

BORRAJO, BROSETA, CANO, CARRETERO, DÍEZ PICAZO, FRAGUAS, PONS y RÍOS: *Problemática Jurídica actual de la Empresa*. Publicaciones del Ilustre Colegio de Abogados de Valencia. Valencia, 1965 (444 páginas).

Introducción.

Este denso volumen contiene catorce interesantes trabajos que recogen las conferencias pronunciadas desde el día 10 de noviembre de 1964 al 4 de mayo de 1965 en la Academia Valenciana de Jurisprudencia y Legislación, «por el admirable equipo de estudiosos juristas que hicieron donación graciosa de su saber, con rigurosa técnica, a todos sus compañeros valencianos».

En el Prólogo, del Decano del Ilustre Colegio de Abogados, señor Attard Alonso, se dice que hoy no sobran abogados. Sobran voceros adocenados que no supieron intentar tan siquiera la adaptación del profesional a los nuevos tiempos. La Academia se ha sentido orgullosa de recibir en su seno a los compañeros que profesaron el Curso de Derecho Empresarial. Finalmente hace público el agradecimiento a la Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Valencia por el espléndido mecenazgo que ha hecho posible la edición de esta obra.

Resumen.

La Empresa como objeto del tráfico jurídico. Problemas previos.—
MANUEL BROSETA PONT.

El tema del concepto de la Empresa está constantemente presente en nuestro ordenamiento positivo. El concepto no está suficientemente aclarado ni por la doctrina, ni por la jurisprudencia, ni aún por el legislador. La dificultad de la tarea se debe al hecho, apuntado por FERRARA, de que la Empresa pertenece a la categoría de las «organizaciones», que tienen difícil cabida en las

estructuras jurídicas romanas, inspiradoras—aún hoy—de nuestro Derecho privado.

En el punto de vista económico se citan las definiciones de JAMES, TRUCHY y WIELAND, y se concluye dando como sus notas esenciales: a) ser una unidad económica organizada, b) estar integrada por capital y por trabajo, y c) tener como «ratio» teológica: el producir o mediar en el mercado de bienes o de servicios.

Dilucidado así el pacífico concepto económico de empresa se aborda el problemático concepto jurídico y nos hallamos con dos sorpresas. La primera la procuran quienes afirman la imposibilidad de obtener un concepto jurídico de contornos precisos (PICARD, ESMEIN, VEDEL). La segunda, los que formulan un concepto distinto del económico y además diferente para cada disciplina jurídica (doctrina italiana y los alemanes GIESEKE y GIERKE). En nuestra opinión: 1. Existe un concepto jurídico unitario de Empresa; 2. Coincide necesariamente con el económico; y 3. Cada disciplina jurídica regula una parcela del total fenómeno económico que es la Empresa. Esta realidad fue intuita por la célebre sentencia de nuestro Tribunal Supremo de 13 de marzo de 1943 y ya había sido pronunciada en la de 4 de diciembre de 1933. AULETTA la ha definido como «un complejo de derechos reales y de crédito, así como de relaciones contractuales en curso de ejecución, mediante los cuales el titular de la Empresa se asegura la disponibilidad de los bienes y servicios organizados para el ejercicio de una actividad».

La Empresa es un ente complejo donde convergen distintos intereses, distintos sujetos, distintos elementos patrimoniales de muy varia naturaleza y además sobre sus elementos personales inciden derechos y deberes de clase y de naturaleza diversa. Por razón de su entidad económica se clasifican en pequeñas, medias y grandes empresas. Por la naturaleza de la actividad desarrollada se dividen en mercantiles, industriales, civiles y agrícolas. Según el tamaño o la actividad desarrollada, la Empresa interesa o no a diversas disciplinas.

La doctrina y la jurisprudencia se han planteado no sólo el concepto de empresa, sino el de su naturaleza jurídica, porque como organización posee un valor económico superior a la suma de sus elementos integrantes; porque aparece como algo unitario y

porque es necesario resolver los problemas planteados por su tráfico. Los mejores juristas europeos han elaborado tres grupos de teorías. La «atomista», la «unitaria», la «eclectica». Una consideración superficial de nuestro ordenamiento puede inclinarnos a la unitaria, pero después de un análisis del verdadero significado de estos preceptos podemos sentar tres afirmaciones concretas: la empresa no es por sí misma objeto de derechos reales; puede ser unitariamente objeto de negocios jurídicos y existe cierta tendencia legislativa a reconocer la unidad funcional o instrumental de la Empresa.

El considerar a la Empresa como objeto de tráfico plantea tres graves problemas: subrogación de créditos y deudas, cesión de los contratos y prohibición de competencia.

Subrogación de créditos y deudas.—La solución es de gran interés práctico. Respecto de los créditos contraídos por el empresario antes de verificarse la transmisión, ante el silencio de nuestro Ordenamiento positivo, habremos de acudir al régimen general de la cesión de créditos previsto en nuestro Código de Comercio. La situación planteada respecto a las deudas nos obliga a resolver esta cuestión acudiendo al artículo 1.205 del Código civil.

Cesión de los contratos.—Los contratos de larga duración son indispensables para la subsistencia de la propia Empresa: cfr. arrendamiento del local de negocio, contrato de suministro, contrato de servicios y de agencia, etc. El silencio de nuestro sistema jurídico debe llenarse por el régimen que en nuestro derecho es propio en materia de cesión de contratos, aunque existan concretos supuestos de cesión automática.

Prohibición de competencia.—La transmisión de la Empresa implica la entrega de la clientela y las expectativas de lucro. Especialmente en el caso de los empresarios individuales se imponen dos obligaciones: 1. Comunicar a la clientela la transmisión efectuada; y 2. No ejercitar la misma actividad empresarial. Ante el silencio de nuestro Derecho positivo podemos encontrar fundamento suficiente en los artículos 1.258 del Código civil y 57 del Código de comercio. Pero esta prohibición debe tener un doble

límite: temporal y espacial. El sistema óptimo, al respecto, es el seguido por el artículo 2.557 del Código civil italiano.

La compraventa de Empresa.—M. BROSETA PONT.

El primer problema planteado es dilucidar si la Empresa puede ser objeto del contrato de compraventa. La pregunta no es puramente académica. Si no es compraventa no le serán aplicables los artículos 325 y ss. del Código de Comercio y 1.445 y ss. del Código civil. Una consideración superficial parece conducirnos a concluir que no es compraventa el negocio traslativo que tiene por objeto la Empresa. Y ello por cuatro razones: por la complejidad de la Empresa; por la casi imposibilidad de configurar un único derecho real sobre la Empresa; por el tenor literal del 1.445 del Código civil y porque en la Empresa suelen existir bienes esenciales que no son propiedad del empresario. Por todo ello la doctrina clásica negó que se tratara de verdadera compraventa y se calificó esta nomenclatura de «cómoda expresión» (sic VAUCHER). Pero esta posición no parece correcta ni exacta. Lo que no siempre coinciden es «titularidad» y «propiedad» de la Empresa. Lo bien cierto es que la compraventa de Empresa es una compraventa especial, por razón de la especialidad del objeto transmitido. Al hablar de venta de Empresa pueden venderse tres cosas distintas: un local y algunos elementos inconexos; un conjunto de bienes organizados, sin elemento personal, que los haga funcionar y un conjunto de bienes y servicios organizados y en funcionamiento. El verdadero contrato de venta sólo existe en el tercer caso. Aparentemente puede calificarse de naturaleza civil, pero siendo admisible la compraventa mercantil de inmuebles y no existiendo criterio exclusivo y cerrado en cuanto a la calificación de los actos de comercio objetivos, podemos llegar a la calificación de mercantil.

En tema de perfección del contrato es necesario precisar si bastará un solo contrato o se requerirán tantos como elementos integran la Empresa. En nuestra opinión bastará un solo negocio traslativo y ello porque en nuestro derecho positivo existe una clara tendencia a reconocer una cierta unidad funcional a la Em-

presa y porque la compraventa en nuestro Derecho privado se basa en una concepción obligatoria. Admitida la eficacia del contrato único y dada la variedad de los elementos que integran la Empresa es necesario preguntarse si el negocio de compraventa deberá observar alguna formalidad constitutiva. La respuesta es negativa, por estimar que a este supuesto es íntegramente aplicable el mandato imperativo del artículo 51 del Código de comercio. Cosa distinta es si para la tradición de alguno de los elementos sea necesaria la escritura pública y sea por esto aconsejable otorgar la compraventa de Empresa en escritura pública. En tema de frutos medio tempore (entre la perfección del contrato y su ejecución) habrá que acudir a la norma general del artículo 1.095 del Código civil.

Por la especialidad del objeto, en la compraventa de Empresa el vendedor soporta ciertas obligaciones de dar, otras de hacer y se le impone la prohibición de competencia. Debe entregar todos los elementos que integran la Empresa, es decir, la «organización empresarial» (NAVARRINI); debe ser una cierta «sucesión» en la actividad de explotación (GARRIGUES). La determinación de los elementos será una cuestión de hecho in casu. Tanto si se formó inventario como si no se hizo, habrá que transmitir todos los elementos esenciales. El vendedor, al transmitir, debe respetar la ley de circulación de cada uno de los elementos de la Empresa (bienes muebles, inmuebles, derecho de propiedad industrial, derechos arrendaticios, el régimen de los contratos, de las deudas y de los créditos, etc., ...). En ciertos casos se imponen obligaciones económicamente esenciales, v. gr., comunicar secretos de fabricación, entrega de listas de clientes y asesoramiento en la producción, etc.

Finalmente en la prohibición de competencia se plantean varios supuestos especiales. El primero es el de la transmisión de una Empresa a consecuencia de la quiebra del titular (cfr. art. 928 Código de comercio). El problema se da al ser posteriormente rehabilitado y suscita un interesante conflicto de intereses. El tema no ha sido abordado por la doctrina. Parece más digno de tutela el interés del tercer adquirente de la Empresa y por tanto será aplicable la prohibición de competencia al titular rehabilitado. Si el transmitente ejerce empresas de actividades distintas, la enajenación de una de ellas no le impedirá el ejercicio de las demás, pero

nunca podrá ampliar la actividad (de alguna de las que posea) para interferirse en el campo de acción de la cedida.

Otro caso de interés puede surgir con motivo de la venta del paquete de acciones del socio único de una Sociedad Anónima. En nuestro derecho positivo el problema es formalmente de fácil resolución, porque el único socio no es empresario y a él no le alcanza la prohibición de competencia. Pero esta solución «formal» no tiene en cuenta los intereses de terceros y podemos fundamentar la solución distinta en el Derecho italiano. La actividad negocial de un empresario vendedor por medio de testaferro en Italia será punible por la vía del fraude a la ley; pero en nuestro derecho positivo es difícil de fundamentar, aunque podríamos intentarlo por el camino del 1.258 del Código civil y de la doctrina de la representación indirecta. En tema de saneamiento podemos afirmar que la evicción o el vicio de empresa o de sus elementos esenciales deben permitir la rescisión del contrato y que esta rescisión debe operar también cuando algún vicio o defecto afecte a la organización de la empresa e impida alcanzar la finalidad económica propuesta. Son casos claros la reivindicación de patente o declaración de su nulidad y la rescisión del arrendamiento de local, pero en la práctica pueden presentarse supuestos más problemáticos. Para resolver estos problemas la doctrina, e incluso el artículo 31 de L. S. A. viene a afirmar la aplicabilidad del 1.532 del Código civil. Este precepto debe ser aplicado con suma cautela a la compraventa de empresa (GARRIGUES). Y ello por establecer dicho artículo un criterio «cuantitativo».

El arrendamiento de empresa.—M. BROSETA PONT.

El análisis del tema plantea muchas dificultades, porque la especial naturaleza de la empresa hace difícilmente aplicable a su arrendamiento las normas del arrendamiento de cosas del Código civil; porque falta en este Código una conveniente regulación del arrendamiento de cosas productivas; porque la numerosa jurisprudencia del Tribunal Supremo ha complicado innecesariamente el tema y casi exclusivamente ha diferenciado el arrendamiento de

empresa y el de local de negocio sin preocuparse de regular el régimen jurídico del primero.

El arrendamiento de empresa es aquel negocio jurídico en virtud del cual se cede la explotación de una empresa a persona distinta de su titular por precio y tiempo determinado. Se disocian la titularidad y el ejercicio de ella para conseguir una inversión para el capital o el ahorro y obtener una rentabilidad mayor que la que pueda procurar la inversión mobiliaria; para obviar ciertas circunstancias que de modo temporal puedan impedir la explotación de una empresa por su titular en nombre propio; para evitar la aplicación de la prórroga forzosa del arrendamiento del local de negocio o para crear alguna forma de concentración de empresas de signo capitalista. De los criterios que se desprenden de la declaración contenida en el artículo 3 de la LAU se infiere que para que el objeto del arrendamiento sea una empresa debe integrarse por todos los elementos esenciales para su funcionamiento; que todos ellos estén debidamente organizados; que tal empresa haya sido previamente explotada aunque transitoriamente haya cesado la explotación y que el arrendatario la reciba para continuar la actividad del arrendador. La jurisprudencia del Tribunal Supremo ha admitido verdadero arrendamiento de empresa aunque la explotación se hubiera interrumpido o nunca hubiera sido efectivamente explotada.

No se aplica la LAU. Las causas de la diferencia de régimen han sido puestas de manifiesto por la jurisprudencia y la doctrina. Tiene por objeto impedir la aplicación al contrato de arrendamiento de empresa de los beneficios de prórroga forzosa y de traspaso. Con estos beneficios se instauró una protección bien ganada por el arrendatario del local de negocio y hoy se mantiene la misma línea, pero no deben extenderse estos beneficios al arrendatario de una empresa que recibió la riqueza ya creada.

La voluntad de las partes al establecer el régimen pactado ha de tener como límite inderogable ciertas normas de carácter imperativo: debe pactarse un precio cierto para el arrendamiento y no un porcentaje en los beneficios obtenidos y debe necesariamente pactarse por tiempo determinado. No se comprende, desde ningún punto de vista, la remisión al derecho foral en materia arrendaticia. Por la difícil acomodación de los preceptos del Có-

digo civil se debe prever el régimen especial para este contrato, acomodándose a la especial naturaleza del objeto arrendado.

A la vista de la normativa del Código civil en materia arrendaticia (cfr. 1.545) la doctrina duda que nos hallemos ante un verdadero contrato de arrendamiento y por eso FERRARA ha dicho que se confería el uso o goce no de cosas, sino de utilidades y que el arrendatario se convierte en gerente, factor o administrador. ROTONDI y CALVO ALFAGEME se opusieron a lo dicho y el último calificó este arrendamiento como de servicios. Cossío lo califica de mixto o de *sui generis*. Podemos concluir que se trata de un arrendamiento de cosa pero especial, por ser productiva, cuyo régimen jurídico debe ser establecido por las partes y acomodándose, en lo posible, a las disposiciones imperativas del Código civil.

La obligaciones del arrendador se modalizan por la especial naturaleza de la empresa. El arrendador debe conferir al arrendatario un especial poder de disposición sobre las materias primas, enseres o mercancías que sea necesario transformar o enajenar.

El arrendamiento se extiende a las cosas fungibles y el arrendatario deberá restituir «el tantundem». WIELAND llamó a esto «capacidad regenerativa» de la empresa arrendada. El arrendador está obligado a prestar al arrendatario una especial colaboración (comunicarle la lista de la clientela, prestarle asesoramiento técnico...). La obligación de mantener al arrendatario en el pacífico goce de la cosa arrendada comprende dos supuestos: la prohibición de competencia y la prestación de la evicción, debiendo aplicarse con especial cautela el artículo 1.532 del Código civil.

El arrendatario no sólo tiene derecho al goce de la empresa, sino la obligación de explotarla, para no depreciar la empresa y poderla restituir como la recibió. La infracción de esta obligación autoriza el deshaucio. En la explotación deben observarse las normas de diligencia de un ordenado comerciante (cfr: art. 1.552 - 2.º, Código civil). Muy especiales problemas se plantean en tema de restitución. Se deberá restituir la organización empresarial como se recibió, los bienes fungibles por su equivalente y en cuanto al acrecimiento de valor en opinión de CALVO el arrendatario deberá ser resarcido de los gastos hechos y según Cossío no estará obligado a entregar los elementos añadidos, opinión esta última que parece la más fundada.

Problemas especiales. Cuando el empresario que quiere arrendar una empresa es arrendatario del local de negocios. Pese a algunas razones de peso (esencial temporalidad del arrendamiento de empresa; evitar la solución «atomista» para la empresa y una recta interpretación del artículo 3), el Tribunal Supremo ha reconocido en estos casos la presencia de un subarriendo inconsentido y con todas las consecuencias derivadas de la LAU. Con la empresa el arrendatario adquiere la condición de comerciante a la vista de las disposiciones del Código de comercio, pero esto nos conduce a un nuevo problema. Si el arrendatario llega a una situación de insolvencia, la empresa arrendada ¿debe o no integrarse en la masa de la quiebra? A la vista de los artículos 908 y 909-3.º del Código de comercio una respuesta negativa parece clara; pero esta solución no protege de modo suficiente a los terceros de buena fe. Todo ello nos lleva a postular un régimen especial para el arrendamiento de empresa y una debida publicidad registral para estos contratos. El arrendatario puede subarrendar, en defecto de pacto prohibitivo expreso, y se deduce del 1.550 del Código civil. Pero la empresa es una organización de gran valor y se requieren condiciones personales específicas en el arrendatario, por lo que al arrendador, verdadero titular de la empresa, no le es indiferente la persona del titular del disfrute.

El usufructo de empresa.—RAMÓN FRAGUAS MASSIP.

El derecho de usufructo se modaliza al ponerse en contacto con la empresa. La doctrina española y extranjera, muy especialmente la italiana, se muestran concordes en conceder al usufructuario la posesión y gestión de la empresa. Una teoría muy difundida escinde el derecho en usufructo propiamente dicho, en lo referente al capital fijo de la empresa, y quasi-usufructo en cuanto a los elementos consumibles o enajenables. Otros consideran la total relación jurídica como cuasiusufructo. KÖHLER lo califica de usufructo con poder de disposición. FERRARA padre y DE MARTINI apuntan en buena dirección, aunque unilateralmente, y hablan además de usufructo de mandato institorio «in rem propriam» y de poder gerencial del usufructuario. Junto al caso normal del

usufructo de empresa no gerencial, puede configurarse éste por voluntad expresa del constituyente y junto a éstos el usufructo impropio del párrafo 2 del artículo 475 del Código civil. Las bases de la distinción se hallan en la profesionalidad del empresario y en la conservación del aviamiento. Es aconsejable al amparo del 470 del Código civil configurar un usufructo no gerencial delimitando perfectamente el contenido del derecho y obligaciones del usufructuario. Los artículos 41 LSA y 24 LSRL eliminan del contenido del derecho de usufructo el ejercicio de los derechos políticos. El gerente está sometido siempre al control del empresario que señala los límites iniciales y genéricos de su actuación, revisa y valora posteriormente su gestión y lo remueve si lo estima conveniente. En el supuesto de usufructo no gerencial se revisa y valora la actuación del gerente, se trazan las líneas generales con arreglo a las que deberá actuar el gerente en el futuro y se le remueve, designando otro nuevo. El usufructo de empresa impropio del 475 del Código civil resulta extraordinariamente práctico en los supuestos de usufructo vidual, universal o no, recayente sobre una empresa. Su importancia práctica se aprecia a la luz del artículo 60, párrafo 3, de la LAU y de la deformación fiscal del concepto de extinción de usufructo.

Frente a la venta de empresa, su usufructo es una situación de tracto sucesivo. Se impone la obligación de transmitir la empresa como un todo, con su aviamiento. El efectivo cumplimiento de tal obligación implica la insinuación en la clientela, la transmisión implica además la prohibición de concurrencia y requiere una publicidad que no siempre será real y que falla en lo formal por falta de un registro de empresas, aunque algo se inicia ya en la Ley de asociaciones y uniones de empresas de 28 de diciembre de 1963. En definitiva, la publicidad sólo puede lograrse por cartas, circulares o anuncios. La transmisión a título de usufructo supone más una «sucesio» que una «adquisitio». La doctrina fundamenta con diversas razones la transmisión de los elementos accesorios, de las pertenencias, de la organización y de las relaciones. DE MARTINI distingue los elementos que se transmiten en capital fijo y circulante, créditos y deudas y cesión de contratos en curso. En capital fijo (las llamadas inmovilizaciones) la norma general es su intangibilidad por respeto al «salva rerum substan-

tia». La doctrina moderna admite un poder de disposición del usufructuario sobre el capital circulante que se funda en un tras-paso de propiedad, un cuasiusufructo, o un usufructo irregular. El usufructuario está legitimado por su poder de administración para disponer o consumir los bienes de dicho capital. Resulta expresamente la sucesión en las relaciones laborales. El problema se plantea en cuanto a los créditos y deudas pendientes. La solución no puede ser distinta en materia de compraventa, arrendamiento o de usufructo. En cuanto a los créditos no se exige el consentimiento del deudor; son muy claros al respecto los artículos 1.164 y 507 del Código civil. En cuanto a las deudas entiendo aplicable el artículo 506. Problema más dificultoso es el de la cesión de contrato en curso que carece de toda norma especial en materia de usufructo, por lo que doy aquí por reproducidas las conclusiones del profesor BROSETA. Los contratos pasan al titular de la empresa como «obligaciones propter rem».

Si todo derecho es un problema de límites mucho más el del usufructo, que llega a absorber todas las utilidades del objeto sobre que recae, por eso son frecuentes los conflictos entre usufructuario y nudo propietario. El concepto de fruto deberá determinarse «in casu». En la empresa coincide con el de beneficios líquidos del ejercicio. El principio «salva rerum substantia», muy discutido en la doctrina, no ofrece dudas en el usufructo de empresa. La sustancia es el aviamiento. A través del juego paralelo de los conceptos de fruto y sustancia en el usufructo de empresa pueden resolverse la totalidad de las situaciones conflictivas planteadas entre usufructuario y nudo propietario. La actuación de la empresa es determinada de una parte por los planes gerenciales y de la otra por la coyuntura ambiental. Con estos criterios resultará más fácil resolver los problemas planteados por la autofinanciación o por la descapitalización, etc. El concepto actual de amortización en nada se parece al tradicional, pero hoy, como ayer, la amortización constituye una exigencia ineludible impuesta por el principio «salva rerum substantia», que debe ser atendida por el usufructuario para evitar la desvitalización de la empresa. Cuando se trata de amortizaciones ordinarias no existe problema, pero en caso de las extraordinarias la financiación no puede ser soportada por el usufructuario y a ello se opone el criterio de los

artículos 500, 501 y 502 del Código civil. Al fijar los beneficios líquidos de ejercicios siguientes se detraerá una suma para dotar los fondos de amortización. Los fondos de previsión coadyuvan a mantener la sustancia de la empresa. La cuantía de la dotación es un problema a resolver «in casu» por los economistas de la empresa, atendiendo exclusivamente a factores objetivos.

La quiebra durante el usufructo no tiene solución única, dependerá de que el usufructo empresarial sea voluntario o legal; gerencial o no gerencial o con derecho exclusivamente a percibir los beneficios de la explotación.

La sucesión por causa de muerte y la empresa mercantil.—LUIS DÍEZ PICAZO Y PONCE DE LEÓN.

Las normas del Derecho mercantil no piensan en lo que puede ocurrir cuando el empresario muere y las normas civiles de la sucesión no piensan que el objeto de la sucesión puede ser una empresa mercantil. Las normas del Derecho civil sucesorio, como ya observaron ROCA SASTRE y PUIG BRUTAU, están formadas por sucesivas abstracciones de decisiones muy antiguas (quizá de los siglos xv y xvi, o aún anteriores), y presuponen a la herencia una infraestructura agraria. Para solucionar el problema que nos ocupa necesitamos, pues, una cierta dosis de buena voluntad y echar mano de todos los recursos hermenéuticos. Al hablar de la sucesión por causa de muerte de la empresa mercantil nos estamos refiriendo a un empresario individual; en otro caso, la problemática será de simple transmisión hereditaria de los derechos sociales. Los problemas que hemos de afrontar son dos: la continuidad y la conservación de la empresa. El completo logro de ambas finalidades sólo es posible cuando las disposiciones han sido establecidas por el propio empresario. La ley, como norma supletoria en este punto, tiene un mecanismo bastante defectuoso. Se puede extraer como consecuencia práctica la inconveniencia de dejar la empresa a los azares de un abintestato y la conveniencia de que el empresario configure un claro estatuto jurídico para su empresa constituyéndola como empresa social u otorgando un serio y meditado testamento.

Que la empresa continúe funcionando es algo en lo que existe siempre un interés general (del sucesor, de los trabajadores, de los clientes, de los proveedores). La sucesión en la empresa es como la sucesión en una jefatura. Aunque nos encontremos ante una sucesión testamentaria hay una serie de espacios en blanco que son muy difíciles de cubrir (publicidad del testamento, protocolización, «*spatium deliberandi*»...). La perfecta continuidad sólo se logra por el empresario previsor que nombre un factor o gerente (cfr. 290 del Código de comercio). En otro caso no parece que la tarea compita a los albaceas, cuya función primordial es velar por la ejecución del testamento y con facultades legales de «conservación y custodia». Sólo los llamados a la herencia pueden y deben asumir el papel de empresarios. Conceptualmente los actos gerenciales de la empresa exceden con mucho a lo que el artículo 999 llama «administración provisional», pero podemos llegar a esta solución por vía de jurisprudencia de intereses. El deber de realizar los actos de conservación no existe cuando el llamado es el único posible destinatario de la empresa, pero sí en otro caso, por el juego de los artículos 440 y 1.094 del Código civil. La situación de comunidad sólo puede resolverse acudiendo al mecanismo de la unanimidad. Si hay acuerdo expreso o tácito se confiará a uno o algunos la misión gerencial, en otro caso no habrá más solución que el juicio universal de testamentaria o abintestato y obtener el nombramiento de administrador judicial.

En tema de conservación de la empresa las soluciones vendrán por la vía del heredero único o la atribución de la empresa por legado. La admisibilidad del legado de empresa me parece indiscutible si partimos de la idea de empresa como unidad en el tráfico jurídico. El legado de empresa plantea dos problemas, respecto a las deudas y respecto a los contratos pendientes de ejecución. Las deudas pasan al heredero o herederos, en este último caso con responsabilidad solidaria (cfr. 1.084 del C. c.). Si el testador impuso al legatario la obligación de pagar las deudas, habrá asunción de deudas y liberación del heredero si el acreedor consiente en ello, o en otro caso el heredero que pague tendrá una acción de repetición contra el legatario. Los contratos pendientes de ejecución no pueden escindirse de los elementos objetivos de la empresa. La solución no se halla por la vía del 1.257, sino por el me-

canismo de la cesión de los contratos. Hay una especie de novación que puede ser consentida, por consentimiento expreso o tácito. Otra solución es el nombramiento de un heredero único, con el grave inconveniente que surgirá en el caso de ser varios legítimos, aunque en este caso el artículo 1.056 brinda un camino pero suscita varios problemas de interpretación. No hay duda que la interpretación extensiva permite incluir la explotación mercantil. La clave del artículo tenemos que ligarla con el interés en la conservación de la empresa. En el fondo del problema subyace el de la naturaleza jurídica de la legítima. La tesis más exacta es considerarla un derecho familiar que atribuye una porción patrimonial cuya medida es una cuota de valor de la herencia, siendo indiferente el título por el que se atribuya. Con esto el ámbito de nuestro artículo 1.056 se amplía extraordinariamente.

Cabe pensar en un empresario poco previsor y que en su muerte nos encontremos con una pluralidad de herederos testamentarios o abintestato. La comunidad hereditaria se regiría por las normas de la comunidad de bienes en caso de coherederos mal avenidos, yugulando la vida social y por el juego del 398 puede hacerse la continuidad de la empresa prácticamente imposible. La única solución es llegar lo más rápidamente posible a la partición y obtener mientras el nombramiento de un administrador judicial. La comunidad hereditaria es una «communio incidens» pero la indivisión puede advenir por voluntad expresa o tácita de los comuneros y por voluntad del testador. Algún sector doctrinal ha preconizado que entonces nos hallamos ante un cambio de naturaleza jurídica. La conversión de la comunidad en sociedad. Esta conversión automática no está prevista en nuestro derecho positivo, pero podemos llegar a ello por el consentimiento de los coherederos o por la declaración de voluntad del testador y las sucesivas aceptaciones de la herencia. Por otra parte, el comportamiento concluyente implica, en definitiva, un verdadero contrato de sociedad. La constitución tácita implica como limitaciones: que no podrá erigirse en persona jurídica independiente de los socios y que no se limitara la responsabilidad de los herederos (seguirá siendo solidaria). La pretendida sociedad mira más «ad intra» que «ad extra», pero el ejercicio de una empresa por un grupo es fenómeno frecuente y digno de alguna protección. En la

división del caudal no hay otra solución que poner en marcha el artículo 1.062. La venta final de la empresa es, sin embargo, mejor solución que su desaparición por vía de las adjudicaciones parciales. La consideración de la empresa como un bien indivisible nos permite resolver un problema que plantea el legado de empresa, hallando la solución por la vía analógica del artículo 821.

Los acreedores con créditos anteriores al momento de la apertura de la sucesión son acreedores del causante y su deudor debe ser el heredero o los herederos solidariamente ex artículo 1.084. Los acreedores pueden accionar contra los llamados a la herencia para sacarla de su fase de herencia yacente; efectivar sus créditos contra los bienes hereditarios y promover la quiebra de la testamentaria. El heredero «in bonis» frente a una herencia endeudada puede valerse del beneficio de inventario. En la doctrina se ha cuestionado si puede compaginarse la aceptación a beneficio de inventario si de la herencia forma parte una empresa mercantil, porque no se compagina bien un patrimonio de administración y en liquidación con el principio de conservación de la empresa y porque la aceptación a beneficio de inventario constituye un medio para autolimitar la responsabilidad de la propia empresa. Los únicos problemas serios a mi juicio son el acomodar las reglas del Código civil al supuesto, ya que el Código civil prevé un patrimonio estático y hay que matizar mucho la regla del 1.024 y si la continuación del negocio presupone la creación de nuevos acreedores la única solución se nos brinda por la vía del 1.014.

La empresa como objeto de garantía.—ANTONIO CARRETERO PÉREZ.

Se observa que la solvencia de la empresa es inferior a la responsabilidad de la misma en un momento dado, lo que no quiere decir que la empresa viva en cuadro de iliquidez o insolvencia. Tales situaciones no se producen en tanto la empresa atienda el pago corriente de sus obligaciones y porque, de todos modos, el activo de una empresa funcionando normalmente es superior a su pasivo. La empresa tiene unos bienes de fácil realización (locales, maquinaria...); otros de realización más problemática (propiedad industrial e intelectual, derecho de crédito...) y bienes no reali-

zables o de muy difícil realización (organización, clientela...). Todos estos bienes son valorables, aunque el método para hacerlo no sea claro. Normalmente se ha de llevar a cabo una valoración global basada en el precio de venta que responda a una demanda real o que se deduzca de unos datos estadísticos tomados de enajenaciones de otras empresas o de «tests» de valoración. La responsabilidad del 1.911 del Código civil puede hacerse efectiva en la empresa como unidad patrimonial o en sus bienes particulares, quedando, salvo pacto, a elección del acreedor.

Dentro de la garantía, que es un tema de mayor generalidad y que se ha hecho clásico, podemos, siguiendo las orientaciones de RUGGIERO, distinguir: medidas de conservación, de garantía y de ejecución. En las conservatorias: notificaciones, publicidad, protestas, reservas y acciones, y especialmente la subrogatoria y la pauliana. En orden a protestas, reservas y notificaciones, el Código de comercio contiene muchas normas (3-16-25-27-30-33-52-68-268-327...). A efectos de publicidad basta citar el valor que tiene en la iniciación de una actividad mercantil, el valor de la inscripción pública en el Registro Mercantil y el valor de los libros de comercio. Normalmente esta regulación se encuentra en el Código de comercio, pero no debemos olvidar que en la LEC, Libro III, segunda parte, se contienen las normas generales de los actos de jurisdicción voluntaria en negocios de comercio. Estas medidas no ofrecen particularidades en su aspecto activo, pero hay que insistir en el cuidado con que se ha de estudiar siempre la legitimación pasiva y la utilidad de pedir las anotaciones de demanda en el Registro Mercantil. En tema de acciones subrogatoria y pauliana de integración patrimonial y reconstitución patrimonial respectivamente existe un principio de base doctrinal, legal y jurisprudencial que se dirige al mantenimiento de la integridad patrimonial unitaria de la empresa y a la claridad de la situación de bienes.

Medidas de garantía. La gestión de una empresa puede ser garantizada mediante fianza (cfr. 442 C. Co.). De hecho, es frecuente el afianzamiento de la empresa por los empresarios, sobre todo en los casos en que la empresa está constituida bajo una forma de limitación de responsabilidad. Hacemos las mismas observaciones respecto al aval, añadiendo que es muy frecuente que

una persona entre como socio en una empresa por el hecho simplemente de avalar los giros cambiarios y a veces como socio mayoritario. La empresa puede aparecer como fiadora o avalista. Es muy frecuente la constitución defectuosa de las sociedades con limitación de responsabilidad o la gestión de estas sociedades no ajustada a sus normas constitutivas; en ambos casos la garantía de los terceros se refuerza por la solidaridad. Entre los derechos contractuales de garantía pueden citarse la cláusula penal, las cláusulas «*rebus sic stantibus*» y las de estabilización, el pacto de reserva de dominio, la de transmisión con ciertas facultades de control de uso y disfrute y la del acreedor de una sociedad que, al tiempo de su fundación, impone en la misma un gerente de su confianza de carácter irrevocable. Frente a la empresa como unidad sólo parece tener aplicación el privilegio que corresponde al vendedor impagado y al acreedor pignoraticio. Las difíciles cuestiones de prelación se resuelven por la jurisprudencia del Tribunal Supremo y de la Dirección General en el orden siguiente: prioridad de inscripción, prioridad de grado y prioridad de tiempo con muy pocas excepciones. El derecho de retención puede referirse a la empresa como unidad. La fiducia, si puede tener algún beneficio fiscal lo pierde en cuanto hay discusión y tienen que aparecer las doctrinas verdaderas y llegarse a una sentencia. Cabe perfectamente la prenda de la empresa como unidad, con desplazamiento de la posesión y puede ser útil esta forma de garantía. El valor privilegiado de esta prenda dependerá de la publicidad que se le pueda dar. La prenda con desplazamiento de posesión de bienes particulares de la empresa es posible, lo que no es posible es la coexistencia de una y otra especie de prenda sobre los mismos bienes. En cuanto a la prenda sin desplazamiento de la empresa como unidad no cabe legalmente y si se pactara no estaría amparada por el sistema registral. La prenda sin desplazamiento ha sido regulada pensando en la empresa agrícola, pecuaria, en la empresa corriente y en las colecciones artísticas y objetos de arte, y siempre se dirige a bienes concretos de la empresa. La hipoteca inmobiliaria puede afectar bienes inmuebles de la empresa y no hemos de olvidar el 111 de la L.H. La anticresis puede tener interés en caso de empresa agrícola, ya que puede pactarse una anticresis sin desplazamiento. HEDEMANN señala como otros derechos

de garantía las pignoraciones de inventario y de créditos concretos y la pignoración de existencias en almacén. PUIG BRUTAU indica la posible constitución de derechos de adquisición preferente en favor del acreedor y no se agotan con todo lo expuesto las posibilidades de buscar garantías frente a la empresa (cfr. T. S. 16 de diciembre de 1960).

Medidas cautelares en vista de una ejecución singular. El embargo de la empresa como unidad es posible (cfr. T. S., 26 de febrero de 1960) y su utilidad indiscutible. El problema más importante es el de la publicidad de la traba, que se resolverá acudiendo a la aplicación de las normas propias de su régimen jurídico. En cuanto al embargo de los bienes particulares de la empresa: el de inmuebles entra en el R. P. a través de la anotación preventiva y los muebles al Registro de Hipoteca Mobiliaria, y entonces no hay que constituir depósito ni cambios de depositario pues la anotación en el Registro es garantía bastante que suple a la posesión de hecho. La intervención se traduce en una especie de coherencia y es una medida muy adecuada, aplicable en reclamaciones acerca del dominio de la empresa o establecimiento. Las medidas atípicas se basan en el artículo 1.428 LEC y pueden ir desde el simple control a la intervención. Basta que se fundamenten bien y que sean proporcionadas. Conviene hallar en cada caso la medida que puede servir de garantía y evitar, salvo para casos extremos, las medidas que tienen un carácter desmembrador, lo que redundará en beneficio de la empresa y por lo mismo en beneficio del acreedor.

La situación de iliquidez en la empresa.—A. CARRETERO PÉREZ.

La situación de iliquidez se caracteriza por una nota negativa (imposibilidad de atender futuros pagos) y otra positiva (sacrificio de los acreedores en vista de una esperada mejoría). Frente a esta situación existe la de insolvencia. Ambos son conceptos económico-contables, con repercusiones jurídicas. Su determinación es un problema económico-financiero muy importante que debe hacerse en el seno de la empresa y que ha de establecer si la crisis es pasajera o definitiva, sus causas y sus remedios. Procede estudiar

el activo y sus componentes: bienes inventariables en todo momento (bienes materiales, derechos de participación y crédito, metálico y valores monetarios y valores incorporales); inventariables en cierto plazo (gastos acreditados por la empresa), conceptos no inventariables (aviamiento o «goodwill», clientela y coyuntura e incluso riesgo comercial) y valores que no son de la empresa pero deben inventariarse (patrimonio del empresario si no hay limitación de responsabilidad). Clasificadas estas partidas dentro del activo fluido, circulante y fijo, estableceremos el grado de disponibilidad de los bienes del activo y su valoración (determinando el criterio oportuno). Se impone el análisis del pasivo que sea circulante, fijo o propio y el del empresario (cuando no haya limitación de responsabilidad) Lo que importa es su grado de exigibilidad. Una comparación de carácter estático nos lleva a varios índices, siendo el básico el de solvencia. El coeficiente ideal es el 1,50. Para conocer la gravedad de estos índices sólo hallaremos la solución en un estudio dinámico, a base de un cuadro de futuros vencimientos, futuros ingresos y riesgos de impagos. Los factores deben ser considerados para hallar las causas y posibles remedios de la crisis.

La iliquidez, por muy pasajera que sea, puede desencadenar la actividad de los acreedores en cuanto puede llevar al empresario al sobreseimiento en el pago corriente de sus obligaciones. La suspensión de pagos es el remedio de la iliquidez y preferible a los convenios privados, fuente de confabulaciones y hasta de responsabilidades penales. La suspensión de pagos es preferible a la quiebra, aunque ésta sea impropia. La iniciación del empresario sólo es aconsejable cuando tenga la seguridad de que no se producirá el sobreseimiento o que la generosidad colectiva hará aplicación espontánea del antiguo «beneficium competentiae».

La suspensión de pagos con su precedente, ya en tiempos del rey don Jaime, totalmente perfilado por Carlos V, cuajó en las disposiciones de nuestro Código de comercio. La ley de 26 de julio de 1922 ha enturbiado los claros perfiles de la institución y ha sido muy criticada por la doctrina. La Jurisprudencia establece que no hay límites para acudir a la suspensión de pagos y que goza de prioridad sobre la quiebra; pero a la suspensión solamente debe acudir en situaciones de iliquidez y no de insolvencia. Los artícu-

los 870 y 871 no están en el Código de comercio «de cuerpo presente», como dice BENITO Y ENDARA.

Procesalmente tiene notas de la jurisdicción voluntaria y otras que le caracterizan como un proceso universal en vista de una ejecución. Es acertada la posición de GUASP, que se fija en su carácter procesal. La informan los principios de rogación, contradicción, preclusión y eventualidad, escritura, publicidad, inmediatez, oficialidad y celeridad. El trámite es más bien simplista y se traduce en: presentación de la solicitud y documentos; reseña de los libros por el secretario y providencia del juez teniendo por pedida la suspensión; estudio y crítica por los interventores de los antecedentes presentados por el peticionario; formación de los estados de acreedores; auto declarando la insolvencia y calificándola; convocatoria y celebración de la Junta. Todas estas actuaciones están sujetas a plazos breves y en la duda habrá que atender al artículo 301 de la LEC.

En la fase de bloqueo de la situación se trata de liberar al deudor momentáneamente de todo agobio y su traducción más característica es la suspensión de ejecuciones particulares (el efecto no es absoluto, cfr. art. 9 LSP). Es cuestión independiente la de la justificación del cierre del local de ingreso (a efectos del artículo 62-3 de la LAU). El juez debe hacer un estudio análogo al que realiza sobre el título ejecutivo, basado en el principio de la apariencia. Los libros de comercio pueden originar problemas, pues es muy frecuente que el comerciante no los lleve.

Fase de análisis y saneamiento. El deudor no está inhabilitado, ni incapacitado, sólo se interviene su actividad. Al principio el juez interviene y debe asesorarse por los técnicos necesarios y conocer de inmediato el negocio; después el juez seguirá en contacto con los interventores, peritos y deudor. La elección de los interventores técnicos es importantísima; se debe crear un clima mezcla de confianza y vigilancia. Los interventores vigilan al deudor y el juez los vigila a todos. El interventor acreedor es conveniente elegirlo una persona física y que no sea de los mejores acreedores. En esta fase la empresa no ha de interrumpir necesariamente su actividad (cfr. 931 Código de comercio). El determinar la suspensión de actividades típicamente empresariales dependerá de la situación económica. Cabe la autorización de ciertos pagos (v. gr. el

alquiler del local de negocio o a los acreedores especiales) y el acudir a los organismos competentes para poder seguir prestando el servicio con el apoyo de la Administración. Todo lo que ocurra dentro de esta fase es muy importante y tiene un carácter de contenido económico.

Constitución de la masa de la suspensión. No tiene fisonomía propia, es como la masa de la quiebra. Se trata de excluir del patrimonio del suspenso los bienes con los que no se ha de contar, integrar en él los derechos y discriminar las clases de acreedores, quizá más que en la quiebra interesan los datos de la empresa en lo más característico: su producción de beneficios. Hay un claro interés que a la suspensión vengan todos los acreedores y se sujeten al convenio. Es recomendable con respecto a los acreedores privilegiados pagarles lo que es legal, posible y lógico. Creemos que el interés de la masa no tiene representación típica. No hay ninguna razón para que en la masa no se conceptúe a la empresa como unidad.

Calificación de la suspensión. El análisis de la situación calificará la insolvencia como provisional o definitiva. La Ley se fija para ello en el activo y en el pasivo nada más. El criterio básico es la posibilidad de salir de la situación contando con una razonable benevolencia de los acreedores. Quizá, por ello, la ley permite que el insolvente definitivo preste fianza para equilibrar activo y pasivo. El efecto típico de calificar la insolvencia como definitiva es modificar el sistema de mayorías para la aprobación del convenio y el origen de las piezas de retroacción y calificación y responsabilidad.

El convenio excede de los conceptos de derecho privado. La base es la veracidad de las alegaciones y documentos presentados. El contenido es, en principio, ilimitado (cfr. arts. 14 LPS y 928 Código de comercio: transmisión de la empresa). Las garantías de cumplimiento del convenio pueden ser todas las conocidas en derecho y especialmente la cogerencia por el interventor. Los efectos son la obligación de cumplimiento por parte de todos. La impugnación siempre está determinada por defectos en la presunción.

La Ley prevé diversos supuestos en que los acreedores obtendrán la declaración de quiebra, que es una figura monstruosa

que no sabemos si es sanción del suspenso o se comunica a sus probablemente exasperados acreedores.

La situación de insolvencia en la empresa.—A. CARRETERO PÉREZ.

La situación se produce cuando el estudio económico de la empresa refleja un déficit que las perspectivas de futuro no mejoran, ni aun contando con la razonable benevolencia de los acreedores. Esta situación puede ponerse de manifiesto por la propia empresa, por los acreedores e incluso a consecuencia de actuaciones de oficio, por ser una situación que afecta al interés público. La consecuencia jurídica es la quiebra o el concurso. La doctrina (v. gr. GARRIGUES) critica la existencia de dos procesos diferentes de ejecución universal. Lo importante es distinguir la iliquidez de la insolvencia.

La quiebra es una institución tan complicada que su solo nombre produce un cierto espanto. En naturaleza jurídica seguiremos la opinión de GARRIGUES, afirmando que tiene un carácter preferentemente procesal. Participa de las notas características de los procesos de ejecución y de los procesos universales, pero tiene también ciertas notas que corresponden al proceso cautelar e incluso al declarativo. Su regulación se halla en la LEC con remisiones a los Códigos, del de comercio de 1829 y actual, y con algunas al Código civil y LH. De todas formas creemos que el jurista debe realizar una seria labor personal de estudio «in casu».

La jurisdicción corresponde a los órganos de la jurisdicción ordinaria. La competencia funcional a los juzgados de Primera Instancia y a las Salas civiles de Audiencia la apelación. La territorial al lugar donde se produce la ejecución infructuosa si la promovió el acreedor y al domicilio del quebrado si la inicia éste. En casos de duda al domicilio del deudor. Complementa lo dicho el requisito de la imparcialidad. En tema de capacidad, si la pretende el deudor deberá tener capacidad para ser parte y capacidad procesal. Caben situaciones anormales en casos de menores o incapacitados. En cuanto a la legitimación, aunque no sea lo normal, existen numerosos supuestos de titularidades disociadas que significan otros tantos problemas nada fáciles. La norma general en cuanto a la

postulación procesal es la intervención en el proceso con la representación del procurador y dirección del letrado. En tema de acreedores la legitimación suscita alguna cuestión en lo que se refiere a la iniciación de la quiebra en donde el problema guarda relación con el título aparente y la cuestión se complica en cuanto a la permanencia del acreedor en la quiebra por el crédito y calidad alegado inicialmente. Los acreedores no pierden su individualidad en relación con su interés, pero éste sufre una especie de deformación por el fenómeno de la masa, de tal forma, que determina el nacimiento de la Sindicatura, cuyas funciones de representación lo son del interés de los acreedores y también de todos los intereses que se contraponen en la quiebra. Las figuras del depositario, administrador y comisario han de enfocarse dentro de su carácter de colaboradores del órgano jurisdiccional y en este plano la figura del comisario es la de mayor relieve.

La comprobación inicial constituye una cuestión de hecho que solamente se puede proclamar después de un examen de la situación económica con toda la extensión que haga falta. El juez podrá ordenar la incoación de sumarios por toda clase de delitos no subordinados en su perseguibilidad a la terminación de la pieza de calificación y podrá promover la nulidad de lo actuado por decaimiento de la causa. En el establecimiento de la masa cuenta la empresa y pueden contar sus bienes no realizables, sobre todo en contemplación del posible convenio. La quiebra se tramita en el juzgado competente, pero puede tener repercusiones incluso en el extranjero y en este caso se requerirá un estudio minucioso de las normas correspondientes del Derecho Internacional Privado. La sede del quebrado debe ser conocida de inmediato por el juez, lo que le proporcionará la clave para solucionar muchos de los problemas planteados. El tiempo es en la quiebra legalmente demasiado largo, pero el juez debe vigilarla y dirigirla y aplicar en los casos dudosos las soluciones que impongan los principios de eficacia, economía procesal y oficialidad.

El proceso de quiebra era calificado por PLAZA como una verdadera frontera procesal, una jungla diríamos mejor, en cuya intrincada maraña puede cobijarse alguna desagradable sorpresa.

Pieza de declaración. No es una pieza separada, sino el volumen principal de las actuaciones de la quiebra. Se inicia con la pe-

tición de declaración por el propio quebrado o uno o varios acreedores. El Juez examinará la documentación aportada y podrá disponer la práctica de alguna diligencia para mejor proveer. El juez puede realizar la petición de declaración en auto recurrible en apelación, pero no en casación. Si la declara a este auto se puede formular oposición, sin perjuicio de su ejecución; la impugnación se tramita como un incidente. En esta fase el análisis de la empresa es de un extraordinario valor. Como consecuencia de esta oposición se sostiene la declaración de quiebra o se deja sin efecto. La primera resolución es recurrible en casación. La segunda no, porque tienen los acreedores la posibilidad de ejecutar el patrimonio de su deudor. Desde la declaración formal se producen diversos efectos: nombramiento del comisario y un conjunto de medidas cautelares dirigidas a congelar la empresa, poniendo al propio quebrado en una situación análoga al sometido a libertad provisional (regulada en la LECr), con la sola excepción del artículo 931 del Código de comercio. Pero toda esta paralización es el preámbulo de la organización de una administración razonable. Tomadas las medidas cautelares y dada a la declaración de quiebra la adecuada publicidad se ha de convocar la Junta de Acreedores, cuya primera función es nombrar los tres síndicos (acreedores y personas físicas), quienes representan a la masa y con ellos termina la pieza, a no ser que se produzca un convenio entre acreedor y quebrado.

Pieza de administración. Comienza con el testimonio del auto declarando la quiebra, con las medidas cautelares adoptadas de oficio y en ella se reflejan muchas de las actuaciones de la pieza de declaración, pero su temática está constituida por su fin de expropiación de los bienes al deudor y la realización de los mismos. Las disposiciones de esta pieza pueden estar orientadas a la conservación de la empresa. En esta pieza tienen también lugar las actuaciones encaminadas a la acumulación de procesos dispersos contra el quebrado, una vez firme la declaración de quiebra, para que los síndicos tengan a la vista un panorama total del estado patrimonial del quebrado. La pieza termina con la rendición de cuentas de los síndicos y posibles impugnaciones sobre el particular.

Pieza de retroacción. El auto declarando la quiebra fijará su

fecha de retroacción. A los síndicos corresponde establecer los supuestos de retroacción, aun cuando los acreedores pueden enmendar posibles omisiones a través del comisario. Deben excluirse de la masa de la quiebra aquellos bienes que no sean propios del deudor o que no sean ejecutables. Se tramitarán en esta pieza los procedimientos de reconstitución del patrimonio del deudor en cuanto a los bienes de que se hubiere desprendido en fraude de acreedores por sus diversos cauces procesales (proceso especial abreviado, interdicto de recobrar o proceso declarativo).

Pieza de examen, graduación y pago de créditos. Comienza por el estado de acreedores, que debió presentar el deudor o que se formó por encargo del juez al comisario, completado por los síndicos. En la quiebra caben créditos de origen distinto de los mercantiles. La cuestión consiste en ordenar a los acreedores en relación a su calidad, conforme los artículos 913 y ss. del Código de comercio. Deben tenerse en cuenta los privilegios que afectan a la empresa como unidad y aquellas normas de carácter concursal que conviven con las de la quiebra. Los pagos se van efectuando de grado en grado, pasando los de grado anterior al posterior por su porción insatisfecha y conservando todos, sus créditos, por la porción no cobrada.

Pieza de calificación. Interviene, además de los órganos de la quiebra, el Ministerio Fiscal. Su finalidad es averiguar si la quiebra es fortuita, culpable o fraudulenta. El resultado de esta pieza no prejuzga de la responsabilidad penal ni impide que se deduzcan, durante su trámite, actuaciones criminales por delitos distintos a los descritos en los artículos 521 y 522 del C. P. Está prohibido convenir a quien sea declarado quebrado fraudulento. En todos los casos que no coincidan la personalidad del quebrado y del responsable penal creemos que se podía llegar al convenio, cualquiera que sea la calificación de la quiebra. En esta pieza figurarán las actuaciones que corresponden a la rehabilitación.

Efectos. Desde dos años anteriores a la fecha en que se fija la situación real de quiebra todo acto jurídico del quebrado tiene una eficacia muy limitada, en cuanto tenga un contenido económico importante. Si no se declara la quiebra inicialmente nace el derecho en el quebrado de exigir daños y perjuicios al acreedor que la promovió injustamente. Si se declara, se produce la inha-

bilitación del quebrado, el vencimiento de las deudas a plazo, el cese del devengo de intereses, la retroacción, la acumulación y las cautelas procesales. En tal caso la empresa continuará o no, según decidan los administradores de la quiebra. Como terminación normal de la quiebra el convenio cumplido origina la rehabilitación del quebrado y su incumplimiento la continuación de la quiebra. También es conclusión normal el pago a los acreedores, que si es total produce la rehabilitación y si es parcial no la produce y mantiene el crédito de los acreedores por el resto impagado. Como terminación anormal cabe citar la caducidad de instancia, la transacción y el compromiso, siempre que no se haya abierto la pieza de calificación. La caducidad no debía admitirse, pues es uno de los exponentes que demuestran el triunfo del tiempo en favor de quien ha hecho desfallecer la paciencia de todos.

Aspectos fiscales de la empresa.—SERAFÍN RÍOS MINGARRO.

No se concibe una empresa sin una planificación más o menos elaborada. La actividad organizada al servicio de un fin determinado explica que la empresa tenga un valor distinto y superior a sus elementos integrantes. La planificación empresarial se mueve en un marco político y se ve afectada por la política tributaria nacional correspondiente. La primera consecuencia de la existencia del impuesto en la actividad empresarial es la aparición de un coste de producción dado por la cuota que se abona como impuesto. Según los supuestos será coste fijo o variable y en ambos casos se producirá lo que, en frase de la L. G. T., calificaremos de «obligación principal de sujeto pasivo tributario». Importa distinguir los conceptos de sujeto pasivo tributario (concepto más bien jurídico, cfr. 30, LGT) y de contribuyente (concepto más bien económico, cfr. 31 LGT). La empresa puede ser contribuyente o mero sujeto pasivo. Sólo en el primer caso el impuesto será un verdadero coste de producción. Las obligaciones complementarias son fundamentalmente de colaboración con la Administración (artículos 102 y 111 LGT) y pueden llegar a convertirse en verdaderos costes indirectos. El impuesto es un encauzamiento de la inversión

y (más aún) un incentivo de invertir por medios positivos o formas de carácter negativo.

La empresa puede trasladar su carga fiscal «hacia adelante» (incremento de precios) o «hacia atrás» (reducción de costos). La mayor o menor posibilidad de repercusión del impuesto se halla en función de dos variables: la elasticidad de la demanda y la estructura de la curva de costes. El empresario, al examinar el conjunto de los impuestos que gravan su actividad deberá examinar hasta qué punto es el verdadero pagador o puede repercutirlos en proveedores o consumidores.

En este estudio se prescinde del gravamen no estrictamente impositivo (tasas y exacciones parafiscales) y de los que no tienen carácter estatal (abundante tributación provincial y municipal).

Contribución Territorial Rústica y Pecuaria. Sólo en el caso de empresa que se dedique fundamentalmente a actividades ajenas a lo agrícola o ganadero y que cuente en su activo con elementos patrimoniales sujetos a esta imposición podemos decir que esta contribución será un coste fijo e independiente del volumen de producción.

En la cuota fija, considerada como coste constante, se estudian como particulares más destacados: empresa que tenga fincas directamente explotadas por ella; empresa arrendadora de estas fincas; empresa arrendataria de ellas; actividades forestales y actividades ganaderas independientes. La cuota proporcional como impuesto típico del empresario agrícola. El primer problema es la delimitación de la empresa agrícola, forestal o ganadera. Fiscalmente hablando, el criterio más importante es el cuantitativo. El segundo complementario es el de la «empresarialidad efectiva».

Delimitado proximativamente el ámbito de este impuesto podemos decir que se trata de un impuesto directo de los llamados de producción, que grava los beneficios reales o presuntos de la empresa sobre la que recae. La determinación del «ingreso» es relativamente sencilla. Más complejo es el problema de los gastos de explotación. Por esto la significación fiscal de gastos adopta una doble vertiente: amplia admisión de todo cuanto en un orden económico debe calificarse de gasto y posibilidad de deducir las pérdidas comprobadas dentro de los ejercicios siguientes. Para el

mayor realismo en la determinación de los beneficios se atenderá a un régimen de estimación directa o de fijación objetiva.

La LRT, para estimular el incentivo de invertir, confiere bonificaciones del 95 por 100 y desgravaciones de hasta un 50 por 100 «in casu», a los terrenos destinados a la enseñanza, concentración parcelaria o inversiones en mejoras o gastos destinados a mayor productividad

Contribución Urbana. Del mismo carácter que la cuota fija de la contribución rústica. Son gravámenes que afectan a la estática de la empresa. La estructura de esta contribución y su influencia económica en cada caso es conocida por todos. El futuro régimen de esta contribución se perfila bajo las siguientes directrices: 1. Sistematización del objeto tributario. 2. Realismo en la tributación. 3. Simplificación de la contribución. 4. Intensificación de la colaboración municipal.

Impuesto sobre rendimientos de trabajo personal y las rentas de capital. El impuesto sobre rendimientos de trabajo personal no es un impuesto empresarial, pero no es ajeno a la empresa, porque recae sobre servicios prestados en la misma y sobre todo porque las empresas tienen una participación directa en la exacción del impuesto. Pero puede ocurrir que el trabajo personal sujeto a este impuesto desemboque en definitiva en una actividad empresarial o casi empresarial. Entonces no es ya que la empresa tenga unas obligaciones genéricas de colaboración, sino que el impuesto grava su misma dinámica de actuación. El caso más típico es el que podríamos denominar «empresas artísticas».

El mismo carácter de sustituto del contribuyente tienen las empresas en relación con el impuesto sobre las rentas del capital que retienen y pagan a los perceptores. La influencia de este impuesto en la dinámica empresarial es mucho más profunda que la existente en relación con el anterior, particularmente en las empresas colectivas o sociedades. La LRT, al establecer un tipo único de exacción y suprimir el gravamen progresivo espera contribuir al desarrollo económico de las sociedades haciendo más realista su postura fiscal. Como facetas importantes de la nueva legislación hay que destacar un sistema de determinación presuntiva de rentas de capital (cfr. 51 LRT) y la nueva regulación

para gravar los rendimientos derivados de los contratos de asistencia técnica de cualquier clase o naturaleza.

Impuestos Industrial y de Sociedades. Son los impuestos más típicamente empresariales y gravan los beneficios reales o presuntos obtenidos en la dinámica de actuación de las empresas. En el Industrial, la cuota fija o de licencia se destina a los Ayuntamientos en su 90 por 100 desde la Ley de 24 de diciembre de 1962. La cuota por beneficios es un coste variable y la LRT establece el principio de compensación de beneficios y pérdidas comprobadas en el quinquenio, lo que no contradice el especial sistema de evaluación global utilizado por la mayoría de las empresas. Desde el punto de vista empresarial el problema principal que plantea el impuesto industrial, aparte la mayor o menor sinceridad en la determinación de las bases, es el de su integración en la programación de la empresa. El impuesto sobre la renta de sociedades engloba todas las actividades de la persona jurídica. El matiz social imprime importantes características al impuesto. La determinación del beneficio neto es más compleja. Se permite al empresario colectivo detraer parte de beneficios para crear un fondo de previsión para inversiones que se desgravan en ciertas condiciones. Se establece un gravamen mayor que el del empresario individual y se subdistingue entre sociedad anónima y limitada, creando para las anónimas un gravamen especial que sustituye al antiguo impuesto de negociación. Dos importantes novedades de la LRT son la facultad de compensar las pérdidas de un ejercicio con los beneficios obtenidos en los cinco siguientes y la desgravación de reservas destinadas a inversiones de exportación.

Impuesto sobre la renta. Resulta para el empresario individual lo que el impuesto de sociedades para el colectivo, pero la actividad empresarial suele ser la única o la más importante de la sociedad (y ello lo es menos en los individuos), y además en nuestro Derecho la empresa individual no está admitida como patrimonio separado y por ello sus rendimientos deben sumarse a los demás del individuo para determinar la base imponible. El nuevo derecho fiscal debe favorecer la claridad de los cálculos empresariales, toda vez que persigue un creciente automatismo para determinar la base imponible, lo que aliviará la presión fiscal indirecta, tan característica hasta ahora de este impuesto-sorpresa

(el más temido por el contribuyente, por ser el menos conocido).

Impuesto de tráfico de empresas. De toda la legislación fiscal reformada, este impuesto, por su novedad, es el que mayor interés ha despertado entre los empresarios. Es la modalidad española de la moderna forma de tributación sobre cifra de negocios que no grava realmente a la empresa, sino al adquirente de los bienes o servicios (salvo determinadas operaciones bancarias en las que se prohíbe expresamente la repercusión). La empresa, pese a lo dicho, tiene unas obligaciones de colaboración con la Administración. La problemática concreta de este impuesto es muy compleja y variada; destacaremos solamente algunos aspectos. El problema de la habitualidad que deslinda el campo entre este impuesto y el de transmisiones. Las ventas a prueba o ensayo y las entregas que no impliquen consumación total de la operación (v. gr., la consignación o depósito). Declaraciones de obra nueva. Especialidades bancarias de empresas de seguros, transportes y empresas de publicidad, hostelería y espectáculos. El sistema de exenciones doble: el general y los especiales de cada actividad y la especialidad tributaria de las empresas que realicen actividades de tracto sucesivo.

En tema de impuestos de lujo y especiales sólo hay que observar ligeros retoques de cuya consideración prescindimos.

Tributación de la transmisión «inter vivos» de una empresa. En muchos casos los contratos calificados por las partes como venta de empresa son transmisión de una serie de elementos, más o menos diversificados, cuya problemática fiscal es sencilla, ya que se impone la oportuna comprobación y liquidación por el tipo correspondiente, generalmente el de transmisiones de muebles. Si se pacta la transmisión de la empresa «uno actu» y en el inventario no hay ningún inmueble se gravará su transmisión por el tipo de muebles. Si se pacta en un solo acto y existen bienes de ambas clases se practicarán dos liquidaciones diferenciadas. Si no hay un convenio único se liquidarán las transmisiones parciales al tipo correspondiente. El Reglamento del Impuesto de Derechos Reales dedica un precepto especial a la comprobación de valores en caso de transmisión total o parcial de empresas o establecimientos mercantiles o industriales. El legislador fiscal ha considerado implícitamente que lo llamado a tributar es justamente

el haber líquido que con la empresa se transmite. La afirmación pierde en la práctica mucha de su importancia al relacionarla con los preceptos relativos a las liquidaciones por adjudicación en pago de deudas, de su asunción o para pago de ellas. En la transmisión de una parte indivisa de la empresa se ve con mayor claridad la cesión unitaria del activo y del pasivo y, por lo demás, son aplicables los extremos señalados para la total.

El impuesto de transmisiones no contempla sólo la figura que indica su nombre, sino otros supuestos de tributación. De estos actos jurídicos el que mayor relación puede tener con el tema que nos ocupa es el del arrendamiento de empresa, en el que se destaca otro importante vestigio del concepto unitario de empresa. No se encuentran preceptos que permitan sostener la existencia de Derechos Reales liquidables sobre la empresa constituida como unidad. Sobre sus elementos pueden constituirse toda clase de Derechos Reales, especialmente el de hipoteca mobiliaria. Mayores problemas plantea la aportación de una empresa a una sociedad o la adjudicación de ésta a un socio en el momento de la disolución.

La sucesión de la empresa desde el punto de vista fiscal. Estudiaremos aquí los problemas de la transmisión «mortis causa» de una pequeña empresa. La empresa como tal no es susceptible de cargas reales; debemos centrar el problema en las deudas «stricti sensu». La existencia de deudas deducibles y su liquidación por diversos tipos no es contrario a la idea de unidad de la empresa y por este principio (de unidad de la empresa) hay que entender en principio deducibles las deudas que figuren en el pasivo de la empresa, dejando a salvo la más amplia facultad calificadora del liquidador.

El artículo 155-20 de la vigente LRT plantea graves y numerosos problemas de interpretación. Los excesos de adjudicación producidos con la adjudicación de una empresa a uno solo de los llamados a ella estarán exentos si partimos de la concepción unitaria que venimos sosteniendo, pero no desde una concepción atomista (tesis de Bas y Riva).

Los impuestos sobre beneficios extraordinarios y tráfico exterior. Hay que diferenciar los monopolios fiscales; los beneficios de situaciones específicas coyunturales gravados por los tipos de

tributación de la plus valia; los llamados impuestos de compensación de gravámenes interiores y la Renta de Aduanas.

El empresario colectivo.—R. FRAGUAS MASSIP.

Al tratar del empresario colectivo es siempre necesario mantener la diferencia esencial entre sociedad y empresa social, lo que no siempre se consigue, e incluso la L. S. A., en su capítulo VI, regula materias relativas a la empresa social y no a la estructura del ente. La sociedad es una persona jurídica que asume la condición de empresario individual o colectivo.

El quehacer del empresario es doble, según el profesor GARRIGUES: la concepción y planificación de la empresa y la aportación de los medios necesarios para ponerla en práctica. Por el complejo y progresivo desarrollo social se diferencian dos sectores: el gestor, estable y fundamental, y el grupo aportador, más o menos fungible. Desde este enfoque se comprenden perfectamente los diferentes tipos sociales: Sociedad regular colectiva, comanditaria, anónima y de responsabilidad limitada.

Es fácil constatar que en nuestro tiempo el empresario colectivo desplaza progresivamente al individual por varias razones, entre las que debemos destacar: la limitación de responsabilidad; el refuerzo del crédito y la realización de una empresa colectiva. Respecto a la primera existe una fuerte corriente doctrinal favorable a que el empresario individual responda únicamente con la empresa, creándose un patrimonio especial que ya tiene precedentes en la herencia aceptada a beneficio de inventario, en la masa concursal, en los patrimonios en fideicomiso y en el patrimonio naval. Aunque para amplios sectores la estructura social tiene fuerza carismática, en realidad el cambio de naturaleza del empresario en nada afecta a la empresa, y su crédito no solamente no se verá reforzado por la transformación, sino que sufrirá una disminución por virtud de la limitación de responsabilidad.

La Sociedad, como el matrimonio, crea un «status» que requiere de modo imprescindible la «affectio societatis», tan olvidada en la práctica. El fin primario de la empresa no es ganar dinero, sino la producción o distribución de bienes y servicios en óptimas con-

diciones de mercado, y como consecuencia de esta realización se obtiene un lucro. En la anónima y limitada la única obligación del socio no es realizar la aportación prometida, sino el correcto ejercicio de los derechos políticos, en especial la asistencia y voto en las juntas generales.

Para la elección de tipo social habrá que atender a los factores determinantes: personales, económicos y fiscales. El número de socios, más de tres y menos de cincuenta, condicionará el tipo social. También afectan a la tipología social la masa de capital (cinco millones de pesetas), la fluidez en la circulación de los títulos y la suscripción y el mayor o menor desembolso del capital social. Los tipos de tributación son de un 2,70 por 100 (si el capital social está representado por títulos valores) y de un 1,70 (en otro caso). El tipo del 2 por 100 se aplica a la transmisión de participaciones sociales en todo caso y de acciones cuando no intervenga agente de Cambio y Bolsa o corredor de Comercio. Las Sociedades anónimas tributan además por un gravamen especial del 4 por 100 sobre la renta neta de cada ejercicio, que sustituye al antiguo timbre de emisión y negociación.

En el acto constitutivo, desde un punto de vista formal, la escritura es el acta de nacimiento de la Sociedad, y los estatutos, la carta magna de la Sociedad nacida, y pueden incluirse en la escritura o protocolizarse con ella. Las Leyes reguladoras de las Sociedades anónimas y de las limitadas contienen una normación exhaustiva de la estructura social, pudiendo clasificarse sus preceptos en tres grandes grupos: circunstancias del nuevo ente social, normas de derecho necesario y normas de derecho voluntario. Los estatutos deben reducirse a su verdadera dimensión, abandonando corruptelas que los convierten en voluminosos. Los relativos a las circunstancias del nuevo ente son de inexcusable determinación. Las normas de derecho necesario no son de necesaria reproducción. En cuanto a las de derecho voluntario, sólo se recogerán los pactos que las deroguen.

Se estudian como puntos a precisar: el objeto social; el capital social; las acciones; las restricciones a la transmisibilidad de los títulos; los órganos sociales, y las prestaciones accesorias en la S. R. L. La correcta concreción del objeto social tiene suma importancia, porque determina la vida misma de la Sociedad. **El**

cambio o ampliación constituye modificación estatutaria y supone acto liquidable sujeto a la ley general sobre transmisiones patrimoniales. La función de la cifra del capital exige el criterio de veracidad, incluso como garantía a terceros. Las diferencias entre acciones nominativas y al portador tienden a esfumarse, como dice URÍA, y hoy se concretan en la notificación a la Sociedad de la transmisión de acciones nominativas, en la necesaria inscripción o depósito para asistir a las Juntas generales, en la diversa manera de computar el *quorum* de asistencia en las Juntas generales y en que la acción será forzosamente nominativa mientras no se desembolse íntegramente. No hay que olvidar que en la sociedad de responsabilidad limitada, el capital se integrará por participaciones sociales. Se admite la restricción a la libre transmisibilidad del título, pero no la prohibición de transmitir. Las restricciones pueden ser legales, convencionales y estatutarias. La voluntad social se forma en la Junta de socios, a la que todos tienen el derecho y el deber de asistir, deliberar y votar. Se admite legalmente que el administrador puede no ser socio, criterio desacertado que arranca de confundir sociedad, empresario y empresa social. El administrador es un órgano social y debe tener la condición de socio. El gerente o director de la empresa no tiene por qué ser socio, y su designación debe hacerse por su idoneidad técnica y profesional. La enumeración de facultades de los administradores o del Consejo de Administración siempre será incompleta e inútil, porque el administrador es un representante orgánico y sus facultades tienen un contenido legal e inderogable. Las prestaciones accesorias en la S. R. L. son una institución nueva en nuestro Derecho y que aparece por vez primera en la Ley alemana de 1892. Pueden consistir en todo lo que puede constituir el contenido de una obligación. Nunca pueden integrar el capital social; siempre han de establecerse en la escritura social y pueden ser retribuidas, incluso con cargo a beneficios. El problema fundamental se plantea cuando el socio obligado transmite todas o alguna de sus participaciones sociales. En estos supuestos, ¿qué ocurre con la prestación accesorio? En caso de incumplimiento, la sociedad puede excluirle unilateralmente, como en cualquier otro supuesto de quebrantamiento de sus deberes sociales.

El letrado tiene una importante intervención en la etapa cons-

titutiva de la sociedad; pero mucho más importante llega a ser durante la vida social conformando la actuación societaria a las normas jurídicas, para evitar que por incumplimiento de la ordenación aplicable se convierta la sociedad constituida en una pura situación de hecho con mera apariencia de ente social.

La sociedad unipersonal es una contradicción terminológica, porque la sociedad supone pluralidad de personas vinculadas y organizadas entre sí para la consecución de un fin. Después de esbozar las soluciones del Derecho comparado, se trata de la posición jurisprudencial española. En nuestro Derecho no se considera causa de disolución la reunión de todas las acciones en una sola mano mientras subsista la posibilidad de restablecer la pluralidad de socios. Esta razón de la exposición de motivos de la L. S. A es aplicable, por analogía, a la sociedad de responsabilidad limitada.

Las sociedades mercantiles sólo en época muy reciente se personalizan como medio técnico de expresar su autonomía patrimonial, su limitación de responsabilidad y la separación entre sociedad y socios. El contrato de sociedad y la personalidad son conceptos distintos que no se implican mutuamente. Para la existencia del contrato de sociedad es suficiente el concurso de los requisitos esenciales del Derecho (artículo 117 del C. Co.). El cumplimiento de las formalidades del mismo Código determina su personificación (119). La sociedad constituida en la forma establecida en el artículo 117 que no cumpla los requisitos del 119 será una sociedad mercantil irregular, que en la esfera interna no podrá adoptar otra estructura que la de sociedad colectiva y que, frente a terceros, planteará varios problemas, en tema de responsabilidad, de validez de los contratos y posición de los gestores. En resumen, la sociedad irregular es una sociedad mercantil perfectamente válida en la que los socios responden ilimitadamente, que puede actuar en el tráfico siempre que manifiesten con pulcritud su regularidad y que puede resultar en muchos casos la estructura ideal que encauce los intereses y fines de las partes, con una mayor sencillez y economía que si acudieran a la sociedad regular.

El contrato de cuentas en participación, rara vez utilizado y cuya estructura y efectos son poco conocidos, puede resultar muy adecuado para la consecución de los fines perseguidos por quie-

nes más o menos desorientados pretenden constituir una sociedad. Al configurar el contrato, que es aconsejable celebrar por escrito, deben regularse: el plazo o causas de extinción del contrato, las operaciones objeto del contrato, el módulo de participación en los resultados y los derechos y obligaciones del empresario y del cuen-taparticipe.

Sociedades de régimen particular.—R. FRAGUAS MASSIP.

El Estado no puede inhibirse de la ordenación de la economía, porque ésta influye decisivamente en el bienestar de la comunidad social. De una etapa de política abstencionista (sistema de la economía liberal) se pasa al extremo opuesto (intervencionismo estatal, que reviste formas de actuación muy variables y se manifiesta en sistemas políticos casi antitéticos). Ambas posiciones resultan inaceptables. Para lograr el equilibrio entre el respeto a la libertad humana y los prevalentes intereses de la comunidad se produce la intervención del Estado a través de la disciplina que LEVI denominó por vez primera *Derecho Económico*. La intervención del Estado puede adoptar alguna de estas formas: intervención directa (a través de empresas estatales o paraestatales) o dirección de la economía (normas de rango superior de restricción o control, de tutela de intereses de terceros por medio de ciertas garantías o por normas de estímulo o fomento).

En el campo de la economía conviene distinguir entre promotores y aportadores. Los primeros conciben la idea. Los segundos suministran el capital. El capital tiene dos notas fundamentales: la timidez y la rutina. Ante esta situación, el Estado dicta una serie de normas de estímulo: positivas y negativas. Fórmulas de financiación, procedimientos expropiatorios, convertibilidad y disponibilidad de divisas, beneficios fiscales... Estos estímulos requieren un condicionamiento, es decir, unos presupuestos para su concesión (predeterminación del objeto social y realización efectiva, estructura preestablecida, establecimiento de mínimos o máximos...). Este condicionamiento supone un régimen complementario de comprobación previa, simultánea o posterior. Como

consecuencia de estas disposiciones y medidas se establece para determinadas actividades y empresas un régimen particular.

I. SOCIEDADES INMOBILIARIAS.

Existen desde que aparece la «sociedad», pero adquieren especial fisonomía a partir de la L. R. T. de 1940. A través de las disposiciones estatales de estímulo y de intervención se configuran tres tipos de sociedad inmobiliaria. Las que tienen por objeto exclusivo la adquisición y construcción de fincas urbanas no sujetas a régimen proteccionista para su explotación en arrendamiento. Las que tienen por objeto exclusivo la construcción de viviendas de protección oficial para su posterior venta o arrendamiento. Las que tienen por objeto exclusivo la construcción de viviendas de protección oficial para su explotación en forma exclusiva de arrendamiento. Recientemente se ha producido una importante alteración en el Régimen Jurídico de estas sociedades en el aspecto sustantivo y en el fiscal por el Decreto de 24 de julio de 1963 y L. R. T. de 11 de junio de 1964.

II. INDUSTRIAS DE INTERÉS PREFERENTE

El Estado inició el proceso de industrialización español en momentos muy difíciles para nuestra economía. Al servicio de esta política se promulgaron las Leyes sobre industrias de interés nacional, ordenación y defensa de la industria y la fundamental del I. N. I. La puesta en marcha del Plan de Desarrollo aconsejó la revisión de criterios para adecuarlos a las exigencias de esta economía actual y a los postulados del sistema de libre mercado. Fruto de esta revisión es la Ley fundamental de 2 de diciembre de 1963, desarrollada en el Decreto de la Presidencia de Gobierno de 2 de diciembre de 1964 y en la Orden de Hacienda de 27 de marzo de 1965, sobre procedimiento para la aplicación de los beneficios fiscales. En el sector agrícola, la Ley de 2 de diciembre de 1963 se complementa con los Decretos del 11 de septiembre de 1964, desarrollado por las Ordenes de 16 de diciembre de 1964 y 5 de marzo de 1965, y la resolución de 24 de abril de 1965 de la Dirección General de Economía de la Producción Agraria, que desarrolla la Orden de 16 de diciembre de 1964, para unificar y facilitar trámites y lograr la máxima rapidez en la promoción industrial del campo.

III. SOCIEDADES DE PROMOCIÓN TURÍSTICA.

La Ley de 28 de diciembre de 1963 y su Reglamento de 23 de diciembre de 1964, desarrollado en Ordenes de 21 de enero, 3 de julio y 15 de agosto de 1965, y adaptadas en su aspecto fiscal a la vigente L. R. T. por Orden de Hacienda de 27 de marzo y Decreto de Hacienda de 20 de mayo, ambos de 1965, persiguen la ordenación turística del territorio nacional mediante la planificación y desarrollo de zonas y centros de interés turístico nacional, cuya creación implica la instauración de un régimen jurídico especial elaborado mediante los llamados Planes de Promoción Turística y de Ordenación Urbana.

IV. CONCENTRACIÓN DE EMPRESAS.

Desaparecidas las circunstancias impuestas por el colapso de nuestra guerra, subsiguiente contienda mundial y posterior cerco económico a nuestra Patria, nuestra política económica se orientó hacia el régimen de mercado libre. El Gobierno comprendió la necesidad de que las minúsculas empresas casi artesanales, se transformaran en empresas de dimensiones óptimas para superar el clima de competencia que se avecinaba.

Al servicio de esta idea se promulgan dos series de Disposiciones: legislación sobre «concentración de empresas» y sobre asociaciones y uniones de empresas.

En la L. R. T. de 1957 se concedieron determinadas exenciones fiscales a los actos de constitución de sociedades o de integración de empresas que, sin tener carácter de monopolio, benefician a la economía nacional. Este precepto fue desarrollado, sustituido y complementado por disposiciones posteriores. La L. R. T. de 11 de junio de 1964 establece determinadas ventajas fiscales en relación con las plus valías que pueden manifestarse con ocasión de la concentración o integración de empresas y se prevé la disposición jurídica especial respecto a las Concentraciones y Uniones de Empresas. En cumplimiento de este mandato legal se dictó la Orden de Hacienda de 5 de abril de 1965 determinando el procedimiento para obtener los beneficios fiscales aplicables a las concentraciones de empresas.

V. ASOCIACIONES Y UNIONES DE EMPRESAS.

La Ley de 28 de diciembre de 1963, desarrollada por la Orden de 25 de enero de 1964, viene a establecer una serie de medidas financieras y de asistencia para facilitar el desarrollo de la pequeña y mediana empresa y favorecer las uniones y asociaciones de empresas que sean beneficiosas para la economía nacional.

Inversiones de capital extranjero.—R. FRAGUAS MASSIP.

La política gubernativa en cuanto a las inversiones de capital extranjero ha sufrido en España una evolución al compás del proceso de liberalización de nuestra economía. El proceso ha sido retardado, de una parte, por prejuicios de nacionalismo económico, hoy casi totalmente superados, y por otra, por unas precauciones indispensables al reincorporarse España al mercado internacional de capitales.

No era suficiente derogar el régimen prohibitivo de las inversiones extranjeras, sino que se precisaba, además, ofrecer al capital extranjero las garantías necesarias, lo que se consiguió unificando el cambio de moneda adoptando una política arancelaria, un programa de liberación de transacciones y consagrando el principio de conversibilidad externa de la peseta.

La industria española se hallaba descapitalizada frente a un ahorro nacional insuficiente para financiar su despegue. Y no era sólo un problema de capital, sino que se necesitaba aumentar la productividad y eficacia de las empresas.

La evolución legislativa hacia la política de atracción de capital extranjero se inicia con el Decreto de 27 de julio de 1959, complementado y desarrollado con abundante legislación posterior.

Los principios orientadores de la legislación vigente son la defensa de la economía nacional en ciertos sectores, para evitar un peligroso «colonialismo económico», y la consideración por el legislador, como base de sus disposiciones y limitaciones, no de un elemento objetivo (nacionalidad del inversor), sino subjetivo (procedencia del capital invertido). El Decreto de 17 de mayo de 1962 da un paso más en la liberalización al autorizar la transferencia

al exterior en divisas de beneficios y dividendos. El Decreto de la Presidencia del Gobierno de 18 de abril de 1963 enumera determinados sectores económicos para los que se autoriza con carácter general las inversiones extranjeras sin limitación en la participación, excepto en caso de aportaciones materializadas en equipo capital cuya importación no esté liberalizada. El Instituto Español de Moneda Extranjera y la Oficina de Información de la Presidencia del Gobierno reiteradamente han manifestado que las exportaciones realizadas en pesetas interiores no quedan sujetas al régimen establecido para las inversiones del capital extranjero.

Adquisición de fincas rústicas o urbanas.—La adquisición por extranjeros o por españoles residentes en el extranjero de fincas rústicas tropieza con las limitaciones establecidas para determinadas zonas geográficas, en interés de la defensa nacional, y con el tope cuantitativo de cuatro hectáreas en regadío o veinte en secano, o cabidas inferiores que, sumadas a las que les pertenecen, completan extensiones superiores a las expresadas, y la constitución o cesión de derechos reales sobre tales fincas. Para la adquisición por cualquier título *inter vivos* será necesaria previa autorización de la Presidencia del Gobierno, sin la que no se inscribirán en el Registro de la Propiedad. La inscripción será constitutiva y sin ella no se admitirán estos documentos por los Juzgados, Tribunales, Oficinas Públicas y Notarías, salvo en estas últimas para lograr su previa inscripción. En cuanto a las urbanas, sólo existe la prohibición de reservar o disfrutar más de una vivienda de protección oficial. Tanto respecto a fincas rústicas como urbanas, ya sea la adquisición con pesetas convertibles o con pesetas interiores, serán necesarias las certificaciones bancarias correspondientes. En cuanto a las ventas por los extranjeros de las fincas que adquirieron en España, no requiere permiso alguno, aunque es necesaria la previa autorización del Instituto Español de Moneda Extranjera para la repatriación en divisas del importe de la venta, rentas y plus valías.

Adquisición de títulos-valores.—El Decreto de la Presidencia del Gobierno de 15 de marzo de 1962 establece la libre adquisición de títulos mobiliarios y títulos de la Deuda Pública, mediante pago en pesetas convertibles, y tratándose de personas físicas extranje-

ras residentes en España podrán realizar tales adquisiciones con pesetas interiores, pero sin derecho de transferencia de beneficios y capital.

En las adquisiciones de títulos de renta variable emitidos por empresas directamente relacionadas con la defensa nacional, información pública, prestación de servicios públicos, mineras extractivas, cinematográficas, de investigación y explotación de hidrocarburos, Banca, Seguros y navieras tendrán, en cuanto al porcentaje de capital en poder de extranjeros, las mismas limitaciones que para las inversiones directas establece el Decreto-ley de 27 de julio de 1959. En los emitidos por las sociedades comprendidas en la lista de liberalización establecida por Decreto de la Presidencia del Gobierno de 18 de abril de 1963 no existe limitación alguna. En los restantes supuestos el porcentaje de títulos en poder del capital extranjero no puede exceder del 50 por 100 (del capital social), salvo autorización del Consejo de Ministros solicitada de la Presidencia del Gobierno.

Las inversiones así realizadas gozan del derecho de transferencia al exterior en divisas. Estas inversiones deben declararse a la Oficina de Estadística del Ministerio de Comercio, y hasta que se efectúe la declaración no nacerá a favor del propietario el derecho de transferencia, que probará por el duplicado de la declaración debidamente diligenciado.

Inversión en empresas.—El primer problema es la interpretación que deba darse al término «empresas españolas». Lo único que está claro es que se hallan cerradas a las inversiones de capital extranjero: las relacionadas con la defensa nacional y la información pública; las de prestación de servicios públicos, salvo aquellas que el Gobierno acuerde incluir por razones de interés general, y las cinematográficas, salvo casos excepcionales.

En ciertas empresas existen topes de participación que no pueden rebasarse en un 25 o un 50 por 100, y para realizar las inversiones es suficiente comunicarlo previamente a la Oficina de Estadística del Ministerio de Comercio. Las aportaciones podrán consistir en la transferencia de divisas para aportar directamente su contravalor en pesetas; en la aportación directa de pesetas procedentes de beneficios o capitales que tengan la condición de

transferibles al exterior; en la aportación directa de pesetas que tengan la consideración de convertibles; en la aportación directa de equipo capital de origen extranjero, cuya valoración será la que se fije a efectos arancelarios, y la aportación directa de asistencia técnica, patentes y licencias de fabricación (previa autorización y valoración por el Ministerio competente).

Operaciones de crédito o préstamo.—Tales préstamos deberán estar previamente autorizados por el Instituto de Crédito a Medio y Largo Plazo, cuando adopten la forma de títulos mobiliarios de interés preestablecido y su cuantía exceda de cinco millones de pesetas. El Instituto solicitará del I. E. M. E. informe específico. Se establecen determinadas reducciones fiscales cuando los fondos se destinan a financiación en sectores de preferente interés económico.

La empresa ante los problemas de la afiliación a los Seguros Sociales.—EFRÉN BORRAJO DACRUZ.

La delimitación de los Seguros Sociales se hace mediante dos grupos: los Seguros Sociales Unificados y el Mutualismo Laboral.

La afiliación efectiva es requisito *sine qua non* para que el trabajador pueda tener derecho a las prestaciones. «El trabajador sólo es asegurado en tanto en cuanto está afiliado». En el Mutualismo Laboral aparentemente se da una excepción a la doctrina que estamos exponiendo, pero en realidad el Mutualismo tiene un régimen especial de inscripción que se concreta en las relaciones mensuales y nominales de cotizantes, y mes a mes lo que es una afiliación, un acto único en el I. N. P., se realiza y se repite en el Mutualismo Laboral.

La afiliación es también importante para el ente asegurador, porque a través de ella tiene conocimiento de que existe una persona que debe estar asegurada y por la cual se debe cotizar. La obligación de cotizar es independiente del cumplimiento de la obligación de afiliación. El ente asegurador tiene también interés en conocer que el trabajador existe, que por él se debe cotizar para poder, en su día, exigir esa cotización y transformarla en cotización efectiva.

La afiliación como acto administrativo es de la competencia

del ente asegurador, y la obligación de solicitar la afiliación es la obligación que gravita sobre el empresario. La afiliación es un acto administrativo, formal, de efectos constitutivos, por virtud del cual el trabajador es declarado e inscrito como asegurado social de acuerdo con la Ley del Seguro Social en cuestión. Es el acto que cierra un procedimiento que se inició con una solicitud de declaración. Si acudiéramos al Derecho civil podríamos decir que se trata de una declaración unilateral de voluntad, pero en Derecho administrativo podemos decir que se trata de un deber de denuncia o de dar noticia a la Administración de los trabajadores que pueden o deben ser afiliados; esta obligación es una obligación legal.

La falta de afiliación produce como perjuicios: para el ente asegurador, el desconocimiento de que tiene un crédito de carácter tributario frente a la empresa, con el consiguiente peligro de la prescripción de cuota en el plazo legal de cinco años, y en cuanto al trabajador, la pérdida del derecho a las prestaciones.

Pendiente, evento el daño, sólo podía producirse en algunos casos, pero a partir de la vigencia de la Ley de Bases de Seguridad Social la afiliación oportuna va a ser de capital importancia, porque la cuantía de la pensión será proporcional a la antigüedad en la afiliación.

El verdadero problema para el trabajador surge cuando descubre la falta de afiliación después de producido el siniestro. La responsabilidad de la empresa frente al ente asegurador es efectiva en cuanto queda obligada al pago de las cuotas debidas y no prescritas, al recargo correspondiente y a las multas que sancionan el mal cumplimiento de la obligación de dar la noticia a la Administración pública. El verdadero problema se plantea de cara al trabajador. La empresa es responsable de una indemnización de daños y perjuicios al trabajador que por falta de afiliación ve que sus derechos posibles no son reconocidos por el ente asegurador. En tema de imputación de responsabilidad por la no afiliación se estudian los criterios jurisprudenciales, los doctrinales y el criterio legal, y aunque la compensación de culpas iba a tener consecuencias notabilísimas, el Decreto de 4 de junio de 1959 da la razón a la doctrina científica y fija que el responsable frente al trabajador de la indemnización de daños y perjuicios es única y exclusivamente el empresario.

Pero aun declarando responsable civil al empresario por la falta de afiliación, no hemos garantizado que el trabajador vaya a obtener las prestaciones a las que tiene derecho. Si las obtiene, será al final de un procedimiento judicial. En 1961, con el Seguro Nacional de Desempleo, el legislador español toma conciencia de este problema y aplica por vez primera el principio de la automaticidad de las prestaciones que es el principio socialmente eficaz en esta materia. Poco después, en 1963, se abre un debate de dimensión nacional en torno al proyecto de la Ley de Bases de Seguridad Social. El proyecto y la misma Ley son, sin embargo, inexpressivos al respecto. En los textos sólo cabe encontrar las siguientes referencias al problema y su posible solución: exclusión de la teoría de compensación de culpas, responsabilidad civil del empresario y privilegio del trabajador en paro.

En fin, la materia resulta altamente compleja y no es conveniente su regulación legal, sino que se impone su remisión a un Reglamento. El Mutualismo Laboral en España marca la orientación, lo mismo que el Código civil italiano con su flexible fórmula abierta. En resumen, el texto articulado de la Ley de Bases deberá dar entrada al principio de automaticidad de prestaciones, al menos en todas las prestaciones distintas de las de invalidez y supervivencia no causadas por enfermedad profesional o accidente del trabajo y vejez, y en todo caso su fórmula debería ser abierta, remitiendo la regulación pormenorizada a los Reglamentos de aplicación.

En tema de jurisdicción competente respecto a la afiliación, cuando el que discrepa es el empresario, después de agotada la vía gubernativa se acudirá a la contencioso-administrativa. Si la discrepancia es del trabajador, aunque puede acudir a la jurisdicción contencioso-administrativa, porque no es una solución práctica, debe el trabajador mantener siempre que se pueda su fuero de acudir a su jurisdicción especial, y la solución se hallará en ventilarse la cuestión ante la jurisdicción del trabajo.

La financiación de la empresa.—SIMÓN CANO DENIA.

En las últimas décadas se ha superado la interpretación excesivamente mecanicista del fenómeno económico y se considera que mediante ciertas medidas puede incrementarse el ritmo de desarrollo, aumentar la renta nacional y, en definitiva, elevar el nivel de vida de la colectividad. Pero un programa de desarrollo es un plan acelerado de inversiones que plantea necesariamente el problema de su financiación. Todo problema de financiación presupone un problema de tiempo. En tema del tiempo, surge una triple interpretación del tiempo en el análisis económico: un tiempo físico cuantitativo, la unión histórica del tiempo y la subjetiva o psicológica.

Todo proceso de producción es un proceso temporal, pero tan pronto contemplamos su funcionamiento nos damos cuenta que existe una falta de sincronización entre salidas y entradas de dinero, es decir, entre los gastos y los ingresos de la empresa. La empresa en nuestro sistema de producción tiene una misión múltiple, y es el empresario quien soporta la demora en la percepción de los ingresos.

En el tiempo histórico o tiempo fechado, los avances de la técnica han implicado mayores necesidades de financiación, porque cada vez los procesos productivos exigían mayores inversiones. Ello ha implicado la transformación de la producción artesana en fabril y la aparición de formas de empresa; pero, por otra parte, se origina el fraccionamiento del proceso productivo a través de la división del trabajo. Las fuentes de financiación han variado según las nuevas exigencias de las inversiones y se pasa de la financiación privada a la pública. De las 40.000 instituciones bancarias en el mundo sólo subsisten 25 Bancos fundados antes de 1800; de los 40.000, algo más de un tercio corresponden a Estados Unidos.

La interpretación subjetiva del tiempo ofrece especial importancia en los problemas de financiación de la empresa. Lo que la empresa haya sido durante su pasado quedará reflejado en su propio patrimonio, y este patrimonio va a condicionar sus inversiones futuras. El pasado es el punto de partida, que difícilmente podrá alterar el empresario y que condicionará su conducta futura. En

nuestro sistema de producción el patrimonio determina la solvencia del empresario, y esta solvencia, a su vez, influirá en su posibilidad de obtener créditos. Al empresario al planear su producción lo que le importa es el futuro. Todo futuro presupone incertidumbre y riesgo, y esto influye no sólo sobre los planes de producción, sino sobre la actuación de las instituciones crediticias. El empresario actúa cara al futuro y las instituciones de crédito están dominadas por el pasado: sus disponibilidades dependerán de lo no gastado por la colectividad en periodos precedentes. La concesión de créditos dependerá también del patrimonio del solicitante, otro condicionamiento del pasado.

La solución de las necesidades de la empresa individual no es la solución del conjunto nacional. Si todos los empresarios pudieran cubrir todas sus solicitudes de créditos, el mecanismo de los precios originaría tal alza, que nadie tendría dinero suficiente para atender a sus propios planes de financiación. No puede procederse ilimitadamente a la creación de dinero para financiación de las inversiones del sector privado, porque se originaría un proceso inflacionista. Se ha de guardar relación con las disponibilidades del ahorro. Pero la limitación en las disponibilidades de ahorro plantea un grave problema en los denominados procesos de desarrollo. NUSKE, refiriéndose a este fenómeno, hablaba del «círculo vicioso de la pobreza». Nuestro problema no es insoluble, pero requiere una adecuación perfecta entre consumo, ahorro e inversiones, de forma que sea factible promover, estimular el crecimiento de la renta nacional y el incremento futuro del bienestar de la propia población. Una de las cuestiones más importantes consiste en determinar el tiempo en que se ha de alcanzar cada uno de los objetivos propuestos. Todo plan de expansión de la producción se produce para incrementar el bienestar de la colectividad. Es necesario que las generaciones decidan si quieren vivir ellos mejor o si pretenden que vivan mejor sus hijos; lo que ofrece mayores dificultades es tratar de conseguir a la vez ambas cosas.

El problema de la financiación no es sólo cuantitativo, sino cualitativo, en el sentido de determinar quién va a disponer de los medios de financiación. Los planes de financiación de las instituciones crediticias no están montados sobre las mismas bases que los planes de inversión de las empresas privadas. Esto origina

una fricción entre lo que uno quisiera y lo que otro puede ofrecer. Si dejamos el sistema en condiciones de libertad, la selección de los beneficiarios suele conducirse a través de los criterios de la solvencia. En la práctica, la magnitud de la empresa influye poderosamente sobre el proceso de financiación. Pero la distribución del crédito de acuerdo con la solvencia no garantiza la óptima utilización de los recursos financieros. Ante la falta de adaptación automática del mecanismo crediticio a las condiciones óptimas requeridas han surgido multitud de disposiciones que tienden a modificar la distribución de los medios financieros: redistribución a determinados sectores o redistribución de orden geográfico. Estos criterios de redistribución han sido eficaces, pero hasta el momento presente no se ha encontrado solución al problema que plantea la distribución del crédito entre las distintas empresas. Las medidas adoptadas han tratado de conseguir la neutralidad de la Banca y de estimular la asociación de empresas, pero es necesario buscar nuevas soluciones, y es posible que el camino se encuentre en una mejora de las condiciones técnicas bajo las que actúan las instituciones bancarias y las empresas. Es necesario que la distribución de los créditos no se efectúe solamente por el resultado del pasado, sino que deben tenerse en cuenta con más detención los planes de inversión de cada empresario. Es necesario que la empresa proporcione información minuciosa y verídica de sus propios planes de inversión. Cualquier otro sistema no puede solucionar el problema.

El abogado y la empresa.—VICENTE PONS FRANCO.

En el orden práctico actual, un elevado porcentaje de asuntos (no creemos baje del 80 por 100) que llegan al despacho del letrado afectan directa o indirectamente a empresas y empresarios. En lo que respecta al mantenimiento de la personalidad profesional y subsiguiente eficiencia, dice COUTURE en el primero de sus diez mandamientos del abogado: «I. Estudia. El Derecho se transforma constantemente. Si no sigues sus pasos serás cada día un poco menos abogado» Hay valores eternos, pero es también necesario captar y valorar los fenómenos sociales, técnicos y económicos, y

que el ordenamiento no se convierta en aparato ortopédico y el Derecho en espejo deformante, según cita de FRAGUAS. Hemos de admitir, pues, el dualismo de la estructura formal (normativa jurídica permanente) y la realidad sobrevenida (fenómeno social circunstancial).

La relevancia del fenómeno empresarial es muy grande, hasta el punto que para muchos autores el concepto empresa coordina, estructura y polariza los Derechos mercantil, agrario y laboral. El abogado de empresa debe especializarse en estos Derechos, pero sobre la sólida base de nuestro viejo Derecho común, porque antes que al empresario, al comerciante, al industrial, al agricultor, al trabajador, ha de ver siempre al hombre.

En tema del sistema de estudios vigente en España se hace una breve y densa exposición, citando, entre otras, las declaraciones del profesor BRAGA DA CRUZ de que la Universidad tanto será más ella misma cuanto sepa mejor conjugar sus tres fines esenciales: el cultural, el profesional y el de investigación, y por ello el Rector de Coimbra propugna la unidad y simultáneamente la especialización. Se alude a la línea jurídica predominante, pero no exclusiva; a la estructuración de tres cursos comunes y dos especiales y a una mayor osmosis entre Facultad de Derecho y Corporación Colegial. El estudio y aprendizaje de una técnica no debe entenderse como práctica de la práctica, sino como teoría de la práctica. Esa viene a ser la finalidad asignada a las Escuelas de Práctica Jurídica, a través de las que se hace una rápida incursión. El último escalón del ejercicio profesional debe ser la misma Sección de Práctica Jurídica, y en una segunda etapa, la Pasantía. Pero la formación del abogado no termina nunca; su gimnasia mental ha de ser diaria y debe nutrirse por cursos especiales monográficos, Secciones de estudios especiales, etc...

En el aspecto concreto de la actuación del abogado en las empresas, nosotros no excluimos la colaboración con ningún profesional de los llamados «técnicos» en las empresas; la misión asesora es la más trascendente por su carácter configurador y preventivo, y de aquí viene a postularse, por similitud con el problema médico asistencial, que las empresas que excedieran de cierto número de obreros, o cierta cifra de capital o cierta potencialidad de

operación deberán ser obligadas a contratar los servicios de un abogado asesor estable.

En cuanto a las relaciones jurídicas del binomio abogado-empresa, se concreta el carácter liberal de la profesión y sus notas dominantes de profesionalidad, exclusividad, libertad y colegialidad.

La naturaleza del vínculo contractual se sitúa en la clásica doctrina del mandato y de la paga honoraria, de las formas locativas o indistintamente se acepta la figura del mandato o del arrendamiento de servicios (según la naturaleza de las prestaciones que comprendan). Más exacta parece la teoría del «contrato de prestación de servicios profesionales» del Código portugués. Nuestro Tribunal Supremo sostiene una u otra de las tesis expuestas, pero la sentencia de 4 de febrero de 1950 parece constituir la suma y compendio de todas. En resumen, estimamos digna de tener en cuenta la línea del Código portugués, y después se propone como conclusión el estudiar la naturaleza, definición y constitución del contrato tipo de prestación de servicios profesionales y en general, de manera concreta, el relativo a los abogados de empresa. En ámbito forense, podemos concluir diciendo que se trata de «ejercicio privado de funciones públicas» (ZANOBINI).

Juicio crítico.

Con palabras del prólogo podemos emitir nuestro juicio crítico diciendo que nos hallamos ante «un volumen de excepcional interés sobre el Derecho empresarial en la aurora naciente de su concepción jurídica» y que «la Academia Valenciana de Jurisprudencia y Legislación se ha sentido orgullosa de recibir en su seno a los compañeros que profesaron el Curso de Derecho Empresarial».

Cerremos estas ya largas líneas con el mejor mérito, en nuestra opinión, de este volumen denso en ciencia: el campo que nos abre a la reflexión y a la investigación sobre los varios problemas planteados. Si es estupendo por lo que dice, es mucho mejor todavía por lo que nos sugiere «Con reiteración, pues, porque así lo sentimos, constatamos de una vez y para siempre nuestro más vivo reconocimiento».

ELÍAS IZQUIERDO MONTORO.

Abogado.

El derecho de superficie.—GUILARTE ZAPATERO, Vicente. Ed. Aranzadi. Por TERESA PUENTE MUÑOZ, Profesor Adjunto de Derecho Civil.

Una vez más, Guilarte nos ofrece el estudio de una institución jurídica, en esta ocasión el derecho de superficie, a través de una sistemática exposición de la materia, en un intento de presentar su problemática fundamental en términos actuales del tema.

Impuesto por una necesidad socio-económica, la construcción de viviendas, el derecho de superficie, que tan poca atención mereciera a nuestro legislador, adquiere una importancia de la que es resultado el régimen jurídico aparecido en la Ley del Suelo de 12 de mayo de 1956, en la que se recogen los principios que en Derecho comparado son inspiradores de un derecho de superficie que obedece a una concepción resultado de un largo desarrollo histórico y de unas condiciones económicas concretas. El Reglamento hipotecario de 17 de marzo de 1959, en el artículo 16, 1.º, y en el artículo 30, 3.º, a su vez, se hace eco de este reconocimiento del derecho de superficie en unos términos que superan su concepción clásica.

La primera parte de la obra es una cuidada introducción histórica en la que, a través de un detenido análisis de su devenir en el tiempo, se intenta establecer el concepto clásico del derecho de superficie, su régimen en los diversos sistemas jurídicos que de algún modo han podido influir en el nuestro.

En primer término, la consideración que el derecho de superficie merece en Roma. Parte en la exposición de la diferencia fundamental entre el derecho de superficie romano—por derecho de superficie se entiende el amplio derecho de goce que corresponde al facultado por el dueño de un terreno para elevar una construcción o para ocupar los bienes que haya en la superficie—y el derecho de superficie moderno: facultad de elevar o mantener una edificación en suelo ajeno como propia.

Apoyada en una doctrina cuidadosamente seleccionada, se describe la evolución que sufre la institución en el Derecho romano

hasta su configuración como derecho real. En su origen, señala DEGENKELB, responde a la necesidad de introducir un criterio transaccional entre el principio clásico de «superficies solo cedit» y las exigencias de la inalienabilidad del suelo y el goce privado de los edificios.

Su origen incierto. En tanto que el Pretor no conceda al derecho de superficie tutela real permanecerá en el campo de las relaciones personales. En la evolución dogmática de la institución son hechos determinantes: la intervención del Pretor en su configuración definitiva, hasta venir calificada de institución pretoria y las atenuaciones al principio de accesión, que tenía plena vigencia y vitalidad en cualquier periodo del Derecho romano.

La doctrina se cuestiona si es una excepción al principio «superficies solo cedit». Para Guilarte «la conceptualización romana del derecho de superficie es una consecuencia más de tal principio de accesión y no una excepción al mismo. Por lo menos hasta el Derecho justinianeo. Luego la cuestión se torna opinable.

BRAGA DA CRUZ pone de relieve cómo la evolución de la figura dará lugar en último término a un claro supuesto de «ius in re aliena», que no se confunde ni con las servidumbres prediales ni con la enfiteusis. Desde la primera obligación que a través de un contrato de venta o de arrendamiento atribuye al superficiario un goce de la superficie, la evolución conduce a una relación jurídico-real que toma relieve como supuesto de propiedad separada. Conclusión que rebate cierto sector de la doctrina.

El derecho de superficie adquiere su naturaleza real a través de las acciones que el Pretor concederá al superficiario: «interdicto de superficiebus», «actio utilis in rem». Recoge la polémica doctrinal en torno a este punto, BRONDI, MASCHI. La concesión de la acción reivindicatoria, las acciones útiles para la protección de su derecho, confesoria, negatoria, «comuni dividundo».

Posteriormente se destaca por LEVY que el derecho de superficie está ausente de las fuentes del último Imperio por las razones que se recogen en la obra de Guilarte. Pero lo que sí parece ser cierto es que hay una tendencia a la construcción del derecho de superficie como un derecho de propiedad de lo edificado, lo que está en abierta contradicción con el Derecho clásico. Tendencia

que no está muy clara en el Derecho justiniano. Por otra parte, Justiniano dispensa poco interés a la institución.

El Derecho romano desconoció la propiedad superficiaria independiente de la propiedad del suelo. Al ponerse en contacto el sistema romano con otros en los que no era tan fuerte el principio de la accesoriedad, se proclama como posibles instituciones desconocidas en aquél, concretamente la propiedad separada. El régimen germánico deroga francamente el romano en tema de superficie. El Derecho intermedio, en el que en parte se quiebra la concepción romana de la superficie al admitirse la propiedad de la construcción Concepción del dominio dividido. Dominio útil del superficiario. La admisión del dominio dividido supone un rudo golpe para la accesión.

Es también objeto de análisis en la obra el régimen romano del derecho de superficie en punto a su constitución, objeto, contenido, extinción, que en cuanto a la concepción clásica de la accesión todavía importa en Derecho de nuestros días.

Aún en tema de Derecho histórico se estudian los derechos eclesiásticos. germánico, en el que, como consecuencia del principio del reconocimiento del trabajo frente a la accesión, se ofrece una concepción del derecho de superficie distinta a la romana: franca derogación del principio «superficies solo cedit». De manera que el superficiario es un verdadero propietario titular de la superficie.

Derecho de los Estados italianos. Derecho consuetudinario francés, en el que a través de distintas figuras—así, el «bail à congé»—se proclama la derogación del principio de la accesión. El Derecho inglés y, finalmente, de manera especial, nuestro Derecho histórico. Señala dentro de éste la carencia de instituciones concretas que a la manera del Derecho francés y el italiano puedan considerarse como manifestaciones del derecho de superficie. Recogiéndose por Guilarte las conclusiones de Jerónimo GONZÁLEZ en su obra clásica sobre el derecho de superficie: régimen romanista de las Partidas, pero en base a las modificaciones de los glossadores. No se le menciona expresamente. Se encuentra absorbido por el arrendamiento y la enfiteusis (J. GONZÁLEZ). Analiza también el régimen del derecho de superficie en la Ley 74 del Toro. Recogiendo la interpretación del difícil texto que diera Antonio

GÓMEZ. En esta Ley aparece la concepción del dominio dividido, sancionada de nuevo en la Novísima Recopilación, a cuyo amparo se consagrará por los juristas del siglo XIX su absoluta equiparación a la enfiteusis.

En nuestro Derecho histórico la figura no presenta un desenvolvimiento autónomo. La amplia difusión y desarrollo, lo que tuvo la enfiteusis, absorbió la relación superficiaria en algunos supuestos. Y así la doctrina anterior al Código sanciona la equiparación de la superficie a la enfiteusis.

Para finalizar. Guillarte realiza un detenido estudio de la codificación y el derecho de superficie. Destacando la enemiga de los juristas al derecho de superficie, viendo en él una manifestación del dominio dividido. Merece, como consecuencia, escaso interés a los legisladores. Se sanciona el principio de la accesoriedad, pero con menos rigidez que en el régimen romano. En general, se admite la propiedad de lo construido en suelo ajeno si así se acredita. Algunos Códigos lo recogen bajo las formas censales, otros lo asimilan a la servidumbre, los menos lo regulan expresamente.

La consideración del derecho de superficie en la codificación la resume Guillarte agrupando los sistemas en Códigos que consagran expresa o tácitamente la propiedad superficiaria como independiente o distinta de la del suelo; Códigos que siguen la tradición medievalista: propiedad dividida, que suele asimilar el derecho de superficie a la enfiteusis. Legislaciones que consagran el derecho de superficie, a la manera del Derecho romano, como «ius in re aliena».

Se detiene en el examen del Derecho francés, cuyo Código silencia el derecho de superficie, que viene reconocido por la doctrina y jurisprudencia que lo construye a través de los artículos 551 y 553, que modifican el rigor de la accesión. Se le concibe como un supuesto de propiedad separada.

El Código civil prusiano. El régimen austriaco de superficie, en el que la Ley de 24 de abril de 1912, frente a la concepción del Código, que concibe el derecho de superficie como una manifestación del dominio dividido, lo construye como un derecho real enajenable, transmisible por herencia, que lo mismo puede recaer sobre lo ya construido que sobre la elevación del edificio futuro. Se le considera una carga real (artículo 1). Un régimen interesan-

te por lo que supuso de novedad, por ser antecedente de la Ordenanza alemana sobre el derecho de superficie, por contener un régimen bastante completo del mismo. Resumiendo, en el Derecho austriaco coexisten dos modalidades superficiarias: la del Código civil y la de la Ley de 1912.

Código holandés y Ley belga de 1824, con análoga regulación: configuración del derecho de superficie como derecho real en cosa ajena. Código suizo, en el que, no obstante lo conciso de su regulación, se recoge con toda precisión la dualidad de relaciones que el derecho de superficie presenta: derecho sobre el suelo de otro y derecho de superficie.

Derecho alemán de superficie, Ordenanza de 15 de enero de 1919, que sustituye al B. G. B. Reconocida la importancia del derecho de superficie, tiene éste un gran desarrollo en Alemania.

Técnicamente el contenido del derecho de superficie se integra por la facultad de tener una edificación en suelo ajeno. La Ordenanza consagra un régimen nuevo en punto al tratamiento y consideración de lo construido sobre la superficie. Analiza detenidamente Guilarte un régimen que tiene un evidente interés por lo que tuvo de innovación y ha podido influir en regímenes posteriores, como nuestra Ley del Suelo. Dentro de la Ordenanza, el derecho de superficie es necesariamente enajenable y transmisible por herencia, sin que las partes puedan excluir estas notas. Es hipotecable. Viene considerado como una entidad autónoma distinta del suelo. La Ordenanza se ocupa cuidadosamente del problema trascendental de la dogmática de la institución, del destino de las construcciones una vez extinguido el derecho de superficie, estableciendo unos principios generales que pueden ser completados con los pactos privados de las partes.

Guilarte se permite un juicio crítico de este régimen preciso y técnico, al que tacha de oscuro, como en su día hiciera J. GONZÁLEZ. Considerándolo inadaptable a nuestro Derecho.

Hace una extensa referencia al régimen italiano del Código civil de 1942, que consagra, apartándose del régimen anterior, el derecho de superficie expresamente (artículos 952 a 956). Recoge la interpretación de la doctrina italiana del artículo 952, del que infiere dos supuestos jurídicos distintos: por una parte, el derecho que tiene el superficiario de hacer y mantener sobre el suelo de

otro una construcción. Por otra parte, se determina el derecho que tiene el superficiario sobre la construcción como una propiedad. Se consagra como novedad el derecho de tener y mantener, de hacer y mantener la propiedad.

Guilarte, tras analizar el régimen italiano de la superficie, concluye cómo ha llevado al desarrollo de la institución y a su empleo. Pero censura a este régimen el exceso de libertad para determinar el contenido obligacional del mismo en cada caso concreto, lo que puede llevar a situaciones confusas.

Todavía se hace en la obra mención de la Ley portuguesa de 22 de junio de 1948 sobre el tema.

La segunda parte del libro está dedicada, en primer lugar, a la consideración de la naturaleza jurídica del derecho de superficie. Dificultades que supone. Concepción general como derecho de naturaleza real o personal.

Si se le reconoce naturaleza real, precisar si tiene o no, dentro de la categoría, substantividad propia. O si debe de catalogarse entre las figuras consideradas como reales, como una de ellas. En cuanto al Derecho español, problemas derivados del valor que ha de concederse a las referencias del Código civil, artículos 1.611 y 1.655, y su posible armonización con el régimen nuevo de la Ley urbanística y Reglamento hipotecario.

La doctrina se inclina por el carácter real de la institución. Los Códigos insisten en esta apreciación. En nuestro Derecho, su concepción como gravamen, su posible inscripción registral y su hipotecabilidad determinan incuestionablemente su naturaleza real. Lo mismo en la modalidad urbanística. Aceptada como real, es más difícil determinar el segundo punto planteado.

Para ello examina Guilarte el Derecho romano en primer término. En éste, dice, estamos ante una regla excepcional que no modifica el concepto absoluto de propiedad. Sólo en el último período de la evolución alcanzará la categoría de entidad autónoma, aun cuando la duda sigue persistiendo entre los intérpretes. A diferencia de la enfiteusis, el derecho de superficie no llega a alcanzar categoría autónoma, ya que no llega a rechazarse el principio de la accesión.

Guilarte concluye la imposibilidad de sostener, ni siquiera en

la última fase del Derecho romano, una concepción jurídica clara del derecho de superficie.

Después hace una síntesis minuciosa de la doctrina en torno a la naturaleza jurídica de la superficie, agrupando las distintas teorías en aquellas de los que mantienen una concepción unitaria de la relación superficiaria. Y las de los que, partiendo de la admisión de la propiedad del edificio como distinta de la del suelo, señalan la existencia de dos relaciones: la que une al superficiario con la edificación y la que surge entre el superficiario y el dueño del suelo sobre el que se levanta el edificio o se lleva a cabo la plantación.

Entre los primeros cabe todavía distinguir los que conciben la superficie equiparándola al arrendamiento como manifestación del dominio dividido. Como enfiteusis. como usufructo, como derecho de propiedad de la construcción superficiaria con facultad de utilizar el suelo. Como propiedad del espacio aéreo.

Entre los segundos, los que mantienen la teoría de la propiedad superficiaria como propiedad distinta del suelo, que parece pone de relieve Guillarte exigencia de los sistemas modernos del derecho de superficie. Y que tiene una evidente consagración legislativa en el Código civil italiano vigente y en la Ordenanza alemana de 1919. Apareciendo también en la modalidad urbanística de nuestra Ley del Suelo.

Mas como la consagración de la propiedad superficiaria como una de las partes en que puede dividirse horizontalmente el fundo no explica nada más que un aspecto del fenómeno superficiario, hay todavía que fundamentar la relación entre el suelo y la superficie. A lo que acude la técnica moderna a través de diversas teorías que Guillarte sintetiza en su obra: relación entre el suelo y superficie explicada por equiparación a la servidumbre (Código suizo, arts. 675 y 779).

Relación entre suelo y superficie como usufructo o enfiteusis. Superficiario considerado como copropietario del suelo, defendida por algún sector de la doctrina—FERRARA, FUNAIOLI—y combatida enérgicamente.

Relación entre suelo y superficie como limitación legal, formulada por COVIELLO, con gran eco en la doctrina italiana anterior al Código del 42.

Finalmente, la doctrina que la considera como un derecho real sobre cosa ajena *sui generis*, que supone la transformación, en último estudio evolutivo, del *ius superficiei* romano. Tal la consideración del Erbbaurecht del Código germánico, sobre todo después de la vigencia de la Ordenanza del 1919. Para Guilarte, esta construcción tiene evidentes dificultades, especialmente en sistemas como el nuestro.

De todo ello concluye Guilarte la insuficiencia de las teorías recogidas para explicar el fenómeno superficiario. Bien porque las instituciones a que pretende asimilarse tengan un contenido claramente distinto, bien porque sólo sirvan para justificar ciertos aspectos de la institución. Para Guilarte, una conclusión es cierta: la necesidad de admitir la duplicidad de relaciones o el doble aspecto que se deriva de la constitución de un derecho de superficie que, sin embargo, deben de considerarse—escribe—no de naturaleza distinta, sino idéntica, al surgir de un mismo fenómeno jurídico en base al cual deben explicarse.

La constitución de un derecho de superficie da lugar, suspendiendo o dejando sin efectos temporalmente las consecuencias de la accesión, a una propiedad superficiaria y, al mismo tiempo, faculta al titular de la relación para construir y mantener la construcción en el suelo ajeno. Cabe pensar al derecho de superficie, como consecuencia, como un derecho real autónomo y substantivo. La autonomía y substantividad son consecuencias de su propio contenido. Del que hace una síntesis. Su contenido es específico, no cabe equipararlo a otro derecho real típico. Derecho real de goce parcial o limitado sobre el suelo propiedad de otro, que al propio tiempo limita, al disminuir su contenido, la propiedad del dueño de dicho suelo.

Hace referencia especial a la cuestión de la naturaleza jurídica del derecho de superficie en Derecho español, analizándolo en cuanto a la modalidad superficiaria común y a la urbanística. Aporta la doctrina de J. GONZÁLEZ, SÁNCHEZ ROMÁN, PUIG BRUTAU, BONET...

Concluye su vigencia en nuestro Derecho, su autonomía y substantividad, su consideración como supuesto de dominio dividido, gravamen real de marcada analogía con la enfiteusis. Para Guilarte, no obstante el art. 1.611, existe base en el art. 350 para ad-

mitir el derecho de superficie como un derecho real limitado de goce. Se refiere después a la modalidad urbanística, que tiene especial interés. Del régimen de la Ley del Suelo se infiere una concepción distinta. Se aceptan en este nuevo régimen las concepciones del Derecho comparado, que no son sino el final de una evolución que conduce hasta un derecho real autónomo y típico.

De su régimen se infiere la atribución al superficiario de un derecho de carácter real. Y en él se manifiestan claramente los dos aspectos típicos de la relación, nacimiento de una propiedad temporal en favor del superficiario; una limitación en la propiedad del suelo, escribe Guilarte, al aplazar el principio de accesión. Y la facultad de utilización del suelo por el superficiario que le permite edificar y mantener lo edificado.

La facultad de construcción tiene una estricta finalidad, reconocida en la misma: favorecer la construcción de viviendas y otras edificaciones en los planes de ordenación. Es un derecho urbanístico que conserva en todo momento este carácter. No cabrá considerar dentro de la hipótesis la constitución de un derecho de superficie sobre edificaciones ya construídas.

A continuación examina la cuestión de la propiedad separada y la propiedad superficiaria, si son dos modalidades distintas de propiedad. Si es posible hablar de una propiedad separada que no tenga su fundamento en el derecho de superficie.

Recoge la doctrina comparada y la de ROCA SASTRE y GULLÓN BALLESTEROS, que se han ocupado del tema. Guilarte entiende que son sustancialmente idénticas. Sólo su origen es distinto. Ahora bien, la propiedad superficiaria urbanística, que regula la Ley del Suelo, tiene algunos matices específicos. La modalidad urbanística del derecho de superficie es un derecho real limitativo del dominio del suelo y que concede a su titular un derecho también limitado de goce, de inscripción constitutiva y duración determinada, que da lugar a la suspensión de los efectos de la accesión, concediendo la facultad de realizar la construcción, originando sobre ésta una propiedad superficiaria. Finalmente, se hace referencia al régimen de la accesión en el Reglamento Hipotecario.

Se estudia a continuación el régimen de normas aplicables al derecho de superficie, disposiciones aplicables en su consideración de institución de Derecho común y disposiciones de éste que deben

ser consideradas como subsidiarias de la Ley del Suelo para su aplicación a la modalidad urbanística. Para Guilarte, la cuestión está estrechamente enlazada con el tema de su naturaleza jurídica. Es ésta una de las partes más interesantes de la obra. El Profesor Guilarte, de acuerdo con la posición dogmática que ha ido trazándose a lo largo del tema, construye la solución del problema dentro de los términos de nuestro Derecho positivo. Especial relieve tiene la cuestión de las normas aplicables a la modalidad superficiaria urbanística, derivadas del propio contenido del artículo 157, 3.º, de la Ley, normas de directa aplicación y normas de Derecho privado aplicables en vía subsidiaria. Así como el valor de la regulación especial como fuente normativa supletoria de la superficie ordinaria. Según Guilarte, es posible sostener que la regulación contenida en la Ley especial es susceptible de ser considerada como fuente supletoria para el Derecho de superficie común, siempre y cuando su aplicación se limite a ser complementario y en ningún caso modificativa de la misma. Así viene sostenido por Cossío al hacer referencia a las disposiciones de esta naturaleza y su aplicación analógica.

La tercera parte de la obra viene dedicada al contenido del derecho de superficie y su problemática. Constitución. Elementos personales, problema de la posible legitimación del enfiteuta. Cuestión de si el superficiario está legitimado para constituir un derecho de superficie sobre el edificio por él construido en base a la concesión, tanto en la modalidad común como en la urbanística. Objeto del derecho de superficie. Modos de constitución y forma. Problema del artículo 16 del Reglamento hipotecario. Y siempre, en cada caso, analizando paralelamente el régimen del Código y de la Ley del Suelo.

Efectos de la relación superficiaria. Derechos del superficiario, alcance de la facultad de goce del suelo ajeno; examen del contenido de la facultad de disposición. Problemática de la facultad de hipotecar el derecho de superficie. Obligaciones del superficiario, especialmente la de utilizar el suelo dentro de los fines pactados. Derechos y obligaciones del concedente. Derechos y obligaciones comunes al concedente y al superficiario.

Y finalmente, el tema de la duración del derecho de superficie y la problemática de su extinción. Efectos de la extinción, conse-

cuencias en relación con el principio de la accesión. Efectos de la extinción en orden a los derechos reales concedidos por el dueño del suelo. Efectos de la extinción en cuanto a los derechos reales concedidos por el dueño de la edificación o superficiario. Efectos de la extinción respecto de algunas obligaciones que surgen para concedente y superficiario.

El Profesor Guilarte hace gala, una vez más, de una cuidadosa investigación en torno a un tema de creciente interés, aunque en nuestra Patria no tenga todavía el instituto de la modalidad urbanística de la superficie todo el desarrollo que sería conveniente, quizá por no ser suficientemente conocido. El legislador, sin embargo, sigue interesado por el derecho de superficie como procedimiento jurídico para facilitar la construcción de viviendas, y buena prueba de ello es la pretendida elaboración de un Reglamento a él dedicado.

P. S. LEICHT: *Studi sulla proprietà fondiaria nel medio evo*. Istituto di Diritto Agrario Internazionale e Comparato (Firenze). Con una introducción de C. G. MOR. Milano, Giuffrè, 1964. XVIII, 296 páginas (reimpresión).

Como «Partes I y II» de este volumen, cuyo título resulta demasiado amplio y pretencioso, se han editado juntos dos pequeños estudios de LEICHT no excesivamente relacionados entre sí. El primero tiene por título «La *curtis* y el feudo en la Italia superior (hasta el siglo XII)», y apareció por vez primera en 1902. El segundo, «Cargas públicas y derechos señoriales», que data de 1907, se refiere a los diferentes tipos de cargas que pesaban sobre los propietarios y trabajadores de la tierra en las épocas romana y longobarda.

En las páginas introductorias, escritas en 1964 por quien tuvo el cuidado de la edición, no se da razón alguna en favor de la conveniencia de acercamiento de ambos trabajos hasta hacer de ellos partes de una unidad; ni siquiera de la reimpresión de ambos. Quizá pueda ser explicación suficiente el tratarse de dos obras

«clásicas» de la historia agraria, punto de partida de varias otras investigaciones de su autor sobre la misma materia.

Sobre P. S. LEICHT, uno de los grandes historiadores del Derecho italiano, fallecido en 1957, sería ocioso hablar aquí. Sobre su preocupación inteligente y vocacional por los problemas y la historia de las relaciones del hombre con la tierra, en especial en la comarca del Friul (y la Lombardia en general), y en aquella época clave de la Edad Media en que dos ordenamientos, el romano de los conquistados y el germánico de los invasores, entraban en contacto y convivencia, dice bastante y bien MOR en su introducción, útil para el establecimiento de la bibliografía de LEICHT sobre el tema.

Sobre estos dos trabajos, dada la fecha lejana de su primera aparición, lo que hace suponer que serán conocidos por el interesado en estas cuestiones de historia del Derecho, poco he de decir. Lo suficiente para situarlos e indicar brevemente su contenido.

Ambos pertenecen a la primera época de la producción científica de su autor. Presentan en forma de conclusiones y sin gran aparato el resultado de su investigación directa sobre documentos medievales de la comarca del Friul. Sobre muchos de sus aspectos volvería luego y en ocasiones cambiaría ligeramente de punto de vista, como ocurre, por ejemplo, por lo que se refiere al derecho de los *livellarios* y su relación con la enfiteusis. Pero la nota más característica de estos trabajos es la de estar basados en el estudio personal de unos datos diplomáticos concretos, referidos a un tiempo y a un espacio restringidos; la limitación permite aquí profundizar en cuestiones discutidas, difícilmente resolubles en un planteamiento demasiado general, simplificador y polémico (v. gr. el tipo de relación que mantuvieron los Derechos romano y germánico en la historia jurídica italiana, problema apasionante—a nivel de especialistas, se entiende—en la Italia de principios del XIX, contemplado con perspectiva y juicios contrarios por TAMASSIA y SCHUPFER); por otra parte, la solidez de los datos aportados en la paciente lectura, cotejo y sistematización de documentos le permitió posteriormente ampliar el campo de estudio sin necesidad de abandonar en sustancia anteriores conclusiones.

La «Parte I» (páginas 1 a 153), con el título y el origen indicados, está dividida en dos capítulos, relativos a dos épocas his-

tóricas sucesivas: la del bajo Imperio romano y la dominación longobarda, el primero, y la franca, feudal, el segundo. Ambos tienen una estructura similar, algo más desarrollada en el último, que es también el más extenso: una referencia a las distintas divisiones y denominaciones territoriales, en primer lugar; después, el estudio de las distintas formas de relación del hombre con la tierra, desde la propiedad, pasando por todos los tipos, múltiples y polifacéticos, de derechos que hoy—o ayer quizá—llamaríamos reales, hasta las formas más claramente—nunca, sin embargo, con toda pureza—obligacionales. La organización económica de la tierra (latifundios y pequeña propiedad, colonato, censos, precarios, feudos...). los diferentes contratos agrarios que se desarrollan en cada época reciben particular atención.

Por separado, en uno y otro capítulo, estudia el «patrimonio del culto», la propiedad eclesiástica. Termina con breves conclusiones desde el punto de vista de la situación económica, social y jurídica de los agricultores—«al final del siglo XIII esta lenta evolución económica había liberado buena parte de Italia de la funesta herencia de la decadencia romana y del mundo germánico, es decir, de la acción deletérea de la dependencia económica sobre la libertad personal», son sus últimas palabras—; añade como apéndice un par de documentos sin mayor importancia, relativos a bienes eclesiásticos, de hacia 1062 el uno y sobre 1200 el otro.

En la segunda parte (páginas 155 a 294) el tema es marcadamente de Derecho Público si bien el interés del autor se dirige, a través de esta consideración pública, a la configuración de la propiedad rústica y el cultivo de la misma, condicionados e interrelacionados estrechamente con las cargas fiscales que el campo y los agricultores como tales soportan. Su índice es el siguiente: Capítulo I: Cargas y privilegios de los propietarios en la edad romana; impuestos fundiarios; obligaciones militares que gravan sobre la propiedad. Capítulo II: Longobardos y romanos; gravámenes financieros; gravámenes militares; derechos señoriales; exenciones y privilegios.

Jesús DELGADO ECHEVARRÍA

LIPARI, Nicolò: *Il negozio fiduciario*. Università di Roma, Facoltà di Giurisprudenza. Studi di Diritto Civile, dirigidos por Rosario NICOLÒ y Francesco SANTORO-PASSARELLI, núm. 2. Milano, Giuffrè, 1964, 465 páginas.

La misma naturaleza de la ciencia jurídica exige que sus proposiciones, cualquiera que sea la solidez de las mismas en el momento en que fueron formuladas, sean puestas en tela de juicio de tiempo en tiempo. Y esta revisión de las doctrinas adquiridas resulta necesaria, en términos generales, al menos por dos razones, que aparecen claras cuando consideramos los términos en que se plantea la interpretación jurídica. Esta se realiza en un difícil equilibrio entre la letra de la ley, necesariamente (o al menos tendencialmente) estática, y la constante evolución económica y política de la sociedad, que es un elemento sustancialmente innovador y creador. La norma regula comportamientos sociales y éstos se mueven por causas propias. Alterada la estructura o la dinámica sociales, el significado de la norma, llamada a disciplinar sectores de la vida humana, se ha alterado correlativamente, y ésta es la primera razón que exige repensar el resultado de toda investigación jurídica cuando el paso del tiempo ha modificado los supuestos sociales en que la norma opera; cuando el Derecho realmente se ha transformado ya, por más que la ley sea literalmente la misma. Por otro lado, los supuestos mentales con que el intérprete se acerca a la realidad jurídica sufren mutaciones, a veces radicales; juicios o prejuicios sobre la forma y la finalidad con que han de manejarse los datos jurídicos pierden vigencia y otros nuevos los sustituyen; puede suceder que adquieran relevancia jurídica a ojos del intérprete; realidades, datos fácticos que antes permanecían apartados de su campo de observación y que ahora le hacen variar de actitud respecto al Derecho; cambia el método, cambian los supuestos mentales desde los que se realiza la investigación jurídica.

Cualquiera que sea el valor de la tradición doctrinal, de la doctrina recibida, de la interpretación transmitida de generaciones en generaciones de juristas, nunca puede admitirse que la última

palabra esté ya dicha. La misión del jurista no consiste en clasificar fósiles ni en transmitir secretos gremiales, sino en dar explicación racional de la norma en su incidencia sobre la vida, en un intento consciente y sistemático de realizar al máximo los valores de justicia en las relaciones entre los hombres.

Todo esto viene a cuento porque, olvidándolo, podría ponerse en duda la oportunidad de una investigación como la del Profesor LIPARI, dedicada a un sector de la realidad jurídica que parece singularmente privilegiado en cuanto a cantidad y calidad de aportaciones doctrinales. (Véase la recensión de la obra de LIPARI que hace FAIREN en *R. D. N.*, julio-diciembre 1964, pág. 502; puede compararse con la de A. LUNA en *Temis* [Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Zaragoza], núm. 19, pág. 176.) El propio autor es consciente de la posible objeción de inutilidad y sale al paso de la misma en su introducción (págs. 1 a 59). Su defensa se monta, sobre todo, en la cuestión del método: a cambio de método en el quehacer jurídico, alteración de las conclusiones en todos los sectores del Derecho y, por tanto, también en éste del negocio fiduciario; incluso de forma especial en este campo concreto, ya que el negocio fiduciario está colocado tendencialmente en el límite de lo que el Ordenamiento es en un momento histórico y lo que debiera ser, y a menudo, lo que será en un momento posterior. Es conocido el papel que el negocio fiduciario suele desempeñar desde el punto de vista de las transformaciones del Ordenamiento, en la adaptación del mismo a necesidades anteriormente negligidas.

En la misma introducción, dedicada toda ella a problemas metodológicos, encontramos valiosas sugerencias sobre la teoría del negocio jurídico y su crisis; autorregulación y supuesto de hecho en el negocio; estructura y función del mismo; la actividad del intérprete y la clasificación de los datos de la experiencia; el problema de la determinación de los elementos fácticos del negocio fiduciario; la «construcción jurídica» y la habitual ocultación que con ella se realiza de los datos morfológicos del fenómeno práctico.

La crítica de los puntos de vista clásicos se hace temáticamente en el capítulo I de la primera parte (págs. 56 a 106). La opinión, generalmente aceptada, que hace residir la esencia de la fiducia en el contraste entre medio jurídico empleado y finalidad pre-

tendida, así como otras fórmulas más o menos relacionadas con esta, anteponen una construcción dogmática a la consideración morfológica del fenómeno práctico de la fiducia; en el desarrollo de esta idea y de la crítica de las diferentes teorías ofrece consideraciones históricas y de Derecho comparado, en especial sobre la contraposición entre fiducia de tipo romano y fiducia de tipo germánico y sobre el *trust* anglosajón.

En el capítulo II de la misma parte (págs. 157 a 208) pretende realizar la descripción morfológica del fenómeno, recogiendo cuanto hay de válido en las opiniones anteriormente sometidas a crítica. Aplica de forma particularmente penetrante los conceptos de estructura y función.

Realizada en la primera parte la individualización de los comportamientos que producen el fenómeno de la fiducia, el objeto de la segunda es la calificación formal de tales comportamientos; calificación fundada sobre los supuestos fácticos anteriormente iluminados, pero que, en sus conclusiones, debe permanecer desvinculada de las direcciones específicas de las finalidades subjetivas de los contratantes; ya que el problema de fondo del negocio fiduciario, en cuanto problema de interpretación del sistema normativo, es el de la determinación de los límites dentro de los que un determinado comportamiento, que pretende operar en la intención de las partes en un plano metajurídico, viene a ser jurídico y produce efectos jurídicamente coercibles.

A esta luz realiza la «construcción jurídica» de la fiducia en el capítulo I (págs. 212 a 310), con particular atención a la *causa fiduciae*, para pasar en el capítulo II (págs. 311 a 456) a la exposición de la particular disciplina de los negocios fiduciarios en el Derecho italiano. Estudia sistemáticamente los diferentes supuestos de hecho: aquéllos en que la situación creada está destinada a desaparecer por repristinación de la anterior (venta con finalidad de garantía, cesión de créditos con el mismo fin); los casos en que el Ordenamiento niega toda forma de tutela al intento fiduciario (ilicitud, fraude a la ley, fiducia testamentaria, el llamado matrimonio fiduciario, la llamada adopción fiduciaria); la fiducia estática; los supuestos en que el fiduciario debe utilizar su situación de poder de una manera o con una finalidad determinada (quizá entre ellos estén los más importantes y plantean los ma-

yores problemas en cuanto a los límites y modalidad de la protección que el Ordenamiento acuerda al comportamiento de las partes).

El tema es atractivo; el planteamiento y el método, rigurosos; la crítica de las opiniones recibidas, digna de consideración; las sugerencias, múltiples y fecundas.

Jesús DELGADO ECHEVARRÍA

NATOLI, Ugo: *Il conflitto dei diritti e l'art. 1.380 del Codice Civile*. Milano, 1950 (Dott. A. Giuffrè Editore).

Ugo NATOLI, a quien conocerán muchos lectores de esta Revista por su obra *Della tutela dei diritti* (1), publicó ya hace años (2) esta documentada monografía sobre el artículo 1.380 del Código italiano (3). Es éste uno de los más interesantes y discutidos entre aquéllos con los que la doctrina italiana modernizó la fachada del Código de 1865.

Este artículo, según la Relación al Rey del Ministro de Justicia, regula la hipótesis de conflicto entre personas que derivan el mismo derecho de un mismo sujeto—materia también regulada en los artículos 1.155 y 2.644—, cuando el conflicto se da entre varios derechos personales de goce concedidos por sucesivos contratos a diversos contratantes. Según ella, la situación se regula en base a tres criterios:

— Para los derechos derivados de relaciones para las que está prescrita la transcripción, los principios que regulan ésta servirán para establecer la preferencia (párrafo último).

(1) Ugo NATOLI, *Della tutela dei diritti*. Trascrizione. U. T. E. T. Torino, 1959.

(2) Puede parecer trasnochada esta recensión, habida cuenta de la fecha de la monografía, pero se ha considerado útil porque su tema es una laguna de nuestro Código poco tratada por los autores españoles, y es interesante para nuestros lectores porque se inserta en el deslinde de los derechos personales y reales y los efectos de la tradición y la inscripción en unos y otros.

(3) *Artículo 1.380 Si con sucesivos contratos una persona concede a diversos contratantes un derecho personal de goce relativo a la misma cosa, el goce pertenece al contratante que primero lo ha conseguido. Si ninguno de los contratantes ha conseguido el goce, es preferido aquel que tiene el título de fecha cierta anterior. Quedan a salvo las normas relativas a los efectos de la transcripción.*

— Para todo derecho real de goce no sujeto a transcripción: la colisión se resuelve con el criterio de la «prevención», que, si se ha obtenido el cumplimiento, se establece con la aplicación del *melior est condicic possidentis* (párrafo primero).

— Y si el cumplimiento no se ha verificado, se determina por el principio de la prioridad del título (*prior in tempore potior in jure*) (segundo párrafo).

Como vemos, hay en la Relación al Rey una explícita referencia a los principios que sirven para dirimir la situación creada por la doble enajenación, que son la adquisición de la posesión en muebles, conforme al 1.155 (4), y la transcripción en el Registro en inmuebles o muebles registrables, conforme a los artículos 2.644 (5) y concordantes.

Las críticas de la doctrina italiana al artículo 1.380 parten de la imposibilidad de invocar principios válidos en materia de derechos reales para una hipótesis referente a derechos de crédito, como son los derechos personales de goce. La doctrina y la jurisprudencia se han dividido en dos campos, principalmente en torno a un supuesto frecuente: dos arrendatarios de la misma cosa derivados de un mismo arrendador, cuando los dos, sucesivamente, consiguen entrar en el goce. Estos dos campos son:

a) Interpretando literalmente el 1.280, resuelven el conflicto a favor del que primero obtuvo el goce, aunque lo haya perdido y haya pasado a otro arrendatario CAPRANI, TRABUCCHI, MONGIARDO, SCONAMIGLIO y ELIO. También el Tribunal Supremo, y es la posición de NATOLI.

b) Entienden otros que debe darse preferencia al que se encuentre en el efectivo goce o posesión de la cosa en el momento (a salvo el resarcimiento del arrendador al arrendatario precedente). Dicen que el caso no está comprendido en el 1.380, que

(4) Artículo 1.155. Si alguien con sucesivos contratos enajena a varias personas un bien mueble, aquella de ellas que ha adquirido de buena fe la posesión es preferida a las otras, aunque su título sea de fecha posterior.

(5) Artículo 2.644. Los actos enunciados en el artículo precedente (que contiene la lista de actos sujetos a transcripción) no tienen efecto respecto de terceros que por cualquier título han adquirido derechos sobre inmuebles en base a un acto transcrito o inscrito anteriormente a la transcripción de los mismos actos. Verificada la transcripción, no puede tener efecto, contra el que ha transcrito, ninguna transcripción o inscripción de derechos adquiridos de su transmitente, aunque la adquisición tenga fecha anterior.

contiene una laguna a llenar con los principios generales de las relaciones obligatorias, de las cuales es una inútil aplicación el párrafo primero, que sólo contempla el caso de que uno solo de los varios arrendatarios obtenga el goce. Fue largo tiempo la opinión dominante: DEIANA, ANDREOLI, GIORDANO, MENGONI, BARBERO, etc.

Para NATOLI, la doctrina dominante es simple y precipitada, al creer que no se trata de un caso de conflicto de derechos, porque en los personales hay validez de todos y no se agota ninguna facultad dispositiva con el primero y mantener que la solución se deduce de los principios generales de la relación obligatoria. Considera necesario analizar previamente: a) Si el artículo 1.380 es o no es resolutivo de un verdadero conflicto de derechos. b) Si los derechos personales de goce son puros y simples derechos de crédito o presentan caracteres particulares, porque, obtenida su actuación, adquieren una especie de exclusividad o fuerza externa parecida a la de los derechos reales.

Dedica el capítulo I a demostrar que el artículo 1.380 (y sus tres reglas) tiene por función resolver una típica situación de conflicto de derechos. Comienza por establecer los presupuestos para que exista una tal situación, y dice que en sentido estricto sólo cabe hablar de conflicto de derechos cuando hay una falta inicial de una norma de coordinación o de subordinación de los derechos coexistentes.

Quedan, pues, fuera del concepto algunas hipótesis donde no debe verse conflicto, como son: el caso en que los varios derechos pertenecen a un mismo titular (conurrencia de acciones) o a sujetos distintos, pero tienden a un resultado común, y los casos en que la existencia de uno de los derechos impide el nacimiento del otro, o el nacimiento de uno lleva consigo necesariamente la extinción del otro. Este último supuesto se da en el Derecho italiano en la importante hipótesis de la doble enajenación de un mismo bien o de la doble constitución de derechos reales limitados sobre un mismo bien (6).

(6) Los artículos 1.155 y 2.644 (ver notas 4 y 5), que regulan este supuesto en muebles e inmuebles, respectivamente, son incluidos generalmente entre las normas resolutivas de conflictos de derechos considerando en el mismo plano las posiciones de los dos sucesivos adquirentes y afirmándose que el conflicto se resuelve a favor del que adquiere primero la posesión (con buena fe) o de

Crítica después aquellas opiniones que niegan la posibilidad de conflictos entre derechos de crédito porque la simple comunidad de deudor no pone en relación los varios créditos, que quedan independientes y sin posibilidad de interferencia ni de conflicto, y porque el ejercicio de uno no puede impedir el ejercicio del otro, incluso cuando el cumplimiento del primero agote la posibilidad de la realización en forma específica del otro. Esta argumentación parte de un error, porque la coexistencia de los derechos no es una relación jurídica, cualquiera que sea la naturaleza de los derechos coexistentes. Se opone también a construcciones, como la de TENDSCH, que niegan la coexistencia partiendo de la invalidez de uno de los negocios, tanto en obligaciones como en actos de disposición incompatibles.

Analiza la posibilidad o imposibilidad de coexistencia, creadora de conflicto, entre derechos reales y derechos de crédito; entre derechos potestativos y entre éstos y derechos de otro tipo y en materia de derechos de la personalidad, y luego de precisar la necesidad de que la coincidencia en el contenido del derecho se refiera a un mismo bien, particularizado dentro del patrimonio del

quien transcribe primero su título, respectivamente (MESSINEO, PUGLIATTI). NATOLI, en contra, cree que no hay conflicto de derechos, porque: a) Si el primer adquirente es el que adquiere también primero la posesión o efectúa la transcripción, éstas no hacen sino confirmar el derecho del primer adquirente frente a los terceros, derecho que es el único que existe; y b) Cuando prevalece el segundo adquirente, por actuación de dichos artículos, su derecho surge en el momento en que adquiere la posesión (de buena fe) o cuando transcribe su título y simultáneamente se extingue el derecho del primer adquirente, por lo que no hay la coexistencia necesaria para el conflicto. Otros autores (VENZI y STOLFI) niegan también la existencia de conflicto (aun construyendo el fenómeno según la doctrina tradicional), por mantener que no existen dos derechos, sino sólo el de quien ha adquirido la posesión o ha transcrito antes su título.

La conclusión debe ser diversa en los Ordenamientos en que la *traditio* o la inscripción en el Registro son elementos integrantes de la transferencia (B. G. B. Parágrafos 873 y sigs., 925 y sigs. y 929). Entonces los dos adquirentes están en el mismo plano en tanto que no sea realizada la tradición o la inscripción a favor de alguno de los dos. En el Derecho italiano, con su principio *consensus parit proprietatem* (art. 1376), el primer acto de disposición transfiere el derecho sin más, y el disponente, habiéndose consumado su facultad de disposición—como diría RIEZLER—, no puede disponer ya válidamente del mismo derecho, y si lo hace, lo hace como *non dominus*, y si el segundo adquirente adquiere por haber obtenido la posesión primero (con buena fe) o por haber transcrito antes, lo hace a título originario y matando el derecho del primer adquirente. Esta conclusión es generalmente admitida en cuanto a muebles (1155) (últimamente, MENGONI); pero no en materia de transcripción (2644). NATOLI cree que esta disparidad de trato es injustificada y se remite a su trabajo *Doble enajenación inmobiliaria y acción revocatoria*.

deudor, y de valorar la distinción entre contenido-tipo y contenido concreto de los derechos a los efectos de la determinación de la coexistencia con conflicto, termina por encuadrar la norma que estudia en sus tres apartados como norma resolutoria de un conflicto de derechos.

En el capítulo II, para determinar el campo de aplicación del artículo 1.380, analiza la estructura de los derechos personales de goce, distinguiendo en su contenido dos partes o fases: una pretensión dirigida a la puesta a disposición de la cosa y una facultad de goce característica de todos los derechos de goce, tanto personales como reales. En la controversia sobre la naturaleza de los derechos personales de goce (principalmente del arrendamiento), las posturas son fundamentalmente:

a) La tradicional y dominante que afirma que son típicos derechos de crédito (SCUTO, BARASSI)

b) La que considera que son derechos reales (FRANZI).

c) Entre ellas se va haciendo cada vez más frecuente el negar diferencias entre los derechos personales y los reales de goce. Así, BARBERO, que primeramente afirmó la realidad del derecho del arrendatario, considera ahora necesario crear una categoría por sí contrapuesta tanto a los personales como a los reales. Frente al argumento de la tesis tradicional, consistente en que el *far godere* del Código, como obligación *quotidie ac singulis momentis* del arrendador impide el poder inmediato del arrendatario sobre la cosa, NATOLI opone que—además de ser discutible que el poder inmediato sea, en todo caso, constitutivo del contenido del derecho real—si se analiza el contenido concreto de esta obligación continuada de *far godere*, realmente se esfuma, y agotado el momento inicial con la entrega, el *far godere* sólo tiene el contenido negativo de abstenerse de todo comportamiento impeditivo del goce. El carácter de poseedor o de simple detentador del arrendatario siempre surge en la polémica. El Código italiano define la posesión como «poder sobre la cosa que se manifiesta en una autoridad correspondiente al ejercicio de la propiedad u otro derecho real». Si el arrendamiento no es derecho real, el arrendatario será mero detentador sin acción de reintegración posesoria; pero la doctrina y la Jurisprudencia dominante reconocen la autonomía de la facul-

tad de goce del arrendatario en forma sustancialmente idéntica a la que representa el contenido de los derechos reales, lo que demuestra que en la práctica la naturaleza personal o de derecho de crédito de los llamados derechos personales de goce es solamente parcial y puramente inicial, y que agotada con la puesta a disposición, el goce se explica autónomamente y como expresión de una facultad como la que se encuentra en los derechos reales. Lo que no autoriza a considerarlo como un derecho real por la falta del requisito típico de la «inherencia» o «adherencia» al bien (absolutividad).

El capítulo III estudia la actuación del artículo 1.380 partiendo de que contiene tres disposiciones dirigidas a resolver un conflicto de derechos en el campo específico de los derechos personales de goce de bienes de cualquier naturaleza, provenientes de un mismo causante—el sujeto legitimado para constituirle—, ya se trate de derechos idénticos o simplemente tengan un punto de coincidencia en el contenido del goce que produzca incompatibilidad.

a) El apartado I excluye la trascendencia de la anterioridad de la constitución y afirma la de la anterioridad de la actuación. En lo primero no hay disenso sustancial y es lógica aplicación de los principios generales, según los cuales todas las pretensiones relativas tienen igual derecho al cumplimiento y la prioridad de constitución no implica ninguna subordinación de las demás capaz de evitar el conflicto.

La tesis a la que se opone NATOLI sostiene que no es la prioridad del goce lo decisivo, sino la actualidad del mismo goce. Los que así opinan traducen, sin más, goce por tenencia o detentación, cosa no admisible en cuanto el conflicto se dé entre derechos cuyo ejercicio no presuponga la tenencia. La doctrina que NATOLI critica gira sobre la inutilidad de la palabra «primero» (*per primo*) en el artículo.

El primer argumento de la doctrina criticada es el histórico, y afirma que el precepto ha sancionado un *jus receptum*. Pero esto es erróneo, ya que ni había unanimidad en la doctrina anterior ni ésta se planteaba el problema de que ambos arrendatarios, en épocas sucesivas, obtengan la entrega. La doctrina anterior nada

ayuda para demostrar que la frase *per primo* es un inútil pleonasmo y que el supuesto dicho queda sin regular en el precepto, por lo que hay que acudir a los principios generales.

La tesis contraria se apoya en la Relación al Rey cuando se refiere al principio *melior conditio possidentis*, para deducir que el contratante que primero (*per primo*) ha conseguido el goce no es otro que el que se encuentra actualmente en el goce; pero para NATOLI esto es arbitrario, porque, prescindiendo de la oportunidad de traer a colación dicho principio, la misma Relación, más adelante, dice que debe ser preferido el que se encuentra «ya» en el goce. Con mayor claridad la Relación al Proyecto preliminar decía que se quiere excluir al *prior in tempore* y afirmar la permanencia de los efectos de la realización de un derecho protegiendo al que primero ha obtenido tal realización.

Aunque se estime que no vinculan al intérprete los trabajos preparatorios, ni la Relación, la interpretación lógica también está conforme con ellos. La doctrina contraria argumenta que, derogada la preferencia del *prior tempore* del apartado II por la obtención primera del goce por el segundo contratante, es claro que el legislador afirma que no hay aquí el derecho de persecución (*de suite*), signo distintivo de los derechos reales, y esto tanto en el apartado II como en el I. De aquí a la laguna legal no hay más que un paso. Pero NATOLI no cree que la regla esté en el apartado II limitada por la norma del I, sino viceversa.

Otro argumento manejado es el de la irrevocabilidad del cumplimiento para demostrar la imposibilidad de la acción del que primero ha conseguido el goce contra el que actualmente lo tiene. Como la tenencia del primero es un simple impedimento material del cumplimiento al segundo, perdida aquélla el segundo, podrá obtener o pedir la entrega jugando la irrevocabilidad del cumplimiento. Pero el argumento se vuelve a favor de NATOLI, si vemos que tal irrevocabilidad juega a favor del que primero ha conseguido el cumplimiento, y la conclusión de la tesis contraria parte del presupuesto de no existir el 1.380 y no es procedimiento de interpretación ignorar la norma interpretada.

Otro argumento vecino se basa en la función publicitaria del goce y en apoyar el 1.380, I, en el 1.155, cosa no admisible, ya

que el 1.155 gira sobre la buena fe irrelevante en el 1.380 y prescindiendo del valor del 1.155, que difícilmente puede considerarse expresivo de un principio general (7).

Critica la objeción más importante de sus contrarios: la tutela definitiva del primero que obtiene el cumplimiento no encaja con la naturaleza personal del derecho—carente de la absolutividad de los reales—, por lo que queda sin explicar qué es lo que legitima a aquél para obtener la reintegración del sucesivo y actual. La crítica de NATOLI descansa fundamentalmente: a) En que no se pretende absolutividad, ya que la tutela es definitiva sólo frente a otros derechos personales de goce y no frente a eventuales derechos reales. b) En el concepto de ineficacia relativa, que otros (BETTI y CARIOTA FERRARA) prefieren llamar inoponibilidad de los actos jurídicos.

Analiza a continuación el momento en que surge la preferencia (entrada en el goce, puesta a disposición), su duración y otros interesantes extremos en torno a la reintegración en el goce al amparo del precepto.

b) En relación con el apartado II, que en general no ha originado dudas por sí, sino en su relación con el I, NATOLI, frente a la opinión de considerar el II la norma primaria y general, cree que sería inútil en cuanto no se la interprete como limitativa de la del I a través de la demanda judicial del primer contratante dirigida a obtener el goce como momento determinante de su preferencia sobre el que obtenga el goce y siempre que obtenga sentencia favorable. Recurre para ello al texto del Proyecto preliminar, según el cual el contratante posterior no consigue válidamente el goce de la cosa si su contrato no tiene fecha anterior a la demanda de cumplimiento del primer contratante.

Termina la monografía con unas breves consideraciones sobre la actuación del párrafo tercero del artículo 1.380, que deja a salvo las normas relativas a la transcripción. Sobre este párrafo, los autores (Mosco y MENGONI) son muy parcos, limitándose a men-

(7) La llamada función publicitaria de la posesión con carácter general ha sido negada por PUGLIATI *La pubblicità nel diritto privato. Parte generale*. 1944; págs. 53 y sigs.

cionarle como una limitación para la aplicación del apartado I. **CARIOTA-FERRARA** es el único que se extiende algo más y lo considera limitación también del apartado II.

NATOLI, por el contrario, cree que los límites de actuación del párrafo no son del todo claros, porque para los derechos a los que se refiere el artículo 1.380 la transcripción es excepcional y exigida en consideración de una determinada duración del derecho, con la particularidad de que si la transcripción se efectúa, el derecho se impondrá a los terceros por toda la duración prevista, y si no, sólo por el tiempo por el que se concede oponibilidad a los terceros sin transcripción (ver artículo 1.599, apartado 3.º).

La aplicación de las normas relativas a la transcripción no es, pues, tan clara si el conflicto se plantea entre derechos transcribibles y otros no transcribibles.

Como cuestión previa se plantea la de si la transcripción tiene una pura y simple función declarativa, como se ha afirmado, y que cree que debe resolverse negativamente (8).

Despejada así la cuestión previa concluye **NATOLI** afirmando que:

Los únicos casos en los que actúa la norma del párrafo final

(8) Tratándose de derechos reales, la transcripción del primer adquirente es declarativa, porque crea no la preferencia del derecho anterior—como algunos afirman—, sino la posibilidad y la presunción legal de conocimiento por todos del negocio, que impide que los terceros se puedan valer de la presunción legal contraria. Pero cuando la transcripción opera en favor del tercero, o sea, del segundo adquirente, tiene valor constitutivo, porque representa un elemento del supuesto de hecho del que deriva no la preferencia, sino la adquisición del derecho por el tercero con perjuicio del primer adquirente.

Tratándose de derechos personales de goce, la función de su transcripción es algo distinta: en todo caso, no pretende salvar la falta de legitimación del transmitente en gracia del segundo adquirente, porque la precedente concesión de un derecho personal de goce no afecta a la facultad de disposición del transmitente. Pero hay que distinguir: si el negocio sucesivo tiene por objeto un derecho real, la transcripción determina la sucesión *ex lege* del tercer adquirente al causante en la relación con el titular del derecho personal de goce, impidiendo la extinción de éste, o bien sirve para eliminar la prevalencia natural del derecho real cuando la constitución de éste no lleve consigo la extinción del personal de goce; pero en un caso u otro, la transcripción no resuelve un verdadero y propio conflicto, porque falta la inicial igualdad de los derechos, esencial para la existencia de conflicto. Lo contrario ocurre si el negocio sucesivo tiene por objeto otro derecho personal de goce. Aquí si hay conflicto de derechos y cuando la ley, para su solución, remite a las normas relativas a la transcripción, atribuye a ésta la función de hecho constitutivo de la preferencia de uno de los derechos y de la imposibilidad de que el otro actúe en perjuicio de aquél.

del artículo 1.380 son los de derechos personales de la lista de actos sujetos a transcripción del 2.643 (9).

La remisión no actuará cuando la transcripción no esté igualmente exigida para los dos derechos en conflicto.

Resuelve la duda del caso en que la transcripción de uno de los negocios se exija sólo por razón de la duración prevista del derecho (locación ultranovenal no inscrita ¿puede valer como infranovenal frente a otro derecho inscrito?), en el sentido de que el primer transcribiente no puede valerse del apartado tercero y de los efectos de la transcripción. Lo contrario estima cuando la locación prevista como «ultranovenal» entre en colisión con otro derecho sujeto a transcripción. Aquí no basta la anterioridad de la fecha o del goce para resolver el conflicto, porque se da a la transcripción la función de hecho resolutorio del conflicto. En otro caso, la aplicación del apartado tercero quedaría reducida al único caso de conflicto entre dos derechos de «anticresis, únicos personales de goce (en el Derecho italiano) para los que la transcripción está prevista sin tener en cuenta su duración.

Y por último, la regla del apartado tercero vale para todos los conflictos entre derechos cuyos títulos estén sujetos a transcripción, ya tengan por objeto bienes inmuebles o bienes muebles transcribibles conforme al artículo 2.683 (naves, aeronaves y automóviles).

TIRSO CARRETERO.

POGLIANI, Mario: *Responsabilità e risarcimento da illecito civile*.

Con un prólogo de Guido GENTILE. Milano, Giuffrè, 1964.

XXVI + 459 páginas.

«POGLIANI ha elegido el momento justo para una obra de sistematización de nuestro conocimiento sobre la materia, eliminando

(9) Arrendamientos de inmuebles de duración superior a nueve años. Los actos o sentencias de liberación o cesión de alquileres o rentas no vencidas por término mayor de tres años. Los contratos de sociedad y asociación por los que se transfiera el goce de inmuebles o derechos reales inmobiliarios, cuando su duración exceda de nueve años o sea indeterminada. Los actos de constitución de los consorcios que tengan los mismos efectos del párrafo anterior.

errores, aclarando dudas, planteando tesis», nos dice GENTILE en su prólogo, francamente laudatorio. Y también: «Se trata de un trabajo de primer orden que será igualmente grato a los que se inician en el estudio de la materia que a sus cultivadores experimentados: para unos, con fin didáctico; para otros, para el encuadramiento ideológico de figuras e institutos palpitantes de actualidad; para todos, para la necesaria clarificación de conceptos en un campo cuyo interés creciente va recabando una penetrante profundización, adecuada a su progresiva importancia económica y jurídica.

La labor de sistematización realizada por el autor tiene una finalidad primordial de tipo práctico, de forma que el libro puede servir de *vademécum* a todo aquel que necesite ocuparse del tema: encontrará en cada uno de sus apartados amplísimas notas bibliográficas (en su inmensa mayoría, de doctrina italiana), así como una casi abrumadora cita de decisiones jurisprudenciales, y no sólo de la *Corte di Cassazione*, sino incluso de los Tribunales *del merito*.

Los problemas en ocasiones están deliberadamente simplificados, sobre todo cuando se trata de temas de discusión teórica, haciendo prevalecer en todo momento el ideal de la claridad. El método, de acuerdo con la finalidad de la obra, es el exegético; sigue el autor el orden del articulado del Código italiano, explicando el sentido de cada una de sus disposiciones, con referencia constante a la doctrina y, sobre todo, a la interpretación jurisprudencial.

En el capítulo I (páginas 3 a 28) delimita, siguiendo a la doctrina más irradicional, el concepto de responsabilidad civil procedente de hecho ilícito; señala del mismo modo sus elementos (acción, producción del daño y nexo de causalidad), y resume las orientaciones y discusiones doctrinales sobre responsabilidad por culpa y responsabilidad objetiva, señalando que, en su opinión, esta última sólo de forma muy excepcional viene admitida en el Derecho italiano. Tendremos ocasión de advertir que el autor restringe el ámbito de la responsabilidad objetiva a muy escasos supuestos, dejando fuera algunos otros que la doctrina dominante—no así, en general, la jurisprudencia—considera tales.

En el capítulo II (páginas 29 a 66) presenta un elenco de cau-

sas de exclusión de la responsabilidad, y en primer lugar, la imputabilidad. La capacidad, presupuesto de la imputabilidad del hecho ilícito, es la capacidad natural, distinta de la negocial y de la penal. La menor edad, la demencia y el estado de ebriedad (supuestos a los que dedica una consideración especial) tienen relevancia en cuanto que excluyen la capacidad natural de entender y de querer. Tras tratar de la legítima defensa, considerada expresamente como causa de exclusión de la responsabilidad en el artículo 2.044, Código civil, pasa a considerar el caso fortuito y la fuerza mayor; el primero es «aquel evento natural o a él asimilado, independiente de la voluntad humana, que escapa de la racional previsibilidad y no se puede evitar sin cautelas superiores a las de la normal diligencia», de manera que, en cuanto a su naturaleza, no debe confundirse con la fuerza mayor (*vis quae resisti non potest*), ya que ésta no es un evento natural; si bien en el terreno de las consecuencias que uno y otra producen puedan indudablemente asimilarse, ya que ambos producen idéntico efecto de exclusión de la responsabilidad. En cuanto al problema de la limitación del daño resarcible, se atiene al criterio de la teoría de la causalidad regular o adecuada, de manera que el daño será resarcible cuando resulta conectado mediante una relación de causalidad regular o típica al hecho ilícito; en consecuencia, los daños indirectos serán resarcibles dentro de estos límites.

Tras referirse a la llamada *compensatio lucri cum danno*, pasa en el capítulo III (páginas 67 a 96) a considerar las limitaciones de la responsabilidad: el estado de necesidad (un supuesto de responsabilidad objetiva, según POGLIANI, ya que el hecho dañoso es consecuencia de una constricción necesaria, no siendo culpable su autor, y, sin embargo, está obligado a indemnizar en una medida que el Código deja a la apreciación equitativa del juez); el concurso de culpa por parte del dañado (según el autor, la provocación es instituto que sale del ámbito de la norma expresa del Código civil sobre este tema), y el daño debido a negligencia del acreedor. En estos dos últimos supuestos son aplicables a la obligación nacida *ex quasi delictu* las disposiciones que el Código civil dicta en materia de obligaciones contractuales.

La segunda parte (capítulos IV y VI, páginas 97 a 226) tiene por título *Los sujetos obligados al resarcimiento*, y sigue por su

orden los artículos 2.047 a 2.055 del Código italiano. Para nosotros, más interesante que la exposición misma realizada por el comentarista resultan las disposiciones del Código, que también en este aspecto supera al español. En materia de daño causado por el incapaz, el artículo 2.047 de aquél dispone que «si la persona es incapaz de entender o de querer, el resarcimiento es debido por quien está obligado a la vigilancia del incapaz, salvo que pruebe no haber podido impedir el hecho» (el autor considera la responsabilidad del vigilante no como objetiva, sino como culpable, por culpa *in vigilando*, ya que se le permite la prueba, aunque difícil, de su ausencia de culpa; en el caso de que el dañado no haya podido obtener el resarcimiento de quien está obligado a la vigilancia—sigue diciendo el artículo—, el juez, en consideración de las condiciones económicas de las partes, puede condenar al autor del daño a una indemnización equitativa.

La misma prueba de no haber podido impedir el hecho se admite a los padres, tutores, preceptores y maestros de arte, que de otro modo son responsables de los daños causados por los hijos menores no emancipados o las personas sujetas a su tutela que habiten con ellos, o por los alumnos o aprendices en el tiempo en que estén bajo su vigilancia. El autor hace notar que en este caso se trata de menores con capacidad natural, por lo que éstos son también responsables. Por lo que respecta a los padres, etc., considera que su responsabilidad es culpable, por culpa *in vigilando* e *in educando*, y no objetiva, puesto que se le admite la prueba de no haber podido impedir el hecho. Por el contrario, la responsabilidad de los patronos y principales por los daños causados por hecho ilícito de sus domésticos y empleados en el ejercicio de sus atribuciones es considerada objetiva, ya que, según el texto de la Ley, al que se atiene con preferencia el autor, no les está permitida tal prueba exoneratoria. Es culpable, y no objetiva, la responsabilidad de quien tiene bajo su custodia una cosa por los daños causados por ésta, ya que puede probar el caso fortuito. Del mismo modo, por lo que se refiere a la responsabilidad del propietario o de quien se sirve de un animal, por los daños causados por éste.

Una disposición del Código italiano, que no tiene paralelo en el español, es aquella por la que se establece la responsabilidad por el ejercicio de una actividad peligrosa, cuando quien la ejerce no

prueba haber adoptado todas las medidas idóneas para evitar el daño; el autor ve también en éste un caso de culpa *in vigilando*. También resulta de interés el artículo 2.054, relativo a daños producidos en la circulación de vehículos, que establece, entre otras cosas, la responsabilidad, solidaria con la del conductor, del propietario del vehículo o, en su lugar, del usufructuario o el adquirente con pacto de reserva de dominio, si no prueba que la circulación del vehículo se ha realizado contra su voluntad; en esta materia ha de completarse la disposición del Código acudiendo a la regulación especial de la circulación por carretera. El Código italiano señala también que la responsabilidad por el hecho dañoso imputable a varias personas es solidaria a todas ellas, aplicando al supuesto de responsabilidad excontractual la norma que de modo general y para toda clase de obligaciones recoge el artículo 1.294 del mismo Código.

En la tercera parte (capítulos VII a IX, páginas 227 a 272) considera la relación obligacional desde el punto de vista de los titulares del resarcimiento estableciendo una regla general muy simple: sólo dan lugar a una pretensión de resarcimiento las lesiones de los derechos subjetivos absolutos, es decir, derechos de la personalidad, derivantes de un *status* familiar, y derechos reales; excluyendo tajantemente que la lesión de un derecho de crédito por parte de un tercero pueda hacer nacer una pretensión de indemnización. Procede luego a una individualización casuística, de alcance fundamentalmente práctico, de aquellos sujetos de que puede discutirse su titularidad de un derecho al resarcimiento: en especial señala aquellos casos en que una persona es titular *iure proprio* del derecho al resarcimiento por la muerte de otra persona, distinguiendo aquellas otras situaciones en que la legitimación se produce *iure successionis*. Niega que se encuentren en ninguno de ambos casos los afiliantes y afiliados, madrastra e hijastro, el acogido sin adopción, los que conviven *more uxorio*, el socio de hecho, la comunidad religiosa por la muerte de uno de sus miembros y el empresario por la del trabajador que tiene contratado.

En la parte cuarta (capítulos X a XII, páginas 273 a 441) dedica un capítulo al ejercicio de la pretensión, planteando problemas de índole procesal; así, el de la legitimación, la competen-

cia territorial, la carga de la prueba, la prescripción de la acción (que en el Derecho italiano es en general de cinco años y las relaciones entre el juicio penal y la acción civil. Mayor interés, si bien casi exclusivamente práctico, tiene el capítulo XI, en el que señala diversos criterios para la determinación del daño, primero cuando éste es de lesiones (disminución de la capacidad de trabajo, invalidez permanente, etc., con una referencia al daño en la vida de relación), cuando este es de muerte y cuando es no patrimonial; el Código italiano sólo admite el resarcimiento del daño no patrimonial en los casos expresamente señalados por la ley, entre los que destaca el supuesto en que el hecho ilícito tenga caracteres de delito. Por último, señala los criterios de evaluación de los daños sobre las cosas, con especial consideración del problema de la privación del uso del vehículo accidentado durante la reparación del mismo. En cuanto a la modalidad del resarcimiento, tema del capítulo XII, recoge la norma que permite al acreedor exigir la reparación de forma específica, salvo cuando ésta sea excesivamente onerosa, señalando que en la práctica es casi exclusivamente conocido el resarcimiento por equivalente. Por último, señala como momento de valoración del daño el de la producción del mismo, con referencia, entre otros, al problema de la revisión de la indemnización cuando, después de la sentencia condenatoria o de la transacción entre las partes, se advierten nuevos daños procedentes del mismo hecho ilícito, así como el de la devaluación de la moneda y su influencia en la fijación de la indemnización.

Termina con varios Apéndices con tablas para la constitución de rentas vitalicias, etc., un índice de autores y otro analítico de materias.

Jesús DELGADO ECHEVARRÍA

RODOTÀ. Stefano: *Il problema della responsabilità civile*. Università di Roma-Facoltà di Giurisprudenza. Studi di Diritto civile, dirigidos por Rosario NICOLÒ y Francesco SANTORO-PASSARELLI, número 1. Milano, Giuffrè, 1964. 210 páginas.

Por el título parecería una obra del mismo corte que la que acabamos de comentar (Mario POGLIANI. *Responsabilità e risarcimento da illecito civile*). Pero si aquella era un prudente comentario exegético de los artículos 2.043 a 2.054 del Código civil italiano (paralelo al del artículo 612, 1.º, del Código español), que de una monografía apasionada (*cum ira et studio* lo que no significa en absoluto arbitrariedad en el pensamiento), de método e intención muy distintos. La responsabilidad civil es aquí problema; se hace el autor problema de la naturaleza de la misma y del método de su estudio y sistematización. En este planteamiento problemático del libro reside, a mi juicio, su máximo interés, cualquiera que sea en último término nuestra opinión sobre sus conclusiones.

El argumento principal es fácil de indicar en pocas palabras: el punto de vista con respecto a la responsabilidad civil ha de trasladarse desde la consideración del agente a la de la víctima o, mejor aún, al hecho dañoso: «El problema de la responsabilidad civil no consiste en el descubrimiento del verdadero autor del hecho dañoso, sino en la fijación de un criterio gracias al cual se pueda sustituir la atribución automática del daño por una jurídica» (página 74) «Como fundamento de la responsabilidad está un hecho jurídico, el hecho dañoso» (página 78). Ahora bien, los criterios para proceder a la imputación de tal hecho a un sujeto determinado son múltiples, y entre ellos el de la culpa no tiene hoy en el Derecho italiano una entidad tal que lo constituya en regla, sino que todos los criterios recogidos en el Código civil están en el mismo plano de igualdad y todos tienen las mismas posibilidades de expansión. Por último, el área de daño resarcible debe establecerse con referencia al concepto de situación jurídica relevante.

Ahora bien, no creo que esta apretada síntesis de las conclu-

siones principales haga justicia al interés de la obra. Por su índole y forma de exposición (actitud polémica, revisión de métodos, amplia elaboración discursiva de los temas, libremente desarrollados en capítulos de docenas de páginas sin apenas subdivisiones) resulta a la vez muy difícil y de escasa utilidad un resumen que pretenda dar cuenta de todos sus detalles. Por lo demás, las ricas sugerencias que en ella se contienen sólo pueden apreciarse con la lectura de la obra.

La originalidad de ésta se manifiesta, sobre todo, en el planteamiento y en el método de la investigación, que quiere presentar un nuevo punto de partida y una pases de sistematización de la materia en oposición a la mentalidad tradicional, aferrada al criterio de la culpa. «Verdaderamente no sabemos—dice en una ocasión—si toman más a pecho los derechos de la persona quienes, insistiendo en la defensa de los viejos esquemas, en realidad le abandonan a la mutación inestable de las disposiciones legales, o no mas bien los otros, preocupados de reconducir a una estructura mas general lo que puede parecer fruto de la ocasión o de la arbitrariedad» (página 83). No hay que decirlo, el autor toma partido decididamente por estos últimos.

Exige el autor una nueva actitud a quien se enfrente con talante crítico y constructivo con el problema de la responsabilidad civil. Actitud que ha de basarse en la toma en consideración de los verdaderos datos históricos o, mejor aún, en la asunción de una «conciencia histórica». Aunque no llega a utilizar la expresión «razón histórica», en más de un momento sus consideraciones sugieren las tesis gnoseológicas que en España mantuvo ORTEGA Y GASSET.

Se conduce siempre con talante crítico y desmitificador (hasta poder parecer a algunos iconoclasta) ante todas las manifestaciones de un dogmatismo abstracto y apriorista. Sirva como ejemplo su posición ante aquellas doctrinas que hacen del concepto de derecho subjetivo absoluto el criterio para la determinación del daño resarcible: «Cualquiera que sea, en efecto, el concepto de derecho subjetivo que se crea deber admitir, es cierto que hacer de él el momento central del sistema de la responsabilidad civil tiene el riesgo de llevar a una hipertrofia del concepto mismo, por la obvia necesidad de reconducir al derecho subjetivo absoluto

todas las nuevas situaciones a las cuales el Ordenamiento atribuye relevancia y respecto a las cuales se perfila la posibilidad de un daño injusto. Tal orientación, por lo demás, es, sin duda, discutible desde el punto de vista teórico, ya que el concepto de derecho subjetivo se desvanece en puro *nomen*, pudiendo, sin más, ser adoptado para designar situaciones totalmente distintas entre sí, unificables únicamente bajo un perfil extrínseco, cual es la común posibilidad de fundar una acción en el caso de daño injusto. Y el error metodológico se convierte en un inconveniente de carácter práctico desde el momento en que la indiscriminada ampliación de los derechos subjetivos absolutos, realizada *a posteriori* a través del momento de la protección contra los daños, hace desaparecer precisamente la utilidad de la referencia a la noción de derecho subjetivo absoluto, que consistía precisamente en circunscribir la operatividad de la disciplina de la responsabilidad civil únicamente a los casos en que ya se hubiese reconocido por el Ordenamiento un derecho subjetivo absoluto» (página 188). «En realidad, al hablar de derechos subjetivos absolutos se recurre a menudo a una expresión enfática para decir más simplemente que el área del resarcimiento debe limitarse a la lesión de los derechos reales y de la persona (o de aquellos derechos históricamente modelados sobre su esquema, como los derechos sobre los llamados bienes inmateriales)» (página 196). Esta conclusión le parece, con justicia inaceptable, y hace notar que incluso la jurisprudencia ha declarado protegidas situaciones que no pueden considerarse derechos absolutos en ningún sentido; todo ello le lleva a proponer, para determinar el área del daño resarcible, el criterio de «situación jurídica relevante», es decir, aquellas situaciones susceptibles de ser injustamente dañadas: esta susceptibilidad objetiva falta evidentemente en las situaciones jurídicas de desventaja (deber, obligación), así como en aquellos casos en que la situación jurídica se agota completamente en la esfera del titular del interés (por ejemplo, derecho potestativo); otras veces la relevancia de la situación se manifiesta hacia un sujeto determinado: en este último aspecto hace notar que hay casos en que una situación obligatoria se manifiesta no sólo como relación individualizada, sino como situación inserta en un contexto más amplio que justifica su relevancia hacia el exterior, como, por ejemplo, en las relaciones

que entran en el ámbito familiar y aquéllas referibles a la empresa; por último, la relevancia de la situación se manifiesta en otros casos de manera clara con referencia a una multiplicidad indeterminada de sujetos (en el derecho de propiedad, por ejemplo), situaciones que no han sido nunca discutidas en este aspecto.

Para terminar, hagamos una referencia a las amplísimas e interesantes notas a pie de página, utilizadas en este caso, no como es usual, para apoyar la opinión propia en la cita de un autor consagrado, sino para realizar en síntesis el contraste y crítica de las numerosas opiniones que, con su referencia bibliográfica, tienen cabida en cada nota.

Jesús DELGADO ECHEVARRÍA

DE SEMO, Giorgio: *Elementi di Diritto privato. Compreso il Diritto della navigazione*. Manuale per gli Istituti Tecnici Commerciali. 2.^a edizione, aggiornata da Celso TABET e Giovannella TESTA MENDICI. Milano. Giuffrè Ed. 1966. (Rústica, IV + 648 págs.)

Esta obra, desenvuelta en 16 capítulos. constituye, como explica el propio autor, un compendio y, a la vez, una actualización de sus *Instituciones de Derecho privado* de 1955. Trata en ella de lograr un conjunto armónico, difícil tarea dada la diversidad de materiales legislativos que convergen en el tema; no se han evitado completamente los puntos críticos sobre doctrina y jurisprudencia, pero sí se han reducido, con el fin de ofrecer claramente las líneas maestras del Derecho privado.

La finalidad que con ella se busca es esencialmente práctica no sólo a efectos docentes, sino también como material de preparación para los aspirantes a puestos administrativos, que no tienen por qué estar totalmente inmersos en cuestiones técnico-jurídicas. Esta finalidad práctica queda aún más acentuada por la presencia de dos tipos de letra en el texto para destacar lo más sustancial.

Novedad importante de la obra la constituye el último capítulo, respecto a la primera edición de 1960. Dedicase al Derecho de la

navegación, y en él han participado los dos colaboradores arriba apuntados.

Distribúyense las materias en una parte general y una especial. Ocúpase la primera del concepto de Derecho en general y del Derecho objetivo en particular; de las fuentes del Derecho, interpretación de las normas jurídicas, eficacia de la ley en el tiempo y eficacia en el espacio (Derecho internacional privado); el derecho subjetivo; el sujeto de derecho y sus distintas clases; el objeto; los hechos y negocios jurídicos.

La parte especial estudia el Derecho de familia personal y patrimonial, las sucesiones y donaciones, los derechos reales; el trabajo y la empresa (con las cuestiones mercantiles e industriales y también agrarias); la tutela de los derechos (incluyendo la registral, jurisdiccional, etc.), y por último, la navegación marítima y aérea.

La actualidad e importancia de los temas resulta evidente. Y el prestigio que supone su tratamiento por tan notable maestro hace innecesario cualquier otro comentario acerca de la justeza del método y caracteres de la exposición.

Valencia, enero de 1967.

Pedro Antonio FERRER SANCHÍS
Profesor de la Facultad de Derecho de Valencia.

TORREGROSA, Giovanni: *Il problema della responsabilità da atto lecito*. Università di Palermo. Pubblicazioni a cura della Facoltà di Giurisprudenza, núm. 14. Milano, Giuffrè, 1964. 212 páginas.

En la doctrina italiana algunos autores—entre los que hay nombres tan conocidos como los de RUBINO, DE CUPIS o ALESSI—vienen manteniendo la necesidad de construir una teoría general de la responsabilidad por actos lícitos, al lado de aquella tradicionalmente considerada como dependiente de acto ilícito, y esto tanto en el Derecho público como en el privado. En este último se presentan como ejemplos de esta categoría el acto dañoso producido en estado de necesidad y algunos otros supuestos, entre

los que parece relevante el del artículo 924 del Código civil italiano, apoyado en la interpretación jurisprudencial, tratase ésta permite al propietario de un enjambre de abejas perseguirlo sobre fundo ajeno, pero poniendo a su cargo el deber de indemnizar por el daño causado en el fundo, así como la hipótesis similar en el caso de animales domésticos en general.

En esta monografía, que bien podría titularse «de cómo en ningún caso puede admitirse una situación de responsabilidad por acto lícito», el autor examina estas y otras varias hipótesis que la doctrina a que nos hemos referido considera como demostrativas de la existencia de una obligación de resarcimiento de daños producidos por un acto lícito, para llegar inexorablemente a la negación de que las hipótesis propuestas deban interpretarse en el sentido pretendido.

No resulta demasiado grata una obra cuya intención es marcadamente negativa y su lectura muestra que es considerablemente más fácil atacar los puntos débiles de cualquier construcción doctrinal que lograr una interpretación de la norma tal que dé cuenta de nuevos aspectos que la realidad hace más acuciantes y alcance consecuencias más justas en la regulación de los intereses. Sin embargo, la obra que comentamos no es nada desdeñable. Su autor, Magistrado y Profesor Asistente en la Universidad de Palermo, que con anterioridad había ofrecido a la estampa algunos artículos sobre temas conexos con el de la responsabilidad extracontractual, tiene más que sobrados conocimientos teóricos y experiencia práctica para realizar una obra de buena técnica y segura argumentación. La seriedad de su crítica queda de manifiesto por la respetuosa atención que concede a las doctrinas que juzga equivocadas e inaceptables. Su sensibilidad para hacerse eco de toda aportación doctrinal sobre el tema puede observarse incluso en un pequeño detalle anecdótico: algunas afirmaciones de la obra de Stefano Rodotà que antes hemos comentado son criticadas por TORREGROSSA; observemos que ambas obras llevan la fecha de 1964.

El capítulo I (páginas 8 a 71) está dividido en dos secciones. En la primera, tras presentar de manera breve el objeto de su investigación, señalando las opiniones que va a criticar, presenta algunas consideraciones sobre la naturaleza del Ordenamiento

jurídico desde la perspectiva de la jurisprudencia de intereses, a la que se mantiene metodológicamente fiel a lo largo de toda la obra. Hace referencia asimismo a problemas tales como el de la relación entre la violación de la norma y la violación de los intereses protegidos, así como al tema de la distinción de la responsabilidad contractual y la extracontractual, y la distinción entre responsabilidad civil y penal (considerando ambas nociones dentro del concepto de sanción en su sentido más amplio).

El tema desarrollado en la sección II es, sin duda, atractivo e importante: individualización del objeto de la tutela actuada con el resarcimiento. ¿Puede realizarse esta individualización mediante el principio *alterum non laedere* o cualquiera otra norma general de comportamiento, como la de diligencia, la corrección, la solidaridad social, etc.? Responde negativamente, haciendo notar que «las tentativas hasta ahora realizadas por la doctrina para demostrar la existencia de un principio general de cuya violación resultaría el carácter de ilícito de un comportamiento son infundadas» (página 41); por el contrario, «la antijuridicidad objetiva de un comportamiento se resuelve siempre en la lesión de un interés protegido». Ahora bien, ¿resultan protegidos con la imposición del resarcimiento por su lesión otros intereses que aquéllos reconocidos como derechos subjetivos, Responde igualmente de manera negativa, después de analizar los casos que la doctrina ha querido considerar como prueba de la existencia de un derecho al resarcimiento por la lesión de un interés no protegido como derecho subjetivo: en particular, la responsabilidad del notario por nulidad del acto que autoriza, cuando ésta le sea imputable; la responsabilidad, frente a otros particulares, por la inobservancia de las normas de urbanismo concernientes a las distancias entre edificios; la responsabilidad del perito que interviene en el juicio por los daños que cause a una de las partes, y la responsabilidad de los conservadores de hipotecas por la omisión de transcripciones e inscripciones, cancelaciones indebidas, etc. En todos estos casos cree que el acreedor al resarcimiento es titular de un verdadero derecho subjetivo, argumentando pura y simplemente sobre la base de que de otro modo no podría ser tampoco titular del resarcimiento. La argumentación me parece una pura petición de principio, por las razones que alega Rodotà y que antes he transcrito

en la reseña de su obra; de todas maneras, tampoco parece que las hipótesis consideradas puedan servir en último término de base a las tesis combatidas por TORREGROSSA.

El capítulo II (páginas 71 a 128) se titula «La responsabilidad por acto lícito en la doctrina del Derecho público», y por su objeto pertenece al Derecho administrativo. Quizá su aspecto más interesante sea el intento de considerar de una forma hasta cierto punto unitaria supuestos que generalmente son objeto de estudio especializado, unos por los civilistas, por estar contenidos en el Código civil; otros, por los administrativistas, ya que la Administración aparece en ellos como sujeto. Parece claro que, al menos ciertas categorías de una teoría general del Derecho, deben construirse sobre supuestos pertenecientes a todas las ramas en que el saber jurídico se diferencia, de forma que puedan resultar aplicables, siquiera con las limitaciones que resulten en cada campo particular, en todas ellas.

Niega en primer lugar que pueda hablarse de responsabilidad en todos aquellos supuestos en que la actuación legítima de la Administración comporta la conversión coactiva de los derechos de los particulares en una indemnización; el acto será en verdad lícito, pero no puede hablarse de responsabilidad. (En el pensamiento del autor, según parece, precisamente por tratarse de acto lícito: otra petición de principio.) Todo este capítulo está dominado por la consideración de un solo supuesto de gran importancia, según resulta, en la doctrina italiana: el artículo 46 de la Ley de 25 de mayo de 1865, número 2.359, según el cual: «Es debida una indemnización a los propietarios de los fundos que por la ejecución de la obra pública sean gravados por servidumbres o sufran un daño permanente derivado de la pérdida o de la disminución de un derecho.» Esta norma presenta numerosos problemas en la doctrina italiana, entre ellos el de su constitucionalidad, que, como es obvio, no tienen paralelo en la española. La situación legislativa española es excepcional por lo que se refiere a responsabilidad de Administración, a partir, como es notorio, de la Ley de Expropiación Forzosa de 1954, reafirmada y completada a este respecto por la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado. En consecuencia, los intentos realizados en Italia

para lograr cierta claridad en el tema de la responsabilidad de la Administración Pública, siempre discutibles y discutidos en el propio país, carecen de interés directo de cara a la teoría y la «praxis» españolas, por lo que son innecesarias mayores precisiones sobre esta parte de la obra.

Mayor interés tiene para nosotros el capítulo III (páginas 128 a 201), centrado en la discusión de algunos supuestos de responsabilidad por acto lícito en el Derecho privado. Ya hemos avanzado que TORREGROSSA se muestra opuesto a la admisión de esta forma de responsabilidad en cualquier caso. Y así, en el muy relevante del daño producido en el estado de necesidad. Para el autor, la concepción del acto dañoso necesitado como acto lícito lleva a consecuencias absurdas. La concepción del acto necesitado como un supuesto de expropiación en interés privado es objeto asimismo de su crítica y, en definitiva, considera que estamos ante un supuesto de ilicitud en el que el Ordenamiento impone consecuencias limitadas en orden al resarcimiento del daño, en atención a circunstancias subjetivas de quien se encuentra en el estado de necesidad. La indemnización equitativa que el Código civil italiano pone a cargo de quien actúa por necesidad, en lugar del resarcimiento que correspondería en otro caso, no muestra que el daño sea lícito. En general, y resolviendo un problema discutido de terminología en el Código civil italiano, cuando el legislador utiliza el término indemnización no quiere indicar con ello que excluye la ilicitud del acto que la produce, sino únicamente que en aquellos supuestos no puede procederse al resarcimiento en forma específica. En el mismo sentido, se inclina por la ilicitud del enriquecimiento sin causa, así como la del daño producido por incapaz.

Consideración aparte merece el supuesto de revocación de la oferta de contrato: señala la naturaleza receptiva de dicha revocación en el Derecho italiano vigente, y tras algunas consideraciones sobre la responsabilidad precontractual y la norma de la corrección en los tratos previos, concluye que en el supuesto de revocación hay una actuación ilícita y un derecho subjetivo lesionado: el derecho a la libertad de contraer.

Por último, resuelve del siguiente modo el problema a que nos referíamos al principio sobre la persecución del enjambre de abejas

y de los animales domésticos escapados sobre fundo ajeno. La actividad del propietario del enjambre o del animal, que consiste en penetrar en fundo ajeno y sacar del mismo el enjambre o animal propio, es lícita (lo que viene a significar que en la colisión del interés del propietario del fundo a no ser molestado con la entrada de otra persona ajena y el interés del propietario del animal a recuperarlo, el Ordenamiento se inclina a favor de este último, negando su protección al primero); ahora bien, son los daños ocasionados en el fundo ajeno con ocasión de esta actividad lícita los que producen la obligación de indemnizar; pero estos daños son ilícitos en cuanto que no vienen exigidos funcionalmente, para la realización de aquella actividad lícita.

Jesús DELGADO ECHEVARRÍA

ZILLETTI, Ugo: *La dottrina dell'errore nella storia del Diritto romano*. Fondazione Guglielmo Castelli, núm. 29. Milano, Giuffrè, 1961. XVI-511 páginas

Es conocido el cambio de perspectiva y de métodos operado en el estudio del Derecho romano. Se considera que en el momento presente no es oportuna una actividad de reconstrucción lógico-formal tendente a dotar de unidad el variado material de las fuentes; por supuesto, tampoco se considera pertinente la mera exégesis de éstas. La finalidad de alcanzar un «sistema» puede ser legítima en aquellos estudios que se proponen, a través de la consideración de cualquier Derecho no vigente, la elaboración y perfeccionamiento de los instrumentos cognoscitivos de la actual teoría general del Derecho. Pero hoy la ciencia romanista vive en un nuevo clima intelectual y es movida ante todo por preocupaciones historicistas. Clima que se corresponde con un cambio de exigencias metodológicas.

A este género de investigaciones romanistas con rigurosa finalidad histórica viene a sumarse la obra de Ugo ZILLETTI, que en su aspecto sustancial pretende averiguar cómo se ha planteado históricamente el problema del error: error en su sentido más amplio,

referido a supuestos de hecho de cualquier tipo: declaraciones, supuestos de naturaleza penal, etc., es decir, esquemáticamente, error-vicio de la voluntad y error-presupuesto de un comportamiento cualquiera, de cuya presencia hace derivar el Ordenamiento consecuencias favorables o desfavorables para el agente. La elección de este sector de investigación viene justificada, según nos dice el autor, por su dirección metodológica, ya que la obra quiere ser considerada como un ensayo de valoración crítica del *Corpus Iuris* a través de la consideración específica de un tema característico, es decir, el del error. «Un tema perteneciente a la problemática de la elaboración de los elementos subjetivos del comportamiento jurídicamente relevante ofrece por sí mismo un ámbito ilimitado de experimentación a una investigación que se propone como objetivo esencial la averiguación de las tendencias que se manifiestan a lo largo de la historia del Derecho romano, en orden al sector elegido. En efecto, es opinión común y tradicional que precisamente en relación a los problemas de valoración del elemento subjetivo la dogmática bizantina había realizado una decisiva contribución de desarrollo, de clarificación y de alteración de los datos ofrecidos por la jurisprudencia clásica; del mismo modo ha dejado profunda y vital huella la polémica concerniente al desarrollo interno del Derecho clásico, precisamente a propósito de los elementos subjetivos.»

La intención precisa del autor consiste en individualizar las tendencias presentes en la Compilación (varias, y a menudo contradictorias, para una visión sin perjuicios dogmáticos), tratando de establecer cuál sea la aportación peculiar justinianeas sobre el tema del error.

Precisamente porque el interés del autor se dirige a la obra de los maestros justinianeos, es decir, al momento final de un largo desarrollo histórico, debe partir del momento inicial, el llamado Derecho clásico. Ahora bien, en el desarrollo del tema del error encuentra una prueba de la deficiente periodización de la historia del Derecho romano cuando se contraponen simplemente a una época clásica un período o desarrollo postclásico, entendiendo como vulgarización del Derecho y que incluiría también la obra justinianeas. Por el contrario, mantiene que debe considerarse con entidad propia el período postclásico prejustiniano (desde Dio-

cleciano a Justiniano), periodo en el que la elaboración legislativa y doctrinal del tema del error, tanto del error-presupuesto como del error-vicio del consentimiento negocial, se distingue netamente de las épocas anteriores o posteriores. Sólo así resultan comprensibles las contradicciones patentes en la Compilación, y resalta la originalidad de ésta especialmente en tema del error negocial. «Si se quiere recurrir a las contraposiciones generales, se debe decir que entre el Derecho de la edad comprendida entre Diocleciano y Justiniano, por una parte, y la Compilación justinianeas, por otra, la antítesis no es menos profunda que la existencia entre el Derecho clásico y las concepciones justinianeas.»

Con este planteamiento la estructura de la obra resulta clara y convincente. Tras una introducción en la que se indica la finalidad de la obra y el método de la misma, se dedican los capítulos I a III (páginas 11 a 215) al Derecho clásico. Los capítulos I y II llevan el mismo título: «Error y voluntad negocial en el Derecho clásico», y constituyen una sola unidad dividida únicamente por exigencias de agilidad expositiva. La jurisprudencia clásica no consideró el error como vicio de la voluntad manifestada; manteniendo una concepción unitaria del negocio jurídico (síntesis de voluntad y de declaración), se planteó el tema del error en términos de inteligibilidad del tenor del negocio mismo; en consecuencia, desde el punto de vista de la jurisprudencia clásica, el error es de por sí inidóneo para hacer inválido el negocio: la decisión de la validez o de la invalidez deriva de la aplicación de las reglas estructurales que regulan el supuesto de hecho; con la utilización de las reglas generales de hermeneútica negocial, y sin elaborar un *corpus* especial de reglas y de criterios de relevancia del error, alcanzó soluciones concretas plenamente satisfactorias, atendidas con notable flexibilidad al tipo de negocio concretamente considerado. Para llegar a estas conclusiones dedica el autor atención específica a los negocios formales, a los contratos consensuales, a los contratos reales, a la *traditio* y a los negocios *mortis causa*.

También por lo que respecta al error-presupuesto, la jurisprudencia clásica se movió al mismo tiempo con rigor y ductibilidad (capítulo III, «El error como presupuesto de calificación del comportamiento del Derecho clásico», páginas 163 a 213). La dicotomía

error iuris-error facti no fue propuesta con carácter general y axiomático, de manera que pudo alcanzarse una respuesta racional y al mismo tiempo equitativa ante todo supuesto de error.

En la época media entre Diocleciano y Justiniano, caracterizada por la pobreza técnica en la elaboración del Derecho y por la preponderancia de los intereses estatales centralistas, así como por la toma en consideración del valor de certeza y estabilidad de las relaciones jurídicas, el *error iuris* aparece como irrelevante o, mejor, como antijurídico, ya que es considerado como error sobre la norma, que entonces no es otra cosa que la *lex* que emana del Emperador. En cuanto a la relación entre error y voluntad negociada, el error aparece inidóneo para fundar la impugnatividad del negocio, en razón de la concepción negativa de la voluntariedad (ausencia de coacción y de engaño). Sólo a particulares categorías de sujetos se les consiente entonces impugnar el negocio concluido por error: se trata en general de hipótesis que, aparte de estar expresamente previstas con límites bien precisos en vía legislativa, consideran siempre el error como ligado a un presupuesto de orden objetivo, naturalístico (menor de edad, sexo, etc.) que justifica su relevancia (capítulo IV: «El problema del error en las fuentes postclásicas», páginas 215 a 252).

Con el capítulo IV («El tratamiento del error en la sistemática de la Compilación», páginas 254 a 345) entramos en el Derecho justiniano. A través de un análisis orgánico del tratamiento del error en el Digesto y en el Código muestra la orientación general de la Compilación, sus innovaciones y su dependencia de las construcciones de tiempos anteriores, y en particular muestra las relaciones del título *de iuris et de facti ignorantia* (cap. 1, 18) con las tendencias de la época inmediatamente anterior respecto del error-presupuesto: en la Compilación se verifica la definitiva afirmación de la antítesis rigurosa *ignorantia iuris-ignorantia facti*; la regla de la antijuridicidad de la *ignorantia iuris* deriva de la naturaleza propia de la *lex* y, en definitiva, es un principio basado en la preeminente exigencia estatal.

En los capítulos VI y VII («El error como causa de invalidez del negocio en la Compilación», páginas 346 a 442, y «El error en el sistema de los vicios de la voluntad», páginas 443 a 494) pone de manifiesto la neta ruptura con todo el pasado que se realiza

en el plano de la patología del negocio. En coherencia con los nuevos puntos de vista negociales centrados sobre la voluntad, y por efecto de éstos, el error es considerado como vicio de la voluntad manifestada e idóneo para fundar la impugnación del negocio que esté afectado del mismo; es más, el error se coloca al lado de la violencia y del dolo, en una tripartición sistemática de los vicios de la voluntad. En este ámbito se asiste a una nueva interpretación, de orden técnico, de la exigencia de estabilidad de las relaciones, que ahora se expresa en la determinación de las categorías funcionales de error relevante. En estos capítulos realiza la historia e interpretación de aquellos principios que cristalizaron en los brocardos *errantis voluntas nulla est, falsa causa non nocet*, así como de las categorías de *error in nomine, error in corpore* y *error in substantia*.

En todo momento puede hacer notar el autor los contrastes, adaptaciones, condicionamientos debidos a la variedad de tendencias y la múltiple finalidad e intereses divergentes que en el intento legislativo confluían y que nunca llegaron a soldarse en una unidad. Las simplificadoras construcciones unitarias no son ya aceptables.

En definitiva, una obra notable en el campo de estudio del Derecho romano.

Jesús DELGADO ECHEVARRÍA