

REVISTA CRÍTICA

DE

DERECHO INMOBILIARIO

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

Año XXXI

Marzo - Abril 1955

Núms. 322-323

El abuso del Derecho en la Historia y en la Legislación comparada (*)

I. INTRODUCCIÓN

Las mutaciones de la materia social requieren siempre ser objeto de la atención debida por parte del legislador, a fin de evitar en lo posible inadaptaciones entre el campo de las realidades social y jurídica. Así, pues, la teoría de que vamos a ocuparnos surge para llenar una necesidad en la vida del Derecho; necesidad que se había desarrollado al amparo de unas prerrogativas legales abusivas. Resultaba que entre el orden jurídico y el principio de justicia no se daba la armonía que es menester; el propietario, mejor dicho, todo derecho subjetivo era actuado con arbitrariedad sin tenerse en cuenta para nada las repercusiones de este ejercicio abusivo en la vida de la sociedad.

Por entonces, la institución de la propiedad gozaba de las mayores prerrogativas en todas las legislaciones inspiradas en la doctrina del Código napoleónico, el cual la define en su artículo 540 como: «el derecho de gozar y disponer de la cosa de la manera más absoluta»... En términos análogos lo hace el italiano de 1865 en el artículo

(*) Capítulos de mi monografía, en preparación, sobre «El abuso del Derecho (Teoría de los actos antinormativos)».

436 y el Código civil español en el 348. En estas definiciones va implícita el «jus utensil et abutendi re sua quatenus juris ratio patitur: unusquisque emin est rerum suarum moderator et arbiter, nisi lex arbitrium tollat», o según Las Partidas: «señorio o poder que ome ha en su cosa de facer della o en ella, lo que quisiere, según Dios o según fuero» (Ley 1.^a artículo 28, Part. 3).

La existencia a favor de algunos derechos del «jus abutendi» que facultaba a sus poseedores para abusar de las cosas sobre que recaían aquéllos de la manera más absoluta y general (1), hizo nacer en el campo jurídico la distinción entre derechos absolutos y relativos, incluso, viendo en la misma una diferencia de naturaleza, lo que han negado, entre otros, Demogne (2).

Este absolutismo de los derechos subjetivos fué atacado, precisamente, en el derecho que por decirlo así les representaba: en el de la propiedad.—La teoría del abuso del Derecho fué, según Calvo Sotelo (3), una de las reacciones que a fines del siglo XIX se produjeron contra el influjo pulverizador del liberalismo individualista. Como precursores pueden señalarse tres comentaristas del artículo 1.382 del Código civil francés: 1.^o Toullier decía que, encontrando un precedente de interpretación para dicho artículo en el 36 del Código prusiano, puede incurrirse en falta cuando se hace lo que se tiene derecho a hacer; pero agregaba: «a menos de que se excedan los justos límites de su derecho y se observe claramente que entre varias maneras de ejercitarlo se haya escogido, con propósito de dañar a otro, lo que podría serle perjudicial»; 2.^o Lormbier, que llegó a la misma conclusión; y 3.^o Sourdat (4).

La reacción contra la tesis individualista llevó a una concepción opuesta. De aquí que Josseland sitúe en primer plano los derechos sociales condicionando la vivencia de los derechos subjetivos a su vida en sociedad; es decir, que el origen real de los derechos del hombre se encuentran en lo social, no teniendo razón de existir aquéllos más que para asegurar el funcionamiento de la vida colectiva. Y dicho jurista opone a la concepción de los derechos absolutos la de la relatividad de los mismos, en cuanto que son concedidos, exclusivamente, en vista de su función social.

(1) De Visscher. «Du jus abutendi» Rev. Trin. 1913, 339

(2) «Les notions fondamentales du Droit privé», 1911, 405.

(3) «El abuso del Derecho», 1917, 21.

(4) Casso y Romero. «El abuso del Derecho», Sevilla, 1935, 17.

Ha sido, principalmente, la doctrina jurisprudencial quien se ha preocupado de perfilar la teoría del abuso del Derecho a través de sus fallos, haciéndola extensiva tanto al dominio del Derecho Civil—poder familiar, propiedad, contratos, ejercicios de acciones en justicia—, como al derecho público y administrativo —reglamentación de las libertades individuales y corporativas— y, en fin, al derecho internacional privado y público.

La teoría estudiada se propuso, desde su nacimiento, reincorporar nuevos principios justos al orden jurídico que se hallaba perturbado por un ejercicio de los derechos lesivos en lo social, declarando que de la situación de los mismos, también puede resultar un daño para terceros preciso de reparación.

II. PRECEDENTES HISTÓRICOS

A) *Derecho Romano*.—En éste, el jurisconsulto Gayo ya proclamaba «male enim nostro jure uti non debemus», para justificar la interdicción de los pródigos y la prohibición a los dueños de maltratar sus esclavos. Así M. Charles Appleton ha podido decir de esta teoría: «es tan poco moderna que sobre ella reposa toda la evolución del Derecho Romano, yendo del Derecho estricto hacia la equidad», o sea, desde las XII Tablas hasta la afirmación de Paulo: «non omne quod licet honestum est».

De consiguiente, si los romanos no conocieron en su terminología jurídica el concepto «abuso de los derechos», no es menos cierto también, por lo acabado de exponer, que es el Pretor quien introduce esta teoría ordenando al Juez decida en ciertos casos «quidquid dare facere oportet ex fide bona», o bien, «ut inter bonos bene agere oportet et sine fraudatione», teniendo en cuenta la moralidad, los usos del comercio, las circunstancias particulares del caso. Por eso, cuando Ulpiano pronuncia la fórmula: «juris praecepta haec sunt honeste vivere, neminem laedere sum cuique tribuere», no hace más que recoger las enseñanzas del Derecho que él ya conocía.

La «exceptio doli generalis», constituyó un medio contra el abuso de los derechos, en cuanto que se oponía para impedir que un perjuicio material, revestido de un derecho simplemente formal, triunfara sobre el buen derecho del demandante, puesto que, sobre todo, la intención de dañar encuentra su reprobación por parte de los juristas

por ser ella contraria al sentido económico de los derechos; así Ulpiano (Fr. I, 12 D. de aqua et aquae 39, 3): «denique Marcellus scribit, cum eo qui in suffodiens vicini fontem avertit, nihil posse agi, nec de dolo actionem et sane non debet habere, si non animo vicino nocendi, sed suum agrum meliorem faciendi id fecit». Luego si el propietario que procede a excavaciones sobre su propio terreno, causa un daño a su vecino, él no se obliga más que en el caso de que hubiera actuado en el pensamiento de dañarle. Y de la misma fórmula de Paulo (Fr. 2, 9 D. de aqua et aquae 39, 3): «quae Sententia verior est si inodo, non hoc animo fecit, ut libi noceat, sed ne sibi noceat», se deduce que es el elemento económico el decisivo para exigir la reparación del daño causado por un acto que, en sí mismo, no es contrario a derecho queriéndose ver en el principio «no quo malitius indulgendum est», el fundamento de la concepción estricta del abuso de los derechos. (Fr. 39 D. de rei vind. 6, 1).

Este mismo espíritu impera en la reglamentación de las relaciones de vecindad, siendo la intención de dañar, como en los demás casos, la generadora de la responsabilidad del agente, exigiéndose del ciudadano el respeto hacia el derecho ajeno: «nam hac actione neminem cogi posse, ut vicino prosit, sed ne noceat aut interpellet facientem, quod jure facere possit, sed ne noceat aut interpellet facientem, quod jure facere possit». (Labzo, Jr. 2. D. 39, 3). Quiere ver Saleilles el origen de la teoría del abuso en el momento en que el legislador impone al propietario ciertas obligaciones legales, obligaciones de vecindad.

Blumner, analizando la concepción de esta teoría en el Derecho Romano, dice que es menester primeramente constatar que el adagio «neminem laedit qui jure suo utitur», no tiene en las fuentes la misma significación que se le da cuando se quiere designar por aquél el absolutismo de los derechos subjetivos.

Las fuentes dicen: «nullus videtur dolo facere qui jure suo utitur» (fr. 55 de div. reg. jur. 50, 17, Gaius) nemo denum facit nisi qui id fecit quod facere jus non habet (fr. 151 cod. Paulus); non videtur vim facere qui jure suo utitur, et ordinaria actione experitur (fr. 155 cod. Paulus.) Luego, estos textos no quieren decir: «ne lèse personne celui qui use de son droit», sino, por el contrario, que el que produce un daño con derecho y causa no actúa por *dolus* o por *vis*; no comete *damnum injuria datum*.

(B). *Doctrina de la «aemulatio»*.—Los conflictos de derechos a que había lugar por la coexistencia de fundos vecinos, originaria en la Edad Media, la doctrina de los actos «emulativos», fundada por Cino de Pistoia, y que aparece como antecedente de la teoría del abuso.

La «aemulatio» consistía en la ejecución de un acto «animo nocendi», intención dañosa que inspiraba el ejercicio de un derecho, siendo determinado, generalmente, por un ánimo de envidia, celos, malignidad, despecho; si bien puede ser susceptible de constituir el acto bueno, la imitación de la virtud.

Fueron los sabinianos, quienes combatieron las reglas que se dieron para oponerse a los actos maliciosos en el ejercicio de los derechos, mientras los proculeyanos propugnaron por la consagración de las normas de la «aemulatio».

Riccofano dice; cómo en el período postclásico termina imperando el criterio de los segundos, viendo en ello la influencia de la ética cristiana que condujo, en el medievo, a la máxima evangélica que estima ilícito negar lo que a uno es útil y no daña al que lo puede conceder: «quod mihi prodest, tibi autem non nocet, si denegetur fit: injuria» (5).

También Scialoja se refiere a la significación de este vocablo «aemulatio», recordando, del mismo modo, a Cicerón en las «Tusculanæ» (lib. IV, cap. 8, 17): «Aemulatio autem dupliciter illa cuidein dicitur ut et in laude et in vitio nomen hoc sit. Nam et imitatio virtutis aemulatio dicitur... et est aemulatio aegritudo, si eo, quod concupierit, alius potiat, ipse careat» (6). Este autor concluye diciendo en su artículo insertado en la «Enciclopedia Giuridica Italiana», «que los actos de emulación no son prohibidos. El propietario puede hacer todo lo que esté comprendido en los límites objetivos de su derecho; sin que se admita la indagación acerca de su intención», y añade: «Resumiendo, por consiguiente, diremos que no hay prohibición de los actos emulativos, como tales; que el propietario es libre en sus acciones, cuando no se deriva un conflicto de derechos que, finalmente, en el caso de conflicto, cuando uno de los derechos tenga su fundamento y su sustancia en la utilidad de quien lo ejercita,

(5) «Aemulatio», N. Dig. It. t. I, págs. 209 y s.

(6) «Aemulatio», en «Enc. Giur. Ital.», vol. I, parte 2.ª, sec. 1.ª página 426, núm. 1.

este último derecho, faltando la utilidad, debe desconocerse» (7). Te-
sis que es compartida, entre otros, por Atzeri-Vacca («Sulla dottrina
degli atti ad emulazione», Gagliari, 1880, II, ps. 17-19) y negada por
D'Aucona, quien sostiene se daba en el Derecho romano, la prohibición
de los actos de emulación (8).

Es en el Digesto, lib. 50, tit. 10, ley 3, donde aparece por primera
vez la expresión «aemulatio», estableciéndose en el texto: «Opus
novum privato etiam sine Principis auctoritate facere licet, praeter-
quam si ad aemulationem alterius civitatis pertineat, vel materiam
seditionis praebat, vel circum theatrum, vel amphitheatrum sit. 1.
Publico vero sumptu opus novum sine Principis auctoritate fieri non
licere, Constitutioni, huc declaratur. 2 Inscribi autem nomen operi
publico alterius, quam Principis, aut ejus, cujus pecunia id opus fac-
tum sit, non licet.»

Fadda y Bensa critican la opinión de Pernice, quien recuerda
desde los ejemplos dados por antiguos jurisconsultos que las inter-
pelaciones de los compiladores no constitúan una verdadera nove-
dad, sino sólo la aplicación de un principio de equidad, de una tu-
tela de los intereses de los particulares, de una represión de inútiles
actos maléficos. Contrariamente a esta opinión de Pernice, conside-
ran los anotadores de Windscheid, que «los compiladores justinia-
neos no han dado mayor desarrollo al pensamiento jurídico clásico
sino que, o han introducido un nuevo principio, o al menos han
acogido un principio desarrollado en el Derecho romano-helénico de
los últimos siglos (9).

Rotondi, hace a este respecto una observación muy oportuna,
pues los autores no nos indican si aun en las interpelaciones «se
dió relieve al elemento psicológico característico de la «aemulatio»,
o si, por el contrario, sólo se establecieron límites objetivos al ejer-
cicio de los derechos» (10).

Spota, —a quien seguimos con constante profusión en este apar-
tado—, entiende, que el Derecho romano nos ofrece un ejemplo siem-
pre redivivo de la lucha entre el Derecho y la Ley; aquél se des-
arrolla y se perfecciona con las nuevas exigencias sociales, con el
concepto más humanizado de la convivencia social; la norma, en

(7) Op. cit. párrafo 13, p. 439.

(8) «Degli atti ad emulazione nell'esercizio del dir. di proprietà» en
«Arch. Giur.», núm. 52 (1893), págs. 315-325.

(9) Notas al «Diritto delle Pandette» de Windscheid, t. IV, p. 694.

(10) «Aemulatio», Riv. dir. civ., 1923, pág. 867.

cambio, en retroceso con la vida, sólo puede seguir desempeñando su función reguladora cuando, al lado de los límites objetivos que establece, admite límites subjetivos, vedando el ejercicio del poder jurídico, sea con intención vejatoria, sea no acoplando ese ejercicio a los imperativos de la utilización de los bienes, de modo tal que el individuo proceda de consumo con el fin de la Ley.

Un acto ejecutado sin propio o escaso beneficio, con daño ajeno, y con el propósito avieso, asume el carácter abusivo que en el Derecho contemporáneo también tiene, aun cuando en éste la doctrina del abuso de los derechos haya llegado a ser configurada para supuestos mucho más interesantes y de mayor trascendencia económica, social y moral que la relativa a los actos ejecutados con la intención de causar daño a otro, ejerciendo su propio derecho.

Ahora, ¿media acto de emulación, sólo cuando se causa el daño por el daño mismo, o también cuando por él se pretende obtener un beneficio propio, un provecho económico? (11).

Azzariti y Martínez, dicen que, si los actos emulativos, bajo el aspecto de su antítesis con el fin del derecho, se encuadran en la general prohibición del abuso del derecho, este concepto se presenta más amplio y comprensivo, en el cual debe prescindirse de la particular y difícil investigación sobre la buena fe del sujeto, puesto que la mala fe es, por el contrario, inseparable del concepto de emulación. De esta forma, el abuso del derecho habría de establecerse con criterios meramente objetivos, o sea, cuando el acto del particular esté en contraste con el fin para el cual el derecho mismo es concedido (12).

C) *Derechos canónico y musulmán*.—En la doctrina de los Padres de la Iglesia se contuvieron reglas de restricción al uso y ejercicio de los derechos, principalmente, respecto al de propiedad.

Respecto del *Derecho musulmán*, interesa hacer referencia al trabajo de Mahmoud Fathy, intitulado «La doctrine musulmane de l'abus des droits», publicada en 1903, en el que anuncia al mundo, que, esta teoría tan laboriosamente forjada por la jurisprudencia francesa había sido desarrollada con anterioridad por los juristas musulmanes. Después, tenemos, entre otras, las siguientes publica-

(11) Tratado de Derecho civil», B. Aires, 1947, t. I, vol. II, pags. 131 y 125.

(12) «Diritto civile italiano», Padova, 1943; I, págs. 18 y 19.

ciones: Morand, «Etudes de droit musulmán algérien» (Alger, 1910); M. Émile Tyari, «Système de la responsabilité délictuelle en droit musulmán» (Lyon, 1926); y la de El Saïd Mostafa, «L'Entendue et l'exercice de droits conjugaux»; en la que presenta un cuadro general de la teoría del abuso de los derechos en Derecho musulmán.

Chafik Chahata señala en su tesis, «Essai d'une théorie générale de l'obligation en droit musulmán» (El Cairo, 1936); el peligro de abordar el estudio de los textos de Derecho musulmán como si formasen un bloque compacto, pues cada escuela posee de hecho una técnica y una terminología propias, no siendo exagerado sostener que existen en realidad varios sistemas jurídicos musulmanes que se yuxtaponen los unos a los otros. Por tanto, es menester remontarse a las primeras fuentes de este Derecho y seguir la evolución de sus instituciones a través de los siglos, respetando el orden cronológico de las obras. Por ejemplo, observamos que mientras Fathy concede amplia importancia a autores tales como Al Ghazali o Ibn Tayniyyá, los cuales, en las obras citadas por él, no tienen gran trascendencia jurídica.

Es incuestionable, que la distinción entre el «jus» y el «fas» ha sido siempre vista con claridad por los jurisconsultos musulmanes. Por cierto, que la calificación de musulmán no es para imprimir al sistema jurídico un carácter religioso determinado. Se trata, pues, de un sistema de Derecho de carácter esencialmente positivo que ha recibido aplicación en los países que han visto ensancharse la civilización musulmana. El Derecho musulmán es un Derecho esencialmente empírico, que parte del caso, es decir, de las «soluciones» que forman la trama misma de todas las obras clásicas. Si nos remontamos a las obras de los primeros fundadores de la escuela, se advierte el espíritu individualista que inspira las soluciones adoptadas. El «Compendium» de toda la doctrina hanéfita (al «Asl») que es la obra de Mohamed b. Al-Hassan áh-Chaybani (muerto en el año 189 de la Hégira), uno de los dos discípulos directos de Abou Hanifa (muerto en el año 150 H.), recoge el caso siguiente: «Después de la división, el propietario de la construcción puede, no obstante la objeción del vecino, propietario de la parcela limítrofe, abrir las ventanas o sobre el fundo vecino, incluso en el supuesto de que sean a éste perjudiciales». De donde, que el propietario tenía un derecho absoluto sobre su propiedad, no pudiéndosele imponer restric-

nes de ninguna clase. As-Sarakhsi (un jurisconsulto de la época clásica, muerto en el año 438 H.) dice —lo que es prueba irrefutable de la admisión de la distinción entre derecho y moral o entre el Derecho y la religión— que en conciencia, el propietario deberá evitar a su vecino el perjuicio que resulta del ejercicio de su derecho.

Los primeros autores que nos dan las soluciones nuevas se colocan en el siglo VI de la Hégira. Son precisos, pues, cuatro siglos para limitar el carácter absoluto del derecho de propiedad. As-Sadr, Ach-Chahid (536 H.), Burhan ad Din (540 H.), Ar-Razi (598 H.), parecen haberse querido sacudir el yugo de las soluciones individualistas. He aquí, en efecto, las soluciones que ellos dan: «El propietario no puede instalar sobre su propiedad un horno o un molino o una caldera si resulta para el vecino un perjuicio manifiesto». (Citados en Ibn-Ai-Hummam (861), V, 506 y en Haskafi (1088), IV, 500.) Pero, ¿cómo los autores del siglo VI han modificado el Derecho vigente sobre este punto esencial? Nos parece que el punto de irrupción de la idea ha sido el caso de los propietarios de los diferentes pisos de un mismo inmueble, y de una manera general, el caso de los propietarios indivisos, en la indivisión forzosa. Es muy sugestivo observar que los casos de uso abusivo encuentran, precisamente su lugar en las obras, a continuación de los supuestos en que se reglamentan las relaciones entre los propietarios de pisos.

El perjuicio manifiesto que debe ser evitado, es el que sobrepasa toda medida, el perjuicio «exorbitante», o sea, el que impediría totalmente al vecino disfrutar su propiedad. En un sentido objetivo, se entendía, que el propietario habría de modificar el estado de las cosas, cualquiera que fuese la antigüedad del perjuicio causado a su vecino (Al-Khayr ar Ramli et Ibn Abidin, IV, 305 y 501). Los codificadores del siglo XIX han adoptado la nueva teoría que se encuentra en la «Medjellé» (art. 1.197-1.201) en el «Statut Réel», de Quadri Pacha (art. 59-61), consagrando la teoría del abuso en los límites anteriormente trazados. Estos límites, en Derecho hanofita, se confunden con la institución de las relaciones de vecindad, en el Derecho occidental. En esta materia, donde la moral se entrecruza con el derecho, es fácil encontrar en los moralistas del Islam condenaciones explícitas de todo uso abusivo de un derecho, cualquiera que sea. (Cfr. ampliamente Chafik Chehata, «La théorie de l'abus des droits chez les jurisconsultes musulmans», en *Revue Internationale de Droit Comparé*, París, 1952-2-217 y s. s.).

III. DERECHO COMPARADO

A) *Derecho francés*.—Ya nos encontramos a Domat que, en su libro las «lois civiles» (13), dice que un propietario puede incurrir en responsabilidad si verifica un cambio en su fundo con el solo objeto de dañar a otro sin beneficio para sí.

De todas maneras, es grande la resistencia a admitir el principio del abuso del Derecho, puesto que es regla constante del Derecho consuetudinario el adagio romano «neminem laedit jure sue utidor»; empero la oposición parte, principalmente, del Derecho revolucionario francés, que proclama un individualismo exhorbitante que culminaría en el absolutismo de los derechos subjetivos, teniendo su principal expresión en el Derecho de la propiedad.

Antes de que la teoría del abuso del Derecho, hubiese sido doctrinalmente expuesta, la jurisprudencia francesa ya se había negado a conocer de ciertas acciones judiciales a causa de la inmoralidad del demandante: «Nemo auditur propriam turpitudinem allegans.» Así, se afirma a propósito de la repetición de prestaciones provistas en virtud de un contrato inmoral. Los jurisconsultos romanos no aplican la regla «in pari turpitudinis causa cessat repetitio» más que si la tradición ha sido hecha en virtud de un contrato inmoral diciendo que es la causa torpe del «tradens» quien impide el ejercicio de la acción de repetición. Pothier ha dicho: que aquél que ha entregado en virtud de un contrato inmoral, es indigno de la protección de las leyes, careciendo del Derecho de repetición, según las reglas del fuero de la conciencia y las del fuero exterior (14).

Entre las decisiones jurisprudenciales negando el derecho de repetición, se pueden citar, las que tienen por objeto la subsistencia de relaciones de concubinato, adulterio, la corrupción de un funcionario, el juego. No obstante, ha habido contratos con un cierto carácter inmoral, en los cuales la regla ni ha sido indicada ni aplicada. Así, la jurisprudencia admite la restitución del precio pagado al corredor matrimonial, al Notario por la compra común de inmuebles, la de una concubina contra su sostenedor.

(13) Livre II, Tit. 8, sect. 3, núm. 9.

(14) «Obligations», núm. 43 y 45.

En el fondo, la incertidumbre que imperaba sobre la aplicación de la regla provenía de que más que presentar un carácter jurídico lo tenía moral, existiendo una cierta afinidad entre esta teoría y la del abuso del Derecho, puesto que, en los dos casos, el ejercicio del Derecho se prohíbe como consecuencia de la indignidad moral del que lo ejerce debiéndose comprobar ello en cada supuesto particular (15). De todos modos, estimemos que esta semejanza que estableció el profesor Ripert entre estas dos instituciones es muy sutil, porque, a veces, en la teoría del abuso, no se presenta con una intencionalidad dañosa, sino que, inclusive puede actuar el titular del Derecho dentro de los cánones de la buena fe y, con todo, estar causando un perjuicio ajeno sin que obtenga beneficio propio, en cuyo caso no puede hablarse de indignidad moral, aun cuando se dé la lesión de un derecho ajeno por faltar el ejercicio legítimo del Derecho que se actúa.

No vale la objeción para estos supuestos de la negación de la acción de repetición de que ella viene a fundarse, no sobre el contrato, sino sobre el pago de lo indebido y, por tanto, si la acción es negada, basándose en la existencia de un contrato inmoral, les queda la acción extracontractual de «in rem verso», para reclamar lo que ha pasado de un patrimonio a otro. Apoyamos nuestro aserto, en que en la mayoría de los casos, no se puede separar el pago que ha sido hecho del contrato que ha dado nacimiento al mismo. Luego, si para que haya acción de «in rem verso», es menester que el pago sea sin causa; aquí, por el contrario, hay una causa, pero inmoral (16).

Por eso, la reacción por lo que se refiere a la jurisprudencia francesa había de partir de un principio equitativo precisamente al interpretar estos derechos absolutos; los derechos subjetivos debían dejar de ser un fin en sí mismos para devenir a considerarse como un medio, es decir, a relativizarse. Las decisiones jurisprudenciales en este sentido ponen de manifiesto un afán muy loable de buscar una concordancia entre la realidad social y la letra de la Ley, pues los derechos subjetivos no podían quedar reducidos en la práctica a meras nociones abstractas, sino que precisaban adquirir vigencia en medio del ambiente social para el que existían; no podían ejercitarse arbitrariamente sino obedecer a una finalidad, cuyo uso contrario a éste, supondría infligir daños a terceros precisos de reparación.

(15) Ripert, op. cit., 1949, 183 a 191.

(16) Ripert, op. cit., 1949, 192 y 193.

La teoría del abuso de los derechos es desarrollada por la jurisprudencia francesa en una doble dirección: limitando de una parte, derechos con los cuales hasta este momento no había tomado contacto (v. gr.: el Derecho de protección que pertenece al padre respecto de sus hijos; el conferido al marido de autorizar a su mujer, etc.); y de otra, sentado por el criterio teleológico de los derechos; o sea, que mientras el Derecho romano sólo tomaba en consideración si el acto a juzgar había sido o no malicioso, aquí se decide por la funcionalidad o no del acto, atendiéndose, por tanto, a si las facultades legales contienen una violación de los principios fundamentales del orden jurídico, y si esta violación es generadora de daños ajenos; en una palabra, *hay abuso de un Derecho cuando su ejercicio legal es antisocial*.

De aquí, que los derechos absolutos, que en alguna medida reconoce la jurisprudencia francesa, constituyen «un último vestigio de una noción de los derechos subjetivos que hoy en día ha quedado, en general, superada» (Markovitch).

La relatividad de los derechos, se afianza cada vez más, ya que el individuo tiene derechos, no sólo como ser humano, sino «más bien como miembro de un grupo social» y, por ello, ejerce siempre «pre-rogativas que son de esencia social, satisfaciendo a la vez sus necesidades y cumpliendo una función social» (Markovitch). Por eso, «el ejercicio de los derechos subjetivos debe tener lugar socialmente, y su titular podrá ser llamado a rendir cuenta de cómo y para qué fin ha ejercido su Derecho, al menos en el caso de que tal ejercicio haya causado un daño a otro» (Markovitch).

El precepto legal en que se han basado los tribunales y comentaristas para dar entrada en el Derecho positivo la teoría del abuso, ha sido en el artículo 1.382 del Código civil —equivalente al 1.902 del Código español—, que dice: «Tout fait quelconque de l'homme que cause à autrui un dommage, oblige celui par la faute duquel il est arrivé, à le réparer.» De donde es obvio el carácter difuso y general de esta teoría la cual viene a sancionarse desde uno solo de sus aspectos, el extremo que es el último que para nosotros presenta de común con el citado artículo: la falta o el daño cometido. Sus modalidades de intencionalidad (no siempre necesaria) y de ejercicio conforme en principio a Derecho, que la perfilan un tanto más diferenciándola de la simple responsabilidad, no se captan en el contenido de este precepto por ninguna parte.

Brady, Morin (17), tratan de restringir el campo de aplicación de la teoría del abuso a los derechos que recaen sobre las cosas, o sea; la propiedad y sus desmembraciones, excluyendo de la misma los que ellos califican de puramente internos, que son los que tienen al hombre por sujeto al mismo tiempo que por objeto (derecho al nombre, a la libertad), y aquellos cuyo objeto está fuera del hombre —derechos externos—, dando atribuciones sobre otros individuos (derecho de dirección del padre, ejecución del acreedor, etc.), ya que en éstos el daño que resulte de su ejercicio es la consecuencia normal.

A nuestro parecer, la solución que presentan estos autores no merece tomarse en consideración, prístinamente, porque no atacan el problema en su verdadera esencia, cual sería fijar aquellos caracteres que diferencian a la teoría estudiada de las más próximas y, segundo, porque ya únicamente paran mientes en el concepto de daño, *no hay por qué restringir su esfera de acción a los mal llamados derechos absolutos*—a los que recaen sobre las cosas—, y dejar fuera de todos los demás, cuando el abuso —valga la palabra—, tanto puede darse legalmente —nosotros diremos con mayor exactitud— con apariencia legal— en éstos y aquéllos, siendo, cuando se da, tan anormal en unos como en otros.

Más consecuente es a nuestra opinión el criterio de Markovitch (18) que, partiendo también de la falta, extiende la teoría, a la delictual, cuando el abuso resulte de la intención de dañar; a la cuasidelictual, si es de simple imprudencia o negligencia; y a la falta en general—base de los artículos 1.382, Code francés, y 1.902 del español—, calificando el abuso de los derechos de «falta sui generis», si bien es cierto que tal abstracción al aplicarla nos impide ver en la misma los rasgos que la separan del principio de responsabilidad.

Hoy al ocuparse de la teoría del abuso no se debe olvidar la evolución experimentada por la de la responsabilidad que, si durante tiempos vivió asentada en la falta (19), al penetrar en ella el principio objetivo del riesgo ha vuelto a tomar desarrollo y reforzarse la responsabilidad causal (20). De aquí que consideremos relegados a un segundo plano al principio culposo y enfoquemos la cuestión,

(17) Citados por H. Loubers, *Rev. Generale du Droit*, 1907, 260.

(18) «La theorie de l'abus des droits», 1936, 142.

(19) Charmont, «Las transformations du Droit civil», 1912, 236.

(20) V. El magnífico trabajo del Dr. Th. Süß, «La evolución de la responsabilidad por riesgo en el moderno Derecho alemán», trad. Muller, *Rev. Derecho Priv.*, 1943, 54.

incluso desde este aspecto externo de la responsabilidad, tomando como *punto de partida la existencia causal* (riesgo, sacrificio, pura equidad, desequilibrio de intereses, orden jurídico). Así, pues, si en el riesgo relacionamos el daño con el que goza de las ventajas del servicio para imputarle la responsabilidad, aun siendo personalmente ajeno al hecho que lo motivó, *en el abuso de los derechos, se dará el daño con repercusiones en la persona que lo causó* (aparte de los criterios de intencionalidad, económico, etc., que luego examinaremos); *en cuanto que dentro de la realidad jurídica ha tenido lugar una perturbación, ya que el causante del perjuicio no ejerció verdaderamente su derecho por la sencilla razón de que si lo hubiera actuado, las consecuencias no podrían haber sido nunca un daño, sino lo que hizo fué revestir de legalidad un acto anticausal radicando aquí el motivo de la imputabilidad.*

He aquí por qué es de excluir del contenido de esta teoría del abuso, tanto el concepto de delito civil como el de responsabilidad por culpa; pues mientras el primero de ellos supone una infracción del Derecho por el que lo comete, el segundo implica un descuido o negligencia; todo lo contrario que tenemos por parte del que abusa de su derecho, ya que éste, generalmente, usa de sus prerrogativas con exceso de interés, moviéndose en apariencia dentro de la órbita legal.

En fin, esta teoría que nos ocupa supone una construcción de estructura compleja tal como resulta del examen que acabamos de hacer de la aplicación hecha por parte de la jurisprudencia francesa, denotándose en su lenta evolución unos contornos muy difusamente trazados que impiden ver con exactitud las diferencias que la separan, fundamentalmente, de la de responsabilidad, que es su punto de partida.

Por eso, se le ha criticado mucho a la teoría del abuso el haber supuesto un contratiempo en el progreso de las instituciones jurídicas, ya que, precisamente, en el momento en que la evolución del principio de responsabilidad alcanza un estadio de gran objetividad con la teoría del riesgo, abandonándose o al menos restringiéndose el campo de la culpa, ella viene a propugnar la vuelta a lo subjetivo, insistiendo en la necesidad de conocer el elemento psicológico del que actúa su derecho.

B) *Derecho alemán.*—La doctrina del abuso que revela una for-

mación jurisprudencial no todo lo precisa, que fuera menester, empieza a adquirir una sistemática con la consagración oficial que hace de ella el Código de que pasamos a ocuparnos.

En un principio, había prevalecido también el adagio tradicional de que usar de su derecho no sería abusar de él, siendo más tarde, cuando la comisión del Reichstag, termina consagrando el principio general contenido en el párrafo 226: «el ejercicio de un Derecho no es permitido, cuando él no puede tener otro objeto que causar un daño a otro».

Con la admisión de este precepto legislativo la teoría del abuso logrará alcanzar una mayor precisión que la observada hasta el presente, aunque se continúa insistiendo en su aspecto externo —reminiscencias de su conexión con la de la responsabilidad—, ya que la intención de dañar en el Código alemán es un elemento constitutivo del abuso. Y fué así, porque el parágrafo 226 tiene un carácter combativo: el de evitar los perjuicios de la «chicane» —una de las variedades del uso abusivo— conducta que tiene por objeto causar daño a otro, sea económico, o levantando obstáculos a las acciones ajenas o bien consiste en una simple vejación.

Unánimemente la doctrina sentía la necesidad de reprimir este acto abusivo de los derechos —la «chicane»—, pero la comisión encargada de la elaboración de los proyectos encontraba reparos: a) El suponer la admisión de la teoría del abuso, en cierto modo, la desaparición de fronteras entre el Derecho y la moral; b) La necesidad para las reglas jurídicas de fórmulas precisas que supongan la seguridad del comercio jurídico; c) El temor al arbitrio del Juez. Haciéndose patentes estos diferentes puntos de vista, en la lucha que se desarrollaba en el seno de la comisión, entre la tendencia socializadora del Derecho y la individualista.

Es por lo que, la solución dada en el Código, recoge los distintos pareceres sostenidos en el curso de su confección, combinándose el método de la «prevención» del abuso, por medio de una delimitación minuciosa de los derechos subjetivos, y el de la «represión» del uso abusivo de los derechos, poniendo a disposición del Juez fórmulas amplias y elásticas que le permiten controlar y reprimir, fácilmente, el ejercicio abusivo de los derechos subjetivos. Lo primero se ha seguido en cuanto a las relaciones jurídicas que muestran una cierta estabilidad —dominio del derecho de propiedad— y lo segundo, o sea, fórmulas vagas, en el terreno donde las

contingencias económicas y sociales provocan transformaciones más frecuentes: el derecho de obligaciones.

No cabe duda que son consideraciones de orden moral las que mueven a dar fuerza legal a la teoría del abuso, y, por ello, el párrafo 705 del primer proyecto, le encontramos redactado así:

«Es considerado como contrario al Derecho (Widerrechtlich) un acto, por lo demás lícito en virtud de la libertad general, cuando él causa perjuicio a otro y su cumplimiento constituye un atentado a las buenas costumbres.»

En la comisión encargada de redactar el segundo proyecto vuelven los forcejeos, ya que dada la tendencia a socialista de la época se consideraba peligroso la proclamación de un ejercicio ilimitado de los derechos individuales, causa por la que dicho organismo se limitaba a declarar el principio de que *los contratos habían de ser interpretados según la lealtad y la confianza recíprocas*, teniendo en cuenta los usos del comercio jurídico. Con todo, hallamos una disposición; el párrafo 106 (párrafo 138 actual) que tenía por modelos los artículos 1.131 y 1.133 del Código francés, concebido en los términos siguientes: *«Es nulo un acto jurídico que atente a las buenas costumbres y al orden público»*, aunque más tarde la comisión suprime las palabras *orden público* por defecto de precisión.

En el tercero de los proyectos se inserta el párrafo 887 (más tarde el 226); prohibiendo el ejercicio del derecho de propiedad cuando él tiene por objeto único causar un perjuicio a otro.

El B. G. B. trata de delimitar, a través de una serie de preceptos, la figura jurídica que nos preocupa: 1) El ejercicio de los derechos no es permitido cuando no puede tener otro objeto que causar perjuicio a otro (párrafo 226). Los actos jurídicos que por sí mismos suponen atentado a las buenas costumbres, son declarados nulos por el párrafo 138-1-3). El párrafo 826 obliga a la reparación al que, ejerciendo un derecho subjetivo o una simple facultad legal, causa un daño a otro de manera que supone atentado a las buenas costumbres, no representando el ejercicio del derecho un acto ilícito en sí mismo. En derecho de familia se dice que la mujer no está obligada a acatar la decisión del marido si ésta resulta ser un abuso de su derecho (párrafo 1.354-2). 5) En materia de obligaciones, se proclama el principio de lealtad y confianza recíprocas debiéndose interpretar los contratos según los usos admitidos en el comercio (párrafo 157); el párrafo 242 añade: *«El deudor*

está obligado a efectuar la prestación con arreglo a las exigencias de lealtad y buena fe, de conformidad con la costumbre del tráfico.»

De todo esto se deduce que, el centro de la aplicación de esta teoría del abuso del derecho en el Código alemán, se halla en el ámbito de las obligaciones, a base de fórmulas flexibles que evitan el caer en un formulismo automático; la misma noción, ya citada, de «lealtad y confianza», es un principio «standart» que se ofrece al Juez para resolver el caso concreto que se le presente teniendo en cuenta la realidad social.

A pesar de que el legislador alemán ha precisado dicha teoría con mayor exactitud, si cabe, que la jurisprudencia francesa, no por eso se puede afirmar que en este Derecho se haya alcanzado una individualidad propia; pues resalta a través de los preceptos que en el B. G. B. se ocupan de la misma, que casi la única preocupación que ha inspirado al legislador ha sido la de eliminar los efectos perturbadores de la «chicanerie».

Ahora bien, el que sea para la legislación alemana en este punto que nos ocupa la idea directriz el daño ajeno, no quiere decir esto que baste exclusivamente la existencia de la materialidad del perjuicio, sino que, por el contrario, el ejercicio del derecho que lo ocasiona no tuviese otra finalidad que el infringir lo dispuesto en el parágrafo 226 que, si bien, generalmente se refiere a los daños materiales, cabe incluir también dentro del espíritu que anima este precepto, la lesión de intereses ideales.

En las controversias habidas en torno a la interpretación de este parágrafo 226, coinciden las opiniones en que se trata de un precepto protector del parágrafo 823-2.º, que dice: «La misma obligación de indemnizar el daño incombete a la persona que infringe una ley que tiene por finalidad el amparo de otra persona. Si esta infracción la permite el contenido de la Ley sin que medie culpa, el deber de indemnizar sólo ha lugar en caso de culpa». Enneccerüs (21) sienta como regla general, que el ejercicio de los derechos tiene que estar permitido aunque lesione intereses ajenos, y que únicamente cuando esta actuación es en detrimento de otros derechos, es de aplicar el parágrafo 242 en cuanto que se rebasan los límites de la equidad y buena fe; opinando que la teoría del abuso constituye un mandato de la ética elevado a principio jurídico en una extensión muy limitada.

(21) Derecho Civil, trad. 1934, t. I, vol. II, 530, 531.

Es muy interesante la Sentencia del año 1909 del Tribunal Supremo del Reich (t. 72. pág. 251), que en resumen, viene a decir: Un padre enemistado con su hijo prohibió a éste visitar la sepultura de la madre sita en una finca de su propiedad; limitando el Tribunal Supremo dicha prohibición a aquellos días que no tuviesen el significado de grandes festividades religiosas, fundamentando su resolución en el tantas veces citado parágrafo 226, aunque el padre había alegado como causa de la prohibición, que al encontrarse con su hijo tendría que tener un perjuicio en su salud ya de por sí muy quebrantada, de manera, pues, que *la prohibición no tenía por finalidad causar daño alguno a su hijo*. Incluso con este conjunto de hechos se insistió en aplicar dicho precepto 226, no observándose en cierto modo su texto, que no es de ninguna de las maneras aquí suficiente para la fundamentación de la Sentencia, ya que *era el derecho del hijo a visitar la sepultura el que tendría que tomarse como punto de partida y de llegada para la argumentación de la misma*.

Es decir, la teoría del abuso de profundo contenido moral y social ha querido verse interpretada, paradójicamente, a través de los preceptos: —1.382 Code francés, 226 alemán, 1.902 español—, que resaltan todo lo contrario: el daño material que ocasiona el que ejerce su derecho abusándolo.

Por esto mismo, la concepción moderna alemana del Derecho como función social, implica que cualquier desviación de esta función, cualquier utilización del derecho para fines contrarios a la comunidad constituye una verdadera transgresión del mismo, aunque tenemos en la realidad que el verdadero contenido del Derecho queda oculto tras las normas jurídicas generales, lo que hace difícil reconocer su configuración concreta que sólo queda visible cuando se ejercita en el caso determinado; luego el abuso del derecho supone una transgresión de éste en que el acto transgresor es protegido por una apariencia de legalidad, debido a la divergencia entre el contenido aparente (o formal) y el verdadero (o material). De aquí que diga Wolfgang Siebert (22), que el abuso debería referirse solamente al derecho «formal» y no al «material», o sea, hablarse de un abuso de la Ley, puesto que únicamente ésta es susceptible de abusos y no el Derecho.

(22) «Von Wesen des Rechtsmissbrauchs». Über die Konkrete Gestaltung der Rechte, 1935, 20 y 21.

Si la jurisprudencia francesa en sus consideraciones sobre la doctrina del abuso, toma siempre como punto de partida el daño y la falta, el Código alemán se fija en la buena fe y lealtad sancionadas por las costumbres del tráfico, cuando Siebert apunta (23) que, en un Derecho edificado sobre la comunidad popular, debe partirse de la «comunidad» y del «miembro» de la misma, ya que sólo desde este punto es posible determinar la situación concreta de la persona en cuanto a su deber y luego la configuración concreta de su derechos.

Larenz, ha distinguido aquellas situaciones jurídicas que expresan la posición del individuo en la comunidad, de las que son la expresión de relaciones jurídicas entre los individuos miembros de esta comunidad, llegando a la conclusión de que en las primeras predomina el deber, al paso que, en las segundas, la facultad es lo primario, aunque siempre dentro de los límites del Derecho objetivo de la comunidad.

Las anteriores consideraciones llevan a Luis Legaz Lacambra a hacerse las siguientes preguntas: ¿qué conducta de los demás sujetos de derecho en relación con mi situación pueden provocar de oficio o a instancia mía la aplicación de una sanción?; ¿qué conducta mía realizada desde mi situación de propietario puede ser considerada como libre y permitida y no como estrictamente debida y, por consiguiente, el ver forzado o impedido en ella puede también acarrear una sanción? En consecuencia, ¿cómo debo de comportarme para que la conducta que realizo desde una situación jurídica sea considerada como libre y permitida y no como una infracción del deber jurídico que sobre mí pesa en esa misma situación? (24).

Conforme a las direcciones doctrinales de Larenz y Siebert, la situación concreta del individuo en la comunidad determina sus facultades concretas, con sus vinculaciones jurídico-sociales también concretas que le limitan inmanestamente.

En Alemania se llegó por la jurisprudencia a conclusiones atrevidas en este sentido. Hay Sentencias del Tribunal Supremo del Reich que consideran que el accionista que ejerce abusivamente su derecho de oponerse a los acuerdos de la Junta general, para fines egoístas, viola su deber de lealtad social y, por tanto, se opone a la buena fe en el tráfico jurídico por lo cual se le puede oponer la excepción de abuso de derecho.

(23) Ob. cit. pág. 25.

(24) «Filosofía del Derecho», Barcelona, 1953, págs. 588, 589.

(C). *Derecho suizo*.— El legislador suizo, aprovechando los resultados obtenidos en Francia, ha considerado más oportuno colocar el abuso del Derecho entre los principios fundamentales del ordenamiento jurídico, y así, ha dispuesto en el artículo 2.º: «Cada uno es obligado a ejercer sus derechos y a ejecutar sus obligaciones, según las reglas de la buena fe. El abuso manifiesto de un derecho, no encuentra protección jurídica.» Se deduce, pues, que *para esta legislación el principio de la buena fe constituye el punto de partida para la investigación del contenido de un derecho, de manera que el motivo legítimo que le inspire, será la consecuencia concreta de esta cláusula general.*

De esta forma, se deja al Juez un margen grande de posibilidades de apreciación, quien habrá de tener en cuenta las normas de equidad «por su sentido de la Justicia, considerando las pruebas aportadas en la causa, y su experiencia de la vida» (Rossel y Mentha). Así, la Ley puede adaptarse mejor a las transformaciones económicas y sociales. De donde, que, se haya expresado, «cuando el Código habla de equidad, de buena fe, de buenas costumbres; de orden público, etcétera, la significación de estas expresiones variará forzosamente con la evolución de las ideas y de las costumbres. El empleo de ciertos conceptos flexibles, capaces de encerrar en la unidad de su propia significación un contenido empíricamente variable, es así de tal naturaleza que facilita el derecho una cierta posibilidad de continua renovación» (Stati).

La jurisprudencia suiza, tanto del Tribunal federal como de los cantones, antes de la sanción del Código civil de 1907, ya aplicaba, no sólo en lo relativo a la propiedad, sino en otras materias, el principio que vedaba el ejercicio emulativo de los derechos. (Rotondi, op. cit., pág. 307):

Sin embargo, este principio no fué recibo en el Anteproyecto del Código civil que redactó Eugene Huber (1892), y que después se convirtió en Proyecto. Y es que dicho principio únicamente prohibía en materia de propiedad el abuso del derecho, o sea, aquel uso del propietario sobre su cosa que no puede manifiestamente alcanzar otro fin que el de dañar a los demás. Por el contrario, el legislador suizo debió sentar el principio con carácter general y no particularizándolo en la institución de la propiedad y, con buen criterio, le dió un contenido amplio: los derechos han de ejercerse sin manifiesto abuso, ciñéndose a los dictados de la buena fe, y, por ende, de acuerdo con

el fin para el cual se otorgan dichas prerrogativas. De ahí que el artículo 2.º, integrara el título preliminar del Código civil; y hallara ubicación inmediata a continuación del precepto contenido en el artículo 1.º que equipara la misión del Juez a la del legislador.

La norma del citado artículo 2.º, queda completada por aquellos preceptos que declaran la ineficacia de los contratos con objeto ilícito o contrario a las buenas costumbres (art. 20), que castigan la explotación de la ligereza, inexperiencia o penuria ajenas para alcanzar, a causa de esa lesión subjetiva, prestaciones evidentemente desproporcionadas (art. 21), que imponen el resarcimiento del daño causado intencionalmente por medio de «hechos» contrarios a las buenas costumbres (art. 41, 2.º parte); que niegan la repetición de lo dado en virtud de actos que persiguen un fin ilícito o contrario a la regla moral (art. 66), que sancionan a quienes utilizan procedimientos contrarios a la buena fe, en el ejercicio de actividades comerciales (artículo 48), etc. En todos estos supuestos, el ejercicio de los derechos y facultades se desvirtúa de su fin económico y social, al lesionarse el principio de buena fe, incurriéndose, por ello, en abuso del derecho (25).

D) *Derecho italiano*.—El Código de 1865 recogió el principio del abuso en su artículo 436, al referirse al ejercicio de las facultades del dominio, no por propia utilidad, sino con el fin únicamente de causar molestias a otros, delimitando de esta guisa el contenido del derecho y goce y disposición de la propia cosa que, según el mismo legislador, se aseguraba al propietario «del modo más absoluto», salvo las limitaciones impuestas por la Ley y por los Reglamentos (26).

El Proyecto de Código de 1942, recogió el artículo 74 del proyecto franco-italiano del Código de las Obligaciones y Contratos, que imponía el resarcimiento del daño causado a otros «excediendo», en el ejercicio del propio derecho, los límites impuestos por la buena fe o el fin en vista del cual el derecho le ha sido reconocido. Sin embargo, el nuevo Código civil no ha incorporado este precepto; aunque se refiere a los actos de emulación, entre otros, en su artículo 833, que dispone: «El propietario non può fare atti i quali non abbiano altro scopo che quello di nuocere recare molestia

(25) Spota, op. cit., pág. 621.

(26) Ruggiero, «Derecho civil», Trad. esp. 4.ª ed., vol. I, pág. 531.

ad altri. Este precepto responde a la aplicación del principio fundamental de la nueva disciplina de la propiedad, por el cual no sólo cuando hay un interés público que proteger, sino también cuando se trate de regular un conflicto entre intereses privados, viene considerando como base y límite de la tutela del derecho de propiedad un interés socialmente apreciable. De donde, la prohibición del artículo 833 afirma, no sólo un principio de solidaridad entre los particulares, sino que supone al mismo tiempo una regla conforme al interés de la colectividad en la utilización de los bienes.

Los ejemplos de abuso del derecho son infinitos, y así que es dado investigarlos en todas las ramas del derecho en las que dicha figura no tenga una reglamentación y una específica sanción de la Ley (abuso de la imagen ajena, de la patria potestad y de la tutela, de los medios de ejecución manifiestamente excesivos). En materia de *propiedad*, por ej. el uso normal del derecho de gozar y de disponer de las propias cosas constituye el criterio límite del poder absoluto del propietario que actuando dentro de los confines de su fundo, ocasione en el fundo vecino instalaciones de humo, exhalaciones, ruidos, sonidos u otras molestias, excediendo los límites de la ordinaria tolerancia (art. 844). En la *comunidad de bienes*, los poderes de la mayoría acerca de las innovaciones dirigidas al mejoramiento de la cosa o hacerle más cómodo o rentable el goce, y acerca de los actos de ordinaria administración, encuentran en los casos de uso excesivo el correctivo de la impugnación ante la autoridad judicial; que pendiente juicio puede también suspender las deliberaciones artículos 1.108, 1.109 n. 3). En las *obligaciones*, suele mitigarse el excesivo vigor de la cláusula resolutoria expresa, limitándose el derecho de la parte a reclamar la aplicación, cuando el incumplimiento resulte inocente o cuando tenga el carácter de una cláusula de estilo. (Azzariti y Martínez, op. cit., I, págs. 19 y 20).

Por tanto; la tutela contra el abuso del derecho no ha sido sancionado como principio, porque comprometería la certeza del Derecho objetivo y haría incierto el ejercicio del Derecho subjetivo (27).

²⁷ F) *Derecho ruso*.—Creemos de interés traer aquí a colación el artículo 1.º del mismo, que establece «Los derechos civiles son tutelados por la Ley, salvo los casos en que los mismos se ejerciten en

(27) Messineo, «Manuale...» Milano, 1952, I, pág. 138.

oposición con su destino económico-social.» Es decir, que se deja a merced del Juez un amplio poder de interpretación de la Ley, para adaptar la norma transcrita a los particulares casos que pueda ofrecer la vida social. Además, parece como si el legislador soviético considerase insuficiente, por lo que se refiere a la capacidad del sujeto de derecho, el simple hecho del nacimiento, exigiendo también un ejercicio de los derechos encaminando a obtener el máximo desarrollo de las fuerzas productivas.

De aquí que se haya visto por los autores en este precepto contenido en dicho artículo 1.º una consagración de la teoría del abuso del derecho, por cuanto que no basta la posesión del Derecho en sí, sino que, por el contrario, es menester que la finalidad de su ejercicio vaya encaminada a un mejor servicio de los ideales de la comunidad a cuyo destino económico-social se halla siempre supeditado. También como precepto típico de abuso del derecho, merece citarse el artículo 153 del Código de familia, el cual dispone: «Los derechos del padre son ejercicios exclusivamente en interés de los hijos, y en el caso de ejercicio abusivo, el Tribunal tiene el derecho de privar al padre de sus derechos».

F) *Otros Derechos.*—El Código de Obligaciones de la República de Polonia, de 1934, consagra el abuso del derecho en su artículo 135, disponiendo: «Quien, intencionadamente o por negligencia, ha causado un daño a otro en el ejercicio de su derecho, está obligado a repararlo, si ha excedido los límites fijados por la buena fe o por el fin en vista del cual ese derecho le ha sido conferido.» Y el Proyecto de Código civil polaco, establece en su artículo 18: «Quien goza de un derecho contrariamente a los principios fundamentales del orden jurídico, comete un abuso de derecho y no goza de la protección de la Ley.» De igual modo, su artículo dispone: «El abuso del derecho, cometido conscientemente o con negligencia, que causa daño a otro, obliga a la reparación.»

También el nuevo Código mejicano de 1928, que vino a sustituir los principios individualistas que inspiraban la legislación anterior sustituyéndolos por normas de orientación social, incorpora a su seno la teoría del abuso, regulándola en sus artículos 16 y 17. Dice el primero de ellos: «Los habitantes del Distrito y de los Territorios Federales, tienen obligación de ejercer sus actividades y de usar y disponer de sus bienes, en forma que no perjudique a la colectividad,

bajo las sanciones establecidas en este Código y en las leyes relativas.» Y el segundo: «Cuando alguno explotando la suya ignorancia, notoria inexperiencia, o extrema miseria de otro, obtiene un lucro excesivo que sea evidentemente desproporcionado a lo que él por su parte se obliga, el perjudicado tiene derecho de pedir la rescisión del contrato, y de ser ésta imposible, la reducción equitativa de su obligación.»

El Código uruguayo en su artículo 1.321 establece: «El que usa de su derecho no daña a otro, con tal que no haya exceso de su parte. El daño que puede resultar no le es imputable.»

El Código civil panameño, si bien no hace una referencia expresa a esta teoría del abuso de los derechos, cuenta, sin embargo, con un precepto donde se proyecta con bastante claridad la misma, que recoge en su artículo 622, redactado en los términos siguientes: «Cualquiera puede cavar en suelo propio un pozo, aunque de ello resulte menoscabarse el agua de que se alimenta otro pozo; pero si de ello no reporta utilidad alguna, o no tanta que pueda compensarse con el perjuicio ajeno, será obligado a cegarlos.»

Bien obvio resulta del examen de estos preceptos, que la finalidad perseguida por el legislador en todos ellos, ha sido evitar que al amparo de un ejercicio aparentemente legítimo de los derechos, se vulneren los principios que inspiran los ordenamientos jurídicos de los pueblos, causándose una perturbación social desde el momento que resultan injustificadamente lesionados los justos derechos de terceras personas. Por eso, todas estas legislaciones toman en consideración, al tratar de configurar la institución del abuso, sus dos aspectos, el interno y el externo; éste significado por la necesidad de la existencia de un daño a tercero, y aquél, por la exigencia de que se haya ejercitado un derecho legítimo, pero faltando el titular a un ejercicio conforme a la buena fe o que resulte excesivo, aun cuando sea dentro de los cánones de ésta.

G) «La *jurisprudencia anglo-sajona*.—La inglesa ha proclamado desde 1706 que no podría usarse de las facultades legales con el solo objeto de dañar a otro. Lo ha hecho en el principal de los «*docoy cases*» (caso de la escopeta): se trataba de un propietario, Gæble, que había establecido en sus dominios una escopeta para tirar a los pájaros del pasaje, matarlos y venderlos; su vecino, Hikerengill, propietario limítrofe,—en el deseo de espantar los pájaros—, disparaba sobre

su propio fundo con fusil, y causaba así «maliciosamente» un daño a su vecino; el acto de este último era en sí lícito, lo que era ilícito, fué su «malicia», porque él lo hacía con la única intención de causar un perjuicio a otro.

El ejercicio del derecho de propiedad, encuentran un límite objetivo con la teoría de los «nuicances», que señala límites al mismo en interés de las buenas relaciones de vecindad, quedando obligados a responsabilidad de un modo objetivo los actos que caen bajo dicho concepto, por cuanto constituyen la violación de una regla expresa de derecho.

Por otra parte, el concepto de «conspiracy» civil representa, en realidad, un reflejo de la teoría del abuso en Derecho inglés. La «conspiracy» consiste en el acuerdo para hacer lo que es injustamente dañable a otra persona, dando lugar a una acción «en the case», cuando el daño ha sido efectivamente causado a la persona; puede presentarse bajo dos aspectos: 1.º, ejecución en común de un acto ilícito; 2.º, acuerdo ilícito para alcanzar, por medios ilegales, un objeto lícito en sí mismo.

No es otra cosa la «conspiracy» que la apreciación de las consecuencias económicas y sociales de una acción concertada que ha decidido a los jueces a tratar esta coalición como un delito civil generador de acción y a forzarles a buscar una fórmula jurídica, permitiéndoles integrarla en el sistema general de la responsabilidad.

De todas maneras, un principio que ha venido a jugar un papel importantísimo en la jurisprudencia anglo-sajona desde la segunda mitad del siglo XIX, es el «standart» jurídico, instrumento elástico y flexible que señala al Juez una directiva general, permitiéndole, por ende, dar la solución más apropiada a las circunstancias de cada especie, o sea, guiar al Juez en la administración de la justicia dándole una idea de la finalidad del Derecho, ya que las exigencias prácticas de la vida económica no soportan una reglamentación rígida; por medio de este principio puede conseguir en cada caso, *adaptar la realidad jurídica a la social, a fin de conseguir el mayor equilibrio de los intereses en conflicto.*

DR. LINO R. ARIAS BUSTAMANTE

Profesor de la Universidad de Panamá

Crónica legislativa

Observaciones a la Ley sobre fijación de unidades mínimas de cultivo

SUMARIO: I. Ideas previas: 1.º Fincas urbanas y rústicas; 2.º Divisibilidad de éstas. 3.º Insuficiencia de las reglas vigentes para la plena identificación de las fincas.—II. Antecedentes de esta Ley: 1.º Legislativos en España. 2.º Doctrinales en nuestro país. 3.º En el Extranjero.—III. Contenido: 1.º Unidades mínimas de cultivo 2.º Procedimiento para señalarlas. 3.º Ambito territorial. 4.º Entrada en vigor. 5.º Consecuencias jurídicas de la determinación de las unidades mínimas. 6.º Normas para evitar la infracción de los proceptos de esta Ley. 7.º Obligaciones formales de Notarios y Registradores de la Propiedad. 8.º Procedimientos judiciales. 9.º Normas complementarias.—IV. Crítica: 1.º De su fundamento y necesidad. 2.º De su estructura y contenido: a) Falta de cláusula derogatoria. b) Carencia de normas para los documentos privados c) Ausencia de incentivos fiscales.—V. Conclusiones.

«La renovación del Derecho Agrario constituye una de las mayores y más elevadas tareas del jurista moderno.» «Son necesarias la prudencia para evitar daños a la economía y el cuidado al elegir fórmulas jurídicas, no sea que por descuido técnico se produzcan los resultados que precisamente se trataban de evitar.»

(F. DE CASTRO, *El Derecho Agrario de España. Notas para su estudio*, Anuario de Derecho Civil, abril-junio, 1954, pág. 390.)

I.—IDEAS PREVIAS

Los derechos reales son—según RODOLFO SOHM (1), en su bella y conocida definición— aquellos que confieren a una persona un poder *inmediato* sobre un objeto, facultándola para *obrar por sí misma* y directamente sobre la cosa en que su derecho recae. En esta clase de derechos es característico que sus dos columnas fundamentales, personas y cosas, actúen ambas a una *misma* altura (2), y ni siquiera las teorías obligacionistas o personalistas del derecho real, las que por otra parte llevan muchos años en declive, pueden desconocer la trascendental importancia que tienen las cosas, sobre las cuales recae exclusivamente (no podemos entrar aquí en el estudio de los derechos sobre derechos) la categoría de los derechos que estamos examinando (3).

Las personas y las cosas inmuebles son el centro sobre el que gira todo el Derecho inmobiliario. Las personas en nuestro sistema registral son seguras y fácilmente identificables; el Registro Civil y la fe de conocimiento notarial resuelven de hecho los problemas que pudieran originar la determinación del titular registral; no obsta a lo dicho la existencia de las denominadas titularidades especiales, caracterizadas por la existencia de algunas particularidades en cuanto a la concreción de un titular que está deviniendo o de las facultades dispositivas de él. Las cosas inmuebles o, concretando más, las fincas, no tienen, particularmente en España, esa firme posibilidad de ser identificadas.

1. A toda cosa que se le abre folio independiente en los Libros de Inscripciones es, registralmente, una finca. A los efectos de estas observaciones de crónica legislativa, debemos de prescindir en absoluto de la más ligera referencia a las llamadas fincas anormales,

(1) *Instituciones de Derecho Privado Romano*, Madrid, 1936, pág. 242, traducción de W. ROCAS CASTÁN acepta esta definición.

(2) No se contraponen lo que se dice en el texto, a la subordinación que deben de tener las cosas a las personas. V. A. BALLARÍN, *El sentido humano del nuevo Derecho de la Agricultura*, Arbor, abril, 1953, páginas 481 y ss.

(3) Para una exposición sintética de las distintas teorías respecto del concepto de estos derechos, v. J. CASTÁN, *Derecho Civil*, Notarías; Madrid, 1941 II, págs. 7 y ss.; y J. PUIG BRUTAU, *Fundamentos de Derecho Civil*, Tomo III, Derecho de Cosas; Barcelona, 1953, págs. 5 a 11.

y nos limitaremos a dar unas nociones muy superficiales de la finca normal o regular. Sobradamente conocida es la definición que da de ella ROCA SASTRE (4), el cual dice que es un trozo de terreno, edificado o no, cerrado por una línea poligonal y perteneciente a un solo propietario o a varios en común. Este concepto, por englobar tanto a la finca rústica como a la urbana, no matiza aquélla, que es la que en este momento nos interesa, con la necesaria e indeleble nota de estar destinada al cultivo agrícola y *ser apta* para él. Falta una distinción clara entre ellas, por lo mismo que se carece, a pesar de lo necesaria que es, de una teoría general sobre la finca.

Ya el Derecho Romano distingue los *proedia rustica*, destinados a la agricultura, y los *proedia urbana*, utilizados para las necesidades de la ciudad; atiéndose en dicho Derecho exclusivamente, para la distinción, a su destino económico, sin fijarse en el enclavamiento y situación de la finca. Un predio puede estar enclavado dentro del perímetro de la ciudad y, no obstante, considerarse como rústico. Concepto intermedio entre los rústicos y los urbanos son los predios suburbanos, entre los cuales se cuentan las «casas de campo» (5). Siendo este motivo de diferenciación para las complejidades jurídicas de la actualidad, manifiestamente insuficiente, la doctrina y la jurisprudencia, dada la importancia de la distinción han tenido que ir delimitando ambas figuras. Para dar a una finca la naturaleza de rústica o urbana se suelen conjugar simultáneamente la situación, el destino, las construcciones o edificaciones y la preponderancia de uno de estos elementos, si ambos concurren en el mismo predio, o la relación de dependencia que entre ellos exista como principal el uno y accesorio el otro (6). La Ley de Arrendamientos Rústicos de 15 de marzo de 1935, da en su artículo 2.º, una definición de la finca rústica para los efectos de dicha Ley, y la de Arrendamientos Urbanos, de 31 de diciembre de 1946, en su artículo 3.º, dispone que se regularán por la legislación de

(4) *Derecho Hipotecario*, Barcelona, 1954, II, pág. 63, y en general para la distinción entre ambas clases de fincas, págs. 63 a 66: El artículo 56 del Decreto de 10 de diciembre de 1949, sobre organización de la propiedad en los territorios del África Occidental Española, da un concepto aprovechable de finca.

(5) RODOLFO SOHM, obra cit., pág. 235, nota 2.ª.

(6) Un resumen de la reciente jurisprudencia del Tribunal Supremo, respecto a la materia, en GARCÍA GALÁN y RODRÍGUEZ SOLANO, *Consideraciones sobre la nueva Ley de Arrendamientos Rústicos de fecha 15 de julio de 1954*, Revista de Estudios Agro-Sociales, julio-septiembre, 1954, págs. 9 y 10.

arrendamientos rústicos los contratos en que, arrendándose una finca con casa-habitación, sea el aprovechamiento del predio con que cuente la finalidad primordial del arriendo, y presume, salvo prueba en contrario, que el objeto principal del arrendamiento es la explotación del predio, siempre que la contribución territorial de la finca, por el concepto de rústica, sea superior a la que corresponde por urbana.

Los criterios jurisprudenciales y legales, como se ve, y acaso por su empirismo, no dan una solución plenamente satisfactoria. La regla diferenciadora más fecunda creemos que la debe de construir la doctrina, partiendo del supuesto necesario de que las rústicas tienen que estar o son susceptibles de estar destinadas al cultivo agrícola y que producen única o primordialmente frutos naturales, si bien a través de una figura intermedia como en el arrendamiento pueden producir para el arrendador frutos civiles, en tanto que las urbanas no pueden generar frutos naturales.

2. Entre las mil clasificaciones que se pueden hacer de las cosas, y por consiguiente de las fincas, nos interesa aquí la que lo hace en divisibles e indivisibles. Aquéllas son las que sin detrimento de su valor, se pueden fraccionar en otras de su misma naturaleza, admiten partición física y se pueden descomponer en partes materiales. La «división ideal»—*communio pro partibus indivisis*—no es tal división, sino comunidad de derechos sobre la cosa indivisa; lo dividido, por tanto, no es la cosa, sino el derecho. (7). En los bienes muebles, en los títulos-valores (8) e incluso en las mismas fincas urbanas, no se suele presentar dificultad alguna para determinar si la cosa es divisible y hasta dónde llega, en su caso, esta divisibilidad.

En las fincas rústicas el problema adquiere su mayor relieve. En principio no cabe duda de que son divisibles, ahora bien, este hecho inconcuso tiene forzosamente un límite. Tomemos una finca

(7) Así SOHM, obra cit., pág. 238. CASTÁN, obra cit., I, pág. 253, dice que se caracteriza la divisibilidad de la cosa por la susceptibilidad de ser dividida sin menoscabo, o sea, sin dejar de resultar servible para el uso a que se destina.

(8) La Ley de Sociedades Anónimas de 17 de julio de 1951, en su artículo 40, declara la indivisibilidad de la acción y la de Responsabilidad Limitada de 17 de julio de 1953 preceptúa la indivisibilidad de las participaciones sociales en los artículos 1, 23 y 24.

de 100, áreas de extensión superficial; por particiones sucesivas obtendremos fincas de 50 áreas, de 25, de 10, de 5, de 1, de medio y de cuarto de área. En un momento de estas sucesivas operaciones o, si se quiere, en las que seguirían en orden descendente, la finca deja de serlo para convertirse en una parcela irrelevante jurídica y económicamente, en un puñado de tierra, en un átomo. Es claro que hay, o que tiene que haber, una línea demarcatoria, un mojón que señale cuándo la finca ya no lo es. En las rústicas dedicadas al cultivo agrícola—esta nota es marca indeleble que debe de acompañar necesariamente a un concepto bien construido de la rusticidad de las fincas—, la línea divisoria estará situada allí, en aquel lugar en que, yendo más allá, impida cultivar, en el estricto sentido de la terminología técnico-agrícola, la parcela de tierra obtenida. Las circunstancias de hecho: secano o regadío; clases de cultivo, accidentes topográficos, etc., son decisivas para señalar hasta dónde puede llegar la divisibilidad. Es un problema fáctico en el que tienen que intervenir de modo preferente los técnicos en cuestiones de laboreo agrícola.

Nuestro vetusto Código civil, a pesar de su rígido principio individualista, desfasado de los hechos actuales, no deja de reconocer que las facultades que integran el dominio están limitadas en cuanto no se pueden dividir los objetos del derecho cuando éstos sean indivisibles o se deterioren sustancialmente; recuérdense principalmente los artículos 401, 404, 1.056 y 1.061, cuya doctrina es plenamente aplicable a las fincas rústicas. El Tribunal Supremo en varias Sentencias—16 de junio de 1904, 17 de marzo de 1921, 11 de noviembre de 1927, 28 de diciembre de 1928, 25 de noviembre de 1932, 30 de mayo de 1933 y 26 de noviembre de 1934— declara que la cuestión de la divisibilidad es de hecho y que no cabe cuando hay peligro de gran desmerecimiento de la cosa si se procede a partirla; casi toda esta jurisprudencia ha estado provocada por solares, minas o explotaciones agrícolas; es lástima que dicho Alto Tribunal no haya tenido ocasión (la escasa cuantía de una rústica que se considere indivisible impide que el asunto llegue al Supremo) de pronunciarse claramente en cuanto a las fincas rústicas en sentido estricto. La Dirección General de Registros y del Notariado tampoco ha sentado doctrina en esta materia.

Hasta ahora en nuestra patria estas materias solían estudiarse

y considerarse exclusivamente en relación con la mecánica registral y seran asunto propio de la modificación cuantitativa de las entidades hipotecarias, y es que el Registro de la Propiedad está íntimamente conectado con la efectución práctica de la división. En el Derecho Registral tiene importancia la distinción entre división y segregación, y los artículos 46 a 50 del vigente Reglamento Hipotecario reconocen claramente la diferencia y regulan la materia; sin embargo; para la Ley que vamos a comentar, dentro de la palabra división van también comprendidos los actos segregatorios; ambas figuras están por consiguiente englobadas:

La doctrina hipotecaria considera a la división como acto de riguroso dominio. Se tiene que efectuar por escritura pública (artículo 50 del Reglamento Hipotecario) y puede tener lugar por acto aislado, exclusivamente destinado a dividir (las Resoluciones de la Dirección General de los Registros de 25 de mayo de 1943 y 28 de febrero de 1951 así lo aprecian), de modo que el propietario de una finca puede, incluso por capricho, dividir un inmueble; creemos demasiado liberal esta permisón y estimamos que sólo se debiera de permitir la división cuando la finalidad de ella sea para realizar algún negocio jurídico sobre cualquiera de las parcelas resultantes.

3. Debemos hacer una ligera indicación de la clara insuficiencia de la normación vigente para poder identificar pese a que el principio de especialidad está montado sobre ella, sin lugar a dudas, las fincas sujetas a inscripción en el Registro de la Propiedad (9).

La falta de un buen procedimiento inmatriculador en nuestro sistema registral, consecuencia lógica de la falta de un buen Catastro, cuya legislación ostensible e incomprensiblemente quiere vivir divorciada de todo nuestro sistema inmobiliario (10), agravada por

(9) V. VENTURA-TRAVERSE, *La identificación de fincas*, REVISTA CRÍTICA DE DERECHO INMOBILIARIO, 1940, págs. 82 y ss.

(10) Si de verdad se quiere que el Catastro español funcione eficazmente, es requisito ineludible que las Oficinas provinciales del Catastro descentralicen en buena parte su actuación y trasladen a los Registros de la Propiedad alguna de sus funciones, así como alguno de su personal técnico. Esta sería, por otra parte, la manera de que en numerosas comarcas el agricultor modesto español pudiera tener cerca de sí a Peritos agrícolas, al menos, que le sacasen de los rutinarios procedimientos de cultivo en que viene debatiéndose y que en tantos casos resultan anti-económicos.

Es muy útil, respecto a estos temas, ver el interesante estudio de la Organización de las Naciones Unidas para la Agricultura y la Alimentación, F. A. O., *Los reconocimientos catastrales y el Registro de la Propiedad Rústica*, Roma, abril, 1953, preparado por SIR BERNARD O. BINNS.

las escasas atribuciones que para el acto de la inmatriculación tiene el Registrador de la Propiedad (11), pueden dar motivo a que en algún caso una misma finca aparezca doblemente inmatriculada. Este supuesto, aunque anómalo, es posible, representa la más grave quebra de todo el sistema de seguridad jurídica que para la dinámica de los inmuebles ha constituido en España la Ley Hipotecaria (12).

La manera de ir haciendo luz en estos problemas—aparte de la existencia de un buen Catastro, de un procedimiento inmatriculador técnico y de hacer constitutiva la inscripción de los negocios jurídicos—es dar un *criterio legal*, único diferenciador de los bienes rústicos y urbanos y establecer la indivisibilidad, en los casos en que corresponda, de los primeros. La Ley de 15 de julio de 1954, sobre fijación de unidades mínimas de cultivo, cuyo somero estudio constituye el objeto de estas notas, viene, en buena hora, a resolver el problema de la divisibilidad y está montada sobre la distinción entre fincas urbanas y rústicas. En futuras reformas del Código civil y de la Ley Hipotecaria es de desear que se recoja la orientación de esta Ley.

Brevemente examinados los supuestos sobre los que está planteada la nueva Ley, y colocada así en su marco adecuado, es hora ya de que entremos en su estudio.

II.—ANTECEDENTES DE ESTA LEY.

1. El precedente más directo que en el orden jurídico español podemos encontrar de la Ley sobre fijación de unidades mínimas de cultivo—en lo sucesivo y para abreviar se citará L. U. M. C.—, es, sin duda, la Ley de Concentración Parcelaria de 20 de diciem-

(11) En su día, pudiera servir de modelo de procedimiento inmatriculador el regulado en los artículos 57 a 69 del Decreto de 10 de diciembre de 1949, relativo a la organización de la propiedad territorial en el Africa Occidental Española.

(12) V. VENTURA-TRAVERSE, *Problemas que plantea la doble inmatriculación de fincas y sus posibles soluciones legales*, REVISTA CRÍTICA DE DERECHO INMOBILIARIO, 1949, págs. 1^a a 15. R. DE LA RICA, en su exégesis del artículo 313 del R. Hipotecario, *Comentarios al nuevo Reglamento Hipotecario*, Madrid, 1948, I, págs. 313 y ss. Y Roca Sastre, *Derecho Hipotecario*, Barcelona, 1954, I, págs. 375, 421 y ss., y III, págs. 673 y ss. y 678 y ss.

bre de 1952, la cual, en su artículo 9.º, dispone que «una vez realizada la concentración parcelaria, las fincas de extensión igual o inferior a la fijada para las unidades de cultivo tendrán la consideración de indivisibles, y la parcelación de predios de extensión superior a la dicha unidad sólo será válida cuando no dé origen a parcelas de extensión inferior a ella»; tanto es así que la Ley de Concentración Parcelaria imperiosamente requería un desarrollo, en Ley especial, de este precepto. En el mismo campo del Derecho Agrario se encuentran otros antecedentes interesantes de la Ley que comentamos; destacan entre ellos la Ley de 15 de julio de 1952, sobre Patrimonios familiares, completada por Orden del Ministerio de Agricultura, de 27 de mayo de 1953, y por la Orden conjunta de los Ministerios de Justicia y Agricultura, de 27 de junio de 1953; por dicha regulación las fincas sujetas a ella quedan sometidas a un régimen jurídico especial, una de cuyas particularidades más importantes es que los bienes afectados se consideren indivisibles (13). Y más lejanamente, como comienzo de esta dirección, se suelen citar: la Real Cédula de 5 de julio de 1767; su Instrucción de 25 del mismo mes y año; la Ley 9.ª, tít. XVII, libro VII, de la Nov. Recop.; la Ordenanza para la Junta General del Principado de Asturias, de 1781, y la Ley de 3 de junio de 1868.

Pero no sólo en las leyes de tipo preferentemente agrario podemos encontrar reglas precursoras de la que estudiamos. El Código civil, en el párrafo 2.º de su elogiado artículo 1.056, determina que el padre que en interés de su familia quiera conservar *indivisa una explotación agrícola, industrial o fabril*, podrá disponer que se satisfaga en metálico la legítima de los demás hijos; aunque este precepto, como sucede con muchas de las normas citadas, va más bien

(13) Para un amplio estudio del Derecho Agrario en España, ver a JESÚS GONZÁLEZ PÉREZ: *La colonización en zonas regables*, Revista de Estudios Políticos, núm. 48, págs. 154 y ss.; *Colonización interior*, Nueva Enciclopedia Jurídica, IV, Barcelona, 1952, págs. 403 y ss.; *La concentración parcelaria*, Anuario de Derecho Civil, VI, fasc. 1.º, 1953, págs. 133 y ss.; *La impugnación y efectos de los actos administrativos dictados en materia de concentración parcelaria*, REVISTA CRÍTICA DE DERECHO INMOBILIARIO, mayo, 1953, págs. 321 a 348; *La constitución del patrimonio familiar*, REVISTA CRÍTICA DE DERECHO INMOBILIARIO, octubre 1953, págs. 689 y ss.; *La declaración de fincas mejorables*, Revista de Administración Pública, enero-abril 1954, páginas 207 y ss.; *El régimen jurídico de la concentración parcelaria*, Anuario de Derecho Civil, julio-septiembre 1954, págs. 829 y ss., con amplia bibliografía en todos ellos. También cita numerosa bibliografía ANTONO AGÚNDEZ, *El Patrimonio familiar*, Premio Marvá, 1953; Madrid, 1954.

dirigido a la indivisibilidad de las explotaciones agrícolas (14), es, sin duda, aplicable también, aunque sólo sea como consecuencia de estar englobado en las explotaciones dichas, al inmueble rústico considerado en sí. Igualmente son dignos de ser señalados los artículos 1.521 a 1.526 y el tit. III, libro II, sobre la comunidad y división de bienes. La Ley de Enjuiciamiento civil, en su artículo 1.078, aconseja a los Contadores que procuren que no haya excesiva división de las fincas.

En el Derecho no vigente se encuentran de vez en cuando algunas referencias a la indivisibilidad de las fincas, y es curioso que la Ley 10, del tit. XV, de la Partida 6.^a, considera a las viñas, en ciertos casos, como indivisibles. En las legislaciones forales, los sistemas sucesorios son, en general, más convenientes para evitar la pulverización de los predios que el contenido en el Código civil.

2. Me es grato señalar, al hacer un escueto esbozo de la labor doctrinal que en España precedió a la L. U. M. C., que al Cuerpo de Registradores de la Propiedad le corresponde el honor, como tantas otras veces, de haber iniciado el camino y de haber estudiado las causas y las posibles soluciones de una dificultosa cuestión que afecta al agro español. En efecto, el Registrador de la Propiedad don DIEGO PAZOS Y GARCÍA, en los finales del combativo siglo XIX, es galardonado con el «Premio Conde de Toreno», por una interesante Memoria en la que estudia la divisibilidad de los inmuebles rústicos y da orientaciones y normas para lo que, andando los tiempos, se ha llamado concentración parcelaria; en el año 1900, la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas editó, en la imprenta del Asilo de Huérfanos del Sagrado Corazón de Jesús, esta Memoria con el título de «Disposiciones que podrían impedir en España la división de las fincas rústicas cuando esta división perjudica al cultivo».

En esta notable y extensa Memoria, PAZOS aborda con originalidad el mayor mal del que estaba, y aun está, aquejada la Agricultura en nuestro país. Antes que él habían visto la enfermedad, pero sólo de una manera incipiente y parcial: Jovellanos, en la Carta 6.^a de las que escribió a don ANTONIO PONZ; COLMEIRO, en

(14) Un buen estudio sobre ellas es el de ALEJO LEAL, *En torno a la Ley de Explotaciones Agrarias Ejemplares*, Revista de Estudios Agro-Sociales, abril-junio, 1954, págs. 41 a 86.

su Memoria de 1842; el insigne CABALLERO con su Memoria sobre el fomento de la población rural, premiada por la Academia de Ciencias Morales, en 1863; E. CHAO, que en 1873 hizo un interesante proyecto de Ley; AZCÁRATE estudia la materia en su difundida Historia del derecho de propiedad, y, por último, el informe de 1888 y en especial la pregunta número 14 del Interrogatorio, en el Resumen de dicho informe, elevado al Gobierno, se le pedía que publicase «una Ley fijando la extensión mínima de la pequeña propiedad».

Proponía PAZOS que se considerase indivisible toda finca rústica cuya extensión superficial no excediera de doce áreas, excepto cuando la división se efectuase para agregar una parte de la misma cualquiera de las colindantes. Asimismo brindaba como medida útil que fuese indivisible la que, perteneciendo proindiviso a varios fuese menor de 25 áreas, si cualquiera de los condueños lo solicitase antes de verificarse la división o partición, y aun en este caso si siendo menor de una hectárea estuviese cerrada sobre sí. Tampoco debiera dividirse—en opinión del mismo autor—la finca menor de 10 hectáreas que estuviese proindiviso, siempre que se probase que el fraccionarla era perjudicial al cultivo. Y creía que se debieran de declarar indivisibles las fincas rústicas menores de una hectárea de cabida, en la sucesión abintestato sin herederos legitimarios; si los herederos abintestato fuesen parientes de grado más lejano que el cuarto—este supuesto no se puede dar en la actualidad, en virtud del Real decreto-Ley, de 13 de enero de 1928, que reformó los artículos 954, 955 y 956 del Código civil—, serían indivisibles las fincas que no excedieran de 10 hectáreas.

El Gobierno preocupado por los graves daños que la economía nacional recibía de esta anómala situación de las fincas, crea por Decreto de 22 de marzo de 1907, una reducida Comisión, de la que formaron parte dos Registradores de la Propiedad: PAZOS y GARCÍA y ESTÉVEZ CARRERA para que, previos los estudios correspondientes, formularan medidas tendentes a paliar la atomización de los bienes rústicos. Fruto de los trabajos de tal Comisión fué un Proyecto de Ley que contaba con 60 artículos. Como precedente de la L. U. M. C., los preceptos que más interesan están contenidos en el Capítulo I, que llevaba por epígrafe el de «De las fincas rústicas indivisibles». Se señalaba el límite mínimo de divisibilidad de las

parcelas en 10 áreas, si bien la Comisión entendía que en caso de cultivo cereal de secano era insuficiente, por lo que se encomendaba a los genuínos representantes de la propiedad agrícola de las diferentes comarcas, con intervención de las autoridades administrativas, la misión de elevar dicho límite cuando lo juzgaran pertinente:

El que fué Notario de Santander, VENTURA Y SOLÁ (15), también aunque someramente, abordó la cuestión, dándose cuenta de su trascendencia. Y como él otros muchos, de los cuales quiero citar solamente, como tributo de admiración, a RAMÓN DE LA RICA (16), que aboga por un mecanismo legislativo que acabe con el espectáculo antisocial y antieconómico de fincas minúsculas.

También son dignas de ser destacadas las Conclusiones del Congreso Sindical de la Tierra, celebrado en Sevilla en 1948; las reuniones del Primer Congreso Nacional de Ingeniería Agronómica, que tuvo lugar en el año 1950, el cual propuso que «en las transmisiones, no se consentirá la división de fincas de secano menores de 10 hectáreas o más, según las zonas», y los estudios oficiales verificados por el Ministerio de Agricultura y que se editaron en 1952 con el título de «El parcelamiento de la propiedad rústica en España», entre los que destaca la Conclusión tercera.

3. Para una visión amplia de la doctrina y del Derecho extranjero, es muy provechosa la lectura de un trabajo publicado por la Organización de las Naciones Unidas para la Agricultura y la Alimentación, F. A. O. (17), en el que se trata del reagrupamiento de la propiedad. La legislación extranjera es tan pródiga y diversa en medidas de distinta índole sobre estos aspectos, que nos vemos obligados a exponer sólo las más salientes y las más directamente relacionadas con el tema de estas Notas y concretándonos a

(15) *Fundamentos del Derecho Inmobiliario*, Madrid, 1916, págs. 272 y siguientes y la Conclusión 30.

(16) *Contribución de la legislación hipotecaria a nuestro progreso jurídico*, Conferencia pronunciada en el Curso de 1951 del Centro de Estudios Hipotecarios y publicada en dicho año por el Colegio Nacional de Registradores de la Propiedad de España, págs. 81 y ss.

(17) *El reagrupamiento de la propiedad agrícola fragmentada*, Washington-Roma, diciembre de 1950, principalmente págs. 10 a 26. En DIEGO PAZOS, Memoria cit., se encuentran referencias anticuadas al Derecho de otros países en las págs. 60 a 104.

Francia y, sobre todo, a Italia, por ser éstas las que tienen mayor interés por las afinidades que nos unen con dichos países.

En Italia, el Código civil de 1942, en los artículos 846 a 849, ambos inclusive, regula la *minima unità colturale*. Deroga el Código la práctica consuetudinaria de la divisibilidad *ad infinitum* de los predios rústicos y define la unidad mínima cultivable como «la extensión de terreno necesario y suficiente para el trabajo de una familia agrícola y si no se trata de un terreno explotado para ejercer un conveniente cultivo, según las reglas de la buena técnica agrícola». La extensión de esta unidad será determinada por las autoridades administrativas correspondientes. «En las transferencias de propiedad —sigue diciendo dicho Código—, divisiones y adjudicaciones por cualquier título, o en la constitución y transferencia de derechos reales no debe darse lugar a fraccionamientos que no respeten una mínima unidad cultivable». Los actos efectuados contra esta prohibición son anulables solamente y puede solicitar la anulación el Ministerio público, prescribiendo la acción a los tres años de la fecha de la transcripción del acto en el Registro. En el artículo 849 se regula un retracto de colindantes, aplicable, incluso aunque no haya división o transmisión de la parcela (18).

En Francia, la división excesiva de la propiedad rústica, cuya causa se suele atribuir al *Código* napoleónico, ha preocupado al legislador y a partir del 7 de febrero de 1938 se han dictado una serie de leyes reformadoras del citado Código, en especial en lo relativo al régimen sucesorio, con la finalidad de luchar contra la pulverización del suelo cultivable (19).

III.—CONTENIDO

Con el fin de evitar la absurda pulverización de las tierras de cultivo españolas y como complemento indispensable de la Ley de Concentración Parcelaria, se promulgó la de 15 de julio de 1954 so-

(18) V. DOMENICO RUBINO, *Modernas tendencias sobre los límites del derecho de propiedad en Italia*, Revista de Derecho Privado, marzo, 1948, páginas 185 a 209.

(19) V. el estudio un tanto confuso de JEAN MAZEAUD, *El Derecho Privado en Francia durante los años 1936 a 1945*, Revista de Derecho Privado, septiembre, 1946, en especial pág. 689. Y DE JUGLAR, *Droit Rural Spécial*, París, 1950.

bre fijación de unidades mínimas de cultivo, de conformidad con la propuesta elaborada por las Cortes españolas, publicándose en el «Boletín Oficial del Estado» del día siguiente. En la sesión plenaria de las Cortes españolas, celebrada el 14 de julio de 1954, fecha en que se aprobó la L. U. M. C., el Ministro de Agricultura no se refirió a ella en el discurso que pronunció, y el Presidente de la Comisión de Agricultura, señor Lamo de Espinosa, que defendió el dictamen de la Ponencia, la dedicó breves párrafos (20).

Es una ley escueta, demasiado escueta, y clara, que consta de ocho artículos precedidos de un conciso preámbulo. Como quierá que esta importantísima disposición no ha levantado, hasta el momento en que redacto estas líneas, el eco que debía, justifica ello las consideraciones que, modestamente, dedico al planteamiento del problema y al contenido de la citada Ley, cuyos aspectos más interesantes voy a destacar seguidamente.

1. En el artículo 1.º, el legislador dice que la extensión de las unidades mínimas de cultivo «será, en secano, la suficiente para que las labores fundamentales, utilizando los medios normales de producción, puedan llevarse a cabo con un rendimiento satisfactorio, y en

(20) He aquí lo que dijo: «...Ley, sobre el que la Comisión ha emitido también su favorable dictamen y que ahora se somete, asimismo, a vuestra aprobación. Este Proyecto de Ley es el de unidades mínimas de cultivo: Proyecto de extraordinario interés y al que no cabe duda se le hubiese dado importancia bien diferente, de no venir al tiempo de este otro, de regulación de arrendamientos protegidos. La Ley sobre unidades mínimas tiende a dar satisfacción a un clamor unánime de cuantos conocen la realidad de nuestro campo, ya que viene a evitar la división de las parcelas por debajo del índice agrónomicamente conveniente. Para ello se vale de un sencillo expediente, declarando la finca de superficie igual o inferior al mínimo que señala el Ministerio de Agricultura, como cosa indivisible. No puedo, por ahora, extenderme en consideraciones sobre esta Ley que todos los Procuradores conocen y para la cual, en nombre de la Comisión de Agricultura, solicito vuestra aprobación. Con esta Ley se logrará que las parcelas sobre las que ahora accede el colono, mantengan su indivisibilidad, y se evitará el minifundio, mas no la localización inconveniente de dichas parcelas, que en el caso de fincas grandes dadas en pequeños arrendamientos, pueda resultar, como consecuencia de permitir individualmente a los colonos el ejercicio del derecho al acceso. Sin embargo, este aspecto de la cuestión ha de ser considerado en breve plazo por estas Cortes, pues ya en una última referencia de los asuntos tratados a instancia del Ministro de Agricultura por el Consejo de Ministros, se hablaba de un informe sobre un Proyecto de Ley referente a permutas, que, a no dudarlo, ha de permitir la resolución de estos casos, ya que el Ministerio de Agricultura conoce y valora la trascendencia de esta cuestión y ha de clarificar para evitarla».

cuanto al regadío y zonas asimilables al mismo por su régimen de lluvias, el límite mínimo vendrá determinado por el que se señala como superficie del huerto familiar». Hay que elogiar el concepto bastante preciso que da de las unidades mínimas de cultivo —y que está recogido del artículo 3.º de la Ley de Concentración Parcelaria, pero sin establecer el tope máximo de tres hectáreas que la Ley concentradora señala—; no podía el autor de esta norma legal tener en cuenta, como es obvio, la máxima de JAVOLENO, *omnis definitio in jure civili periculosa est*. La determinación de la unidad, por tanto, empírica y adecuada a las circunstancias del lugar; parece ser criterio de los Ingenieros Agrónomos, al menos eso se deduce de las unidades que se van señalando en las zonas a las que hasta ahora se ha aplicado la Ley de Concentración Parcelaria, que la porción mínima indivisible de las fincas debe ser de unas 25 áreas, para el regadío, y de una, y a veces dos hectáreas, en secano; la extensión superficial de los huertos familiares, determinada en su legislación especial (21), oscila en los terrenos de regadío entre cinco y veinte áreas.

2. Es sencillo el modo de determinar las unidades mínimas de cultivo. «El Ministerio de Agricultura —regula el artículo 1.º de la L. U. M. C.—, a propuesta del Servicio de Concentración Parcelaria, y previos los informes de las Jefaturas Agronómicas y de las Cámaras Oficiales Sindicales Agrarias Provinciales, señalará por Decreto aprobado en Consejo de Ministros la extensión de las unidades mínimas de cultivo dentro de cada zona o comarca de la provincia, a los efectos prevenidos en la presente Ley.» Hay que lamentar, porque es fácil que la omisión sea un obstáculo más para la eficaz aplicación de las nuevas normas, que no sea preceptivo el informe de los juristas —Jueces, Notarios, Registradores— de cada partido ju-

(21) El Decreto del Ministerio de Agricultura de 12 de mayo de 1950 (B. O. del Estado de 14 de junio del mismo año), da este concepto del huerto familiar en su artículo 5.º: «Tendrá la consideración de huerto familiar toda pequeña parcela de regadío, próxima a un poblado, en la que una familia campesina pueda obtener, empleando en su cultivo las horas libres de trabajo, productos hortícolas con los que atender a sus necesidades elementales de consumo directo. En las comarcas cuyo clima lo permita, los huertos podrán, excepcionalmente, implantarse en terrenos de secano. La extensión de los huertos estará comprendida entre cinco y veinte áreas; en secano, la equivalencia será oportunamente fijada por el Ministerio de Agricultura.»

dicial y, sobre todo que la determinación de las citadas porciones infraccionables no se haga por Decreto *conjunto* de los Ministerios de Justicia y Agricultura, ya que este procedimiento de buena técnica legislativa, que debiera de ser mucho más empleado en nuestra Administración, unifica, normas, las potencializa y allana estorbos y resistencias:

El señalamiento de las unidades mínimas es un acto administrativo general, empleando la conocida distinción del RANELETTIK es un acto jurídico dimanante de un órgano administrativo en el ejercicio de sus funciones peculiares. Dentro de la terminología clásica, en vías de reelaboración y superación, es un acto discrecional de la Administración; el que, conforme a las nuevas corrientes doctrinales, podría ser impugnado por medio de la correspondiente pretensión procesal ante los órganos de la jurisdicción contencioso-administrativa; en el caso en que no hubiesen concurrido los preceptivos informes técnicos, o no se hubiese fijado la extensión de las unidades por Decreto o éste no se hubiese conformado a la tramitación de tales normas (22). Pero ante el insuperable obstáculo que representa la falta de personas legitimadas activamente —se debiera, por medio de una medida legislativa, legitimar a las Corporaciones y Entidades de las zonas afectadas, ya que el particular, en el momento en que se *individualiza* el acto administrativo no puede reclamar por la vía contencioso-administrativa, porque no hay ya relación directa entre la Administración y él— para impugnar el acto de señalamiento de las unidades, la única garantía del particular está representada por el número 1.º del artículo 7.º de la Ley Orgánica del Poder Judicial, de 15 de septiembre de 1870, que prohíbe a los Jueces, Magistrados y Tribunales, aplicar disposiciones de cualquier clase que sean que estén en desacuerdo con las leyes y el artículo 377 del Código penal de 1944.

Convendría que se unificase, en lo posible, la extensión de las unidades indivisibles. Estas, dice la L. U. M. C., que se señalarán dentro de cada zona o comarca de la provincia; creo oportuno que se

(22) V. GARRIDO FALLA, *La impugnación de resoluciones administrativas de carácter general y la Jurisprudencia del Tribunal Supremo*, Revista de Administración Pública, septiembre-diciembre, 1951, págs. 223 y siguientes; el mismo autor en *El tratamiento jurisprudencial de la discrecionalidad administrativa*, igual Revista, enero-abril, 1954, págs. 143 y siguientes, y J. GONZÁLEZ PÉREZ, *La declaración de fincas mejorables*, en el último número citado de dicha Revista, págs. 207 y ss.

sacrifiquen, en cuanto sea dable, las conveniencias de un cultivo técnico perfecto a la generalización de unas mismas unidades. Así lo exige la necesidad de que se vaya formando, entre nuestros campesinos, una «conciencia jurídica» sobre la indivisibilidad de ciertas fincas y este sentir sólo puede venir de la difusión de unas mismas cabidas mínimas en amplias zonas. Si esta Ley no llega a arraigar en lo más hondo de la conciencia de los labradores españoles, ferozmente individualistas, habrá que augurarla un porvenir poco halagüeño.

3. Esta Ley es aplicable a todo el territorio español, lo mismo al regido por la legislación común que al que lo hace por la foral. La particularidad nace del hecho de que es una norma que está condicionada, en cuanto a su plena efectividad, a que por el Ministerio de Agricultura se señale la extensión de las tan repetidas unidades. Tiene, pues, un ámbito de aplicación territorial peculiar, en el sentido que sólo se referirá a fincas que estén enclavadas dentro de las zonas o comarcas—que cuando sea hacedero se deben de hacer coincidir con las de los partidos judiciales de fuerte arraigo ya en toda la Nación—, a las que ya se las ha señalado la extensión que corresponde a las unidades infraccionables.

Con el fin de que por los Notarios, a los efectos de poder cumplir el artículo quinto de la L. U. M. C., y por todos los interesados en general, sean conocidas las extensiones mínimas, es necesario que éstas sean difundidas periódica y sistematizadamente: anual, o lo más, semestralmente, y con la suficiente antelación de fechas se debiera de publicar en el «Boletín Oficial del Estado» una relación clasificada por provincias y partidos judiciales, en la que se indicase cuál era en cada comarca la cabida de la unidad mínima, desde cuándo estaba vigente y fecha del Decreto en que se fijó.

En la Orden conjunta de los Ministerios de Justicia y Agricultura, de 22 de noviembre de 1954 («B. O. del Estado» del día 24), en las que se dan normas de procedimiento a las que han de ajustarse los expedientes de concentración parcelaria, se hace por primera vez aplicación práctica de la Ley que estudiamos, al decir en su artículo 58, que una vez realizada la concentración parcelaria la división de las fincas de la zona quedará sujeta a los pre-

ceptos de la Ley de Unidades Mínimas de Cultivo. Se determinan en este precepto, por tanto, comarcas que van quedando sujetas a lo dispuesto en la L. U. M. C., y es de esperar que escalonadamente se vayan fijando las unidades para todo el territorio nacional; pero se puede dar el caso de que en algunas regiones, por falta de la ministerial actividad determinadora, no tenga vigencia *concreta* la nueva regulación.

4. La L. U. M. C. no contiene precepto especial para precisar la fecha de su entrada en vigor. No es de momento aplicable lo dispuesto en el artículo 1.º del Código civil, ya que está claro que el legislador implícitamente ha señalado un plazo de *vacatio legis* hasta que se vayan publicando los correspondientes Decretos. Su vigencia está, como decíamos que ocurría en cuanto a su ámbito territorial, condicionada e irá siendo escalonadamente aplicable. Para la delimitación del momento en que comienza su vigencia, que conviene que sea idéntico para el mayor número de regiones, sería muy útil que los pertinentes Decretos lo marcasen claramente y, además, que esta fecha se publicase por el procedimiento que se propugna en el número anterior.

Entendida como norma complementaria del contenido de la circunstancia 1.ª del artículo 9 de la Ley Hipotecaria y de las reglas 2.ª y 4.ª del artículo 51 de su Reglamento, la obligación impuesta en el artículo 5.º de la L. U. M. C. de consignar en toda descripción de finca rústica la medida superficial y la expresión de si el cultivo a que está dedicada es de secano o de regadío, se puede sostener que, en este punto concreto, la Ley que apostillamos entró en vigor conforme a las reglas generales y que este precepto es aplicable a todo el ámbito nacional, criterio que es seguido en algunos Registros de la Propiedad.

5. El acto administrativo señalando la dimensión de las unidades de cultivo está dirigido directamente, hasta el punto que después de fijada se agota la actuación administrativa, a producir efectos en las relaciones jurídico-privadas (23). El artículo 2.º de la Ley nos dice claramente cuáles son las consecuencias jurídicas de

(23) G. TREVES, *Gli atti amministrativi costitutivi di rapporti fra privati*, Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico, IV, 2.º, junio, 1954, págs. 314 y siguientes.

tal acto: Las parcelas de cultivo de extensión igual o inferior a la unidad mínima tendrán la consideración de *cosas indivisibles*. Después de sentado este principio básico, añade: «La división de predios de extensión superior a la de la unidad mínima de cultivo sólo será *válida* cuando no dé origen a parcelas de extensión inferior a la de la expresada unidad y cuando la parcela o parcelas inferiores que, en su caso, resulten de la división se adquieran simultáneamente por propietarios de terrenos colindantes con el fin de unir las a las que ya posean, para formar de este modo una nueva finca que cubra el mínimo de la unidad de cultivo». Además de la excepción al principio de la indivisibilidad que señala aquí la Ley, establece otra en el párrafo 2.º del mismo artículo: «De la unidad mínima podrán segregarse, en todo caso, parcelas sobre las que vaya a efectuarse cualquier género de edificación o construcción permanente», es esta excepción un amplio portillo—quien hace la Ley hace la trampa, diría la picaresca del zurupeto— por donde se va a escapar mucha de la fuerza de la Ley.

El peliagudo problema de la partición de los bienes heredados lo intenta resolver el artículo 4.º de la L. U. M. C., diciendo que «se realizará teniendo en cuenta lo establecido en el artículo segundo de la presente Ley, aun en contra de lo dispuesto por el testador. A falta de voluntad expresa de éste o de convenio entre los herederos, la parcela indivisible será adjudicada por licitación entre los coherederos. Si todos éstos manifestasen su intención de no concurrir a la licitación, se sacará la parcela a pública subasta».

La L. U. M. C. declara la indivisibilidad de determinados predios e invalida, en ciertos casos, su división. ¿Cuál es el efecto jurídico primordial de esta Ley? Es difícil hacer una construcción de las consecuencias jurídicas de ella, que satisfaga a todos. Yo intentaré exponer la interpretación que me parece más ajustada a la *mens legislatoris*, que tiene que ser tendente a dar la mayor eficacia posible a la reciente Ley.

Creemos que la prohibición de dividir se refiere a una división *con disposición* de la parcela dividida. Al cultivo, que es la última razón que ha motivado la L. U. M. C., le es indiferente que una tierra figure tabularmente dividida en varias parcelas si es uno el propietario; mas para evitar que el acto aislado de división implique, como es lo normal, un paso hacia la disposición—y hay que comprender en esta palabra no sólo los actos enajenatorios en su sen-

tido más amplio, sino también el arrendamiento por su vocación a acceder a la propiedad y por su permanencia—; es lógico que prohíba incluso la disgregación por acto aislado destinado a este solo fin. Más arriba ya indicábamos que para esta nueva Ley no tiene ninguna trascendencia, al contrario de lo que acaece, en el engranaje del Registro, la diferenciación entre dividir y segregar; los dos conceptos van incluidos.

Se puede sostener que el despedazamiento de una finca indivisible y la enajenación del trozo resultante es un negocio jurídico inexistente por falta de objeto (art. 1.261¹ del C. c.); sin embargo, creo que lo que hace la L. U. M. C. es establecer una *prohibición legal de dividir y de disponer de lo dividido*, al impedir en determinados casos, la división de las fincas rústicas, ya sea por actos *inter vivos* o *mortis causa*. En la teoría general de las limitaciones del dominio tienen su encuadre las normas que estamos glosando y es limitación de carácter legal y no de tipo institucional (24). Es de aplicación la norma 1.ª del artículo 26 de la Ley Hipotecaria; cierto es que en un examen precipitado de dicho precepto, se puede sacar la impresión que encaja mejor en la norma 2.ª, mas la «resolución administrativa» de que habla la Ley Hipotecaria se refiere, y así lo entiende ROCA SASTRE (25), a las que decreten las Autoridades administrativas en los expedientes que conozcan y a fin de asegurar el resultado de los mismos. No necesita la prohibición que establece la L. U. M. C. de una expresa declaración administrativa para que tenga plena eficacia jurídica, ya que el Decreto fijador de la unidad actúa aquí como norma complementadora.

Lógica consecuencia de lo dicho es el *cierre del Registro* al negocio jurídico correspondiente por ser éste nulo de pleno derecho al infringir el artículo 4.º del Código civil. Aunque parece ser que no se prohíbe en la nueva Ley la segmentación de una finca en arrendamientos de parcelas inferiores a la unidad mínima de cultivo, creemos que estos actos deben ser considerados también como inválidos por las razones que expusimos anteriormente; en contra de esta opinión se pudiera alegar la Resolución de la Dirección General de los Registros, de 27 de enero de 1928, pero como han variado tanto

(24) ROCA SASTRE, *Derecho Hipotecario*, Barcelona; 1954, II, págs. 361 a 397, en especial 371.

(25) Obra y tomo cit., pág. 376.

las normas que regulan los arrendamientos, la doctrina de la citada Resolución ha perdido mucho de su valor.

La fe pública registral no protege al tercer adquirente de la parcela resultante de una división en la que se ha infringido la L. U. M. C. Cuando en el Registro de la Propiedad, en virtud del artículo 5.º de la citada Ley, conste el carácter indivisible de una finca es clarísimo que el artículo 34 de la Ley Hipotecaria—ese precepto al que cada día están dejando más inoperante—no actúa; pero si en los libros registrales no figura la indicación de que la finca no es partible, entendiendo que, dado que la limitación legal del dominio está condicionada a que administrativamente se declare y supuesta la posibilidad de que, hasta cierto punto, se haga firme, después de transcurridos cinco años, la adquisición indebida (artículo 3.º, *in fine*), el tercer adquirente, en el excepcionalísimo supuesto de que consiguiese inscribir su adquisición, debe de estar amparado por la fe pública registral.

6. Para evitar la infracción de lo prevenido en la Ley que exponemos, se establece en ella un nuevo retracto de colindantes a favor de los dueños de las fincas limítrofes con las parcelas que resulten de extensión inferior a la de la unidad mínima de cultivo, los cuales tendrán el derecho de adquirirlas por su justo precio, determinado de común acuerdo, y, en su defecto, por la autoridad judicial. Si varios colindantes manifestasen en igual tiempo su voluntad de ejercitar el derecho que les concede este artículo y no llegasen a un acuerdo, será preferido entre ellos el que fuere dueño de la finca colindante de menor extensión». En el párrafo 2.º del artículo 4.º, se establece que: «Cuando se trate de división motivada por herencia o por donación a favor de herederos forzosos, no podrá el colindante ejercitar el derecho que esta Ley le concede sin hacer previamente una notificación fehaciente acreditativa de dicho propósito. Durante el término de treinta días, siguientes a la notificación, podrán los interesados anular la división practicada o rectificarla, ajustándola a los preceptos de esta Ley. Transcurrido dicho término sin haberlo efectuado, podrá el colindante ejercitar los derechos que le concede el artículo tercero». También se hace una aplicación de este retracto en el párrafo 2.º del artículo 2.º, ya que si se hubiesen segregado parcelas para edificar o construir permanentemente

mente en ellas y transcurre un año sin que se inicien las edificaciones, los colindantes pueden ejercitar el retracto, siempre que la edificación no se hubiese comenzado en el momento de ejercitar la acción.

El derecho de retracto que regula la L. U. M. C. caduca a los cinco años de realizarse la segregación indebida (art. 3.º). Esta caducidad se refiere al derecho que tienen los colindantes de adquirir las parcelas en cuestión. No supone una convalidación del acto que originó la división en parcelas no válidas, ni siquiera una prescripción sanatoria por el transcurso del citado plazo, ya que el negocio es nulo radicalmente o de pleno derecho por haber violado una prescripción o prohibición legal fundada en motivos de orden público. Tal parcela solamente estaría legítimamente adquirida cuando se hubiese consumado la usucapión, y esto no por sanación del negocio jurídico, sino más bien porque en la usucapión hay bastante de adquisición *ex novo*, o cuando, por poder funcionar el artículo 34 de la Ley Hipotecaria, nos hallásemos ante una adquisición *a non domino*; pero hay que tener siempre presente, aun en el supuesto de que se admitiese que la prohibición de dividir a los efectos de protección registral, no funciona como limitación del dominio, que al tercero le afectarían las acciones del retracto legal (art. 37, núm. 3.º, de la Ley Hipotecaria).

A nuestro modo de ver, hubiese sido más eficaz que regular un nuevo retracto, hacer una referencia a los artículos 1.523 a 1.525 del Código civil, modificándolos convenientemente. Opinamos así porque además de la conveniencia de entroncar fuertemente estas nuevas normas con los preceptos básicos—Ley Hipotecaria y Código civil—del derecho de inmueble, nos parece más eficaz que el retrayente tenga que pagar sólo el precio declarado de la enajenación y los gastos, que no el justo precio; esto último convendría únicamente cuando el valor declarado como precio sea mayor que el justo. En estas condiciones nos tememos que muy pocos van a ser los colindantes a los que les interese ejercitar el derecho que les confiere el artículo 3.º.

Tampoco se puede alabar el que esta Ley no haya dado preferencia al retracto que establece sobre el del artículo 16 de la Ley de Arrendamientos Rústicos de 1935. Una traba al feliz resultado de la L. U. M. C. lo representa el artículo 9.º del Decreto de

17 de diciembre de 1954, en el que se dictan normas para la aplicación de la Ley de 15 de julio del mismo año, sobre arrendamientos rústicos, el cual establece que contra el derecho de acceso a la propiedad del arrendatario no prevalecerá ningún retracto, salvo el gentilicio.

7. Tendentes a procurar la eficacia y cumplimiento de la L. U. M. C., son los preceptos del artículo 5.º, que podemos sistematizar así:

1.º En toda descripción de finca rústica se deberá de contener su medida superficial con expresión de si el cultivo a que está dedicada es de secano o de regadío. Esta norma es aplicable, así lo creemos, lo mismo a los documentos públicos que a los privados y dentro de aquéllos por igual manera a los administrativos, notariales y judiciales. Como decimos en el número 4 de este apartado, se puede entender, sin mucho esfuerzo que lo que aquí se ordena es ya aplicable a todo el territorio nacional, sin que se precise para ello de normas complementarias. Hay que elogiar el paso adelante que este precepto supone para identificación de las fincas. De todas maneras, para poder cumplir este mandato de la Ley, siempre nos encontraremos con la dificultad, apuntada al principio, de saber cuándo una finca es rústica o urbana y tampoco es nada fácil de determinar cuándo es de regadío o de secano; es frecuente que los títulos hablen de «riego eventual», «secano con apovechamiento de aguas sobrantes», etc., con lo que surgirán, necesariamente, dificultades que convendría obviar con reglas aclaratorias en las que se tiene que procurar evitar que los interesados para vulnerar la prohibición de dividir, transformen *verbalmente* los secanos en regadíos.

2.º Cuando la superficie de una finca rústica—continúa diciendo el artículo 5.º— sea inferior al doble de la fijada para la unidad mínima de cultivo, salvo en el caso de segregación a que se refiere el artículo 2.º, los Notarios y Registradores de la Propiedad harán constar el carácter de indivisible de la finca. No nos explicamos porqué esta norma se refiere exclusivamente a Notarios y Registradores; creo que la misma obligación deben de tener los Jueces, los funcionarios del Catastro y; en general, todos aquellos que de un modo más o menos público intervienen en actos de contratación o similares, relacionados con tales fincas. Estimo que el

Registrador deberá de hacer constar la indivisibilidad de la finca a continuación de la referencia de cargas de las inscripciones respecto a las que se hayan practicado antes de la vigencia de la reciente ordenación, lo debe de publicar en nota al margen de la última inscripción de dominio y a instancia exclusiva de parte interesada; también en las certificaciones que expida, en los casos concernientes, deberá de expresar que la finca es indivisible.

3.º «La inexactitud en la medida superficial de las fincas inscritas no puede favorecer a la parte que ocasionó la falsedad, ni enervará, por tanto, los derechos establecidos en la Ley, que podrán ejercitarse sin necesidad de anular la inscripción» (art. 5.º, 2.º párrafo). Tampoco aquí encontramos justificación—salvo que, como el Registro es la única institución que puede garantizar el cumplimiento de lo ordenado, se haga la inscripción obligatoria—, a por qué el legislador se ha referido exclusivamente a las fincas inscritas, aunque es claro que este precepto, en buena hermenéutica, es aplicable a todos los supuestos de inexactitud en la medida superficial de las fincas, independientemente de que esta imprecisión esté reflejada en el Registro, en el título público o en documento privado. Conviene recalcar que en lo sucesivo la medida superficial debe de estar rigurosamente ajustada a la realidad, para evitar posibles dificultades y litigios.

8. «Todas las cuestiones judiciales que puedan promoverse sobre los derechos que en esta Ley se conceden, se tramitarán por las reglas de los incidentes ante el Juzgado de Primera Instancia que corresponda, pudiendo interponerse los recursos de apelación ante la Audiencia establecidos para esta clase de juicios» (art. 6.º). Ha hecho bien el legislador, ante la duración y carestía de los tipos ordinarios de juicios que regula nuestra Ley de Enjuiciamiento civil, que es de los Códigos vigentes el que más urgentemente está necesitando una profunda reforma, y la insuficiencia de los artículos 1.618 y siguientes de la misma Ley, en acudir al socorrido procedimiento de los artículos 749 y siguientes del Código Rituario.

No nos parece tan alabable el contenido del artículo 7.º, sin duda tomado del 1.621 de la Ley de Enjuiciamiento, que supone un pequeño escollo al ejercicio del retracto al disponer que «el Juez no

admitirá a trámite la demanda hasta que el colindante afiance el precio de la parcela a satisfacción del juzgador».

9. La L. U. M. C. en su último artículo, el octavo, faculta a los Ministerios de Hacienda, de Justicia y de Agricultura para que, dentro de la esfera que le es propia, y a la que afecta la Ley, puedan dictar las normas reglamentarias para su cumplimiento y efectividad.

Como luego diremos, esta Ley precisa de un amplio desenvolvimiento, incluso en algunas materias con preceptos que tengan la mayor categoría jerárquica dentro de la clasificación de las normas, y de una cuidadosísima elaboración de las disposiciones complementarias. Sería muy ensalzable que esta facultad, que en realidad es un deber que se concede a los tres citados Ministerios, se desarrollase a través de reglas dictadas conjuntamente por ellos.

IV.—CRITICA

1. El fundamento de esta Ley es, como se ha expuesto anteriormente, empleando palabras del preámbulo de la misma, intentar resolver como complementaria de la Ley de Concentración Parcelaria «la gravedad del problema que representa la actual fragmentación y dispersión de la propiedad rústica en muchas comarcas del territorio nacional, por los obstáculos que opone al desarrollo y modernización de su agricultura», «evitar que se continúe produciendo la atomización de la propiedad en las zonas no concentradas, ya que, de no ser así, se extendería y agudizaría un problema en cauce de solución. Es, pues, urgente adoptar una serie de medidas que impidan que la diseminación parcelaria continúe realizándose por bajo de unos límites considerados como inadmisibles, desde el punto de vista técnico» y dar «al carácter de indivisibilidad el realce que corresponde a sus decisivos efectos».

Tanto por su fundamento, como por su necesidad e, incluso, porque por fin se reconoce legalmente que los predios rústicos son, llegados a ciertos límites, indivisibles, sólo los más encendidos elogios y plácemes merece la L. U. M. C. No se puede permitir en una nación primordialmente agraria, cual es la nuestra, y deficitaria en

la mayoría de los productos agrícolas primarios, que dejen de aplicarse regulaciones que implicarán seguras fuentes de aumento de la producción; no debe de ser obstáculo al empleo de la Ley que comentamos, sino incentivo, la espantosa anarquía individualista del campesino español. Todos los encargados de ejecutar la novísima normación deben de poner, en aras del justo y sagrado interés nacional, el mayor entusiasmo en que se cumpla fielmente.

2. ¿Será capaz de funcionar con eficacia el mecanismo jurídico previsto por la L. U. M. C.? Sinceramente creemos que no.

La Ley en cuanto a su formulación y estructura es acreedora, en líneas generales, de crítica favorable y son buenos; pero insuficientes los medios que establece para la consecución del fin que se propone. Da la impresión de estar redactada un tanto precipitadamente, y si por lo que dice es digna de buena opinión, por lo que omite, merece juicio adverso. Por afán constructivo, me creo en la obligación de señalar algunos de los silencios que más eficacia van a restar a la Ley que estamos examinando:

a) *Falta de cláusula derogatoria.*—Es extraño que una Ley que modifica o altera normas del Código civil y que introduce restricciones a la libre facultad dispositiva de los propietarios de fincas rústicas, no contenga un expreso artículo derogatorio de las normas que se ven alteradas por la aparición de la nueva Ley. Ciertamente es que la interpretación dada por la jurisprudencia de nuestro más Alto Tribunal al artículo 5.º del Código civil es la de admitir la derogación tácita, junto con la expresa (S. de 30 de agosto de 1924), y que la doctrina (26) para que haya *voluntas abrogandi* se conforma con que existan los siguientes requisitos: Primero. Igualdad de materias en ambas leyes; Segundo. Identidad de los destinatarios de sus mandatos, y Tercero. Contradicción o incompatibilidad entre los fines de las dos leyes; pero igualmente cierto es que los civilistas a ultranza no dejarán de entender que el Código civil no ha podido ser derogado por esta Ley. Una abolición clara de las normas incompatibles hubiese hecho ganar mucha eficacia y poder a la L. U. M. C.

b) *Carencia de normas para los documentos privados.*—Nos ha-

(26) V. FEDERICO DE CASTRO, *Derecho Civil de España*, Madrid, 1949, t. págs. 629 a 631.

llamos ante el mayor fallo de la Ley. Toda ella está concebida y dirigida para las divisiones de fincas verificadas en escritura pública, con lo que se da un incentivo para que los propietarios que quieran vulnerar la Ley, que serán muchos, acudan al documento privado, absurda patente de corso en nuestro Derecho, en donde encontrarán el campo abonado que les permita facilísimamente infringir todas las prohibiciones legales.

Es una Ley de doble filo. El cumplimiento de la L. U. M. C. sería un paso gigantesco para llevar al regazo del Registro de la Propiedad todas las fincas que aún no han tenido acceso a él, las cuales precisamente están integradas en su mayor parte por muchas de las afectadas por las innovadoras disposiciones; pero, si no se dictan normas que cohiban la alegre contratación privada, ésta acudirá al documento privado—lacra del campo español y saneada fuente de ingresos para irresponsables e indoctos zurupetos—, en donde se encuentra fácil franquía, que consiente hacer los manejos necesarios para transgredir las flamantes prohibiciones de la Ley, con lo que se originaría, si a esto no se le pone coto, una regresión de muchos decenios en la tan necesaria labor de llevar al campo la seguridad jurídica y la movilización económica de su suelo.

El cumplimiento de esta Ley, como el de todas las que constituyen el Derecho Agrario en su más amplia acepción, requiere un sistema registral muy eficaz y de inscripción constitutiva; la finalidad de la institución del Registro ha desbordado ampliamente en todos los países su razón primigenia de dar seguridad jurídica, en el tráfico inmobiliario y de sus otros fines se va destacando el de ser el único instrumento que puede garantizar el eficaz uso de la política legislativa, como medio de realizar la función social y económica de la propiedad inmueble (27). Hasta que se llegue a la ins-

(27) Aunque ya JESÚS GONZÁLEZ las trajo a esta Revista, conviene repetir las nobles y exactas palabras de ALBERTO BALLARÍN en su estudio *El Código civil y la Agricultura*, Revista de Estudios Agro-Sociales, enero-marzo, 1953, pág. 31: «...desde el punto de vista —dice BALLARÍN— jurídico-agrario la institución registral es altamente interesante, hasta el punto de que el ideal para un legislador de la agricultura será siempre el de un Registro de la Propiedad lo más perfecto posible y que, desde luego, refleje íntegramente la realidad jurídica y física del territorio cultivado», y poco después, agrega: «la intervención legislativa en la ordenación de la propiedad rústica ha de tener como base de partida los datos proporcionados por el Registro y como órgano que controle el cumplimiento de las normas imperativas en el futuro al Registrador de la Propiedad»; «estas

cripción constitutiva — cosa que está imperiosamente exigiendo la seguridad jurídica, la necesidad de llevar capitales al campo; tan sediento de ellos como de la lluvia, la eficacia de las normas que plantean un mayor rendimiento y mejor distribución del agro español y la paz jurídica en dicho importante sector—, es preciso y urgente intentar tapar la grave brecha por la que se escapan todos los grandes beneficios que se pueden esperar de las normas destinadas a combatir el fraccionamiento de la propiedad rural.

Ya que la L. U. M. C. no lo ha hecho, las disposiciones complementarias pueden y deben orillar muchos obstáculos. El Ministerio de Hacienda está obligado, a ello creemos que se refiere principalmente la autorización expresa que le hace el artículo 8.º, para dictar normas reglamentarias, a modificar de una vez, redactándolo en sentido opuesto, el artículo 41 del Reglamento del Impuesto de Derechos reales (28), que obliga a exigir el impuesto «prescindiendo de los defectos, tanto de forma como intrínsecos, que puedan afectar a su validez y eficacia», reforma que es realizable por medio de Decreto, ya que la Ley de dicho impuesto no contiene la norma del citado artículo reglamentario. En virtud de éste es preciso liquidar muchas veces documentos que contienen actos nulos de pleno derecho o inexistentes; que en ocasiones bordean y otras incluso caen de lleno dentro del campo del Derecho Penal; esta penosa obligación que se impone a los Liquidadores a los que se les exige una honda preparación jurídica y una recia integridad moral, hay que realizarla siempre con repugnancia de conciencia y no está, siquiera, justificada por la necesidad de no mermar los fondos del Fisco; ya que normalmente los documentos que, por contener negocios jurídicos radicalmente nulos o inexistentes, no debieran de ser liquidados; son de muy escasa cuantía económica —aunque muy fre-

consideraciones, ya esbozadas mucho antes que por nosotros por don JERÓNIMO GONZÁLEZ y, por CAMPUZANO, encuentran hoy plena justificación....».

(28) Cree F. BAS Y RIVAS —*Impuesto de Derechos reales, y sobre transmisiones de bienes*, Madrid, I, pág. 376— que «hasta cierto punto» se comprende que se prescinda del principio mencionado (el de legalidad). Ese «cierto punto», lo jurídico y racional es colocarle en la divisoria entre los actos nulos y los anulables.

Conviene volver al criterio del Reglamento de 14 de enero de 1873, cuyo artículo 72 disponía: «No se exigirá el impuesto por el documento o contrato que adolezca de vicio de nulidad.»

cuentes en las zonas de propiedad excesivamente fraccionada y de ahí la necesidad de la reforma que propugnamos— y fácilmente compensables con algunas medidas de buena política fiscal (29).

Se dirá que la liquidación no convalida el acto; pero le da la fehaciencia del artículo 1.227 del Código civil y, lo que es peor, en las zonas rurales es frecuente que los «tíos Celedonios», no tan dignos de protección como creen algunos, confundan el pago del impuesto con la registración del documento («venimos—suelen decir—a que nos pase por el Registro este documento» y creen que la liquidación le hace inatacable); luego ese mismo documento, les sirve, sin más requisitos, para verificar los cambios de titular en el Catastro con lo que de hecho la transmisión nula desarrolla una vitalidad que aunque estrictamente es altamente perturbadora.

La mera variación, sin embargo, del artículo 41 del Reglamento del Impuesto de Derechos reales, en el sentido que propugnamos, no es totalmente suficiente para evitar la transgresión del principio de indivisibilidad de ciertas fincas. En efecto, por ser la división de ellas en el aspecto documental una *opción netamente del Registró*, en los documentos privados no se suele reflejar—en mis bastantes años de vida profesional nunca he encontrado un documento privado en el que enajenándose una parcela integrante de un predio, venta que es frequentísima, se revele explícitamente y ni siquiera implícitamente la división efectuada—; hay que completar esta medida con las siguientes: 1.ª Establecer la obligatoriedad de que en la Oficina Liquidadora se presente el título en virtud del cual adquirió el transferente. 2.ª Necesaria presentación de una declaración jurada, prestada conjuntamente por transmitente y adquirente, en la que se manifieste que no se infringe lo dispuesto por la L. U. M. C. 3.ª Fijación de la competencia territorial del lugar donde está situada la finca o, si son varias, de

(29) Olvida frecuentemente nuestra legislación las finalidades no fiscales que deben de acompañar a los impuestos; el de Derechos reales, pese a estar redactado principalmente por juristas, no es, ni mucho menos, una excepción. Salvo las escalas progresivas de las herencias, aunque se ha quedado visiblemente raquítico el tope de los cinco millones, el recargo del 5 por 100 que establecen los números 15 y 50 de la Tarifa el del 25 por 100 en los números 36 y 37, y alguna que otra lívida excepción del pago del impuesto, tiene muchas normas criticables, entre ellas las trabas que pone al fomento del crédito hipotecario y a la escritura pública. (Para una valoración en conjunto de las normas impositivas españolas, ver el impresionante estudio de VILLAR PALASÍ, *Observaciones sobre el sistema fiscal español*, Revista de Administración Pública, enero-abril, 1951; págs. 93 y ss.)

donde estén las de mayor valor fiscal, para liquidar el documento privado; y 4.^a Autorización al Liquidador para no admitir los documentos privados si sospecha que encierran una vulneración de esta Ley y para exigir que se aporte toda clase de pruebas que se estimen convenientes.

Con estos procedimientos y alguno similar, como el de prohibir terminantemente que en el Catastro se cambien los nombres de los titulares—no se habla de propietarios, porque en dicha Oficina sólo constan los pagadores de los impuestos—hasta que documentalmente no se justifique que se han pagado los correspondientes impuestos, se evitará que el documento privado esterilice la grande y necesaria reforma acometida por el legislador, a la par que se evitará el peligro de acentuar la cualidad legislativa en el ordenamiento jurídico de los inmuebles, contra el cual nos avisa el gran FEDERICO DE CASTRO (30) al decir: «Otra posibilidad, de cuyos riesgos debe advertir el jurista, es la del establecimiento de una pluralidad de regímenes jurídicos en el campo.»

c) *Ausencia de incentivos fiscales*.—Dado el alto interés que tiene una feliz puesta en vigor de la L. U. M. C. y la dificultad que encierra o puede encerrar su aplicación, debía de haberse establecido una serie de desgravaciones, bonificaciones y recargos en impuestos y contribuciones; muchos de los cuales sólo por Ley pueden implantarse, tendentes a facilitar la instauración de los nuevos métodos. El potente instrumento fiscal tiene que volcarse a su favor. Debe aumentarse, en cuantía estimable, el recargo que grava los documentos privados transmisivos de inmuebles; eximir del pago las adquisiciones que hagan los colindantes en los supuestos de los artículos tercero y cuarto, hay que establecer un fuerte recargo en la Contribución territorial cuando habiéndose practicado las segregaciones que previene el artículo 2.^o en su párrafo 2.^o, haya transcurrido un año sin que se empiece a edificar en las parcelas segregadas, etc.,

V. CONCLUSIONES

Para terminar este superficial examen de la Ley que me ocupa,

(30) *El Derecho Agrario de España. Notas para su estudio*, Anuario de Derecho Civil, abril-junio, 1954, págs. 377 y ss.

quiero condensar las ideas más importantes en las conclusiones que siguen :

1.^a Hace falta que los autores construyan una doctrina general sobre la finca, estableciendo la diferenciación entre rústicas y urbanas y reconociendo el carácter, en determinadas hipótesis, indivisible de las primeras. Es ineludible modificar el Código civil en estas materias, así lo reconoce FEDERICO DE CASTRO (31), para quien «el artículo del Código civil aun aplicable a los predios rústicos es inadecuado a las exigencias del momento».

2.^a La Ley de Unidades Mínimas de Cultivo, de 15 de julio de 1954, da un importante paso en esta dirección y por las ventajas de toda índole que de ella se pueden derivar, debe de exigirse su cumplimiento con el mayor rigor.

3.^a La plena eficacia de ella requiere que todos los actos referentes a inmuebles acudan al Registro de la Propiedad, único organismo capaz de controlar la observancia de sus preceptos sobre la indivisibilidad.

4.^a La L. U. M. C., si no se restringe y regula la eficacia de los documentos privados referentes a fincas rústicas, quedará no solamente incumplida y estrepitosamente fracasada, sino que significará un evidente retroceso en el actual movimiento, lentamente poderoso, de saneamiento jurídico de la propiedad inmueble de nuestra Patria.

5.^a Se necesitan normas complementarias y robustecedoras de la que comentamos, entre ellas las de tipo fiscal, y una sobre permutas forzosas, para evitar la pulverización del suelo español, peligro que se apunta en el número anterior.

6.^a Todos, y muy especialmente los Notarios y los Registradores de la Propiedad —que están obligados a tener presente las nuevas reglas para describir los predios rústicos—, deben de, con el mayor entusiasmo, poner los medios a su alcance para que no sea infructuosa la regulación que hemos glosado.

IGNACIO MARTÍNEZ DE BEDOYA.
Registrador de la Propiedad

(31) Lugar citado en la nota anterior, pág. 388. La misma opinión sustenta A. BALLARÍN, que preconiza en estas materias una reforma global y sistemática en el Código civil y en la legislación especial, *El Código civil y la Agricultura*, Revista de Estudios Agro-Sociales cit., pág. 88.

La escuela del Derecho Libre

Esta escuela nace al plantearse el problema de la interpretación del Derecho, pues una cosa es el dar normas legales, más o menos previsoras y científicas, destinadas a regular una pluralidad de casos, y otra bien distinta es el acomodar el caso concreto y la pluralidad de factores que intervienen en la vida real, en esas categorías lógicas trazadas *a priori* y adoleciendo quizá, en muchos casos, de un excesivo carácter matemático y racionalista.

Esta labor de adaptación de la norma legal al caso concreto corresponde al Juez principalmente; sobre este punto no hay discusión alguna entre los autores. El problema aparece al señalar el modo y medida en que el Juez deba hacer esta adaptación.

Ha sido éste un problema muy debatido, y es porque en él se esconde la solución a otro problema: La admisión de la jurisprudencia como fuente de Derecho, lo cual supone dar entrada a diferentes grupos sociales en el ámbito del poder legislativo, y esto, como vemos, responde a un problema de índole política más que jurídica. No obstante, prescindiendo de las tendencias particulares de cada uno, consideremos el problema objetivamente y desde el aspecto jurídico únicamente.

Para esto vamos a ver someramente las diferentes teorías que opinan sobre este punto, o al menos las más importantes. La doctrina tradicional mantiene la soberanía innegable de la Ley sobre cualquier otra fuente de Derecho y no permite que éste se viole a pretexto de una mayor justicia. Con esto limita enormemente la función judicial, pues la considera un puro silogismo en el cual la premisa mayor sería la Ley, la menor el caso concreto y la conclusión la sentencia. Para esta doctrina el Juez no hace más que aplicar normas de Derecho pero en

ningún caso las crea. Esto tiene indiscutiblemente sus ventajas y muy grandes, tanto que en ningún caso debemos olvidarlas; así da una solidez y fijeza de doctrina que garantiza a las relaciones jurídicas su indispensable seguridad, y como dice GENY: «el intérprete se siente garantido por la dirección inflexible que *parecen* ofrecerle reglas tan categóricas»; GENY señala esta palabra, pues él duda de que en efecto esas reglas lleguen a garantizarle algo.

No entremos en juicio crítico de esta doctrina, sin antes haber estudiado las otras que versan sobre este tema, y haber conocido sus puntos de vista, sus fallos y sus aciertos.

Como exageración quizá de la posición anterior, podemos señalar la escuela exegética francesa, la cual, considerando casi como dogmático el Código de Napoleón, se dedica a hacer un estudio minucioso de cada uno de sus párrafos y de sus palabras; lo comentan sus autores exhaustivamente, sin que haya posibilidad ya de encontrar un sentido, un significado cualquiera que ellos no lo hayan estudiado ya y lo hayan discutido; en este aspecto se destaca mucho PLANIOL, que es un comentarista magnífico del Código civil francés. Esta tendencia llevada a Alemania da lugar a un estudio sistemático del Código, más científico aún que el de los franceses.

Pero como toda exageración trae consigo la reacción, tanto más virulenta cuanto mayor fué aquélla. Por esto surge, además de otras circunstancias, la escuela histórica, que habla del espíritu del pueblo, de la conciencia común, de la exaltación de la costumbre como expresión genuina de ese espíritu o conciencia nacional y que considera la Ley como la cristalización reflexiva de esa conciencia nacional. Para ella el intérprete tiene sólo un valor declarativo de la Ley, sirviendo la jurisprudencia únicamente en el caso de que adopte la forma de ley o costumbre.

La característica de todas estas tendencias es el establecer en un orden axiológico, en primer lugar la Ley; detrás, pero informándole, el Derecho Natural, según unos, o el espíritu del pueblo, según otros, y por último, en algunos casos la costumbre. El Juez saca sus decisiones de uno de estos elementos y en este orden de preferencia, pero nunca de sí mismos.

Ahora bien, cabe preguntarse: ¿Cuál debe ser la función del Juez, de mera aplicación del Derecho o de producción del mismo? ¿Su actividad es creadora de Derecho o es interpretativa y aplicadora del Derecho existente? Si es productiva; ¿qué le diferencia

del legislador? Si es de mera aplicación, ¿cómo integra el progreso jurídico, o es que no interviene en él?

Según como respondamos a cada una de estas preguntas nos afiliaremos a una u otra escuela. Por mi parte me limito a exponer el contenido de esta nueva escuela que se conoce con el nombre del Derecho Libre, sin afiliarme al menos de un modo total a ella.

El movimiento del Derecho Libre apareció a comienzos de siglo acaudillado por KANTOROWICZ, que ataca al derecho creado por el jurista y afirma su fe en el derecho espontáneo e intuitivo que vive en la sociedad y en cada hombre y que es susceptible de encarnarse en un juicio individual; el del Juez; no debemos pensar que esto se refiera a la escuela histórica, por decir que se trata de un derecho espontáneo, nada sería más absurdo que pretender encontrar siquiera una semejanza remota entre ambas doctrinas. En el Derecho Libre se ha buscado un principio informador de las fuentes jurídicas; y como dice ADIECKES: que es el principal factor de la escuela, la única y verdadera fuente del Derecho es la razón subjetiva, sea ésta del Juez o del intérprete. No concibe él la aplicación del Derecho sino puede sacar el individuo libremente el derecho de su propia convicción, o lo que es lo mismo, de esa idea subjetiva que poseemos todos de la Justicia. Para ADIECKES el valor del Derecho positivo es sólo el de un límite del que el Juez no puede pasar; pero en ningún caso hemos de pensar que todo el derecho objetivo es el positivo sino que hay un derecho quizá más importante que el anterior, que viene deducido de la razón y cuyo órgano encargado de la deducción es el Juez.

Pero hemos de pensar una cosa y es que estos autores que escriben estas cosas no son incapaces ni negados, sino al contrario son hombres de mucha ciencia y saber, y cuando hacen una afirmación la hacen teniendo en cuenta razones muy poderosas. Podrá ser que sus conclusiones sean falsas, pero en pocos casos, absurdas; lo que sucede es que el ir pinzando frases de sus obras sin decir porqué ni cómo las han escrito, es injusto. Una falta característica de los autores de ambas tendencias es el presentar la contraria a grandes rasgos, sin señalar las razones positivas que la han inspirado, y luego se dan el gusto de combatirla marcando todos los defectos, de que adolece; con lo cual, al leer la obra de cualquier autor, nos da la sensación de que los representantes de la escuela opuesta son falaces.

Por ello, para no caer en este defecto tan lamentable, voy a exponer la teoría del Derecho Libre vista desde el punto de vista de sus representantes, como con GENY, DUALDE, etc., y luego haremos su crítica tomando en cuenta la opinión de los defensores de la Escuela Tradicional.

GENY, en su obra «Método de interpretación y fuentes en Derecho Privado Positivo», después de señalar las virtudes de la escuela tradicional, y decir que ha tenido muy en cuenta, nos dice que a cambio de estos méritos innegables —que en muchas ocasiones son más aparentes que reales— la escuela tradicional deja a la ciencia del Derecho en una situación muy precaria, ya que está sometida ciegamente a los textos escritos. Esto en el aspecto doctrinal y no digamos nada si entramos en la práctica, en donde el vicio capital es el inmovilizar el Derecho, cerrándolo a toda idea nueva y a toda posible renovación que no venga de manos del legislador.

Con esto el ordenamiento jurídico se queda plasmado y petrificado en el momento de aparecer la Ley, y la vida jurídica que ha de estar indefectiblemente unida a aquél ha de estirar al máximo las sutilezas y ficciones interpretativas para que pueda acomodarse a todas sus variedades, ya que toda cuestión jurídica debe resolverse mediante las soluciones dadas *a priori* por el legislador y nada más que con éstas. Aunque cambie, pues, el horizonte o la vida jurídica, deberá, sin embargo, seguirse rigiendo por aquellas normas inmutables y cabalísticas que parecen el compendio de todo el saber humano. Cuando la discordancia es absoluta, entonces se aumenta un poco más la libertad de interpretación y queda el problema resuelto, bajo la apariencia de permanecer fiel a la Ley; lo que se hace es dar margen al subjetivismo más desordenado. Cuando el legislador no pensó en algo, pues no es posible que piense en todo, entonces se dice que lo que quiso pensar es tal cosa. Pero con todo, esto aún sería un mal a medias si se confesara abierta y llanamente, y se dijera que las deficiencias de la Ley serán suplidas por la labor interpretativa; pero no es así: teóricamente se la niega toda posibilidad y se restringe, como hemos visto, su ámbito de aplicación hasta lo insignificante.

Por otra parte la decisión del Juez, según los elementos que le suministra la Ley, supone necesariamente la concepción de ideas abstractas que se consideran impuestas *a priori*, al intérprete e incluso al legislador mismo. De admitirse estas ideas hay que admitir todas

sus consecuencias; caso contrario habrá que criticar todo el método. Y esto es lo que vamos a hacer.

GENY empieza ahora su crítica, basándose en estos dos puntos: 1.º, exageración del elemento legal en el método jurídico tradicional, y 2.º, abuso de las abstracciones lógicas. En cuanto al primer punto, dice él, que se ha dado un valor de panacea universal al elemento legal pensando que cuanto no ha sido dicho en su texto no es posible que sea mejor ni más justo que lo que allí ha sido dicho. Del segundo punto, ya hablamos anteriormente; baste ahora decir que es muy difícil querer ver la solución de un problema en una norma, mediante la cual se pretendió regular un caso muy distinto del presente.

A continuación el autor nos presenta un bosquejo elaborado por él de un plan de reconstitución del método y de teoría de las fuentes. Sienta como afirmación categórica que la interpretación es soberana de sus decisiones, sin más cortapisas que el mismo fin de su misión y recibiendo sus inspiraciones del gran fondo de justicia y de utilidad social que alimenta la vida toda del Derecho. Reconocemos, sin embargo, que ésta sea una poderosa arma dada a los Jueces, y podrá preguntársenos, ¿es que no arriesgamos nada entregándonos al arbitrio judicial, con todos sus peligros e inconvenientes? E incluso podrá argüirse si no falseamos aquel principio constitucional de la división de poderes, al dar al Juez facultad de innovar en el caso sometido a su conocimiento, interferirá la esfera legislativa.

Discriminemos la contradicción. En cuanto a la segunda, o bien podremos atacar abiertamente ese tan manido concepto constitucional, hoy día tan desacreditado, o bien podemos demostrar que no hay tal usurpación en esta labor que pretendemos encomendarle al Juez ya que ésta, está limitada al caso que se ha sometido a su jurisdicción. Sería una usurpación si permitiésemos al Juez dictar reglas generales para el porvenir; pero en ningún caso hemos dicho que la jurisprudencia de un Tribunal, por alto que sea su rango, vincule a los demás tribunales, ni siquiera a él mismo en sus posteriores Sentencias, pues es perfectamente admisible que un mismo Tribunal, por diversas causas, mude de parecer y con ello de dirección en sus fallos. Ni aun siquiera decimos que una doctrina dudosa haya de consagrarse como legítima por sucesivas Sentencias en su favor, ni que haya de convertirse en norma casi legislativa.

Però en fin, aún admitiendo como más ventajosa la sujeción

a la norma legal, por las razones que hemos dicho antes; sin embargo, en lo que no vemos explicación alguna es por qué, en los casos en que la Ley enmudece, no se pueda admitir que el intérprete busque la solución que necesita en su propia conciencia, pues, aun cuando la Ley sea perfecta, no puede contener todos los mandatos necesarios para regular debidamente toda la vida jurídica; es pues necesario un intermediario, y para esta función, nadie mejor que el Juez.

En cuanto al primer argumento que presentamos como posible objeción contra nuestra teoría, hemos de decir lo siguiente: Confieso que en algunas ocasiones es preferible renunciar a ciertas sutilezas de justicia, con tal de mantener la supremacía de la norma general de un modo fijo y estable, de forma que todos puedan conocerla y aplicarla; pero no podemos admitir el sacrificio de toda idea de adaptación de la Ley al caso concreto en pro de esa igualdad abstracta; sería como pretender obtener la solución de la suerte para evitar la posible arbitrariedad subjetiva. Esto es absurdo; al menos a mi modesto parecer.

Queda ahora un punto muy importante por resolver: ¿en qué proporción es realizable este ideal, y de qué medios disponemos para obtenerla? Para dar una solución satisfactoria a este último punto, he de sentar los siguientes principios: Primero, el intérprete no puede quedar abandonado única y exclusivamente a su propio arbitrio, sino que reconocemos que por encima de él existan otras normas superiores, ya sean de Derecho positivo, ya del consuetudinario o bien de Derecho Natural. Segundo, ni predicamos tampoco que el Juez deba llevarse de un momentáneo impresionismo; sino más bien al contrario, es necesario que indague el hecho lo más objetivamente posible, y después resuelva acomodándose a las necesidades políticas, sociales, económicas y religiosas.

Dejando ya la citada obra de GENY y pasando a la de DUALDE, «Una revolución en la lógica del Derecho», vemos que éste se confiesa partidario de la escuela del Derecho Libre y fiel seguidor de GENY y de EHERLICH que son, como sabemos, sus iniciadores. El éxito de esta escuela ha sido tan enorme en los últimos tiempos, que, como dice RADBRUCH: La escuela del Derecho Libre después de haber llegado rápidamente a la plenitud, tiene que languidecer ahora por falta de adversarios. Esto, según afirma el mismo DUALDE, es una frase gratuita de RADBRUCH, pues el mismo padre de la escuela,

GENY, señala que muchos, al leer su libro, se inclinarán a negar toda originalidad a su nuevo método. Pero lo que sí nos atrevemos a afirmar es que el Derecho Libre será en el porvenir la base de todas las posteriores teorías sobre la interpretación del Derecho, pasando a ser la de la evolución histórica; un matiz de aquélla. Nosotros no pretendemos hacer al Juez un árbitro del Derecho; queremos únicamente que él supla las lagunas del mismo, pero sin convertir todo el campo del Derecho en una laguna por la cual el intérprete pueda navegar a su antojo. Criterio que nos separa de algunos autores, cuando afirman que en el Derecho positivo no hay ni puede haber lagunas, pues todo lo no prohibido es perfectamente lícito, cuya tesis defienden los positivistas como DONATI, para quien cada precepto es una limitación dolorosa de la libertad.

En realidad el Derecho Libre respeta la Ley, más quizá que la escuela tradicional; pero la limita a su esfera propia, sin permitir que se salga de ella por medio de aquellos artificios interpretativos, de los que ya hablamos al principio, y cuando la Ley no llegue, pedimos libertad para el Juez; no obstante el concepto de interpretación continúa siendo el mismo que para la doctrina tradicional, así lo afirma el propio GENY.

Habiendo visto ya los puntos principales de esta escuela, dictados por sus principales representantes, vamos a procurar ahora presentar otros seguidores de la misma tendencia; pero cada uno en una posición cada vez más extremada. En esta gradación vemos por ejemplo a KOHLER, que en su obra «Ueber die Interpretation der Gesetze», estudia la teoría de la interpretación, dando fuerza creativa a la actividad de la jurisprudencia. Y quiere que el Juez cree el Derecho dejándose llevar de la observación de la naturaleza de las cosas, y que construya la Sentencia partiendo, no sólo del principio de justicia, sino también de la Filosofía, Sociología, Religión, etc. EHERLICH, tras la encendida discusión que provocó la escuela del Derecho Libre en la Revista *Nel Congresso* y que terminó con la victoria de aquélla, argumenta: que el Juez, no obstante toda libertad que se le atribuye, es necesario que se le regule, pues de lo contrario adaptaría el Derecho a su propio temperamento. Con esto EHERLICH parece dar un paso atrás en esta dirección; sin embargo, del resto de su obra se ve que no es así y que es más extremado que KOHLER. Lo que sucede es que los mismos autores de la escuela, no están de acuerdo sobre la extensión que deba darse a esta li-

bre creación del Derecho, pues unos admiten tal poder, sólo en los casos en que la Ley enmudezca, es decir, en caso de laguna; otros por el contrario, ensanchan el ámbito de la interpretación lógica, y no faltan quienes creen posible la creación del Derecho por el Juez en todos los casos. EHERLICH, por su parte, continúa diciendo que cuando la Ley no provea, el Juez es libre de buscar el *jus quod est*; y cuando no dice, ¿a qué buscar en ella decisiones que no contiene? La personalidad del Juez, por otra parte, es la mejor garantía de una buena decisión; por tanto, debe ser lícito al Juez ir contra la Ley cuando las circunstancias del caso lo requieran.

La Ley, dice BÜLOW, es sólo un plan por realizar y su plenitud la alcanza en la decisión judicial, que no debe ser únicamente la resolución del silogismo clásico. Esta afirmación de BÜLOW no es original, pues ya GENY había dicho: «las modernas legislaciones, no trazan más que líneas generales correspondiendo la individualización al Juez». Sin embargo, aun cuando vemos que la idea es la misma, lo que BÜLOW pretende al afirmar tal caso, es que los Códigos y Leyes no son más que un derecho en potencia, cuya actualización debe corresponder al intérprete; en cambio la idea de GENY es distinta: él quiere decir que las modernas legislaciones codificadas son categorías en las cuales haya de irse encajando la realidad, y en lugar de irse doblegando la norma a la vida, es al revés: se hace entrar aquella realidad en estos moldes lógicos de aspecto un tanto matemático.

MENGER, desviándose un tanto del fin perseguido por estos autores, intenta encauzar la nueva doctrina por moldes un poco filantrópicos o mejor, socializadores. El título de su obra es de suyo bastante expresivo: «El Derecho civil y los pobres», y en una de sus páginas leemos: «Cuando falte una disposición taxativa de la Ley, el Juez debe inspirar su decisión, mitigando la unilateralidad del Derecho civil. Se ve claramente que a MENGER lo que menos le importa en este punto es si, en efecto, el Juez debe tener o no libertad en sus juicios; lo que él pretende aprovechar la ocasión para hacer política. Como ya advertimos al principio, en este punto ha influido mucho aquélla.»

Pero volviendo a la línea señalada por EHERLICH, encontramos a WURZEL, que apoyando lo dicho por aquél de que el Juez podrá ir contra la Ley cuando las circunstancias del caso lo requieran, nos dice: un caso podrá estar comprendido lógicamente en la Ley; pero

si el legislador cuando legisló no lo tuvo en cuenta, es evidente que no pudo querer regularlo y en consecuencia, aquella norma no se dió para aquel caso, si a esto añadimos aquello de BEKKER, que el legislador es un mito, y que, por tanto, no hay tal voluntad del legislador y que el Juez puede actuar contra su voluntad, puesto que no existe, nos encontramos ya con la destrucción completa de la Ley como norma legal, y con ello el hundimiento de todo el ordenamiento jurídico. Por esto, cuando KANTOROWICZ nos asegura que el Derecho Libre es la resurrección del Derecho Natural, despojado de toda su inflexibilidad y lleno de variabilidad y de correspondencia con la vida real, nos hace pensar si estos autores querrán también darle muerte a éste, como se la han dado a la Ley. Admitimos sí, con KANTOROWICZ, que la inexistencia de lagunas en el ordenamiento positivista es falso; pero nos hace dudar cuando nos dice que la solución sería permitir al Juez que indague y que cree. Pero a esta duda nos contesta, antes de que podamos formularla, ¿porqué hemos de temer que se entronice demasiado el árbitro judicial?, cuando en realidad no se le concede más de lo que ya de hecho se ha tomado. Y es mejor tener para la justa práctica del Derecho una buena teoría que la sirva de fundamento que no una que está en contradicción. »

A continuación vamos a estudiar la reacción que ha surgido en casi toda Europa contra éstas tendencias. Sus mismos autores, viendo sus funestas consecuencias, se han visto obligados a restringir la autonomía judicial; así el mismo BÜLOW recomienda que es sagrado deber del Juez no apartarse de las normas legales. KLEIN dijo que era éste un Derecho antisocial y antipolítico —pues mantiene la idea individualista— sin garantía de ninguna especie, ya que no se puede al Juez exigir responsabilidad alguna; de forma que habrán tantos Derechos cuantos jueces hayan, pues cada uno creará un Derecho a su antojo; pero más duro es aún BRITT en su obra «Die Kunst der Rechtsanwendung», en la cual escribe: ¿No sería mejor diferir a la suerte, la decisión de las controversias, en lugar de confiarla al arbitrio judicial?, así nos ahorraríamos los gastos del procedimiento. Recordemos que este mismo argumento lo usó GENY para defender precisamente esta escuela, en aquella frase: No podemos admitir el sacrificio de toda idea de adaptación de la Ley al caso concreto, en pro de esa igualdad abstracta; sería como pretender obtener la solución de la suerte para evitar toda posible arbitrariedad subjetiva. Es curioso que ambos autores utilicen el mismo símil,

uno para defender el arbitrio judicial y otro para atacarlo. Pero la cosa se debe a que todos los extremos son absurdos, tanto en un sentido como en otro. Y basta, pues, para criticar una teoría, llevarla a sus últimas consecuencias.

Pero volviendo a BRITT, aún leemos en la obra antes citada otras frases de crítica a la escuela del Derecho Libre; y no es que él sea contrario a ella, lo que critica es, como antes hemos dicho, sus exageraciones. Y así escribe que el sentimentalismo y la benevolencia no son ni pueden ser nunca cuentas de Derecho, ni tampoco ciertas consideraciones de tipo sociológico han de ser tenidas en cuenta por el Juez, a no ser que el legislador lo imponga de antemano en el texto de la Ley.

No hay que creer, sin embargo, que todo es malo en esta teoría; lo único es que estos autores quieren sustituir la firmeza del mandato jurídico por el subjetivismo del Juez, creando con ello un estado de peligrosa anarquía e inseguridad. El Juez que por una supuesta equidad intenta mudar la Ley, comete una violación jurídica; la misma que la del criminal que viola una ley penal. Por tanto, la tendencia de emancipar al Juez de la Ley, no es más que una rebelión de éste contra el legislador. Pero no debemos olvidar que no es ni mucho menos imposible llevar a la práctica esta teoría, pues el Código civil suizo, si bien en forma moderada, lo ha preceptuado al reconocer en su artículo primero que cuando para un caso nuevo no se encuentra en la Ley alguna disposición, el Juez debe decidir, sobre todo, según la costumbre, y si ésta falta, según la probada doctrina de la jurisprudencia; y si en ninguna de estas fuentes encontrara la norma para el caso, deberá pronunciar su sentencia según la norma que él como *legislador estableciere*. Por esto, como dice FERRARA, no hay que cerrar la posibilidad de existencia a este ordenamiento jurídico; pues dependerá únicamente del orden constitucional; y en aquellos países donde se dé la división de poderes, no podrá admitirse este sistema, a pesar del intento de GENY para darle solución.

No obstante lo dicho, la escuela del Derecho Libre nos ha traído aportaciones muy importantes, en cuanto al desacreditar el método lógico; nos ha señalado que la decisión debe estar inspirada en las exigencias sociales.

Después de haber visto en qué consiste la teoría del Derecho Libre y haber hecho su crítica, vamos ahora a estudiar algunos aspectos importantes; en primer lugar, la semejanza de esta escuela con

la de la Jurisprudencia de Intereses ; segundo, si se debe admitir o no la Jurisprudencia como fuente de Derecho ; y, por último, ver la innovación que trae el Derecho Libre al campo de la metodología jurídica.

En cuanto al primer punto, hemos de reconocer que hay ciertas semejanzas entre ambas escuelas ; pero no se deben confundir aunque el Derecho Libre en sus postrimerías apenas si se distingue de la Jurisprudencia de Intereses, la cual no tolera el positivismo, ni la violación de las leyes positivas. Diferencia, sin embargo, muy importante es que la Jurisprudencia de Intereses rechaza toda Filosofía, mientras que el Derecho Libre se basa en la Filosofía de la dirección neokantiana del grupo sud-occidental. La primera es empírica ; la segunda no lo es. Para el Derecho Libre, el derecho se produce en razón al fin de aquí que se le haya dado también el nombre de método teológico ; para la Jurisprudencia de Intereses, el Juez está vinculado a la Ley, pero ante la laguna puede apartarse del contenido originario de la Ley y acomodarse a los nuevos ideales de la comunidad ; del mismo modo podrá proceder con respecto a las leyes viejas y que ya no tengan idéntica aplicación. Ahora, bien, hay que tener en cuenta que HERING, el padre de la Jurisprudencia de Intereses, jamás de creación jurídica ; solamente a partir de él se ha hecho frecuente esta frase, pero nunca en sentido puro y simple como pretende el Derecho Libre. No debemos, pues, pensar en el Juez inanimado de MONTESQUIEU ; pero tampoco en el Juez creador de KANTOROWICZ. Ya hemos visto hasta qué punto tienen semejanza estas dos escuelas que muchos han confundido.

BLAS PÉREZ GONZÁLEZ dice, que ante la existencia de las lagunas en la Ley —lo cual es innegable— y desechadas la solución metodológica del positivismo, el método de inversión de la jurisprudencia técnica ; y la libre creación del Derecho, no cabe otro método que el de la Jurisprudencia de Intereses, por ofrecer soluciones perfectamente ajustadas a las que propugna el nuevo Estado y ser más inteligente a la comprensión de la comunidad.

En cuanto al segundo punto a tratar es si se debe o no admitir la jurisprudencia como fuente de Derecho. Sobre esto nada se puede decir *a priori* ; lo mejor es que repasemos la Historia del Derecho y veamos en los países de mejor ordenamiento jurídico la suerte que ha correspondido a la jurisprudencia. En Roma, tuvo una grandísima importancia ; recordemos si no aquella frase del Digesto : *quod praetores*

introduxerunt, adjuvandi, vel supplendi, vel corrigendi juris civilis gratia, propter utilitatem publicam. Con esto queda confirmada la preponderancia que tuvo sobre la Ley la decisión de los Pretores. Más tarde, en tiempos modernos, se dan dos concepciones: una, la continental de tipo racionalista y que considera que el ideal de la Justicia se manifiesta en reglas abstractas a las que el Juez debe someterse; la otra es la concepción inglesa, que se inclina a creer que el Derecho hay que buscarlo en las decisiones de los buenos jueces.

En nuestra época, la ciencia continental, hemos visto que considera capaz a la jurisprudencia, si es necesario, de saltar sobre la Ley, para lograr la justicia o esquivar su aplicación mediante un rodeo ingenioso. ADICKES explica este fenómeno diciendo que la razón es la única fuente del Derecho, pero el medio de que sea razón no dé dictámenes inciertos es creando un órgano para su interpretación. Nuestra legislación, que ha dispuesto en este punto el señor CASTÁN señala que en el artículo sexto de nuestro Código civil es donde se hace la enumeración de las fuentes en el orden jurídico español; sin embargo, lo que este artículo parece querer señalar es más bien una norma práctica para los jueces de orden de aplicación, pero no de jerarquía de fuentes, ya que, como el mismo autor nos dice, los principios generales son los elementos inspiradores, vivificadores, correctivos e incluso derogatorios en ciertos casos de las leyes; y, no obstante, en el artículo sexto, aparecen nombrados en último lugar. De ahí que otros autores hayan buscado el orden de jerarquía en el artículo quinto; pero esta teoría también ha sido combatida, ya que en este artículo no aparecen nombrados para nada los principios generales, y si los ha omitido el legislador, también podemos suponer que ha omitido la jurisprudencia, y como de hecho, tanto en la tradición jurídica española como en la práctica actual de los tribunales, se tiene aquella en muchísima consideración, de aquí que no sepamos ni en efecto actualmente está o no admitida la jurisprudencia como fuente de Derecho, pues en el Código no se ha hecho ninguna enumeración de ella. Esta es la opinión del señor HERNÁNDEZ GIL; nosotros por nuestra parte consideramos con el señor CASTRO que es el artículo quinto quien determina las fuentes del Derecho español actual.

Y respondiendo al tercer punto que nos planteamos, debo responder que la escuela del Derecho Libre afecta también al problema del método, y que todas las direcciones metodológicas son al mismo

tiempo escuelas de jurisprudencia, vg.: la escuela francesa de la exegésis, para la cual la misión de la interpretación y de la ciencia jurídica queda sometida al dogma del Código, buscando en la interpretación únicamente la intención del legislador, y careciendo el intérprete del menor arbitrio, pues la división de poderes del sistema constitucional francés se lo impide. La escuela Histórica, con SAVIGNY al frente, arremete contra la anterior; dice que el Derecho es como el idioma, propio de cada pueblo y de creación espontánea. Hubiera triunfado esta teoría, de no haberse torcido buscando la expresión perfecta del Derecho en el Romano; con lo cual, en lugar de crear un sociologismo jurídico, engendró un normativismo y dogmatismo constructivo.

No quiero concluir este trabajo, sin antes presentar un caso práctico en el cual se hace necesaria la aceptación, en parte, al menos, de las teorías que venimos exponiendo. El ejemplo de disociación entre el derecho y la realidad social nos lo da Cuba. La vida civil está modelada por el Código civil español, que se hizo extensivo a Ultramar por Real decreto de 31 de agosto de 1889. En su Derecho positivo, que es el nuestro también, se da una característica rigidez de las fuentes del Derecho. La norma escrita tiene una primacía absoluta. La costumbre contra Ley está oficialmente negada. Sin embargo, una ley de 31 de marzo de 1903; señala que la anticonstitucionalidad de una ley se recurrirá ante el Tribunal Supremo. Con esto ocupa, al igual que en EE. UU., la jurisprudencia el más alto rango constitucional; pero no como fuente de Derecho, pues será siempre la Ley la primera mientras subsista el actual Código o no se declare su anticonstitucionalidad. Para los cubanos, no obstante, lo que diga la Ley, el orden de prelación de sus fuentes es: 1.º la Constitución. 2.º La Ley. 3.º La costumbre del lugar. 4.º La jurisprudencia; y 5.º Los principios generales del Derecho. Ellos interpretan el artículo sexto en el sentido de que la jurisprudencia no debe inspirarse en sí misma; pero no le resta ningún valor como fuente de Derecho, pues que más que enumeración de fuente es regla para aquélla.

Y veámos por último lo que dice DEGNY: «Credo oportuno, anzi riferire testualmente la parola del grande giurista francese dice: *pur non appartenendo alla scuola del Diritto libero, coincide coi fautori di questio in quanto riconosce, in qualche modo, ella giurisprudenza da forza produttiva di diritto. Dice anzi Planial: sans doute il n'est pas dit, en propre termes que la jurisprudence soit une source inné-*

diante et directe du droit. En fait c'est a dela qu'on est conduit. Constater historiquement les resultats acquis par voie jurisprudentie lle et les faire entrer dans l'enseggnement officiel c'est reconnaître que l'interpretation consacree par les tribunaux devient un element normal du droit du pays.» KĄBTIRIWUCZ, reconoce que en el sistema de organización jurídica francesa la jurisprudencia no puede ser fuente de Derecho, para oponérsele el artículo tercero; pero se muestra convencido de la necesidad de una reforma en este punto del Código civil. DUSSI, incidentalmente, afirma reconocer de buen grado a la Magistratura una virtud creadora de Derecho con la regla de hacer algo nuevo solamente en lo no regulado por la Ley. Por mi parte, dejando a un lado la distinción de poderes de MONTESQUIEUX, donde el Juez es funcionario del poder ejecutivo y no del legislativo, creo que el Juez aplica el Derecho que ha sido señalado y reconocido por el legislador; conforme que en algunos casos esta aplicación sea difícil y compleja, pues la Ley no puede prever todos los casos; pero el Juez debe siempre juzgar el caso que se le presenta, observando la Ley. Y nunca esta función jurisdiccional dejará de ser interpretativa para cambiarse en productiva de Derecho.

RAFAEL CRESPO ROMEU

ERRATA ADVERTIDA

En la página 850 del número de noviembre-diciembre último, de esta Revista, en el artículo de don RAFAEL RAMOS FOLQUES, «La regulación jurídico-registral de la edificación», renglón sexto, se pone la palabra *accesoria*, cuando en realidad es *principal*.

«Ley de 16 de diciembre de 1954 sobre hipoteca mobiliaria y prenda sin desplazamiento de posesión⁽¹⁾»

TITULO QUINTO

DE LOS PROCEDIMIENTOS PARA HACER EFECTIVOS LOS CRÉDITOS GARANTIZADOS

Disposición general

Artículo ochenta y uno.—Sin perjuicio de los procedimientos establecidos en la Ley de Enjuiciamiento Civil, el acreedor podrá hacer efectivo su crédito mediante los que se regulan en la presente Ley.

A los efectos de esta Ley, tercer poseedor es el que adquiera, de conformidad con el artículo cuarto, los bienes hipotecados o pignora- dos, o sea con el consentimiento del acreedor.

CAPITULO PRIMERO

Normas procesales aplicables a la hipoteca mobiliaria

SECCIÓN PRIMERA

Procedimiento judicial sumario

Artículo ochenta y dos.—Será aplicable este procedimiento su- mario siempre que :

(1) Véase el número 320-321 de esta Revista en enero y febrero de 1955.

Primero.—En la escritura de constitución de hipoteca se designe por el deudor un domicilio para la práctica de los requerimientos y notificaciones. Este domicilio no podrá ser cambiado sin consentimiento del acreedor.

En la hipoteca sobre establecimientos mercantiles se tendrá necesariamente por domicilio el local en que estuviere instalado el establecimiento que se hipoteca.

Segundo.—En la misma escritura se hubiere fijado el precio en que las partes tasan los bienes para que sirva de tipo en la subasta.

En la hipoteca sobre establecimientos mercantiles, además del precio total, se expresará, separadamente, el que corresponde al traspaso del establecimiento, así como también el de las existencias y demás bienes que hubieren sido hipotecados.

Artículo ochenta y tres.—Será Juez competente para conocer de este procedimiento, cualquiera que sea la cuantía de la reclamación, el de Primera Instancia al que se hubieren sometido las partes en la escritura de constitución de hipoteca y, en su defecto, el del partido donde estuviere inscrita aquélla. Si fueren varios los bienes hipotecados e inscritos en diversos Registros, será competente el Juez de Primera Instancia del partido de cualquiera de ellos, a elección del demandante.

Artículo ochenta y cuatro.—El procedimiento judicial sumario se ajustará necesariamente a las siguientes reglas:

Primera.—Se iniciará mediante demanda firmada por Letrado y Procurador, que deberá contener:

Primero.—Los hechos y los fundamentos de derecho determinantes de la certeza, subsistencia y exigibilidad del crédito y de la competencia del Juzgado.

Segundo.—La cantidad exacta que, por todos los conceptos, sea objeto de la reclamación.

El acreedor quedará sujeto a indemnizar cuantos daños y perjuicios irrogare al deudor o a otros interesados por malicia en la exposición de los hechos y de las demás circunstancias que ha de apreciar el Juez para sustanciar el procedimiento.

El actor acompañará a la demanda los documentos siguientes:

A) Los que justifiquen la personalidad del actor y de su Procurador.

B) El título o títulos de crédito, con los requisitos que la Ley

de Enjuiciamiento civil exige para despachar la ejecución. Si no pudiera presentarse el título inscrito, deberá acompañarse, con el que se presente, certificación del Registro que acredite la inscripción y la subsistencia de la hipoteca.

C) Acta notarial justificativa de haberse requerido de pago con cinco días de anticipación, cuando menos, al deudor o al hipotecante no deudor o al tercer poseedor, en su caso.

El requerimiento deberá haberse practicado en el domicilio que resulte vigente en el Registro, bien personalmente, si se encontrase en él el deudor, el hipotecante no deudor o el tercer poseedor que haya de ser requerido, bien el pariente más próximo, familiar o dependientes, mayores de catorce años, que se hallaren en la habitación del que hubiere de ser requerido, y si no se encontrare nadie en ella, el portero o el vecino más próximo que fuere habido.

Segunda.—El Juez, si se hubieren cumplido los requisitos anteriores, admitirá la demanda y mandará sustanciar el procedimiento, ordenando que se practiquen los requerimientos cuando no se haya presentado la correspondiente acta notarial. En este caso el requerimiento se acreditará en los autos en la forma dispuesta por la Ley de Enjuiciamiento civil para las notificaciones por cédula.

El Juez reclamará del Registrador, a instancia del demandante, certificación en la que se transcriba literalmente la inscripción de la hipoteca, se relacionen los demás asientos practicados y se exprese que la inscripción se halla vigente y sin cancelar, o, en su caso, la cancelación o modificaciones que aparecieren en el Registro, en el que se hará constar, al margen de la inscripción de hipoteca, la expedición de esta certificación, expresando su fecha y la existencia del procedimiento a que se refiere.

Cuando de la certificación del Registro aparezca algún asiento practicado con posterioridad a la inscripción de la hipoteca, se notificará al titular del mismo la existencia del procedimiento para que pueda, si le conviene, intervenir en la subasta o satisfacer, antes del remate, el importe del crédito, intereses y costas.

En este último caso el acreedor quedará subrogado en los derechos del actor y se hará constar el pago y la subrogación al margen de la inscripción de hipoteca y de la de los demás asientos, mediante presentación en el Registro del acta notarial de entrega de las cantidades satisfechas o del oportuno mandamiento judicial, en su caso.

Si los requisitos legales no se hubieren cumplido ni subsanado las omisiones, el Juez denegará la admisión de la demanda por medio de auto, que será apelable en ambos efectos, previo recurso de reposición.

Tercera.—Transcurridos cinco días desde el requerimiento de pago, el acreedor podrá pedir que se le confiera la posesión interina o administración de los bienes hipotecados. El acreedor percibirá, en tal caso, los frutos, rentas y productos, atendiendo con ellos a los gastos de conservación y explotación de los bienes, y con el remanente, el pago de su propio crédito.

El acreedor a quien se confiera la posesión interina vendrá obligado a realizar los actos necesarios para la conservación de los bienes.

Si los acreedores fueran más de uno, podrá pedir la posesión y administración cualquiera de ellos en beneficio común, y si la pidieran varios, resolverá el Juez a su prudente arbitrio.

La duración de la administración y posesión interina que se conceda al acreedor no podrá exceder de un año, sin perjuicio de lo dispuesto en el párrafo cuarto de la regla séptima. A su término, el actor rendirá cuenta justificada de su administración al Juez que entienda en el procedimiento.

Cuarta.—Cumplido lo dispuesto en las reglas precedentes y transcurridos cinco días del requerimiento de pago, se procederá, a instancia del acreedor, del deudor, del hipotecante o del tercer poseedor, a la subasta de los mismos, la cual será anunciada con diez días de antelación, por lo menos, en el tablón de anuncios del Ayuntamiento en el que se hubieren situado los bienes, y sucintamente en uno de los periódicos diarios de mayor circulación de la localidad o, en su defecto, de la capital de la provincia en que tenga lugar el juicio. Si el importe del principal asegurado excediese de doscientas cincuenta mil pesetas, se anunciará, además, también sucintamente, en el *Boletín Oficial del Estado*.

En los anuncios se expresará en forma concisa: Que los autos y la certificación del Registro, a que se refiere la regla segunda, están de manifiesto en la Secretaría, se describirán los bienes objeto de la subasta, con determinación del lugar en que se encontraron, y se señalará el local, día y hora en que se verificará dicha subasta.

Servirá de tipo para la subasta el pactado en la escritura de constitución de la hipoteca, y no se admitirá postura inferior a dicho tipo.

Quinta.—El acreedor podrá concurrir, como postor, a todas las su-

bastas, sin que necesite consignar cantidad alguna para tomar parte en la licitación. Todos los demás postores, sin excepción, deberán consignar en el Juzgado o en el establecimiento señalado al efecto, el quince por ciento del tipo pactado en la escritura de constitución de la hipoteca.

Sexta.—Si no hubiera postura admisible en la primera subasta, el acreedor podrá pedir, dentro del término de dos días, la adjudicación de los bienes por el tipo de aquélla.

Séptima.—Si el acreedor no hiciere uso del derecho que establece la regla anterior, el Juez, a petición del acreedor, del deudor, del hipotecante no deudor o del tercer poseedor, dispondrá la celebración de una segunda subasta, sin sujeción a tipo, la cual será anunciada en la misma forma establecida en la regla cuarta.

Celebrada esta subasta, si la postura fuere inferior al tipo de la primera, el acreedor que no hubiere sido rematante, el deudor, el hipotecario no deudor, o un tercero autorizado por cualquiera de ellos, podrán mejorar la postura en término de cinco días. Los que así lo pidan deberán consignar el 15 por 100 de la cantidad que sirvió de tipo para la primera subasta, y el Juez, seguidamente, mandará abrir nueva licitación entre los postores, señalando, dentro del tercero día, el en que hayan de comparecer con este objeto, y rematará los bienes a favor del que hiciere la proposición más ventajosa. Si el mejor postor, en vista de la mejora hecha en la nueva licitación, manifestare que renuncia, se prescindirá de la práctica de la diligencia acordada según el párrafo anterior y se hará definitivamente el remate.

Si la segunda subasta quedara desierta por falta de licitadores, podrá reproducirse la subasta tantas veces como lo soliciten el acreedor o el hipotecante. Continuarán los bienes, mientras tanto, en administración si el acreedor hubiera utilizado el derecho que le concede la regla tercera, pero sin que pueda exceder la administración de un año más. En todo caso, antes del año, la fecha de rendición de cuentas será fijada por el Juez a su prudente arbitrio.

Declarada desierta la subasta, el acreedor podrá pedir que le adjudiquen los bienes hipotecados, pero estará obligado a dar carta de pago de la totalidad de su crédito.

Octava.—Aprobado el remate, se le hará saber al adquirente, a fin de que, en el término de dos días, contados desde la notificación, consigne la diferencia entre lo depositado para tomar parte en la subasta

y el total precio de aquél. Si el rematante fuere el propio acreedor, se deducirá de lo consignado la cantidad a que asciende el crédito y los intereses asegurados con la hipoteca, sin perjuicio de que cuando se practique la liquidación de costas se reintegre el acreedor con lo que haya consignado, del importe de las originadas, hasta la cantidad asegurada con la hipoteca.

Si en el plazo fijado no consignase el rematante el complemento del precio, a instancia del acreedor, del deudor, del hipotecante o del tercer poseedor, y sin conceder al postor audiencia ni recurso alguno, se declarará sin efecto el remate y se reproducirá la subasta celebrada. En este caso el depósito constituido por el rematante se destinará en primer término a satisfacer las costas y gastos judiciales causados y los que origine la subasta o subastas posteriores, y el resto, si lo hubiere, al pago del crédito, intereses y costas. Si el mismo acreedor fuera el rematante o adjudicatario y no consignare la diferencia entre el precio del remate o la adjudicación y el importe del crédito y de los intereses asegurados con la hipoteca en el plazo antes indicado, se declarará también sin efecto el remate, pero respondiendo aquél de cuantos gastos haya originado la subasta o subastas posteriores que a instancia de cualquier interesado sea preciso celebrar y no tendrá derecho a percibir intereses de su crédito durante el tiempo que se emplee en verificarlas.

Novena.—El precio del remate se destinará, sin dilación, al pago del crédito del acreedor, y el sobrante se entregará a quien correspondiere, constituyéndose entretanto el depósito en el establecimiento público destinado al efecto.

Décima.—Hecho el remate o la adjudicación y consignado, en su caso, el precio, se dictará de oficio auto aprobándolos y ordenando la cancelación de la hipoteca que garantizaba el crédito del actor, y, en su caso, la de todos los asientos posteriores, despachándose al efecto mandamiento en el que se hará constar: que se hicieron los requerimientos expresados en la regla primera; que el valor de lo vendido fué igual o inferior al importe del crédito garantizado y, en el caso de ser superior, que se consignó el exceso en el establecimiento público destinado al efecto o se entregó a quien tuviera derecho. Todas estas circunstancias se consignarán en el asiento de cancelación.

Si el rematante fuera copropietario o tercer poseedor de los bienes subastados, una vez consignado el importe del remate, el Juez, limitando la adjudicación a las demás participaciones indivisas que se

ejecutan, o sin verificarla y declarando terminado el procedimiento según los casos, dictará auto en el que ordenará las cancelaciones y expedición del mandamiento a que se refiere el párrafo anterior, en el que se harán constar las circunstancias prevenidas en el mismo.

Será título bastante para acreditar el dominio de los bienes el testimonio expedido por el Actuario, con el visto bueno del Juez, comprensivo del referido auto.

También se pondrá en posesión judicial de los bienes al adquirente, si lo solicitase.

Undécima.—Si el precio del remate no alcanza a cubrir el importe del crédito, intereses, costas y gastos de todo género; el acreedor no adjudicatario conservará su derecho contra el deudor por la diferencia.

Artículo ochenta y cinco.—El procedimiento judicial sumario no se suspenderá por muerte del deudor o del hipotecante, ni por la declaración de quiebra o concurso de cualquiera de ellos, ni por incidentes promovidos por los mismos o por otro que se presente como interesado, salvo en los siguientes casos:

Primero.—Que se presentare certificación del Registro acreditativa de estar cancelada la hipoteca o escritura pública de carta de pago o cancelación de aquélla.

Segundo.—Si se acreditare documentalmente la existencia de algún sumario por falsedad del título en cuya virtud se proceda, en el que se haya dictado auto de procesamiento. La suspensión subsistirá hasta que termine la causa criminal o se revoque el auto de procesamiento.

Tercero.—Si se interpusiera demanda de tercería de dominio, acompañando inexcusablemente con ella título de propiedad, anterior a la fecha de la escritura de hipoteca. Si se tratase de bienes susceptibles de inscripción en algún Registro, dicho título habrá de estar inscrito también con fecha anterior a la hipoteca. La suspensión subsistirá hasta el término del juicio de tercería.

Cuarto.—Si se acreditare, con certificación del Registro correspondiente, que los mismos bienes están sujetos a otra hipoteca mobiliaria o afectos a hipoteca inmobiliaria, en virtud del artículo 111 de la Ley Hipotecaria, vigentes o inscritos antes de la que motivare el procedimiento. Estos hechos se pondrán en conocimiento del Juzgado de Instrucción correspondiente; a los efectos prevenidos en el artículo 1.862 del Código civil.

En los dos casos precedentes, si la causa de la suspensión afectare sólo a parte de los bienes comprendidos en la hipoteca inmobiliaria, podrá seguir el procedimiento respecto de los demás, si así lo solicitare el acreedor.

Todas las demás reclamaciones que puedan formular el deudor, el hipotecante o cualquier interesado, incluso las que versen sobre nulidad del título o de las actuaciones, sobre vencimiento, certeza, extinción o cuantía de la deuda, se ventilarán en juicio declarativo, sin producir nunca el efecto de suspender el procedimiento. La competencia para conocer de este juicio declarativo se determinará por las reglas ordinarias.

Al tiempo de formular la reclamación a que se refiere el párrafo precedente o durante el curso del juicio a que diere lugar, podrá solicitarse que se asegure la efectividad de la sentencia que se dicte en el mismo, con retención de todo o de una parte de la cantidad que, por el procedimiento que establece la presente Ley, deba entregarse al acreedor.

El Juez decretará esta retención en vista de los documentos que se presenten si estimase bastantes las razones que se aleguen. Si el que solicitase la retención no tuviere solvencia notoria y suficiente, el Juez deberá exigirle previa y bastante garantía para responder de los intereses de demora y el resarcimiento de cualesquiera otros daños y perjuicios que puedan ocasionarse al acreedor.

Se alzará la retención cuando el acreedor afianzare a satisfacción del Juez la cantidad que estuviere mandado retener a las resultas del juicio declarativo.

Las actuaciones de este procedimiento no serán acumulables entre sí ni a juicio alguno, y todas las apelaciones que se interpongan desde la demanda inicial, únicamente serán admisibles en un solo efecto.

SECCIÓN SEGUNDA

Procedimiento extrajudicial

Artículo ochenta y seis.—Para que sea aplicable el procedimiento extrajudicial será necesario:

Primero.—Que en la escritura de constitución de la hipoteca se

designa por el deudor, o por el hipotecante no deudor; en su caso, un mandatario que le represente, en su día, en la venta de los bienes hipotecados. Este mandatario podrá ser el propio acreedor.

Segundo.—Que asimismo se haga constar lo prevenido en el artículo 82. El tipo de subasta pactado no podrá ser distinto del que se fije, en su caso, para el procedimiento judicial sumario, y su determinación se hará en la misma forma establecida por el citado artículo 82.

Artículo ochenta y siete.—El procedimiento ejecutivo extrajudicial se ajustará necesariamente a las siguientes reglas:

Primera.—Sólo podrá ser seguido ante Notario competente para actuar en el lugar donde radiquen los bienes hipotecados.

Segunda.—Se iniciará por un requerimiento dirigido por el acreedor al Notario, que, previo el cumplimiento de los requisitos de este artículo, proceda a la venta de los bienes en pública subasta.

En el requerimiento hará constar el acreedor la cantidad exacta que sea objeto de la reclamación, por principal e intereses, y la causa del vencimiento, entregando al Notario el título o títulos de su crédito, revestidos de todos los requisitos exigidos por la Ley de Enjuiciamiento civil, para que tengan carácter ejecutivo.

Este requerimiento se hará constar en acta.

Tercera.—A solicitud del acreedor, el Notario requerirá de pago al deudor, y, en su caso, al hipotecante no deudor o al tercer poseedor, con expresión de la causa del vencimiento y de la cantidad total reclamada, y se hará constar que si no se hiciere el pago se procederá a la subasta de los bienes hipotecados, sin necesidad de nuevas notificaciones ni requerimientos.

Los requeridos, dentro de los cinco días siguientes al del requerimiento, deberán pagar o entregar la posesión material de los bienes hipotecados al acreedor o mandatario designado en la escritura de constitución de la hipoteca.

Quando el deudor incumpliere la obligación de entregar la posesión de los bienes, el Notario no seguirá adelante el procedimiento si así lo solicitare el acreedor, quien podrá también, para hacer efectivo su crédito, acudir a cualquiera de los procedimientos judiciales, sin perjuicio de ejercitar las acciones civiles y criminales que le correspondan.

Cuarta.—A instancia del acreedor, a la que se acompañará el re-

querimiento de pago, el Registrador expedirá certificación literal del asiento de la hipoteca, en la que se expresará que se halla subsistente y sin cancelar, o, en su caso, la cancelación o modificaciones que constaren en el Registro y se relacionarán los asientos posteriores.

El Registrador hará constar, al margen de la inscripción de hipoteca, que ha expedido la certificación expresando su fecha, la iniciación del procedimiento y el Notario ante quien se sigue.

Cuando de la certificación del Registro aparezca algún asiento con posterioridad a la inscripción de la hipoteca, se notificará a su titular la existencia del procedimiento para que pueda, si le conviene, intervenir en la subasta o satisfacer antes del remate el importe del crédito, intereses y costas. En este último caso, los acreedores quedarán subrogados en los derechos del actor y se hará constar el pago y la subrogación al margen de la inscripción de la hipoteca en que dichos acreedores se subroguen y de los respectivos asientos, mediante presentación en el Registro del acta notarial de entrega de las cantidades adecuadas o del mandamiento judicial, en su caso.

Quinta.—Transcurridos cinco días desde la práctica del requerimiento, se procederá a la subasta, la cual se anunciará con los requisitos de la regla cuarta del artículo 84, con diez días de anticipación, por lo menos, en el tablón de anuncios del Ayuntamiento en que se hubieren situado los bienes y, sucintamente, en uno de los periódicos, diarios de mayor circulación de la localidad, o, en su defecto, de la capital de la provincia en que tenga lugar el juicio. Si el valor de los bienes fuere superior a doscientas cincuenta mil pesetas, se anunciará, además, también sucintamente, en el *Boletín Oficial del Estado*.

La subasta se celebrará por el tipo fijado en la escritura de constitución de la hipoteca, y no se admitirá postura inferior a dicho tipo.

Sexta.—Si no hubiere posturas admisibles en la primera subasta, podrá celebrarse una segunda, sin sujeción a tipo, la cual será anunciada en la forma que establece la regla quinta.

Séptima.—El acreedor ejecutante podrá concurrir a la subasta como licitador, sin necesidad de consignar cantidad alguna. Todos los demás licitadores deberán depositar, para tomar parte en la subasta, el quince por ciento del precio fijado como tipo para la primera.

Este depósito deberá hacerse en poder del Notario, o a disposición de éste, en el Banco que se determine en los anuncios, en los cuales se expresará también el tiempo en que debe constituirse.

Octava.—Terminada la subasta con adjudicación al mejor postor, depositará éste en poder del Notario, dentro del segundo día, la diferencia entre el depósito previo y el precio de adjudicación; y se devolverá a los demás licitadores el depósito que hubieren constituido. Si el adjudicatario no consignare aquella cantidad, quedará sin efecto la subasta y se destinará la cantidad depositada al pago de los gastos del procedimiento; y el exceso, si lo hubiere, al pago del crédito e intereses.

Cuando el adjudicatario fuere el propio acreedor, deberá consignar la diferencia entre la cantidad reclamada y el precio de la adjudicación, y si no lo hiciere será responsable de los gastos de la subasta celebrada y de las posteriores que fueren necesarias.

Novena.—Si en la primera subasta no hubiere postores, podrá el acreedor pedir la adjudicación de los bienes por el tipo pactado, debiendo hacer la consignación a que se refiere la regla anterior.

Si no los hubiere en la segunda, podrá pedir que se le adjudiquen los bienes en pago de la totalidad de su crédito. En este caso serán de su cuenta los gastos del procedimiento.

Si hiciere uso de este derecho en cualquiera de las dos subastas, se notificará inmediatamente al deudor o al hipotecante de los bienes, en su caso, para que puedan, dentro de los dos días siguientes, mejorar el precio de la adjudicación, consignando la cantidad ofrecida.

Décima.—La cantidad obtenida en la subasta se destinará, una vez satisfechos todos los gastos del procedimiento, al pago del crédito por principal e intereses.

El exceso se entregará, por el Notario, al hipotecante o al tercer poseedor si no existieren otras personas que hubieren trabado embargo sobre ellos o interpuesto reclamación judicial, y si las hubiere, se depositará a su disposición en un establecimiento público destinado al efecto.

Undécima.—La adjudicación de los bienes se hará constar en escritura otorgada por el adjudicatario y el deudor, o el hipotecante no deudor o tercer poseedor, según proceda, o su respectivo causahabiente, y si estos últimos no hubieren comparecido, la otorgará en su nombre el mandatario designado al efecto.

En esta escritura se harán constar los trámites observados, el precio de la adjudicación, su pago por el adjudicatario, el pago hecho al acreedor y el destino dado al exceso, si lo hubiere.

Si el adjudicatario fuere el mismo acreedor y hubiere sido ade-

más nombrado mandatario, podrá otorgar la escritura en este doble concepto, haciéndose constar lo antes dicho.

La escritura de adjudicación será título bastante para acreditar la propiedad de los bienes y para practicar la cancelación de la hipoteca.

Si el rematante fuere copropietario o tercer poseedor de los bienes subastados, una vez consignado el importe del remate, el Notario limitará la adjudicación a las demás participaciones indivisas que se ejecuten, o, sin verificarla, declarará terminado el procedimiento, según los casos. Una copia del acta de la subasta, cuando no exista adjudicación, será título bastante para practicar la cancelación de la hipoteca y de los asientos posteriores, si en ella constare el pago hecho al acreedor y el destino dado al exceso, si lo hubiere.

Duodécima.—Si las dos subastas quedaran desiertas y el acreedor no pidiera la adjudicación, se dará por terminado el procedimiento sin efecto, y quedará expedido el derecho de aquél para ejercitarlo en procedimiento judicial correspondiente.

Si el precio de los bienes rematados fuere insuficiente para pagar el crédito total del acreedor, conservará éste su derecho por la diferencia. Se exceptúa el caso en que se le adjudiquen los bienes en pago de su crédito, por falta de postores en la segunda subasta, en el cual deberá dar carta de pago por la totalidad del crédito y sus intereses.

Décimotercera.—Los trámites del procedimiento, excepción hecha de la escritura de adjudicación de los bienes, se harán constar por diligencias a continuación del acta de iniciación a que se refiere la regla segunda.

Este acta se incorporará al protocolo en la fecha que corresponda a la última diligencia practicada. Otorgada la escritura de adjudicación, se hará constar por nota en dicha acta.

Décimocuarta.—El adjudicatario de los bienes será puesto en posesión de los mismos por la persona que la tuviere, conforme a la regla tercera. Si no le fueren entregados podrá pedir la posesión judicial de los mismos conforme a la Ley de Enjuiciamiento Civil, sin perjuicio de las sanciones civiles o penales que pudiera ejercitar contra quien se hubiere negado injustamente a la entrega.

Artículo ochenta y ocho.—El procedimiento extrajudicial sólo podrá suspenderse por alguna de las causas establecidas en el artículo 85.

Si la reclamación del acreedor y la incoación del procedimiento extrajudicial tuvieran su base en alguna causa que no sea el vencimiento del plazo o la falta de pago de intereses o de cualquiera otra prescripción a que estuviere obligado el deudor; se suspenderá dicho procedimiento siempre que con anterioridad a la subasta se hubiere hecho constar en el Registro la oposición al mismo, formulada en juicio declarativo. A este efecto, el Juez, al mismo tiempo que ordene la anotación preventiva de la demanda, acordará que se notifique al Notario la resolución recaída.

REGLAS ESPECIALES

Artículo ochenta y nueve.—En la hipoteca de establecimientos mercantiles se observarán, además de las reglas establecidas en los artículos 84 y 87, las siguientes:

Primera.—Se notificará por acta notarial al arrendador del inmueble la iniciación del procedimiento.

Segunda.—Las posturas que se hagan en las subastas serán unitarias por la totalidad de los bienes comprendidos en la hipoteca, sin distribuir entre ellos la cantidad ofrecida.

Se entenderá que los solicitantes aceptan todas las obligaciones que al adquirente del local del negocio impone la Ley de Arrendamientos Urbanos.

Tercera.—Hecha la adjudicación al mejor postor, o al acreedor, en su caso, se considerará precio de traspaso del local la parte correspondiente del de adjudicación, según la proporción que exista entre el tipo total fijado en la escritura para el establecimiento mercantil y la parte de él que en la misma se señaló para el traspaso del local. En el acto de la adjudicación se hará constar el importe de la participación del propietario en el precio de traspaso, participación que el Juez o Notario retendrá, y al resto se le dará el destino que proceda.

Cuarta.—Hecho el remate y consignado, en su caso, el precio, se notificará al arrendador o al tercer poseedor de la finca dentro de los ocho días siguientes, haciéndole saber el resultado de la subasta, el precio total de remate, la parte que de él corresponde al traspaso del local, la participación provisionalmente retenida a su

favor en el Juzgado o Notaría, y que tal notificación se efectúa para que pueda ejercitar el derecho de preferente adquisición que le reconoce la Ley de Arrendamientos Urbanos o percibir su participación en el precio del traspaso.

Quinta.—Practicada la notificación se procederá, según los casos, en la siguiente forma:

a) Si el propietario optare por percibir su participación, se le entregará por el Juzgado o Notario, y se dictará auto o se autorizará escritura, adjudicando los bienes a favor del rematante.

b) Si el propietario ejercitare su derecho de preferencia, consignará el importe correspondiente en poder del Juzgado o Notario, para reembolso al adjudicatario. En este supuesto, se adjudicará el local al propietario de la finca y el resto de los bienes al rematante.

Ejercitado el derecho de preferencia, si el precio pagado por el arrendador fuera suficiente para cubrir la cantidad reclamada y los gastos, podrá el adjudicatario, dentro de los tres días siguientes, renunciar a la adjudicación de los restantes bienes, que quedarán para el deudor, devolviéndose a aquél el total que hubiere consignado.

c) Si transcurriera el plazo señalado por la Ley de Arrendamientos Urbanos sin que el propietario de la finca hubiere ejercitado sus derechos, se dictará el auto u otorgará la escritura de adjudicación y se devolverá al adjudicatario la cantidad retenida como participación de aquél en el precio de traspaso. El adjudicatario se atenderá a lo dispuesto en la Ley de Arrendamientos Urbanos.

Artículo noventa.—Cuando la hipoteca hubiere vencido en virtud de la causa séptima del artículo 29 de esta Ley, la transmisión del establecimiento mercantil comprenderá el derecho del arrendatario al volver al inmueble cuando fuere reedificado.

Artículo noventa y uno.—En la hipoteca que recayere sobre un vehículo de motor, el Juez, al admitir la demanda, decretará el secuestro o depósito judicial del vehículo, que se precintará y no podrá ser utilizado, salvo que ello no fuere posible por disposiciones especiales, en cuyo caso se nombrará un interventor. No será de aplicación, en este caso, lo dispuesto en la regla tercera del artículo 84, salvo si el acreedor prestare fianza suficiente:

CAPITULO II

Normas procesales aplicables a la prenda sin desplazamiento

SECCIÓN PRIMERA

Procedimiento judicial sumario

Artículo noventa y dos.—El procedimiento judicial sumario se ajustará a las siguientes reglas:

Primera.—Será Juez competente, en defecto de sumisión expresa, el de Primera Instancia del lugar en que se hallen, estén almacenados o se entiendan depositados los bienes, que se hubieren pignorado.

Segunda.—El procedimiento se iniciará mediante demanda firmada por Letrado y Procurador, en el que se hará constar la certeza, subsistencia y exigibilidad del crédito, la cantidad exacta que por todos los conceptos sea objeto de la reclamación y la persona a quien se haya de nombrar depositaria. Se acompañará el título inscrito del crédito pignoraticio, con los requisitos que la Ley exige para despachar la ejecución.

A estos efectos también tendrá fuerza ejecutiva la póliza firmada por los contratantes y por el mismo Agente o Corredor que la intervenga, con tal que se acompañe certificación en la que éstos acrediten la conformidad de la póliza con los asientos de su libro Registro y la fecha de éstos.

Tercera.—El Juez, si se hubieren cumplido los requisitos anteriores, ordenará, dentro de tercero día, que se requiera de pago al deudor, con apercibimiento de que, si no pagare en el término de otros tres días, se depositarán los bienes pignorados en poder de la persona designada por el actor.

Si se acompañare acta notarial justificativa de haberse efectuado el requerimiento de pago con dicha antelación, el Juez mandará constituir el depósito de los bienes sin necesidad de nuevo requerimiento al deudor.

Cuando no pudieren ser aprehendidos los bienes pignorados, ni

constituirse el depósito de los mismos, no se seguirá adelante el procedimiento.

Cuarta.—Constituído el depósito, se anunciará con diez días, por lo menos, de anticipación la celebración de la subasta.

El anuncio se fijará en los tablones del Juzgado en que se siga el procedimiento y del Ayuntamiento en cuyo término se hallen, estén almacenadas o se entiendan depositados los bienes, y si el importe de lo reclamado excediere de cincuenta mil pesetas, se hará sucintamente en un periódico de la localidad o, en su defecto, de la capital de la provincia en que se siga el juicio.

El anuncio comprenderá relación sucinta y suficiente de los bienes pignorados, sitio donde se hallen, día, hora y lugar en que se celebrará la subasta y tipo para la misma, que será el fijado en la escritura o póliza, y si no se hubiere señalado, el importe total de la reclamación por principal, intereses y costas.

Quinta.—La subasta se celebrará por pujas a la llana, sin necesidad de que los postores consignen cantidad alguna para tomar parte en la licitación. No se admitirán posturas inferiores al tipo fijado en el anuncio.

Adjudicados los bienes al mejor postor, éste entregará en el mismo acto de la subasta el precio del remate, y el Juzgado, a continuación, ordenará que el rematante sea puesto en posesión de los bienes. Si el rematante no pagase el precio, se reanudará la subasta en el acto.

Hecho el pago del crédito del actor y liquidadas las costas, el sobrante del precio del remate se entregará al pignorante, si no existiere persona con mejor derecho, y si la hubiere, se depositará el sobrante hasta que se determine a quién corresponda.

Sexta.—Si no hubiere postor, el acreedor podrá pedir la celebración de segunda subasta sin sujeción a tipo y con iguales formalidades; y si tampoco diera resultado, podrá pedir la adjudicación de los bienes, pero estará obligado a dar carta de pago de la totalidad de su crédito y serán de su cargo las costas judiciales.

Artículo noventa y tres.—El procedimiento judicial sumario no se suspenderá por muerte del deudor o del dueño de los bienes, ni por la declaración de quiebra o concurso de cualquiera de ellos, ni por incidentes promovidos por los mismos o por otro que se presente como interesado, salvo en los siguientes casos:

Primero.—Que se presentare certificación del Registro acredita-

tiva, de estar cancelada la prenda, o escritura pública de carta de pago o cancelación de aquélla.

Segundo.—Si se acreditare documentalmente la existencia de algún sumario por falsedad del título en cuya virtud se proceda en el que se haya dictado auto de procesamiento. La suspensión subsistirá hasta que termine la causa criminal o se revoque dicho auto.

Tercero.—Si se interpusiere demanda de tercería de dominio, fundada en la adquisición de los bienes pignorados en virtud de documento de fecha fehaciente anterior a la inscripción de la prenda.

La suspensión subsistirá hasta el término del juicio de tercería, salvo las especiales medidas que pueda adoptar el Juez si los bienes pignorados fueran de difícil o costosa conservación o de fácil deterioro.

Cuarto.—Si se acreditase, con certificación del Registro correspondiente, que los mismos bienes están sujetos a otra prenda sin desplazamiento o a hipoteca mobiliaria o inmobiliaria, inscritas con anterioridad a la escritura que motivare el procedimiento. Estos hechos se pondrán en conocimiento del Juez de Instrucción correspondiente, a los efectos prevenidos en el artículo 1.862 del Código civil.

En los dos casos precedentes, si la causa de suspensión afectare sólo a la parte de los bienes pignorados, podrá seguir el procedimiento respecto de los demás, si así lo solicitare el acreedor.

Todas las demás reclamaciones que puedan formular el deudor, el dueño de los bienes o cualquier interesado, incluso las que versen sobre nulidad de título; o de las actuaciones, o sobre vencimiento, certeza, extinción o cuantía de la deuda, se ventilarán en juicio declarativo; sin producir nunca el efecto de suspender el procedimiento. La competencia para conocer de este juicio declarativo se determinará por las reglas ordinarias.

Al tiempo de formular la reclamación a que se refiere el párrafo precedente, o durante el curso del juicio a que diere lugar, podrá solicitarse que se asegure la efectividad de la sentencia que se dicte en el mismo, con retención del todo o de una parte de la cantidad que por el procedimiento que establece la presente Ley deba entregarse al actor.

El Juez decretará esta retención en vista de los documentos que se presenten o de las pruebas practicadas, si lo estimase procedente. Si el que solicitare la retención no tuviera solvencia notoria y suficiente, el Juez deberá exigirle previa y bastante garantía para res-

ponder de los intereses de demora y del resarcimiento de cualquier otro daño o perjuicio que puedan ocasionarse al acreedor.

Cuando el acreedor afiance, a satisfacción del Juez, la cantidad que estuviere mandada retener a las resultas del juicio declarativo, se alzar^á la retención.

SECCIÓN SEGUNDA

Procedimiento extrajudicial

Artículo noventa y cuatro.—Para la venta en subasta notarial de los bienes pignorados, el acreedor, por Notario hábil para actuar en el lugar donde se hallen, estén almacenados o se encuentren depositados, requerirá de pago al deudor, expresando la cantidad total reclamada y la causa del vencimiento de la obligación, haciendo constar que, si no se efectuare el pago, se procederá a la subasta de los bienes sin necesidad de nuevas notificaciones ni requerimientos.

El requerido, dentro de los tres días siguientes, deberá pagar o entregar la posesión de los bienes pignorados al acreedor o a la persona que éste haya designado al efecto en el acto del requerimiento.

Cuando el deudor incumpliera la obligación de entregar la posesión de los bienes, el Notario no seguirá adelante su actuación, y el acreedor podrá, para hacer efectivo su crédito, acudir a cualquiera de los procedimientos judiciales, sin perjuicio de ejercitar las acciones civiles y criminales que le correspondan.

Si el deudor no pagare, pero entregare la posesión de los bienes, el Notario procederá a la enajenación de éstos en la forma prevenida en el artículo 1.862 del Código civil.

Artículo noventa y cinco.—Cuando los bienes ejecutados consistan en frutos pendientes o cosechas esperadas, podrán aplazarse las subastas hasta que se haya verificado la recolección de los mismos.

DISPOSICIONES ADICIONALES

Primera.—En los plazos de días señalados en esta Ley se computarán solamente los hábiles.

Segunda.—Las escrituras públicas previstas en la presente Ley podrán inscribirse sin el previo pago de los impuestos de Derechos

reales y Timbre, siempre que el importe de las liquidaciones de los mismos que hubieren de practicarse por todos conceptos sean afianzadas sin restricciones, mediante carta u otro medio escrito, por un Banco Oficial o de la Banca privada inscrita. El Registrador, al practicar así la inscripción, dará cuenta de oficio a la Oficina Liquidadora competente.

Tercera.—En el caso de insuficiencia de los preceptos de esta Ley se aplicarán subsidiariamente los de la legislación hipotecaria en cuanto sean compatibles con la naturaleza de los bienes y con lo prevenido en los artículos anteriores.

Cuarta.—Se autoriza al Gobierno, a propuesta del Ministerio de Justicia, para determinar la fecha de entrada en vigor de esta Ley, lo que habrá de efectuarse dentro del plazo de cuatro meses, a partir del día de su promulgación, y para dictar las disposiciones que estime precisas para su debida ejecución y cumplimiento.

DISPOSICION FINAL DEROGATORIA

Quedan derogados los artículos 1.863 (bis) a 1.873 (bis) del Código civil, la Ley de 5 de diciembre de 1941, el Título primero y las Disposiciones adicionales del Real decreto de 22 de septiembre de 1917 y las demás disposiciones legales que se opongan a la presente Ley, salvo las especialmente aplicables al Servicio Nacional de Crédito Agrícola.»

(B. O. del Estado de 18 de diciembre de 1954.)

Jurisprudencia de la Dirección General de los Registros y del Notariado

REGISTRO MERCANTIL.—¿LA CREACIÓN DE UNA NUEVA SOCIEDAD, POR OTRAS SOCIEDADES, SUPONE FUSIÓN, AUMENTO DE CAPITAL O CAMBIO DE OBJETO?

¿TIENEN ATRIBUCIONES LOS CONSEJOS DE ADMINISTRACIÓN PARA CREAR UNA SOCIEDAD DISTINTA COMO OBJETO AJENO AL SEÑALADO PARA LAS SOCIEDADES FUNDADORAS?

¿ES BASTANTE UNA CERTIFICACIÓN CON EXPRESIÓN GENÉRICA DE HABERSE TOMADO UN ACUERDO, PREVIA CONVOCATORIA Y CON ASISTENCIA DEL NÚMERO DE CONSEJEROS QUE LOS ESTATUTOS EXIGEN, O SE REQUIERE DETERMINAR EL PROCEDIMIENTO SEGUIDO PARA LA REUNIÓN, FORMA DE CONVOCATORIA, NÚMERO DE CONSEJEROS ASISTENTES Y MODO DE COMPUTAR LA MAYORÍA?

¿EL PODER OTORGADO E INSCRITO EN EL AÑO 1935 CON DELEGACIÓN PERMANENTE DE FACULTADES A UN MIEMBRO DEL CONSEJO QUE EN LA ACTUALIDAD FIGURA COMO TAL ES SUFICIENTE, TODA VEZ QUE NO CONSTAN INSCRITOS EN EL REGISTRO LOS NOMBRES DE LOS QUE EN AQUEL ENTONCES ACTUARON COMO PRESIDENTES DEL CONSEJO Y COMO SECRETARIO DEL MISMO?

Resolución de 6 de diciembre de 1954 (B. O. de 19 de enero de 1955).

Don J. G. B., en representación de la «Sociedad Anónima Altos Hornos de Vizcaya»; don L. J. T., a nombre de la «Sociedad Española de Construcciones Babcock & Wilcox, S. A.», con autorización ambos de sus respectivos Consejos de Admón., y don B. M. C., por su propio derecho, otorgaron, con fecha 4 de marzo de 1952, una escritura de constitución de Sociedad, denominada «Bidones y Envases, S. A.», cuyo objeto es la fabricación de envases y recipientes metálicos en cualquiera de sus modalidades y para toda clase de aplicaciones, de cualquier material, excepto tubos y hojalata, pero podía explotar todo otro negocio industrial o mercantil, siempre que así lo decida la Junta general extraordinaria, con domicilio en Bilbao, de duración indefinida, y cuyos Estatutos se insertan en la escritura en la que también se testimonian: a) Una comunicación del Ministerio de Industria y Comercio autorizando a la Sociedad Anónima de Construcciones «Babcock & Wilcox» para trasladar de Sevilla a Sagunto una industria de fabricación de envases metálicos. b) Una parte de los Estatutos por que se rige la Sociedad Altos Hornos, en cuyo artículo segundo se fija «por principal objeto explotar las fábricas de hierro, acero y hojalata de Baracaldo y Sestao, las minas, contratos de suministro de mineral, terrenos, acciones y derechos que se detallan en la escritura, de 29 de abril de 1902, como aportaciones de las Sociedades Altos Hornos y Fábricas de hierro y acero de Bilbao, Sociedad Anónima de Metalurgia y Construcciones Vizcaya y Compañía Anónima Iberia», con facultad «para ampliar sus operaciones industriales y mercantiles y otras empresas análogas, planteando cuantos negocios juzgue convenientes a sus intereses», y entre las facultades del Consejo de Administración se señalan las de «interesarse en otras Sociedades, crear y suprimir sucursales, ejecutar los actos y celebrar los contratos que juzgue necesarios y convenientes para la realización del fin social, con facultades de enajenación y gravamen de inmuebles, cuya determinación de atribuciones es simplemente enunciativa y no limita en manera alguna las amplias facultades que le corresponden para gobernar, dirigir y administrar la Sociedad en todo lo que no esté expresamente reservado a la Junta general de accionistas. c) Un poder de la Sociedad de Construcciones Babcock & Wilcox, otorgado en Bilbao el 5 de noviembre de 1935 ante don Carlos Herrán, por don V. de C. y A., en representación

de dicha Sociedad, con autorización de la Comisión ejecutiva del Consejo de Administración, a favor de los señores don L. J. de T. y don L. M. P., en virtud del acuerdo de la Com. ejecutiva del 3 de octubre de 1935, para «constituir Compañías o Sociedades de todas clases, modificarlas y disolverlas o convenir la fusión con otras», «otorgar cuantos documentos públicos o privados estimen necesarios o convenientes»; en dicho poder se testimonian parcialmente los Estatutos por que se rige la Sociedad, de los que resulta que la misma tiene por objeto «construir con arreglo a los potentes estudios y demás elementos técnicos que la casa Babcock & Wilcox, Limited, emplea para sus construcciones análogas y para su aplicación dentro de la Península Ibérica» y para cumplir su objeto «podrá la Sociedad emplear como prefiera sus fondos, su capital y su crédito, realizar toda clase de actos, empresas y operaciones que directa o indirectamente se relacionen con los extremos indicados», con amplias facultades para enajenar bienes y realizar operaciones financieras, administrativas y mercantiles; entre las facultades del Consejo de Administración fijaron las de «deliberar y tomar acuerdos en nombre de la Sociedad, acordar la compra de propiedades y elementos industriales de todas clases, tanto para la ampliación y modificación de las instalaciones de la Sociedad como para la creación de otras nuevas que convengan al mejor desarrollo de la industria, examinar los contratos y aprobarlos o modificarlos y delegar en todo o en parte sus poderes o atribuciones» cuyo poder fué debidamente inscrito en el Registro Mercantil. En dicha escritura se insertan además: una certificación de la sesión celebrada por el Consejo de Administración de la Sociedad Altos Hornos con fecha 26 de enero de 1951, «previa convocatoria al efecto y con asistencia del número de consejeros que los Estatutos exigen para la validez de los acuerdos», adoptó, entre otros, el siguiente: «El Consejo ratificó expresamente la aprobación prestada por la Comisión delegada en su reunión del día 5 del actual a las negociaciones seguidas con la S. E. de Construcciones Babcock & Wilcox para la instalación de una fábrica de bidones en Sagunto», facultando, entre otros, a don J. G. B. para otorgar en representación de la Sociedad la escritura de constitución de Sociedad con los otros elementos que han de integrarla, con amplias facultades para fijar su denominación, objeto, capital social, aportaciones y demás pactos y condiciones que estimen pertinentes. Y en 22 de junio de 1953, se otorgó por don B. M., por su propio dere-

cho, y por los representantes de las dos Sociedades creadoras, actuando además uno de ellos como Presidente en funciones de la nueva Sociedad «Bidones y Envases, S. A.», una escritura de rectificación de particulares de los Estatutos, en virtud de acuerdo de la Junta general extraordinaria de accionistas, de 26 de mayo de 1953, y entre otros, que no afectan a este recurso, el que se refiere al objeto social ha sido recogido, con su modificación, al señalarlo.

Presentados ambos documentos, con fecha 12 de noviembre último, en el Registro Mercantil de Bilbao, fueron calificados con nota del tenor siguiente: «No se inscribe la escritura de constitución de la Sociedad Anónima «Bidones y Envases» por ser ineficaz dicho título: a) La fusión de sociedades debe ajustarse a lo preceptuado en los artículos 133, 142, 143 y concordantes de la Ley de Sociedades Anónimas. b) El documento calificado significa en otro caso la modificación de los Estatutos de las dos Sociedades Anónimas otorgantes; por suponer dicho documento una ampliación de capital y un cambio de objeto; operaciones realizadas al margen de lo dispuesto en los artículos 84, 85, 86 y concordantes de dicha Ley de Sociedades Anónimas. c) En el supuesto de que por referirse el documento calificado a una Sociedad diferente de las que intervienen en el otorgamiento, no deban aplicarse los conceptos invocados: es ineficaz el título a los efectos del Registro Mercantil, por carecer de atribuciones el Consejo de Administración de las Entidades otorgantes para constituir una Entidad distinta con objeto ajeno al señalado para las Sociedades fundadoras. No procede anotación preventiva, por ser insubsanable el defecto».

Interpuesto recurso por don Celestino María del Arenal, Notario autorizante de las dos escrituras calificadas, la Dirección, con revocación de la nota y acuerdo del Registrador, las declara inscribibles, mediante la doctrina siguiente:

Que la creación de una nueva Sociedad Anónima en ningún caso puede confundirse con el concepto jurídico de fusión, cuya esencial característica, en cualquiera de sus dos modalidades, estriba en la disolución de una o más de las Sociedades fusionadas, ni tampoco implica aumento de capital el mero hecho de aportar las Sociedades fundadoras bienes *in natura* o sumas de dinero procedentes de su patrimonio, concepto jurídico diferenciado del capital, porque todo aumento o reducción de éste obligaría a modificar la cifra del capital

social figurada en los Estatutos, y tal obligación no tiene razón de ser en este caso en que las dos Sociedades fundadoras, en equivalente contraprestación a sus inversiones, reciben los títulos valores suscritos.

Que el Consejo de Administración es el único órgano externo de la Sociedad que dirige, gobierna y representa con extensas facultades, tanto para administrar—en el sentido típico que el Derecho Mercantil atribuye a esta palabra—como para representarla, hasta el punto de que en la nueva ordenación jurídica las limitaciones estatutarias sólo producen efectos internos que se traducen en responsabilidad de los administradores frente a la Sociedad y no perjudican a tercero de buena fe, cuando aquéllas sobrepasan tales límites; y si a mayor abundamiento se tiene en cuenta la amplitud de facultades que en un caso les están conferidas por los Estatutos y en otro por la inscripción registral, hay que inferir que los Consejos de Administración de las Sociedades fundadoras gozan, en principio, de atribuciones suficientes y, por tanto, de la capacidad legal necesaria para realizar y formalizar un contrato de constitución de nueva Sociedad.

Que la única limitación legal, derivada del artículo 76 de la Ley de Sociedades Anónimas, es la de que los Consejos de Administración se desenvuelvan en el área de giro o tráfico de la empresa, es decir, dentro de los fines u objeto fijado estatutariamente a la sociedad, y en el caso cuestionado, por una parte, la Sociedad «Altos Hornos» tiene por principal objeto la explotación de fábricas de hierro, acero y hojalata, minas, etc., pudiendo ampliar sus operaciones a otras empresas análogas, y por otra, la Sociedad «Babcock & Wilcox» tiene por objeto construcciones determinadas específicamente, como calderas de vapor, locomotoras, etc., entre las cuales no parece encajar la de «envases y recipientes metálicos», objeto de la nueva sociedad, siendo preciso, por tanto, examinar si existe en realidad cambio de objeto que impida a los Consejos de Administración gozar de la representación que se arrogan.

Que el objeto o fin de una sociedad constituye su razón de ser y concreta y delimita las atribuciones del órgano representativo, pero no puede calificarse con criterio estrecho que impida a una sociedad, sin tener que modificar sus Estatutos, a través de una nueva sociedad que a tales fines se crea, la explotación de subproductos, materias primas necesarias u otras análogas, relacionadas con sus

finés, todo lo cual no ha de confundirse con la ampliación de operaciones regulada en el artículo 86; y que en el presente caso sigue inalterado el objeto o fin primordial de las sociedades fundadoras, es de pequeña importancia la aportación de cada una en relación con el volumen de capital con que cuentan para sus fines, no aparece perjuicio para los socios al no alterarse sustancialmente las bases del contrato, ni tampoco para los terceros, y que admitida la inversión de fondos sociales en la adquisición de acciones de otra sociedad el resultado sería el mismo, pues por este medio indirecto se pueden crear lazos de dependencia y subordinación de empresas que, por conservar su respectiva personalidad jurídica, el artículo 149 de la Ley de Sociedades Anónimas las exime de requisitos especiales.

Que entre los acuerdos tomados por los Consejos de Administración los hay ordinarios, que sólo requieren, previa convocatoria, la asistencia de la mitad mas uno de sus componentes y el voto de la mayoría, y extraordinarios, que requieren asistencia mayor y el voto favorable de las dos terceras partes de los consejeros, según resulta del artículo 78; acuerdos aquéllos que no producen directamente una inscripción registral, sino que sirven de antecedente para un acto o contrato que pueda provocarla, y éstos otros que la producen de un modo inmediato, y así como en los últimos deben extremarse las garantías, haciéndose constar en la certificación la existencia de una previa convocatoria, número de consejeros que asistieron y el de los votos favorables al acuerdo, parece, en cambio, bastar en los primeros la fórmula genérica empleada, cuya presunción de veracidad debe admitir el Registrador.

Que la Sociedad «Babcock & Wilcox» actúa por medio de uno de sus administradores, inscrito como tal en virtud de un poder también inscrito en el Registro Mercantil, con delegación permanente de facultades, sin que consten inscritos los nombres del presidente que otorgó el poder ni el del secretario que certificó del acuerdo en el mismo inserto, circunstancias innecesarias en la época en que tal poder se inscribió, por no estar comprendido el acto en ninguno de los enumerados en el artículo 112 del Reglamento del Registro Mercantil, y como lo prueba el hecho de haberse inscrito sin tales exigencias, debiendo producir hoy el asiento todos sus efectos, y que sería distinto el caso de que el delegado del Consejo no figurase en la actualidad inscrito como tal administrador, pues debiendo recaer forzosamente esta delegación en uno de los consejeros, el hecho de no per-

tenecer al Consejo supondría la caducidad del mandato, y la sola falta de publicidad registral, defecto subsanable.

* * *

¿Qué Registrador no se ha sentido sobrecogido al encontrar sobre la mesa de su despacho una de esas escrituras de Sociedades en las que para acreditar representaciones y acuerdos se testimonian —de ordinario parcialmente— comunicaciones de Centros oficiales, Estatutos por los que se rigen Compañías representadas, con referencia, a su vez, a escrituras —siempre antañonas— en las que se invocan —¿cómo no?— aportaciones de otras Sociedades, acaso extintas, y se entrecomillan facultades de Consejos de Administración que en fuerza de repetirse soslayan concretamente el punto discutido y van acompañadas siempre con la cautela de «salvo lo que esté expresamente reservado a la Junta general» que, naturalmente, queda en el misterio y con ello definitivamente «tabú» —valga por lo expresivo el vocablo— lo que el Consejo puede o no puede realizar?

Si a esto añadimos alguno que otro poder en que se ha querido condensar para más desconcierto cuanto antecede, pero referido a alguna de las Compañías concurrentes, por tal poder representada desde fecha tan remota que admira la fidelidad de poderdante y mandatario, se comprenderá que nuestro estúpido, casi rayano en grima, suba de punto.

Pues éste es el caso de la Resolución que nos ocupa y por ello, sin quitar una tilde, como no sea alguna ligera variación en puntos y comas, hemos copiado fielmente los hechos, según aparecen en el *Boletín Oficial del Estado*.

Plantea nuestro ilustre Centro la cuestión, conforme a la nota y acuerdo del Registrador, en los cuatro apartados que en forma interrogante hemos figurado de encabezamiento.

Y de ellos, como es fácil cõlegir, son el segundo y el tercero, o sea los referentes a las facultades de los Consejos de Administración de «Altos Hornos» y «Babcock & Wilcox» para llegar hasta constituir Sociedades (¿toda clase de Sociedades?), con la sola expresión genérica de haber tomado los respectivos acuerdos, los que van a centrar nuestra atención.

Ciertamente que la doctrina actual —conforme a lo expresado en el segundo considerando copiado, tercero de la Resolución— admite

que la *regulación* o *limitación* que los Estatutos o la Junta general puedan poner a la amplia función representativa, carecerán de eficacia externa y habrán de desplegar su efecto jurídico internamente por la vía de responsabilidad de los Administradores normalmente. Claro que quedando a salvo las reglas generales sobre la buena fe respecto de terceros.

Para Girón Tena, (*Derecho de Sociedades Anónimas*, pág. 361); esta interpretación proviene de las palabras «en todo caso», que siguen, en el artículo 76 de la Ley de aquéllas, a la indicación del párrafo primero de que la representación se regirá por lo dispuesto en los Estatutos y acuerdos de la Junta general; esas palabras —remarcadas— sólo pueden indicar el carácter ilimitable, frente a terceros, de la representación.

Ahora bien, como dice el Registrador en su informe, la determinación concreta del objeto social es la garantía del pequeño accionista. ¿Y no se dispone —nos permitimos indicar nosotros— un tanto de ese objeto social al crear otra Compañía para la obtención de materias análogas, llámense subproductos o de otra forma, a las fines que ocupan a las Sociedades otorgantes?

Porque la acción —«según va pasando el tiempo desde la constitución de toda sociedad, cifra de «capital» y «patrimonio» se separan hasta llegar el momento de su disolución, en que rara vez coinciden entre sí» (A. Vicente y Gella, *Curso... T. I. núm. 74*)—, la acción, repetimos, de acuerdo con lo expresado y siguiendo a Valeriano de Tena (*Proceso fundacional...*; esta Revista, pág. 688, 1954), más que una cuota parte del capital, es una parte proporcional del patrimonio social, y por ende cuanto signifique disposición de éste implica disposición de aquélla (la acción), que en el caso actual se agrava, por ser para fines u objeto semejante al que esas Sociedades creadoras de otra nueva se dedican, con lo que los derechos económicos y políticos —acaso éstos más— de sus accionistas se vulneran.

Es por lo que, en resumen, este punto de la creación de nuevas Sociedades para fines análogos al objeto social de las creadoras, confiado a los Consejos de Administración en vez de la decisión de la Junta general, al efecto convocada, lo estimamos un tanto peligroso por lo que, de cara o cruz, pueda repercutir en el pequeño accionista.

También por lo que respecta a las atribuciones de los Consejos hemos de señalar que si bien el de la «Babcock» se halla claramente autorizado para «constituir Compañías o Sociedades», no sucede así

con Altos Hornos, en donde sólo se habla de «interesar en otras Sociedades», con omisión del verbo «crear» que emplea a continuación para Sucursales.

Minucias, se dirá. Acaso. Pequeños reparos que en nada pueden afectar como crítica a la decisión de nuestro ilustre Organismo rector, puesto que éste, con acertado criterio sin duda, lo que viene a decir es que no puede impedirse a una Sociedad, *sin tener que modificar sus Estatutos*, que a través de una nueva que a tales fines se crea, explote subproductos, materias primas necesarias u otras análogas, relacionadas con sus fines; lo que nosotros encontramos —quizá un poco suspicaces— posiblemente atentatorio al derecho del accionista tanto por la falta de sentido que tiene —según señala con acierto el Registrador—, fundar una persona jurídica diferente para realizar la finalidad u objeto que las Sociedades fundadoras están cumpliendo, cuanto por lo que el acto pueda simular o entrañar un aumento de capital sin contar con los accionistas, etc. etc. Es por lo que conceptuamos el cometido más propio de una Junta general que de los Consejos de Administración.

GINÉS CÁNOVAS COUTIÑO

Registrador de la Propiedad

La mora no surge cuando el deudor paga la deuda antes de que se le reclame, sino cuando el acreedor reclama la deuda antes de que el deudor pague. La mora no surge cuando el deudor paga la deuda antes de que se le reclame, sino cuando el acreedor reclama la deuda antes de que el deudor pague.

Jurisprudencia del Tribunal Supremo

III.—Obligaciones y Contratos

SENTENCIA DE 19 DE OCTUBRE DE 1954.—*Mora: No surge cuando lo reclamado es mayor que la deuda.*

El interés es la renta que el capital rinde al dueño, y no le corresponde sino desde que ese capital debe estar en su poder y no lo está por voluntad o descuido del deudor; pero éste no queda obligado a pagar desde la interpelación judicial que implica la demanda, si se reclama en aquélla, cantidad que la Sentencia declara después mayor que la deuda; y la mora de ese deudor no surge entonces ni siquiera en cuanto a la parte en que sea más tarde condenado por la sentencia, porque no podía según el párrafo 1.º del artículo 1.169 del Código civil, compeler al acreedor a recibir antes del pleito lo que éste entiende y estimaba entonces sólo una parte de su crédito, y así lo reconocen, entre otras, las Sentencias del Tribunal Supremo de 23 de noviembre de 1917 y 13 de abril de 1931.

SENTENCIA DE 22 DE OCTUBRE DE 1954.—*Las palabras «como señal y a cuenta del precio» no implican pacto de arras penitenciales.*

Existe conformidad entre las partes litigantes acerca de la celebración de un contrato de compra-venta, en el que se entregaron en el acto de la venta cien mil pesetas como señal y a cuenta del precio obligándose a entregar las ciento treinta y un mil restantes el día... etc.

Interpreta la Sentencia recurrida acertadamente los términos del contrato en que se hace constar que la entrega de parte del precio se verifica como señal y a cuenta de la totalidad del mismo, entendiendo que las palabras «como señal» no son suficientes por sí solas para demostrar la intención de los contratantes de establecer arras penitenciales, sancionando el incumplimiento por parte del comprador con la pérdida de la cantidad entregada, ni la entrega de parte del precio se hizo reservándose expresamente la facultad de resolver el contrato mediante allanamiento del comprador a perder dicha cantidad y conformidad del vendedor para devolver lo duplicado si no le convi-

quiera cumplirlo; no infringiendo, por consiguiente, la sentencia de que se recurre el artículo 1.454 del Código civil, al no estimar la petición reconvenicional del vendedor de que se condene al comprador a la pérdida de las cien mil pesetas, entregadas a cuenta del precio, y condenar al vendedor a su devolución por incumplimiento de ambas partes, en aplicación de lo dispuesto en el artículo 1.123 del citado Código, ya que la reciprocidad de prestaciones lleva implícita la condición de que si ambas partes las incumplen, la obligación se resuelve, y si consiste en dar o entregar, debe restituirse lo que hubieran percibido.

IV.—Sucesiones

SENTENCIA DE 20 DE OCTUBRE DE 1954.—*Concepto de la sustitución fideicomisaria condicional.*—*Pendentem conditionem el fideicomisario ningún derecho adquiere ni puede transmitir.*—*Diferencia entre el usufructuario y el fiduciario.*—*Solución de la contradicción existente entre los artículos 759 y 799 del Código civil.*

En el testamento bajo el cual falleció don E. G. H. se establece en términos claros y precisos una sustitución fideicomisaria de carácter condicional en dos tercios de la herencia, al mejorar, por partes iguales, en el tercio en que la Ley le facultaba a hacerlo, a sus seis hijos, entre ellos al padre de las demandantes, E. F. G. H., con la condición de que no podrían enajenar por actos inter vivos los bienes que se le adjudicaran, en dicha mejora, adquiriendo el pleno dominio sus respectivos hijos o descendientes al fallecimiento del correspondiente heredero mejorado, y en caso de que falleciese sin descendientes alguno de sus seis hijos, su parte de mejora se distribuirá, por partes iguales, entre los restantes hijos mejorados o sus descendientes; y legar el remanente del tercio de libre disposición a cinco de sus hijos, imponiendo las mismas condiciones expresadas, respecto a la parte legada a algunos de ellos, entre los cuales se encuentra don E. F. G. H., padre de las demandantes, haciéndose depender, por consiguiente, la situación de las hijas del heredero don E. F. G., en la quinta parte del tercio libre y en la sexta parte del de mejora, de que sobrevivieran al sustituto superviviente, lo que constituye un suceso casual, no de los que necesariamente han de venir, por lo que el nacimiento del derecho a esas porciones de la herencia del testador de las llamadas en primer término a sustituir al fiduciario, depende de una verdadera condición, sin que, mientras estuviera pendiente, pudieran adquirir aquéllas derecho alguno de los bienes adjudicados a su padre, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 1.114 en relación con el 791 del Código civil.

Esto sentado, la sentencia recurrida, al reconocer la existencia de la expresada sustitución fideicomisaria condicional, no infringe el artículo 675 del Código civil, porque interpreta las disposiciones testamentarias con arreglo al sentido literal de sus palabras, suficientemente expresivas

para que no exista duda alguna sobre la voluntad del testador; y al declarar la misma Sentencia que nada adquirieron las fideicomisarias en la herencia del fideicomitente mientras no se cumpliera la condición indispensable para que concurriera tal carácter, no infringe, por no aplicación, el artículo 784, ni aplica indebidamente el 791, ambos del Código civil, porque el primero de dichos artículos sólo es aplicable a las sustituciones fideicomisarias puras, pero, no a las condicionales; en la que, como queda dicho, ningún derecho adquiere ni puede transmitir el instituido bajo condición, mientras ésta no se cumpla, aunque haya sobrevivido al testador, según se desprende del artículo 759 en relación con el 791, aplicables ambos a toda clase de instituciones de herederos y legados condicionales.

Sin dejar de reconocer la analogía existente entre la situación del heredero fiduciario y del usufructuario, en cuanto uno y otro están imposibilitados para enajenar válidamente los bienes que disfrutan, se diferencian sustancialmente ambos conceptos en que en la sustitución fideicomisaria las transmisiones acordadas por el disponente recaen sobre el mismo objeto, con efecto sucesivo, es decir, se llama a una misma cosa al fiduciario y al fideicomisario, de tal modo, que si por cualquier causa no pudiera tener lugar la sustitución, adquiere el fiduciario todos los derechos que habrían de corresponder al instituido, lo cual, no ocurre con el usufructuario, porque el usufructo y la nuda propiedad son cosas diferentes, y se producen simultáneamente, adquiriendo el nudo propietario sus derechos al mismo tiempo que el usufructuario, al que no puede corresponder el dominio aunque al extinguirse el usufructo haya desaparecido el nudo propietario, y si esto es así, y no existiendo ninguna imprecisión en las palabras empleadas por el testador, que permitan sospechar su intención de establecer usufructo a favor de su hijo E. F. dejando la nuda propiedad a los descendientes de éste o a las personas llamadas a sustituirles, sino que de los términos empleados se deduce claramente el establecimiento de una sustitución fideicomisaria, no infringe los preceptos legales citados en el segundo motivo del recurso, la sentencia que no atribuye a los demandantes la nuda propiedad en los bienes dejados por su abuelo desde que tuvo lugar el fallecimiento de éste.

El artículo 799 del Código civil dispone, en efecto, que la condición suspensiva no impide al heredero o legatario adquirir sus respectivos derechos y transmitirlos a sus herederos, aun antes de que la condición se cumpla y para salvar la contradicción que existe con lo dispuesto en el artículo 759 del mismo Código, según el cual, el heredero o legatario que muera antes que la condición se cumpla, aunque sobreviva al testador, no transmite derecho alguno a sus herederos, ha de entenderse que en el primero de dichos artículos no se emplea la palabra condición en su sentido estricto, sino que hace referencia a un término o plazo cuyo vencimiento se determina por el fallecimiento de una persona, que necesariamente ha de acaecer, aunque se ignora cuándo, y cuyo efecto, mientras el vencimiento no llega, es suspender la efectividad de la institución, pero sin impedir la creación de derechos a favor del instituido, transmisibles a

sus herederos, desde el fallecimiento del testador. Mas como quiera que en el caso resuelto por la Sentencia recurrida no se hace depender el nacimiento del derecho de los demandantes, del término o plazo determinado por el hecho del fallecimiento de su padre, sino de la condición de que le sobreviva, resulta aplicable a la situación así condicionada el artículo 759, cuya preferente aplicación al 799 por su conformidad con el 1.114 se haya reconocido por la Sentencia del Tribunal Supremo de 17 de marzo de 1934.

Es de interés la Sentencia que acabamos de resumir porque, aunque reitera doctrina ya contenida en otras respecto de ciertos puntos contravertidos, ahonda e insiste sobre ello y enfrente los comentados artículos 759 y 799 del Código civil, respaldando y consagrando la solución más razonable para resolver su contradictorio contenido. Las cuestiones o problemas de que se ocupa podemos resumirlos así:

A. Calificación o concepto de la sustitución fideicomisaria condicional.

B. «Pendens conditionis» el fideicomisario ningún derecho adquiere ni puede transmitir.

C. Diferencia entre el usufructuario y el fiduciario.

D. Solución de la contradicción existente entre los artículos 759 y 799 del Código civil.

Respecto de la primera cuestión, parece inclinarse la Sentencia por el concepto estricto, es decir, excluyendo de él las sustituciones a término. En las regiones de Derecho Romano, dice Roca, se califican de condicionales los fideicomisos a término incierto aunque la incertidumbre no sea en el *an*, sino en el *quando*, especialmente cuando se trata del día de la muerte de una persona, pues rige el principio «dies incertus quando in testamento conditionem facit». Así resulta que todos los fideicomisos con restitución «post mortem» son condicionales. En el régimen del Código civil la cuestión, actualmente, es dudosa, pues si bien la jurisprudencia ha proclamado reiteradamente que el «dies incertus quando» es término, no obstante, la Sentencia de 17 de marzo de 1934 parece iniciar otra dirección.

La diferencia entre la sustitución fideicomisaria a término y la condicional es importante. Hay la misma diferencia que entre la propiedad temporal o plazo y la propiedad resoluble condicionalmente; y por repercusión, el llamado a entrar después del primer propietario o fiduciario se encuentra en la situación de tener un derecho cierto y desde el primer día a los bienes, en caso de fideicomiso a término, o un derecho condicionado, subordinado a que sobreviva el primer llamado, en caso de fideicomiso condicional. En la sustitución fideicomisaria condicional la sustitución o restitución pesa como una amenaza, posibilidad o contingencia, mientras que en la sustitución fideicomisaria a término actúa con una seguridad o alcance definitivo. La contingencia de que se produzca o no la condición repercute en el volumen de los derechos del fiduciario y del fideicomisario.

Respecto de la segunda cuestión, la señalada con la letra B., la Sentencia resumida sigue el criterio de la mayoría de los tratadistas. Hasta que la condición no se cumpla, el fideicomisario nada adquiere y nada puede transmitir, por tanto. El fideicomisario (según con Roca, «Estudios de Derecho

Privado) tiene un llamamiento sujeto a condición suspensiva, que actúa no sobre los bienes sino sobre su titularidad de heredero. Su titularidad está afectada a condición suspensiva y la premoriencia a su cumplimiento desvanece su derecho. Es el principio de la delación, el que aquí actúa, reproduciéndose, como declara la Resolución de 26 de junio de 1930, al cumplirse la condición, o sea, al deferirse el fideicomiso en los sucesivos casos, en el supuesto de varios fideicomisarios sucesivos. Por tanto, el fideicomisario condicional que muera antes que la condición se cumpla, no adquiere ningún derecho al fideicomiso y, por consiguiente, nada ha podido transmitir a sus herederos o causahabientes (Sentencias de 9 de julio de 1910, 9 de abril de 1928, 13 de marzo de 1942). El artículo 784. no opera, sino el artículo 759.

Respecto a la diferencia entre usufructuario y fiduciario, cuestión que hemos señalado con la letra C, observamos que es corriente considerar al fiduciario como un usufructuario de los bienes del fideicomiso y así lo hacen las Sentencias del Tribunal Supremo de 21 de diciembre de 1892, 12 de octubre de 1895 y 30 de octubre de 1917, dice Castán; y es frecuente, como diríamos nosotros, ver particiones e inscripciones, y más si son antiguas, en las que al fiduciario se le adjudican e inscriben los bienes en usufructo. Sin embargo, esto no es correcto; no es idéntica la situación; como expresa la Sentencia; los derechos no son los mismos. El supuesto de usufructo, dice Traviçsas (Rev. Dro. Privado, tomo XIV, pág. 419), no es supuesto de sustitución fideicomisaria y es objeto de regulación especial en la Ley (art. 787 C. c.). En todo caso, el fiduciario es titular ad tempus de su derecho, porque a su muerte, al menos, habrá de entregar al fideicomisario los bienes que sean objeto de la sustitución, sin que, por tanto, pueda disponer de ellos «mortis causa»; y en la hipótesis de que sea heredero, su posición es especial. Está obligado a entregar (a su muerte o en el momento que determine el testador) la herencia al fideicomisario sin otras deducciones que las que correspondan por gastos legítimos, como podrán ser, verbi-gracia, los causados en defensa judicial de la herencia; por créditos que existiesen contra la herencia y que el fiduciario haya satisfecho y por mejoras en bienes hereditarios (art. 783, ap. 2.º, C. c.).

Conocidas son las distusiones y dudas nacidas del contradictorio contenido de los artículos 759 y 799, de Código civil. El heredero o legatario que muera antes que la condición se cumpla, aunque sobreviva al testador, no transmite derecho alguno a sus herederos, dice el primero; la condición suspensiva no impide al heredero o legatario adquirir sus respectivos derechos y transmitirlos a sus herederos, aun antes de que se verifique su cumplimiento, dice el segundo.

Sabiendo es que la mayoría de los autores tenían la contradicción por insoluble y se inclinaban por la prevalencia del artículo 759, el de «la buena doctrina», en frase de Castán. Sin embargo, Pérez y Alguer afirma (tomo I, 2.º, pág. 352) que para una consideración más profunda, la solución es precisamente la contraria, porque si bien es cierto que mientras penda la condición no se tiene un derecho perfecto, no lo es menos que se adquiere

inmediatamente un derecho de expectativa, que nada puede frustrar, sino el incumplimiento de la condición, y que este derecho de expectativa con la limitación de su carácter eventual, se transmite por el instituido a sus herederos, como formando parte del patrimonio de aquél; siempre, claro está, que la muerte del instituido no influya ya por su naturaleza o ya por la presumible intención del testador, sobre el cumplimiento de la condición haciéndolo imposible, pero esto sería una cuestión conexa al carácter especial de la condición en el caso concreto, pero no una cuestión de principio. Como queda indicado, este criterio no era compartido por la Jurisprudencia.

La Sentencia que nos ocupa insiste en la «buena doctrina» y hace la importante declaración de salvar la antinomia tan estudiada, asignándole a la palabra «condición» del artículo 799 el significado de «términos».

Para terminar, recordemos, como hace Pérez y Alguar, la consecuente declaración de la Resolución de la Dirección General de los Registros, de 12 de enero de 1944: «Por encima de los términos técnicos, en que se trata de encerrar las consecuencias ordinarias de la institución, se haya la voluntad del testador que puede conceder a los hijos o herederos del llamado bajo condición suspensiva el puesto que a su padre hubiera correspondido de la misma suerte que puede negar a los herederos del fideicomisario la facultad de suceder en los bienes gravadas que les atribuye el último apartado del artículo 784 del Código civil.

PROCESAL

II.—Jurisdicción contenciosa

SENTENCIA DE 22 DE OCTUBRE DE 1954.—*La imposición de costas queda al arbitrio del juzgador, salvo los casos en que su imposición es preceptiva.*

La imposición de costas procesales fuera de los casos en que es preceptiva, se rige por el principio del arbitrio del juzgador, a quien corresponde apreciar la existencia de temeridad o mala fe, para imponer a un litigante las causadas a instancia del contrario; y no es impugnabile en casación el uso que hagan los Tribunales de su prudente arbitrio en esta materia.

SENTENCIA DE 11 DE NOVIEMBRE DE 1954.—*Prueba de presunciones.*

Si bien es cierto que la prueba de presunciones tiene una singular importancia en los casos de simulación en que se trata de comprobar hechos que han querido ocultar los aparentemente contratantes, ya en su totalidad o disimulando el contrato realmente querido, olvida el recurrente que el artículo 1.249 textualmente expresa que las presunciones no son admisibles

sino cuando el hecho de que han de deducirse esté completamente acreditado, y que puesto este artículo en relación con el 1.253, permite afirmar que para establecer una presunción se requiere la coexistencia de dos requisitos fundamentales: uno, la realidad completamente acreditada de un hecho; y otro, que entre este hecho y el que se trata de deducir medie un enlace directo y preciso, según las reglas del criterio humano, y que la Sentencia recurrida, tanto en sus razonamientos como al aceptar los del Juzgado de Primera Instancia, examina detenidamente la prueba practicada y estima y afirma que no existe demostrado ese hecho del que había de deducirse la simulación pretendida por el actor, y en su consecuencia, es claro que falta el primero de los indicados requisitos que harían aceptable esa presunción; sin que puedan admitirse los razonamientos del recurrente con los cuales pretende hacer supuesto de la cuestión debatida y anteponer su criterio al de la Sala sentenciadora sin alegar siquiera que en la valoración de la prueba analizada se haya infringido ninguna de las normas que la fijan, lo que debió hacer, toda vez que la Sentencia no admite que el hecho esté demostrado apoyándose en esa prueba.

BARTOLOMÉ MENCHÉN BENÍTEZ

Registrador de la Propiedad.

Jurisprudencia sobre el Impuesto de Derechos reales

*Resolución del Tribunal Económico - Administrativo Central de
7 de noviembre de 1952.*

VIVIENDAS PROTEGIDAS.—CADUCIDAD DEL DERECHO A LA BONIFICACIÓN FISCAL.

Vendido un solar en 17 de diciembre de 1949 con la expresa manifestación de que se destinaba a la edificación de viviendas protegidas con arreglo al Decreto - ley de 19 de noviembre de 1948, se pagó el impuesto con bonificación del 90 por 100 y se expresó en la nota de liquidación que ésta tenía el carácter de provisional y que el contribuyente debería presentar nuevamente el documento con la calificación provisional de bonificable, expedida por la Junta Nacional del Páreo, o bien certificación de tener el proyecto presentado y pendiente de aprobación.

Al no ser presentado dicho documento oportunamente, fué requerido al efecto el interesado y lo presentó, junto con una certificación de dicha Junta acreditativa de existir un expediente sobre el caso, en solicitud de los beneficios del aludido Decreto de 1948 y pendiente de calificación provisional bonificable. En consecuencia, fué girada liquidación al 6 por 100 sobre el 90 por 100 del valor del inmueble no sometido inicialmente al impuesto.

El contribuyente alegó al recurrir que el antedicho Decreto-ley no habla de plazo alguno para evitar la caducidad del derecho a

bonificación, sin que exista disposición posterior al mismo que lo imponga.

Tanto el Tribunal Provincial como el Central deniegan el recurso, fundados en que si bien el citado Decreto-ley deroga la Ley de 25 de noviembre de 1944 y cuantas disposiciones posteriores a ella se opongan a lo establecido en aquel Decreto, no puede estimarse que tal derogación alcance a la Orden de 26 de julio de 1945, porque, aunque dictada expresamente para aplicar los beneficios tributarios del artículo 6.º de la Ley de 1944, no está en oposición con el contenido del Decreto-ley, sino que lo complementa e impone los requisitos y plazos anteriormente referidos; a lo cual añade el Tribunal Central que la Circular de la Dirección de lo Contencioso de 19 de septiembre de 1945 confirma la aludida interpretación y vigencia.

*Resolución del Tribunal Económico - Administrativo Central de
21 de octubre de 1952.*

VIVIENDAS PROTEGIDAS.—PRIMERA TRANSMISIÓN

Se refiere también a la interpretación de los Decretos anteriormente citados, y dió origen a ella la transmisión en 1951 de una cosa declarada bonificable con arreglo a los repetidos Decretos de 1944 y 1948. El Tribunal resuelve diciendo que la bonificación concedida por el primero de ellos a la primera transmisión de las viviendas bonificadas, ha sido suprimida u omitida en el segundo, y dice que con ello ratifica la Resolución del mismo Tribunal de 29 de enero del mismo año 52, dictada con vista del artículo 12 de la Ley de reforma tributaria de 31 de diciembre de 1946, que derogó el apartado c) del artículo 3.º de la Ley del Impuesto de 17 de marzo de 1945, que concedía exención a las transmisiones a título de compraventa de fincas urbanas de nueva planta que se verificará durante su construcción o dentro de los seis meses siguientes a la fecha en que se solicite la licencia de alquiler o habitabilidad; criterio compartido por la Dirección General en Circular de 7 de julio de 1951.

Resolución del Tribunal Económico - Administrativo Central de 28 de noviembre de 1952; sometida a la Superior Autoridad del Ministerio, y Orden de éste modificándola, de fecha 8 de junio de 1953.

EN EL CASO DE EMISIÓN DE ACCIONES CON PRIMA A FAVOR DE LA SOCIEDAD EMISORA, FIJADA POR LA ADMINISTRACIÓN, LA LIQUIDACIÓN PROCEDENTE ES LA DEL CONCEPTO APORTACIÓN ÚNICAMENTE, Y NO DEBEN GIRARSE DOS LIQUIDACIONES, UNA POR APORTACIÓN SOBRE EL VALOR NOMINAL Y OTRA POR EL CONCEPTO DE CESIÓN A FAVOR DE LA EMISORA SOBRE LA BASE DEL IMPORTE DE LA PRIMA DE EMISIÓN.

Antecedentes: La cuestión merece ser expuesta con amplitud y detalle en razón de su importancia y de la novedad que encierra, y también porque la Superioridad estimó necesario rectificar el criterio sustentado por el Tribunal Central al elevar la consulta al Ministerio de Hacienda.

La Junta general extraordinaria de cierta Sociedad acordó aumentar su capital en la cantidad de 50.000.000 de pesetas, representado por 100.000 acciones ordinarias de 500 pesetas nominales, que habrían de suscribirse al cambio de 390 por 100, o sea entregando 1950 pesetas por título y destinándose la prima de emisión o plus valía a la constitución de un fondo de reserva voluntaria.

Se otorgó la escritura correspondiente y en ella se consignó que la Orden ministerial concediendo la autorización para el aumento de capital disponía que la emisión de acciones habría de hacerse con una prima mínima de 549,30 pesetas por acción.

Presentada dicha escritura a liquidación en la Abogacía del Estado, ésta giró una liquidación por el concepto «Sociedades», número 58 de la Tarifa, al 1 por 100 sobre la base de 195.000.000 de pesetas; o sea sobre el total valor de las 100.000 acciones, cotizadas al expresado cambio de 390 por 100 de su nominal.

La representación de la Empresa formuló reclamación ante el Tribunal Provincial Económico-Administrativo y la razonó diciendo que la prima de emisión acordada no tenía el concepto de capital y que su importe no constituye acto de aportación y representa una

utilidad obtenida por la negociación de las propias acciones al ponerlas en circulación, cuya negociación, al realizarse por mediación de Agente de Bolsa o Corredor de Comercio, está expresamente exceptuada del impuesto, a tenor del número séptimo del artículo tercero de la Ley y sexto del Reglamento; esto aparte de que la operación se basa en la Ley de 15 de mayo de 1945 en cuyo preámbulo se dice que su finalidad es la de robustecer la potencialidad económica de las Sociedades, lo cual es de mayor interés general que la obtención por los accionistas de determinados beneficios, y de ahí que se concedan exenciones tributarias a la emisión de sus acciones cuando se realizan exigiendo el pago de primas que han de quedar incluidas en las reservas, cuya finalidad específica resulta quebrantada por la liquidación impugnada; así como en realidad se quebranta también el sentido de la vigente Ley del Impuesto de 7 de noviembre de 1947, puesto que el criterio imperante antes de su vigencia era el de la exención de dichas primas conforme al citado número séptimo, y al no haberlo modificado, claramente da a entender su propósito de mantenerlo.

Con el escrito de alegaciones se presentó certificación acreditativa de haber sido intervenida en Bolsa la suscripción de las cien mil acciones creadas y puestas en circulación.

El Tribunal Provincial desestimó la reclamación por entender que si no se calificase como aportación el importe de la prima de emisión, habría que estimarlo como cesión a favor de la Sociedad y liquidarlo al 3 por 100 en vez del 1 por 100, por aplicación del apartado 2) del artículo 19 del Reglamento, en forma, por tanto, más gravosa para el contribuyente.

El Tribunal Central, ante el que en apelación se planteó el problema, empieza por sentar que la finalidad inmediata de la aludida prima hay que buscarla en la necesidad de compensar la diferencia del valor estimativo entre el nominal de las acciones que se entregan y el real del patrimonio de la emisora, la cual diferencia surge de la subestimación de los elementos del activo social en relación con su valor real, lo que origina el nacimiento de reservas ocultas o latentes en beneficio de los accionistas, y éstas, a su vez, dan lugar a que la legislación administrativa, ante tal especial coyuntura económica, condicione los aumentos de capital exigiendo una prima cuantitativamente proporcionada a las indicadas reservas.

Así enfocado, el problema está sin determinar si el importe de la

prima de emisión ha de ser considerado fiscalmente en su totalidad como aportación y comprendido en el apartado 1) del artículo 19 del Reglamento, o si más bien ha de ser equiparado a una cesión del socio a la Sociedad en cuanto él entrega mayor suma que la que el valor nominal de la acción que recibe representa, e incluido el acto en el apartado 2) del mismo precepto en su consecuencia.

Esta calificación y conceptualización de cesión —continúa diciendo a renglón seguido el Tribunal Central— está justificada en principio ante la «simple redacción» del precepto invocado, al disponer que, si conforme al valor declarado por los interesados, algún socio aporta bienes o derechos de mayor valor que el de las acciones o participación en la Sociedad, que en representación de aquéllos se les reconozca, la diferencia entre el valor de dichas acciones o participación y el de los bienes aportados, se reputará como cesión a la Sociedad y se exigirá el impuesto por ese concepto, independientemente del que corresponda por la aportación, sobre la base, en cuanto a ese último, del valor representado por las acciones o por la participación reconocida.

Ello, no obstante, se añade, es de tener en cuenta —artículos 41 y 64 del Reglamento— que el impuesto recae sobre el verdadero importe de los bienes o derechos el día del contrato y que, cuando de transmisión de valores se trate, la base liquidable ha de ser el valor efectivo de ellos, y por lo mismo es indudable que, en ese caso, tal valor efectivo está imperativamente determinado por el nominal incremento con el importe de la prima de emisión fijada imperativamente por el Ministerio de Hacienda para la puesta en circulación de las acciones. Y si bien tal fijación de valor efectivo es intrascendente a los efectos de la liquidación por el concepto aportación, puesto que ésta se grava —artículo 19, apartado 1)— en función del valor real de los bienes aportados o del importe del metálico desembolsado, sí tiene trascendental importancia al efecto del apartado 2) del mismo artículo antes transcrito, porque determina «necesariamente el nacimiento y alcance del concepto fiscal de cesión» en él regulado.

Es decir: —concretamos nosotros— que el Tribunal entiende que la fijación de valor de los valores transmitidos por la Sociedad al accionista, o sea el de las acciones que a éste le entrega, es intrascendente para fijar la base liquidable del concepto «aportación», y

si que la tiene al efecto de fijar el concepto y la base del acto de cesión que el segundo apartado dicho regula.

Y ya en esta trayectoria dialéctica, añade la Resolución que el repetido apartado 2.º), al dar vida al concepto de cesión y su base, no lo hace estableciendo, de un lado, como términos de comparación el valor nominal de las acciones entregadas y, de otro, el de los bienes aportados, sino que, en cuanto a aquéllas, habla textualmente del mayor valor de las acciones». Por consiguiente, cuando la estimación del valor de ellas está prefijado imperativamente por la Administración al cifrar la prima de emisión, no se puede partir del «valor declarado por los interesados» y tendrá que prevalecer el determinado por el Fisco; de lo cual resultará que lo que hay que enfrentar para hallar la base del concepto cesión, o sea el exceso de valor de lo aportado sobre el de las acciones que el aportante recibe, no será el valor nominal de las mismas comparado con el de los bienes metálico en este caso, sino el de éstos con el valor fiscal dado a las acciones, resultando así en definitiva, en el caso concreto actual, que el exceso de aportación base del concepto cesión no será la prima de 1.450 pesetas fijada por la Sociedad al emitir las acciones sobre su valor nominal, sino la diferencia entre esa prima y la predeterminada por la Administración, la cual fué de 549,30 pesetas por acción.

Eso sentado, analiza el Tribunal el tema de si sobre la base de esas diferencias así determinadas, nace el concepto de cesión al 3 por 100, o si tales excesos de aportación han de calificarse como exentos al amparo del número sexto del artículo sexto del Reglamento, como entrega de cantidades, que constituyan precio de bienes de todas clases, o pago de servicios personales, o de créditos». El Tribunal cree que el contrato de emisión y suscripción de acciones, dadas sus especiales características, no es totalmente asimilable a contrato determinado, aunque implique la transmisión de las acciones a cambio de la contraprestación de aportación de bienes (o metálico, con lo cual si éstas es de metálico el contrato se asimila a una compraventa, y si es de otros bienes presenta caracteres de permuta, y por ello podría, en principio, estimarse que los aludidos excesos del metálico aportado tienen la consideración de precio y están, por tanto, comprendidos en la antedicha exención; pero aun que encuentra «perfectamente lógica» tal conclusión, dice que se

halla excepcionalmente restringida por los preceptos específicos reguladores del contrato de aportación, en los que, dada su especial naturaleza, resulta gravado con el impuesto el adquirente —la Sociedad— de lo que podría asimilarse al precio, generalmente consistente en metálico; de lo cual, dice la Resolución que estudiamos, que es forzoso inferir lógicamente que el sentido de la Ley es el de sujetar al impuesto en todo caso la mentada plus valía de aportación, conceptuándola de cesión con entera independencia de la clase de bienes en que consista.

Como consecuencia final de lo expuesto, el Tribunal entendió que lo procedente era anular la liquidación impugnada y practicar otras dos: una, al 1 por 100, número 58 de la tarifa, sobre la base del importe nominal de las acciones incrementado con la prima de emisión fijada por la Administración, y otra, por el número 46, al 3 por 100 —concepto cesión— sobre la base de la diferencia entre dicha prima y la fijada por la Sociedad, cuya diferencia ascendía a 90.070.000 pesetas; pero, no obstante tal enjuiciamiento del problema, entendió también dada la importancia del asunto, no sólo por su cuantía sino por su trascendencia en el orden económico y fiscal, era procedente elevarlo a la superior resolución del Ministerio de Hacienda, y éste dictó, en efecto, la Orden de 8 de junio de 1953 que a continuación analizamos.

Se refiere primeramente al argumento esgrimido por la Sociedad recurrente y no analizado por el Tribunal Central, en el que se decía que la discutida emisión estaba exenta, a tenor del número séptimo del artículo sexto del Reglamento, dado que habían sido negociadas en Bolsa, y lo rechaza, como «carente de fuerza jurídica», porque las acciones emitidas no habían sido negociadas cuando se acordó el aumento de capital.

Entrando después en el nudo del problema o sea en si existe el acto de cesión por exceso de aportación, dice que para calificarlo es de tener en cuenta que el valor nominal de cada acción determina la participación o cuota que a la misma corresponde en el capital total y efectivo de la Empresa; de lo que se deduce que si este capital efectivo fuera superior al conjunto del nominal de las acciones emitidas y en éstas de que se trata no se exigiera la prima de emisión, se beneficiarían indebidamente los nuevos accionistas en perjuicio de la Sociedad, por cuanto suscribirían acciones por un valor nominal inferior al efectivo, representado éste por el contenido eco-

nómico o financiero de la Sociedad; diferencia entre nominal y efectivo que salva en este caso precisamente la prima de emisión». Con estas premisas, sigue diciendo la Orden ministerial, es de tener en cuenta que el apartado 2.º del repetido artículo 19 del Reglamento prescribe que «si al constituirse la Sociedad, y conforme al valor declarado por los interesados, algún socio aportase bienes de mayor valor que el de las acciones o participaciones en la Sociedad que en representación de aquéllos se le reconozca, la diferencia se reputará cesión y se exigirá el impuesto por este concepto». Por consiguiente, es claro que, si tal diferencia no existe, el acto de cesión no se produce, como efectivamente no se produce en el caso cuestionado, puesto que el valor declarado y aportado por el accionista es equivalente al de la acción que se le entrega, el cual está computado por la suma de su nominal mas la prima de emisión; por cuya razón «no aportándose bienes de mayor valor que el declarado, no puede ser exigido el impuesto por cesión, y toda vez que en definitiva la Empresa percibe lo que representa la participación que en su capital efectivo tendrá el accionista, según el nominal de la acción, sin que se enriquezca por el importe de la prima de emisión, que no representa un bien de mayor valor que lo aportado, sino que lleva a la paridad lo entregado en su totalidad con la efectiva participación social que la acción representa, máxime si la prima de emisión se exige como consecuencia de acuerdo de la propia Administración».

La Orden concluye reforzando sus puntos de vista diciendo que los apartados 1.º y 13) del artículo 19, al sujetar el impuesto, sin distinguir los actos de aportación social como tales aportaciones en el concepto de constitución de Sociedad, imponen el considerar las primas de emisión como simples aportaciones, y revoca el acuerdo del Central y deja subsistente el del Tribunal Provincial que, como hemos dicho, liquidó la aludida emisión como mero acto de constitución de Sociedad al 1 por 100 sobre su total valor.

Comentarios: Del detenido análisis que acabamos de hacer de las dos Resoluciones y de la Orden ministerial, claramente aparece que son dos los criterios en pugna: uno, el del Tribunal Provincial, reafirmado por la expresada Orden, y otro, el del Tribunal Central, desechado por ésta.

El primero estima que la prima de emisión no puede considerarse

se como supervalor que el accionista suscriptor entrega a la Sociedad en pago del valor nominal de la acción; constituyendo así una verdadera «cesión» a la Entidad; sino que tal supervalor, junto con el nominal del título, representan el íntegro contenido económico de éste, de tal manera que existiendo paridad entre el valor de la acción y la cantidad entregada a cambio de ella, no queda margen para que nazca el concepto de «cesión», ya que ésta supone que exista «diferencia entre el valor de las acciones y el de los bienes aportados»; mientras que el otro punto de vista entiende que la comparación, para saber si hay o no cesión, ha de hacerse entre el valor nominal de la acción y la cantidad que a cambio de ella entrega al accionista; y, según esto, la prima de emisión que la Sociedad percibe, o sea la cantidad que, además del valor nominal, entrega el accionista, no puede tener, fiscalmente hablando, otro concepto que el de «cesión».

Este segundo punto de vista es el que, en el fondo, fundamenta el fallo del Tribunal Central, si bien no lo mantiene con rigor lógico, puesto que no lo aplica a todo el importe de la prima de amortización, sino únicamente a la diferencia entre la prima de amortización fijada por la Administración y la realmente pagada por la Sociedad, y entiende que esa diferencia o plus-valía es la que envuelve el concepto de cesión a que se refiere el artículo 19 del Reglamento del Impuesto en su segundo apartado.

Antes de entrar nosotros en el análisis de los aludidos criterios hemos de dejar sentado que, como el Tribunal Central dice con acierto, no es de tener en cuenta el alegato de la Sociedad sobre la exención fundada en que las acciones emitidas fueron negociadas en Bolsa y por lo mismo les alcanza la exención del número séptimo del artículo sexto del Reglamento, porque, evidentemente, aquí no se trató de una negociación propiamente dicha en Bolsa, como la que pudiera realizar un accionista de las acciones que posea transmitiéndolas a un tercero, sino de un aumento de capital que la Sociedad se procura poniendo en circulación un determinado número de acciones a un precio por ella prefijado —ya sea entre los accionistas preexistentes, que es lo corriente; ya entre quienes las soliciten. A simple vista, la diferencia sustancial a los efectos tributarios de una y otra forma de negociación está patente puesto que en el primer supuesto la Sociedad es completamente ajena al tráfico realizado, y en el segundo es ella la que realiza la operación buscando un incre-

mento de su patrimonio social por medio de una «aportación» expresamente tarifada por el impuesto que nos ocupa. Además, no se puede desconocer que el gravamen no arranca de la negociación en sí, sino del acuerdo de poner en circulación las acciones, aunque el derecho del Fisco a exigir el gravamen no se perfecciona hasta que el acuerdo sea realidad y se consume con la efectiva negociación dentro del plazo al efecto señalado. Esto aparte de que si tal criterio prevaleciera se habría arbitrado un medio seguro de burlar el impuesto en la constitución de Sociedades por acciones: bastaría para ello desembolsar una parte de acciones en ese momento, dejando el resto en cartera y poniéndolas en circulación posteriormente.

Entrando ya en la parte sustancial del problema, decimos que nos ofrecen graves reparos, tanto la tesis del Tribunal Provincial corroborada por la aludida Orden ministerial, como la del Tribunal Central.

Empezando por la de éste, nos parece que su criterio ecléptico es menos defendible que el ministerial; y lo decimos en el sentido de que el aplicar una norma para la plus valía fijada por la Administración y otra para la diferencia entre ésta y la determinada por la propia Sociedad, no deja de presentar cierta incongruencia, ya que tan plus valía es una como otra, y, por consiguiente, si la fijada por el Ministerio es valor de la acción y no «cesión», tampoco debe de serlo la fijada por la Sociedad.

Así, pues, a la tan repetida prima de amortización o plus valía ha de aplicársele el mismo criterio lógicamente, tanto en cuanto se refiere a la valoración oficial, como en cuanto al aumento que sobre ésta fija la Sociedad emisora; y, en su consecuencia, si se califica de «aportación» esa prima oficial y no de «cesión», «aportación» también ha de ser el aludido aumento, y a la inversa.

Eso dicho, resta examinar cuál sea, a juicio del comentarista, el concepto jurídico-fiscal de la prima de amortización o plus valía a los efectos tributarios del artículo 19, según sus apartados 1.º, 2.º, 10) y 13).

La letra del 1.º, del 10) y del 13) es perfectamente concordante: las aportaciones de bienes al constituirse las Sociedades, según el apartado 1.º; el aumento de capital por nueva aportación, conforme al 10), y todo acto de nueva aportación, a tenor del 13), se considerarán como actos de constitución o aportación, liquidables sobre la base

del valor de los bienes aportados al 1 por 100 ; o, como dice la Tarifa sintéticamente en el número 58, bajo el enunciado «Sociedades», «las aportaciones de toda clase de bienes y derechos por los socios al constituirse las Sociedades o al realizar ulteriores aumentos de capital social...», devengarán el 1 por 100.

Con semejantes textos, y sólo con ellos, a la vista, no existiría problema. Este surge al presentarse en la palestra el apartado 2.º del mismo artículo 19 y dar vida fiscal al concepto de «cesión», para lo lelo e independiente del de mera aportación, aunque conectado con éste a manera de hermanos siameses, cuando lo aportado por el socio es de mayor valor que el de las acciones o participación en la Sociedad que al aportante se le reconocen. Entonces, dice el apartado, ese mayor valor implica una «cesión» del socio a la Sociedad y ha de liquidarse como tal cesión.

Enfocado así el problema, la Orden ministerial empieza por sentar en el primer considerando que a este punto dedica, que ha de tenerse en cuenta que «el valor nominal de cada acción determina la participación o cuota que a la misma corresponde en el capital total y efectivo de la Empresa», de donde se deduce, añade, que en el caso de que ese capital efectivo sea superior al nominal representado por las acciones existentes en el momento de poner las nuevas en circulación y sin embargo no se exigiera a éstas la prima de emisión, los beneficiados indebidamente serían los nuevos accionistas en perjuicio de la Sociedad, «por cuanto suscribirían acciones por un valor nominal inferior al efectivo» ; o sea, dicho de otro modo, que si las acciones existentes antiguas tienen, por ejemplo, con un valor nominal de 500 pesetas, un valor real de $500 + n$, este valor n es el que, como prima de emisión o plus valía, ha de exigirse como precio de las nuevas acciones para subsanar aquel perjuicio de la Sociedad.

Con toda la fuerza lógica que a primera vista encierra semejante argumentación, hay que reconocer que tiene un punto de ataque sumamente vulnerable, que es éste: se confunde el *capital social* con el *haber social*, o «capital total y efectivo» en un momento determinado de la vida de la Sociedad, y esta distinción es esencial para no llegar, por haber tomado un camino equivocado, a una conclusión también equivocada o errónea: el *capital social* es una cosa y el *haber social*, o, como dice la Orden, el capital total y efectivo, es otra muy distinta, de tal manera que la equivalencia entre uno y otro no se da más que

en el momento de la constitución y no después, cuando la entidad empieza a desarrollar su vida económica, ya que, a partir de aquel momento, el haber social o patrimonio económico-social será mayor o menor que el *capital* constitutivo según haya ganancias o pérdidas.

De esta distinción surge otra importante consideración, y es ésta: que la acción es un título que esencialmente liga a la Sociedad con el accionista en el sentido de reconocer que éste es partícipe en el *haber social* en la porción que el nominal de la acción represente al ser emitida y cobrada o puesta en circulación. Junto a este derecho es claro que nace el de participar en las ganancias posibles y en el *haber social líquido* que, en su día y en caso de disolución, pueda resultar, pero semejante derecho es de otro orden y de inferior rango que aquél, por la potísima razón de que es aleatorio y eventual; y además, en este segundo aspecto, —y ello es trascendente para llegar al nervio de la cuestión—, no se puede decir con rigor jurídico que el valor nominal de cada acción determina la participación o cuota que a la misma corresponde en el capital total y efectivo de la Empresa. Lo cual quiere decir que cuando se adquiere una acción de una Empresa determinada, con ella entran en el patrimonio del adquirente dos derechos: uno, el de participar en el capital de la misma en la parte alícuota correspondiente, y, otro, el eventual, que bien se puede calificar de esperanza de derecho, a participar alícuotamente en las ganancias y en el *haber líquido* resultante el día que la Sociedad se disuelva.

Estos dos aspectos económicos son perfectamente diferenciables y jurídicamente distintos, y por lo mismo diferenciados son también en la práctica del tráfico económico de la adquisición de acciones, sea por el medio ordinario de la negociación en Bolsa, sea colocadas por la misma Sociedad emisora entre sus accionistas o entre extraños, y por ello, teniendo en cuenta ese doble contenido económico-jurídico, se transmiten y cotizan, según los casos, por bajo de la par, a la par, o por cima de la par, de tal manera que, en este último supuesto, se sabe que se adquieren aquellos dos derechos, de participar en el capital social en la cuantía del valor nominal, y de opción a aquel otro eventual, representado económicamente por la prima de cotización sobre la par que el mercado señala, o por la prima de emisión o plus valía que la Entidad emisora o la Administración, en su caso, determinan.

Estas fundamentales distinciones se refuerzan con estas otras, consecuencia de ellas, aunque sean de orden económico contable: es la primera que la Sociedad que emite acciones, como en el caso que nos ocupa, con prima de emisión, no llevará ni puede llevar el ingreso que en conjunto representen tales primas al renglón o capítulo de sus bienes y al pasivo de su Balance, en su oportunidad, que diga «capital acciones», sino que en él anotará el nominal de las acciones puestas en circulación, y el importe de dichas primas lo anotará necesariamente en el fondo de reserva que el mecanismo contable legal permita; y la segunda, no menos definitiva, es ésta: llegado el momento de la disolución de la Sociedad con la consiguiente liquidación del haber líquido resultante, éste se repartiría entre los accionistas en proporción al valor nominal de las acciones que cada uno tenga, con completa independencia de la prima de emisión o plus valía que ellos hayan desembolsado y la Sociedad percibido al ponerlas en circulación. Y otro tanto puede decirse, remachando el clavo, en cuanto a los dividendos activos anuales, ya que ante éstos lo que cuenta es solamente el valor nominal de la acción.

Esto supuesto y supuesta la razonada sustancial distinción entre aportación como *capital social* y entrada en el *haber social* del importe de las primas de amortización, es hora de preguntar: ¿el tratamiento y calificación jurídico-fiscal, reglamentariamente, cuál ha de ser?; ha de ser igual y única la concepción para esas dos fuentes de enriquecimiento y aumento de patrimonio de la Sociedad demandante?

La Orden resolutoria dictamina que sí, y dice que el conjunto del nominal de la acción y la prima de emisión son aportaciones sociales comprendidas en los apartados 1.º y 13) del artículo 19 del Reglamento, ya que, en cuanto a las segundas, ninguna distinción hace para no considerarlas como «simples aportaciones»; o sea, que esos preceptos gravan las aportaciones como actos de constitución de sociedad, y como las primas de emisión son aportaciones, no puede aplicárseles el concepto de «cesión».

Esta conclusión está deducida del análisis que hace del apartado 2.º del repetido artículo 19, de esta manera: verdad es que el concepto de «cesión» nace, según él, del evento de que el socio aporte bienes de mayor valor que el de las acciones que recibe; pero en el caso controvertido no existe tal diferencia, porque el metálico entregado se corresponde con el valor de la acción o acciones recibidas;

y por tanto no existe la diferencia de valor a favor de la sociedad, originaria del concepto de «cesión»... A esto oponemos nosotros, con toda la consideración que el alto órgano administrativo merece, que el argumento, de un lado, prueba demasiado, y, de otro, desnaturaliza el concepto de *aportación*. No se puede olvidar que ese artículo 19 siempre que emplea ese concepto lo refiere al *capital social*, como lo demuestra la simple lectura de los apartados 1.º), 3.º) y 11) ; y cuando quiere referirse a otra clase de bases tributables habla de «capital efectivo —apartado 4.º)—, *haber social* del socio que se separa —apartado 6.º—, *haber líquido*, cuando la sociedad se transforma o cuando se funde con otra —apartados 14) y 15)», etc. Por consiguiente, cuando el apartado 2.º) habla del «valor de las acciones o participaciones en la Sociedad», para enfrentarlo con el de los bienes aportados y hallar la diferencia entre éstos y el valor de dichas acciones, deduciendo de ella el concepto y la base de la «cesión», no se refiere ni quiere referirse más que al valor nominal como representativo de una parte alícuota del *capital social*.

Siendo esto así, y siendo indiscutible la diferenciación que hemos razonado entre los derechos que entraña el contenido de la acción, es obvia la conclusión de que no es adecuada y atinente la interpretación que combatimos del apartado 2.º) citado, y es, en cambio, claro que en los casos, como el presupuesto, de emisión de acciones con prima de amortización, aparte del acto liquidable de «aportación», surge reglamentariamente el de «cesión» en cuanto al importe de dicha prima se refiere, porque esa prima, lejos de ser un acto de «aportación» de su importe al capital social, es una adquisición de posibles derechos perfectamente configurados y encuadrados en el concepto reglamentario de «cesión», y perfectamente diferenciados del de «aportación», respecto al que el gravamen tributario pesa sobre la Sociedad como adquirente del *capital social* aportado. Siendo de notar que si bien en tal «cesión» el que entrega el metálico y adquiere los derechos es el suscriptor de la acción y por tanto él debiera ser el gravado con la exacción fiscal como cesionario o adquirente a tenor de la regla general de este impuesto, sin embargo, no es así en estos casos porque el tan repetido apartado impone a la Sociedad cedente el pago del tributo.

Dada así, con razonada sinceridad, la interpretación jurídico-fiscal que el caso nos merece, no podemos dejar de reconocer que

en la solución ministerial pueden influir otro género de consideraciones dignas de ser sopesadas a la vista del interés general y de la repercusión que aquélla pueda tener en el terreno económico-financiero.

El legislador, al dictar una disposición interpretativa de indudable trascendencia general como la que nos ocupa, actúa en forma muy distinta a como lo haría un Tribunal: éste lo hace aplicando escuetamente la Ley o el Reglamento a un caso concreto y no tiene porqué pensar en los muchos o pocos ciudadanos a los que, en lo sucesivo, podrá afectar su manera de entender el precepto interpretado; mientras que cuando al gobernante llega la duda del alcance de un determinado precepto fiscal y ha de resolverla con carácter general, es claro que tiene que tener en cuenta, mirando a lo lejos, las repercusiones que en la economía general puede producir su decisión.

Desde este punto de vista, y por cima de las consideraciones de una técnica jurídica, tiene que ser examinada la Resolución ministerial en última instancia, y haciéndolo así, fácilmente se ocurre que en el Ministerio pudieron pesarse consideraciones tales como la de que la prima de emisión está impuesta por la Ley y su cuantía la fija la Administración; la de no entorpecer con el endurecimiento de la exacción fiscal la libertad de movimiento de las Sociedades para atender a su autofinanciación, acudiendo al ahorro con holgura en busca de las cantidades que exijan la ampliación del negocio, modernización de elementos, etc., etc., y también la repercusión que en la Bolsa y en la suscripción de nuevas emisiones de acciones tendría sin duda una política de acentuación de la dureza fiscal en un sector económico tan sensible como el de ampliación de capitales en la actual coyuntura económica.

A este efecto no es inoportuno recordar que el mismo Centro ministerial hubo de anular recientemente por decisión sumaria y rápida el acta levantada por inspección sobre el impuesto que grava la renta en cuya acta se había estimado como renta imponible la diferencia entre lo pagado por el suscriptor de las acciones y el valor teórico de éstas en Bolsa. Y ello se hizo así, y sin seguir los trámites reglamentarios normales, en razón precisamente del desconcierto económico-financiero que en el mercado de valores pudiera producir el exagerado celo de la Inspección.

ERRATA ADVERTIDA

Al reseñar en el pasado número 320-321, página 128, en la Sección de Derechos reales, la Resolución de 7 de octubre de 1952, se deslizaron algunas erratas que hacían su texto ininteligible. Por ello la reproducimos:

"Resolución del Tribunal Económico-Administrativo Central de 7 de octubre de 1952."

Se presentó la escritura de disolución de cierta importante Sociedad a liquidación del impuesto pasados treinta días de haber sido tomado el acuerdo de disolución por la correspondiente Junta general, y practicada la liquidación con multa por la no presentación en plazo, fué recurrida, sosteniendo que al hablar el Reglamento en el artículo 107 del plazo de presentación de documentos no se refiere a los de liquidación o disolución de Sociedades, y que, aunque el artículo 19, apartado 16, dice que, para que la liquidación del impuesto se practique bastará que exista el acuerdo de disolución y que aquélla tendrá el carácter de provisional, ello sólo supone posibilidad de que la Sociedad inste esa liquidación provisional antes del otorgamiento de la escritura de disolución, y no es una norma preceptiva sino una facultad que la Ley concede al contribuyente para pedir tal liquidación provisional en tanto se otorga la aludida escritura; o sea, que el plazo arranca de ese otorgamiento.

Tal interpretación, como es lógico, fué rechazada por el Tribunal Central."

VARIA

ANTECEDENTES DE LA PRIMITIVA LEY DE AGUAS, Conferencia pronunciada en el Casino illicitano, por don José Latour Brotons, Fiscal de Entrada, Sécretario Técnico de la Inspección del Tribunal Supremo y Letrado del Ministerio de Justicia, excedente.—Publicación del Ilustre Colegio de Abogados de Elche.—Año 1955.
Precio: 35 pesetas.

La Conferencia, sobre ser francamente aleccionadora y estar llena de amenidades históricas, pone de relieve el espíritu eminentemente jurista del pueblo español y el carácter netamente nacional de la legislación de aguas. Si alguna influencia pudo ejercer las legislaciones francesa e italiana, tan en boga en los tiempos de la primitiva Ley de Aguas, quedó completamente esfumada ya que la selección de principios y su desarrollo en normas se basó en la enseñanza de las múltiples Ordenanzas municipales y en las Leyes sobre riego de los Fueros de Valencia, Leyes forales que por este camino se convirtieron en Leyes nacionales. Así como dió a la causa de la codificación española la inteligencia de FLORENCIO GARCÍA GÓMEZ, que por su origen debió ser forista, también Valencia, de abolengo forista, coadyuvó a la misma causa con la bondad de sus leyes de aguas.

La región levantina, especialmente la de las vegas del Júcar, del Guadalquivir o Turia, y del Segura, había de ser la que diera la pauta de la legislación de aguas. Aunque Schulten, en su *Tartessos*, alude a la infinidad de canales que en aquellos remotos tiempos cru-

zaban las tierras de Iberia, especialmente por las actuales comarcas de Sevilla y de Cadiz, sin embargo son las regiones de Valencia y de Murcia la auténtica cuna de las más antiguas leyes nacionales sobre aprovechamientos de aguas, del mismo modo que las grandes figuras de Fernando III el Santo, Alfonso X el Sabio y los Reyes Jaime I, Jaime II y Martin el Humano son los próceres legislativos de esta materia.

Una de las notas sobresalientes y agudas de esta conferencia está en hacernos ver que la actual legislación de aguas adolece de un vicio inicial que trae como secuela, en ocasiones, una difícil interpretación de la Ley, y en otras, verdaderas contradicciones normativas. El defecto inicial consiste en una amalgama del derecho castellano y del foral vasciano sin antes haber sometido uno y otro a una depuración de sus criterios respectivos a fin de someterlos a la esencia de un principio común. Ejemplos palpables recogidos por el selecto espíritu del conferenciante son los de las normas contradictorias en materia de cauces, y la más antagónica oposición entre la Ley de Aguas y la Ley Hipotecaria en orden a la hipotecabilidad independiente del agua.

Después de sentar la Ley de Aguas la doctrina de que los cauces siguen la condición jurídica de las aguas que por ellos discurren, desarrolla la naturaleza pública o privada de los cauces de aguas pluviales en ramblas y barrancos, con un criterio diferente. Y lo mismo hace la Ley en los casos de mutación de cauce, pues si ello se debe a un acontecimiento natural, se aplica un criterio diferente a cuando la mutación se debe a un acto voluntario del hombre.

En cuanto a la hipoteca del agua, el conferenciante pone de relieve que aquella distinción romana entre propiedad del agua y la servidumbre de acueducto, no está recogida por la Ley de Aguas, que reúne uno y otro conceptos en una sola entidad, y la somete a una única regulación. La consecuencia de esta falta de continuidad histórica trajo como resultado la no hipotecabilidad del agua con independencia de las tierras de su destino, y ello a pesar de lo que rezaba la Ley Hipotecaria en el artículo 108, coetánea de la de Aguas.

Y tiene mucha razón Latour-Brotóns. El legislador hipotecarista se basó en la tradicional doctrina de Partidas que no permitía la cesión o enajenación de una servidumbre, sino en unión del predio dominante, salvo que se tratara de la de aguas, que podía cederse independientemente. Está singular excepción de la servidumbre de

aguas, que también debió practicarse en Grecia, por el siglo V antes de J.-C.; según se infiere de uno de los mojones del Atica del Ditemberger, por nosotros comentado en otra ocasión, sirvió a nuestra Ley Hipotecaria para decir que la servidumbre de agua es hipotecable con independencia del predio dominante. He aquí ahora la explicación del conferenciante respecto a este desacuerdo entre las leyes de Aguas y la Hipotecaria. La primitiva Ley de Aguas, siguiendo el parecer de Próculo que no admitía la cesión del agua, recoge el criterio en su artículo 121, que es el 84 de la vigente, y en consecuencia le faltó a las aguas la cualidad esencial para ser hipotecable; tal criterio fué generalizado por el artículo 557 del C. c., con lo que la contradicción entre ambas leyes es evidente.

Pero conviene aclarar bien el precepto del artículo 121 de la primitiva Ley de Aguas reproducido por el 84 de la actual. El precepto parece que alude concretamente al principio *servitus servitute non potest*; pero, para advertir que puede ser destruido mediante expediente. La Ley de Aguas se refiere a que quien tiene a su favor la servidumbre de acueducto, no puede gravar al predio sirviente con más onerosidad que la del riego en favor de sus tierras, por lo que no puede ceder sus aguas a otros predios sin consentimiento del sirviente; pero que si éste se negare, entonces mediante expediente, se puede decretar la extensión de la servidumbre a otras tierras, previa la correspondiente indemnización.

De esto se infiere que la servidumbre forzosa de acueducto tiene dos modalidades: 1.ª, la del establecimiento primario; 2.ª, la de servidumbre sobre la servidumbre anterior. Pero en ambos casos previa la correspondiente declaración en expediente y la indemnización que corresponda, lo que es tanto como negar libre la e incondicional disponibilidad de las aguas, y por tanto, que el criterio expuesto por el conferenciante es acertado.

Otro punto interesante es el del encuadramiento jurídico del heredamiento de aguas. El Heredamiento recibe en tierras valencianas el nombre de Acequia; en cambio, no resulta conforme con los Heredamientos de Canarias. Para esta región insular no cabe llamar Heredamientos a sus sistemas de riegos porque las aguas tienen un carácter privado.

El Heredamiento, ya se llame así, o Acequias como en la región valenciana, se refiere a las aguas públicas, y su nota esencial y característica es la de comunidad germánica. No hay en ellos la idea

de cuotas o participaciones, pues si en lo relativo a deberes pudiera estimarse la idea de cuota por el repartimiento por derrama o por las mondas y escuras, según las márgenes de la propiedad del regante, lo cierto e indiscutible es la nota esencial de la *indivisibilidad* de la acequia. Consecuencias de esta indivisibilidad son: la prohibición de tomar dinero a censo; que el agua es inseparable de las tierras de su destino por lo que ningún regante puede vender ni ceder el sobrante de sus aguas a otras tierras, sino que ellas han de revertir a la comunidad. El Fuero de Valencia dice que esas aguas vuelven a la acequia; que el usuario no debe dejar que discurran por donde no deban; que no se tiren a las calles ni caminos. Nota característica y muestra de esa comunidad germánica es la prohibición en la región murciana de los *sonriegos*, o riegos excesivos de las tierras, pues lo mismo que implica un evidente acto de jactancia o emulación, también implica la idea de desperdiciar lo que es del fondo de la comunidad.

c. De la conferencia siguen manando datos curiosos e interesantes: las aguas muertas, de escorrentía o avenamiento y de drenaje o de filtraciones, reguladas en el Ordenamiento de Orihuela, en donde posiblemente está el precedente de la regulación de estas aguas; los nombres de las acequias relativos unos a la calidad de las aguas, como los de corredores, azarbetes y azarbes, y otros al volumen o capacidad, como acequias madres, arrobas o acequias menores, brazales, hijuelas o hilas; todas en el nomenclátor orcelitano. La contra-acequia, en Elche, o acequia destinada a las aguas pluviales que aumentan el normal caudal de las otras acequias. El acequiero, y contra-acequero o síndico con función de Jueces de Aguas. El Tribunal de Aguas de Valencia, constituido en Tribunal por la reunión de siete contra-acequeros o síndicos por cada una de las siete acequias de la región. Las aguas como cualidad inherente a la tierra, y como propiedad independiente, manifestada esta última en Elche con la propiedad de aguas por hilos y cuartas, sujetos en su transmisión desde tiempos del Infante Don Juan Manuel a la intervención notarial en sus transmisiones, y actualmente susceptible de inscripción en el Registro de la Propiedad como finca independiente. La reciente modalidad de la propiedad de agua en calidad de bien mueble, etcétera, etc.

— Pero lo excelente de esta conferencia está en que a pesar de referirse a los precedentes de la primitiva Ley de Aguas, ella nos

da pauta para solucionar problemas de vitalidad actual, como son los de la verdadera naturaleza jurídica de los aprovechamientos por usucapición a efectos fiscales, y el de la cualidad de determinadas acequias como parte integrante de la finca a efectos de la identificación registral y del artículo 41 de la Ley Hipotecaria.

Actualmente la Policía de aguas denuncia los aprovechamientos carentes de titulación; son dos los títulos adquisitivos legales: la concesión y la prescripción; esta última se acredita por el acta notarial regulada en el artículo 70 del Reglamento Hipotecario.

Quiénes son propietarios de fincas que de antiguo vienen aprovechando, ya como ribereños, ora como riberiegos, las aguas continuas o discontinuas de los ríos, acuden al acta notarial y sufren la odisea de una valoración, posiblemente no conforme a la naturaleza del aprovechamiento. Y este desacierto valorativo se ha de atribuir a que quienes tienen el encargo de tasar por su condición de peritos, desconocen la naturaleza de un aprovechamiento por prescripción.

El conferenciante resalta que el objeto de los aprovechamientos no participa de las características del dominio y, por tanto, no procederá valorarlos como un bien o una cualidad de carácter permanente y exclusivo. Entre concesión y prescripción, hay paridad de trato jurídico, y, por tanto, el criterio determinante del canon debiera servir a la valoración del aprovechamiento por prescripción. Verdad es que el Reglamento del Impuesto de Derechos reales remite en defecto de canon a la tasación pericial, pero también resulta cierto que el canon nunca fué estimado como un plus valía o una diferencia entre el valor de tierras en secano y de tierras de regadío.

También nos da pauta el problema identificador de fincas. Por Levante existen fincas compuestas de la tierra de labor y de vesantes, apartados éstos de las tierras pero unidos por el cordón umbilical que es la acequia. A veces el vesante está separado bastantes centenares de metros. Esto hace que la topografía de las fincas sea irregular y que además, en ocasiones, se dude si se trata de una o de dos fincas. La solución de la unidad de estas fincas nos la da la conferencia al presentarnos la acequia en un triple aspecto, de finca independiente, de una servidumbre y de parte integrante de la finca a que sirve; cualidad esta última que se infiere del artículo 590 del Código civil.

Y ahora, un poco del conferenciante. Trabajador infatigable de

siempre, ha redoblado su actividad desde que su hado adverso le redujo a la quietud del hogar. El adagio de que no hay mal que por bien no venga, tiene plena confirmación en Latour Brotons; la quietud forzada ha hecho que su inteligencia fértil y su cultura sólida, se entreguen a la investigación. Tiene dotes de magister, y debe enseñarnos. Pero no es maestro árido; a la amenidad de la anécdota histórica une un sentimiento poético; por eso, parodiando a Núñez de Arce, nos habla de su tierra natal, con un cielo pavorosamente siempre azul, que cubre una tierra siempre verde.

RAFAEL RAMOS, FOLQUÉS

Registrador de la Propiedad

LA TUTELA, por el Dr. Lino Rodríguez-Arias Bustamante.—Editorial Bosch. Barcelona, 1954.—Un volumen de 332 páginas.

En el nuevo libro que nos ofrece la autorizada pluma del Profesor RODRÍGUEZ-ARIAS, que en la actualidad enseña en la Universidad de Panamá, permanece el autor fiel a su concepción comunitaria del Derecho, desarrollando —como advierte en la introducción— sus principios dentro de la más rigurosa técnica jurídica, para respetar así el servicio que rindieron a la Ciencia del Derecho los que le precedieron —en nuestra Patria— en su estudio y dedicación.

Indica RODRÍGUEZ-ARIAS que ha llegado el momento de que los juristas no deban contentarse sólo con aspirar a perfeccionar técnicamente las leyes de las comunidades nacionales, sino que también han de pensar en superar la actual estructura ideológica de los Códigos civiles modernos, pues la posición individualista del Derecho romano, más tarde remozada por la Revolución francesa —concluye—, ya nos viene muy estrecha. Y precisamente por ser ese su pensamiento; en el capítulo primero de la obra que comentamos esboza doctrinalmente la institución tutelar, contrastando sus ideas con las que Cicu expuso en su Derecho de familia, cosa en la que no hay que ver un mero afán de emulación, sino el más hondo deseo de conipulsar el criterio jurídico del ilustre maestro italiano con la materia estudiada a la luz de la concepción comunitaria del Derecho; para dejar así registrado cómo los nuevos tiempos que vivimos exigen una metamorfosis de los ordenamientos legislativos, si es que se trata de evi-

tar que se hagan añicos al contacto con la realidad social, que de otro modo, violentamente aflorará.

Esa es la idea motriz que, como él mismo manifiesta, guía al autor en la elaboración de su monografía sobre «La tutela». Y ciertamente su propósito no queda en mero depósito, sino que a lo largo, de aquélla aparece plenamente conseguido, ofreciéndonos, a base de aquella directriz, un conjunto completo de fondo y forma, y ello no sólo desde un punto de vista exclusivamente teórico, sino también —como advierte el Profesor BELTRÁN DE HEREDIA, que avalora el libro con un breve pero enjundioso prólogo— en su aspecto práctico que aparece extremadamente cuidado en su casuística.

Entrando a precisar el contenido y estructura concreta, el texto propiamente dicho, precedido del indicado prólogo del Profesor BELTRÁN DE HEREDIA, de un estudio preliminar del Fiscal de la Audiencia de Segovia, señor DE MIGUEL GARCILÓPEZ, y de la introducción del propio autor, se fracciona en trece capítulos, seguidos de un Apéndice redactado por el DOCTOR ALBERTO MONTEL, Profesor de la Universidad de Turín, apéndice que recoge la regulación y líneas generales del nuevo Código civil italiano en materia de tutela; traducido por el señor LLORENTE GARCÍA, y de cuatro útiles índices, que recogen, respectivamente, los artículos del Código civil citados en la obra, las Sentencias del Tribunal Supremo, las Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado, y los autores, con indicación, en todos los casos, de la página donde aparecen las citas.

Los capítulos se dedican, respectivamente, a la configuración doctrinal de la institución, a su evolución histórica, al examen del Derecho comparado (clases de sistemas tutelares: de autoridad y familiar), del sistema histórico español y del imperante en el Código civil y Derecho foral. Esto, los cinco primeros. En el sexto se trata de las personas sujetas a la protección tutelar y de las clases de tutela. En el séptimo y siguientes, de los órganos de la tutela. Para dar fin a la materia en los capítulos once y doce, con la exposición de la constitución, ejercicio, extinción y cuentas de la tutela y tutela de hecho, y extraer, en el capítulo décimotercero y último, una serie de atinadas conclusiones, entre las que destacan:

La conveniencia de establecer, para estimular a las personas llamadas a intervenir en la tutela, una pequeña remuneración del cargo, incluso a costa del Erario municipal.

La conveniencia de la desaparición de la figura del protutor, cuya función fiscalizadora quedaría atribuida al Consejo.

La conveniencia de la sustitución del actual Consejo de familia por un Consejo municipal de pupilos, ya que entiende el autor que hay una comunidad natural que vive de lleno el problema de la tutela: la comunidad municipal.

En resumen, puede decirse, con el señor DE MIGUEL, que el completo estudio de RODRÍGUEZ-ARIAS —de cuya vocación dan fe varios años de constante actividad universitaria y una abundante serie de trabajos—, sobre la tutela, será preciada obra de consulta para los juristas de lengua española, interesados en esta institución protectora.

M. ALBALADEJO

LOS PRÉSTAMOS A SUSCRIPTORES DE TÍTULOS DE SOCIEDADES DE CAPITALIZACIÓN, por Pablo Salvador Bullón, Catedrático de Contabilidad, ex Profesor Mercantil al servicio de la Hacienda Pública, Asesor de Empresas, Actuario de Seguros.—Badajoz, 1954.

Este folleto, parte o capítulo, en esquema, de una obra de más envergadura, que se denominará «Las Sociedades de capitalización», tiende a probar que las operaciones de capitalización son antieconómicas para el suscriptor de títulos, aunque en modo alguno sean ilegales. Y el motivo de su publicación es impugnar la equivocada idea de creer que el mero hecho de tener suscrito un título de capitalización faculta para obtener de la Compañía, al cabo de un corto plazo de meses, un préstamo de cuantía igual al capital contratado como base del título.

Es útil, por tanto, examinar en qué condiciones puede la Sociedad de capitalización prestar a sus suscriptores y considerar: La financiación de la operación, las garantías a exigir del prestatario, la cuantía del préstamo y el tipo de interés. Brevemente estudia el autor estos aspectos parciales del problema, con claridad y precisión.

PEDRO CABELLO

Registrador de la Propiedad