

AGUILERA DE LA CIERVA, TOMÁS: *Actos de administración, de disposición y de conservación*. Editorial Montecorvo, S. A. Madrid, 1973.

Consta la presente obra de 326 páginas, precedidas de un prólogo firmado por el catedrático de Derecho Civil de la Universidad Complutense don Manuel Albaladejo, estando dividida en dos partes: la primera hace referencia al problema en la doctrina y la segunda a la realidad jurídica.

El presente libro, tesis doctoral de su autor, supone, como dice el señor Albaladejo, una nueva teoría sobre la clasificación tripartita en actos de administración, disposición y conservación.

Tras una introducción previa y examinando la naturaleza del acto de administración, comienza el autor por intentar un concepto técnico de los actos de administración y disposición que confrontara después con con la realidad jurídica. No obstante, antes considera preciso exponer los principales esfuerzos de la doctrina para formular la noción del acto de administración.

Conviene presentar sistematizadas las diversas tendencias. Caben distintas agrupaciones, pero cree el autor que una clasificación suficientemente amplia sería la siguiente: En primer lugar, reunir las teorías que creen posible llegar a una noción unitaria del acto de administración; dentro de ellas, cabe distinguir entre las posiciones unitarias, dualistas y tripartistas; fundándose esta distinción en que hay teorías que opinan que se puede definir el acto aislado de administración, sin necesidad de contraponerlo a ningún otro tipo de actos; mientras que otros autores opinan que sólo puede hallarse el concepto del acto de administración mediante su contraposición sea a los actos de conservación o a los actos de disposición; finalmente hay tesis tripartitas, que afirman la autonomía del acto de administración, tanto respecto del conservativo como del dispositivo.

El segundo grupo de teorías comprende a los autores que renuncian a una definición unitaria del acto de administración y, en consecuencia, aceptan las diversas nociones del mismo, según las situaciones.

Por último hace constar que existen autores que niegan decididamente la posibilidad de cualquier noción unitaria del acto de administración, con lo que lleva a sus últimas consecuencias la variabilidad de nociones. Dentro de las posiciones negativas, señala una dirección más atenuada, que, si se niega la posibilidad de establecer una definición respecto del acto de administración aislado, admite en cambio la posibilidad de dar unidad a la noción del acto de administración, poniéndolo en relación con el patrimonio y la noción del riesgo para el mismo.

El autor, tras hacer una exposición sintetizada de los principales ensayos doctrinales, resume críticamente las dificultades que no han podido salvar, e intenta dar una noción del acto de administración como hipótesis de trabajo necesaria para iluminar y ordenar la realidad jurídica, donde transcurre la segunda parte de su investigación.

El presente examen se refiere a las doctrinas francesa, italiana y es-

pañola. El estudio positivo y jurisprudencial que realiza en la segunda parte se refiere sólo al Derecho Privado español.

Haciendo una recapitulación crítica al autor considera definitivamente superadas las teorías meramente descriptivas, que no entran en la descripción del fenómeno. Prescindiendo de teorías anteriores, de valor meramente histórico, considera superada la primera de las teorías expuestas, o sea la de Aubry y Rau. En realidad, se trata de mera descripción del campo donde se desenvuelve la actividad de gestión, que se refiere a la vida económica completa de un individuo o persona jurídica. De igual modo considera superada la teoría bipartita, por su falta de precisión, que les ha llevado a un concepto demasiado amplio de los actos de administración.

En cuanto a la noción variable, resulta caprichosa y se contradice cuando intenta llegar a fórmulas sintéticas, agrupando tipos similares de administraciones, con una apreciación de semejanza que resulta siempre caprichosa.

En suma, llega a afirmar que el acto de administración es el acto dirigido a obtener de un bien o patrimonio los rendimientos de que es susceptible. Este es un concepto general referido al acto de administración en sentido puro, al margen de toda institución jurídica.

Ahora bien, el estudio del acto de administración en su entidad requiere completarlo con el de la estructura del acto de disposición, cosa que el autor realiza a continuación.

La clasificación tripartita de los actos jurídicos distingue entre actos de conservación, de administración y de disposición. En líneas generales, cabe decir que los primeros se dirigen al mantenimiento de los bienes; los segundos se proponen obtener de los bienes los rendimientos de que son susceptibles, y el grupo de los actos de disposición comprende todos los que producen una modificación jurídica respecto de un bien o derecho, no debiendo quedar restringido su concepto a los actos de enajenación, como ha pretendido alguna teoría jurídica.

En este trabajo, la facultad de disposición ha sido el punto al que Aguilera de la Cierva presta más interés dentro del examen de la estructura del acto de disposición. Tal estudio permite obtener consecuencias interesantes no sólo en el terreno de la ciencia pura, sino también dentro de la realidad jurídica. Los casos que plantean verdadera dificultad para distinguir entre administración y disposición son los supuestos en los que una persona administra bienes ajenos; la administración del propietario capaz no suele plantear problemas porque dicha persona reúne generalmente las facultades de un administrador y el ejercicio del poder dispositivo sobre sus propios bienes. Cuando un extraño administra bienes ajenos, los actos dispositivos son excepcionales, por lo que interesa saber cuándo puede disponer. Ahora bien, no es posible que disponga sin tener el poder dispositivo o sin que se lo comunique el derecho mismo. Por esto, el estudio de la facultad o poder de disposición resulta a su juicio imprescindible para calificar un acto de administración o de disposición.

Puede decirse que en el estudio de la estructura del acto de disposición el autor sigue un método distinto del empleado para examinar la naturaleza jurídica del acto de administración. Allí utiliza el método sintético, de exposición de teorías generales sobre los actos de administración, reservando para la segunda parte el estudio del Derecho Positivo. Sin embargo, al tratar de los actos de disposición presenta una serie de supuestos concretos antes de exponer doctrinas generales.

La primera teoría sobre el poder dispositivo que el autor examina es la que da por supuesta la posibilidad de aislarlo de los restantes elementos que constituyen la estructura del derecho subjetivo, teoría que se

mueve exclusivamente en el terreno abstracto de los principios. Se trata de las titularidades de disposición sin atribución patrimonial.

Otra hace referencia a la autonomía del poder de disposición como cualidad del sujeto. Esta teoría coincide con la anterior en ver el poder de disposición como algo independiente, pero se separa de ella porque desprende el poder de disposición del derecho subjetivo y lo relaciona con la capacidad de la persona, resultando, sin duda, paradójico.

Otras teorías examinadas son: las contemporáneas que integran el poder de disposición en las cualidades de las personas; la del poder de disposición como auténtico derecho subjetivo; la del poder de disposición como derecho potestativo; la del poder de disposición como poder autónomo sobre un patrimonio y la de la facultad jurídica.

Frente a las teorías que consideran el poder de disposición como un elemento de estructura simple, está la de Publiatti, que considera que dentro de él existen diversos elementos. Para este autor el acto de disposición resulta constituido por dos entidades: la facultad o poder de disposición y la manifestación concreta de voluntad que pone en movimiento el poder dispositivo.

Junto a las precedentes explicaciones, centradas en torno al poder de disposición, surge una teoría más amplia, que considera la posibilidad de disponer como la consecuencia de hallarse el sujeto en una relación especial con el derecho. Se trata de la teoría de la legitimación.

Tras el análisis de los fenómenos más significativos y la exposición sintética de las más importantes doctrinas, el panorama del «ius disponendi» aparece bastante oscuro. Por ello el autor intenta restablecer la claridad y la simplicidad de ideas, después de haber dado oportunidad a las doctrinas italianas de convertir la confusión en una obra de arte.

Estudiadas la autonomía del acto de administración y del dispositivo, intenta posteriormente demostrar que en el acto de conservación concurren suficientes elementos para justificar su estudio como figura independiente.

Después de fijar las características generales del acto de conservación procede a examinar cada uno de los elementos, con el fin de compararlo con los otros tipos de actos, principalmente con el de administración.

La zona de fricción entre los actos de conservación, administración y disposición aparece especialmente señalada en los supuestos donde la conservación depende del hecho de realizar actos de disposición. Surge la duda de si cabe calificar tales actos como de conservación, de administración o de disposición.

El autor, tras un examen de diversos aspectos del acto de conservación, cree que puede concluirse afirmando que su autonomía es indudable.

Establecido de la manera más amplia el concepto general de los actos de conservación, de administración y de disposición, se entra en la segunda parte de la obra, consagrada a la realidad jurídica. Se pasa así de la concepción esencialista de los diferentes tipos de actos a la concepción relativa.

Desde el punto de vista institucional, Aguilera de la Cierva clasifica las instituciones en Derecho Civil, Derecho Mercantil y Derecho Hipotecario, puesto que el estudio se refiere a todo el Derecho Privado.

Dentro del Derecho Civil, para la administración de origen voluntario, sigue la clasificación de Savigny, generalmente adoptada, referida a los derechos reales, de obligaciones, familia y sucesiones, estudiando separadamente la administración de origen legal y derivada de situaciones especiales, así como los supuestos de cotitularidad.

En el Derecho Mercantil estudia la administración en las instituciones básicas de la empresa individual, las sociedades comerciales y al quiebra.

En el terreno hipotecario el problema fundamental consiste en deter-

minar la naturaleza de las modificaciones de entidades registrales, siendo también objeto de su consideración el problema de la hipoteca.

Por último, al sentar sus conclusiones, pone de manifiesto:

1) Que el punto de partida de su tesis ha sido el siguiente: la posibilidad de realizar actos de administración y disposición no depende de la entidad del acto, sino de la disposición que ocupen los sujetos respecto de la titularidad de los bienes y derechos, así como de las características de la institución.

2) En cuanto al concepto de los diversos tipos de actos, cree que el concepto abstracto, puramente lógico, se puede formular así:

El acto de conservación es un acto debido, que no deja libertad de elección y se encamina a mantener una cosa en estado de cumplir su función propia.

El acto de administración es el realizado con el propósito de obtener de los bienes los rendimientos de que son susceptibles.

El acto de disposición es aquel por el que se transfiere, se grava, se extingue un bien o derecho o, de modo general, se produce respecto del mismo cualquier modificación jurídica.

Además afirma que el concepto de los actos de conservación, administración y disposición no puede encontrarse en las diversas instituciones jurídicas, porque es algo previo a ellas, distinto desde el punto de vista lógico. La formulación de conceptos generales, válidos para todo el derecho, sólo puede hacerse por lo que ha llamado doctrina científica creadora; la doctrina reflexiva no puede atribuir a las instituciones jurídicas lo que no procede de ellas.

En su opinión, aquí está la clave del problema y de la desviación sufrida por la doctrina en esta materia.

3) Su estudio se refiere fundamentalmente a la Ley. La jurisprudencia aparece también en algunas notas pero sin construir un sistema de conjunto, debido a la dificultad y extensión del tema.

4) La clasificación en actos de conservación, administración y disposición es de origen doctrinal y se basa en la naturaleza misma de las cosas. Se trata de las tres posibilidades de diferenciación entre los actos jurídicos, considerados desde una especial perspectiva.

La distinción es invariable y se mantiene idéntica a sí misma a lo largo de todas las instituciones jurídicas. Pero los actos aparecen como distintos en las diversas instituciones.

Tras los principios expuestos, el autor cree comprobar que el problema de los actos de conservación, administración y disposición ha sido erróneamente planteado por la doctrina.

Finalmente, con una relación de copiosa bibliografía, tanto española como italiana, francesa, alemana, inglesa y norteamericana, Aguilera de la Cierva da por concluida su obra, tan concienzudamente meditada y, como dice Manuel Albaladejo en el prólogo, tan digna de elogio por su magnífica calidad en todos los aspectos, ofreciéndonos un maduro fruto que aclara muchas dudas que han venido rodando por la doctrina.

CARLOS MARÍN ALBORNOZ

DE STEIGER, FRITZ: *Le Droit des Sociétés Anonymes en Suisse*. Editions Payot. Lausanne, 1973. 407 págs.

El autor, antiguo director del «Office Fédéral du Registre du Commerce», publicó en 1970 su obra bajo el título «Das Recht de Aktiengesellschaft in der Schweiz». Es un notabilísimo resumen de dicho derecho y de las experiencias adquiridas a lo largo de treinta años de servicios en el consignado departamento. Traducida inmediatamente al francés, ahora, bajo los auspicios de abogados y notarios de los cantones de lengua francesa, nos ofrece una nueva edición puesta al día de normativa, jurisprudencia, bibliografía y problemas.

Decir simplemente que es interesante sería despreciar la inmensa riqueza de una obra que, aunque de carácter fundamentalmente práctico, constituye una exposición sistemática del derecho suizo de sociedades anónimas, sin eludir ni los aspectos dogmáticos ni los más mínimos problemas que la vida presenta, apuntando, como un verdadero artista del «know-how», soluciones pertinentes, citando bibliografía, comentando resoluciones o sentencias y señalando la postura correcta del «Preposé au Registre» en el ejercicio de sus funciones calificadoras.

En sus párrafos el derecho se hace vida; las abstracciones se desvanecen y, paso a paso, su mano nos va guiando por la senda recta. Conceptos generales sobre la sociedad anónima y su naturaleza; el capital y sus funciones; las acciones y la responsabilidad limitada y otros, constituyen los capítulos iniciales de su estudio, que va extendiéndose en el examen minucioso y detallado de todos los requisitos relativos a la fundación, estatutos y cláusulas necesarias, documentación y requisitos de la inscripción; acciones, sus clases y transmisión; organización, modificación y disolución de la sociedad; los problemas de las sucursales, etc.

A lo largo del dilatado recorrido son constantes, casi fabulosas, las referencias bibliográficas, en especial las relativas a obras prácticas, como el «Formulario de Estatutos de las S..A.», editado por la Federación de Notarios de Suiza; el «Formulario del Registro Mercantil», de Jacquerod y el propio De Steiger, y las de este último y Freymond «L'inscription des sociétés anonymes au Registre du commerce» y «Formulaire de statuts selon les nouvelles prescriptions legales sur la société anonyme, la s. a. responsabilité limitée et la s. cooperative». No falta una relación de las revistas que considera ineludibles en un bufete profesional.

La lectura pausada y serena de esta obra de un ingeniero-jurista, ya que el autor no es un simple notario de la historia, sino que colabora a su construcción como político, con amplísima gama de hipótesis y soluciones, ofrece ámbitos para la meditación profunda. El sistema suizo de sociedades anónimas es un precedente ilustre del español, y aunque sus líneas esenciales discurren paralelas, se separan en múltiples aspectos concretos. La labor comparatista, que ofrece dispositivos diversos para una identidad de problemas y objetivos, es siempre utilísima y por ello nos resulta casi imposible dejar de otear, aunque sólo-sea en forma dispersa y superficial y desde la perspectiva del autor, el derecho suizo, resaltando diferencias y similitudes, siempre interesantes y más en este momento en que vivimos un período preconstituyente en el mundo de las sociedades mercantiles.

Todas las grandes empresas son sociedades anónimas, pero no todas las sociedades anónimas son grandes empresas. Con ello se resalta los diversos tipos empresariales que adoptan la estructura o manto formal de la sociedad anónima, y que podrían clasificarse en cuatro grandes grupos, prescindiendo aun de las enormes sociedades americanas o inglesas: La

sociedad *europaea*, supranacional, calificada por aquel eufemismo vago de «vocación europea», que representa importantísimos intereses y tiene sus Embajadas-Deuxièmes Bureaus, y hasta sus «barbouzes» en Bruselas. La *institucional*, comprensiva de aquellas grandes sociedades de un Estado, en las que el fin de lucro ha pasado a ser secundario y viven distanciadas de sus accionistas, con tendencia a la socialización. Las *abiertas* o cotizadas en Bolsa, que apelan al ahorro público, y, las más numerosas, las *cerradas*, formadas por grupos de amigos o parientes, en número no excesivo, a veces de capitales cuantiosísimos, en las que realmente se practica la democracia social y no hay asambleas mudas y oceánicas; en ellas el socio-condómino ejerce sus derechos y vive sus intereses.

Lamentablemente, los legisladores sólo han tenido «in mente», normalmente, uno de los tipos de sociedad indicados; se han sentido «monocráticos» y han prescindido de la realidad social en la que cada tipo de sociedad anónima requiere una especial regulación y su mayor o menor felicidad constituye uno de los factores fundamentales del progreso social. En muchas sociedades anónimas el sustrato comunitario adquiere vivo relieve. Y De Steiger, siguiendo a Peter Jaeggi, no sólo ha resaltado la variedad de situaciones que encubren las sociedades anónimas, sino el hecho de que, aunque desde el ángulo visual jurídico los accionistas no tienen el carácter de condóminos, económicamente la comunidad adquiere plena relevancia en aquellos casos estudiados por Guy Flattet en «Les sociétés immobilières d'actionnaires-locataires», o por Fredrich en «Die Mieter Actiengesellschaft».

El «iter» constitutivo de la sociedad anónima es analizado con todo detalle en trazos que colman todas las lagunas de la «praxis». Las aportaciones en efectivo al tener lugar la fundación deben ingresar en un «Office Cantonal de Consignation», normalmente un banco o caja autorizados. Las aportaciones «in natura» no se consideran liberadas si la sociedad, a partir de su inscripción, no puede disponer de ellas a título de propietario o hallarse en condiciones de proceder, sin condición ni delación, a la inscripción de tales bienes en el Registro de la Propiedad; se permite la aportación de bienes inmateriales, incluso secretos de fabricación o clintela, pero quedan excluidos los servicios, conocimientos o experiencias; la duración, de no consignarse en los estatutos, se presume indefinida; la fundación debe efectuarse por tres personas, pero si el primer Consejo tiene un número de miembros superior, precisarán tantos accionistas como miembros del Consejo, aunque se permite que el mismo pueda estar integrado por una sola persona; para que la sociedad pueda ostentar en la denominación el calificativo de «suiza» u otro similar es precisa la existencia de acciones nominativas que sólo pueden ser transmitidas a nacionales; la sociedad pendiente de inscripción se considera como un «nasciturus» y como tal disfruta de los derechos civiles a condición de que nazca viva. La inscripción tiene plenos efectos correctivos o sanatorios, adquiriendo la sociedad su personalidad jurídica, pese a todos los derechos civiles, conforme a su naturaleza y puede ejercitarlos desde la constitución de los órganos exigidos por la ley, sin limitación «ultra vires». No puede, sin embargo, participar como socio colectivo, o sea con responsabilidad ilimitada, en sociedades de tal naturaleza o comanditarias simples o por acciones.

Por lo que se refiere a las acciones, el autor llega incluso a analizar la postura adoptada por el Consejo Federal ante el hipotizado problema de la «doble impresión fraudulenta». Sólo las nominativas pueden ser objeto de limitaciones dispositivas—tema con tanto cariño abordado en España por Broseta—y confía que el porvenir pertenece a ellas, que señorean ya en los grandes imperios económicos de Estados Unidos e Inglaterra; se autoriza, en ocasiones, a que las acciones sean nominativas o al portador, a gusto del titular; la adquisición por parte de la sociedad

de sus propias acciones es problema de orden interno, pero no implica nulidad de adquisición. La prohibición no se extiende a los bonos de disfrute. Se admite la posibilidad de inscripción de Sindicatos de accionistas en la misma hoja de la sociedad, así como de su representante, en su caso. Estima que la duración de la sindicación debería limitarse a un período máximo de tres años.

Las Juntas Generales pueden celebrarse con un solo accionista; también fuera del territorio suizo. Los estatutos pueden prescribir el principio de la unanimidad, destacando la doctrina que señala que en tal caso la norma estatutaria sólo puede ser modificada también por unanimidad. Respecto al alcance de sus poderes expone la teoría de Wieland de la omnipotencia de la Junta, que puede dar al Consejo órdenes formales, y la teoría de la paridad, de Mohr, en méritos de lo cual la Junta no puede realizar intromisiones en las materias de competencia del Consejo. Surgen de ello problemas diversos, como las apelaciones que pueda realizar a la Junta la minoría del Consejo o cuando las facultades de la Junta, estatutariamente, inciden en las de giro y tráfico. Desfilan las posturas de Massilius, Caflisch, Piconi, Shocany, Jaeggi, etc.

Respecto al Consejo hay que anotar que la administración, según admite la práctica y el registro, puede ser ejercida por menores. Siegmund lo reitera en su obra «Guide des Préposés au Registre du Commerce de la Confédération Suisse». Pero el tema no es pacífico. Se opone a ello Schlegelberges-Quassowski. Las personas jurídicas, en cambio, no pueden ser administradores y una persona física no puede ser miembro de más de diez Consejos. Aunque no reconocido legalmente, la práctica, y las opiniones de Bachmann, Jaissle y otros, admite los administradores-suplentes. Aunque la facultad de modificar estatutos es parte inalienable de la Junta General o Asamblea, la jurisprudencia del registro admite que el Consejo pueda realizar alteraciones puramente redaccionales. La legislación alemana acepta que la Asamblea pueda encomendar de una vez para siempre tal facultad al «Aufsichtsrat».

No deja de tener interés el tema de los intereses intercalarios, que evitan los prolongados períodos de desarrollo sin dividendos. Están también reconocidos en la legislación francesa y acaban de serlo en la inglesa. La naturaleza jurídica de tales «intereses» es objeto de especial estudio en base a las opiniones de Lehman, Staub y Thur-Siegrwart.

Los aumentos de capital son lícitos incluso en el caso de no haberse liberado totalmente las precedentes emisiones. Aplauda las legislaciones que permiten la existencia de emisiones «gota a gota», que han facilitado el considerable éxito de las obligaciones convertibles. Las garantías en caso de reducción son también importantes, aunque excluyen en el supuesto de aumento en cuantía no inferior en el mismo acto. Las fusiones son posibles incluso en los casos de estado de liquidación. La amortización de acciones, que puede ser total, implica la constitución de una reserva legal de igual importe que el nominal de las acciones amortizadas. De Steiger distingue perfectamente los bonos de las acciones de disfrute, así como la posibilidad de que éstas tengan derecho de voto.

En materia de disolución es de anotar la pronunciada por el «Preposé» cuando la composición de la administración u otras circunstancias no correspondan a lo prescrito en la Ley, o haya motivos racionales para presumirla extinguida, en cuyo caso, y previo requerimiento por carta certificada, y no restablecida la situación legal, el mismo funcionario puede pronunciar tal disolución y proceder a la cancelación de la sociedad.

La prórroga puede acordarse aun después de transcurrido el plazo de disolución y por mientras la sociedad no haya sido liquidada. Esta tesis está aceptada por la práctica registral, aunque no ratificada jurisprudencialmente.

Finalmente, por lo que se refiere a las sucursales, destaca el autor que deben estar dotadas de cierta autonomía, que debe extenderse, normalmente, a su gestión ordinaria. Hay que distinguir sucursales de dependencias u otras oficinas, quedando ello a la discreción del «Preposé». Basta acuerdo del Consejo para su creación.

Las sociedades mercantiles presentan muchas facetas, algunas de las cuales no son abordadas por De Steiger, como la distinción entre el capital dirigente y el capital monetario o ahorrador. Tampoco alude a la creciente pérdida de apetito por el riesgo que se advierte en las nuevas generaciones, que más que acudir a la empresa y a los aumentos de capital limitan su actividad a las quinielas y lotería como riesgo máximo. Pero, en conjunto, la obra es completísima y sus sugerencias extraordinarias. Se ha dicho que los países subdesarrollados lo son más por la carencia de capacidad de organización empresarial que por la de riquezas. Nada más cierto.

JOSÉ M. PIÑOL AGUADÉ

GALGANO, FRANCESA: *L'imprenditore*. Bologna, 1973.

I. La obra de GALGANO supone la adaptación de un sistema para el examen de la obra jurídica, sistema que además de responder a un movimiento técnico del Derecho, éste es evaluado sobre la base de elementos externos, es decir, sobre criterios históricos, políticos y económicos.

II. El concepto de empresario. El concepto de empresario presenta, respecto a otros conceptos del Derecho, una particularidad, se forma tomando datos fuera de las categorías jurídicas tradicionales; está elaborado en la época moderna por la ciencia económica, el concepto de empresario aparece en el siglo XXVIII por vez primera en la obra de SAY. SAY distingue entre el capitalista que es el propietario del capital y el empresario como aquella persona que adquiere y organiza los factores de la producción; el empresario aparece como aquella persona que combina trabajo y capital ofreciendo al mercado bienes y servicios.

El empresario ocupa en el Derecho Privado moderno el lugar que tenía el comerciante en el antiguo Derecho Mercantil. Dicho concepto es introducido en el Código Civil Italiano «C.c.» en el artículo 2.082, cuando dice que empresario es quien ejercita una actividad económica organizada, que tiene por finalidad la producción o el cambio de bienes y servicios. La figura del comerciante en el antiguo Derecho Mercantil representaba una forma típica de operaciones entre individuo e individuo, mientras que el empresario lleva consigo una relación entre él y la colectividad y tiene por finalidad la creación de riqueza.

La organización aparece como requisito del concepto de empresario, debe tratarse de una actividad económica organizada para la producción y el cambio de bienes y servicios. La organización aparece como intermediaria entre el capital, el trabajo y aquellas personas que demandan bienes y servicios. Por eso no son empresarios las profesiones intelectuales ni los artistas, en cuanto éstos ofrecen su prestación intelectual pero no existe entre ellos y los demandantes de bienes y servicios ninguna organización intermediaria.

El empresario es un trabajador; el problema de la justificación del beneficio se fundaba, según la ciencia económica de tipo liberal, en la asunción del riesgo por parte del empresario, posteriormente el pensamiento marxista considera que el beneficio de la empresa es una expro-

piación al trabajador, pero otros consideran que el beneficio que obtiene el empresario procede de una remuneración debida por su trabajo, que es un trabajo de organización. La organización lleva como consecuencia la consideración del empresario como un trabajador, cuyo objetivo es la producción de bienes y servicios.

Por otra parte, el artículo 2.082 del Código civil dice que el empresario ejercita una actividad económica; hay que considerar la actividad económica como una creación de cosas económicamente valiables. El concepto de actividades económicas se puede completar bajo dos aspectos, de una parte un dato positivo, el de considerar esta actividad como productora de nueva riqueza, y un dato o aspecto negativo, se trata de que la actividad económica comporta un riesgo que supone la pérdida de la riqueza adquirida.

Respecto a las profesiones intelectuales no existe este riesgo típico del empresario. En las profesiones intelectuales, según el artículo 2.333, la compensación económica está adecuada a la importancia de la obra y a su resultado. El artículo 2.333 revela la idea de mantener la profesión liberal fuera de la transformación capitalista.

La actividad económica así organizada ha de ser ejercida por el empresario como una profesión, es decir, de una manera sistemática y no ocasional, aunque hay que tener en cuenta que una actividad ocasional o por temporadas, ejercida de una manera sistemática, da lugar a la aparición de la figura del empresario.

III. Empresa comercial y empresa agrícola. Extensión del concepto de empresa a la agricultura. Han sido observados la diferencia que existe entre el comerciante y empresario; el comerciante es el eje sobre el cual giran los Códigos de Comercio como el francés y el alemán, mientras que el empresario es un productor profesional. El Código civil no incluía nunca como comerciante al agricultor; el cultivo de la tierra no era una empresa, el disfrute de la tierra es concebido como el ejercicio sobre ella de un derecho de propiedad o de un derecho personal o real. El agricultor no aparece como comerciante puesto que extrae el producto directamente de la tierra y lo vende, mientras que el comerciante es el que se interpone en la circulación de bienes, adquiriendo los bienes para volver a vender. La clase agraria, dice GALGANO, ha estado protegida por el derecho de propiedad garantizado por el Código civil. Este derecho bastaba para garantizarle el disfrute económico de la tierra y por lo tanto para poder obtener un beneficio.

En el Código civil de 1942, la agricultura es considerada como una empresa, y el artículo 2.135 del Código civil define al empresario agrícola, pero esto no significa que el agricultor sea asignado a la figura del empresario en general según lo define el artículo 2.135 del Código civil. Dentro del ámbito del concepto de empresario que de una manera general determina el artículo 2.082 del Código civil, este texto legal considera dos clases de empresarios: el empresario agrícola, tal como lo dice el artículo 2.135 del Código civil, y el empresario comercial, según el texto del artículo 2.195 del Código civil. Ambos tipos de empresario tiene cada uno de ellos sus respectivas figuras normativas, y la disciplina del empresario comercial es mucho más completa y en ella figura la inscripción del registro de la empresa (art. 2.138 del Código civil).

La tierra impone condiciones económicas muy especiales a la actividad productiva, y esto, junto que el proceso para la producción de bienes en la agricultura se basa de una manera muy importante sobre mecanismos naturales, da al empresario agrario una especial configuración y unas normas distintas de los demás.

En cuanto a la actividad agrícola por conexión, se convierte al empresario agrícola en comercial. La solución depende de la interpretación del

artículo 2.135 del Código civil. Si la actividad del agricultor es una actividad conectada por la agricultura sigue siendo un empresario agrario, si no se convierte en un empresario comercial.

El pequeño empresario se caracteriza con una categoría profesional en relación con la dimensión de la empresa; son pequeños empresarios los cultivadores directos de finca, artesanos y comerciantes que ejercitan una actividad profesional organizada preferentemente con el trabajo propio y con el de su familia.

El pequeño empresario, aunque ejercita una actividad comercial, no está sujeto a la inscripción en el registro de la empresa (art. 2.202 del Código civil) y la hacienda es un conjunto de bienes (art. 2.555 del Código civil) y no está sujeto, en caso de insolvencia, a la quiebra y a otros procedimientos.

IV. Empresa y Hacienda. Los términos Empresa y Azienda, que en el lenguaje corriente tienen significados sinónimos, en el lenguaje jurídico tienen significados diversos. La empresa es una actividad (art. 2.082 del Código civil) y la hacienda es un conjunto de bienes (art. 2.555 del Código civil). El concepto de hacienda es lo que la ciencia económica considera como instrumento de la producción.

El artículo 2.555, al definir la hacienda, lo hace como un conjunto de bienes organizado por el empresario. Esto hace que no es necesario que coincida la titularidad de la empresa y la propiedad de los bienes que componen la hacienda. El empresario no tiene por qué ser un propietario de los instrumentos de producción; el capitalista sí es el dueño de los medios de producción; el empresario es el que los utiliza, ya sean propios o extraños, y asume un riesgo en el ejercicio de la empresa.

La hacienda en el tráfico jurídico. La hacienda es tomada en consideración por el Código civil en los supuestos de enajenación, usufructo y arrendamiento.

La hacienda no tiene una normativa específica para el tráfico jurídico. La hacienda se transmite, se da en usufructo o en arrendamiento bajo las normas jurídicas que corresponde a cada uno de los bienes que componen la hacienda. Todo esto significa que la hacienda no es un bien en sí mismo, independiente de los bienes que la componen. La palabra hacienda designa una pluralidad de bienes. Vender una hacienda no significa otra cosa que enajenar una suma de bienes.

En el caso de enajenación de una hacienda se entienden comprendidos dentro de dicha enajenación todos aquellos bienes que pueden identificarse sobre la base del artículo 2.555 del Código civil como bienes componentes de la hacienda. Se puede, en el caso de venta de una hacienda, excluir de este contrato determinados bienes, y en este caso la enajenación no del todo, sino de parte de los bienes que componen la hacienda, sólo puede entenderse como venta total de ella, si esta enajenación parcial es por ella sólo, idónea para poder continuar el ejercicio de la empresa. Por bajo de este nivel nos encontramos que no hay venta de hacienda, sino de un conjunto de bienes separados que como tal conjunto no comprenden a una hacienda.

Los actos de disposición de una hacienda no llevan consigo la transmisión de una empresa. La empresa es una actividad y por lo tanto no puede ser objeto de transmisión. El nuevo adquirente de la hacienda adquiere la condición de empresario no a título originario, sino a título derivativo.

Profesiones intelectuales y hacienda. Aunque para muchas profesiones intelectuales empiezan a semejarse a una hacienda, sobre todo en la práctica, ya que aparece un espíritu mercantil en el ejercicio de la profesión y son cada vez más frecuentes la existencia de clientelas y la cesión de dicha clientela y estudios profesionales. La noción de hacienda como con-

junto de bienes organizado no afecta a las profesiones intelectuales (artículo 2.238 del Código civil).

V. El empresario y el sistema económico. Así como el comerciante aparece en el Código de Comercio con un modo específico de obrar que se identifica con los negocios, el empresario en el Código civil tiene otra relevancia, ya que lleva consigo una relación entre él y la sociedad. El empresario constituye a la antigua figura del comerciante y aparece como una persona que crea riqueza y que por tanto es útil a la sociedad. El empresario es un productor que crea una prosperidad económica a la colectividad. A esto responde el artículo 2.088 del Código civil cuando dice que el empresario responde hacia el Estado de la producción conforme a la ley y a las normas corporativas. Derogado esto por la nueva actual constitución italiana, dice que la iniciativa económica es libre pero que no puede desarrollarse en contra de la utilidad social.

El interés del empresario e interés de la empresa. Los juristas habían calificado a la empresa más bien como un negocio o como una especulación, pero posteriormente nació la fórmula de «interés de la empresa». La empresa se transforma en una comunidad de trabajo en donde aparece el empresario como un trabajador y cuyo trabajo consiste en la organización, según el artículo 2.060 del Código civil. El empresario es un administrador de los intereses de otros.

El Código civil ha señalado para el empresario un sistema de publicidad legal que es el registro de la empresa (art. 2.188). El artículo 2.193 de este texto legal regula los efectos de la inscripción. Todo hecho inscrito es conocido por terceros sin posibilidad de pruebas en contrario y todo hecho no inscrito se presume que se ignora por terceros, salvo prueba en contrario. Esta prueba consiste en que se demuestre el conocimiento por tercero de la realidad jurídica no inscrita.

La necesidad de proteger al tráfico jurídico, especialmente en materia mercantil, determina que el artículo 2.206 del Código civil defina los poderes del institor. A falta de inscripción se reputa que el institor pueda actuar con eficacia vinculante respecto al empresario en todos aquellos actos que pertenecen al ejercicio de la empresa. En consecuencia, bajo un aspecto, la representación del institor se considera, por una parte, como una representación legal y por otra como una representación voluntaria.

VI. El empresario y el ejercicio de la empresa. Empresario es aquel que ejercita una actividad económica que es la empresa y que arriesga en esta actividad los bienes que aporta. Soportar un riesgo requiere decir que puede ser llamado a responder de las deudas contraídas en el ejercicio de la empresa. Pero si el empresario no puede aportar bienes para pagar sus deudas el riesgo de la empresa se transforma en una declaración de quiebra.

Pero estos problemas se complican en el caso del empresario oculto. Se ejercita una actividad económica pero por medio de un tercero. El dueño de la empresa aporta los capitales para el ejercicio de ella y obtiene los beneficios por esta actividad. Este es el empresario oculto, ya que el empresario aparente es aquel que contrata el trabajo, utiliza el nombre comercial y en general contrata con su propio nombre los créditos y los suministros.

De esta forma el riesgo económico viene transferido del empresario verdadero al empresario aparente. Pero como éste no puede hacer frente a las deudas de la empresa, porque no tiene bienes, el riesgo y los daños son soportados por el trabajo y por los administradores, que en caso de quiebra no reciben ni el precio de las mercancías suministradas ni los salarios por su trabajo.

¿Se puede declarar la quiebra de un empresario oculto? La respuesta, generalmente, es negativa. Se trata de un mandato sin representación. El empresario oculto es un mandatario que obra en su propio nombre, adquiere los derechos y asume las obligaciones de los actos o contratos en relación con tercero. Sobre la base del artículo 1.705 del Código civil, es el empresario aparente o mandatario quien es declarado en quiebra, ya que el mandante, empresario real, no puede ser declarado deudor. Como consecuencia de esto el empresario real, en sentido económico, adquiere los beneficios de la empresa y por otra parte el empresario aparente es el titular jurídico, asume los derechos y las obligaciones, en definitiva, soporta el riesgo económico.

Pero en la quiebra del empresario aparente, como no tiene bienes, son los pequeños suministradores y los trabajadores los que asumen el riesgo de la empresa, ya que las garantías reales sobre la empresa no existen o son pequeñas. Las garantías reales se obtienen generalmente por aquellas personas que aportan a la empresa grandes sumas de capital y especialmente por los bancos.

Socio oculto, sociedad oculta y empresario oculto, en cambio, con el criterio regulado en el artículo 147 de la Ley de Quiebras, declara que la quiebra de una sociedad ilimitada produce la quiebra de los socios de responsabilidad ilimitada, pero además este artículo determina que si se declara la quiebra de una sociedad y después aparecen socios ilimitadamente responsables, el Tribunal puede declarar la quiebra de estos socios.

Ante esto GALGANI se pregunta por qué no pueden aplicarse las normas del artículo 147 de la Ley de Quiebras al empresario oculto, y que, pese a subsistir el artículo 1.705 del Código civil, el empresario oculto debía ser declarado en quiebra.

Adquisición de la cualidad de empresario. La simple intención de ejercitar una empresa es irrelevante para adquirir la condición de empresario. Para ser empresario es necesario y hace falta el efectivo ejercicio de la empresa. El problema a determinar es cuándo hay un efectivo ejercicio de la empresa. Se dice que el solo hecho de tener preparada la organización de la empresa es el primer acto del ejercicio de ella, pero la opinión prevalente es la contraria. Hay que distinguir entre los actos relativos a la organización de la empresa, que no llevan consigo la consecuencia de asumir la cualidad de empresarios, y los actos propios de la organización de dicha empresa, que sí son idóneos para considerar que se ha iniciado el ejercicio de ella.

La cesación de la empresa es seguida generalmente de un proceso de liquidación. Puede plantearse el problema de considerar cuándo se termina o se extingue una empresa, si cuando cesa la fase de producción o cuando se termina la liquidación. La opinión más fundada es esta última, pues sólo en el caso en el que se termina la liquidación de la empresa puede valer como una demostración cierta que el empresario ha puesto fin a su ejercicio profesional y por lo tanto se ha extinguido la empresa.

RICARDO EGEA IBÁÑEZ

GARRIGUES, J. y A; ARMERO, JOSÉ M.; MELCHOR DE LAS HERAS y VEGA PENICHER, M.: *La participación de España en las comunidades europeas*. Estudio jurídico y textos fundamentales. Editorial Tecnos. Madrid, 1974.

El estudio que nos ocupa está integrado por 458 páginas, distribuidas a lo largo de tres partes: 1.^a) La Comunidad Europea y sus principios constitucionales; 2.^a) Requisitos para la participación en las Comunidades Europeas, y 3.^a) Problemas jurídicos constitucionales de la participación de España. Cada parte, a su vez, está subdividida en capítulos.

En el tema, que atrae el interés general prácticamente desde febrero de 1962, inciden tres aspectos: el económico, el jurídico y el político, pareciendo ser que hasta la fecha, a nivel público, sólo se ha dado importancia al aspecto económico, siendo escasa la información en el aspecto político y más desolador aún el panorama a nivel jurídico.

En la primera parte de este importante estudio se nos ofrece una introducción previa en la que se pone de manifiesto que las comunidades europeas fueron constituidas por tratados diferenciados en el tiempo y en su contenido:

- El Tratado de París (18 de abril de 1951) crea la CECA (Comunidad Europea del Carbón y del Acero).
- Los Tratados de Roma (25 de marzo de 1957) instituyen:
 - La CEEA o Euratom: Comunidad Europea de la Energía Atómica.
 - La CEE: Comunidad Económica Europea o más comúnmente llamada Mercado Común.

La Comunidad constituye una agrupación de Estados vecinos, económica y socialmente homogéneos e inspirados políticamente por los conceptos de libertad y democracia.

Tras el estudio de los antecedentes, fines y estructura de las comunidades, se nos habla de su naturaleza y principios constitucionales, indicándonos que, desde el punto de vista jurídico, las Comunidades constituyen tres organizaciones intergubernamentales, dotadas de órganos comunes e integradas por los mismos miembros, aunque, no obstante, a efectos prácticos, funcionan como una organización internacional.

Cuando se habla de los principios constitucionales comunes a los Estados miembros de la Comunidad, se dice que el punto de partida puede ser el estudio de las «tradiciones constitucionales comunes», que, en general, pueden ser identificadas con el sistema de gobierno basado en la «democracia parlamentaria»:

- El principio de la división de poderes.
- El principio de representación popular.
- La descentralización de poderes.
- El reconocimiento de ciertos derechos y libertades políticas o individuales y la garantía efectiva de esos derechos y libertades a través de procedimientos judiciales y/o parlamentarios.

Todos estos principios son analizados someramente en uno de los capítulos de esta parte de la obra.

Reconocida la existencia de unos principios generales del derecho como parte del derecho comunitario inspirados en «las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros», se trata en otro capítulo de examinar en qué medida los principios constitucionales comunes a los Estados miembros se incorporan en el ordenamiento comunitario, abor-

dando también el problema de la cesión de parte de la soberanía nacional por el hecho de participar en las Comunidades.

En la segunda parte se habla de las formas de participación en las Comunidades Europeas, destacándose que además de la participación plena, correspondiente a los Estados miembros, las Comunidades Europeas cuentan con una amplia gama de fórmulas que van estableciéndose progresivamente desde la misma concepción y elaboración de sus Tratados hasta las aplicadas alternativamente en base a una interpretación flexible y pragmática de dichos Tratados fundacionales.

En las Comunidades Europeas el término de «miembros originarios» es un concepto cuya utilización es restringida y limitada a los seis Estados que firmaron los Tratados de París y de Roma, esto es: República Federal de Alemania, Bélgica, Francia, Italia, Luxemburgo y Holanda.

El concepto de «admisión» aparece desde que se considera el carácter abierto de la CEE, lo cual facilita la entrada o adhesión de nuevos Estados únicamente europeos.

La incorporación en las Comunidades como miembros de pleno derecho (adhesión o convertirse en miembro) lleva consigo la participación plena en el proceso de integración.

Un segundo grado, sensiblemente atenuado, de participación en las Comunidades Europeas es el representado por fórmulas de «asociación».

Las modalidades de asociación desarrolladas hasta ahora son las siguientes:

- a) Asociación con los países o territorios de Ultramar.
- b) Asociación con los Estados Africanos y Malgache.
- c) Asociación con la Comunidad del Africa Oriental.
- d) Tratados de asociación con Estados mediterráneos europeos.

Junto a los tratados de asociación, están los llamados acuerdos comerciales, caracterizados por agotar su contenido en asuntos única y exclusivamente relacionados con el comercio entre las diferentes partes. Existen, como en la asociación, diversas modalidades de acuerdos comerciales establecidos entre la CEE y terceros:

- a) Acuerdos comerciales preferenciales.
- b) Acuerdos comerciales no preferenciales.
- c) Acuerdos de libre comercio.
- d) Acuerdos de cooperación.
- e) Acuerdos especiales consecutivos a la ampliación de las Comunidades Europeas.

En definitiva, nos encontramos, así, con tres tipos de relaciones entre la Comunidad y los Estados no miembros: la plena integración, que es una figura unitaria, que se consume con la adhesión a las Comunidades; la asociación, con diferentes modalidades de asociación de Estados europeos y no europeos, en la forma de unión aduanera o zona de libre comercio, y que suele ser considerada como antesala para la plena integración de Estados europeos; y el acuerdo comercial, en sus modalidades de acuerdo simple, acuerdo preferencial o acuerdo que establece una zona de libre comercio.

Permitida por los Estados comunitarios la admisión de nuevos miembros, no existe, sin embargo, en los mismos una reglamentación detallada de los requisitos para la admisión.

No obstante, puede adelantarse que los requisitos exigidos hoy para adherirse a las Comunidades Europeas y formar parte de las mismas en calidad de Estado miembro, con prerrogativas de participación de pleno derecho, se resumen según el siguiente esquema:

1. Situación física del Estado demandante: Continente europeo.
2. Situación económica: Grado de desarrollo económico comparable al de los Estados miembros.
3. Situación política: Democracia parlamentaria del tipo liberal-occidental. Práctica del sufragio universal para la elección de representantes parlamentarios y sindicales.

Examinados los requisitos para la admisión de nuevos miembros, se pasa al estudio de los requisitos para la asociación y otras formas de participación de Estados europeos no miembros en el proceso de integración, señalando en resumen los siguientes puntos:

1. Parece deducirse que la asociación de Estados europeos sólo se concibe como etapa preparatoria para la plena integración de aquellos países que, reuniendo las restantes condiciones (geográficas y políticas) para la adhesión, no pueden solicitar ésta en razón a su desnivel económico. En consecuencia, la asociación de Estados europeos requiere una cierta homogeneidad del régimen político de los Estados solicitantes con el de los Estados miembros, aunque la Comunidad ha demostrado, en los casos de Turquía y Grecia, no ser muy exigente a este respecto con los Estados ya asociados, debido a evidentes razones geopolíticas y estratégicas, que aconsejaban vincular ambos países al dispositivo de defensa occidental, al mismo tiempo que a la CEE, por razones económicas y de estabilidad creciente.

2. El establecimiento de una unión aduanera con países europeos sólo es posible cuando éstos cumplan, o se prevea que pueden cumplir en el futuro, las condiciones políticas exigidas para la adhesión o asociación.

3. Para los países europeos que no cumplan o no se prevea que pueden cumplir en el futuro los requisitos políticos exigidos para la adhesión o la asociación, la Comunidad sólo puede ofrecer su integración en una zona de libre comercio para productos industriales y ciertas concesiones en materia agrícola, ya en el marco de los acuerdos existentes con los países restantes de la EFTA, ya en el marco de la política mediterránea de las Comunidades.

Entrando en la tercera parte de la obra nos encontramos con el tema concerniente a los problemas jurídicos constitucionales de la participación de España, con un reflejo detallado y detenido de todas las vicisitudes acaecidas desde la carta dirigida el 9 de febrero de 1962 por el ministro español de Asuntos Exteriores, señor Castiella, al presidente en funciones del Consejo de Ministros de la CEE, señor Couve de Murville, en la que el Gobierno español solicitaba la asociación de España a las Comunidades Europeas.

Del examen de los principios constitucionales de los Estados miembros de la Comunidad se desprende la existencia de una homogeneidad en sus sistemas constitucionales y en el régimen de protección y garantía de los derechos del hombre.

Al discutir los requisitos para una participación de Estados europeos en las Comunidades, se observan continuas referencias por parte de las instituciones a la necesidad de un cierto grado de armonía institucional para acceder a la adhesión o asociación con las Comunidades Europeas.

Esto invita a los autores a estudiar con detenimiento el paralelismo o diferencias que pueden existir entre la Constitución española y la de los Estados miembros de la Comunidad, en el contexto de una eventual participación de España en el proceso integrador. Se trata, pues, de ver en qué medida existe homogeneidad o heterogeneidad entre los sistemas constitucionales de España y los de los países miembros de las Comunidades. Por ello se detienen en aquellos aspectos en que el sistema constitucional se asemeja al de los países miembros, tratando de resaltar las

posibilidades de evolución constitucional que ofrece nuestro ordenamiento jurídico.

Resumida a lo largo de este interesante estudio la problemática que plantea la participación de España en las Comunidades, y haciendo abstracción de las cuestiones políticas que en este tema puedan subyacer y que no corresponden a la naturaleza del presente trabajo, deducen una serie de conclusiones de contenido jurídico, basadas en la interpretación conjunta, objetiva y sistemática de una serie de textos comunitarios.

Ante la imposibilidad de recoger en una obra de estas dimensiones la totalidad de dichos textos, se incluyen en los anejos los que consideran más importantes y relevantes para enjuiciar el problema de la participación de España en las Comunidades Europeas.

Sabido es que en la Comunidad existen varios idiomas oficiales. No obstante, los autores optan por utilizar de modo homogéneo las versiones francesas, tanto por ser el idioma de mayor utilización en el ámbito de las Comunidades como por su más fácil acceso al lector español.

Concluyendo, podemos decir que el estudio realizado por un grupo de abogados que se definen bajo el denominador común de pertenecer todos ellos a despachos colectivos de Madrid, que previamente han armonizado actitudes y opiniones personales, no siempre homogéneas, hasta lograr unas conclusiones de equipo, resulta sumamente interesante, en cuanto pone de manifiesto en tono claro, sencillo y objetivo la problemática de la participación de España en las Comunidades Europeas.

Como los mismos autores indican, cualesquiera que sean las dificultades estrictamente jurídicas que puedan existir hoy para la incorporación de España al Mercado Común, la solución final del problema no sólo exigirá una acomodación razonable de nuestras normas constitucionales a las que son propias de los países de la Comunidad, sino una consideración especialísima de los aspectos político y económico.

Los autores pueden sentirse satisfechos de haber cumplido con el deber que se proponían de manifestar su opinión, de dar a conocer su punto de vista sobre los problemas jurídico-constitucionales que a su juicio plantea la referida participación.

CARLOS MARÍN ALBORNOZ

GÓMEZ SEGADE, JOSÉ ANTONIO: *El secreto industrial. Concepto y protección*. Editorial Tecnos. Madrid, 1974.

La obra consta de 411 páginas, con tres partes precedidas de un prólogo firmado por CARLOS FERNÁNDEZ-NOVOA, en el que se pone de manifiesto la notable trascendencia del tema, tanto en el terreno económico como en la esfera jurídica.

En nota preliminar hace saber que el libro aborda el estudio de un acto de competencia desleal: la violación de secretos industriales, limitándose a reflejar su protección en el marco de la disciplina de la competencia desleal y dejando al margen de su consideración el análisis de otros problemas, por ejemplo el régimen jurídico de los contratos de transmisión del secreto industrial.

El trabajo está dividido en tres partes. En las dos primeras se intenta conseguir un concepto del secreto industrial mediante el examen de su estructura y de los requisitos para su existencia, valiéndose en general de la doctrina y jurisprudencia extranjera (europea y americana). En la

tercera parte, después de unas nociones generales, se analiza la protección del secreto, mediante las normas contra la competencia desleal, en tres ordenamientos, pues dada la variedad legislativa era preciso limitarse a ordenamientos concretos, seleccionando, a este efecto, los de Alemania, Francia e Italia.

En el libro se presta también especial atención al examen de la jurisprudencia porque, en definitiva, siempre nos acerca más al derecho vivo que las especulaciones teóricas, advirtiéndose que la doctrina y jurisprudencia han sido examinadas esencialmente hasta diciembre de 1972.

En la parte primera, antes de fijar el concepto de lo que inicialmente llama secreto industrial, considera conveniente determinar qué se entiende por secreto en el lenguaje ordinario.

Enunciando en términos generales el concepto del secreto, es imprescindible comenzar a matizarlo por exigencias de la ciencia del derecho, llevándole la primera matización a distinguir entre secretos absolutos y relativos, y dentro de estos últimos habla de secretos voluntarios y secretos accidentales.

Pues bien, en la esfera jurídica sólo tienen relevancia los llamados secretos relativos voluntarios, o sea, aquellos que designan un saber que permanece oculto a ciertas personas, porque los conocedores del mismo ponen conscientemente obstáculos para impedir el conocimiento por parte de los demás, y a ellos son a los que precisamente se refiere el autor en su obra, aunque utilice simplemente la palabra secreto.

Al autor le interesan, en esta obra, sólo los secretos relativos a la gestión de una empresa o establecimiento industrial, cuya primera cuestión planteada es la de su denominación, tanto en la esfera del derecho comparado como en el derecho español.

En ellos distingue tres grupos claramente diferenciados: a) los atinentes al sector técnico industrial de la empresa; b) los relativos al sector puramente comercial, y c) los concernientes a otros aspectos de la organización interna de las empresas y relaciones de la misma, cuyo conocimiento sería valioso para los competidores, pero que en ningún caso representan un bien en sí mismos.

Su estudio versa sobre el secreto industrial aunque en principio, por considerarlo interesante, esboza de forma esquemática los rasgos del secreto comercial.

Centrado ya en el secreto industrial, señala las dificultades que entraña su definición, que a su modo de ver puede concretarse a «todo conocimiento reservado sobre ideas, productos o procedimientos industriales que el empresario, por su valor competitivo para la empresa, desea mantener ocultos».

En este mismo capítulo hace también referencia a los elementos estructurales y requisitos del secreto industrial, a los procedimientos parcialmente secretos y a la cuestión de trascendental importancia concerniente a la naturaleza jurídica del secreto industrial.

Este análisis del secreto industrial en conjunto lo concluye haciendo un breve examen de lo que se ha llamado la cuestión cardinal de la protección del secreto. Se refiere a la distinción entre secreto industrial y conocimiento y experiencias personales del empleado, distinción en principio irrelevante para el Derecho laboral español.

Otro capítulo está consagrado al estudio del objeto del secreto industrial. En términos generales afirma que el objeto del secreto industrial pueden ser cosas, procedimientos o datos que se relacionan con el sector técnico industrial de una empresa, debiendo seguirse en principio el sistema de «*numerus apertus*», aunque ello no quiere decir que no pueda señalarse, a título de ejemplo, cuál es el objeto típico del secreto industrial. Sin duda tiene por objeto alguna de las siguientes cosas: invenciones, descubrimientos, modelos industriales, dibujos y prácticas manuales,

objetos del secreto industrial cuyo análisis ha merecido la consideración del autor.

Una vez conocidos los principales posibles objetos del secreto industrial, se pregunta si en ellos deben concurrir determinados requisitos o circunstancias para que exista secreto industrial. Por ejemplo, si debe tener un determinado valor, si ha de ser posible su aplicación industrial directa, si el objeto del secreto puede ser contrario a la ley o a las buenas costumbres, etc. Por esta razón, los últimos números de este capítulo los dedica al examen de estos eventuales requisitos del objeto del secreto industrial.

Posteriormente pasa al examen de una figura de difusión universal y de constante aparición en la vida práctica y en estudios doctrinales, pese a lo cual no ha recibido todavía unos contornos precisos. Nos referimos al KNOW-HOW.

Sobre este punto, tras ofrecernos una previa introducción, analiza su concepto y nos dice que el «know-how» es un haber-hacer, un conocimiento de algo, constituyendo, por tanto, al igual que el secreto industrial, un bien de naturaleza intangible. Supuesto que el «know-how» es un conocimiento de algo, considera preciso señalar qué tipo de conocimientos son los que puede englobar el citado término.

De la exposición que hace de la naturaleza y caracteres del «know-how» se desprende una conclusión clara: el concepto «know-how» coincide con el de secreto industrial; dicho con otras palabras, «know-how» y secreto industrial son sinónimos; identificación ésta que no puede ser aceptada por los autores que sostienen que el «know-how» comprende conocimientos comerciales o que no es preciso que el «know-how» sea secreto, independientemente de otros argumentos impugnadores de dicha identificación que el autor sintetiza a continuación.

Pasando ya a otro punto, nos encontramos con la importancia y significado del secreto industrial. En este capítulo se analizan los siguientes puntos concretos: 1) patente y secreto industrial; 2) opción entre patente y secreto industrial; 3) significado actual del secreto industrial; 4) algunos campos de aplicación del secreto industrial y, por último, la disputa en torno a la justificación del secreto industrial.

De gran interés resulta también el capítulo dedicado al carácter oculto del secreto. El carácter reservado, el desconocimiento por los terceros, es un presupuesto esencial para la existencia del secreto industrial. Las discrepancias surgen en el momento de determinar qué se entiende por divulgación; dicho con otras palabras, en determinar cuándo un secreto deja de serlo y pasa a ser de dominio público.

Para el análisis de la divulgación del secreto pueden distinguirse dos planos: en primer término, ha de determinarse qué personas han de conocer el secreto para que se considere que se ha producido la divulgación del mismo. En segundo lugar, han de fijarse los actos que hacen posible el conocimiento por parte de esas personas.

Examinado el primer punto, resta conocer qué actos son los que pueden desvelar el secreto a estas personas y, en consecuencia, ocasionar la divulgación del secreto. Estos actos los examina desde una doble perspectiva: primero, naturaleza del acto, y, en segundo lugar, personas que lo realizan.

Esbozados en términos generales los actos que producen la divulgación del secreto, analiza algunos actos de divulgación del secreto que plantean problemas especiales (publicaciones impresas, venta e introducción en el mercado, etc.).

Por otro lado, la divulgación del secreto es una noción fundamentalmente temporal. Por esa razón, para saber si un conocimiento puede considerarse reservado, es imprescindible concretar el momento en que ha de apreciarse la falta de divulgación.

Antes de concluir esta pequeña teoría general de la divulgación del secreto industrial, considera que no puede pasar por alto ciertas características que debe reunir la divulgación para que realmente pueda decirse que ha desaparecido el secreto, tales como: que se revelen las partes o elementos principales y que la revelación o violación del secreto proporcionen un conocimiento seguro y pleno.

Como punto final de sus consideraciones sobre la divulgación del secreto industrial, el autor cree interesante comparar la divulgación del secreto con la falta de novedad en materia de patentes.

Pasando a otro capítulo, se pone de manifiesto cómo en la doctrina reina total acuerdo en torno a la necesidad de que exista en el secreto industrial un elemento subjetivo o voluntad del titular de mantener oculto el mismo. La divergencia se manifiesta fundamentalmente cuando se trata de analizar las características de esta voluntad, sus requisitos y la forma en que debe de manifestarse.

Ahora bien, si se quiere evitar la arbitrariedad en la determinación del secreto industrial jurídicamente protegible, al lado del elemento subjetivo (voluntad del titular) debe exigirse, como requisito del secreto, un elemento objetivo. Este elemento objetivo consiste en el interés económico que el secreto encierra para la empresa.

La doctrina y jurisprudencia alemana son las que con más claridad destacan la importancia del elemento objetivo. Junto a su estudio, el autor también refleja la doctrina y jurisprudencia de Francia e Italia.

En suma, la gran mayoría de la doctrina está de acuerdo en que debe exigirse un elemento objetivo, que está constituido por el interés. Las diferencias surgen al tratar de calificar este interés. El autor cree que habrá un interés objetivo en el mantenimiento del secreto cuando su revelación pueda facilitar, y por tanto incrementar, la competencia de los rivales o bien disminuir la propia capacidad competitiva de la empresa afectada.

Una vez conocida la esencia del secreto es posible abordar el problema de determinar la forma de protegerlo. Pero, naturalmente, considera preciso demostrar primero la necesidad y el fundamento de su protección, examinando igualmente los precedentes históricos de ésta.

Otro epígrafe relacionado con la materia es el relativo a la protección de los secretos industriales como factor impulsor de la legislación contra la competencia desleal. En la actualidad, en la mayoría de los ordenamientos, el secreto industrial disfruta de una doble protección. En primer lugar, se protege mediante normas específicamente dirigidas a su conservación, y en segundo lugar, de facto, resulta protegido como consecuencia de la aplicación de preceptos legales de muy diversa índole.

Con independencia de las normas laborales, y fijándose tan sólo en la protección penal o civil del secreto industrial, a efectos de sistematización distingue dos sistemas fundamentales: el sistema francés, que se caracteriza por dispensar protección directa al secreto industrial, preeminentemente a través de normas condenadas en el Código penal, y el sistema germánico, en el que la protección directa del secreto industrial se realiza a través de las normas que disciplinan la competencia desleal. Al lado de estos dos sistemas básicos existen otros que ofrecen características peculiares: el del «common law», el de los países de economía dirigida y el establecido por la ley-tipo sobre invenciones para países en desarrollo.

Una vez expuestos en líneas generales los sistemas de protección del secreto industrial, pasa a examinar las diversas hipótesis de violación y las consecuencias jurídicas que se enlazan a las mismas en el Derecho comparado.

Por lo que respecta a España, en punto a la protección del secreto industrial, puede incluirse dentro del que hemos llamado sistema francés,

puesto que, en efecto, la protección está asegurada fundamentalmente a través de normas contenidas en el Código Penal, las cuales, a su juicio, ofrecen una protección muy limitada, toda vez que existen numerosos supuestos que carecen de sanción penal y que, sin embargo, constituyen claros ejemplos de competencia desleal. En consecuencia, considera conveniente examinar las posibilidades existentes en España para reprimir la violación de secretos industriales mediante las normas contra la competencia desleal, tarea que exige la confirmación previa de que la violación de secretos constituye un acto de competencia desleal.

Tras hacer un exhaustivo examen de la legislación contra la competencia desleal en España, el autor llega a la conclusión de que la gravedad de la violación de secretos requiere un tratamiento más enérgico y claro que el que proporciona el vigente Derecho español, y ante esta situación cree imprescindible la promulgación de normas concretas que repriman la competencia desleal, normas que la doctrina viene reclamando desde hace tiempo sin demasiado éxito.

Sin entrar en el análisis de las acciones que corresponderían al poseedor del secreto, porque se trata de un tema genérico del Derecho de la competencia desleal, se limita tan sólo a poner de manifiesto que para reprimir los actos de competencia desleal (entre los que figuran la violación de secretos) deberían concederse, como mínimo, las tres acciones clásicas: acción de indemnización de daños y perjuicios, acción de cesación y acción de remoción.

En definitiva, la obra, de trascendental importancia tanto desde el punto de vista teórico como práctico, proporciona un adecuado conocimiento sobre uno de los supuestos típicos de competencia desleal: la violación de secretos industriales, y al mismo tiempo supone una contribución que resultará valiosa en el momento de emprender la inaplazable tarea de construir y analizar el Derecho de la competencia desleal en nuestro país.

CARLOS MARÍN ALBORNOZ

MAPELLI, ENRIQUE: *El apoderamiento ilícito de aeronaves*. Editorial Tecnos. Madrid, 1973.

La totalidad de la obra la integran 236 páginas, distribuidas en varios capítulos, completados al final con seis anexos, bibliografía e índice de autores que el autor cita a lo largo de su estudio.

Tras un prólogo firmado por LUIS TAPIA SALINAS y una nota preliminar, se entra en el primer capítulo, concerniente a la denominación del delito, o sea, de aquellos hechos ilícitos que nacen de la navegación aérea y que consisten en desviar de su normal ruta, arrebatando con violencia o coacción el mando de la aeronave a su legítimo representante, denominación sobre la que no existe unanimidad por parte de la doctrina.

La denominación que al autor parece más correcta es la de apoderamiento ilícito de aeronaves, sin perjuicio de examinar, por considerarlo de gran interés, las diversas acepciones utilizadas y los argumentos que, en su favor o en su contra, hayan podido ser propuestos, pues ello ayudará a la determinación conceptual de los hechos.

En la misma medida en que es difícil encontrar un nombre adecuado, resulta también difícil definir el delito de apoderamiento ilícito, ya que son muchas y muy dispares las características que lo informan y, dentro de ellas, muy variadas las facetas que pueden encontrarse.

Sin pretender recoger todas las definiciones que los autores han expuesto del delito, hace mención de aquellas que pueden considerarse meditadas, exponiendo las notas que, a su juicio, pueden considerarse más sustantivas del hecho ilícito, para concluir afirmando que: «El apoderamiento de aeronaves es un delito internacional atentatorio a la libre comunicación de los pueblos, a la seguridad de la navegación aérea, que se comete mediante la violencia o intimidación que se realizan sobre personas y cosas, a fin de someter al control del agente una aeronave comercial en vuelo que ha perdido la protección efectiva de las autoridades situadas en tierra, desviándola antirreglamentariamente de su ruta, establecida según los planes de vuelo, desposeyendo al comandante del legítimo ejercicio de sus funciones y realizando ello con propósitos ajenos a los del servicio de transporte a que está afecta la aeronave, bien tenga lugar la violencia o intimidación sobre la máquina, cosas transportadas, sus ocupantes, viajeros o miembros de la tripulación, y pudiendo tener lugar la violencia o intimidación por persona o personas ocupantes de la propia aeronave, o por quien o quienes se encuentren fuera de la misma, cualquiera que sea el procedimiento utilizado.»

Expuesta la definición, pasa a examinar los caracteres aeronáutico e internacional del delito, notas que para el señor MAPELLI le son propias e indeclinables teniendo en cuenta los medios en que el hecho se produce, los derechos y bienes que conculca y el tratamiento que requiere para su adecuada sanción.

Al enfrentarse con el discutido carácter político de los hechos que determinan el apoderamiento ilícito de aeronaves, se encuentra, en primer lugar, con la difícil determinación del delito político en general y con los problemas de extradición que, a su juicio, debe concederse en todo caso, salvo los especialmente excluidos en los convenios internacionales, entre los que no deberán figurar, en lo que al apoderamiento ilícito de aeronaves se refiere, consideraciones de orden político.

Por otro lado, la desviación de una aeronave comercial de la ruta reglamentariamente establecida implica necesariamente que tanto el pasaje como la carga llegan a un punto de destino que no es el determinado en sus respectivos contratos de transporte, y que tan sólo alcanzan el lugar de destino normal después de más o menos vicisitudes, y, en todo caso, con retraso.

El porteador, por causas que, desde luego, son ajenas a su voluntad, ha incumplido el contrato de transporte concertado. Aun admitiendo que los daños y perjuicios no hubieren tenido otro reflejo que la demora, esta será de tal entidad que indudablemente tanto el pasaje como la carga se habrán visto afectadas por sus consecuencias. Todo ello lleva al examen de la eventual responsabilidad civil del porteador.

El autor considera que, puesto que el riesgo de que a bordo pueda ser cometido un delito de apoderamiento ilícito, la probabilidad del mismo y sus consecuencias es tan conocido del usuario como del porteador, en el caso de que el suceso lamentablemente se produzca, cada parte debe pechar con las respectivas consecuencias. El porteador con las suyas, que, ciertamente, no son pequeñas; el usuario con las que se deriven del retraso, no pretendiendo que por el porteador le sean compensadas.

El apoderamiento ilícito de aeronaves requiere un tratamiento doble, según que el hecho se contemple, hipotéticamente, como una posibilidad susceptible de acaecimiento, respecto a la que hay que adoptar medidas previas, y de otro lado, como un suceso que ya ha tenido lugar y que requiere la necesaria corrección no sólo para restituir el perturbado derecho, sino para que con la ejemplaridad de la medida que se adopte obtener también resultados positivos que sirvan para evitar hechos futuros de naturaleza análoga. De aquí el examen que se hace, por un lado de

las medidas preventivas en relación con el delito, y de otra parte el ejercicio de la autoridad en relación con el delito.

Por lo que a la primera respecta, hace una breve consideración de las distintas medidas preventivas que han venido utilizándose en los diversos países y aquellas que han sido propuestas como susceptibles de ser aplicadas.

Los sistemas preventivos más usuales pudieran agruparse así:

a) Intimidación psicológica; b) mayor moderación en los medios informativos; c) dotación de armas explosivas a los miembros de la tripulación; d) ofrecimiento de recompensas a quienes proporcionen noticias sobre la presencia de un secuestrador como presunto viajero o antes que el embarque tenga lugar; e) métodos persuasivos por parte de la tripulación y muy especialmente del comandante de la aeronave; f) registros personales de los viajeros y las cosas antes de ser admitidos al embarque; g) utilización de medios electrónicos, radiográficos, electroquímicos, etcétera, para la detección de objetos susceptibles de ser ilícitamente utilizados; h) seguridad en la cabina de mandos; i) uso de televisión mediante su instalación en circuitos cerrados en el interior de la aeronave; j) guardias especialmente armados y entrenados que, como cualesquiera otros pasajeros, viajen en las aeronaves.

En suma, las citadas medidas preventivas pueden agruparse en dos categorías:

a) Las que tienen lugar antes del embarque del pasaje y de la carga, que consisten en aislamiento de zonas, vigilancia, controles, registros, etc.

b) Las que tienen lugar después del embarque del pasaje y de la carga que consisten en represión de las agresiones, vigilancias a bordo, persuasiones, etc.

El autor se siente decididamente partidario de las agrupadas en la primera de las categorías apuntadas.

Delicado problema se ofrece en el capítulo VII, concerniente al ejercicio de la autoridad para la prevención y represión de estos hechos. Si bien no hay duda—dice el autor—de que mientras la aeronave se encuentra en tierra con los motores parados y sin que el comandante de la misma se haya hecho cargo de su mando, serán las autoridades competentes de tierra las encargadas de preservar el orden y garantizar los derechos de personas y cosas, y si bien tampoco se ofrece duda en que todo ello es competencia del comandante después que la máquina ha abandonado el aeropuerto y se encuentra en el cielo, no es, en cambio, tan fácil deslindar estos campos de competencia en determinados momentos en que pudiera pensarse que existe una superposición simultánea de ambas autoridades, la competente en tierra y la del comandante de la aeronave.

Queda aún otro problema: la competencia jurisdiccional para sancionar estos hechos una vez que haya sido repuesto el orden conturbado.

Pasando al capítulo referente a la regulación del delito en la legislación comparada, MAPELLI considera que no es oportuno hacer un estudio completo de la cuestión a la luz de las legislaciones positivas correspondientes, ya que, en rigor, nos encontramos en un proceso de elaboración. Hace transcripción de las más significativas advirtiendo, en cuanto a la española, que se hace omisión de ella, ya que la muy avanzada y completa Ley Penal y Procesal de la Navegación Aérea, de 24 de diciembre de 1964, se incluye en otro lugar íntegra, como anexo.

Si bien el autor ha venido fundamentalmente refiriéndose a los dos Convenios Internacionales de Tokio, de 14 de septiembre de 1963, y de La Haya, de 16 de diciembre de 1970, que de una manera directa se contraen al delito de apoderamiento ilícito de aeronaves, considera también preciso o de interés conocer las declaraciones y recomendaciones, amén

de otros compromisos diplomáticos, que hacen relación al tema y que ponen de manifiesto el clamor universal, de carácter unánime, que contra la delincuencia aérea se ha producido.

El capítulo X está consagrado íntegro al Convenio de Tokio sobre las infracciones y ciertos otros actos cometidos a bordo de las aeronaves, abordando algún que otro punto concreto a través de preceptos que resultan, por incompletos, insatisfactorios, pero que suponen un deseo de buena voluntad, que no debe ser negado por ningún Estado y que, en definitiva, abrirá paso a la firma de convenios más completos y eficaces, como el de La Haya, para la represión del apoderamiento ilícito de aeronaves, con cuyo estudio, exhaustivo y somero, cierra su trabajo sobre un tema de evidente actualidad, completado con los siguientes anexos:

- I Convenio de Tokio.
- II Convenio de La Haya.
- III Convenio de Montreal.
- IV Resolución adoptada por el Consejo de la Organización de Aviación Civil Internacional, de 19 de junio de 1972.
- V Ley Penal y Procesal de Navegación Aérea, de 24 de diciembre de 1964.
- VI Acuerdos entre los Gobiernos de la República de Cuba y Canadá y de los Estados Unidos de América sobre el secuestro de naves aéreas y marítimas y otros delitos.

La obra, con la que el autor lleva a efecto un breve ensayo de sistematización y un primer acopio de material doctrinal y legislativo, constituye, en suma, un tratado monográfico completo sobre esta figura criminal respecto a cuya denominación tanto se ha discutido.

CARLOS MARÍN ALBORNOZ

IX REUNIÓN DE PROFESORES DE DERECHO PROCESAL: *El sistema de medidas cautelares*. Ediciones Universidad de Navarra, S. A. Pamplona, 1973.

Consta la presente obra de 259 páginas, que comprenden la labor aportada por varios profesores de Derecho Procesal en la IX Reunión, celebrada en los días 15, 16 y 17 del mes de octubre de 1973 en la Facultad de Derecho de la Universidad de Navarra, bajo la presidencia del catedrático de Derecho Procesal de dicha Universidad, profesor GUTIÉRREZ DE CABIEDES.

Comienza con una ponencia del señor GUTIÉRREZ DE CABIEDES sobre los elementos esenciales para un sistema de medidas cautelares.

Estos procesos presentan una buena cantidad de problemas que, sin pretender exhaustividad, cree conveniente enumerar:

1. Una teoría general de las medidas cautelares obligaría a precisar si este instituto procesal se correspondería o no con un derecho subjetivo sustancial a la cautela.
2. Otra cuestión a resolver es la de la autonomía o dependencia de las medidas cautelares.
3. Otro problema a resolver es el de si las medidas cautelares pueden ser estudiadas conjuntamente con aquellas otras disposiciones procesales que van enderezadas a conservar los datos y pruebas que permitan que la

sentencia pueda dictarse con acierto y pleno conocimiento de los hechos por el juez.

Hechas ciertas precisiones, considera necesario abordar el estudio, aunque sea somero, de las características fundamentales de las medidas cautelares, o si se quiere de aquellos elementos de que debe constar una medida para que quepa conceptualmente de cautelar. Estima que las más importantes son las siguientes: a) efecto asegurativo de la medida; b) la medida cautelar está preordenada a un proceso pendiente; c) exhibición del título; d) homogeneidad y no identidad entre la medida cautelar y el derecho sustantivo tutelado; e) carácter dispositivo de la medida cautelar; f) contracautela, y g) levantamiento o modificación de las medidas cautelares.

Sin embargo, el tema que desde un punto de vista práctico y prelegislativo tiene más importancia en la regulación de las medidas cautelares es el de su clasificación.

Desde un punto de vista teórico se pueden clasificar las medidas cautelares atendiendo a que la obligación sea:

1. De dar cosa genérica (dinero).
2. De dar cosa específica: mueble o inmueble.
3. De hacer.
4. De no hacer.

Estas medidas tendrán unos presupuestos distintos cuando la obligación nazca de un derecho personal o de un derecho real incumplido por un tercero, frente al cual se solicita la medida.

Las medidas provisionales en relación con las personas merecen un estudio aparte, ya que nacen de relaciones peculiares del derecho de familia en su vertiente matrimonial o paternofamiliar.

Tras la citada clasificación se estudian las notas generales que se estiman características de cada una de estas medidas cautelares, para sentar por último ciertas conclusiones.

El catedrático señor FAIREN GUILLÉN aborda el tema de los procesos y medidas cautelares, en el anhelo de colaborar con sus compañeros en la tarea de reelaborar la vieja LEC y ofrecer una versión de la misma puesta al día, pero conservadora de los valores indiscutibles. El trabajo por él efectuado sobre el tema, en colaboración con los profesores adjuntos y ayudantes de la cátedra de Derecho Procesal de la Universidad de Valencia, no refleja en parte más que el sentir de que debe procederse no a un reajuste, sino a una reforma total del proceso cautelar español, según las pautas que antes había dado a conocer.

Encontrándose con procesos y medidas cautelares desparramados anárquicamente por todo el ordenamiento jurídico español, y tratándose de una puesta al día de la vieja LEC, en la medida en que acepta esta colaboración, no le es posible convertir el articulado que se proyecta en las páginas de su trabajo, en un libro total de tratamiento de todas las generalidades, de todos los procesos y medidas cautelares—a incluir en una Ley Procesal General, que viene propugnando en el desierto—mas las especialidades procesales civiles.

El señor FAIREN, en su labor, acude no sólo a la LEC, sino a otras leyes; así, a la LECR, en cuanto a fianzas y embargos, pues su regulación le parece superior a la otra; a las hipotecarias, a los Códigos Civil y de Comercio, a las leyes especiales, no dejando de pensar en que, pese a todo, se le han escapado diversas medidas cautelares.

Ajustándose al criterio sustentado en la reunión de Mallorca, procura evitar la introducción de innovaciones, pero, para no intentar poner en pie momias, cree que ha debido introducirlas—por ejemplo, en cuanto al embargo preventivo—o colmar gravísimas lagunas—por ejemplo, en cuanto al secuestro.

El profesor PRIETO CASTRO presenta la comunicación sobre medidas cautelares. Tras ofrecer las razones que justifican la importancia del tema elegido y formular ciertas observaciones, pasa a exponer brevemente un ensayo de sistematización primario de las diversas medidas cautelares.

El catedrático de Derecho Procesal de la Universidad de Sevilla, FAUSTINO GUTIÉRREZ-ALVIZ Y ARMARIO, aborda el tema concerniente al embargo preventivo sin documento cualificado previo.

El señor FONT SERRA trata de las medidas cautelares como manifestación de la justicia preventiva. Con ello, tras unas breves consideraciones, pretende aclarar que la tutela cautelar, siendo una especie dentro del género de la tutela preventiva, tiene una particular relevancia. Es, por así decirlo, una de las especies más genuinas.

La genuinidad de la tutela cautelar preventiva, unida a sus bien determinadas características, y fundamentalmente a su finalidad de asegurar la ejecución de su posible derecho, nos muestran a la justicia cautelar, a pesar de su situación de dependencia instrumental, con una autonomía propia. Se une, por tanto, al deseo unánime de la doctrina procesal española respecto a que las medidas cautelares gocen de una regulación autónoma en nuestra futura legislación procesal.

El señor GONZÁLEZ DELEITO Y DOMINGO, del departamento de Derecho Procesal de la Universidad Complutense, se refiere a las medidas cautelares en el proceso del artículo 41 de la Ley Hipotecaria.

La comunicación de JOSÉ GONZÁLEZ MONTES hace referencia a las medidas cautelares personales en nuestro ordenamiento.

Otra comunicación es la del profesor adjunto de Derecho Procesal de la Universidad de Valencia, JUAN MONTERO AROCA, y versa sobre el sistema de medidas cautelares y su concreción en el proceso laboral. MONTERO AROCA, tras ofrecer una previa introducción y tratar del proceso de trabajo como una especie del civil, e igualmente de los procesos y medidas cautelares ante la jurisdicción laboral, se refiere concretamente al embargo preventivo, a las medidas indeterminadas del artículo 1.428 de la LEC, y a las medidas cautelares específicas del proceso laboral: a) anticipación de la prueba; b) reseña de libros y cuentas; c) consignaciones para recurrir, y d) ejecución provisional.

AMALIA MONTES REYES trata de la anotación preventiva de demanda como manifestación de la justicia preventiva.

La anotación preventiva es un asiento registral. Como tal tiene como finalidad la publicidad, especialmente respecto de terceros.

No es su intención en este trabajo analizar el aspecto sustantivo o registral de esta figura. Su interés se centra en la relación existente entre el proceso y las anotaciones preventivas, es decir, la trascendencia procesal de ésta, sin perjuicio de hacer alusiones que correspondan a aquél, dado el doble carácter de que gozan.

Hechas ciertas consideraciones generales sobre la anotación preventiva de demanda, considera conveniente suscitar varias cuestiones en torno a la referida anotación preventiva de demanda que a continuación examina, y son:

1. Casos en que procede la anotación preventiva de demanda, considerando a estos efectos que procederá cuando el resultado del proceso que con ella se inicia pueda tener alguna repercusión en el contenido del registro.

2. Necesidad de que la cosa o persona objeto de la anotación esté inscrita en el registro correspondiente, toda vez que esta anotación procede respecto de bienes inscritos o de personas, como en el caso de la incapacidad.

Examina también otros supuestos de anotación preventiva similares a la de la demanda. Se refiere a aquellos supuestos en que por no haber

acuerdo sobre su naturaleza jurídica o por pertenecer a la jurisdicción voluntaria, no quiere incluirlos entre los supuestos en que procede la anotación preventiva de demanda, pero que dada su similitud con ellos cree oportuno referirlos; son:

- a) Declaración de ausencia y fallecimiento.
- b) Abintestato y testamentaria.

Igualmente hace referencia a la naturaleza cautelar de la anotación preventiva de demanda, haciendo algunas consideraciones que demuestran este carácter, y por último se refiere a la necesidad de introducir la anotación preventiva de demanda en el futuro Código Procesal Civil.

La última comunicación recogida en esta obra es la del profesor adjunto numerario de Derecho Procesal de la Universidad de Barcelona, ALFONSO PÉREZ GORDO, sobre medidas cautelares y ejecución provisional.

PÉREZ GORDO, dentro de la ponencia general sobre el sistema de medidas cautelares, trae a colación un tema siempre actual: el de la ejecución provisional en relación con las medidas cautelares, a fin y efecto de resolver, con carácter previo, cuál sea la naturaleza jurídica del instituto y la función que el mismo desempeña en el ámbito del proceso civil, pero al mismo tiempo analizar lo que de cautela y ejecución hay en él, no sin entrar en la triple faceta a que le obliga este planteamiento, el de la posibilidad de considerar a la ejecución provisional como medida ejecutiva y cautelar al propio tiempo, así como medida cautelar o como ejecutiva aisladamente, para sentar, por último, las conclusiones oportunas que somete a los profesores participantes en torno a la problemática de la ejecución provisional en relación con las medidas cautelares.

En resumen, como tema de trabajo se han considerado los problemas que suscitan las medidas cautelares en el proceso civil con vistas a su reordenación en la legislación procesal, sobre la base de la ponencia y comunicaciones presentadas, estimándose que una adecuada regulación de las medidas cautelares puede representar la mejor contribución a la reforma del proceso civil por cuanto supone una garantía en la administración de la justicia y la tutela de los derechos de los justiciables.

CARLOS MARÍN ALBORNOZ

MOLINA GARCÍA, A.: *La doble venta a través de la jurisprudencia civil*. Editorial Montecorvo. Madrid, 1975.

La Editorial Montecorvo, en su línea directriz de publicar tesis doctorales de la más reciente actualidad, ofrece en el presente caso la que es objeto de esta recensión y, en la cual su autor, ANTONIO MOLINA GARCÍA, Doctor en Derecho y Juez de Primera Instancia, trae al campo de la discusión doctrinal un estudio sobre el viejo y tremendo problema de la doble venta. La peculiaridad del estudio reside en circunscribirse a un examen de la jurisprudencia en torno al artículo 1.473 del Código civil. El acotar campos y moverse en ellos con pocos elementos, sea quizá el éxito de la publicación, pues el problema, no ya desde el punto de vista doctrinal, sino en sus reflejos registrales, permite hablar de volúmenes de miles de páginas que recojan lo mucho que se ha escrito sobre este punto. No hace mucho, uno de los autores que se han preocupado del tema, al hacer una recensión de uno de mis últimos libros, decía que en el tema de la «tradición y la inscripción» yo había entrado en él inten-

tando clarificarlo, «pues sólo a machetazos es posible avanzar en esta jungla». Me estoy refiriendo, como es de todos conocido, al gran hipotecarista TIRSO CARRETERO.

Esto también puede predicarse de la monografía comentada, aunque en la vertiente de la práctica. Mi libro ofrecía síntesis de doctrinas para explicar el fenómeno, y éste ofrece resúmenes claros para la aplicación de una norma. Algo así creo descubrir en las palabras del prologuista de la obra, JORDANO BAREA, que nos dice: «El libro, por tanto, interesará sobre todo a los juristas prácticos encargados de aplicar normas jurídicas y no de explicarlas.»

Ambientado así el contenido del libro, creo que será fácil para el lector deducir la gran utilidad que el mismo ofrece, sobre todo para aquellos que en su función judicial tienen en su mano esa gran facultad de la aplicación del Derecho. En su intento de objetividad legislativa, al autor se le escapan frases, opiniones y razones que demuestran su poca conformidad con la solución legislativa que el Código civil da al problema de la doble venta de inmuebles en su vertiente registral. No quiero insistir en este punto, pues ello me obligaría a reducir esta recensión a una especie de «censura» de frases, lo cual no ha sido nunca mi función, pues yo comprendo que la especialidad de conocimientos impone ciertas limitaciones a la hora de opinar.

El contenido del libro—materia a la que me debo ceñir en esta aséptica recensión—, aparte de afrontar el problema de la doble venta tal y como la interpreta el Tribunal Supremo, contiene un estudio sistemático de diversos problemas que el artículo 1.473 del Código civil plantea. Estructura el autor la materia en once capítulos, que se me antojan excesivos para mediatizar esta recensión a ellos. Por tanto, y sin el consentimiento del autor, voy a organizar esto de otra forma, a efectos de que el lector pueda tener una impresión genérica de la obra sin el agobio de tanto apeadero. No recoge un índice cronológico de sentencias, se prescinde de un índice de autores y obras citadas y solamente se incluye un índice sistemático, pero no conceptual.

a) *Esencia y finalidad de la doble venta*

Bajo este epígrafe, que el recensionista se inventa para ofrecer comprimido al lector un contenido, el autor destina dos capítulos de su obra, en los que presenta la problemática que se ofrece con el fenómeno y la finalidad y presupuestos que la legislación exige para su solución.

El autor, en el contrato de compraventa, distingue dos momentos decisivos o dos fases: el de la perfección del contrato y el de la consumación del mismo. El tema de la doble venta sólo se produce, según el autor, en el intermedio de una y otra.

Igualmente el autor sienta la idea de que la problemática de la doble venta exige como condición fundamental la concurrencia de dos enajenaciones válidas, siendo por completo distinto el problema de la «venta de cosa ajena». Como problemas conexos examina el de la venta por apoderamiento, la venta judicial, la permuta, el tanteo, la opción de compra, etcétera. Otra premisa fundamental de su tesis es la de que el artículo 1.473 del Código civil da una norma para resolver un supuesto, prescindiendo de su licitud o ilicitud, y que debe ser complementado con los relativos a la tradición, buena fe y normas hipotecarias. Toca, por último, el principio de prioridad y disiente de su aplicación a ciertos casos que cita.

Debo agregar que esta serie de opiniones del autor están basadas en criterios extraídos de la doctrina del Tribunal Supremo, que, como argumento decisivo y estelar, el autor utiliza en apoyo de sus argumentos.

De las distintas formas de exponer la doctrina del Tribunal Supremo ya se ha hablado mucho. Puede ser tolerable la generalización, el ofrecimiento parcial de considerandos o la vulgarización de las esencias contenidas en los fallos, pero lo que no creo procedente en un libro especialmente destinado a un examen minucioso de la Jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre una materia tan concreta, es sustraer al lector la «literalidad» de la sentencia, resumiéndole hechos y destacando lo que al autor le parece fundamental.

b) *Perfección y ejecución del contrato en la doble venta*

El autor parte del carácter consensual del contrato de compraventa. La perfección del contrato se produce por la concurrencia del consentimiento sobre la cosa y el precio. Doctrinalmente, ya NÚÑEZ LAGOS, por ejemplo, había demostrado la inexistencia en el Derecho español de los «contratos traslativos» por el imperio de la teoría del título y el modo. Aduciendo este último, el autor sitúa el caso de la doble venta en el momento en que, perfeccionado el contrato, éste no se ha cumplido, esto es, aún el vendedor no ha verificado la tradición y, por ello, el comprador aún no es propietario.

Igualmente el autor destina un capítulo al examen del concepto de causa y, sobre todo, a la postura netamente objetiva con la que el Tribunal Supremo enfoca este elemento contractual. Después de la causa se estudia el objeto, sus requisitos (real y posible, lícito y determinado), el posible error en el mismo y el problema de la falta de objeto. En este último punto es donde el autor da una construcción original, pues entiende que cuando una finca es vendida varias veces no puede decirse que sea precisamente el objeto el requisito que falte a cualquiera de los contratos que sobre ella se celebren. La anormalidad no la encontramos en el objeto, que damos por existente, sino en la relación del sujeto vendedor con la cosa, apareciendo serias dudas en cuanto a sus facultades para llevar a cabo nuevas enajenaciones. El problema de la falta de objeto se desplaza así al de la relación que el sujeto—vendedor—mantiene con la cosa. Entonces hemos de tener presente la reconstrucción que la doctrina civil ha hecho del concepto procesal de la «legitimación».

La simulación, ese gran tema de difícil prueba y percepción jurídica, se estudia por el autor ofreciéndonos muestras de la jurisprudencia en las que se identificaba el caso con supuestos de falta de objeto. El tema, de otra parte, está íntimamente estudiado en relación con el artículo 33 de la Ley Hipotecaria. Al caso de la simulación le sigue el de la tradición, no menos importante, destacándose la idea de que la posesión real prevalece sobre la «ficta», dando así preferencia a la compraventa en que haya mediado la primera.

c) *La inscripción registral en la doble venta*

Partiendo del texto del artículo 1.473 del Código civil, que innova, en orden al problema de la doble venta, la forma de solucionar un conflicto otorgando a la inscripción registral la preferencia, el autor examina una serie de puntos para llegar a destacar cómo esa afirmación del Código civil queda enervada en muchos casos. El autor hace alusión al requisito de la inscripción previa, examina el caso de la anotación preventiva, la problemática de la doble inscripción y las cuestiones superiores de la protección de los artículos 34, 38 y 32 de la Ley Hipotecaria.

No puede ser ésta la ocasión de discutirle al autor sus opiniones, pues ello supondría transformar una recensión en un artículo de revista y, por ello, aquí nos limitaremos a decir que el autor afirma que la protección

registral sólo se dispensa cuando la doble venta suponga un doble caso de «tradición ficta» o una doble venta documentada en escritura pública y en documento privado. Descarta el caso de la simulación por el juego del artículo 33 de la Ley Hipotecaria, los supuestos del artículo 207 de la misma y la posesión en concepto de dueño por persona distinta del transmitente a virtud del artículo 448 del Código civil en relación con el artículo 36 de la Ley Hipotecaria. ¡Menos mal que al autor no le han nombrado todavía de la Comisión legislativa, pues sería capaz de suprimir toda la legislación hipotecaria!

Por último, toca el problema de la buena fe, que, como es natural, va implícito en el supuesto. Termina examinando la situación del comprador que no consigue la adquisición de la cosa y que ve limitada la opción de que habla el artículo 1.124 del Código civil al resarcimiento de daños.

JOSÉ MARÍA CHICO ORTIZ

SIMÓN SEGURA, FRANCISCO: *La desamortización española del siglo XIX*. Instituto de Estudios Fiscales. Madrid. Ministerio de Hacienda.

El propio autor señala la necesidad de la elaboración de monografías inteligentes que sirvan, en su caso, para redactar una Historia Social y Económica de España. La presente lo es, en su intento de analizar los últimos aspectos de la desamortización del siglo XIX.

Se inicia el libro con un estudio sumarisimo de los antecedentes históricos del proceso, distinguiendo tres grandes etapas: la Edad Media y el período de los Austrias, que contemplan ambos procesos amortizados de bienes de la Iglesia y órdenes religiosas, de mayorazgos y vinculaciones semejantes y de bienes de propios municipales, y el siglo XVIII, en el que aparece una política contraria a las vinculaciones, en su inmensa mayoría frustrada, y un estado de opinión (Jovellanos, Campomanes) favorable a la desamortización.

Centrado ya en el tema, estudia SIMÓN SEGURA el siglo XIX, con sus vaivenes liberales-absolutistas y su repercusión en el proceso desamortizador que, en su primera época, afecta, sobre todo, a los bienes eclesiásticos y repercute en gran manera en la disminución del clero.

Tras un intento fallido (decreto de 1913), el proceso se concreta con la llamada desamortización de Mendizábal, en honor a su principal artífice.

La desamortización, que partía de criterios tales como una severa crítica de las manos muertas, la inutilidad de las órdenes religiosas, la supresión de conventos, la urgencia y la admiración por los criterios extranjeros, se inició en 1836, afectando sobre todo a los bienes del clero regular; recibió un impulso en 1841, cuando Espartero puso en venta todas las fincas, derechos y acciones del clero secular por la necesidad de pagar los intereses de la deuda interior y extranjera, y fue suspendida definitivamente en 1844 por el Gobierno del general Narváez. En un principio, el pueblo fue rebelde a las enajenaciones, al tiempo que temía posteriores desautorizaciones. Por eso sólo las fincas urbanas de grandes ciudades obtuvieron compradores por permitir altos beneficios. Más tarde las ventas aumentaron, aunque muchos ciudadanos honrados y laboriosos no pudieron hacerse con las tierras por carecer de numerario, lo que llevó a un empeoramiento de la suerte de los colonos.

Estudia también el autor el sistema de subastas y de pagos de las ventas, bien en dinero bien en títulos de la deuda. Dedicó un apartado

especial a las enajenaciones de los edificios de los antiguos conventos y monasterios clausurados, que se realizó muchas veces con total ignorancia de su valor artístico y a precios irrisorios, como se refleja en la discusión parlamentaria que sostuvieron don Claudio Moyano y don Alejandro Mon, y que el autor tiene el acierto de recoger a pie de página.

El libro presenta además cuadros con datos interesantes sobre la evolución del censo del clero, evolución de las ventas por provincias, años y meses, valores de tasación y venta y porcentajes de cotización media. Asimismo, en completos cuadros y en gráficos, resume SIMÓN SEGURA la importancia de la desamortización iniciada por Mendizábal, distinguiendo, también por provincias, los bienes que poseía el clero, los bienes vendidos y los remanentes.

El otro hito importante en el proceso desamortizador decimonónico lo constituye la desamortización de 1855, cuya vigencia, excepto en el período comprendido entre 1856 y 1858, se prolonga prácticamente hasta comienzo del siglo actual, y cuyo volumen, consistente sobre todo en bienes de propios, supera a la de Mendizábal.

Analiza el autor detenidamente la génesis de su legislación, deteniéndose en las discusiones parlamentarias que provoca y en donde sale a relucir todo lo bueno y lo malo de la desamortización precedente. Es quizá esta parte la más jurídica del libro y desde luego uno de sus aciertos. Como en la desamortización de Mendizábal, SIMÓN SEGURA, con cuadros y gráficos, presenta los resultados materiales distinguiendo los distintos tipos de bienes (clero secular, beneficencia, de propios), su naturaleza (rústica o urbana), su valor de tasación, de venta y cotización y su distribución provincial.

También recoge gráficamente los resultados totales de la desamortización por provincias desde 1836 a 1895, donde resalta que Madrid y Sevilla fueron las provincias con mayor volumen de ventas.

En la última parte del libro entra el autor en el estudio de la desamortización y de sus consecuencias, con especial dedicación a la de 1855. Destaca la gran importancia económica del proceso, la ruina artística que provoca el abandono de los conventos y la heterogeneidad de los compradores.

Poco favorable es el juicio que merece la desamortización de Mendizábal por la falta de madurez y la desacertada manera con que se llevó a cabo. La de 1855 presentó mayor importancia económica y, por tratarse sobre todo de la enajenación de bienes de propios, tuvo un carácter más rústico. Muy acertadamente llega a la conclusión FRANCISCO SIMÓN SEGURA de que la desamortización condicionó el desarrollo económico y social de España, siendo necesario su estudio para comprender la estructura del campo español actual. En apoyo de estas afirmaciones, estudia por separado el proceso en la provincia de Ciudad Real. En virtud de los datos que acumula puede llegar a afirmar que al comprarse las fincas grandes por especuladores y terratenientes y las pequeñas por la burguesía rural, la masa campesina no accede a la propiedad, empeorando por contra su suerte al ser privados de la obtención de los recursos (leñas, pastos, caza, roturaciones en algunos casos) que conseguían de los bienes de propios y comunales de los pueblos. Ello llevó a un incremento de la masa campesina proletaria y acentuó las diferencias sociales. El autor llega a preguntarse incluso si los efectos de la desamortización del siglo XIX no condicionaron las manifestaciones sociales, afiliaciones masivas a partidos de izquierda, sublevaciones campesinas y guerra civil de 1936-39. La pregunta es formidable y merecedora de profundos estudios. Lo que no cabe duda es que de haberse procedido a un reparto comedido y ordenado, el desarrollo económico y social de España a partir del siglo XIX hubiera sido muy otro, ya que una consecuencia muy importante del proceso desamortizador fue la desacertada consititución de una es-

tructura social en la que, en pleno siglo XIX, difícilmente se inserta una clase media, en cuanto, por un lado, consolidó una estructura de la propiedad de signo latifundista, y, por otro, una gran masa de trabajadores campesinos asalariados en el campo, o lo que es parecido, de pequeños propietarios.

El libro es provechosísimo para el estudio de este fenómeno desamortizador, genial en su concepción y torpe en sus medios como diría don Claudio Sánchez Albornoz o como indica el autor, que pudo resolver el problema agrario español dando la tierra a los campesinos y a la larga creó la larga burguesía terrateniente del siglo XIX.

El autor produce un estudio desapasionado, nada partidista. En la primera parte acumula datos y estadísticas, razones y opiniones, casi siempre con las propias palabras de sus autores, por lo que frecuentemente acude a las discusiones parlamentarias que precedieron a los proyectos legislativos. Al final del libro extrae conclusiones a mi juicio brillantes y acertadas.

SALVADOR MÍNGUEZ SANZ
Seminario de Derecho Hipotecario
de Extremadura