pendientes de despacho (Resoluciones de 9 marzo 1942 y 31 marzo 1950). Al no haber sido presentada la escritura pública alegada por don Buenaventura Cano, no podía ser tenida en cuenta y, por ello, a los efectos del artículo 112 del Reglamento Hipotecario su titular no podía ser considerado como "interesado". No hay que olvidar que el artículo citado habla de que se "tenga interés conocido".

Realmente lo que se solicitaba por don Buenaventura Cano nunca podía ser la nota marginal acreditativa de la doble inmatriculación, ya que la situación base de que parte el artículo es que se trate de *titular registral* que presenta que exista otra inscripción diferente a la suya, pero referida a la misma finca. Es decir, en este caso la persona que tenía la cualidad de "titular registral" era la Compañía de los Ferrocarriles Suburbanos de Málaga y la que podía haber hecho funcionar el recurso que ofrece el artículo 313 del Reglamento Hipotecario para los casos de doble inmatriculación. Lo que de verdad solicitó don Buenaventura era la extensión de una nota acreditativa del procedimiento contencioso-administrativo que tenía planteado frente a la Dirección General del Patrimonio del Estado. Dicho en otras palabras más ajustadas a la terminología legal: pedía la extensión de una anotación preventiva acreditativa de la demanda planteada ante el Tribunal contencioso-administrativo, pero para ello no basta una simple instancia aunque vaya acompa-

ñada de una certificación del Tribunal económico-administrativo y acreditativa de la existencia del litigio. Cuestión aparte, y que no podemos abordar, sería la de si cabe o no anotación preventiva de demanda en una reclamación contenciosa-administrativa.

**B. Autoridad judicial y tribunal competente.**—Entre las alegaciones que el recurrente expone en su defensa existe la del artículo 138 de la Ley de Procedimiento Administrativo que no permite acudir a la jurisdicción civil, mientras no se “agote la vía administrativa”, lo que confirma la no aplicación del referido artículo 313 del Reglamento Hipotecario que únicamente remite a la primera.

La afirmación de la necesidad de agotar la vía administrativa cuando se pretende litigar contra el Estado y los Organismos Estatales Autónomos, es evidente por el principio del artículo 138 de la Ley de Procedimientos, pero ello no quiere decir que el artículo 313 del Reglamento Hipotecario no pueda tener aplicación sin que antes se agote la vía administrativa. Por imperio del artículo 138 citado no hubiera podido don Buenaventura Cano entablar una acción reivindicatoria ante los Tribunales ordinarios y frente al Estado, solicitando al mismo tiempo una anotación preventiva de demanda, pero dicho artículo no es impedimento para que si en su momento hubiese inscrito su derecho en el tiempo que medió entre el otorgamiento de la escritura y la expedición de la certificación del Patrimonio del Estado y Dirección General de la Guardia Civil, hubiese podido acudir al Juez de primera instancia solicitando la extensión de la nota del artículo 313 del Reglamento Hipotecario que no resuelve nada y deja expeditas las vías administrativas y judiciales correspondientes. Precisamente este artículo viene a ser la gran réplica al 138 de la Ley de Procedimiento, con el cual esta situación de doble inmatriculación no hubiera podido solucionarse si antes es preciso agotar la vía administrativa. Pero para ello es preciso ser titular registral.

Ni la autoridad administrativa ni el Tribunal económico administrativo son competentes para ordenar la nota marginal a que se refiere el artículo 313 del Reglamento Hipotecario. Sólo lo es el Juez de primera instancia del lugar en que radique el Registro. Con ello se vuelve a reafirmar el principio del artículo 1.º de la Ley Hipotecaria de que los asientos del Registro están bajo la salvaguardia de los Tribunales y que sólo a éstos corresponde en su caso declarar su inexactitud.

**ENTREGA DE LEGADO.**—EXISTIENDO LEGITIMARIOS INTERESADOS Y DADO EL CARÁCTER IMPERATIVO DE LAS NORMAS LEGALES QUE PROTEGEN SUS DERECHOS, NO PUEDE EL LEGATARIO OCUPAR POR SU PROPIA AUTORIDAD LA COSA LEGADA, AUNQUE LE HAYA AUTORIZADO EL TESTADOR PARA ELLO Y DICHS LEGITIMARIOS HAYAN RECIBIDO CON ANTERIORIDAD DIVERSOS BIENES MEDIANTE DONACIONES NO COLACIONABLES, SINO QUE DEBE PEDIR SU ENTREGA Y POSESIÓN AL HEREDERO. (Resolución de 25 de mayo de 1971, *Boletín Oficial del Estado* del 18 de junio de 1971.)

**Hechos.**—Por escritura pública autorizada por el Notario de La Unión, don Miguel Cuevas Cuevas, el 4 de octubre de 1964, los cónyuges, don Anto-

nio Casanovas Sánchez y doña María Alarcón Hernández, donaron en nuda propiedad a sus ocho hijos, varias fincas, parafernales unas y gananciales otras, reservándose los donantes una pequeña parcela, que vendieron posteriormente. Igualmente, dentro del patrimonio, quedó otra finca propiedad de la esposa, quien en testamento abierto, de 4 de marzo de 1966, la legó a su marido, al que autorizó "para que tome la posesión de la finca legada sin que hayan de entregársela sus herederos, que tienen recibido más que lo que por legítima les corresponde". La testadora falleció en Cartagena el 4 de marzo de 1966, y el 19 de agosto siguiente, el viudo, don Antonio Casanovas Sánchez, otorgó ante el mismo Notario, escritura de toma de posesión del legado, adjudicándose la finca de referencia.

Presentada primera copia de esta última escritura, acompañada de otros documentos complementarios, fue calificada con nota del tenor literal siguiente: "No admitida la inscripción del precedente documento, porque según el artículo 885 del Código civil, la entrega de la cosa legada deben hacerla los herederos o albacea".

Don Miguel Cuevas Cuevas, autorizante de la escritura, interpone recurso gubernativo contra la anterior calificación, alegando que es "costumbre" en el campo de Cartagena hacer donaciones anticipadas a los hijos y dar a este acto el carácter de partición, procurando reservarse algún bien para gastos extraordinarios que puedan presentarse; que la Sentencia del Tribunal Supremo de 26 de octubre de 1928 estima que la doctrina del artículo 885 del Código civil debe estar supeditada a que el testador no diga otra cosa y que diciéndolo su voluntad es ley y debe tener la misma fuerza imperativa que la partición hecha por el testador conforme al artículo 1.056 del Código civil; que no hay inconveniente en que la partición total tenga lugar en varias fases o momentos, unos inter-vivos y otros mortis-cause; que a través de una serie de sentencias y resoluciones se infiere que la donación con reserva de usufructo más que una donación es una distribución de bienes (R. 12 marzo 1892), que es viable una partición parcial y compatible con otra realizada por procedimiento diverso (Ss. 21 de mayo de 1966, 6 marzo 1945 y 21 marzo 1910), que la partición puede ser completada con otro documento (R. 5 octubre 1923) y que los herederos deben pasar por la partición hecha por el causante si no se perjudican sus legítimas (Ss. 26 octubre 1928 y 17 octubre 1960). Por último, alega que la inscripción pretendida no se opone al artículo 83 del Reglamento Hipotecario porque dicho precepto, en su párrafo final, se refiere exclusivamente a supuestos que recoge el artículo 885 del Código civil, mientras que el de este caso está comprendido en el párrafo 1.º de dicho artículo.

El Registrador brevemente inutiliza todos los argumentos notariales considerando imprescindible el respeto del artículo 885 del Código civil; estimando que el mismo se completa con el párrafo penúltimo del artículo 83 del Reglamento Hipotecario; que así viene sancionado por la Resolución de 7 de abril de 1906 y Sentencia del Tribunal Supremo de 1891, y que el principio de intangibilidad de las legítimas podría quedar ineficaz aceptando la tesis notarial.

El Presidente de la Audiencia confirma la nota del Registrador y, ello, no obstante, el Notario se alza de la decisión presidencial y entabla la apelación ante la Dirección General de los Registros y Notariado, la cual no hace más que ratificar el auto apelado y la nota del Registrador en cinco consideraciones que pasamos a reproducir.

*Doctrina.*—“Considerando que este expediente plantea la cuestión de si es inscribible una escritura de toma de posesión de legado hecha por el propio legatario, cónyuge viudo de la testadora, que le autoriza en su testamento a hacerlo por sí mismo, sin que hayan intervenido los ocho hijos y herederos, quienes con anterioridad habían recibido diversos bienes por vía de donación de ambos padres, que no tendrían el carácter de colacionables en las respectivas herencias de los donantes.

Considerando que el Notario recurrente centra toda la argumentación en defensa de su tesis en el hecho de que se trata de una partición realizada por la testadora unilateralmente, si bien no en un solo acto, sino a través de las diferentes donaciones a favor de los hijos y del propio testamento de la causante, cuyo conjunto recoge la partición de sus bienes, a la que se le aplicará el artículo 1.056 del Código civil y producirá todos sus efectos en cuanto no perjudique la legítima de los herederos forzosos, lo que no tiene lugar, según indica la propia testadora.

Considerando que la partición de bienes, tanto si la realiza el testador por acto inter-vivos o mortis-causa, como si son los propios herederos quienes la formalizan, requiere para su plena eficacia que sea completa y se hayan verificado todas las operaciones necesarias para ello, desde la determinación del haber partible, a través del inventario y avalúo correspondiente de bienes, aun cuando puede no comprender hasta llegar a su división y adjudicación a los herederos con toda la variedad de incidencias y actos intermedios, que, según los casos, podrían presentarse, y que suelen consistir en fijación de legítimas, colación de bienes, pago de deudas, entrega de legados, etc., por lo que difícilmente puede afirmarse que en el supuesto de este expediente haya podido tener lugar un acto de tal clase a través de una serie de actos parciales, como son las donaciones no colacionables realizadas por el matrimonio donante a los hijos, el testamento en que la madre ordena la entrega del legado al padre y la escritura en la que éste mismo se adjudica directamente el bien objeto de dicho legado, sin el consentimiento de los hijos, pues la acumulación de todos estos actos, por otra parte, sin relación entre sí, deja sin resolver muchas de las cuestiones que la partición presenta, con posibilidad de dejar desvirtuados o sin efecto derechos que a los herederos pueden afectar, *aparte de que difícilmente pueda sostenerse el carácter unilatral de esta llamada partición, dada la serie de actos en los que, como las donaciones realizadas a los hijos, hay una intervención de éstos.*

Considerando que la posibilidad de que el legatario pueda ser autorizado para ocupar por sí solo la finca legada tal como, entre otros casos, declaró la Sentencia de 26 de octubre de 1928, fundándose en que la voluntad del testador, ley de sucesión, no puede quedar coartada por lo preceptuado en

el artículo 885 del Código civil, que sólo ha de tener aplicación cuando no haya usado de la libre facultad de permitir que se poseione directamente el legatario de los bienes legados, es doctrina totalmente ajustada a derecho cuando no haya herederos forzosos, pero que no puede tener aplicación en el supuesto o de que existan legitimarios interesados, dado el carácter imperativo de las normas legales que protegen sus derechos y que hace necesaria su presencia para que no puedan resultar éstos desconocidos o vulnerados, lo que podría tener lugar de aplicarse sin su intervención la cláusula testamentaria discutida.

Considerando que, en su consecuencia, se está ante una escritura de entrega de legado que pretende inscribirse, y en la que es forzoso acatar lo preceptuado en el artículo 885 del Código civil, que establece que el legatario no puede ocupar por su propia autoridad la cosa legada, sino que debe cumplir su entrega y posesión al heredero, y que desarrolla en el mismo sentido el artículo 83 del Reglamento Hipotecario, normas que tienen un claro fundamento de respeto a la integridad de las legítimas y demás derechos de terceros interesados y que obligan a que proceda la liquidación del caudal o a que, en su defecto, intervengan los herederos forzosos en la entrega”.

*Consideraciones críticas.*—A veces sucede que la constante aplicación del Derecho sin tropiezos hace coger confianza al funcionario, que llega a la conclusión de que todo lo realizado por él responde siempre a una legalidad y se ajusta a la línea más pura de los principios jurídicos. Hago este comentario porque en los argumentos que en su defensa utiliza el Notario recurrente hay dos grandes principios que parecen haber sido olvidados en su tesis constructiva de la defensa de un acto sin base jurídica. Uno es el principio de que las leyes sólo se derogan por otras posteriores y que no prevalecerá contra la vigencia de la ley la costumbre o la práctica en contrario. Recordemos que el primer argumento que el Notario ofrece es el de la “costumbre” del campo de Cartagena. El segundo punto es el de que por encima de la ley de la sucesión —o lo que es lo mismo la voluntad del testador— está siempre el respeto de las legítimas. Observados rigurosamente ambos principios, se desploma toda la argumentación minuciosa que el Notario aporta en su defensa.

A. *La costumbre cartagenera.*—Dice el Notario recurrente que es costumbre tradicional en el campo de Cartagena el atribuir el carácter de partición a las donaciones que los cónyuges de cierta edad hacen a sus hijos, reservándose el uso y disfrute de ellos, percibiendo frutos o rentas y reservándose algún bien para el caso de que surjan gastos extraordinarios. Esta curiosa costumbre, como la de realizar ventas anticipadas para eludir impuestos, es preciso encajarla en los preceptos del Código civil para que pueda valerlos como tal, ya que de no ajustarse a lo que los mismos dicen, puede resultar una costumbre “contra legem” de difícil aplicación por el juego del artículo 5 del Código civil.

El encaje que el Notario recurrente encuentra a esta costumbre es el artículo 1.056 del Código civil que permite realizar al testador—en este

caso testadora— la partición de los bienes por acto inter-vivos o mortiscausa, estimando que las donaciones realizadas con el carácter de no colacionables, el testamento de la causante y la escritura de adjudicación del legado por el esposo, suponen un conjunto unitario y unilateral que responde al acto particular del testador y que habrá que respetar si no se perjudican las legítimas.

Sin perjuicio de las atinadas consideraciones puestas de relieve por la Dirección General en su considerando tercero, y al que luego haremos referencia, quiero destacar la gran dificultad que encierra el presente caso para encajar esa donación conjunta de esposa y marido que hacen de sus bienes, unos propios y otros gananciales, con ciertas reservas. El artículo 1.056 exige como primer requisito que parece no darse en el presente supuesto: que la partición sólo puede hacerla el testador referida "*a sus bienes propios*", no pudiendo comprender los de la sociedad conyugal. Opinan en esta dirección ALBALADEJO, CASTÁN, MANRESA, SCAEVOLA y las Sentencias de 6 marzo 1917, 8 julio 1940 y 6 de marzo de 1945, entre otras. El caso supone una donación conjunta de marido y mujer y una disposición de bienes gananciales.

La equiparación entre donación y partición es una teoría que patrocinaron JAÉN y MARÍN LÁZARO, al tratar de hacer penetrar en el Derecho español a la figura francesa de donación-partición (*donation partage*). El acto inter-vivos a que se refiere el artículo 1.056 del Código civil ha de ser siempre unilateral, pues a pesar de los esfuerzos doctrinales para relacionar dicho artículo con el 1.271 del mismo Código, la mayoría doctrinal estima que esa referencia del artículo 1.056 al acto inter-vivos se refiere solamente a la formalidad externa de dichos actos. MANRESA, CASTÁN, BONET, ROCA, VALLET DE GOYTISOLO destacan en la defensa de esta postura, que ahora remacha la Dirección General al considerar "que difícilmente puede sostenerse el carácter unilateral de esta llamada partición, dada la serie de actos en los que, como las donaciones realizadas a los hijos, hay una intervención de éstos".

Es preciso, en todo caso, que la partición así realizada esté de acuerdo con el testamento y que no perjudique a las legítimas. Parece ser—pues esto no está muy claro en los datos de hecho—que las donaciones realizadas estaban reflejadas en el testamento de la causante y que con ello estaba conforme la misma. Lo que ya no está tan claro es el respeto de las legítimas, pues como veremos a continuación esa escritura de adjudicación del legado al marido de la testadora pudiera producir violación del principio de intangibilidad.

B. *Intangibilidad de legítimas*.—Se hace un poco extraño que la minuciosidad de la argumentación notarial falle precisamente en la cita de una Sentencia del Tribunal Supremo como es la de 26 de octubre de 1928, que leída con detenimiento viene a proporcionar a la Dirección General el argumento decisivo para destruir la tesis notarial. La tesis notarial afirmaba, apoyada en la Sentencia, que la voluntad del testador es la ley de la sucesión y que, por ello, el artículo 885 del Código civil sólo tiene aplicación "si el testador no ha dispuesto otra cosa". Pero a la Sentencia citada la Dirección General le agrega una frase que desvirtúa el principio utilizado por el recurrente.

Lo preceptuado en el artículo 885 del Código civil, sólo puede tener lugar cuando el testador no haya usado de la libre facultad de permitir que se poseione directamente el legatario de los bienes, pero todo ello tiene aplicación "cuando no hay herederos forzosos".

El principio de intangibilidad de las legítimas, recogido en los artículos 813 y 817 del Código civil, obliga a extremar la cautela en la entrega de legados, y caso de existir legitimarios es precisa su presencia para que no puedan resultar desconocidos o vulnerados sus derechos, lo que podría suceder en el presente caso de aplicarse sin su intervención la cláusula testamentaria discutida. Es evidente que al tratarse de bienes donados con el carácter de no colacionables, solamente el caudal relicto está compuesto por la finca legada al marido que puede ser inoficioso o excesivo y, por ello, perjudicar la legítima de los herederos.

De los tres párrafos de que consta el artículo 83 del Reglamento Hipotecario en su relación con el 885 del Código civil, el Notario considera aplicable el primero, descartando el último, que supone el caso de la herencia distribuida en legados. El Registrador estima que el aplicable es el segundo, y éste parece ser el criterio que prevalece en la Resolución de la Dirección General de los Registros, al decir que el legatario no puede ocupar la cosa legada por su propia autoridad, sino que debe pedir su entrega y posesión al heredero, contador-partidor o albacea, necesitándose para su inscripción la escritura otorgada por el legatario y las personas o persona indicada.

**RECTIFICACIÓN DE ERRORES EN LOS ASIENTOS DEL REGISTRO.—ESTA MATERIA DEBE RESOLVERSE CON ARREGLO A LO ESTABLECIDO EN EL TÍTULO VII DE LA LEY HIPOTECARIA, SIN QUE PUEDA TENER LUGAR A TRAVÉS DEL RECURSO GUBERNATIVO. (Resolución de 28 de mayo de 1971, *Boletín Oficial del Estado* de 19 de junio de 1971.)**

*Hechos.*—Por escritura de 26 de junio de 1962, los cónyuges, don José Miguel Cortadí Galarmendi y doña Petra Ramos Martínez, manifestaron que eran dueños de la casa número 16 de la calle Luis Mitjás, de Madrid; compuesta de cuatro plantas, con tres viviendas cada una de ellas, construídas sobre un solar de 613,46 metros cuadrados, de los cuales, según el título, estaban edificadas 247,85, destinándose el resto—365,61 metros cuadrados—a patio, aunque en realidad el patio, sin edificar media exactamente 372,24 metros cuadrados y la parte edificada 241,42 metros cuadrados (o sea, 613,66 en total). Respecto de los linderos se decía que aparte el frente de la calle, los anteriores de la finca por la derecha, izquierda y fondo, habían sido terrenos del Banco de la Construcción, S. A., pero que los actuales eran, por la izquierda, el número 18 de la nombrada calle Luis Mitjás, y por la derecha y fondo fincas de don Ramiro Calle.

En la misma escritura citada los dueños segregaron el patio o parte no edificada y lo vendieron a don Luis Escandón Pendás, habiendo sido descrito de la forma siguiente: "Solar en Madrid con fachada a la calle Luis Mitjás, por donde le corresponde el núm. 16 bis. Tiene la forma de rectángulo de 10,30 me-

tros de frente por 34,14 de fondo, lo que le da una superficie de 372,24 metros cuadrados. Linda al frente en línea de 10,30 metros con la calle de Luis Mitjás; por la derecha en 36,14 metros, con patio y casa de don Ramiro Calle, por la izquierda, en línea de 36,14 metros con la finca de la que se segrega, y por el fondo en 10,30 metros, con finca de don Ramiro Calle". Como consecuencia de esta segregación la finca matriz quedó con una superficie de 241,42 metros cuadrados, todos ellos edificados, variando sólo el lindero de fondo que no serían terrenos de don Ramiro Calle, sino el patio segregado que se vendía a don Luis Escandón Pendás.

En la misma escritura se constituye sobre el referido patio, una servidumbre de paso, y luces y vistas en favor de la finca que se había segregado y de la casa contigua señalada con el número 18 de la misma calle Luis Mitjás. Por escritura de 4 de noviembre de 1963 y en virtud del derecho de vuelo que se había reservado, el propietario declaró la nueva obra de tres plantas y constituyó el régimen de propiedad horizontal de esta casa número 16 y de la número 18, calle Luis Mitjás, indicándose que tenían a su favor una servidumbre de luces y vistas sobre las fincas inmediatamente colindantes. Esta escritura se inscribió en el Registro, indicándose que la extensión total era de 613,45 metros.

Posteriormente a la inscripción dicha, se presentó en el Registro el documento de 26 de junio de 1962, que contenía la segregación realizada del solar y se denegó su inscripción, ya que la segregación suponía una alteración de la cuota y ello exigía el consentimiento de los propietarios de los diferentes pisos. En el recurso gubernativo que se interpuso, la Dirección General, el 28 de febrero de 1968, confirmó la nota del Registrador y declarándose en la resolución que al haberse inscrito con anterioridad a la escritura de 4 de noviembre de 1963, al menos uno de los pisos de la finca parcelada horizontalmente, el asiento que provocó está bajo la salvaguardia de los Tribunales y sólo puede ser ratificado por consentimiento de su titular o resolución judicial. Esta referencia de los hechos no queda lo suficientemente clara y es preciso completarla con la Resolución dicha. En dicha Resolución hay referencia a otros dos documentos claves, como son: la escritura pública de 5 de junio de 1962, autorizada por el Notario de Madrid don Fausto Navarro Azpeitia, en la que don Miguel Cortadí y esposa constituye en régimen de propiedad horizontal las casas 16 y 18 de la calle Luis Mitjás, hizo declaración de obra nueva y se reservó el derecho de vuelo. Igualmente, el día 30 de mayo de 1963, los cónyuges, don Antonio Armero Prieto y doña Manuela Cristóbal García, adquirieron el piso 4.º, letra A, de la casa número 16 de la calle Luis Mitjás. Con ello se justifica la existencia anterior a la escritura de 26 de junio de 1962, de un régimen de propiedad horizontal y de un piso inscrito a nombre de persona distinta del dueño de los demás pisos.

En escritura de 5 de abril de 1968 los cónyuges, don Antonio Armero Prieto y doña Manuela Cristóbal García manifiestan que la adquisición del piso 4.º, letra A, de la casa número 16 de la calle Luis Mitjás, la hicieron según los límites y porcentajes señalados para el mismo por su edificación en casa construida sobre un solar de 241,42 metros, por lo que ningún derecho se consideraban tener sobre el solar de 375,71 metros que en tiempos anteriores fueron patios de la referida finca, que por segregación se vendió a don Luis Escandón Pendás.

Por último, en instancia de 2 de octubre de 1969, el señor Cortadí, resumiendo la situación resultante de todo lo anteriormente expuesto, solicitó la rectificación de la inscripción producida por la escritura de 4 de noviembre de 1963, conforme a los datos reales ya implícitos en la citada inscripción y en las inscripciones de los pisos derivados de la división horizontal, con el fin de poder inscribir el contenido de la escritura de 26 de junio de 1962

En el Registro se presentaron dicha instancia junto con las escrituras de 5 de abril de 1968 y la de 4 de noviembre de 1963, así como la de segregación de 26 de junio de 1962. Los tres primeros documentos fueron objeto de una calificación y nota en la cual se decía que no era admitida la rectificación interesada, porque siendo el error de los contenidos en el artículo 214 de la Ley Hipotecaria no puede rectificarse sin el consentimiento unánime de los interesados, como dice el artículo 217 de la misma, y porque de la lectura de la descripción de la finca no se desprende que la totalidad de la finca hubiera quedado reducida en su superficie a 241,42 metros, sino que más bien parece deducirse que la expresada superficie era la correspondiente a la parte edificada sobre la que se habían levantado las plantas 5.<sup>a</sup> y 7.<sup>a</sup>, en cuya escritura se parcelaban horizontalmente. En la escritura de 26 de junio de 1962 la nota era una referencia a la anterior, que ya contenía el documento y la referencia a la Resolución de 28 de febrero de 1968, que la ratificaba.

El señor Cortadí interpuso el correspondiente recurso gubernativo alegando que en la escritura de 5 de abril de 1968 consta el consentimiento del único adquirente anterior a la segregación, dueño del piso 4.<sup>o</sup>-A, exigido por la Resolución de 28 de febrero de 1968 y que conforme a los artículos 211 y 213 de la Ley Hipotecaria el Registrador puede rectificar por sí los asientos cuyos títulos se conservan en el Registro, y en todo caso en que la inscripción dé a conocer el error y por ella sea posible su rectificación. Igualmente se alega que rectificando o simplemente inscribiendo las escrituras presentadas con la instancia, no se necesitaría siquiera rectificar las inscripciones.

El Registrador, en su informe, deslinda lo ya resuelto por la Dirección General de los Registros y del Notariado en Resolución de 28 de febrero de 1968, que es ejecutiva, causa estado y no cabe un nuevo recurso sobre el asunto ya resuelto, por lo que la nota extendida al pie de dicho título no suponía una nueva calificación. Respecto a la instancia y las otras dos escrituras presentadas alega las razones siguientes: Va examinando las sucesivas inscripciones de la finca, de las cuales resulta que tiene una superficie de 613,46 metros cuadrados, de los cuales están edificadas 257,85 metros y el resto, de 355,61 está destinado a patio, y que las notas marginales puestas a las inscripciones sexta y décima resulta que las plantas quinta, sexta y séptima fueron divididas horizontalmente, provocando diversas inscripciones a favor de diferentes titulares; y que las plantas una y cuarta también lo fueron, formando fincas independientes inscritas especial y separadamente a nombre de diferentes propietarios. En su consecuencia, todos estos diferentes propietarios de pisos, además de la propiedad del que les pertenece, ostentan un derecho de copropiedad sobre los restantes elementos comunes del edificio, entre los que se encuentran legalmente los patios. Que toda la posible discordancia entre la realidad y el Registro se debe a que no tuvo acceso en tiempo oportuno

tuno la escritura de segregación y venta, que ahora no puede ser admitida sin el consentimiento de todos los titulares de los pisos y locales por el error cometido al practicarse la inscripción décima, en la que no se hicieron constar las variaciones habidas en la descripción de la finca. Que al tratarse de un error de concepto se precisa el consentimiento de todos los titulares. En lo referente al segundo error, alega que en la escritura que provocó la inscripción décima no se solicitaba la descripción del resto de la finca con el fin de que desapareciera la inexactitud que aún subsiste.

Pedido informe al Notario autorizante de la escritura alegó que al no haberse atribuido defecto al título por él autorizado, quizá resultase ociosa su intervención, aunque no obstante se aviene a realizarla, considerando que la situación producida es consecuencia de practicarse una segregación que, por las razones que sean, tardó en llegar al Registro, practicándose después otras que llegaron antes, supuesto bastante frecuente en fincas rústicas de mucha cabida, de las que se van practicando sucesivas segregaciones y que esta falta de correlación cronológica no tiene trascendencia en las transmisiones, pero sí en los gravámenes, soslayándose en la práctica, haciéndose expresa mención de todas las segregaciones practicadas previamente y dejando sentado que la carga recae sobre ese resto, y que esa práctica suple la deficiencia del sistema a que se refiere la Resolución de 28 de febrero de 1968. Que si esa es la forma de proceder en la escritura de 4 de noviembre de 1963, de la que resulta con plena claridad la segregación y teniendo en cuenta la no existencia de perjuicio para terceros, la economía procesal y un sentido espiritualista, pudiera ahora accederse a rectificar lo que antes no se inscribió.

El Presidente de la Audiencia confirma la nota del Registrador en base de sus razones y apelado el auto ante la Dirección General de los Registros ésta revoca parcialmente el auto apelado y el defecto 2.º de la primera nota del Registrador, confirmando los restantes sobre la base de los siguientes considerandos.

*Doctrina.*—“Considerando que aun cuando se trata de dos notas de calificación, la íntima conexión que existe entre ellas, y en armonía con los principios de economía, celeridad y eficacia que inspiran los procedimientos actuales, del que es muestra el artículo 73 de la Ley de Procedimiento Administrativo, aconsejan acumularlos y resolverlos en el único y solo expediente.

Considerando que para una más ordenada resolución de las cuestiones planteadas se comenzará por examinar el defecto 2.º de la primera de las notas recurridas, respecto del que la lectura de la descripción que de la casa situada en la calle Luis Mitjás, número 16, de Madrid, se hace en la escritura de 4 de noviembre de 1963, revela que estaba totalmente edificada sobre un solar de 241,42 metros cuadrados, finca resultante de la segregación que en la misma escritura se indica “practicada ante el Notario de Madrid, don Enrique Giménez Arnau, el 26 de junio de 1962”, por lo que debiera haberse procedido a la suspensión del asiento solicitado hasta tanto se hubiera inscrito la segregación realizada, dada la no coincidencia entre la descripción en la escritura y la registral, pero al no haber sido así, sino que, por el contrario, se extendió la inscripción y se arrastró la superficie a 613,42 metros cuadrados, se ha producido un asiento claramente erróneo.

Considerando que en cuanto al primer defecto señalado en la misma nota hay que tener en cuenta la doctrina establecida por este Centro, entre otras, en la Resolución de 11 de noviembre de 1970, que declaró que los recursos gubernativos solamente pueden interponerse cuando la calificación del Registrador suspenda o deniegue el asiento solicitado, pero no cuando el título haya tenido acceso al Registro, como sucede en este caso, en que, aun erróneamente extendido, el asiento está bajo la salvaguardia de los Tribunales y produce todos sus efectos mientras no se declare su inexactitud en los términos establecidos en la Ley Hipotecaria, para lo cual, el interesado habrá de acudir a los procedimientos que para la rectificación de errores se establecen en el Título VII de la Ley y Reglamento Hipotecario.

Considerando que los consortes, don Antonio Armero Prieto y doña Manuela Cristóbal García —únicos que compraron uno de los pisos con anterioridad a la prestación en el Registro de la escritura de 4 de noviembre de 1963, sin que se hiciera constar en su título adquisitivo la descripción del edificio en su conjunto, lo que calificó esto último la Resolución de 28 de febrero de 1968 como deficiencia del sistema, por lo que todavía los libros registrales no publicaban una extensión equivocada—, si bien han prestado su consentimiento a la rectificación del asiento evidentemente erróneo, falta por obtener el de los restantes titulares, que adquirieron con posterioridad a la inscripción de la mencionada escritura de 4 de noviembre de 1963 —y que de haber sido correctamente calificada no hubiese producido, en cuanto a ellos, la actual situación—, consentimiento necesario, de conformidad con los artículos 214 y 217 de la Ley, que no puede ser suplido por este Centro Directiva, ya que sería desviarse del procedimiento legal establecido, lo que viene a reforzar la idea ya declarada en la Resolución de 11 de noviembre de 1970 de que estas cuestiones no pueden resolverse por la tramitación de un recurso gubernativo.

Considerando que la naturaleza especial que ofrece la finca registral en los supuestos edificios en régimen de propiedad horizontal, cualquiera que sea la forma en que aparezcan inscritos (artículos 8, núms. 4 y 5), obligan a extremar la atención en primer lugar de los Notarios en todas las operaciones en que el objeto sea un piso o apartamento, sin que baste describir única y exclusivamente a éste con su extensión, linderos y demás circunstancias reglamentarias, pues al corresponder al titular derechos que radican, además, en el edificio, en su conjunto, debe igualmente hacerse la descripción de este último para que resulte plenamente identificado y se eviten situaciones como las contempladas en este expediente, en la que un aparente confusiónismo puede inducir a error, y en segundo lugar, a los funcionarios calificadores, con objeto de que no se extiendan asientos erróneos por no haberse tenido en cuenta las posibles segregaciones o agregaciones que en el suelo de la finca hayan podido existir, y que los propios títulos calificados revelan.

Considerando que en tanto no se subsane el asiento erróneo por los procedimientos legalmente establecidos, subsiste el obstáculo registral para la inscripción de la escritura de 26 de junio de 1962, tal como declaró la Resolución de 28 de febrero de 1968, al resolver el recurso gubernativo que entonces se interpuso para idéntica calificación”.

*Consideraciones críticas.*—Las dos cuestiones que fundamentalmente se consideran resueltas en esta Resolución tienen antecedentes en otras anteriores. Lo que sucede es que solamente una —la de 28 de febrero de 1968 maneja, por así decirlo, uno de los documentos que también se utilizan en ésta. La otra Resolución—11 de noviembre de 1970—sólo sirve de apoyo doctrinal a la Dirección en tanto en cuanto sanciona la misma doctrina que en ésta se reproduce en orden a la rectificación de errores. Por ello, creemos que pueden ser únicamente dos los problemas que debemos glosar en forma concisa: la alteración física de las fincas y la rectificación de errores. Debemos dejar a un lado el contenido del primer considerando de la Resolución, en el cual, por razones de economía procesal, celeridad y eficacia, se procede a un examen conjunto de dos notas de calificación. Discrepando de la opinión de la Dirección General, me inclino más por la sostenida por el Registrador, en cuyo informe, como hemos visto, se deslindan una nota de calificación con dos defectos y otra nota en la que el documento no se califica, pues ya lo ha sido, e impide volver sobre su materia contenida en el mismo documento.

Es cierto que un mismo documento puede ser presentado sucesivamente —a medida que vayan transcurriendo los sesenta días de vigencia del asiento de prestación y no antes, ya que no se puede renunciar a los efectos y plazo del mismo—y que en cada presentación debe ser objeto de una nueva calificación que por ser coincidente con la anterior no puede privar a los interesados el ejercicio reiterativo de su derecho. Pero lo que ya no cabe es que si contra una calificación de un documento se ha ejercido el derecho del recurso gubernativo, ese mismo documento no puede ser objeto de otra calificación que genere otro recurso por el principio de la *cosa juzgada*, que regulado en el Código civil, en el artículo 1.252, debe tener aplicación a este recurso gubernativo, aun cuando la Dirección en este caso decline el perfil especial del procedimiento y acuda, por razones de aplicación analógica, al artículo 73 de la Ley de Procedimiento Administrativo. Más feliz hubiese sido, a los efectos de una cita concreta para justificar acumulaciones, el artículo 117 del Reglamento Hipotecario, en el que claramente se expresa que en el recurso gubernativo podrán ser discutidas las “cuestiones que se relacionen *directa e inmediatamente* con la calificación del Registrador” y en este caso era evidente que la solución dada por la Dirección a uno de los casos que se “relacionaban *directa e inmediatamente*” con la “única” calificación existente había de ser tratado en el mismo procedimiento.

A. *Alteración física de las fincas.*—El caso que se ofrece en esta resolución es un problema de atraso en el acceso registral de una estructura de segregación y que cuando pretende tener reflejo en el mismo, la situación ha cambiado de tal forma que ya no puede ser inscrita sin otros condicionamientos. Algo de esto apuntaba en su informe el Notario autorizante de una de las escrituras.

La historia del caso es breve, pero conviene recordarla. El 5 de junio de 1962, don Miguel Cortadí constituye en propiedad horizontal su finca de 613,46 metros cuadrados, de los que edificados son solamente 241,42, reservándose el derecho a elevar más pisos. El 26 de junio de 1962, segrega y vende a don Luis Escandón 372,24 metros que constituyen la parte no edifi-

cada. El 30 de mayo de 1963 los cónyuges, don Antonio Armero Prieto y doña Manuela Cristóbal adquieren el piso 4.º, letra A, de la casa número 16 de la calle Luis Mitjás. El 4 noviembre de 1963, el propietario, don Miguel Cortadí, en virtud del derecho de vuelo reservado, declara la obra nueva de tres plantas edificadas sobre una superficie de 241,42 metros cuadrados, describiéndolas y siendo inscritas en régimen de propiedad horizontal. En otras escrituras posteriores a la de 4 de noviembre de 1963 citada va enajenando sucesivamente todos los pisos del inmueble. En el Registro seguía figurando la extensión superficial de 613,46 metros por no haberse presentado la de segregación de los 372,24 metros.

Prescindiendo aquí de los problemas de división, agregación y agrupación, vamos a destacar únicamente el de la segregación o separación de un trozo de la finca matriz para que el mismo figure como finca independiente. El Reglamento Hipotecario claramente expresa que en las escrituras de segregación "se describirán siempre las fincas... que sean objeto de segregación parcial, así como las fincas nuevas resultantes... y las porciones restantes, cuando fuere posible, o, por lo menos, las modificaciones en la extensión y linderos por donde se haya efectuado la segregación". Lo que ya no dice es si se hace necesario en las sucesivas escrituras referentes a la finca matriz primitiva describir la primitiva finca y el resto que ha quedado después de efectuada una o varias segregaciones. Tampoco dice, porque eso sería o una repetición de principio o una aplicación excesiva del principio del tracto, que para inscribir cualquier acto relativo a la finca matriz en su calidad de resto debe previamente inscribirse la segregación o segregaciones realizadas.

Uno de los grandes problemas registrales que la segregación planteaba era el de impedir a toda costa "agotar" la superficie inscrita, pues ello permitiría la posibilidad de crear fincas "ficticias". Por ello, en los Registros se lleva marginalmente la contabilidad de la superficie o superficies segregadas y lo que va quedando de la finca. Pero no se ha exigido que para inscribir actos sobre una parte de la superficie de la finca sea necesario que se inscriba previamente la posible segregación realizada. Es decir: no es preciso que se cumpla lo que TIRSO CARRETERO llama "tracto sucesivo de las modificaciones de fincas". Visto y leído serenamente el artículo 20 de la Ley Hipotecaria, resulta evidente que su exigencia de inscripción previa y obligatoria no puede alcanzar a las alteraciones físicas de las fincas por su orden cronológico, contrariando el principio de voluntariedad de la inscripción.

No obstante, la Dirección General estima que la escritura de 4 de noviembre de 1963 —por la que el propietario haciendo uso del derecho de elevar plantas, declara la obra nueva y constituye la propiedad horizontal de las mismas precisándose que estaba edificada sobre un solar de 241,42 metros cuadrados como consecuencia de la segregación efectuada en la escritura autorizada por el Notario de Madrid, don Enrique Giménez Arnau el 26 de junio de 1962—, no debió ser inscrita, suspendiéndose el asiento solicitado hasta tanto se hubiera inscrito la segregación realizada, dada la no coincidencia entre la descripción en la escritura y la registral, lleva a una aplicación extensiva del principio de tracto sucesivo. El mal de la segregación está en que falte finca, no en que sobre y, por ello, en el presente caso, al reducir la edificación a

sólo 241,42 metros cuadrados nada impedía su posibilidad de inscripción, y obrar de otro modo supondría una restricción muy considerable a la necesidad de una celeridad en la contratación y a la privación del derecho a la publicidad registral de ciertos actos que no puede quedar supeditada a la decisión voluntaria de una previa inscripción de segregación.

No creo que sea "oficio" del Registrador el de exigir la previa inscripción de la segregación, pues ello conduciría a un condicionamiento del principio de prioridad regido cronológicamente por la presentación de títulos en el Registro y a una protección excesiva del adquirente rezagado que no valora los efectos protectores que el Registro le concede. Más bien considero que es labor "constructiva" del Notario la de precisar el "alcance" que ha podido tener una segregación que, afectando a posibles elementos comunes del edificio, limita la posibilidad de una inscripción rezagada exigiendo un consentimiento unánime de todos los propietarios en comunidad horizontal. Si hubiese extremado su celo al describir la finca y no se hubiese limitado a verificar una "mención" de una segregación realizada, el panorama hubiese cambiado sustancialmente.

Quizá por ello la Dirección General, en su resolución de 28 de febrero de 1968 y ahora en la que comentamos, considera que el especial régimen de la propiedad horizontal exige extremar la atención en primer lugar de los Notarios en todas las operaciones en que el objeto sea un piso o apartamento sin que baste describir única y exclusivamente a éste en su extensión, linderos y demás circunstancias, pues al corresponder al titular derechos que radican, además, en el edificio en su conjunto, debe igualmente hacerse la descripción de éste último para que resulte plenamente identificado y se eviten situaciones como la contemplada en este expediente. En el informe que se solicitó del Notario autorizante de la escritura cuestionada se decía que la dificultad que lleva consigo la segregación de grandes fincas se soslaya en la práctica haciendo expresa mención (?) de todas las segregaciones practicadas y dejando sentado que la posible carga recae solamente sobre ese resto y no sobre porciones antes segregadas y enajenadas... Claro que esta conducta notarial que el informe considera como práctica normal, falla en el presente caso y da origen al problema planteado.

**B. Rectificación de errores.**—La materia de rectificación de errores se ha confundido a veces con el recurso gubernativo, creyéndose que a través del mismo podía lograrse la misma virtualidad rectificadora que la que regulan los diversos medios establecidos en el título VII de la Ley Hipotecaria y los artículos concordantes del Reglamento. Por eso, la Dirección General en la Resolución —ya comentada en estas páginas— de 11 de noviembre de 1970 precisó y ahora repite que los recursos gubernativos solamente pueden interponerse cuando la calificación del Registrador suspenda o deniegue el asiento solicitado, pero no cuando el título haya tenido acceso al Registro, como sucede en este caso, en que, aun erróneamente extendido, el asiento está bajo la salvaguardia de los Tribunales y produce todos sus efectos mientras no se declare su inexactitud.

Creo que había comentado críticamente que la actuación del Registrador frente a la instancia en que entonces se solicitaba la rectificación no era una

propia calificación, pues lo que el había hecho era precisar que el error que se había provocado en el Registro era de una determinada clase y para su rectificación se necesitaban determinados requisitos. Ahora parece que sucede igual, pero en vez de tratarse de un error de concepto, es un error material encuadrable en el artículo 214 de la Ley Hipotecaria, que exige el consentimiento de los interesados conforme al artículo 217 de la misma Ley. De ahí, que lo procedente hubiese sido no admitir el recurso gubernativo, pero al penetrar el Registrador en la lectura de uno de los documentos y destacar y fundar el segundo defecto de la superficie de 241,42 metros, realiza ya una función calificadora que da base al recurso y a que la Dirección General confirme la doctrina ya anteriormente establecida.

Al existir un error registral y posteriores interesados que pueden ser perjudicados en su derecho, el Registrador no puede proceder por sí a una rectificación sin el consentimiento de todos ellos. Lo que sucede es que la argumentación del Registrador y posteriormente de la Dirección relacionan los artículos 214 de la Ley Hipotecaria y el 217 de la misma, cuando se están refiriendo a errores de diferente naturaleza. Creo que el enfoque está mal planteado: en el presente caso tratándose de un error material y estando los títulos en el Registro era perfectamente rectificable al amparo del artículo 214 de la Ley Hipotecaria y su correlativo 213 de la misma, pues uno y otro contemplan un supuesto análogo, pero con una situación diferente respecto de los títulos, pues lo que sucedía en este caso es una interferencia de fondo y es la necesidad de un consentimiento de todos los interesados para que un elemento común de la finca, cual era el patio que fue segregado, dejara de ser común, figurando ficticiamente con esa calidad por no haberse inscrito a tiempo la escritura en la cual se contenía la segregación del mismo.

# JURISPRUDENCIA

## I. SENTENCIAS COMENTADAS

### 1. Las posibilidades de validez de una cláusula de elevación de renta en arrendamientos de local de negocio.

*(Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de diciembre de 1972)*

SUMARIO: 1. Situaciones de hecho similares y disparidad interpretativa.—2. El caso conflictivo y la Sentencia del 20 de diciembre de 1972.—3. Sistema de actualización de rentas y pactos de actualización futura.—4. La renta libre ante el beneficio de prórroga forzosa del arrendatario.

#### 1. SITUACIONES DE HECHO SIMILARES Y DISPARIDAD INTERPRETATIVA

Dentro de este último decenio y cabalgando sobre dos situaciones normativas diversas para los arrendamientos urbanos (LAU de 1956 y LAU de 1964), se han ido planteando relaciones conflictivas que responden a una misma situación de hecho y de derecho, al proceder de la celebración de contratos de arrendamiento de locales de negocio en los que, a propósito del establecimiento de la renta, se pacta una cláusula en la que se hace constar que su cuantía se elevará por períodos de tiempo determinado (cada año, dos, tres, etc.) y en una proporción cuantitativa fija o porcentual (el 10, 20, 25, 30 por 100, etc.), en relación con la renta base, o bien con referencia a un índice o módulo económico (coste de la vida, del metro cuadrado en la construcción de edificios, etc.).

La legislación especial arrendaticia urbana anterior (Decretos del 29 de diciembre de 1931 y 21 de enero de 1936, así como la LAU del 31 de diciembre de 1942) había sido muy rigurosa en cuanto a la necesidad de mantener una renta fija, por lo cual, la jurisprudencia del Tribunal Supremo en sus aplicaciones concretas no sólo rechazó estas nuevas cláusulas de elevación de la renta, declarándolas nulas de pleno derecho (Sentencia 25 enero 1955), sino que tampoco admitía las más sofisticadas como eran las cláusulas de estabilización (Sentencias 13 noviembre 1952 y 3 marzo 1962).

Superada la angustiada situación de carestía de viviendas y locales de negocio, el legislador tuvo ocasión de revisar el carácter normativo de su legislación especial y, concretamente, en materia de renta, cambiar su signo de derecho necesario e imperativo por otro más flexible de normas de derecho dispositivo, en el que se deba mayor autonomía a la voluntad de las partes, volviéndose a la línea tradicional de nuestro liberal Código civil (art 1.255).

Para conseguir este resultado, la nueva normativa de 1956 acudía a arbitrar dos vías facultativas: la de conceder libertad a las partes para establecer la

cuantía de la renta de los contratos que se establecieran a partir de su publicación, fueran de locales de nueva o antigua construcción (art. 97), y la posibilidad de renuncia al beneficio de la renta legal (art. 6.º, párrafo tercero), mediante la vía indirecta del pacto de una revisión o de una cláusula de estabilización.

Dentro de la vigencia de este período legislativo, los contratos de arrendamiento de local de negocio que se acogieron a ambas posibilidades de revisar y estabilizar su renta y, posteriormente han sido objeto de un litigio ante el Tribunal Supremo, fueron reconocidos como válidos dichos pactos de revisión (Sentencias 31 enero 1962 y 14 junio 1964) y de establecimiento de cláusulas de estabilización (Sentencias 30 octubre 1964, 19 diciembre 1966, 8 febrero 1967 y 15 febrero 1972).

En cambio, aquellas cláusulas cuyo pacto suponía una mera elevación de la renta, bajo la vigencia de la LAU de 1956, fueron declaradas nulas y sin validez por ir "contra las direcciones de nuestro sistema jurídico", "la equivalencia de las prestaciones" y "alterar la ecuación renta-prórroga" (Sentencia 23 febrero 1963), por "suponer una progresión contraria a las cláusulas actualizadoras de escala móvil que determina la equivalencia de las prestaciones", al "implicar un designio de elevar la renta de una manera fija, constante e indefinidamente" y al ser la "manera de burlar la irrenunciabilidad a la prórroga del contrato" (Sentencia 1 abril 1965), por "no ser contrato de estabilización y sí ser un aumento periódico e indefinido, fijo y progresivo contrario a la Ley" (art. 100), al "quebrantar el fin de la prórroga forzosa" y al "ser contrario a equidad" (Sentencias 2 febrero 1966 y 24 junio 1971), o "que no pueden ser únicamente de aumento fijo e indefinido de la renta, ya que alteraría la proporcionalidad equitativa, haría ilusoria la prórroga contractual y facilitaría la irrenunciabilidad de ella" (Sentencia 25 enero 1973).

A pesar de haber mantenido esta clara y unánime línea interpretativa, el Tribunal Supremo nos sorprende ahora con una opuesta decisión al admitir su validez en la presente Sentencia del 20 de diciembre de 1972, en la que se vuelve a juzgar un contrato contraído bajo la vigencia de la LAU de 1956 y similar a los anteriores, por tratarse de un local de negocio con cláusula de elevación de renta. Las consideraciones en cuanto a la falta de equidad de esta cláusula, ausencia de equivalencia de las prestaciones y de burlar la irrenunciabilidad de la prórroga del contrato son únicamente enunciadas para considerarlas no incurso en el caso, pasándose a hacer aplicación del artículo 100 de la vigente LAU (1964) y de los principios liberales de autonomía de la voluntad contractual del Código civil (arts. 1.255 y 1.090).

## 2. EL CASO CONFLICTIVO Y LA SENTENCIA DEL 20 DE DICIEMBRE DE 1972

El día 1 de mayo de 1959, el propietario de un piso tercero arrienda la vivienda con destino a habitación y a una actividad industrial o de comercio, dado que la arrendataria iba a ejercer "alta costura". En la cláusula tercera del contrato se fija como renta inicial la de tres mil quinientas pesetas mensuales y se establece que, cuando cualquiera de los módulos comparativos que

señala sufriese un alza superior a un diez por ciento, automáticamente la renta referida se elevará en igual proporción. Entre los módulos de comparación previstos en el tercer párrafo de dicha cláusula figuraba el del precio de coste del metro cuadrado de planta de construcción de edificios de primera calidad que, en la fecha del contrato era de mil setecientas cincuenta pesetas.

Una vez que sucedió el alza prevista de este módulo, al elevarse a cuatro mil quinientas pesetas el metro cuadrado, el arrendador exige al arrendatario, a partir del 5 de diciembre de 1970, una renta mensual que asciende a nueve mil pesetas.

Enablado pleito entre las partes contratantes, el juez de Primera Instancia dicta sentencia, por la que declara que: primero, la renta del arrendamiento expresada en el hecho primero de la demanda procede adaptarla de acuerdo con el sistema de actualización previsto en la letra a), párrafo tres, del contrato de primero de mayo de 1959; segundo, que en aplicación del sistema de actualización antes dicho, procede elevar la renta en cinco mil quinientas pesetas y fijarla, por tanto, en nueve mil pesetas mensuales en total.

Interpuesto recurso de apelación contra la Sentencia de primera instancia, la Sala de la Civil de la Audiencia Territorial confirma íntegramente la sentencia apelada.

Ante el Tribunal Supremo se formaliza recurso de injusticia notoria contra la sentencia pronunciada, quien, en Sentencia del 20 de diciembre de 1972, decide lo siguiente:

“CONSIDERANDO... que con finalidad revisionista de la renta inicialmente pactada (tres mil quinientas pesetas mensuales) tomaba como módulos el coste por metro cuadrado de solar construido de edificios de primera calidad, el contravalor de la peseta era con la peseta papel y la renta fijada por la Administración pública de acuerdo con los índices de coste de la vida dados a conocer por la Dirección General de Estadística para las viviendas de “renta limitada”, siempre que supusiese un aumento de más del diez por ciento de los que regían en el momento de contratar, que implicaría automáticamente el consiguiente aumento de la renta pactada, alegación que debe reputarse desprovista de fundamento, porque si bien es cierto que en la Ley especial arrendaticia vigente cuando surge la relación contractual discutida, es decir, el texto articulado de trece de abril de mil novecientos cincuenta y seis, no se contenía una autorización expresa de las cláusulas de esta clase, no lo es menos que su artículo noventa y siete dejaba en libertad al arrendador y al arrendatario para fijar la renta de los locales de negocio que se arrendasen después de la entrada en vigor de la Ley, libertad que respetó después el artículo quinto del Decreto de seis de septiembre de mil novecientos sesenta y uno, sin el límite del artículo noventa y seis, amparando, por tanto, los pactos de actualización futura cuando se tratase de los referidos locales de negocio, al modo como recordó con acierto el Tribunal “a quo”, pero sobre todo, que el apartado primero del artículo cien de la vigente Ley de mil novecientos sesenta y cuatro faculta expresamente a las partes para convenir un sistema de actualización de rentas distinto del establecido legalmente, en armonía con la renuncia por el arrendatario de los beneficios legales excepto el de prórroga de la relación contractual del número tercero del artículo sexto, disposición aplicable a las situaciones

como la que aquí se contempla porque afecta a “los locales de negocio que se encuentren en período de prórroga legal”, cual en este caso sucede, pues el contrato, fechado según se dijo en el mes de mayo de mil novecientos cincuenta y nueve, fue concertado por un tiempo de dos o tres años, sistema éste para cuya determinación los contratantes gozan, sin duda, de la libertad que preside la normativa de la contratación en nuestro ordenamiento jurídico, que consagra el artículo mil doscientos cincuenta y cinco del Código civil, siempre que observen el triple límite que en el mismo se establece, que no puede decirse vulnerado con la cláusula que se discute, inserta en un contrato voluntaria y espontáneamente concertado, a cuyos términos es preciso estar, por imperativo de la norma genérica del artículo mil noventa y uno del propio Código y cuya validez no fue ni siquiera impugnada por quien alega la nulidad de una de sus cláusulas, razones todas que obligan a la desestimación de este motivo.”

“CONSIDERANDO... que... el contrato y la cláusula que de él se discute son válidos jurídicamente, no puede decirse que ejercita mal o abusa de su derecho, quien se limita a actuar las legítimas pretensiones que aquellos le conceden...”

Las cuestiones e interrogantes que le surgen al comentarista son: ¿resulta justo y equitativo aplicar y juzgar con normas distintas (LAU 1964) relaciones jurídicas contractuales idénticas, como son los contratos de arrendamiento de locales de negocio con cláusulas de elevación de renta, que nacen bajo la vigencia de una normativa especial distinta (LAU 1956) y para los cuales la Jurisprudencia del Tribunal Supremo tenía establecida una interpretación unánime?; ¿no resultan desconocidos los derechos adquiridos del arrendatario y el contenido de su prestación económica al hacerse mucho más gravosa y al conculcar, como consecuencia, el derecho de irrenunciabilidad a la prórroga forzosa, derecho o beneficio de carácter necesario e imperativo concedido y mantenido expresamente por la Ley?; ¿cuáles son los argumentos nuevos que aporta el Tribunal Supremo, que no sean los que ya tiene dados para rechazar las cláusulas de elevación de renta, y ahora para admitirlas?; ¿todos los pactos de actualización futura, sea cual fuere el tiempo de su contratación, vienen ahora incluidos dentro del actual “sistema de actualización” de la renta?

### 3. SISTEMA DE ACTUALIZACION DE RENTAS Y PACTOS DE ACTUALIZACION FUTURA

Antes de pasar al examen de las cuestiones planteadas, convendría tratar de precisar lo que se entiende por “pactos de actualización futura” y saber en qué consiste el “sistema de actualización” de rentas.

La terminología referente a una “actualización” es introducida por el propio legislador a partir del texto revisado de la LAU de 1964, si bien refiriéndose a un “sistema de actualización” de la renta. Tal sistema—según tenemos expuesto en otro lugar—viene compuesto por las diversas modalidades que son posibles para revisar la renta en un contrato de arrendamiento. Dado

que puede haber tres clases de renta, la "contractual", la "legal" y la "revalorizada", los diversos caminos o vías de revisión de la renta componen el "sistema de actualización" que menciona el artículo 100, párrafo primero, de la LAU de 1964.

Efectivamente, existen las modalidades legales de fijación de la renta en los arrendamientos urbanos (la renta fija o bloqueada y la revalorizada), además de la modalidad voluntaria o pactada (la renta base inicialmente convenida o la posterior estabilizada). La complejidad del sistema fue producto de los diversos ordenamientos especiales de arrendamientos urbanos (LAU de 1946, 1956 y 1964), al mantener principios opuestos, como sucedió en un comienzo con sus criterios imperativos vinculadores para las partes, atenuados posteriormente y liberalizados últimamente en cuanto a la renta procedente de viviendas y locales de negocio.

La reacción de las partes contratantes ante las primeras medidas coercitivas implantadas no se hizo esperar; se llega a utilizar hasta el máximo la libertad o autonomía que el ordenamiento les concedía permisivamente, bien de un modo directo o indirecto, surgiendo los pactos convencionales, ya de renuncia a los derechos y beneficios otorgados, como el de renta, bien mediante la transformación de la deuda pecuniaria en deuda de valor. Al ser la renta una prestación en dinero, y sin querer soslayar su pago en moneda de curso legal, lo que se trata es de que su importe o cantidad sea determinable en relación con un índice o módulo de valor económico muy sensible a las oscilaciones y variaciones del poder adquisitivo de la moneda, como son el precio del oro, la plata, el trigo, el aceite, el nivel de vida, etc., que revelan el grado de alteración monetaria existente, por lo cual, la renta base, llegado el término pactado, se adecuará proporcionalmente al nivel de los precios alcanzados. De este modo, las partes—y más concretamente los acreedores de cualquier negocio u obligación pecuniaria, en épocas de signo inflacionista—tratan de mantener una equivalencia de sus prestaciones.

Sin embargo, la carestía de viviendas y locales, que desde las décadas de los años 1930 comenzó a notarse, tiene su punto más álgido después de las destrucciones provocadas por la guerra civil. Para atajar las especulaciones y prevenir las injusticias, al legislador también lo guiaron unos afanes sociales de protección a la parte más débil económicamente considerada. Quien necesitaba una vivienda o local como arrendatario se presentaba entonces como la parte menos favorecida; para ella se establecen unos "beneficios", entre los que destacan la facultad o derecho de obtener una prórroga forzosa y el de que se le mantenga una renta fija, sin más posibilidades de elevación que la legalmente consentida.

Por tales razones, y bajo la vigencia de los ordenamientos especiales de arrendamientos urbanos de 1931, 1936 y 1946, los tribunales rechazaron como nulas cualquier clase de cláusulas que tenían por objeto y efecto la elevación de la prestación pecuniaria arrendaticia, radicalmente tanto para las viviendas como para los locales de negocio (SS. 13 noviembre 1952, 25 enero 1955 y 3 marzo 1962). Sin embargo, con el paso de los años, el cambio y mejoría de la situación en el ámbito de la construcción, las alteraciones moneta-

rias y la aparición de estudios de autorizados civilistas (1), que plantean y tratan de dar las soluciones más justas y equitativas a las relaciones contractuales arrendaticias, conducen a los tribunales a una revisión de aquella primera postura negativa de su jurisprudencia bajo la LAU de 1946, comenzando por modificar y adoptar soluciones admisivas para las llamadas "cláusulas de estabilización" (SS. 16 octubre 1956, 18 febrero y 28 noviembre 1957, y 31 enero 1962), si bien distinguiéndolas de otras modalidades como las cláusulas de mera elevación de renta que eran consideradas todavía como injustas e inválidas (SS. 23 febrero 1963 y 1 abril 1964).

Hasta llegar a la LAU de 1955 y bajo su vigencia, es cuando la postura interpretativa jurisprudencial adquiere unanimidad acerca de la validez de las diferentes modalidades de las cláusulas de estabilización en los contratos de arrendamiento de local de negocio (SS. 30 octubre 1964, 19 diciembre 1966, 8 febrero 1967, 26 noviembre 1968, 15 febrero 1972 y 25 enero 1973), si bien se las sigue distinguiendo de las cláusulas de elevación de renta, declaradas como nulas e ilegales (SS. 1 abril 1965, 2 febrero 1966, 7 febrero 1970 y 24 junio 1971).

Aunque las opiniones doctrinales se dividen (2), la tendencia se hace cada vez más clara hacia un reconocimiento de la justicia intrínseca y equidad que comportan las cláusulas de estabilización en las relaciones de tracto sucesivo y particularmente en los contratos de arrendamiento de locales de negocio.

Legislativamente, y por Decreto del 17 de marzo de 1959, se produce el reconocimiento de ciertas modalidades de las cláusulas de estabilización ("valor oro", "valor trigo" y "nivel de vida"), en la reforma al Reglamento Hipotecario (art. 219, párrafo 3), para los préstamos así garantizados; de este modo, se tiene conciencia de la depreciación monetaria existente y de la necesidad de corregirla. Esta misma postura legislativa se ve confirmada para el ordenamiento especial de arrendamientos urbanos con la nueva reforma que lleva a cabo el Decreto del 24 de diciembre de 1964, al poner en vigencia el "Tex-

(1) Cfr. PELAYO HORE, *Cláusulas de estabilización*, en "Anales de la Academia Matritense del Notariado", II (1946), pp. 39 ss.; ROCA SASTRE y PUIG BRUTAU, *Cláusulas de estabilización*, en "Estudios de Derecho privado", I (Madrid, 1948), pp. 251 ss.; MARTÍN BALLESTERO, *El pago de prestaciones debidas en moneda devaluada*, en "Revista General de Legislación y Jurisprudencia" (1950), pp. 528 ss.; RODRÍGUEZ SOLANO, *Arrendamiento de fincas urbanas. Renta. Su fijación en especie y sometimiento a las fluctuaciones del valor de ésta*, en "Pretor", 7 (1953), pp. 19 ss.; FENECH, *Las cláusulas estabilizadoras en la jurisprudencia española y francesa*, en "Revista del Instituto de Derecho Comparado", 2 (1954), pp. 141 ss.; CASTÁN y CALVILLO, *Tratado práctico de arrendamientos urbanos. II. Parte especial*. Madrid, 1956, pp. 701 ss.

(2) Cfr. SOTO NIETO, *Aspectos económicos de la nueva Ley de Arrendamientos urbanos*, II (Alcoy, 1959), pp. 155 ss.; SÁNCHEZ FABA, *La cláusula de estabilización de rentas en el arrendamiento urbano*, en "Revista de Derecho Español y Americano", 24 (1960), pp. 429 ss.; SELFA PEDROS, *Cláusulas de estabilización y variabilidad periódica sobre la renta en los arrendamientos urbanos. Su nulidad*, en "Revista General de Derecho", 236 (1964), pp. 362 ss.; BONNET CORREA, *La legislación de arrendamientos urbanos y cláusulas de estabilización de la renta*, en "Revista General de Legislación y Jurisprudencia", 220-2 (1966), pp. 213 ss.; SOTO NIETO, *Las cláusulas de estabilización y el contrato arrendaticio urbano*, en "Derecho vivo. Jurisprudencia comentada", I (Madrid, 1970), pp. 397 ss.

to refundido de la Ley de Arrendamientos Urbanos”, donde su artículo 100, párrafo primero, las incluye implícitamente por el reconocimiento expreso de un “sistema de actualización”, distinto del de revisión proclamado legalmente (artículos 98 y 100, párrafos segundo y tercero).

Este sistema de actualización al que se refiere el legislador—y ahora los tribunales—no puede ser otro que el compuesto por las diversas modalidades de cláusulas contractuales añadidas por las partes y que han ido apareciendo en diversas épocas. En primer lugar, las llamadas cláusulas estabilizadoras del tipo de la “cláusula oro” o “plata” (3), o en “moneda extranjera”, las cuales, ante las dificultades de intervención económica de los gobiernos por la incautación del metal precioso o su puesta fuera del tráfico comercial, los tribunales las interpretaron como “cláusulas valor-oro”, “valor plata” y “valor moneda extranjera” es decir, tomando en cuenta el valor del índice metálico, si bien pagadera la suma resultante en moneda del curso legal (4). Coetánea y posteriormente se va acentuando la tendencia hacia la modalidad de las llamadas “cláusulas de índice variable” o de “escala móvil”, en las que el módulo o índice podía consistir en productos (trigo, aceite, carbón, etc.) o en un índice económico (de nivel de vida, del metro cuadrado edificado, etc.), en los que se refleje el poder adquisitivo de la moneda, sin atender a su carácter especulativo, al objeto de conseguir la equivalencia de las prestaciones en las relaciones contractuales onerosas y de tracto sucesivo (5).

(3) Cfr. DUALDE, *Cláusula “pago en oro”*, en “Revista de Derecho Privado”, 31 (1947), pp. 1 ss.; QUINTANO RIPOLLÉS, *La cláusula oro en los pagos internacionales privados*, en “Revista de Derecho Privado”, 31 (1947), pp. 666 ss.; ROCA SASTRE, *Eficacia de la cláusula “valor oro”*, en “Revista de Derecho Privado”, 34 (1950), pp. 1 ss.; VELASCO ALONSO, *Algunas consideraciones sobre la cláusula “valor oro”*, en “Revista de Derecho Privado”, 34 (1950), pp. 530 ss.; PUIG PEÑA, *Cláusula oro*, en “Nueva Enciclopedia Jurídica Seix”, IV (Barcelona, 1952), pp. 183 ss.; CERRILLO QUILEZ, *La renta. II. Cláusula pago oro en el arrendamiento urbano*. Barcelona, s. a. (1956); BONET CORREA, *El contenido y la validez de las cláusulas “moneda oro o plata”*, en “Anuario de Derecho Civil”, XV-2 (1962), pp. 505 ss. y *El arrendamiento de un local de negocio con renta pactada en moneda oro o plata*, en “Revista de Derecho Notarial”, 51 (1966), pp. 195 ss.; HERNÁNDEZ-GIL, *El problema del nominalismo en el pago de las deudas de dinero y su corrección. Cláusula “pago en oro”. Cláusula “valor oro”. Presupuestos jurídico-sociales. Alusión del Derecho comparado. Posición de la jurisprudencia*, en “Dictámenes”, I (Madrid, 1968), pp. 427 ss.

(4) SS. 23 diciembre 1942, 4 julio 1944, 12 marzo, 29 abril, 15 julio, 23 noviembre 1946, 22 marzo 1947, 5 abril 1948, 9 enero 1950, 4 enero, 11 mayo 1951, 27 noviembre 1957, 22 diciembre 1961, 31 octubre 1962.

(5) Cfr. COSSIO, *Cláusulas de escala móvil*, en “Revista de Derecho Privado”, 39 (1955), pp. 936 ss.; BONET CORREA, *Los arrendamientos con cláusulas de escala móvil*, en “Anuario de Derecho Civil”, VIII-1 (1955), pp. 89 ss. y *La cláusula de escala móvil “valor par” en el arrendamiento de local de negocio*, IX-1 (1956), p. 286; *Cláusulas de escala móvil “coste de la vida” en los locales de negocio y las cláusulas de elevación de renta*, en “Anuario de Derecho Civil”, XVIII-3 (1965), pp. 752 ss.; SELFA PEDRÓS, *Cláusulas de estabilización y variabilidad periódica sobre la renta en los arrendamientos urbanos. Su nulidad*, en “Revista General de Derecho”, 236 (1964), pp. 362 ss.; SOTO NIETO, *Las cláusulas de estabilización y el contrato arrendaticio urbano*, en “Derecho vivo. Jurisprudencia comentada”, I (Madrid, 1970), pp. 397 ss.

Junto a todas estas modalidades de cláusulas de estabilización aparecen aquellas otras que sólo están pensadas en beneficio exclusivo del arrendador para conseguir su unilateral efecto de alza progresiva y continuada de la renta, como son las llamadas "cláusulas de elevación de renta", las cuales no quedan ligadas a la eventualidad de las alteraciones monetarias que puedan estabilizar bilateralmente a ambas partes contractuales, según sea el signo de la alteración monetaria, deflacionista o inflacionista.

Según queda visto, nuestros tribunales se percataron claramente de las diferencias que estas cláusulas contenían y el Tribunal Supremo no dudó en señalar para las de mera elevación de renta su falta de equidad, el abuso de derecho que implicaban y el fraude a la Ley que se cometía por vulnerar la prórroga forzosa, declarando su nulidad y falta de efectividad (SS. 23 febrero 1963, 1 abril 1965, 2 febrero 1966, 7 febrero 1970, 24 junio 1971). Sin embargo, la presente Sentencia del 20 de diciembre de 1972, todavía para un caso como los anteriores regulado por la LAU de 1956, mantiene lo contrario, invocando su validez, tanto en base a su texto legal (art. 97), como apoyándose en el Decreto de 6 de septiembre de 1961 (art. 5) y en las normas de aplicación general de la contratación civil (arts. 1.255 y 1.090 del Código civil). Es decir, que la cuestión viene resuelta en vista del carácter dispositivo que el nuevo ordenamiento arrendaticio vigente consiente para el beneficio de la renta legal y su libertad de contratación. No obstante, queda velada, o previamente resuelta en la intención del juzgador, la posible violación indirecta del beneficio irrenunciable del arrendatario haciendo imposible la prórroga del contrato por una cuantía excesiva de la renta.

#### 4. LA RENTA LIBRE ANTE EL BENEFICIO DE LA PRORROGA FORZOSA DEL ARRENDATARIO

La LAU vigente, además de mantener la posibilidad de renuncia al beneficio de la renta (art. 6, párrafo tercero), establece la posibilidad de pactar libremente la cuantía o precio de la renta (art. 97), así como aumentarla o reducirla por mutuo acuerdo (art. 98). Si a ello añadimos el reconocimiento expreso que hace de la posibilidad que tienen las partes de acogerse voluntaria y paccionadamente a un sistema de actualización distinto del legal (art. 100, párrafo primero), con revisiones cada dos años para los viejos arrendamientos de viviendas (desde 1930 a 1960) y los locales de negocio que se encuentran en período de prórroga (art. 6, párrafo segundo), tenemos ante nosotros un cuadro que, en parangón con los regímenes anteriores, resulta muy liberalizado y regido, principalmente, por el tradicional principio de autonomía de la voluntad.

A pesar de estas bases generales y de un criterio liberalizado para la contratación locaticia, se mantienen dispositiva y vinculativamente como irrenunciables los beneficios que el ordenamiento positivo especial otorga a los inquilinos de viviendas, con o sin muebles, y a los subarrendatarios de las mismas, considerándose nula y sin valor ni efecto alguno cualquier estipulación que los contradiga (art. 6, párrafo primero, LAU). Entre estos beneficios irrenun-

ciables, tanto para las viviendas como para los locales de negocio está el de prórroga (art. 6, párrafos segundo y tercero).

Si de derecho, o formalmente, los beneficios de la renta y de prórroga se diferencian por su irrenunciabilidad o renunciabilidad, de hecho —y la práctica lo ha venido poniendo de relieve y los tribunales constatándolo— se condicionan y relacionan mutuamente, ya que a través de una renta elevada, o progresivamente subida, prácticamente se llega a provocar la renunciabilidad del arrendatario. Por tanto, el ejercicio de este beneficio o prerrogativa de la libertad de renta no lo es en un sentido absoluto, de poder establecerla sin límites, en una cuantía cualquiera, sino que este derecho ha de ser realizado acomodándose a las reglas de la buena fe, según el mandato del propio legislador locaticio (artículo 9), cuando manifiesta que “los jueces y tribunales rechazarán las pretensiones que impliquen manifiesto abuso o ejercicio anormal de un derecho o constituyan medio para eludir la aplicación de una norma imperativa, que deberá prevalecer en todos los casos frente al fraude de la Ley”.

Resulta, pues, que es dentro de estos márgenes legales donde pueden moverse las partes contratantes para establecer un pacto sobre la cuantía de la renta, sin que aquel margen amplio de libertad pueda ser objeto de un abuso manifiesto, o que sirva para soslayar preceptos imperativamente exigidos, como el de prórroga, defraudando al ordenamiento público. De ahí que la facultad concedida a los juzgadores para que con su prudencia y sentido de la equidad, en cada caso concreto, sopesen las circunstancias y decidan sobre su intrínseca justicia.

En la Sentencia del Tribunal Supremo que comentamos, si nos atenemos a las consideraciones expresadas, parece que fueron considerados estos extremos concretos de relación entre la elevación de la renta y la prórroga forzosa, al menos mencionados a la hora de declarar válida la cláusula de elevación de renta. Se trataba de una renta que en el período de diez años (1959 a 1970) sube, aproximadamente, en un 300 por 100, ya que pasa de 3.500 pesetas a 9.000 pesetas mensuales, de acuerdo con el módulo económico elegido, el precio del metro cuadrado edificado de primera calidad.

No cabe duda que la inflación reinante durante esta década queda bien reflejada en el índice económico pactado para repercutir en la cuantía de la renta que, por lo demás, cumple con los criterios de ecuanimidad y relación que deben existir entre el contrato que se celebra por las partes (un arrendamiento de local de negocio) y el módulo elegido (el precio del metro cuadrado edificado), según tienen constatado la doctrina y la propia jurisprudencia (6). Creemos que éstas habrán sido las consideraciones de la Sentencia cuando considera que no hubo “encubierta figura de fraude” y que “el contrato y la

---

(6) Han sido la doctrina y los tribunales franceses quienes más han insistido sobre la necesidad de que exista esta relación de consecuencia entre la figura negocial y el índice económico elegido por las partes, cfr. ARCHEVÊQUE, *La clause d'indice vie dans les baux commerciaux*, en “Gacette du Palais” (1939), pp. 2 ss.; VASSEUR, *Le droit des clauses monétaires et les enseignements de l'économie politique*, en “Revue Trimestrielle de Droit Civil”, 51 (1952), pp. 431 ss.; PEDAMON, *Le regime contemporaine des clauses monétaires*, en “Dalloz” (1958), pp. 101 ss.; TOULEMON, *Les étapes de la jurisprudence en matière d'échelle mobile*, en “Revue Trimestrielle de Droit Commercial”, XI-4

cláusula que de él se discute son válidos jurídicamente” y “no puede decirse que ejercita mal o abusa de su derecho”.

No hay, pues, argumentos nuevos en esta Sentencia para admitir las cláusulas de elevación de renta que anteriormente fueron rechazadas por el Tribunal Supremo; hay tan sólo consideraciones de equidad en función de la inflación, aunque se invoquen preceptos como el artículo 97 LAU 1956, y los de la LAU vigente<sup>1</sup>(art. 100), los mismos, a excepción del último, con que también se declararon inválidas las anteriores cláusulas de elevación de la renta.

José BONET CORREA

---

(1958), pp. 697 ss.; HUBRECHT, *Wertsicherungsklauseln im französischen Recht*, en “Aussenwirtschaftsdienst des Betriebs-Beraters”, 11 (1964), pp. 346 ss.; (DUCET, *L'indexation*. París, 1965. Para la Casación v. Cass. 27-VI-1957, en “Dalloz” (1957), p. 649, con nota de RIPERT y en “Gazette du Palais” (1957), p. 30, con nota de HUBRECHT; Cass. 18.III.1958, en “Jurisclasseur Periodique” (1958). II.10563; Cass. 9.VI.1959, en “Bulletin des Arrêts de la Cour de Cassation”, I, 241; Cass. 2.II.60, en “Semaine Juridique”, IV (1960), p. 47; Cass. 4.XII.1962, en *Semaine Juridique*, II (1963, núm. 13.023; Cass. 26.IV.1963, en “Gazette du Palais”, 2 (1963), p. 51; Cass. 26.XI.1963, en “Semaine Juridique”, II (1964), núm. 13.652.

## **2. Los contratos de arrendamiento con cláusula estabilizadora de la renta ante la revalorización de la peseta y la congelación de precios.**

*(Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 22 de diciembre de 1972)*

**SUMARIO:** 1. El panorama jurisprudencial ante medidas concretas de la Administración central.—2. Las pretensiones fraudulentas de ciertos arrendatarios de locales de negocio.—3. La posición interpretativa unánime del Tribunal Supremo.

### **1. EL PANORAMA JURISPRUDENCIAL ANTE MEDIDAS CONCRETAS DE LA ADMINISTRACION CENTRAL**

Durante el año de 1972 el Tribunal Supremo ha debido de enfrentarse con varios casos conflictivos (SS. 15 febrero, 20 noviembre y 22 diciembre de 1972), como consecuencia de las medidas de ordenación económica que llevó a cabo el Gobierno en sus Decretos-Ley del 27 de noviembre de 1967 y 16 de agosto de 1968 (que prórroga un año más el efecto del anterior), acerca de las medidas complementarias sobre la nueva paridad de la peseta con el oro (Decreto del 19 de noviembre de 1967), con objeto de adoptar una serie de medidas que garantizaran el mantenimiento de un alto nivel de empleo, la estabilidad del coste de la vida y el equilibrio de la balanza de pagos.

Concretamente, el art. 6 del citado Decreto-Ley de 27 de noviembre de 1967, a propósito de rentas, salarios y precios, estableció textualmente que: "A partir de la publicación del presente Decreto-Ley y hasta el 31 de diciembre de 1968 inclusive, quedará en suspenso la facultad conferida al Gobierno para determinar la aplicación de nuevos porcentajes de incremento de la renta en los arrendamientos urbanos, en los casos previstos en los artículos 96, número 12, 100 números 1 y 4 y Disposición transitoria 17, así como la revisión de rentas establecida en el artículo 104 del texto refundido de la Ley de Arrendamientos Urbanos de 24 de diciembre de 1964. Igualmente quedará en suspenso durante el indicado plazo el percibo por parte del arrendador de nuevos porcentajes semestrales de revalorización de rentas en los supuestos previstos en los números 5, párrafo segundo y once del artículo 96 del propio texto refundido, pudiendo percibir únicamente durante el período expresado los que hubieran sido procedentes incrementar hasta la fecha de entrada en vigor de este Decreto-Ley."

Con tal motivo, las pretensiones de subida de las rentas por los propietarios o arrendatarios se vieron interrumpidas y congeladas por el poder público hasta que dictase una nueva disposición, a pesar de que el contrato de arrendamiento estuviese en situación de prórroga forzosa. De este modo, los arrendatarios se veían de nuevo protegidos por una norma de excepción, al ser considerados como la parte más débil dentro de una vinculación privada, cuya prestación económica se alteraba como consecuencia de una medida imperativa de revalorización de la peseta o moneda española.

La "revalorización" de la peseta, en cuanto decisión de poder de la Administración económica del Estado, al establecer un mayor valor a la unidad monetaria y el incremento de su poder adquisitivo, implicaba ya de por sí, automáticamente, un nuevo incremento del precio o renta de las relaciones obligatorias y contractuales existentes y en período de ejecución. A pesar de beneficiarse los acreedores de todas aquellas relaciones negociales privadas, en situación de voluntaria ejecución, no sucedía lo mismo para quienes eran acreedores de una relación jurídica impuesta, como es el caso concreto de los arrendadores que deben sufrir la prórroga forzosa, al entender el legislador que ya se les había concedido las compensaciones consiguientes con los porcentajes de subida cada dos años (artículo 100 de la LAU). Es por esto por lo que se ordena suspender, hasta nueva orden, la aplicación de dichos porcentajes de revalorización de la renta.

## 2. LAS PRETENSIONES FRAUDULENTAS DE CIERTOS ARRENDATARIOS DE LOCALES DE NEGOCIO

Resultaba, pues, que todo arrendatario en período de prórroga forzosa, la renta de su contrato no podía ser objeto de subida. Otros arrendatarios, como los que litigaron ante el Tribunal Supremo, de arrendamientos de locales de negocio, y que habían llevado a cabo sus contratos suscribiendo una cláusula de estabilización, vieron en estas medidas legislativas, bien de buena fe, por una interpretación errónea de ellas, o ya de mala fe, con una intención fraudulenta, el motivo o fundamento para tratar de contrarrestar los efectos de la variación de la cuantía o canon arrendaticio que implicaban sus cláusulas, invocando dichos preceptos de congelación para bloquear sus rentas a la hora de exigírseles el aumento por aplicación de la cláusula estabilizadora.

Los arrendatarios de buena fe que pretendieron la aplicación del citado Decreto-Ley de 1967 para su amparo, con objeto de que sus rentas no excediesen en cuantía superior a la que venían pagando, caían en el error de confundir los efectos de una "revalorización" (consecuencia de aumento de valor de la moneda por unas medidas tomadas directamente por el Gobierno al establecer una nueva paridad de la peseta en relación con el oro), con los constantes aumentos de los precios que, en realidad, proceden de un fenómeno contrario, la "depreciación" de la moneda (un efecto de aminoración del poder adquisitivo de la peseta como consecuencia de los diversos desequilibrios económicos provocados por la inflación).

Para el ciudadano español, acostumbrado a las prácticas de una economía autárquica y planificada, con un régimen predominantemente imperativo, se

había ido olvidando de las normas tradicionalmente liberales del Código civil y de su régimen de la autonomía de la voluntad individual, casi totalmente marginadas para los contratos de arrendamiento que había impuesto la nueva legislación especial, si bien fue recuperada en su mayor parte en cuanto a la materia de renta, posteriormente, dentro del régimen de la Ley de Arrendamientos Urbanos de 1964 vigente (artículos 98 y 100).

La subsistencia de dos tipos de normas dentro de una misma legislación especial como la arrendaticia urbana, predominando más el carácter imperativo, al mantenerse los "beneficios" de prórroga forzosa en favor del inquilino y de la renta legal, frente a otras de carácter facultativo, o de libertad para establecer los nuevos alquileres, no han sido lo suficientemente asimiladas por aquellas partes que carecían de una asesoría adecuada.

En cambio, los más avisados dentro de esta situación normativa compleja, aprovecharon la posibilidad de utilizar aquellas disposiciones que, si bien a primera vista, o materialmente, se referían a un mismo objeto, la renta, se disponían con una diferente finalidad y potestativamente se dejaba a las partes su regulación y alcance. Tal era la posibilidad de renuncia al beneficio de la renta legal en los arrendamientos de locales de negocio de un modo expreso o ya tácitamente como consecuencia de haberse pactado una cláusula de estabilización, tal como fue reconocido, más tarde, por la jurisprudencia del Tribunal Supremo (SS. 28 noviembre 1957, 31 enero 1962, 30 octubre 1964, 19 diciembre 1966, 8 febrero 1967, 28 noviembre 1968, 21 diciembre 1970, 18 febrero 1971, 15 febrero 1972 y 25 enero 1973).

En cambio, son arrendatarios de mala fe los que han pretendido aplicar los Decretos-Ley de 1967 y 1968 con una finalidad distinta a la que se disponía, como es el caso de los que habiendo suscrito una cláusula estabilizadora, o sea, pactada voluntaria y libremente para la vigencia del contrato, intentaron paralizar sus efectos de elevación de la renta. Ante una tal actitud de los arrendatarios es evidente que sus pretensiones constituyen un claro fraude a la ley.

El Tribunal Supremo, aun sin mencionar dicho fraude, parece percatarse de ello en la Sentencia del 15 de febrero de 1972, como en la actual que comentamos de 22 de diciembre de dicho año, al apreciar temeridad en la interpretación que hace el recurrente o arrendatario e imponerle las costas.

### 3. LA POSICION INTERPRETATIVA UNANIME DEL TRIBUNAL SUPREMO

Al Tribunal Supremo le ha bastado razonar poniendo en evidencia la distinta finalidad y los efectos diversos que se proponen los Decretos de ordenación económica frente a las pretensiones de los arrendatarios, distinguiendo la revisión de la renta, ya proceda de un modo legal o paccionado, según hace el propio artículo 100 de la Ley de Arrendamientos Urbanos vigente, al referirse a la posibilidad de revisar cada dos años los contratos en estado de prórroga forzosa, o al permitir la revisión según un "sistema de actualización" pactado por las partes.

La Sentencia del 15 de febrero de 1972 precisamente consignaba que "si las partes hubiesen convenido de modo expreso otro 'sistema de actualización', su ejecución está fuera de los preceptos del Decreto-Ley de 27 de noviembre de 1967, que no le afectaba, ya que en su artículo sexto suspende la facultad conferida al Gobierno para determinar la aplicación de los nuevos porcentajes de renta, es decir, los incrementos para cuya obligatoriedad era necesaria una disposición gubernativa, pero sin alcanzar su aplicación a los convenios de las partes que, según las disposiciones del Código civil, tienen fuerza de ley entre ellos, salvo que de modo preceptivo estén afectadas por disposiciones que las hagan ineficaces, pues la referencia del artículo 100 de la LAU se contrae expresamente a la suspensión de la facultad de regular por Decreto la actualización de las rentas, en los casos que para su efectividad sea tal disposición legal, pero no aplicable a los pactos válidamente establecidos que consignan una cláusula de estabilización para llevar a cabo la actualización de la renta".

La Sentencia del 20 de noviembre de 1972 insiste en que el artículo 6 del mencionado Decreto-Ley de 1967 no afectó a las cláusulas de estabilización, "puesto que dicha norma se refería exclusivamente a la facultad reconocida al Gobierno para determinar nuevos incrementos de renta en los supuestos en que es necesaria una disposición gubernativa para que tales aumentos se produzcan".

La presente Sentencia de 22 de diciembre de 1972 confirma y añade, además, lo siguiente: "como quiera que la cláusula estabilizadora, libremente convenida por ambas partes contratantes, claramente determina que la renta pactada se actualizaría en la misma proporción que el aumento del coste de la vida conforme a los datos oficiales, y éste ha sido el 36 por 100 como queda dicho; es evidente que ha quedado acertadamente aplicado en la sentencia de instancia y no puede prosperar el motivo, máxime si se tiene en cuenta que la congelación de precios sólo afectó a las revalorizaciones impuestas por la Ley".

Los fundamentos legales y de equidad que deciden al Tribunal Supremo a distinguir las dos situaciones en que el arrendamiento de un local de negocio se revisa la renta, como consecuencia de una revalorización de la moneda, se debe a que en una, por la situación de prórroga legal, la misma suma o renta debida resulta inmediatamente con más poder adquisitivo, con mayor valor para el propietario o arrendador que la recibe, mientras que en la otra, cuando las partes han pactado una cláusula de estabilización, la repercusión de una revalorización no se produce hasta que llega el momento o día de la revisión pactada.

Se hace así evidente la diferencia que existe entre estas dos modalidades en que se conviene la renta de un local de negocio, aunque la finalidad sea la misma, la de lograr que el nuevo valor de la moneda no altere el logro de las prestaciones conmutativas queridas por las partes contratantes en sus relaciones obligatorias onerosas.

Por eso, cuando un arrendatario se ha comprometido a revisar su renta mediante una cláusula estabilizadora, dicha revisión no depende de un acto del legislador, como sería en el caso de la revisión legal, ordenada o suspendida por la norma dispositiva correspondiente, o por los Decretos-Leyes cita-

dos, sino que depende de lo concretamente pactado por las partes, de la modalidad de las obligaciones contraídas por ellos, debiendo cumplirse el tenor de las mismas (artículo 1.091 Código civil), tal como el propio Tribunal Supremo ha distinguido y considerado concretamente.

En definitiva, quedan bien claras las dos situaciones diversas en que puede encontrarse un arrendamiento de local de negocio ante la contingencia de la revalorización de la moneda: cuando sólo se ordena la congelación de rentas para una relación obligatoria en situación de prórroga forzosa, y la de aquella otra en que la vigencia del contrato fue pactada voluntariamente por las partes y durante ella se aplica la cláusula de estabilización pactada. Mientras que en la primera no tiene efecto la revisión de la renta hasta que el legislador lo considere oportuno, en la segunda se procederá según lo acordado por la autonomía de la voluntad de las partes.

JOSE BONET CORREA

## II SENTENCIAS

A cargo de CALZADA CONDE, María Angeles  
DIEZ DEL CORRAL, Jesús  
GALAN, Eduardo  
GARCÍA LUENGO, Ramón B.  
LUCINI, Angel  
MACIA MARTIN, José  
RUIZ SERRAMALERA, Ricardo

### DERECHOS REALES

1. COMUNIDAD DE BIENES: LEGITIMACIÓN DEL COMUNERO: *El hecho de que los Estatutos por los que se rige la comunidad existente sobre la tubería de aguas, se refieran a la elección de una comisión de dos o tres «socios» para la administración de la «sociedad», y para representarla y comparecer ante los Tribunales «si hubiere caso», no es impeditiva de que cada condueño pueda ejercer las acciones pertinentes, en defensa del derecho que le asiste para impugnar los actos que realice otro de los condueños contraviniendo lo convenido en dichos Estatutos, que exige los votos de todos los «socios», y, en su caso, de lo dispuesto en los artículos 394 y 397 del Código civil, ya que, de otra suerte, aquel derecho resultaría ilusorio en el caso de pasividad de la mencionada comisión.*

APRECIACIÓN DE LA PRUEBA: ERROR INTRASCENDENTE: *Según conocida doctrina de esta Sala, cuando la prueba se ha apreciado en conjunto, no es lícito al recurrente desarticularla, separando alguna de las probanzas, para con base en ella acusar al Juzgador de haber incidido en error, que sería, en todo caso, intrascendente para lograr la casación de la sentencia recurrida, al haber quedado incólume la declaración del Tribunal a quo en orden a que, unilateralmente, el demandado ha variado la situación en que venía utilizando el disfrute que le correspondía, en perjuicio de los restantes partícipes. (Sentencia 10 febrero 1973; no ha lugar.)*

### OBLIGACIONES Y CONTRATOS

1. CONTRATO ATÍPICO: NORMAS QUE LO REGULAN: *El contrato calificado como complejo y atípico se rige por las estipulaciones libremente pactadas por las partes, de manera que cuando contiene estipulaciones claras y concretas, habrá de estarse a su sentido literal. (Sentencia 6 de octubre 1972; no ha lugar.)*

2. EJECUCIÓN DE SENTENCIA: INDEMNIZACIÓN DE DAÑOS: PRUEBA: *Al demandante, conforme al principio del onus probandi que establece el artículo 1.214 del Código Civil, le incumbe probar los hechos normalmente constitutivos de la obligación que reclama. (Sentencia 6 noviembre 1972; ha lugar.)*

3. PAGO DE HONORARIOS A UN ABOGADO: NATURALEZA DE LA OBLIGACIÓN: *La titularidad plural de la obligación de pago de unos honorarios (a un abogado), cuando es simplemente concurrente y no conjunta, permite su divisibilidad, por la naturaleza de la prestación y por ser susceptible de cumplimiento parcial, criterio rector de la división de las obligaciones de dar.*

**INCONGRUENCIA: CONCEPTO: CONDENA A MENOS CANTIDAD QUE LA SOLICITADA:** *La incongruencia del fallo ha de derivar de su inadecuación o disconformidad con el contenido objetivo de la petición, como elemento de la pretensión procesal, habiendo de entenderse que el defecto cuantitativo de un fallo no origina incongruencia, sino desestimación de lo no concedido.*

**FORMALIDAD DEL RECURSO DE CASACIÓN:** *En el recurso de casación no cabe ningún confusiónismo en su formalización, ya que esto es opuesto a la claridad y precisión que, como requisito formal, se establece en el artículo 1.720 de la LEC. tendente, así como otros, a condicionar la actividad de las partes en la utilización de los medios lícitos para fundar la casación, como en la forma de hacer uso de ellos.*

**INADMISIBILIDAD DEL RECURSO: ERROR DE DERECHO: OMISIÓN DEL PRECEPTO INFRINGIDO:** *La omisión del precepto valorativo de prueba infringido, impide apreciar el error de derecho, ya que su alegación es absolutamente necesaria, según reiterada doctrina del T. S. (Sentencia 7 octubre 1972; no ha lugar.)*

**4. ARRENDAMIENTO DE SERVICIOS: MODIFICACIONES AL PROYECTO PRIMITIVO: PRÓRROGA DEL PLAZO PARA TERMINAR LAS OBRAS:** *Cuando hay modificaciones en el proyecto primitivo, es natural que las mismas repercutan en el plazo señalado para llevar las obras a cabo, y aunque debía ser objeto de señalamiento la prórroga del mismo, ello no autoriza a pensar que tales modificaciones se hubieran de hacer en el plazo contractualmente pactado y es obligada la prórroga del mismo, como una «consecuencia» del contrato, conforme al artículo 1.258 del C. c., por llevar insita la prórroga un plazo de ejecución, comprendido en el «tenor» de lo convenido y por tanto en el artículo 1.091 del mismo C. c.*

**GARANTÍAS DE EJECUCIÓN DE LA OBRA: NATURALEZA:** *La adición de una garantía de no poder cobrar lo que, por revisión de precios, corresponde percibir al arrendatario hasta que éste no realice ciertas obras, se trata de una simple medida preventiva a la que no se oponen los artículos 1.091, 1.124 y 1.259 del C. c.*

**OBRAS NUEVAS: PODER DE GESTIÓN DEL ARQUITECTO:** *Sea el arquitecto un arrendatario de servicios o un mandatario, ha de entenderse, caso de no incurrir en notoria desobediencia, que está autorizado para fijar si las nuevas obras son las proyectadas o no.*

**NATURALEZA DEL CONTRATO: CALIFICACIÓN:** *La naturaleza de un contrato es asunto que viene encomendado a la Sala sentenciadora, sin que a lo dicho por ésta quepa oponer razón alguna, más que la clara violación de un artículo de la Ley, o sea, cuando la interpretación dada al contrato suponga la desmedida aplicación de un precepto por no ser razonable ni lógica.*

**CONSECUENCIAS DE CONTRATO: LA BUENA FE:** *El imperio de la «buena fe», incluido en el artículo 1.258 del C. c., es un elemento que hay que tener en cuenta al regular las consecuencias de todo contrato.*

RECURSO DE CASACIÓN: ERROR DE HECHO: DOCUMENTOS VALORADOS POR LA SALA: *Los documentos que han sido examinados por la Sala no son aptos para fundar en ellos el recurso de casación.* (Sentencia 27 septiembre 1972; ha lugar.)

5. SOCIEDAD CIVIL: DISOLUCIÓN DE LA SOCIEDAD CONSTITUIDA POR TIEMPO INDEFINIDO: *El artículo 1.705 del Código civil evidencia que para lograr la disolución por voluntad de uno de los socios de la sociedad constituida por tiempo indefinido, no basta la indeterminación del plazo de duración o que éste no derive de la naturaleza del negocio: hace falta, además, que la denuncia se haga de buena fe, oportunamente y que se ponga en conocimiento de los otros socios.* (Sentencia 24 febrero 1973; ha lugar.)

## DERECHO DE SUCESIONES

1. TESTAMENTO OLÓGRAFO: CAPACIDAD: DEFECTOS DEL RECURSO: *La violación por inaplicación del artículo 687, en relación con el 663, del Código civil, alegada por la vía del núm. 7.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil no puede admitirse, pues tal infracción se debería haber acusado por la vía del número 1.º de tal artículo 1.692, aparte de que en el desarrollo del motivo se argumenta de manera conjunta e indiscriminada sobre el error de hecho y de derecho en la apreciación de las pruebas, y en este caso el Tribunal ha apreciado la prueba en su conjunto, sin que sea lícito al recurrente desarticularla, para, con base en algunos de sus elementos, reprochar al Juzgador su equivocación.*

ASESORAMIENTO POR TERCERO EN TESTAMENTO OLÓGRAFO: PRUEBA DE PRESUNCIONES: *La recurrente construye una presunción, estableciendo por su cuenta los hechos que estima por conveniente y derivando de ellos las deducciones que tiene a bien; procedimiento inaceptable cuando la sentencia recurrida no da por probada la intervención de un tercero y, sólo examinando la posibilidad de tal intervención para orientar a la testadora en la redacción o para hacerla saber la existencia de esa forma de testar, concluye que en todo caso no tendría trascendencia suficiente para estimar que el contenido del testamento no fuese manifestación de la libre voluntad de la testadora.* (Sentencia 27 febrero 1973; no ha lugar.)

2. TESTAMENTO OLÓGRAFO: FALSEDAD DEL DOCUMENTO: *Conforme a la jurisprudencia de esta Sala—Sentencia, entre otras, de 24 de febrero de 1961—, la comprobación de la identidad del testamento es problema de hecho respetable en casación, por lo que ha quedado firme la declaración de no ser falso el testamento, al no impugnarse por la vía del número 7.º del artículo 1.692.*

TESTAMENTO OLÓGRAFO: NULIDAD Y CUESTIÓN NUEVA: *Las alegaciones del recurrente de que el testamento no puede estimarse como tal al no expresar la voluntad de testar, no aparecer la palabra testamento, no contener disposición «post mortem», no existir «animus testandi», no designar heredero ni herencia, no ir dirigido al heredero, sino a una sirviente como un encargo u opinión, contener una desheredación del esposo sin expresión de causa, etc., etc., constituyen una*

*cuestión nueva que no puede prosperar en casación, con merma de los medios defensivos de la otra parte, conforme a reiterada y constante doctrina de esta Sala.*

**TESTAMENTO OLÓGRAFO: CADUCIDAD Y PRESCRIPCIÓN:** *Conforme al artículo 689 del Código civil, el plazo de cinco años es para su presentación al Juez pidiendo la protocolización del testamento y, en caso de ser denegada, como ocurre en el caso contemplado, queda a salvo el derecho de los interesados para ejercitarlo en el juicio correspondiente, según el artículo 693; de modo que esta última acción no nace hasta el momento de ser denegada la protocolización y, por ser acción personal, su plazo de prescripción es de quince años. (Sentencia 19 enero 1973; no ha lugar.)*

**NOTA:** Al no entrar esta Sentencia en el examen del problema de fondo sobre el valor como testamento del documento discutido, por la razón procesal de tratarse de cuestión nueva, resulta que adquiere eficacia de testamento ológrafo un documento escrito a lápiz, cuyo tenor literal, sumamente curioso, es el siguiente: «Carmen, no quiero que el señorito se lleve nada, quiero que todo sea para mi primo José María Cuesta. María Mónica Revello. Madrid, a 7 de octubre de 1950».

**3. FIDEICOMISO CATALÁN: DERECHO DEL FIDUCIARIO A LAS MEJORAS:** *Frente a la afirmación de los recurrentes de que la sentencia condena a los fideicomisarios al abono de las mejoras hechas por el fiduciario en la finca fideicomitida, sin demostrarse el aumento de valor experimentado, lo cierto es que la sentencia ha aplicado correctamente el artículo 208, 1.º, de la Compilación, teniendo en cuenta el «mayor valor» de la finca y que el importe fijado no excede del precio de coste de las mejoras.*

**APRECIACIÓN DE LA PRUEBA PERICIAL:** *La cantidad señalada la ha derivado el Tribunal «a quo» de la libre apreciación de la prueba pericial que incumbe a los juzgadores de instancia, y que no ha sido impugnada por el cauce del número 7.º del artículo 1.692. (Sentencia 20 enero 1973; no ha lugar.)*

**4. DEFECTOS FORMALES DEL RECURSO:** *Inciden en causa de inadmisión, y en esta fase de desestimación, el motivo del recurso que se fundamenta conjuntamente en los números 1.º y 7.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, así como el que no cita el concepto en que se estima infringido el artículo 359 de la misma Ley.*

**PAGO DE LA LEGÍTIMA EN METÁLICO EXTRAHEREDITARIO: DEFECTOS DEL RECURSO:** *La denunciada interpretación errónea de los artículos 4 y 806 del Código civil no puede ser acogida, porque el pronunciamiento sobre nulidad de la cláusula testamentaria, no sólo tiene su apoyo en tales artículos, sino en otros cuya aplicación deviene necesaria dados los fundamentos fácticos aceptados, por lo que aun en el hipotético caso de que existieran tales infracciones serían inoperantes al tener que permanecer inmutable el fallo.º*

**PAGO DE LA LEGÍTIMA EN METÁLICO EXTRAHEREDITARIO: ARTÍCULOS 1.056 Y 829 DEL CÓDIGO CIVIL:** *En el supuesto de hecho, no combatido eficazmente por el recurrente, está probado que no existía «lugar acasariado», de modo que no se dan los presupuestos que el artículo 1.056 exige; y, en cuanto al artículo 829,*

*concede un derecho al testador, que al no haber sido usado por el mismo no puede ser desconocido.* (Sentencia 15 febrero 1973; no ha lugar.)

NOTA: El caso objeto de esta sentencia se centraba esencialmente en determinar la eficacia de una cláusula de un testamento abierto, que literalmente decía así: «Pero teniendo en cuenta que su capital, después de deducidos los tercios de mejora y libre disposición, no admite cómoda ni casi posibilidad de división, usando de la facultad que le concede el artículo 1.056 del Código civil dispone que sus hijos X, X, X, y X, perciban en dinero lo que les corresponda por su legítima y su hijo J. levante todo el capital hereditario, abonando a sus otros hermanos, o a quienes sus derechos representen, lo que les corresponda percibir».

Frente a la demanda de los legitimarios opuso el hijo favorecido, de un lado, la circunstancia de que había prescrito la acción por transcurso de diecisiete años desde la muerte del testador, y, de otro, que tal cláusula era perfectamente válida por aplicación de los artículos 1.056 y 829 del Código civil.

Respecto del primer extremo, la sentencia del Tribunal Supremo, en su primer considerando, parte del hecho comprobado en la Sentencia recurrida, y no combatido eficazmente, de que habían sido realizados actos obstativos a la prescripción que suponían interrupción de ésta antes de transcurridos los quince años.

Y en cuanto al segundo y más importante extremo, también parte el primer considerando de un hecho comprobado y no impugnado por vía adecuada en el recurso, cual es que no se trataba del «lugar acasariado» es decir, que no era una explotación agrícola indivisa que permitiera al testador usar de la facultad especial que, sólo para tal caso, le concede el artículo 1.056 del Código civil.

En los motivos del recurso se argumentaba ampliamente sobre la intangibilidad cualitativa de la legítima, amparada fundamentalmente en el artículo 813 del Código civil, no citado por la sentencia impugnada; sobre que este principio no es tan absoluto que no permita numerosas excepciones dentro del propio Código civil y, especialmente, que el artículo 1.056 del Código no es un precepto excepcional aislado, sino que el mismo debe interpretarse ampliamente y en conexión con el artículo 829 que, respecto de la mejora en cosa determinada, admite la misma posibilidad de pagar la legítima en metálico extrahereditario. Este último argumento iba acompañado de la transcripción de varias de las conclusiones de Manuel de la Cámara en su magistral obra sobre el tema; «Estudio sobre el pago con metálico de la legítima en el Código civil», en las publicaciones con motivo del Centenario de la Ley del Notariado.

El Tribunal Supremo, sin embargo, no ha estimado oportuno extenderse sobre este interesante problema, que reduce, más bien, a una cuestión de hecho sobre la existencia o no de explotación agrícola unitaria, rechazando la invocación al artículo 829 del Código civil con el escueto argumento de que el testador no había usado del derecho que ese artículo le concede.

5. CAUSAS DE REMOCIÓN DE LOS ALBACEAS.—*La laguna de que adolece sobre este extremo el Código civil ha sido colmada por las Sentencias de este Tribunal de 4 de febrero de 1902, 18 de febrero de 1908 y 5 de julio de 1947, de las que se sigue que serán justas causas de remoción, además de las que incapaciten para el cargo a los albaceas nombrados, su conducta dolosa o negligente rayana en el dolo y el uso malicioso en perjuicio de los herederos de facultades que no les asisten.*

REMOCIÓN POR NEGLIGENCIA RAYANA EN EL DOLO.—*Por este motivo es causa de remoción el hecho de no haber formalizado un simple inventario de los bienes, ni administrado éstos, pese al transcurso de más de diez años desde la muerte del testador; sin que obste a ello que el testador haya prorrogado su cargo hasta un año después del fallecimiento de su consorte, lo cual no supone sino señalar un término máximo.*

PARTICIÓN JUDICIAL: ARTÍCULO 1.059 DEL CODIGO CIVIL.—*La remisión que, ante el desacuerdo de los herederos, hace este precepto a la Ley de enjuiciamiento civil no autoriza a entender que haya de acudirse necesariamente a los juicios de testamentaria y abintestato, pues puede acudirse también al oportuno juicio ordinario, como ha declarado esta Sala en Sentencias de 14 de febrero de 1912 y 4 de junio de 1959. (Sentencia 23 febrero 1973; no ha lugar.)*

## DERECHO MERCANTIL

1. SOCIEDAD ANÓNIMA: IMPUGNACIÓN DE ACUERDOS SOCIALES: CÓMPUTO DEL PLAZO PARA IMPUGNACIÓN.—*Según tiene declarado el Tribunal Supremo en varias sentencias, entre otras, en las de 1 de julio de 1961 y 9 de noviembre de 1971, el plazo de cuarenta días que establece el artículo sesenta y ocho de la Ley de Sociedades Anónimas, para el ejercicio de la acción de impugnación de los acuerdos sociales a que se refiere el artículo sesenta y siete de dicha Ley, empezará a correr desde la fecha del acuerdo, incluyéndose en la cuenta el día en que fue tomado. (Sentencia 29 diciembre de 1972; no ha lugar.)*

2. SOCIEDAD ANÓNIMA: INSCRIPCIÓN EN EL REGISTRO MERCANTIL: *El transcurso del plazo de inscripción en el Registro Mercantil de las Sociedades Anónimas mencionado en el artículo veintiséis de la Ley por la que se rigen no se sanciona con la anulación de la escritura por la que se constituyen, puesto que en el artículo siguiente se concretan las consecuencias del retraso.*

LOS GESTORES ANTERIORES A LA INSCRIPCIÓN: *El plazo de tres meses para que la Sociedad, una vez inscrita ratifique los actos anteriores de sus gestores, no ha de contarse desde la fecha del acto o contrato realizados por éstos, sino desde la fecha de inscripción de la Sociedad en el Registro Mercantil. (Sentencia 3 noviembre 1972; no ha lugar.)*

3. SOCIEDAD ANÓNIMA: JUNTA GENERAL. 1.<sup>a</sup> Y 2.<sup>a</sup> CONVOCATORIA.—*La válida constitución de una Junta no depende de su resultado, sino de su legal constitución, por lo que no cabe la celebración en 2.<sup>a</sup> convocatoria en el supuesto de que en la primera válidamente constituida, no se haya adoptado ningún acuerdo.*

SOCIEDAD ANÓNIMA: ACCIONES: EJERCICIO DEL DERECHO DE VOTO: *El depositario de acciones embargadas no puede tener más facultades que las que legalmente le corresponden, es decir, las de custodia propias del depositario, por lo que el derecho de voto ha de ser ejercitado por el titular de las acciones por sí o por medio de representante. (Sentencia 17 noviembre 1972; no ha lugar.)*

4. SOCIEDAD ANÓNIMA: IMPUGNACIÓN DE ACUERDOS SOCIALES PARALELOS A OTROS DECLARADOS NULOS.—*No pueden calificarse contra legem o contrarios a los Estatutos sociales, los acuerdos sociales referentes a Balance, gestión social, Cuenta de pérdidas y ganancias, adoptados en Junta general, por el hecho de que*

anteriores acuerdos paralelos adoptados en anteriores Juntas generales hayan sido declarados nulos de pleno derecho por sentencias ya firmes o esté «sub iudice» su impugnación, porque tales fallos no imponen la modificación del contenido de los Balances y Cuentas de pérdidas y ganancias, como condición de validez de los acuerdos de las futuras juntas que de nuevo han de deliberar y pronunciarse sobre ellos. (Sentencia 21 febrero 1973; ha lugar.)

5. SOCIEDAD ANÓNIMA: CESIÓN DE ACCIONES: Fecha decisiva a efectos de considerar consumada la cesión de acciones será aquella en que se formalice ante fedatario público, aun cuando se hubiera acordado anteriormente. (Sentencia 1 marzo 1973; no ha lugar.)

6. SOCIEDAD ANÓNIMA: IMPUGNACIÓN DE ACUERDOS SOCIALES (DEFECTO EN LA CONVOCATORIA): El texto del anuncio-convocatoria, fijando como único punto el orden del día: Modificación del artículo séptimo de los Estatutos Sociales, expresa, con la debida claridad, cuál era el concreto asunto a tratar en la Junta, que es, en definitiva, el requisito exigido por los artículos 53 y 84 de la Ley sobre el Régimen Jurídico de las Sociedades Anónimas, sin que obste a la procedencia de tal conclusión, la circunstancia de que no se indique el sentido de la reforma, por ser ésta una cuestión a deliberar y decidir en la Junta, y respecto de la cual, además, pudieron los accionistas, y por tanto el hoy recurrente, ejercitar el derecho de información que les confiere el artículo 65 de la mencionada Ley. (Sentencia 10 enero 1973; no ha lugar.)

7. SOCIEDAD ANÓNIMA: IMPUGNACIÓN DE ACUERDOS SOCIALES (ACUERDOS PENDIENTES DE ACTUACIONES JUDICIALES): No pueden estimarse nulos los acuerdos impugnados, pues se tomaron con el carácter de sujetos en su validez, a lo que se resuelva en los pleitos pendientes, que si bien pueden en su día afectarlos, no constituyen razón suficiente para paralizar la vida de la sociedad —lo que haría incurrir a los gestores en otras responsabilidades, al no dar cumplimiento a preceptos de derecho necesario— o para celebrar juntas de carácter formulario, sin contenido alguno, lo que también equivaldría a no cumplir la ley (Sentencia 27 enero 1973; no ha lugar.)

8. SOCIEDAD ANÓNIMA: IMPUGNACIÓN DE ACUERDOS SOCIALES: EL ARRENDAMIENTO DE LA EMPRESA NO CONSTITUYE MODIFICACIÓN DEL OBJETO SOCIAL: El arrendamiento de la empresa acordado en Junta General no constituye una alteración del objeto social previsto en los Estatutos, porque «no puede identificarse, como hace el recurrente, con la actividad, el objeto, que es muy amplio y que abarca tanto el ejercicio del comercio en nombre propio, como a través de otras personas, subsistiendo la Sociedad con todos sus fines específicos, pudiendo dedicarse directamente a las demás actividades señaladas en los Estatutos». (Sentencia 10 enero 1973; no ha lugar.)

9. DESCUENTO BANCARIO DE LETRAS: Lo único que tiene que acreditar el banco para que prospere su acción, enablada fuera del derecho cambiario, es la existencia de su crédito, nacido del descuento y su supervivencia, por no haber sido

*abonadas las letras por nadie a su vencimiento, sin que entre en juego el «protesto» cuya carencia es, precisamente, lo que descarta, al perjudicarse la letra, la posibilidad de ejercitar las acciones cambiarias. (Sentencia 30 diciembre 1972; no ha lugar.)*

10. PATENTE DE INVENCION.—AMBITO DE PROTECCIÓN DE LA PATENTÉ DÉ PROCEDIMIENTO: *El precepto legal que se cita como infringido (el 45 del Estatuto de la Propiedad Industrial), carece de la base necesaria para su aplicación, pues el derecho que el mismo concede al titular de la patente afecta exclusivamente a los objetos procedentes de la invención, que en este caso radica en determinado procedimiento para obtención de la sustancia conocida bajo la nomenclatura química internacional como Clorodiacepoxido, sin posible extensión respecto a la sustancia que hubiere sido obtenida mediante la técnica de otros medios diferentes, por los que la misma fue fabricada y subsiguientemente objeto de venta en el mercado (Sentencia 31 enero 1972; no ha lugar.)*

11. PATENTE DE INVENCION: USUCAPIÓN: *«Para que la usucapión produzca sus efectos por el transcurso del tiempo, en favor del que inscribió en el Registro de la Propiedad Industrial, ha de concurrir el justo título, requisito que no se puede dar cuando lo inscrito carecía de novedad al tiempo que la inscripción se practicó... en cuyo caso, en cualquier momento, sin sujeción a tiempo determinado, se podrá o ejercitar la acción de nulidad u oponerse a la pretensión de exclusividad que la patente legalmente conseguida comporta, cuando el que inscribió lo que no era nuevo, trate de hacerla efectiva.» (Sentencia 19 enero 1973; no ha lugar.)*

12. MODELO DE UTILIDAD: REGLAS DE CARÁCTER ADMINISTRATIVO A EFECTOS DEL RECURSO DE CASACIÓN: *«Como tiene declarado reiteradamente la doctrina de esta sala, dicho precepto (el art. 100 del Estatuto de la Propiedad Industrial), por su carácter reglamentario, no es apto para servir de base a esta clase de recursos y en cuanto concretamente se refiere a su apartado tercero, en su párrafo final, no es sino una regla de carácter administrativo que, consecuentemente, no puede fundar un recurso de casación por infracción de ley o de doctrina legal, pero es que además, aun reconociéndole, a mayor abundamiento, contenido sustantivo, siempre lo sería remitido en relación a las patentes, pero no lo habría de ser cuando de un modelo de utilidad, cual se trata en el presente recurso, se refiere. (Sentencia 26 enero 1973; no ha lugar.)*

13. MARCA: CONSOLIDACIÓN. NULIDAD: *Hallándose en plena vigencia la marca cuya titularidad ostenta el demandante-recorrido, y no habiendo la recurrente acreditado el transcurso de tres años de explotación ininterrumpida, es evidente que al no verificarse los supuestos establecidos en el artículo catorce del Estatuto de la Propiedad Industrial, no puede derivarse, por tanto, la consolidación de dominio de dicha marca. (Sentencia 15 enero 1973; no ha lugar.)*

14. SEGURO: POSICIÓN DEL AGENTE DE SEGUROS RESPECTO AL CONTRATO: *La representación del comisionista acaba cuando se ha realizado la operación o acto que tiene por objeto y por tanto el agente es ajeno a las relaciones entre el representado y la parte con que se contrató, careciendo de acción para intervenir, cali-*

ficar o exigir derechos derivados de la ejecución de aquel contrato o sus incidencias. Los daños causados por la Entidad aseguradora al hacer uso de su derecho oponiéndose al pago voluntario de siniestros, aunque luego fuera condenada por los Tribunales, no son exigibles ya que en definitiva derivarían de la Ley. (Sentencia 14 febrero 1973; no ha lugar.)

## DERECHO PROCESAL

1. DEFECTO DE JURISDICCIÓN: Con arreglo a los artículos 51 y 70 de la Ley Procesal civil, uno de los límites de la competencia jurisdiccional es el territorial, consistente en que los negocios civiles se susciten en territorio español; y aquí es incontrovertido que la sentencia, cuyo testimonio se presentó para lograr el embargo preventivo en España, recayó en proceso promovido en una población portuguesa.

EMBARGO PREVENTIVO POR EFECTO DE SENTENCIA EXTRANJERA: El embargo preventivo es una medida cautelar que por su índole accesoria no constituye un fin en sí mismo; por tanto, la finalidad del embargo —asegurar la realización del pronunciamiento del tribunal portugués— impide se pueda atribuir jurisdicción al Juzgado español, para conocer de un proceso originado por demanda con fundamentos idénticos al suscitado en territorio portugués. (Sentencia 7 marzo 1973; no ha lugar.)

2. VIVIENDAS SUBVENCIONADAS; PRECIO FIJADO POR LA CALIFICACIÓN DEFINITIVA DEL INSTITUTO DE LA VIVIENDA; COMPETENCIA ADMINISTRATIVA: Fijado el precio de unas viviendas en la calificación definitiva dada por el Instituto de la Vivienda, no es la jurisdicción ordinaria la que puede resolver sobre la eficacia o ineficacia de tal calificación en todo o en parte, pues por mandato expreso del art. 98 del Reglamento de 24 de julio de 1968, «la calificación definitiva sólo podrá ser modificada o anulada mediante los procedimientos señalados, en el Título V de la Ley de Procedimiento Administrativo y ejercitando, en su caso, los correspondientes recursos ante la Jurisdicción contencioso-administrativa», y como en el caso debatido, tales procedimientos no han sido utilizados, sino que los interesados aspiran a que sea la Jurisdicción civil la que resuelva sobre la ineficacia del precio fijado en la calificación definitiva, materia que no le está atribuida por el art. 98 citado, se impone declarar que, no modificada tal calificación de las viviendas ante las jurisdicciones y trámites legales, se hace preciso respetar tales calificaciones definitivas como válidas y eficaces. (Sentencia 18 octubre 1972; no ha lugar.)

3. EJECUCIÓN DE SENTENCIAS; INTERPRETACIÓN DEL FALLO: Cualquiera que sea la generalidad de los términos de un fallo, no deberán entenderse comprendidos en él cosas distintas y casos diferentes de aquellos sobre que el juzgador se propusiere decidir, habida cuenta de lo que aparezca de los antecedentes y de los fundamentos que precedan a la parte dispositiva de la sentencia. (Sentencia 11 octubre 1972; no ha lugar.)

4. RECURSO DE CASACIÓN; DOCUMENTO AUTÉNTICO: *Ni los escritos de las partes, ni los autos originales, tienen categoría de documentos auténticos a efectos del error de hecho en el recurso de casación.*» (Sentencia 30 diciembre 1972; no ha lugar.)

5. RECURSO DE CASACIÓN; CARÁCTER FORMAL: *Dado el carácter esencialmente formalista del recurso de casación, es obligado cumplir estrictamente los requisitos de tal índole que señala la LEC, y muy especialmente los que constan en el artículo 1.720.* (Sentencia de 27 de junio de 1972; no ha lugar.)

Suscripción anual: España, 600,— pesetas  
Extranjero, 750,— pesetas  
Número suelto: España, 175,— pesetas  
Extranjero, 200,— pesetas