

REVISTA CRITICA

DE

DERECHO INMOBILIARIO

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

Año XXXII

Julio - Agosto 1956

Núms. 338-339

El capitalismo y el Derecho privado en España

SUMARIO.: Introducción. *Lo social en la configuración del régimen político.*—I. *Valor del Derecho civil en la estructura de todo orden jurídico y social.*—II. *Capitalismo y Derecho civil.* 1. Noción jurídica del capitalismo. 2. Su influencia en el Derecho civil y manifestaciones principales: A) Derechos de la personalidad: a) Personas físicas; b) Personas jurídicas. B) Derechos reales. C) Derecho de obligaciones y contratos. D) Derechos de familia y sucesión.—III. *Soluciones.* 1. Economía dirigida: A) Lo administrativo y lo económico: abusos de la Administración. B) Supuestas jurisdicciones artificiosas. 2. Configuración de la Empresa: A) Concepciones falsas o parciales: a) La Empresa en el llamado Derecho fiscal. b) La Empresa en el Derecho del trabajo. B) Configuración civil de la Empresa. C) Soluciones de carácter social.—IV. *El espíritu capitalista dominante y su influencia en el Derecho.* A) Atmósfera o clima moral del momento. B) Solución única: Orden social nuevo.

En un trabajo recientemente publicado (1), dedicado a poner de relieve las influencias decisivas del Derecho privado en la estructura del Estado, estudiábamos la inactualidad total de nuestra Ley fundamental en materia de Derecho privado —el Código civil— de fuerte inspiración individualista, incompatible con el espíritu socializador de nuestros textos fundamentales programáticos, así como los obstáculos principales que ofrece el capitalismo a través de los poderes misteriosos de las grandes Sociedades Anónimas y la Banca, para llevar a cabo la imprescindible concordancia entre nuestras Leyes fundamentales en materia de Derecho privado y la realidad de esas medidas revolucionarias que presiden nuestros textos programáticos.

En el presente trabajo vamos a insistir, con nuevos argumentos a la par que ofrecemos nuevas perspectivas, sobre ese capitalismo desorbitado al que sólo el valor permanente de las normas del Derecho civil creo yo que es capaz de frenar, no sin antes comenzar por exponer mi creencia de que *lo fundamental en materia de estructuración del régimen es lo social, y lo secundario la forma o formas políticas que el mismo adopte*. A la inmensa mayoría de los españoles y de los ciudadanos de todo el mundo les importa menos el que el Estado adopte la forma monárquica, republicana, presidencialista, etc., se federe o confedere, que permanezca ajeno a ese movimiento socializador que impera, de modo inexorable, en todos los pueblos de la tierra. Lo primero obedece a circunstancias de tipo afectivo o histórico, como sucede con el mismo Estado, que es «sólo una manifestación histórica» de la forma política (2). La Iglesia también lo ha puesto reiteradamente de relieve al permitir, por ejemplo, la controversia «sobre cosas meramente políticas, sobre la mejor clase de Gobierno, sobre tal o cual forma de constituir los Estados, de esto podrá haber una honesta diversidad» (LEÓN XIII) (3). Lo segundo es un factor necesario e imprescindible para la subsistencia de los pueblos, hasta el punto de que si no es tenido en cuenta por los gobernantes, a medida que

(1) *La estructura del Estado y el Derecho privado*, en «Revista General de Legislación y Jurisprudencia», abril de 1950, págs. 426-474, y en edición separada: Instituto Editorial Reus. Madrid, 1956.

(2) Cfr. LEGAZ LACAMBRA: «Notas para una teoría de la obligación política», en «Revista de Estudios Políticos», núm. 85, Madrid, enero-febrero de 1956, pág. 56.

(3) Cfr. LEÓN XIII: Inmort., 59. Texto tomado del libro de TORRES CALVO (Angel): *Diccionario de textos sociales pontificios*. Prólogo del Padre Manuel MARINA, S. J. Madrid, 1956, págs. 567 y sig.

las circunstancias se lo exigen, acaban por imponerse violentamente a través de las grandes revoluciones sociales. El Derecho no es creado por las fuerzas políticas y sí lo es por las fuerzas sociales (4), hasta el extremo de que René SAVATIER (5) habla de la proletarianización del Derecho civil, bien como Derecho de clase (6) o estudiando comparativamente las concepciones burguesas y las proletarias en relación con el Derecho civil.

Todo esto me hace pensar—en mi deseo de servir como profesor universitario a quienes están llamados a regir los destinos de nuestra Patria, como ya puse de relieve (7)—en si sería preferible anteponer todo lo relativo a la verdadera estructura social de nuestro régimen a lo concerniente a su estructura política, salvo que se simultanee la tarea que sería, a mi juicio, la solución más acertada.

I

Si nuestro régimen político parte de cuatro concepciones fundamentales—el hombre como portador de valores eternos, la familia como «célula primaria natural y fundamento de la sociedad» (Declaración XII, 3 del Fuero del Trabajo), el Sindicato como instrumento por el que «el Estado cuidará de conocer si las condiciones económicas y de todo orden en que se realiza el trabajo son las que en justicia corresponden al trabajador» (Declaración III, 5) y la Empresa «como unidad productora que ordenará los elementos que la integran en una jerarquía que subordine los de orden instrumental a los de categoría humana y todos ellos al bien común (Declaración VIII, 2)—que constituyen objetos perfectamente delimitados en el campo del Derecho civil, fácilmente se comprenderá el valor representado por sus normas en la estructuración del régimen político por ser la clave de todo orden político y social; no solamente por abar-

(4) Cfr. RIPERT (Georges): *Les forces créatrices du Droit*. París, 1955, página 71 y sigs. ...

(5) *Les métamorphoses économiques et sociales du Droit civil d'aujourd'hui*. Deuxième édition. París, 1952, pág. 286 y sigs. ...

(6) Cfr. RIPERT (Georges): *Le Régime Démocratique et le Droit civil moderne*. Deuxième édition. París, 1948, pág. 401 y sigs. ...

(7) Cfr. mi trabajo citado en la nota 1, pág. 47 y sigte., de la edición separada.

car todos los ciclos de la vida del hombre en sus relaciones para consigo mismo y con los demás, sino porque, históricamente, es la única materia jurídica que pervive contra todos los avatares, dando carácter de permanencia a todos los sistemas. Y en toda revolución es preciso contar con lo más permanente, que son las generaciones. Y estas generaciones, formadas por hombres y familias, son las que han hecho que subsistan, aun hoy día, los viejos órdenes romano, germánico y napoleónico en cuanto a su Derecho civil, muchas de cuyas normas, a pesar del tiempo transcurrido, siguen perviviendo en los ordenamientos jurídicos de nuestros días, mientras que de la Administración, la Hacienda y las formas políticas desenhuetas a lo largo de la historia jurídica, no se acuerda nadie más que la arqueología y la investigación (8). El Derecho civil comprende y abarca toda la vida íntima de la nación, y al reflejar en sus reglas todo lo relativo al «estado de la persona, de la familia, de sus agrupaciones y fundaciones, de sus tratos y contratos a la luz directriz del Derecho natural, debe estar sólidamente unido a lo más hondo de la consciencia nacional» (9). El profesor PÉREZ SERRANO —maestro indiscutible en todas las ramas del Derecho, pero Catedrático de Derecho político—ha dicho contundentemente que «el Derecho civil forma la médula del complejo jurídico en un país que se condensa, y sus instituciones tienen repercusión inmensa incluso en lo político, si no es que representan una consecuencia de los principios rectores que en éste prevalecen» (10). El Derecho civil, en definitiva, con su permanencia, es el camino verdadero en la busca de aquel entronque «con la España exacta, difícil y eterna que esconde la vena de la verdadera tradición española» (11). Con razón ha escrito el profesor Álvaro D'ORS (12) que «no hay que olvidar

(8) Cfr. mi trabajo citado, pág. 52.

(9) Cfr. DE CASTRO (Federico): *Derecho civil de España*. Parte General, t. I, 2.^a ed. Madrid, 1949, pág. 116.

(10) *El Derecho civil y los ricos*. Conferencia pronunciada en Valencia el día 30 de mayo de 1950 y editada por el Ilustre Colegio de Abogados de Valencia, s. f., pág. 6.

(11) Cfr. la opinión de JOSÉ ANTONIO PRIMO DE RIVERA: *Discurso sobre la Revolución española*. En Obras completas, Publicaciones Españolas, Madrid, 1952, pág. 565, con DE CASTRO: *Anuario de Derecho civil*, tomo I, fascículo 1, pág. 7, y JORDANO BAREA: *Novos rumos do direito civil*. Separata da «Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa». Lisboa, 1950, pág. 9 y sigs.

(12) *Discurso inaugural leído en la solemne apertura del curso académico 1955-1956*. Compostela, 1955, pág. 9 y sigs.

que, si el Derecho romano fué, en primer lugar, el Derecho que creó y vivió el pueblo de la antigua Roma a lo largo de los trece siglos de su historia, para la cultura europea y universal, no es tanto esta historia de Roma lo más decisivo, sino el hecho de que unos seis siglos después de desaparecer el Imperio romano la Universidad de Bolonia, seguida de otras, se consagró al estudio de los antiguos libros jurídicos romanos, en la forma recopilada en el siglo VI por el emperador de Bizancio, Justiniano. Este «Cuerpo de Derecho» fué así, durante siglos, la obra maestra que formó a los juristas europeos y un cuerpo de leyes aplicable a los juicios. En este sentido, el Derecho romano vino a constituir uno de los fundamentos imperecederos de la cultura europea. La práctica jurídica de Alemania vivió de esas normas romanas hasta hace poco más de medio siglo, y aun hoy, y en la misma España, concretamente en Cataluña y Navarra, aquel Derecho que fué el Derecho romano común a toda Europa sigue siendo Derecho vigente, aunque con valor supletorio.

Todo lo cual hace que, en más de una ocasión, nos haya dejado perplejos el hecho de que, en conversaciones o escritos de algunos de nuestros juristas profesionales, hayamos oído o leído conceptos tan extraños como los que trataban de relegar el Derecho romano o el Derecho civil al papel de viejas momias postergadas por esas ramas nuevas del Derecho que, sin carácter de permanencia—como veremos en el transcurso del tiempo—, surgen al amparo de esa «acelerada» marcha de la legislación—fenómeno común a todos los pueblos—y que, como escribe el profesor Alvaro D'ORS (13), en ese caos moderno de la legislación motorizada, como han dicho algunos, o de elefantiasis legislativa, en frase de otros, el jurista había perdido totalmente su dignidad; se había reducido, no diremos ya al papel de un mero exégeta, sino al de un agente miserable e infortunado agorero de un legislador desbocado. Oprimido por la tiranía legislativa, el jurista se refugiaba, como decía con sal un colega de la Universidad madrileña, en el alivio de la inobservancia. Hasta tal punto la planificación política llega a asfixiar a la prudencia jurídica. Estas—como otras críticas centradas en torno a nuestra posición crítica sobre los nuevos rumbos del Derecho o la legislación, dicién-

(13) *Los romanistas ante la actual crisis de la Ley*, Ateneo. Madrid. 1952, pág. 13.

donos que tratamos sólo cuestiones nuevas sin darse cuenta que lo que ellos consideran nuevo es tan viejo como los verdaderos conceptos jurídicos que dan temperamento de jurista y no de leguleyo o pica-pleitos—són fruto de una falta de formación jurídica elemental, de la que hay que culpar—como también ha puesto brillantemente de relieve Álvaro D'ORS (14)—a «nuestro funesto régimen de oposiciones memorísticas, utilizando para la selección de los especialistas a los que la sociedad confía la conducción de su propia vida jurídica, al verse perfectamente servido por aquella modesta literatura isagógica, ha contribuido también a la esterilización de nuestra actual jurisprudencia. Se ha creado así un como dogmatismo de manual, con lo que se agrava en vez de aliviarse el dogmatismo del positivismo de código. Cuatro gotas, aquí y allá, de Derecho natural escolástico, que no penetran para nada en la trama misma de las instituciones vigentes, sino que son más bien piezas cútelaes y decorativas, no sirven, claro está, para disipar el servilismo positivista de esas exposiciones sistemáticas sin enjundia. De esta suerte, la abstracción sistemática se ha convertido en la más fiel y eficaz aliada del más crudo y embotado positivismo.

Es hora ya de que nuestros juristas, sobre todo los más jóvenes, sepan reaccionar contra esa comodona dejadez de seguir considerando que todo el saber jurídico se concentra y reduce a las nociones de un sistema esquemáticamente expuesto y rutinariamente ingerido en la memoria. Es hora ya de que los juristas, conscientes de su misión creadora, de que son ellos y no el legislador los llamados en primer término a enderezar por el mejor camino la vida jurídica de la sociedad a que pertenecen, a servir de guías, sepan actuar con una plena libertad de su oficio y una libre plenitud de su saber jurídico; percatados de que el progreso del orden jurídico no debe proceder por la vía de una arrolladora e imprudentísima legislación, sino por obra de sus ajustados pareceres de prudencia aplicados a los casos concretos de la práctica cotidiana; percatados de que la realización de lo justo está siempre en lo concreto, y en lo concreto está el campo de su saber creador.

Sería lamentable que nuestras Universidades, empeñadas en una enseñanza puramente sistemática y elemental, dejaran de cumplir ese movimiento liberador que los tiempos reclaman, por creer erró-

(14) Discurso citado en la nota 12, pág. 26 y sigs.

riamente que la misma índole del magisterio universitario repugna toda enseñanza que no sea puramente teórica y sistemática. Pero esto no debe, en modo alguno, confundirse con la pretensión de algunos de que nuestras Facultades de Derecho deben preparar para las profesiones jurídicas. Frente a este error, que empieza a ser demasiado frecuente, podemos contestar con la más rotunda negativa. Porque si las Universidades se propusieran ese mísero fin, sobre todo en el actual régimen de provisión de las profesiones jurídicas oficiales, las Facultades de Jurisprudencia se convertirían en el más ruin monopolio para la repetición de temas de oposición. No; nuestra misión cultural no puede nunca ser ésa. Nuestra misión consiste en procurar una educación de nuestros juristas, a fin de que lleguen a ser verdaderos sabedores de Derecho, hombres de autoridad moral y social, sin más miramientos por el destino que las necesidades vitales les hagan seguir tras la licencia. Porque la Universidad tiene su dignidad. Es cierto que debe servir a la sociedad, pero no debe servir a lo que la sociedad, arrastrada por una visión mezquina de sus intereses, puede pedir; sino a lo que la sociedad realmente necesita; el servicio de la Universidad es el servicio del que ve más allá, un servicio directivo de la sociedad, y en el convencimiento de esta su misión radica la más firme garantía de su misma efectividad».

Hemos traído las brillantes y enérgicas consideraciones del profesor Alvaro D'ORS—además de que merecen ser más divulgadas que lo que un discurso de apertura en una Universidad de provincias desgraciadamente representa—por su oportunidad en una época como la presente, en que nuestra Patria se ve asaltada por un fárrago de legislación no siempre responsablemente construida, sobre todo si se tiene en cuenta que cualquier funcionario se considera lamentablemente con condiciones para redactar preceptos legales, llevando al texto normativo las directrices que le marca el Gobierno de la nación, olvidando que aquella augusta misión debe de quedar reservada a los profesores universitarios, no por un prurito de estúpida superioridad, que estamos muy lejos de sentir, sino porque, lógicamente, somos los obligados a manejar la sistemática en condiciones superiores a los demás funcionarios, ya que no en balde se nos exige una serie de pruebas metodológicas que a los demás sectores jurídicos no se les exigen, además de estar obligados a mantenerlas

y cultivarlas a diario con la sanción, siempre perenne, de los estudiantes encargados de sancionarlas diariamente.

II

Como escribe Georges RIPERT (15), «cuando un jurista fija su atención en el capitalismo, su competencia no alcanza ni al valor de este régimen para la producción o distribución de riquezas, ni tampoco a la suma de virtudes o de males que el capitalismo crea para la sociedad. La contribución que el jurista puede aportar es la de explicar las instituciones y reglas a través de las cuales este régimen se ha instaurado y mantenido o las nuevas instituciones que socavan ya su aparente solidez». Nosotros, como juristas, nos vamos a fijar particularmente en la considerable contradicción existente entre las normas programáticas del régimen político español, que proclama que «el capital es un instrumento de la producción» (Fuero del Trabajo; VIII, 1), y a la realidad social que nos muestra inmediatamente, en una elemental y primaria contemplación, que la vida española sigue desenvolviéndose—nos atrevemos a afirmar que cada día con más provecho—en pleno régimen capitalista. Los economistas tampoco pueden desentenderse de las reglas de Derecho civil. «Las reglas jurídicas—escribe PIROU (16)—forman el primer elemento del cuadro de la vida económica. No se podría estudiar la producción y la distribución de las riquezas y detenerse en la frontera de las tierras vedadas: la ley y el contrato». «El Derecho—escribe BAUDIN (17)—es una cristalización de la Economía».

1. Para el jurista no debe de representar ninguna preocupación. «La idea de capital—escribe TRUCHY (18)—es una de las más confusas que existen». Unos definen el capitalismo con arreglo a la noción técnica de capital, y otros, por el papel preponderante del capital en la producción. Cada economista se siente en la obligación

(15) *Aspectos jurídicos del capitalismo moderno*. Versión española de Quero Morales (José). Buenos Aires, 1950, pág. 2.

(16) *Traité d'économie politique*. Introduction. París, 1939, pág. 292.

(17) *Précis d'économie politique*. París, 1943, pág. 29.

(18) *Cours d'économie politique*, 4.^a édition. París, 1936, pág. 160.

de precisar el sentido de la palabra antes de emplearla. Nada de esto ayuda a la claridad de la discusión. Más fácilmente se llega a un acuerdo sobre la definición del régimen capitalista como la absorción o el predominio por el capital—como elemento de la producción—de los otros dos: trabajo y técnica.

Este régimen es condenable, desde el punto de vista de nuestra posición de juristas católicos, porque—como dice la Encíclica *Quadragesimo Anno*—«primeramente salta a la vista que en nuestros tiempos no hay sólo la concentración de la riqueza, sino la acumulación de un inmenso poder y de una despótica dominación económica en manos de muy pocos. Muchas veces no son éstos ni dueños siquiera, sino sólo depositarios y administradores del capital, que rigen a su voluntad y arbitrio. Esta dominación ejercen, en grado máximo, aquellos que, teniendo en sus manos el dinero y amos de él, disponen los créditos y manipulan los préstamos; y así administran, diríamos, la sangre de la cual vive toda la Economía y tienen en su mano, por decirlo así, el alma de la vida económica, de suerte que nadie podría respirar contra su voluntad. Esta acumulación de poder y de recursos, carácter como nativo de la Economía modernísima, es el fruto que naturalmente produjo la ilimitada libertad de concurrencia, que sólo dejó supervivientes a los más poderosos, que a menudo es lo mismo que decir los más violentos en la lucha, los menos cuidadosos de su conciencia» (19). Para el capitalismo, «está la Patria, allí donde está el bien», según Pío XI (20).

2. Si tenemos en cuenta la inspiración francesa, a través de los Códigos napoleónicos, de nuestras Leyes fundamentales en materia civil y mercantil, podemos decir—con Georges RIPERT (21)—que el capitalismo necesita *un conjunto de instituciones y de reglas* que permitan reunir y emplear los capitales, que aseguren a su posesión la preponderancia en la vida económica e incluso en la política, y que den a la producción y a la distribución el primer lugar en el espíritu de los hombres.

El capitalismo se llamó *liberal* porque había nacido bajo el signo de la libertad y porque creía útil para él vivir en su seno. Pero si

(19) Párrafo 48.

(20) *Quadragesimo Anno*, párrafo 49.

(21) *Aspectos jurídicos...* ya cit., pág. 13 y sigs.

hubiera tenido que contentarse con el Derecho común, no hubiese podido desarrollarse. La libertad no le bastaba.

El Derecho común que está inscrito en el Código civil francés de 1804 es, efectivamente, el Derecho de la sociedad moderna nacida de la Revolución, pero es también el Derecho de la explotación rural del siglo XVIII. Los redactores del Código apenas si prestaron atención a la industria que nacía. El objeto de su preocupación es la propiedad de la tierra, libre de la directa señorial. Los contratos para los cuales da reglas son los contratos que el antiguo Derecho francés ha heredado de Roma: la venta y el arrendamiento se refieren a los inmuebles, la sociedad se presenta en una forma antigua, el arrendamiento del trabajo industrial se asimila al del trabajo doméstico. Para cuanto concierne a la vida de los negocios, el Código remite a los usos de comercio.

Eran tan insuficientes las disposiciones del Código civil, que cuatro años más tarde, y sin dejarse imponer por el gran principio de la igualdad ante la Ley, se hizo un Código para los comerciantes, aunque no se osó decir que se restablecía un Derecho profesional. Ahora bien, este nuevo Código no era más que una copia de las dos grandes Ordenanzas de Luis XIV sobre el comercio terrestre y marítimo. Sus redactores no parecen tener en cuenta la industria que nace. Las empresas manufactureras y las de transportes se encuentran designadas junto a otras, sin que nada indique su particular importancia. Sólo en un punto se percibe el efecto del nacimiento del capitalismo: el derecho de las Sociedades mercantiles está detallado de una manera feliz; la Sociedad por acciones es reconocida por la Ley, y si la Anónima está sometida a autorización, la libertad de constitución se reconoce a las Comanditas por acciones. Hay que señalar esta conquista del capitalismo, que tuvo una gran importancia. Pero en todo lo demás, el legislador da a las actividades nuevas formas jurídicas antiguas.

Es en estas formas donde se desliza el capitalismo. Conserva los nombres y las apariencias. Pero le basta con introducirse en ellas para cambiar profundamente su sentido. El vocabulario y la técnica jurídica nos ocultan la realidad. En efecto, ¿qué hay de común entre el contrato de sociedad concluido entre dos comerciantes unidos por un lazo de fraternidad y la fundación de una Sociedad con miles de accionistas; entre el préstamo amistoso consignado en un documento escrito y la apertura de un crédito consentido por una

Banca ; entre la propiedad de una finca rústica y la de un establecimiento mercantil ; entre el contrato de transporte discutido con el porteador y la expedición de mercancías por ferrocarril, y entre el arrendamiento de los servicios de un doméstico y el contrato de trabajo de los obreros de una Empresa?

El capitalismo puede decir que no pide nada, que solamente necesita libertad y puede repetir : dejad hacer ; pero no hubiera podido hacer nada si el legislador no le hubiese dado o permitido tomar los medios propios a la concentración y explotación de los capitales. El Derecho común no le bastaba. El capitalismo ha creado su Derecho.

Estas consideraciones de RIVERT son aplicables por entero al Derecho español del Código civil. Recientemente hemos llamado la atención sobre el espíritu capitalista de nuestro vigente Código civil (22), basándonos en argumentos que nos creemos relevados de repetir. El fenómeno sobre el que hoy queremos llamar la atención reviste consecuencias mucho más graves, que se traducen en demostrar cómo al capitalismo, en los momentos actuales, no le ha bastado con este espíritu de nuestras viejas leyes, sino que en su afán de desenfrenada codicia ha arbitrado medios para burlarlas a través de las Sociedades Anónimas y de los Bancos, como vamos a estudiar seguidamente, siguiendo la sistemática del propio Código.

A) Ya hemos indicado anteriormente que una de las causas más graves que se derivan del estudio de las cuestiones que presenta el capitalismo en relación con el Derecho civil, es la que supone la anulación de la personalidad, que queda subordinada, en muchos casos, a la fuerza arrolladora del capital, representado por trozos de papel en las acciones y obligaciones de las grandes Sociedades Anónimas, dando lugar, en orden a la esfera de lo que en Derecho civil se viene agrupando bajo el tratado de los derechos de las personas físicas y jurídicas, a las siguientes anomalías :

a) En cuanto a las personas físicas, al poder quedar reducidos los bienes a títulos nominativos e incluso al portador, cae por tierra toda la distinción entre capacidad de derecho y capacidad de obrar, burlándose todas las normas protectoras de los intereses de los menores, incapaces, etc., cuando se trate de enajenar bienes de alguno de ellos sometidos a tutela, y estos bienes sean acciones u obliga-

(22) En el trabajo citado en la nota 1, pág. 13 y sigs.

ciones de Sociedades o se trate de disponer, por cheque al portador, de dinero depositado en cuentas corrientes bancarias.

Ya sabemos que cabe la posibilidad de restringir esta última disponibilidad acudiendo a otros medios, como son la apertura de cuenta corriente sometida a la doble firma del interesado, del tutor, protutor o persona designada por el consejo de familia, pero ello no es obstáculo para que estas garantías hayan disminuído notablemente, ya que la práctica así nos lo demuestra, como también la facilidad para enajenar en Bolsa los títulos-valores, con lo que toda la teoría de las restricciones a la capacidad jurídica de los artículos 32 y concordantes del Código civil puede ser burlada.

Lo mismo sucede con las llamadas prohibiciones especiales de los artículos: 275, relativas al tutor; 1.458 y 1.459, respecto a las prohibiciones de celebrar el contrato de compraventa; 1.334, respecto a las donaciones entre cónyuges, y 1.667, respecto a las de constituir sociedades universales entre determinadas personas.

b) En cuanto a las personas jurídicas, al contemplar los efectos de las Sociedades Anónimas, resulta imposible el concebir ya jurídicamente la personalidad de estas Sociedades, sea cualquiera la dirección doctrinal que adoptemos, pues más que reuniones de personas para conseguir fines que resultaría imposible el alcanzar por sí solas, han quedado reducidas a meras máquinas de capitales en las que el elemento personal ha quedado anulado casi en su totalidad por el capital. Con razón ha escrito RIPERT (23) que para el jurista se trata de un contrato muy antiguo. Pero, durante mucho tiempo, las Sociedades están formadas por dos o más comerciantes que se unen porque se conocen, marcan su acuerdo con el *jus fraternitatis*, obran en nombre colectivo y se presentan ante los terceros ligados por el lazo de la solidaridad y ofreciendo en garantía todos sus bienes. Cuando tienen comanditarios no dejan por eso de ser los dueños de la Empresa, y la Ley prohíbe a los que prestan fondos el inmiscuirse en la gestión. Una Sociedad tal tiene personalidad moral, pero su reconocimiento no es más que un procedimiento técnico destinado a asegurar la separación de los patrimonios. Los asociados obran personalmente y tienen la condición de comerciantes.

Durante centenares de años no se ha conocido otro sistema. Hay

(23) *Aspectos jurídicos...* ya cit., pág. 52 y sigs.

que llegar a la era moderna para encontrar unas Sociedades que se dedican al comercio, sin que ninguna persona física responda con sus propios bienes de las obligaciones sociales. ¡Un comercio sin comerciante! La razón no sabría concebirlo. Es necesario que los bienes de la Sociedad pertenezcan a alguien, que las relaciones jurídicas se establezcan en provecho de alguien y contra alguien. Entonces se imagina que la Sociedad misma es un ser vivo; una *persona ficticia*, se decía en otras épocas; una *persona moral*, se dice hoy, pues se ha juzgado difícil considerar como ficticia una personalidad que se manifiesta con tal fuerza.

Ya los antiguos autores de Derecho mercantil habían tenido la idea de que en el contrato de sociedad se desprende un *corpus mysticum* de la voluntad común de los asociados. Pero esta idea era muy vaga. Veían flotar este cuerpo místico por encima del contrato, como una especie de ectoplasma salido de la personalidad de los asociados. El espíritu ha tomado cuerpo. La persona moral tiene vida y actúa. Ha sido creada por los asociados, pero la criatura es más fuerte que el creador.

Los hombres han poblado el mundo de nuevos seres que no se incluyen en los censos de población y que, sin embargo, tienen tanta vida como las personas físicas. Conocemos a estos seres por su nombre y admiramos su poder. En una ciudad industrial, en un distrito de una gran ciudad, la Sociedad, o siguiendo una expresión más corriente, la Compañía, dirige la actividad de todos los hombres que viven de ella o para ella. Semejante a un señor feudal de antaño, la sociedad mercantil domina y protege.

Las grandes Sociedades aparecerían como tiranos insoportables si pretendiesen dictar nuestros pensamientos u ordenar nuestros actos. Pero como han sido creadas para prestarnos servicio, desempeñan el papel de gigantes bienhechores. No evitan, es cierto, que se declame contra su poder excesivo. Pero incluso aquél que presta oídos con complacencia a la crítica no podría prescindir de los productos de la sociedad mercantil, que declara querer suprimir. Los hombres no están dispuestos a sublevarse contra unos seres que no pretenden en nada mezclarse en su vida familiar o política y que ofrecen únicamente producir, transportar y vender. Incluso no les consideran como competidores, ya que no pueden tener la pretensión de ejecutar por sus solas fuerzas lo que hacen las Sociedades

mercantiles. A veces estos gigantes luchan entre sí; los particulares no intervienen en estos combates.

Además, sería singular que los hombres renegaran de su obra. Las Sociedades por acciones nacen de su voluntad. No hay creación arbitraria por parte de un legislador ingenioso. El instrumento jurídico ha sido construido lentamente y perfeccionado con habilidad. No se ha empleado, desde el nacimiento de la gran industria, por casualidad algunas explotaciones necesitan una acumulación tal de capitales, que era indispensable crear la forma jurídica que permitiese reunirlos. Si se hubiera querido prescindir de la Sociedad Anónima, se hubiese tenido que prescindir también de los altos hornos, de la máquina de vapor y de la fuerza hidroeléctrica. Cuando se le ha pedido el medio de reunir los capitales necesarios para la creación y la vida de las grandes empresas, ha ofrecido la Sociedad por acciones.

No queremos tampoco insistir en los graves peligros que supone la Sociedad Anónima para la permanencia de esos conceptos civiles a que ya hemos hecho referencia anteriormente (24). La confusión puede ser tan grande, que, incluso el ilustre ex Decano de la Facultad de Derecho de París ha llegado a decir que «el jurista es un servidor de la economía» (25), olvidando momentáneamente que, como dice el profesor Federico DE CASTRO (26), se trata de una afirmación incierta como hecho, incompatible con el concepto mismo y la misión verdadera del jurista, que es un servidor de la Justicia Social.

B) Yo no sé hasta qué punto la propiedad de la tierra lleva el mismo camino hacia su conversión en títulos negociables en Bolsa. Lo que sí puedo asegurar es que, en varias ocasiones en que he escuchado conversaciones acerca de la puesta en regadío de tierras de secano, las ofertas de las Sociedades Anónimas no han faltado, y siempre bajo la condición de desvincular de su porción de tierra a los propietarios partícipes y convertirlos en rentistas de la Sociedad Anónima explotadora.

Del concepto individualista que del derecho de propiedad tiene

(24) Loc. cit.

(25) Loc. cit.

(26) *¿Crisis de la Sociedad Anónima? Reflexiones sobre la proyectada reforma legislativa*. Instituto de Estudios Políticos. Madrid, 1950 (edición separada del número 49 de la «Revista de Estudios Políticos»), pág. 56.

el vigente Código civil nos hemos ocupado recientemente (27), pero al menos respeta la vinculación del hombre a las cosas de su pertenencia. El capitalismo, en cambio, a través del fenómeno apuntado, aparta la realidad social actual todavía más de aquel concepto que formulara el Fuero del Trabajo, que cuando se ocupa de ella desaparecen los términos solemnes y solamente se la reconoce como medio natural para el cumplimiento de las funciones individuales, familiares y sociales, y que—como dice el profesor SERRANO (Ignacio) (28)—«calladamente se recoge aquí toda la doctrina escolástica acerca de la propiedad, porque para el Fuero la propiedad no está dotada de derecho inalienable y anterior a toda ley positiva, lo cual quiere sencillamente decir que en tanto la familia es de Derecho natural, la propiedad no lo es. Además no se hace de la propiedad un fin en sí misma, sino un medio para el cumplimiento de ciertos fines, ratificándose de esta manera la finalidad perseguida en la creación de las criaturas, que no es otro que atender a la conservación y perfección del hombre... Y otra de las notas que aporta el Fuero del Trabajo a la propiedad es el aparecer constantemente ligada al concepto de familia, hasta el punto que las otras funciones individuales y sociales palidecen ante las familiares».

«Ya se habla de éstas en la declaración general, pero la íntima unión de los dos conceptos se nos muestra en el Fuero al hablar del huerto familiar, del hogar familiar y del patrimonio familiar inembargable» (29).

La constante multiplicación de Sociedades Anónimas que tienen por objeto la explotación de las propiedades rústicas y urbanas es síntoma indudable de que la legislación fundamental del régimen marcha en contradicción permanente con la realidad social, y que, lejos de favorecerse el desarrollo de aquel postulado del Fuero del Trabajo que dice que «se tenderá a dotar a cada familia campesina de una pequeña parcela—el huerto familiar—que le sirva para atender a sus necesidades elementales y ocupar su actividad en los días de paro», lo que se logrará, a la larga, si no se corta esta desenfrenada carrera, será el que la propiedad se concentre en manos de las

(27) En mi trabajo citado en la nota 1 y en la bibliografía citada en la nota 5, pág. 5, de la edición separada.

(28) *El Fuero del Trabajo. Doctrina y comentario*. Valladolid, 1939, página 34.

(29) *Idem*, pág. 236.

grandes Sociedades, en lugar de aquella multiplicación de propietarios que el Estado está comprometido a realizar, haciendo asequible a todos los españoles las formas de propiedad ligadas vitalmente a la persona humana.

El sentido individualista de la propiedad, del Código civil, se aproxima más—triste es confesarlo—a esta vinculación familiar, que no este otro que apuntamos que puede llegar a la concentración de la propiedad en las manos de grandes Sociedades, cuyos accionistas pasarán a la triste condición de rentistas, desvinculando la propiedad no sólo de la familia sino hasta del trabajo.

C) El contrato cumple preponderantemente una función económica. Es la institución jurídica que pone en relación la riqueza, estableciendo un nexo entre patrimonios e intereses. Realiza en esencia la idea de alteridad connatural entre Derecho y Justicia. Existe buscando una constante trabazón entre la colectividad. Es el elemento dinámico de las relaciones jurídicas frente a la propiedad, que es el estático.

El siglo XIX es el de la hegemonía del contrato en todos los órdenes: económico, político y jurídico. En el económico aparece como exponente del libre cambio; en el político, como base de la libertad individual, y en el jurídico, como proyección y trasunto en la esfera económica de realidades económicas y políticas.

Descansaba el contrato en dos pilares: 1.º Principio de la autonomía de la voluntad, libertad contractual por la cual pueden las partes contratar aquellos efectos que deseen; 2.º Fuerza obligatoria del contrato, que es, en cierto modo, el contrapunto de la autonomía.

Según el profesor ROYO MARTÍNEZ (30), se pueden señalar las siguientes características:

1.º El contrato establece una relación entre las partes, aislada del ordenamiento jurídico positivo. Es decir, crea por sí un ordenamiento jurídico. El Derecho objetivo tiene, frente a este ordenamiento creado por los contratantes, un carácter supletorio: a), cooperando a llenar las lagunas en el contrato; b), o contribuyendo conjun-

(30) *La transformación del concepto del contrato en el Derecho moderno. (La nueva concepción de la revisibilidad del contrato)*, en «Revista General de Legislación y Jurisprudencia», febrero de 1945, tomo 177, volumen 2.º, págs. 113-169.

tamente, con las declaraciones de voluntad, a producir los efectos jurídicos.

2.^a Hay una delimitación negativa del contenido contractual por parte del ordenamiento jurídico positivo. Delimitación que, más que negativa, es moral, ya que, según el art. 1.255, los contratantes pueden establecer los pactos que tengan por conveniente siempre que no sean contrarios a la moral, a la Ley o al orden público.

3.^a Una tercera característica, base de todas las demás, es la preponderancia de la hegemonía de la voluntad. Pero en un contrato lo esencial es no la voluntad que se ha manifestado, es decir, la que aparece escrita en el documento que se otorgue, sino la voluntad que las partes han querido manifestar. Por ello se trata de llegar a conocer la voluntad interna o psicológica de los contratantes.

4.^a El contrato vale o no como un todo. Es decir, el contrato existe o no existe. O el contrato vale como un todo, o no existe por haber una imperfección en la declaración de voluntad, que por afectar a todo el contrato, hace que éste se derrumbe totalmente.

5.^a Espiritualidad en la forma frente al formalismo del Derecho romano.

6.^a Después de la celebración del contrato, la voluntad queda cristalizada. Si por cualquier causa no quiere cumplirse lo acordado, es forzosamente necesario que se efectúe una novación.

7.^a El contrato es exponente de intereses contrapuestos; tratando los contratantes de por sí, hace resaltar su interés casi con un carácter económico.

En nuestra época se ha producido una crisis del contrato, de su función económica, política y jurídica. Es la institución jurídica que más se ha resentido. Como causas de esta crisis podemos señalar: factores de naturaleza permanente—surgidos con carácter circunstancial merced a una contingencia histórica, pero que permanecen—y factores de naturaleza circunstancial:

Entre los primeros se distinguen: 1.º La propia situación creada por el régimen anterior, que origina el que haya dos grupos enfrentados. Un grupo que está en condiciones de imponer su voluntad; el otro es el de aquéllos que han de someterse a las condiciones contractuales establecidas por las capas sociales superiores. Se produce en estas circunstancias una tendencia de los segundos a agruparse

para luchar contra el capitalismo. Surge la lucha, que no puede ser soslayada por el Estado, y ha de modificarse el sistema contractual. 2.º Exigencia de la Justicia social. Es decir, que se cumpla la Justicia, que siempre ha sido el postulado esencial del Derecho. Este ideal se ha dado en todas las épocas, pero en la actualidad—por razones que son obvias—existe una marcada tendencia hacia la Justicia social, que se manifiesta lo mismo en Encíclicas pontificias que en postulados de todos los regímenes políticos, llegándose incluso a buscar, por medio de la Justicia social, intereses unitarios sobre el Derecho privado.

Entre los de naturaleza circunstancial cabe señalar: 1.º La guerra de 1914-1918 y todos los conflictos bélicos que con ella puedan relacionarse, especialmente la última guerra mundial, han constituido una de las causas principales de esta crisis del contrato. No sólo como hechos materiales, sino también por su gran significación económica y política, ya que contratos concertados pensando en circunstancias normales, tenían que desenvolverse en otras anormales, siendo imposible imponer el cumplimiento de esos contratos. 2.º Con las guerras se produjeron situaciones económicas distintas, ante las cuales no podía permanecer el Estado en situación de indiferencia, sino que era necesaria su intervención en una economía que se encontraba arruinada, repercutiendo esta intervención en el orden contractual. 3.º Algunos regímenes políticos, que entre sus causas de origen figuró la guerra de 1914-18, en particular el fascismo italiano y el nacionalsocialismo alemán, llegaron, mediante la intervención en la vida de las relaciones jurídicas, a la supresión del contrato.

Las actitudes doctrinales sobre el concepto del contrato podemos reducirlas a dos: 1.ª Posición radical, que niega la misma existencia del contrato; teoría que, afortunadamente, no es la dominante. 2.ª Teorías que afirman la necesidad de transformar el concepto y contenido del contrato; admiten que, efectivamente, necesita renovarse el concepto, pero no eliminarse.

A continuación—y siguiendo al profesor ROYO MARTÍNEZ en su magnífico estudio (31)—se pueden señalar los siguientes síntomas de transformación del contrato en el orden doctrinal:

1.º El contrato implica una autonomía de la voluntad, que coopera con el ordenamiento jurídico, tanto natural como positivo y na-

(31) Citado en la nota inmediatamente anterior.

cional. No queremos decir que la autonomía de la voluntad se superponga al ordenamiento jurídico, sino que colabora con él en la determinación de los efectos del contrato. El ordenamiento jurídico no es ya neutro, indiferente, no se desentiende del bien de la Patria y de los individuos dentro de ella, sino que colabora en la mayor medida posible con la voluntad de las partes, teniendo como fin de signo positivo el bien común.

2.º El fundamento vivificador del contrato es doble: el ordenamiento jurídico en cuanto canaliza hacia el bien común la iniciativa privada, que es legítima e imprescindible, y la voluntad privada en cuanto actúa, desenvuelve aquel ordenamiento jurídico.

3.º La voluntad está subordinada al bien común y es libre en cuanto no lo contradiga ni perturbe, y merece protección en cuanto lo fomenta y promueve.

4.º Junto a la noción «voluntad» se refuerza la noción de la «confianza» entre las partes contratantes. De aquí la especial importancia de la buena fe como norma moral que debe envolver las relaciones contractuales.

5.º Otra consecuencia es la de que esa radical antítesis que se establecía entre validez y nulidad del contrato tiende a desaparecer, admitiéndose cada vez más figuras de validez contractual.

6.º La voluntad no muere en la celebración del contrato, ni cristaliza en él, como el último testamento del otorgante tras su muerte. El contrato es un negocio *inter vivos* y en él influyen, durante toda su vigencia, las circunstancias de la vida nacional y la particular de las partes contratantes.

7.º Por último, existe la opinión, muy extendida, de que el contrato no sólo evita la lucha, sino que, principalmente, es el medio más adecuado para fundir las autonomías privadas en espontánea cooperación; la consecuencia del fin de una parte queda en dependencia del fin de la otra, por lo que entre ambos deben de existir desde el momento inicial y ser conservada después una adecuación seria y justa.

En la legislación española y respecto a los síntomas de transformación, podemos afirmar que en nuestro ordenamiento jurídico no se encuentran todavía muestras de una transformación general del contrato, aunque parcialmente sí podemos encontrarlas en dos órdenes de ideas:

1.^a Ciertas leyes que sin ser constitucionales tienen, a mi juicio, valor de tales (Fuero del Trabajo y Fuero de los Españoles). En ellas se parte de presupuestos políticos, económicos y jurídicos que son la antítesis del concepto tradicional del contrato y presuponen, para un futuro que hasta ahora no se vislumbra, una ordenación distinta del mismo.

Aunque mencionan muy pocas veces—tal vez ninguna—el «contrato», es evidente que cada alusión a la propiedad, a la riqueza, a la producción, lleva implícita esta referencia, porque a través del contrato se ejercita el *ius disponendi*, se logran las materias primas, la mano de obra y se distribuye la riqueza.

2.^a Los síntomas de transformación se han producido en determinados sectores de la contratación. Los contratos afectados por esta transformación son: los de trabajo, arrendamientos rústicos y urbanos y los incluidos en aquel sector de la economía que, mediante el sistema de tasas, abastos y controles, privan de que pueda contratarse libremente sobre las materias que se encuentran intervenidas con mayor o menor intensidad.

La realidad social actual nos ofrece el siguiente panorama.

1.^o Es cierto—como escribe el profesor BAYON CHACON (32)—que «si hoy examinamos hasta qué punto se encuentran vigentes los preceptos del Código civil y del Código de Comercio referentes a la libertad contractual, observaremos que, sin modificación esencial en los fundamentos de su vigencia teórica, existe una inmensa disminución de su campo práctico de aplicación. Los contratos siguen siendo modo de engendrar obligaciones, conforme al artículo 1.089 del Código civil; sus pactos siguen teniendo fuerza de ley entre las partes, según el 1.091; la libertad de las partes para establecer en aquéllos los pactos, cláusulas y condiciones que tengan por convenientes sigue en vigor, de acuerdo con el art. 1.255; pero así como cuando entró en vigor el Código civil, la limitación que por referencia a las leyes establecía el citado artículo era de muy escaso contenido en materia de obligaciones, fuera de los preceptos del propio Código, hoy forma un mundo jurídico de gran extensión». A continuación examina el profesor BAYON estas limitaciones en los

(32) La autonomía de la voluntad en el Derecho del trabajo. Limitaciones a la libertad contractual en el Derecho histórico español. Madrid, 1955, pág. 19.

contratos de compraventa, de arrendamiento de fincas y servicios, préstamo y seguro, afirmando de éste último que se ha convertido en un contrato de adhesión, y en cuanto al Seguro Obligatorio, que «acaba con la manifestación fundamental de la autonomía: la libertad de celebración del propio contrato, que sólo puede evitarse desistiendo del ejercicio de la actividad sobre la que ha de recaer el seguro» (33).

Pero junto a ello, nosotros estimamos que las grandes Sociedades de Seguros, a pesar de las loables restricciones impuestas por el Estado, salvo en cuanto se refiere al Seguro Obligatorio, luchan con una notoria superioridad respecto a la otra parte de la relación contractual que, naturalmente suele ser la más débil, imponiéndole, con carácter previo a la estipulación, una serie de condiciones que no tiene más remedio que suscribir el asegurado.

2.º Lo anterior es una manifestación más del capitalismo y de su influencia en la esfera de la contratación, como lo son también la serie de condiciones previas impuestas por las Compañías de transportes en los contratos de esta clase, incluso por Compañías estatales o paraestatales como la RENFE.

3.º Es cierto que el Estado, en el contrato de trabajo, sometido como ningún otro a normas de rigor y con criterio en extremo loable, trata de poner en concordancia, mediante una acertada política de salarios, la realidad del salario con la vida; pero ya se encarga el capitalismo de dominar incluso al propio Estado —haciendo uso de su fuerza arrolladora y, hasta ahora incontinente—, de hacer ineficaces a la larga las subidas de salarios, mediante el aumento de los precios en las materias básicas y alimentos de primera necesidad, lo que indica, indudablemente, el que la parte más fuerte en la contratación laboral se encuentra en condiciones de una superioridad tan grande con respecto a la más débil, que es capaz de vencer incluso al propio Estado. Y si la misión del Estado es coadyudar —como primaria y principal— a la realización de la *Justicia Social*, es preciso, en este aspecto, proclamar su ineficacia, puesto que —con tanta energía apostólica como brillantez escribe el Excmo. y Reverendísimo señor ARZOBISPO DE VALENCIA (34)—, «¿quiénes son en de-

(33) Citado en la nota anterior, pág. 22.

(34) *Salario justo*. «Boletín Oficial del Arzobispado de Valencia» del día 15 de junio de 1953, año LVIII, núm. 2.588, 2.ª época, pág. 213.

talle las personas reos de ese grave pecado contra la caridad, de *ese grave pecado contra la Justicia Social* —lo subrayado lo es por mí, de ese, muy probablemente *grave pecado contra la justicia comunitativa?*

»Lo son todas las personas de quienes depende, y por cuanto de ellas depende, la entrega del salario familiar absoluto, y no ponen de su parte, cuanto en conciencia deben, para que se lleve a cabo.

»Es decir :

»1.º Si la Empresa es de persona o personas físicas, ellas son los reos ; llámense amos, empresarios, patronos, socios capitalistas o socios industriales.

»2.º Si la Empresa es de persona jurídica, son reos las personas físicas que la integran, en proporción al poder que tengan en ella ; y, por tanto :

- »a) Los Consejeros de Administración ;
- »b) El Consejero Delegado más, tal vez, que los otros ;
- »c) El Gerente ;
- »d) Los socios o accionistas en la medida de sus acciones ;
- »e) Los que prestan su dinero u obligacionistas, en la medida de sus obligaciones.

»Si por ser una Empresa S. A. se creyera desligada del deber de mirar a los obreros como hermanos de las personas físicas que la integran, si se creyera desligada del deber de entregarles el salario familiar absoluto, el S. A. se leería con justicia «sin alma» ; el S. A. sería esencialmente inmoral.

»Si no sólo los Consejeros de Administración, y en particular el Consejero Delegado y el Gerente y los jefes, sino todos los accionistas, llevan buena cuenta de la marcha económica de la Empresa, para que no falle el dividendo jugoso a las acciones y el interés y amortización de las obligaciones, ¿pueden dejar de llevar igual cuenta, mejor cuenta aún si se sienten hermanos de los obreros, de la marcha moral de la misma? ¿Pueden no preocuparse de las condiciones en que trabaja el obrero y del salario familiar absoluto que se le debe?

»Si viven ajenos a ese deber de conciencia no se pueden decir católicos.

»Los mismos obligacionistas tienen el deber de mirar si ponen

el dinero en una Empresa S. A. que sea un monstruo de una sola cabeza productora y de ningún corazón, que condena a la miseria al obrero, a su mujer y a sus hijos. Si lo ponen, contribuyen al grave pecado que venimos detallando.

«Si las Empresas S. A. no son cristianas de verdad, cristianas de verdad como tales, los obreros que no saben en quién centrar su desvío o su odio, lo centrarán contra el andamiaje social del mundo de nuestros días. *Al capitalismo hay que cortar el ismo, bautizando al capital*, para quitar del alma del obrero la ilusión de la peor dictadura, la economía colectivista en que pudiera caer.»

Estas advertencias del ilustre prelado nos dan idea exacta del poder inmenso del capitalismo en la esfera del Derecho de obligaciones, cuyo sentido moral—puesto de relieve hace tiempo por Georges RIPERT (35)—obliga a lo que el señor ARZOBISPO DE VALENCIA llama el «salario absoluto», teniendo las palabras del Prelado español confirmación recientísima en las dirigidas por S. S. el Papa Pío XII a las criadas del servicio doméstico: «Todo el que observa vuestra actual condición—ha dicho Pío XII (36)—ve fácilmente lo lejos que estamos ya de usos y costumbres que en otro tiempo imperaban y parecían casi normales. Gracias a la evolución social, actualmente en acto y en continuo desarrollo, hoy todos los obreros, incluidas las mujeres que atienden al servicio doméstico, tienen reconocidos sus derechos individuales y familiares. *El Código civil italiano regula vuestro contrato de trabajo*—lo subrayado es nuestro—, prescribe la duración del período de prueba, establece los derechos y los deberes de quien está admitido a la convivencia familiar, fija las normas para la retribución, alojamiento, la cura y la asistencia médica en las enfermedades, la previsión social, los seguros generales en los casos y modos establecidos por las leyes. El Código manda también el descanso semanal, el reposo anual y da derecho al conveniente preaviso para cesación del contrato, concediendo también el derecho a la indemnización proporcional a los años de servicio y al certificado de trabajo. La ley interviene, además, para asegurar la concesión de la paga anual extraordinaria y

((35) Cfr. RIPERT (Georges): *La règle morale dans les obligations civiles*. Quatrième édition. Paris, 1949.

((36) Texto publicado en el diario *Ya*, del día 5 de junio de 1956, página 1.

para extender el Seguro de Enfermedad también a las criadas ya jubiladas por ancianidad.

»Esto es ya mucho ; pero con todo, no son pocos los que consideran injustificada la diferencia que existe entre vuestras condiciones y los demás obreros, y, por lo mismo, legítimo el deseo vuestro y de todos los que se interesan por vuestra situación *de que se llegue a una solución más justa y estable en vuestras relaciones de trabajo.*»

Hemos subrayado las palabras relativas al Código civil italiano para poner de manifiesto cómo el Código más moderno regula, entre sus relaciones, verdaderos contratos de trabajo, dando estabilidad en sus normas, no siempre lo estables que deberían de ser en los países de legislación fragmentaria y dispersa, así como sin normas, que carentes de una jerarquía superior no resultan lo más apropiadas para establecer los principios fundamentales de contratos que, como el de trabajo, son básicos para la realización de la Justicia Social.

También advertimos con tristeza la diferencia existente entre la regulación del servicio doméstico que hace el Código civil italiano con la pobreza de nuestra legislación civil, reducida al pobre texto legal de los arts. 1.583 al 1.587 del vigente Código civil, y nada más.

C) Si del Derecho de obligaciones pasamos a los derechos de familia y sucesiones veremos que, además de lo ya escrito acerca de las desvinculaciones de la propiedad a la familia—al tratar del derecho de propiedad y demás derechos reales—cómo al poderse reducir considerables cantidades de bienes a dinero y a títulos valores —especialmente los negociables en Bolsa—pueden resultar burladas las siguientes disposiciones :

1.^a Todo lo relativo a las garantías exigidas por el Código civil y la Ley Hipotecaria respecto de los bienes parafernales, dote y bienes de los hijos cuando el cónyuge superviviente contrae segundas nupcias (art. 168 de la Ley Hipotecaria y concordantes del Código civil).

2.^a Lo mismo en cuanto a los bienes reservables de los arts. 811, 968 y concordantes del Código civil en relación con el citado de la Ley Hipotecaria.

3.^a Todas las disposiciones tendentes a asegurar la legítima de los hijos, que puede quedar burlada ante la realización del capital por el padre en favor de cualquiera de los hijos con preterición de

todos los demás, siempre que este capital esté representado por acciones de Sociedades u otra clase de títulos de fácil negociabilidad, con lo que los principios del nuevo Derecho sucesorio en torno a la acentuación de la intervención del Estado en pro del refuerzo de la sucesión legal para defender los intereses de la familia también son arrollados por el capitalismo.

III

Una de las ideas más felices de cuantas he oído en estos últimos tiempos fué la que escuché al excelentísimo señor Ministro Secretario General del Movimiento, don José Luis de ARRESE, al decir que la crítica debería de partir de los propios militantes, en un deseo de perfección de nuestras instituciones. Por razones ya expuestas recientemente, en otra ocasión (37), cuando a la cualidad de militante se une la de Catedrático de la Facultad de Derecho, el deber de exponer con sinceridad las consideraciones críticas se torna en inexorable. Pero vivimos en un país en el que—junto a una serie de excelsas cualidades—domina lo que, en el lenguaje del funcionario público se llama «espíritu de cuerpo», que llega en ocasiones a anteponerse a los supremos intereses de la Patria, ante las críticas a cualquiera de sus miembros por cualquier obra—aunque, como las de elaboración de las leyes, ejercida indebidamente, no les competa ni poco ni mucho ni nada—, realizada con intervención de cualquiera de sus miembros. Ello nos hace proceder con cuidado al tratar de estas cuestiones, no sin antes volver a insistir en que el ejercicio de la función legislativa corresponde, en la orientación y directrices de los Proyectos de Ley, al Gobierno, y su redacción debe de realizarse por los Catedráticos, ya que, además de poseer el conocimiento de los sistemas y de la metodología—que no tiene por qué conocer el funcionario público en general, cualquiera que sea su título—, no siente, afortunadamente, ese «espíritu de cuerpo», tan nocivo para el perfecto desarrollo de nuestra política legislativa.

Hécha esta advertencia, que nos obliga a ser prudentes y a abstenernos, por ahora, de la cita de una serie de leyes modernas, que

(37) Loc. cit.

por su total asistemática e inactualidad, así como por marchar en discordancia con la realidad social, se promulgaron y no han sido aplicadas, hasta ver si se consigue acabar también con ese «espíritu de cuerpo»—una de las causas principales de nuestro retraso legislativo, vuelvo a repetir—, pues, de lo contrario, creo sinceramente que inmediatamente de publicar este trabajo se desencadenaría una crítica furiosa y despiadada contra su autor por las baterías de funcionarios de los respectivos «cuerpos», que al considerarse omniscientes no admiten críticas de ninguna clase, por muy constructivas que parezcan.

Ya hemos escrito en otra ocasión—aunque lo haya sido incidentalmente (38)—acerca del verdadero sentido y de la necesidad de la crítica. Tampoco renunciamos en un porvenir próximo a ocuparnos de este «espíritu de cuerpo» tan arraigado y tan nocivo en España. Por ahora nos limitamos a expresar nuestra opinión en torno a que este «espíritu de cuerpo»—junto con otras causas, naturalmente—tal vez no permanezca muy ajeno al hecho censurable de que España—la España triunfante del Glorioso Movimiento Nacional—no tenga, a los veinte años de ese triunfo, ni un único Código civil de los españoles, ni unas Leyes Procesales que hagan la justicia más rápida, sin atar al Juez a formulismos arcaicos y en contraposición con la augusta misión de administrar justicia—la alegue o no la parte que tenga la razón en el pleito, puesto que la Justicia es sólo una e inmutable—, ni un Código del Trabajo, que, dado el inmenso y valioso material que el Gobierno de la nación ha suministrado a los juristas, podría constituir un monumento legislativo más de los integrantes de nuestra gloriosa tradición jurídica, ni tampoco esa proliferación de *instituciones de hecho* que están esperando de la técnica jurídica que supla las deficiencias de una legislación, llevada a la realidad del «Boletín Oficial del Estado», en su redacción, por quienes carecen de aptitud y de imparcialidad para redactarla (39).

Por todo ello—y ante el necesario trance de aportar soluciones—

(38) En mi trabajo: *El Nacional-sindicalismo español y la Doctrina social de la Iglesia*, publicado en la «Revista de Derecho del Trabajo», reproducido en el «Boletín de Divulgación Social», y editado en separata. Madrid, 1956, pág. 40 y sigs. de la edición separata.

(39) Cfr. SAVATIER: *Réalisme et idéalisme en droit civil d'aujourd'hui: structures matérielles et structures juridiques*. En *Le Droit privé français au milieu du XXe siècle. Etudes offertes a Georges RIPERT*, tome I. París, 1950, págs. 75-92.

hemos de comenzar esta parte poniendo de relieve la necesidad de acabar con una caótica y contradictoria—en muchos casos—política legislativa, fruto de una serie de discordancias entre los diversos departamentos de la Administración Central que hay que cortar, ya que—como escribió Eugen HUBER (40)—«¿cuál es la posición del legislador frente a estos fenómenos? ¿Queda libre para prescindir de ellos o, por el contrario, habrá de contar con ellos como realidades?». La contestación a esta pregunta no puede ser otra sino la de que *las condiciones de un derecho tradicional habrán de considerarse como realidades en cuanto esta realidad esté fundada y sostenida por todas las demás realidades*. Mediante la implantación de nuevas condiciones jurídicas, la legislación no podrá transformar un estado agrícola en estado industrial, a lo menos mientras no existan los supuestos correspondientes al estado a que se aspira. Recordemos los ensayos que se hicieron por los fisiócratas o las nuevas perspectivas que pueden ofrecerse como consecuencia de los sistemas proteccionistas. En definitiva, la transformación depende de que se produzcan las adecuadas condiciones naturales, cuyo desenvolvimiento puede ser, en cierto modo, condicionado, pero nunca creado por la legislación. Es sumamente instructivo seguir paso a paso a la legislación en sus esfuerzos para adaptarse a las condiciones económicas existentes. Si volvemos la vista a la economía natural de los primeros siglos de la Edad Media, podemos observar la formación de los grandes señoríos, cuyo desarrollo se inicia, sobre todo, a partir de las dinastías francesas. La legislación ha tenido que adaptarse a este primer momento del desarrollo económico, hasta tal punto que el entero orden jurídico llega a estar por él influido. Los sistemas beneficiales y feudales tuvieron entonces la máxima importancia. El crecimiento de la población, la formación de capitales, la mejora de las comunicaciones, concluyeron por sobreponerse a este estado primitivo y surgieron nuevas condiciones, a las cuales la legislación hubo de adaptarse de nuevo para producir el nuevo orden jurídico. Semejante proceso se observa al transformarse el trabajo manual en el maquinismo, sustituyendo a la contraposición de maestro y oficial el de patrono y obrero. Imaginémonos si bajo el régimen

(40) *El Derecho y su realización. Problemas de legislación y de filosofía del Derecho*. Traducción española de Hertha GRIMM, revisada y con un estudio preliminar de F. RIVERA PASTOR, volumen segundo, Madrid, 1929, página 71.

de cualquiera de estos sistemas económicos se plantease a la legislación un problema que excediese los supuestos del hecho económico así entendido, pretendiendo que la legislación hubiese de resolverlo; la legislación no podría hacerlo por faltarle la base natural para ello. De condiciones que cambian, surgen tareas diferentes. Y así es como los órdenes económicos se manifiestan como reales de la legislación propiamente dichos.

«La tarea legislativa no puede moverse sobre el vacío teniendo la nada por objeto. Tiene que servirse de la materia que está ya dada, y esta materia es la tradición quien la suministra... (41); de donde resultará inevitablemente *un examen comparativo de lo antiguo y de lo moderno, y como consecuencia, la afirmación del orden jurídico existente como real de la legislación*. Pero sería inexacto imaginarse esta condicionalidad, impuesta por el orden existente, como una cadena, como un obstáculo. Pues, por el contrario, muchas veces esta atención ofrece la oportunidad más feliz y satisfactoria en la reforma del Derecho, que es conseguir el tránsito a las nuevas estructuras, tomando como base las antiguas y sin que se produzcan agitación y trastorno algunos» (42).

¿Cómo realizar esta concatenación del Derecho conjugando nuestra tradición jurídica con la realidad social presente? (43). La primera tarea será la de ir analizando las posibles soluciones, descartando las que no resulten factibles en su esencia o en el modo de ser realizadas, a la par que trataremos de concluir con la que, a nuestro juicio, nos parece la única aceptable.

1.—Se habla de *economía dirigida*, aunque sobre lo que se quiera decir sobre este concepto aparezca expuesto con grandes contradicciones entre los propios economistas (44), llenando de confusiones al jurista. Según Georges RIPERT (45), «la expresión *economía dirigida* ha hecho fortuna rápidamente. Se llama también *dirigismo*. ¿La dirección de la economía va a minar las bases del capitalismo?

(41) Citado en la nota anterior, pág. 74.

(42) Idem, pág. 75.

(43) Sobre estos problemas resulta interesante el reciente libro de MONIER (Raymond), CARDASCIA (Guillaume) e IMBERT (Jean): *Histoire des institutions et des faits sociaux des origines à l'aube du moyen âge*. Editions Montchrestien. París, 1956, cuya lectura estimamos de suma utilidad.

(44) Cfr. el estudio de HÉMAR (Jean): *L'Economie dirigée et les contrats commerciaux*. En el volumen II del libro citado en la nota 39 de este trabajo, pág. 341 y sigs.

(45) Aspectos jurídicos... ya cit., pág. 220.

¿Puede éste abandonar una parte de sus posiciones esenciales y, no obstante, salvar la forma de economía que ha creado? Es un problema que se discute con pasión». Junto a las diversas maneras con que la doctrina entiende el dirigismo y el confusionismo conceptual apuntado, RIPERT acepta el concepto dado por LHOMME, según el cual «es la política mediante la cual una autoridad intenta organizar y hacer funcionar la economía con arreglo a un plan metódico», y BAUDIN afirma que «hay economía dirigida cuando el Estado ejerce una acción general y continuada conforme a un plan» (46).

«Retengamos—dice RIPERT (47)—las palabras: *política, autoridad, acción del Estado y plan establecido*, que son suficientes para advertirnos que entramos en el dominio jurídico. A los economistas no les gusta confesarlo. Quisieran ser dirigistas sin caer bajo la dominación de los juristas. Pero no pueden conseguirlo.

»La palabra Derecho viene de *directum*. El Derecho dirige las acciones humanas. Si es necesario dirigir la economía, a los economistas corresponderá, indudablemente, decir por qué y hacia qué fin, pero sólo los juristas podrán decir mediante qué reglas y sanciones. Los unos, fijarán el fin; los otros, los medios. De nada serviría perseguir un fin que ningún medio permitiría alcanzar.

»Cuando se habla de leyes de la economía, no se trata de leyes naturales que tienen un carácter de fatalidad. Las leyes que deben regir la economía son leyes positivas, es decir, reglas dictadas y sancionadas por la autoridad pública. La economía dirigida es una economía que se coloca bajo la obediencia del Derecho positivo». Veamos, pues, con qué límites y de qué forma, a nuestro juicio, puede dirigirse la economía, no sin antes rechazar la similitud que pretende insinuar JIMÉNEZ DE ASÚA (48) entre la economía de los países que él llama de «régimen autoritario» y los de economía «dirigida» o «encauzada», ya que, según Georges RIPERT (49), la dirección de la economía no es propia del carácter exclusivo de esos regímenes y sí, por el contrario, de los países cuya economía ha sufrido serios quebrantos, como sucede con la misma Francia, que «a

(46) Citados por Georges RIPERT: Op. cit. en la nota anterior, pág. 221.

(47) Loc. cit.

(48) *Tratado de Derecho penal*. Tomo I: *Concepto del Derecho penal y de la Criminología. Historia y Legislación penal comparada*. Editorial Losada. Buenos Aires, 1950. pág. 47.

(49) *Aspectos jurídicos...* ya cit., pág. 256.

partir de 1939, y sobre todo después de 1940, la economía francesa ha sido dirigida por el Estado con el concurso de los Comités de organización creados por la Ley de 16 de noviembre de 1940. No se puede decir que esta dirección haya sido acogida con mucho favor, pero hay que reconocer que se ha aplicado a una economía de miseria».

¿Por quién tiene, en caso de necesidad—como creemos que existe en España—, que ser dirigida la economía?

A) Un gran sector de nuestros funcionarios identifica erróneamente la dirección de la economía con la necesidad de que sea el Estado, precisamente, quien asuma esta dirección, dando lugar a un confusionismo—existente hoy en la realidad social española—entre lo administrativo y lo económico, incompatible, incluso, con el propio concepto del Derecho.

El dirigismo económico implica siempre una modificación en la esfera de los actos reservados a la vida privada—en cuanto a las relaciones jurídicas, se entiende—, que sólo a través de normas encuadradas en la esfera jurídica de las que, momentáneamente o con carácter permanente si son tendentes al bien común, las sustituyen. Lo contrario sería dar una superioridad, que no tiene o no debe de tener, al Estado sobre la persona humana o individuo en la esfera de unos derechos que, cuales los que afectan a su personalidad y que son de carácter indeclinable, sólo podrían ser concebidos en una concepción totalitaria—empleando la acepción que al término totalitario se le asigna en relación con el régimen soviético—del Estado (50), sin que por ello neguemos la necesaria—pero nada más que la estrictamente necesaria—intervención del Estado, con la dureza, incluso de la Ley penal, en aquellas cuestiones que, por su trascendencia social y en defensa del bien común, tiene la obligación inexcusable de intervenir.

Creo sinceramente que en los actos enmarcados en la esfera de los derechos de la personalidad—en el sentido amplio de concebirla con derechos inalienables y titular de un patrimonio—debe de dejar el Estado un amplio campo de dirección de la economía a los Sindicatos Verticales. «Si se trata de establecer un plan general de pro-

(50) Cfr., a este respecto, el estudio de BRETHE DE LA GRESSAYE: *Droit administratif et droit privé*. En el libro citado en la nota 39 de este trabajo, tomo I, págs. 304-322.

ducción y distribución—dice RIPERT (51)—y de hacerlo ejecutar, no se puede pensar en dictar sus reglas por medio de leyes, ni tan siquiera por decretos u órdenes. Es necesario imaginar autoridades nuevas, lo que no es cosa fácil.

»En la antigua Francia, una organización corporativa, por otra parte bastante complicada, regía la economía. Este régimen se ha hundido, y las instituciones no renacen. La organización de las profesiones es una cosa conveniente, y en este sentido se han realizado progresos. Pero, de momento, no parece que nadie está dispuesto a aceptar un poder corporativo. Los acuerdos industriales han levantado demasiadas críticas para que se pueda esperar que se conceda una confianza suficiente a la intervención directa de los interesados».

Estas consideraciones de RIPERT—muy atinadas por cuanto se refieren al régimen político francés—pueden ser soslayadas en nuestro régimen, bastando con poner en vigor la Ley de 26 de enero de 1940 sobre Unidad Sindical, en relación con la Ley de Bases de la Organización Sindical de 6 de diciembre de 1940, que parte—como dice su Exposición de Motivos—«de considerar a todos los productores españoles como miembros de una gran comunidad nacional y sindical. El sistema de los Sindicatos del régimen no se configura, por tanto, como una red de agrupaciones privadas a las que el Estado confiera competencias más o menos importantes, sino que, de acuerdo con aquel principio de los Veintiséis puntos, que concibe a España, en lo económico, como un gigantesco Sindicato de productores, *la sindicación viene a ser la forma política de la economía entera de España...* Los Sindicatos nacionales, de carácter predominantemente económico, llevan al Gobierno las aspiraciones y necesidades propias de cada rama de la producción y tienen la responsabilidad de hacer cumplir, en la esfera de su competencia, las normas y directrices que el Estado dicte como supremo rector de la economía...»

La dualidad de servicios y funciones estatales y sindicales, la falta de poder coactivo para imponer los acuerdos sindicales por jerarquía de verdaderas normas, el frecuente olvido por parte del Estado del carácter de verdaderas personas jurídicas—de carácter único por cuanto se refiere a las relaciones de trabajo, según la let:a

(51) *Aspectos jurídicos* .. cit., pág. 243.

de una de las leyes más importantes del Estado español—, con derechos inalienables—en cuya esfera no puede penetrar ni el propio Estado—, son hechos evidentes que, junto a la escasa eficacia sindical actual, nos abren un amplio camino de esperanzas si el Estado se decide a cumplir con lo ya legislado, puesto que—como dice OLIVEIRA SALAZAR (52), gran político y Catedrático de Economía—, no se puede aspirar a constituir un Estado equilibrado y fuerte sin la coordinación y desenvolvimiento de la economía nacional, que, hoy más que nunca, ha de formar parte de la organización política. En este punto radica la mayor transformación constitucional práctica que hay que realizar en todas las naciones civilizadas. Por eso es necesario sustituir el individualismo liberal por normas y condiciones encaminadas a orientar y fomentar la producción, a desenvolver la riqueza general, a establecer la suficiente armonía en el medio social bajo la protección del Estado. Ello supone la subordinación del organismo económico al engrandecimiento político, moral, social o material del país y al poder y fuerza del Estado.

Lo que no hace el Estado portugués es confundir a Dios con el César, otorgando a éste atribuciones que sólo competen a aquél. Y huyendo de ambos extremos—de la debilidad y de la omnipotencia del Estado—, construye un Estado fuerte, pero limitado por la moral, por los principios del Derecho de gentes, por las garantías y libertades individuales, suprema exigencia de la solidaridad social. Los fines del Estado, según el art. 6.º de la Constitución portuguesa, son: 1.º Incumbe al Estado promover la unidad y establecer el orden jurídico de la nación, definiendo y haciendo respetar los derechos y garantías impuestos por la moral, por la justicia o por la ley de los individuos, de la familia, de las autarquías y de las otras personas colectivas públicas o privadas. 2.º Coordinar, impulsar y dirigir todas las actividades sociales. De esta manera, el Estado portugués es un Estado fuerte, pero no un Estado omnipotente. Un Estado que establece el orden jurídico de la nación, que tiene derecho a intervenir en todas las actividades sociales, pero para coordinarlas, impulsarlas y dirigir las; para establecer entre ellas la debida jerarquía, pero no para absorberlas y coartarlas.

B) Como dice el maestro CASTÁN (53), «no se puede culpar a

(52) *El pensamiento de la revolución nacional*. Editorial Poblet. Buenos Aires, 1939, pág. 104 y sigs.

nuestro actual régimen político de no haber dado a los problemas de la justicia aquellas definitivas soluciones que no supieron o no pudieron encontrarle los regímenes anteriores. Lo que hemos de hacer, reconociendo lo mucho que tenemos ya conseguido, es poner todo cuanto esté de nuestra parte para que la organización judicial siga su senda de perfeccionamiento».

En esa senda de perfeccionamiento debe de ocupar un lugar preferente la tendencia a la supresión o progresiva restricción de las jurisdicciones especiales y, consiguientemente, retorno al antiguo principio de la unidad jurisdiccional en beneficio de la más clara independencia de los órganos judiciales (54), aunque nos interese hacer constar—para no ser tachados de ese nocivo «espíritu de cuerpo» a que nos hemos referido en páginas anteriores— «que —como escribe don Manuel DE LA PLAZA (55)—, aun cuando la jurisdicción sea una atribución privativa de los llamados a aplicar la voluntad de la Ley en los casos concretos que se susciten, no pueda identificarse la función jurisdiccional con la judicial, ya que aquélla tiene un contenido más amplio y puede no estar reservada a los que ejercen jurisdicción en el orden puramente judicial».

Lo que ya no parece tan claro es el que funciones propiamente jurisdiccionales sean ejercidas por la propia Administración, máxime cuando, como resultado de los fallos de esos organismos, pueda llegarse hasta la imposición de penas pecuniarias y subsidiariamente de privación de libertad—en muchos casos superiores a las impuestas por los Tribunales que ejercen la jurisdicción penal ordinaria—, equivalentes en su cuantía—en los casos que así lo pudiese estimar conveniente el Consejo de Ministros—a la confiscación de bienes. Tal sucede con las llamadas Fiscalías de Tasas.

Hemos de comenzar por advertir que el establecimiento de estos organismos no es exclusivo de España, puesto que la republicana y liberal Francia cuenta con organismos parecidos. La ley francesa de 31 de diciembre de 1926 comenzó por castigar el beneficio exagrado, modificando los arts. 419 y 420 del Código Penal francés, para

(53) *Poder judicial e independencia judicial*. Discurso de apertura de Tribunales leído en 15 de septiembre de 1951. Instituto Editorial Reus. Madrid, 1951, pág. 62.

(54) *Idem*, pág. 64.

(55) *Derecho procesal civil español*. Volumen I, tercera edición. Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado, 1951, pág. 125.

averiguar si la ganancia es el resultado del juego natural de la oferta y la demanda. La Ley de 21 de octubre de 1940 y la Ordenanza de 30 de junio de 1945, sobre los precios, obligan a determinar los practicados en el mercado el 1.º de septiembre de 1939 y, por tanto, a apreciar la calidad de los productos vendidos.

Pero el que el sistema sea seguido por otros países no quiere decir que nosotros—de acuerdo también con ilustres juristas de esos otros países—no censuremos el que las Fiscalías de Tasas no constituyan—en su organización y funciones—una intromisión censurable de la Administración en la esfera de la jurisdicción.

Los inconvenientes que se siguen de esta práctica son numerosos y graves. Como escribe Georges RIPERT (56), «los agentes de la inspección económica, que reciben el derecho de penetrar en el domicilio de los particulares y el de comunicación de antecedentes por parte de las Administraciones públicas. Estos agentes carecen muchas veces de la competencia necesaria y la moralidad de algunos de ellos es puesta en entredicho. Se han visto desarrollar prácticas deplorables, como la denuncia, que ha sido tan funesta en, estos últimos años, e incluso la provocación a cometer el delito, emanada de los agentes de la autoridad, práctica de tal manera inmoral que los Tribunales han vacilado en condenar a aquellos que habían cedido a la tentación... En esta situación (57), el legislador únicamente puede contar, para asegurar la aplicación de la ley, con la gravedad de la pena. Llega a una cuantía en las multas que es ridícula, porque su importe no podrá hacerse efectivo. La cifra de veinte millones de multa está inscrita en la ley, que añade la prisión hasta de diez años y niega los beneficios de la condena condicional y las circunstancias atenuantes. Después se pasa a los Tribunales de excepción, a las penas de carácter criminal y a la confiscación general de bienes, que habíamos desterrado del Derecho francés, sin perjuicio del internamiento administrativo y del cierre del establecimiento. La represión se convierte en draconiana, sin que haya llegado jamás a suprimir los delitos... La ley concede entonces a la Administración el poder de juzgar (58). Es ésta una gran novedad, pues con arreglo a la tradi-

(56) *Aspectos jurídicos...* ya cit., pág. 251 y sigs.

(57) *Idem*, pág. 253.

(58) En determinado Proyecto de Ley español se llegó a pretender que las decisiones de la Administración tuviesen fuerza para vulnerar las sentencias de los Tribunales. Afortunadamente, las Cortes Españolas impidieron esta enormidad.

ción los empleados públicos no son jueces, y en esta separación de Autoridades nosotros vemos una regla esencial del Derecho público. Se han creado sanciones administrativas de carácter represivo. Antigüamente, en un régimen de economía liberal, solamente las personas beneficiarias de concesiones o de tolerancias administrativas podían ser objeto de tales sanciones. Pero, bajo un régimen de economía dirigida, se supone que es el Estado quien otorga a los comerciantes e industriales el derecho de explotación, y la sanción administrativa puede alcanzarles. Incluso llegará hasta el consumidor que infringe la reglamentación establecida.

Al mismo tiempo se abandonan los principios de Derecho penal. Ya no es únicamente la ley la que crea la infracción, sino también el decreto, la orden ministerial, los reglamentos de los organismos profesionales y las decisiones de los repartidores. Las penas son muy variadas: confiscación, multa (a veces disimuladas bajo el nombre de canon o de contribución y fijadas, en algunos casos, con arreglo a las facultades contributivas del delincuente) y privación o restricción de la libertad. Las sanciones pueden acumularse unas a otras, e igualmente las penas. La comprobación de las infracciones está confiada a agentes administrativos, y en ocasiones a agentes privados o incluso a miembros de los comités. El procedimiento de represión, a menudo, no está regulado por los textos legales. Los recursos no están siempre reglamentados.

Se considera la sanción administrativa como «la manifestación de un derecho público disciplinario, de un derecho administrativo represivo», y se afirma que este nuevo derecho y, sin embargo, conforme a la tradición, se integra en el conjunto de nuestro Derecho administrativo. No por eso dejamos nosotros de sentir una seria inquietud al ver abandonar por ese nuevo Derecho las reglas que nosotros consideramos como protectoras de nuestra libertad.

Otra consecuencia funesta en grado sumo también es señalada por RIPERT (59), cual es la de que «en adelante, el legislador no puede dar crédito a la conciencia y a la buena fe de los interesados, pues la moral no aparece comprometida en la observancia de la ley. La violación de la ley no se considera ya por los particulares como una falta. Existe, piensan ellos, un derecho de legítima defensa

(58) *Aspectos jurídicos...* cit., pág. 248.

contra la acción arbitraria del Estado. En su consecuencia, la desobediencia a la ley deja de ser tenida como culpable.

«La violación constante de la ley habitúa a los hombres a pensar que lo que no es respetado no es respetable. La ley cae en desuso o sobrevive gracias a continuas modificaciones. Pero al ser modificada continuamente, la ley no puede adquirir la fuerza que da a las instituciones una larga tradición. Deja de ser respetada por hábito. Más aún, se espera a menudo la abrogación o la modificación de la ley. Lo que era ilícito ayer, unos meses más tarde será legal. Se ha visto, por ejemplo, en la aplicación de la inspección de los precios, ventas declaradas ilícitas y culpables cuando el precio juzgado abusivo era inferior al que autorizaba un nuevo texto legal, y los Tribunales se han preguntado si, en este caso, se podía señalar una infracción.

»Es, pues, necesario para que se respeten las reglas jurídicas de dirección de la economía crear sanciones eficaces. Es un nuevo problema. La ley, a pesar de su valor intrínseco y de su claro enunciado, es inútil si no se aplica. De nada sirve bloquear los precios en una fecha determinada si no se pueden impedir las transacciones a precios nuevos. El problema de las sanciones es un problema puramente jurídico. De no tenerlo en cuenta, se lanza uno a una obra inútil.»

Aun a pesar de su extensión, he preferido citar literalmente las palabras de un jurista de tanto prestigio como el del ex Decano de la Facultad de Derecho de París, relativas a una legislación distinta de la española, para evitar ser tratado de *demagogo*, frase tan usada en nuestra Patria durante los últimos tiempos cuando se trata de desoír preocupaciones que, como las referidas, tienen casi exacta traducción en la realidad actual de la economía y el Derecho españoles.

Con todo lo anterior no queremos decir que las consecuencias penales derivadas de la llamada legislación de Tasas y Abastecimientos deban de ser duPLICADAS, ni mucho menos, cuando se trata de los grandes especuladores, merecedores de castigos ejemplares. Pero existen unos Tribunales de Justicia—por los que, generalmente, el ciudadano siente un profundo respeto—que deberían de ser los encargados de entender en esta clase de procedimientos que, en aras de una mayor brevedad, podrían ser todo lo sumarios que se estimase necesario.

Tampoco estimamos de peso la objeción de la falta de personal

en la carrera Judicial—o en otras carreras jurídicas, si se prefería formar Tribunales mixtos—, pues si comparamos lo que costaría el aumento necesario para poder llevar a efecto, con la rapidez precisa, el cumplimiento de esta función, creemos que resultaría bastante más barato que el sistema que se tuvo que montar, ampliando también la función investigadora a los distintos Cuerpos de Policía y Guardia Civil, por entrar de lleno dentro del ejercicio de sus misiones específicas, sin necesidad de la creación de agentes especiales, con toda la serie de inconvenientes que ya han quedado apuntados.

2. Resulta muy frecuente el confundir la función del empresario con la del capitalista, error que encuentra su justificación en el hecho de que en muchas ocasiones coinciden, aunque tal coincidencia no sea obstáculo para que, teóricamente, se diferencien con precisión, y en la realidad deban diferenciarse, la función del empresario y la del capitalista, los cuales, en el proceso económico, ocupan posiciones distintas, siendo los intereses de ambos contrapuestos. Y el hecho de que una persona perciba de determinada Empresa una renta global no es obstáculo para que dicha renta pueda encontrarse formada por elementos diversos, entre los que debemos distinguir los conceptos correspondientes a funciones distintas, como son el interés del capital y los beneficios o remuneración del empresario. Tras esta distinción, podemos afirmar ya que el empresario es sencillamente quien organiza la producción, obteniendo el capital y contratando el personal, comprometiéndose a remunerar ambos factores con una cantidad prefijada, quedando él sometido a los resultados, prósperos o adversos, del negocio. Es, pues, el empresario la persona que asume el riesgo y responsabilidad de la producción con la esperanza de obtener un excedente. El asalariado, por el contrario, e igual le sucede al capitalista, a cambio de recibir una cantidad fija por su colaboración en la producción, renuncia a correr el riesgo que puede proporcionar una ganancia futura (60).

Según el profesor TORRES MARTÍNEZ (61), las rentas de la Sociedad son de dos especies, atendida su morfología: las rentas anti-

(60) Cfr. el trabajo de VERDÚ SANTURDE (Antonio): *Función social de la Empresa mercantil*. Editado por el Sindicato Español Universitario. Madrid, 1952, pág. 29.

(61) *Teoría de la política social*. Editorial Aguilar. Madrid, 1954, páginas 34-35.

cipadas y las rentas de empresario, que dependen del resultado de la producción, y, por tanto, se determinan «después» de terminado el proceso productivo. Las primeras son fijas y seguras; las segundas, variables e inciertas. Y esto no porque así resulte de la propia naturaleza de las cosas, sino porque un convenio entre los hombres, basado en el principio de división del trabajo, ha atribuido el papel de aseguradores generales de las rentas de la Sociedad a un grupo determinado que se llama la clase social de los empresarios. No tiene nada de extraño, pues, el error en que se incurre frecuentemente—incluso por parte de algunos profesionales del Derecho—al confundir la Empresa—la gran Empresa, se entiende—con las Sociedades Anónimas. A ellos se refiere el profesor GARRIGUES (62), cuando escribe: «Partiendo de puntos de vista completamente antagónicos, pero coincidentes en el designio de paralizar la reforma, otro sector de la crítica, impulsado por motivos primordialmente políticos, entendió que el Anteproyecto—se refiere al de la Ley de Sociedades Anónimas de 17 de julio de 1951—pecaba de excesivamente liberal y contemporizador con el régimen capitalista, que, en opinión de estos otros críticos, es un régimen injusto, caduco y llamado a desaparecer. En este otro sector, la proyectada reforma se calificó de insuficiente por limitarse al aspecto técnico mercantil de la Sociedad Anónima y por haber remitido otras resoluciones más radicales al terreno de lo social y de lo político, que es precisamente aquel en el cual se debía de abordar la reforma a juicio de estos otros impugnadores.

Guardando el equilibrio entre estas dos extremas tendencias de la contrarreforma y de la ultrarreforma de la Sociedad Anónima, sin dejarse impresionar por los argumentos de un liberalismo económico cuyos viejos postulados han sido ya barridos del mundo entero, incluso por los más autorizados defensores del nuevo liberalismo, y sin ceder tampoco a la demagogia de una crítica basada en el doble error de suponer que la Sociedad Anónima es una institución creada por el capitalismo e inseparable de él, y de identificar la Sociedad Anónima con la Empresa, el Ministerio de Justicia optó por seguir el criterio de los redactores del Anteproyecto y limitar la reforma al estricto campo de la legislación mercantil, sustituyendo las ra-

(62) Cf. GARRIGUES (Joaquín) y URÍA (Rodrigo): *Comentario a la Ley de Sociedades Anónimas*. Tomo I. Madrid, Instituto de Estudios Políticos, 1952, págs. 72-73.

quíticas disposiciones de nuestro Código de Comercio por una reglamentación completa y ponderada de la Sociedad Anónima».

Conformes con el ilustre maestro GARRIGUES en cuanto a la necesidad de la regulación técnica de la Sociedad Anónima, no podemos estarlo con quienes consideraron anteponer la reforma—como confiesa claramente la Exposición de Motivos (63)—de esta legislación a desarrollar la regulación jurídica de la Empresa, olvidándose de los enunciados programáticos del Fuero del Trabajo, que imponían al Estado esta regulación con carácter urgente e inexorable. De esta forma, y *con un criterio de completa subordinación de la Sociedad Anónima a la Empresa*, teniendo en cuenta la necesidad de las primeras—para la reunión del capital necesario—, es como únicamente resultaría admisible la nueva regulación, siempre, naturalmente, que se reforzasen los medios de inspección de los balances y se regulase con mayor precisión la *actividad* de los accionistas y la función de los obligacionistas, pues si estimamos que el derecho de propiedad no puede concebirse más que adscrito al cumplimiento de una función social, sería necesario que se explicase cuál es la función social que desempeñan los accionistas y los obligacionistas *propietarios* de las acciones y obligaciones.

A) No resulta tarea fácil el configurar el concepto de Empresa. El mismo Código civil italiano—que emplea el vocablo—se muestra en términos de gran imprecisión, ya que, como dice Francisco FERRARA (64)—, después de demostrarnos las grandes divergencias doctrinales entre los juristas italianos acerca de la relación existente entre la Hacienda y la Empresa—, «el concepto de la Empresa no tiene, en realidad, relevancia jurídica. La actividad personal se resuelve, en efecto, en un momento o situación personal del sujeto, de suerte que los efectos de la Empresa no son sino efectos a cargo del sujeto que la ejercita, siendo por ello estudiados con ocasión del análisis de la figura del empresario y de la especie correspondiente en que dicha actividad se distingue. Así, pues, las figuras en torno a las que se polarizan los efectos jurídicos son, respectivamente, el empresario y la Hacienda» (65).

(63) Cfr. el párrafo segundo.

(64) *Teoría jurídica de la Hacienda mercantil*. Traducción y concordancias con el Derecho español, por NAVAS (José María), Editorial «Revista de Derecho Privado». Madrid, 1950, pág. 93 y sigs.

(65) *Idem*, pág. 95.

A mi juicio, precisamente debido a la falta de configuración jurídica de la Empresa, surge esa serie de confusiones a que alude el maestro GARRIGUES—forjador, como luego veremos, del concepto jurídico de la Empresa en el Derecho español—entre la Sociedad Anónima y la Empresa, lo que no quiere decir—insistimos—que la nueva Ley de Sociedades Anónimas española no favorezca al capitalismo, ya que—como dice el profesor DE CASTRO (66)—es «obra inspirada en las legislaciones europeas de la época del capitalismo moderado» y sólo se puede admitir «como compás de espera hasta una nueva coyuntura».

Ante la necesidad de apresurarnos a la estructuración jurídica de la Empresa, creemos que está retardándose demasiado su configuración; por lo que, seguidamente, vamos a exponer esquemáticamente una serie de sugerencias en torno a este problema, que juzgamos trascendental.

Quien hasta ahora se ha planteado el concepto de Empresa ha sido, por una parte, el llamado Derecho fiscal, y, por otra, el Derecho del trabajo:

a) «Lo que todavía el Derecho privado percibe confusamente—escribe Georges RIPERT (67)—lo realiza ya, en su autonomía gustosamente afirmada, el Derecho fiscal: Somete al impuesto a las Empresas industriales y de comercio, y por esto mismo las reconoce a fin de convertirlas en contribuyentes. A través de este costoso bautismo jurídico las hace aparecer en la vida jurídica.

»La Empresa se considera como un contribuyente independiente. El impuesto sobre los beneficios industriales y comerciales grava las personas físicas en razón de su profesión y las Sociedades en razón de su forma... La imposición se centra en el lugar de la explotación y no en el domicilio personal del que explota, y si existen varios establecimientos, en el domicilio principal. El líquido imponible es el beneficio neto, determinado con arreglo a los resultados de las operaciones efectuadas por la Empresa. El precio alzado se ha concedido, por favor, a las pequeñas Empresas.

»Antes de esta medida fiscal, es cierto que los comerciantes estaban obligados a llevar una contabilidad y a formar un inventario anual. Las Sociedades debían establecer su balance y el uso fijaba

(66) Obra citada en la nota 26 de este trabajo, pág. 65.

(67) *Aspectos jurídicos*. cit., pag. 279 y sigs.

el balance con arreglo a la contabilidad. Cada Empresa se convirtió en «una unidad contable», según la feliz expresión de NOGARO. Pero ninguna regla jurídica determinaba ni la manera de establecer el balance ni de calcular los beneficios. Todas las fantasías, todas las habilidades, estaban permitidas.

»La ley fiscal pone orden en estas cosas. Decide acerca de la evaluación de los productos almacenados al precio de costo o al corriente del día, tiene en cuenta las plusvalías realizadas, determina los gastos generales a reducir, el importe de las amortizaciones y las reservas autorizadas. Cuando la ley es insuficiente, la Administración la completa por medio de circulares, que no es posible rechazar», aunque en la práctica—como dice SAINZ DE BUJANDA (68)—las *Ordenes ministeriales* y las *Circulares* constituyen uno de los más graves peligros para el principio de legalidad fiscal. «Los Ministerios de Hacienda de todos los países dictan, con rapidez vertiginosa, *Ordenes ministeriales* de carácter *interpretativo*, que no se limitan, como fuera deseable, a aclarar el sentido de las normas legales en materia de tributación, sino que ensanchan o restringen—generalmente lo primero—los objetos imponibles. Esta práctica está provocando graves trastornos y constituye una amenaza seria al principio de seguridad jurídica. Acontece, en efecto, que el carácter interpretativo que se atribuye a estas Ordenes permite a los agentes del Fisco aplicarlas con carácter retroactivo. Esto es siempre grave por las siguientes razones: 1.^a Porque las Ordenes suelen referirse a situaciones tributarias, cuya regulación legal es confusa e incompleta, y no es justo que tales disposiciones den origen a obligaciones o responsabilidades que la ley no señala en forma clara e inequívoca, y que las oficinas gestoras de impuestos no se decidirían a hacer efectivas de no dictarse aquellas disposiciones. 2.^a Porque la oscuridad de los preceptos legales suele subsanarse con criterios interpretativos que se engendran en la práctica administrativa, dando origen a un *entendimiento* entre los contribuyentes y la Administración, que no debe destruirse con Ordenes ministeriales contrarias a aquellos criterios. El *principio de la buena fe* debe prevalecer en estos casos sobre cualquier otro tipo de consideraciones. Ciertamente podría objetarse a todo este razonamiento que las Ordenes ministeriales de

(68) *Hacienda y Derecho*, Instituto de Estudios Políticos. Madrid, 1955, página 439 y sigs.

carácter interpretativo no obligan a un acatamiento incondicional, toda vez que las reclamaciones y recursos ante las propias autoridades administrativas o ante los órganos jurisdiccionales constituyen la mejor garantía de los contribuyentes. Pero esta consideración no justifica en ningún caso que las normas emanadas de la Administración ensanchen las obligaciones tributarias al margen de la ley fiscal. ¿Cómo resolver el problema? No será fácil poner un dique al torrente de disposiciones interpretativas, de rango puramente ministerial, que inundan el Derecho tributario; pero lo que sí podrá hacerse es crear un sistema de recursos que permita al particular *obtener de los órganos jurisdiccionales la declaración de ilegalidad de las Ordenes administrativas de carácter general*» (69).

Siguiendo las consideraciones en torno al concepto de Empresa en el llamado Derecho fiscal francés, dice RIEPÉRT (70) que «cada contribuyente tiene la obligación de hacer una declaración y de comunicar al inspector no solamente los libros de comercio, sino toda su contabilidad. Los agentes fiscales van a inspeccionarla sobre el terreno. Más de un millón de Empresas sometidas al impuesto funcionan en la actualidad en Francia bajo la mirada atenta de la Administración fiscal.

»En esta materia, el Derecho fiscal aparece como un precursor. Se apodera de la Empresa tal y como funciona, sin preocuparse de su naturaleza jurídica. La considera como una unidad a los efectos del impuesto. La obliga a disciplinarse, a llevar una contabilidad en regla y a formular un balance sincero.

»El día en que el Derecho mercantil quiera obligar a las Sociedades a establecer sus balances con arreglo a determinadas normas jurídicas, encontrará el terreno bien abonado y no tendrá más que transformar en reglas jurídicas las prácticas seguidas habitualmente. Ya en el balance, tal como se establece, se ve claramente la fi-

(69) A raíz de la publicación de un nuevo sistema impositivo, una revista extranjera, en la que colaboro habitualmente, me pidió que analizase el nuevo sistema español en relación con el Derecho privado, ya que en el país en donde se publica la revista de referencia podía tener especial interés por las conexiones históricas de su Derecho con el nuestro. Recogí una serie de notas que tal vez algún día pueda dar a la publicidad, seguramente cuando lo tenga más elaborado. Y espero demostrar que, no solamente ya los más altos titulares de los Ministerios ejercitan la potestad reglamentaria —como es de perfecta corrección administrativa—, sino alguna Dirección General ha tomado decisiones que, en buena hermenéutica legal, resultan disparatadas.

(70) Loc cit..

gura de la Empresa, al menos por la inscripción del capital social en el pasivo, que señala con claridad que la Empresa vive de un capital aportado y que, teóricamente, lo debe. Sería necesario quizá ir más lejos y obligar a cada Sociedad a distinguir en su balance las diferentes Empresas que explota, y cuando tenga filiales, los resultados obtenidos en su gestión». Así lo hace la Ley alemana de 30 de enero de 1937, entre otras extranjeras. «El secreto de los negocios se perjudicaría tal vez. La unidad de la Empresa aparecería más claramente».

Estas sugerencias del ilustre civilista francés resultan inaplicables en el momento fiscal español actual. En mi último trabajo publicado (71) ya insinuó las razones que aquí quiero ampliar brevemente.

Creo sinceramente que los principios fiscales deben de ser consagrados en las *Leyes fundamentales del régimen para ser interpretados siempre por la Administración con carácter restrictivo*. «El principio de la capacidad contributiva—escribe SAINZ DE BUJANDA (72)—aparecía también consagrado en muchos textos constitucionales del siglo XIX y de la primera mitad de la actual centuria. Las fórmulas empleadas eran diversas, ajustadas todas ellas a la doctrina de la época. Así, por ejemplo, se hablaba de que los impuestos habían de satisfacerse con arreglo a los medios, a los bienes o a la riqueza de los ciudadanos. En los textos posteriores a 1945 se formula explícitamente el principio de capacidad contributiva. Tal ocurre, por ejemplo, en la Constitución italiana (art. 53, párrafo 1.º) y en el Fuero de los Españoles (art. 9.º). Lo útil en materia financiera (73) no es que la Administración actúe de prisa, sino que actúe bien; no es cumplir un programa, sino que éste sea justo. Mal pueden satisfacerse ambas exigencias si los impuestos se establecen precipitadamente, por agobios del Tesoro, sin que preceda un estudio sereno y sossegado por quienes tienen a su cargo la tarea de legislar, o si el volumen de los gastos públicos o su distribución son asuntos que se confían a la omnimoda voluntad de los Gobiernos. No caigamos en el error de pensar que la eficacia es sólo cuestión de velocidad. Un sistema fiscal dará a la larga óptimos frutos si ha sido objeto de una paciente construcción, y ésta sólo puede ser obra de la ley!

(71) *La estructura del Estado*. . ya cit., pág. 49, nota 90.

(72) *Op. cit.*, pág. 43 y sigs.

(73) *Idem*, pág. 435 y sigs.

Pero librémonos también del error contrario. La discusión prolija de las leyes en el seno de Parlamentos o Asambleas no sólo entorpece y retrasa las labores de Gobierno, sino que desemboca con frecuencia en una especie de pacto o transacción entre los diversos grupos de «interesados», cosa inevitable cuando el Parlamento, agitado por la pasión partidista, se olvida de que las leyes que está fraguando han de ser instrumentos del *bien común*.

«La fórmula de equilibrio puede venir de una reforma del proceso de elaboración de las Cámaras o Parlamentos—Cortes Españolas—a los que constitucionalmente esté atribuida la función legislativa. La reforma puede referirse tanto a la *composición* como al *funcionamiento* de las Comisiones o Secciones a las que, dentro de las Asambleas, esté encomendado el examen de esta clase de leyes. En el primer punto podría pensarse en la conveniencia de requerir durante las deliberaciones el informe o asesoramiento de personas técnicas—a mi juicio, al ser posible, profesores, dadas las razones de visión general del sistema a que nos hemos referido al principio—en cada ramo de la Administración económica del Estado, aun cuando en esas personas no concurre la cualidad de miembros de la Asamblea».

«Aligerada de trámites (74) la gestación de las leyes y mejorada, en cambio, su calidad técnica, parece inexcusable mantenerse fieles al principio—consagrado en el ordenamiento positivo de casi todos los Estados—según el cual la Administración pública carece de competencia para *crear* normas jurídicas de carácter general, salvo en los casos de urgencia o de grave peligro que las propias leyes prevean, o en los supuestos de delegación expresa del Poder legislativo en favor de la Administración.» Esto en materia financiera es importantísimo, pues «la *potestad reglamentaria* en materia financiera—sobre todo en el ámbito impositivo—ha de circunscribirse a la ejecución de las normas legales. En el ámbito del Derecho financiero español, los reglamentos tienen una importancia no oria, tanto en lo que se refiere a la organización, administración y contabilidad de la Hacienda pública, como en lo que atañe al sistema fiscal. Por ello, el conocimiento y sistematización de ese amplio y heterogéneo conjunto de normas constituye una operación indispensable para elaborar esta rama del Derecho patrio».

(74) Op. cit., pág. 438.

Mientras esta tarea no se acometa por especialistas sólidamente preparados, no nos sirve el concepto de Empresa que se ha forjado el deficiente Derecho financiero español.

b) Tampoco el Derecho del trabajo nos da un concepto de la Empresa, haciendo algo parecido a lo que hemos escrito del llamado Derecho fiscal.

Los especialistas en Derecho del trabajo reconocen la importancia decisiva que tiene el fijar este concepto, habiéndose llegado a decir que «en la sistemática del Derecho del trabajo la Empresa debe figurar como uno de los capítulos más trascendentales de esta disciplina», pero que «es lamentable observar cómo una gran parte de los Manuales de Derecho del trabajo abordan este tema de la Empresa con cierta imprecisión, cuando no lo silencian totalmente, cediendo este trozo de vida jurídica organizada al Derecho mercantil, que se ha llegado a definir como un auténtico Derecho de Empresas» (74). Para el profesor PÉREZ BORJA (76), «en ningún momento debe perderse de vista «la» idea económica de la Empresa». «Cual sea la noción que convenga a aquella estructura económica, es cosa que aún está por dilucidar... De las diversas investigaciones llevadas a cabo, donde más sustancialmente se ha construido la teoría de la Empresa ha sido en la vertiente patrimonial, vertiente que tiene plena vigencia en Derecho laboral», lo que ha hecho decir a algún especialista en Derecho del trabajo—como HERRERO NIETO (77)—que—claro es que para el Derecho del trabajo—«la Empresa no es una realidad perenne, sino que está ligada a toda la estructura social y espiritual de la época. La Empresa no por eso deja de ser el soporte más importante de los intereses de la economía, bien sean éstos puestos al servicio de la ganancia por la ganancia, o bien al servicio de la comunidad. No ha cambiado el fin o perspectiva económica de la Empresa, sino la forma de relacionarse y vincularse los distintos medios que se emplean para conseguir ese fin. Este cambio es el que auténticamente interesa a los Jus laboristas, que cada vez centran más sus estudios sobre la misma. Los que incu-

(75) Cfr. HERRERO NIETO (Bernardino): *La Empresa como marco jurídico más importante de las relaciones laborales*, en *Estudios dedicados al profesor García Oviedo, con motivo de su jubilación*, Vol. II: *Derecho laboral*, Sevilla, 1954, pág. 189.

(76) *Curso de Derecho del trabajo*, Cuarta edición. Madrid, 1955, pág. 41.

(77) Op. cit. en la nota 75, pág. 215.

rren en el vacío o abordan de pasada el problema de la Empresa, como marco jurídico de la relación laboral, como una de las unidades más solemnes de esta disciplina, no solamente mutilan la sistemática, sino que anulan una de las partes más interesantes del llamado «Derecho colectivo del trabajo», así como también se apartan de la línea marcada por los textos fundamentales de nuestro Derecho positivo».

«En principio—como escribe el profesor PÉREZ BOTIJA (78)—, puede afirmarse que el concepto legal no constituye un concepto unitario, sino que se basa en una doble hipótesis, implícita en el artículo 5.º de la Ley de Contrato de Trabajo de 1944. Cabe en el Derecho español una teoría patrimonialista y una teoría contractualista de la Empresa. También podría hablarse de una teoría laborista pura de la Empresa, en cuanto ésta se concibe en todo centro «donde se preste el trabajo».

B) Ante esta diversidad de criterios tuvo que ser la Jurisprudencia quien se plantease el concepto de Empresa. Y fué la Sentencia de nuestro Tribunal Supremo, de 13 de marzo de 1943, quien formuló por primera vez (79) el concepto de Empresa al decir que «es innegable que cualesquiera que sean las dificultades con que se tropiece para construir esa institución, favorecidas por el silencio que a este respecto guardan nuestros cuerpos de Derecho material, desechadas las teorías que lo conciben como una persona jurídica, o como un patrimonio autónomo, o como una *universitas rerum*, que implica una reunión al par física y económica de elementos de muy variada condición, que unitariamente considerados exigen un tratamiento jurídico propio, gana terreno en el orden científico la idea de que la Empresa es una suma, una verdadera organización de actividades, de bienes y de relaciones de muy variada condición que, pese a la condición de cada uno de ellos, puede ser, *en su conjunto*, objeto de tráfico jurídico; sin que la idea sea extraña a nuestras prácticas comerciales, en las que suele ser frecuente la transmisión, definitiva o temporal, del negocio mercantil como entidad sustantiva, ni puede decirse ajena a nuestro Derecho, que en algún caso,

(78) Op. cit., pág. 43 y sigs.

(79) Traté de esta cuestión, aunque estudiando la Empresa como posible Entidad registrable, en mi *Introducción al Derecho registral*. Madrid, Editorial «Revista de Derecho Privado», 1947, pág. 158 y sigs.

como el contemplado por el art. 928 del Código de Comercio, admite la posibilidad de que la Empresa sea *traspasada*, que es tanto como decir que, considerada como un todo, puede ser y es frecuentemente objeto de relaciones jurídicas de carácter obligacional». Y la Sentencia de 13 de enero de 1944, que destaca *el elemento espiritual* de la Empresa al decir que «la explotación o negocio industrial está normalmente integrada por un patrimonio y por una organización de actividad que da aliento a los elementos materiales, coordinándolos en una unidad económica susceptible de producir ganancia o lucro, destacándose generalmente de estos elementos el carácter preponderante de la organización—elemento espiritual—sobre el patrimonio—elemento material—, que a veces desempeña papel muy secundario».

Estos interesantes fallos de nuestro más alto Tribunal, doctrinalmente están inspirados en la doctrina sustentada por el maestro GARRIGUES, tan excelente mercantilista como civilista (80).

«En la agrupación de fuerzas realizada por la Empresa—dice Georges RIPERT (81)—, el fin perseguido por ella es de una importancia capital. Este fin es el *bien común* de los hombres que cooperan en la Empresa. No se trata solamente de la remuneración ilimitada del capital por medio de los beneficios obtenidos, sino también de asegurar la vida a los hombres que trabajan en la Empresa y a sus familias respectivas. Capital y trabajo deben de hallar en la Empresa satisfacción, aunque de naturaleza distinta, y si ella no es capaz de proporcionársela, no es digna de vivir». Y «en la Empresa capitalista no existe otro fin que la obtención de ganancias. Esta obtención es el criterio reconocido por el Derecho mercantil para distinguir la Sociedad de la Asociación. Desde el momento en que la dirección de la Empresa se confunde con la propiedad de la misma, su objeto es necesariamente egoísta».

C) Ya hemos dejado esbozadas en otra ocasión (82) las soluciones sociales para remediar estos males. Hoy vamos a exponer brevemente la manera de llevar a la práctica esa participación del

(80). *Curso de Derecho Mercantil*. Madrid, Aguirre, 1936, tomo I, página 439. Cfr. también *Tratado de Derecho Mercantil*, tomo I, volumen I: *Teorías generales, comerciante individual, Sociedad colectiva, Sociedad comanditaria*. «Revista de Derecho Mercantil», Madrid, 1947, pág. 231 y sigs.

(81) *Aspectos jurídicos...* cit., pág. 286.

(82) En mi trabajo: *La estructura del Estado...*, cit., pág. 35 y sigs.

trabajo en los beneficios de la producción a que aludimos entonces.

Tres soluciones ha propuesto la doctrina—como principales—para hacer efectiva la participación de los trabajadores en los beneficios de la producción y en condiciones de proporcionalidad con el capital.

a) Participación en los Consejos rectores de la Empresa—Consejos de Administración en las Sociedades Anónimas—con todas sus consecuencias, para lo cual no consideramos a nuestros obreros suficientemente preparados, ya que para ello sería preciso que conociesen la *técnica de los balances*, extremo bastante difícil sin una buena formación en materias económicas. A la larga, y cuando comiencen a dar los resultados apetecidos las tácticas empleadas en nuestras Universidades Laborales, creo que podrá llegarse a la consecución de este bello ideal (83).

Para RIGERT (84), esta solución constituye un error por confundirse la Sociedad con la Empresa. «La Sociedad—dice—es el capital organizado; los trabajadores no tienen por qué intervenir en esta organización del capital, de la misma manera que los accionistas no tienen por qué intervenir en los Comités de Empresa». A mi juicio, siguiendo esta orientación—que es, en definitiva, la española de la legislación sobre las Juntas de Jurados en las Empresas—, ya no se consigue la proporcionalidad necesaria que propugnamos entre el capital—que actúa en condiciones de superioridad—con el trabajo.

b) La participación en los beneficios, solución pensada por el régimen capitalista. «La parte atribuida al capital—dice RIGERT (85)—se reparte entre los accionistas en forma de dividendos, y hay que observar que sobre esta parte el Fisco practica una deducción de tal importancia que el trabajo se beneficia indirectamente por las obras sociales que el Estado sostiene. Pero no lo sabe. Es, pues, necesario que la parte atribuida al trabajo sea visible. La distribución entre los trabajadores es la peor solución. El fracaso de la participación en los beneficios lo demuestra a las claras—se refiere a las experiencias francesas que cita—. La parte del trabajo debe ir a parar íntegramente a las obras sociales de la Empresa, al

(83) Cfr. las interesantes consideraciones que hemos leído en el semanario «Vanguardia Segoviana», correspondiente al día 9 de junio de 1956, que reproduce un artículo del padre MARTÍN BRUGAROLA, S. J.: *Análisis de un clima al aplicarse unos consejos de Empresa*.

(84) *Aspectos jurídicos...* cit., pág. 317.

(85) *Idem*, pág. 325.

mejoramiento de las condiciones de vida de los trabajadores, especialmente a la vivienda obrera. Pensemos en lo que podría ser hoy una ciudad obrera si, desde hace un siglo, una parte de los beneficios de la Empresa hubiese sido consagrada a las obras sociales.

Será necesario establecer una cierta repartición para que la condición de los obreros no sea demasiado diferente según las Empresas. No obstante, si se quiere interesar a los obreros en ellas, será necesario mantener algunas diferencias. La importancia de las obras sociales será un testimonio de la prosperidad de la Empresa. Los trabajadores administrarán estas obras y aprenderán que sus recursos provienen de los beneficios de la explotación. Quizá se llegara así a interesarlos en la productividad de la Empresa y a desarrollar en ellos la idea de que la fábrica es *su* fábrica y no sólo la de su patrono, y a hacerles perder ese espíritu capitalista que tienen sin darse cuenta».

En nuestra Patria sólo el Instituto Nacional de Industria creo que está ensayando el sistema de participación en beneficios, con gran indignación por parte de las grandes Sociedades Anónimas (86), que le achacan el encarecer la producción, sofisma empleado por quienes tratan por todos los medios de ver crecer los dividendos de sus acciones de manera desorbitada—que de la otra forma no crecerían en esas proporciones—, sin que el gran público se dé cuenta de que detrás de todo ese tinglado no existen más que los Bancos, puros instrumentos del capitalismo.

c) Este sistema de participación de beneficios sería irrisorio si no se implanta la intervención estatal en las grandes Sociedades Anónimas a través de un Delegado del Gobierno con aptitud técnica para entender los balances y no en forma de prebenda o consuelo de cesantías en los cargos políticos, ya que la misión requiere una especial preparación técnica para ser ejercida con eficacia.

La misión principal del encargado o encargados del control de la intervención sería la de establecer la proporción adecuada entre los beneficios obtenidos por los tres elementos de la producción: capital, trabajo y técnica, así como la de valorar la superproducción al cupo fijado al principio del ejercicio, para poder llegar con las *primas de*

(86) Es digno de destacarse el ejemplo de la fábrica de maderas, propiedad del Patrimonio Nacional del Estado, de Valsain, en donde también se reparten beneficios entre sus trabajadores.

producción a los trabajadores con el fin de acumular, a la igualdad social establecida, el aumento de renta nacional conseguido con la superproducción.

IV

Toda esta estructuración social no se consigue parcialmente. La experiencia del tiempo transcurrido sin grandes resultados conseguidos nos lleva a la necesidad de propugnar soluciones nuevas y radicales que, en España, creo que tienen fácil solución si tenemos en cuenta el pequeño número de grandes especuladores del capitalismo; de todos conocidos a través de figurar sus nombres siempre en los grandes Consejos de Administración. Basta con leer cotidianamente cualquier revista económica española.

Pocos en número, pero con actuación tan sumamente peligrosa que está provocando un cuadro de gravísimos problemas a la economía española y que VELARDE FUENTES (87) ha puesto recientemente de relieve, cuales son: «el déficit de la vivienda, el crecimiento del poder de los grandes Bancos, el fracaso de la contribución sobre la Renta, de la lucha para conseguir una eficaz redistribución de la Renta nacional sin alterar los precios, de la necesaria Reforma Agraria, del funcionamiento de los mercados de algunas industrias básicas—cemento, acero—o de la precisa reestructuración del Comercio exterior—y aún quedan en el tintero otras gravísimas cuestiones», dice VELARDE. Al denunciar al monopolio papelero español, dice que «la cuestión se agranda pasando al terreno cultural y social—más libros y periódicos baratos para la población pobre que el Ministerio de Educación Nacional arranca del analfabetismo—es evidente».

Ante este panorama nacional, me creo en el deber de advertir como jurista que estamos expuestos a que el capitalismo acabe incluso con el Estado si no se toman medidas urgentes y radicales.

A) Con una atmósfera o clima apropiados, lejos de reducir al

(87). *Consideraciones sobre algunas actividades monopolísticas en el mercado papelero español*, en «Revista de Economía Política», septiembre-diciembre de 1955, volumen VI, núm. 3, pág. 125.

capitalismo, éste se ha desarrollado sobremanera porque el ambiente le favorece.

Este ambiente se traduce en una tendencia sustitutiva de la vinculación del hombre o de la familia a la propiedad por la conquista del dinero, de lo que hay que acusar—como escribe RIPERT (88)—, «en primer lugar, la instrucción pública. La preponderancia dada a la enseñanza científica rebaja los espíritus a admirar de una manera exclusiva la civilización material. El trabajo desinteresado de investigación desaparece, a menos que no se trate de la investigación científica. Las Escuelas de Formación Profesional son preferidas a las Universidades. Los alumnos de las altas escuelas sueñan con los altos puestos de la Industria o de la Banca.

En las clases burguesas se buscan las profesiones en consideración a los beneficios posibles. Los funcionarios públicos dejan de considerar como un honor el servir al Estado, miran con cierta envidia a los empleados privados, mejor retribuidos que ellos, y piensan en ponerse al servicio del capitalismo. Los miembros de las profesiones liberales buscan su clientela entre las grandes Compañías, y los Notarios, Abogados, Médicos, etc., no tienen mejores clientes ni apoyos que las Sociedades mercantiles. Los pequeños rentistas, los retirados, clientes del Estado o de una Caja de Seguros, tienen la preocupación constante de la depreciación monetaria y se reprochan el no haber acumulado mayores capitales, y, sobre todo, el no haberlos invertido en mejor forma. En cuanto a los trabajadores, empleados y obreros, se preocupan más de la remuneración de su trabajo que de la calidad del que deben prestar. «Todo el mal viene de la burguesía capitalista —dice PEGUY—. Es ella la que ha contaminado al pueblo. Le ha inoculado precisamente el espíritu burgués y capitalista.» Al ver tratar a su trabajo como una mercancía, han adoptado el mismo estado de espíritu que consiste en considerarlo como tal, es decir, en aprovecharse de cualquier circunstancia para conseguir alguna ventaja material. Se consideran acreedores de la Empresa, puesto que no participan en ella. Ni se les puede impedir que invoquen a su favor la ley de la oferta y de la demanda cuando la mano de obra escasea en el mercado. En caso de necesidad, se valen de la huelga, «este acto de especulación bursátil de los trabajadores», según decía PEGUY.

(88) *Aspectos jurídicos...* cit., pág. 349.

La consideración exclusiva de la riqueza asegura la supremacía y el poder del dinero. Si hoy día se alza un clamor tan grande contra él, es precisamente por ser el único que da el poder. Por otra parte, y a pesar del grito de protesta, existe una secreta admiración hacia la persona que ha conquistado la riqueza gracias a un hado favorable, sea un capitán de industria, un multimillonario americano o el favorecido con el primer premio de la Lotería Nacional. Incluso surge una cierta indulgencia en favor de los jugadores demasiado hábiles de Bolsa... El abuso del espíritu mercantil legitima la especulación de mala fe.

Pero no hay que confundir este espíritu con «el deseo de ser rico, que es propio de todos los tiempos. Este deseo era antiguamente el apetito de disfrutar de bienes materiales. Se apaga por la saciedad. El hombre moderno ha llegado a aumentar el lujo de su vida ordinaria, pero no consigue las mismas satisfacciones que el hombre de otras épocas en el uso de los bienes que le pertenecen.

»Las formas nuevas de riqueza no traen aparejado ningún sentimiento afectivo para las cosas que poseemos. La agitación de la vida moderna no encuentra satisfacción en la tranquila posesión de los bienes... *La riqueza es el poder más que el goce*» (89).

B) Contra este clima moral no hay más que su transformación al compás revolucionario de una grande e inigualable conmoción, que, cual nuestra Cruzada, puede resultar estéril en la transformación social, reduciendo el capital a la categoría programática de mero instrumento de la producción, a pesar de muchos y loables resultados obtenidos en otros aspectos, especialmente en cuanto al muy importante de la reconstrucción de una Patria deshecha.

Pero, en el orden social, esto no basta. Y lo malo es que, queramos o no, tenemos que marchar al compás de las circunstancias históricas que nos mandan por la senda de lo social, que el político y el jurista deben de prever en sus consecuencias.

En su último libro, Georges RIPERT (90) pone de relieve los peligros que nos amenazan en este orden. Sólo la estabilidad jurídica es capaz de defender a Europa de otras grandes conmociones. Para mantener nuestra civilización—dice—es preciso imponer al legislador el respeto a los principios jurídicos sobre los que descansa

(89) *Aspectos jurídicos...* cit., pág. 338.

(90) *Les forces créatrices du Droit*, ya cit. en la nota 4, pág. 421.

el mismo orden jurídico que le sostiene, manteniendo a todo trance en el juego de las fuerzas sociales el valor de las reglas morales sobre las cuales el Derecho está construído.

Por cuanto se refiere a la realidad actual española, es la vuelta a los principios equitativos del Derecho civil, inspirado en el Derecho natural, la que debe de presidir este orden nuevo en :

a) Vinculación de la propiedad al hombre y a la familia en forma tangible, concreta, humanizada ; en una palabra, fortaleciendo las instituciones publicitarias precisas para hacerla deseable y segura.

b) Vinculación efectiva del capital a los otros elementos de la producción en forma de actividad personal, limitando intereses a los meros rentistas de acciones y obligaciones de las Sociedades Anónimas.

c) Intervención estatal *directa*, y en la forma desarrollada en el texto, en los organismos rectores de las Sociedades Anónimas, que, en todo caso, deberán de quedar subordinadas a la Empresa en la forma esbozada.

d) Nacionalización prudente, pero progresiva, de la Banca, cuidando muy bien el Estado de huir de toda transformación perniciosa que pudiese conducir a convertirlo en capitalista y cayendo, por tanto, en el capitalismo estatal.

e) Construcción de un verdadero sistema financiero más humano e inspirado en el Derecho privado, que—como escribe el profesor ERNST BLUMENSTEIN (91)—crea inicialmente la configuración de las manifestaciones económicas en materia tributaria. Es muy urgente la reforma de la inspección del tributo en España. «Los funcionarios encargados de la práctica de este servicio—dice SAINZ DE BUJANDA (92)—han divulgado en muchas zonas del territorio nacional las leyes fiscales del Estado español, dando efectividad a obligaciones tributarias que no habían salido del marco de los textos positivos. Pero esa actuación ha tenido que producirse con la ayuda de una doctrina jurídico-tributaria muy pobre, lo que ha obligado a los contribuyentes y a los agentes del Fisco a adoptar sus deter-

(91) *Schweizerisches Steuerrecht*, Tübingen. 1926, tomo I, cap. 3.º, apéndice III.

(92) Op. cit., pág. 458 y sigs.

minaciones siguiendo criterios fundamentales empíricos, sin tener en cuenta que «todo régimen fiscal cuyo sistema de sanciones se produzca al margen de la doctrina jurídico-penal y de los principios generales sobre ilicitud civil o administrativa ha de ser forzosamente irracional y arbitrario».

f) Seguridad jurídica para el español, dotando al ordenamiento jurídico de normas fundamentales que autolimiten a la Administración para que la regla jurídica posea la relativa certeza a que el Derecho debe siempre aspirar (93), acabando con las contradicciones normativas en una labor unificadora que sea capaz de caracterizar nuestro orden jurídico.

He aquí una gran tarea que se brinda a la juventud, que—como ha escrito José María DESANTES (94)—«los jóvenes de hoy, los «hombres de mañana mismo», no son mejores ni peores que los de otras épocas. En su ambiente pululan los fantasmas de la atonía y de la confusión, es cierto. Pero España disfruta de una brisa histórica que nos va trayendo sin cesar aromas de tradición y del más auténtico ambiente de cristiandad. Y a nuestros jóvenes les sobra sentido común para darse cuenta de lo que ocurre en su contorno.»

»La corriente intelectual española, que de un modo abierto y optimista, firme e insistente, comenzó la elaboración de un sistema de ideas fundadas en esa tradición, va cada vez más claramente colocando hitos en los caminos a recorrer por todos los variados campos que la cultura comprende. Dentro del acervo de valores que en ella resaltan ha de ocupar su lugar exacto el Derecho. Se trata de ver las beneficiosas posibilidades que el Derecho lleva consigo para la formación de esta juventud, que espera su hora de actuar en la vida pública y privada. Y las consecuencias que se derivan de la buena o mala prosecución de los fines propios del Derecho.»

Si nosotros, sus profesores y maestros, no defraudamos a esa juventud, lograremos crear en ella una auténtica conciencia generacional, que es el mejor pilar para que pase a la Historia cubierta de gloria, en una decisiva e importante etapa de la Historia de España, que tanta sangre y tanto heroísmo costó (95):

(93) Cfr. CALAMANDREI: *La certezza del diritto e la responsabilità della dottrina*, en «Rivista del Diritto commerciale», 1942, págs. 341 y sigs. También el libro de LÓPEZ DE OÑATE: *La certezza del Derecho*. Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1953.

(94) *El valor formativo del Derecho*. Atencó, Madrid, 1955, págs. 9-10.

(95) No se logrará la pervivencia del régimen, en el campo de la cultura,

Para que no se quede en simple episodio histórico, no olvidemos que nuestra Patria se sigue asentando en los dos órdenes jurídicos romano y canónico; tradición el primero y revolución el segundo, ya que no en balde el Cristianismo fué la verdadera e incommovible revolución, en lo político y en lo social: hombre, familia y Sindicato, que junto con el Municipio constituyen los pilares fundamentales del régimen político español. Perfección del hombre, robustecimiento y cristianización de la familia, trabajo como mandato divino y convivencia *ad bonum commune* mediante la realización de la Justicia Social, constituyen los fundamentos sociales del orden cristiano que el Derecho civil—mejor que ningún otro—ha sabido respetar mediante una vinculación constante y perenne al Derecho natural.

PASCUAL MARÍN PÉREZ

Catedrático de Derecho civil. De las
carreras Judicial y de Ciencias Polí-
ticas y Económicas.

sin haber forjado un auténtico orden nuevo, como tiene hoy, incluso la Rusia soviética, todo lo bárbaro y discutible que se quiera, pero con raíces para perdurar (cfr. DAVID (René) y HAZARD (John): *Le Droit soviétique*, Tome II: *Le Droit et l'évolution de la société dans l'U.R.S.S.* París, 1954, página 81 y sigs.).

De esta forma lograremos formar una conciencia generacional similar —pero indestructible— a las muy arraigadas en la sociedad española (cfr. JOVER (José María): *Conciencia obrera y conciencia burguesa en la España contemporánea*. Ateneo. Madrid, 1952).

El contencioso-administrativo en España (*)

SUMARIO: I. Introducción.—II. Los sujetos del proceso.—III. El objeto del proceso.—IV. Los requisitos procesales y su tratamiento jurídico.—V. El objeto del proceso.—VI. Nacimiento desarrollo y terminación del proceso.—VII. Efectos del proceso.

I. INTRODUCCION

1. Cuando España regula por primera vez un sistema para decidir los conflictos entre la Administración y los particulares, se limita, como tantos otros ordenamientos jurídicos, a mal copiar el sistema francés (1). Pero la evolución posterior ha ido configurando un contencioso-administrativo que dista bastante del patrón que

(*) El presente trabajo es la versión castellana del que, con el mismo título, aparecerá en el próximo número de la «Revue Internationale des Sciences Administratives», que edita el «Institut Internationale des Sciences Administratives», en Bruselas. Ya en la imprenta este trabajo, se ha publicado en el *Boletín Oficial de las Cortes* (de 27 junio 1956) el Proyecto de Ley de la jurisdicción contencioso-administrativa, que constituye un paso definitivo en la estructuración del nuevo Estado español y en la historia de nuestro Derecho administrativo, a la que quedará unido para siempre el nombre del Ministro de Justicia.

(1) Un resumen de la evolución legislativa, en GONZÁLEZ PÉREZ, *Derecho procesal administrativo*, Madrid, 1955, I, págs. 439 y ss., al que me remito.

sirvió de inspiración, dotando al sistema de líneas peculiares propias, que han trascendido a los ordenamientos de los pueblos hermanos de América. El hecho es fácilmente explicable si se tiene en cuenta que, como ha reconocido WALINE, al prologar una reciente obra con que un escritor francés se enfrenta con el sistema inglés, «las instituciones jurídicas» ne se transplantent pas plus facilement que les arbres ou les fleurs elles-mêmes, ne peuvent vivre sous n'importe quel climat et dans n'importe quelle terre» (2).

2. Hoy España prepara una nueva ley de la jurisdicción contencioso-administrativa. En este trance no faltan ardientes defensores del sistema francés, que tratan de confiar esta jurisdicción a Tribunales administrativos encuadrados en la propia Administración, como así se han pronunciado voces muy autorizadas en los países de lengua española (3). Sin embargo, la dirección dominante es muy distinta y no es improbable que en la nueva ley se acusen con más fuerza los peculiares caracteres del sistema hispánico de jurisdicción administrativa, abandonando la copia de instituciones que, aun produciendo excelentes resultados en sus países de origen, serían contraproducentes entre nosotros (4):

3. En esta situación parece oportuno dar a conocer al público extranjero las corrientes más acusadas entre nosotros sobre el contencioso-administrativo, en relación con el sistema actual, contenido en el *Texto refundido de Ley de lo contencioso-administrativo, aprobado por Decreto de 8 de febrero de 1952*, cuya reforma viene pidiéndose insistente y unánimemente por la Magistratura, la Abogacía y la doctrina. Porque la disposición básica de las refundidas en el mencionado texto fué la ley de 13 de septiembre de 1888, reformada en 1894, y profundas han sido las modificaciones experimentadas en nuestra realidad jurídico-administrativa desde aquella

(2) TIXIER, *Le contrôle judiciaire de l'Administration anglaise*, París, 1954, pág. 7.

(3) Por ejemplo: en Argentina, por influencia de BIELSA, los profesores BERCAITZ, GÓMEZ, FORGUEZ, MOUCHET, BERRISO, PESSAGNO y MALBRÁN, en *Encuesta sobre la revisión constitucional*, Buenos Aires, 1949, páginas 73, 77, 92 y 165; en México, FRAGA, *Derecho administrativo*, 5.ª edic., México, 1952, págs. 611-627; en Colombia, PAREJA, *Lo contencioso-administrativo*, 1947; en Chile, SILVA CIMMA, *Derecho administrativo* (apuntes de clase), Santiago, 1953, págs. 391-419, etc.

(4) En análogo sentido, con una exposición de las razones que fundamentan tal afirmación, en GONZÁLEZ PÉREZ, *La sentencia administrativa. Su impugnación y efectos*, Madrid, 1954.

fecha para que una ley de 1888, pueda cubrir las exigencias de justicia. Aparte de que, pese al enorme avance que supuso, aquella ley distaba bastante de constituir una eficaz garantía de los derechos de los administrados (5).

4. Al exponer las corrientes doctrinales y jurisprudenciales que se observan en España, y no olvidando que el contencioso-administrativo es un auténtico proceso, seguiremos una sistemática de Derecho procesal, cada día más difundida, que hará más fácil y ordenada nuestra exposición.

II. LOS SUJETOS DEL PROCESO

A) *El órgano jurisdiccional.*

Problema capital de la organización de la jurisdicción administrativa es el de la regulación de los órganos a los que ha de confiarse el conocimiento de los llamados recursos contencioso-administrativos. Porque sólo contando con órganos integrados por personal independiente, idóneo y preparado, es posible resolver con justicia los litigios administrativos. Independencia, idoneidad y preparación son características esenciales del juez en general, y concretamente del juez administrativo. Esta trascendencia del tema justifica que haya sido el más debatido entre nosotros y hasta que haya tenido un matiz político indudable, al menos a lo largo del siglo XIX, al proclamarse defensores de un sistema judicial puro los liberales y de un sistema administrativo los conservadores (6). Precisamente para superar estas posiciones, que parecían irreconciliables, un profesor español ideó un sistema que tuvo consagración plena en la Ley de 1888 (7). El sistema se bautizó después con el nombre de mixto

(5) Un resumen de esta opinión, aparte de la ob. cit. en nota anterior, en GARCIA DE ENTERRIA, *Sobre un texto refundido de la legislación contencioso-administrativa*, en «Revista de Administración pública», número 6, págs. 279 y ss.

(6) Cfr. JORDANA DE POZAS, *Le Conseil d'Etat espagnol et les influences françaises au cours de son évolution*, «Livre Jubilaire», Conseil d'Etat, París, 1952, págs. 527 y ss.

(7) SANTAMARÍA DE PAREDES. Sobre su defensa del Proyecto de Ley en

o armónico. ¿En qué consistía? Sencillamente, en atribuir el conocimiento de los recursos contencioso-administrativos a órganos integrados por personal procedente de la carrera judicial y por personal procedente de la carrera administrativa. Ahora bien, esta idea esencial del sistema adoptó diversas variantes: en un principio, los órganos así integrados estaban encuadrados en la propia Administración; el Tribunal administrativo venía a ser—y llegó a ser—una sección del Consejo de Estado. Pero, a partir de la Ley de 5 de abril de 1904, los órganos se estructuraron en la común organización judicial.

Estas variantes explican la dificultad experimentada por la doctrina al catalogar nuestro sistema. Si en un principio pudo, en cierto modo, admitirse que existía un Tribunal administrativo independiente, después la realidad era que nos encontrábamos con un sistema francés, y, por último, con un sistema judicial, pero no con un sistema judicial puro. Por eso no tiene razón ZANOBINI cuando hoy cataloga nuestro sistema entre los que se inspiran en el sistema alemán (8). Porque desde la Ley de 5 de abril de 1904, el contencioso-administrativo español es llevado ante órganos encuadrados en la común organización judicial. Ahora bien, la experiencia ha demostrado que si tales órganos estuvieren integrados por miembros de la carrera judicial, el sistema adolecería de un defecto capital: la falta de idoneidad de los jueces. Porque los jueces españoles, cuya preparación jurídica civil y penal es excelente, adolecen de una falta de preparación jurídico-administrativa que ni adquirieron al ingresar en la carrera, ni después en la práctica profesional, reducida a conocer cuestiones civiles y penales hasta llegar a las Salas de lo contencioso-administrativo.

Esto explica que si bien se estima acertado que los órganos de la jurisdicción contencioso-administrativa estén encuadrados en la organización judicial, se exija la especialización de los jueces que han de integrar esos órganos. Y es indudable que esta característica del sistema español se acentuará en la nueva Ley. *Organos judiciales y jueces especiales*. He aquí la fórmula española de jurisdicción administrativa. No hay por qué confiar el conocimiento de los litigios

el Congreso de los Diputados, vid. el apéndice a su *Curso de Derecho administrativo*, 3.^a edc., Madrid, 1891, págs. 881 y ss.

(8) *Corso di Diritto amministrativo*, 7.^a edc., Milano, 1934, II, pág. 24.

administrativos a unos Tribunales administrativos del modelo francés. La gran lección de Francia sobre la jurisdicción administrativa no fué que se atribuyera a un cuerpo consultivo administrativo. Ello fué algo circunstancial, accidental. La gran lección de Francia fué la idoneidad de los jueces administrativos. Y si esta idoneidad se logra dentro de la común organización judicial, ¿por qué crear unos órganos especiales dentro de la Administración, pero independientes de la Administración activa?

Esta fórmula que ofrece España puede, por otro lado, ser la auténtica solución para aquellos países de la América española cuya historia del contencioso-administrativo se ha visto atormentada por una discusión en cierto modo estéril: por un lado se veía la necesidad de atribuir el conocimiento de los litigios administrativos y Tribunales idóneos; por otro, las Constituciones exigían—interpretando correctamente el principio de división de poderes— que los órganos a los que se confiara la misión de juzgar, integraran el Poder judicial (9). Y como cuando se pensaba en Tribunales idóneos se pensaba siempre en Tribunales administrativos, se estaba en un círculo vicioso, que en ocasiones se resolvió creando unos Tribunales independientes del Poder judicial y del Poder ejecutivo, con lo que se venía a consagrar un sistema parecido al alemán (10). Pero la fórmula española puede ser más práctica y más congruente con el espíritu de aquellas Constituciones americanas. Bastará con mantener el principio de que los órganos judiciales, órganos integrados en el Poder judicial, decidan los litigios administrativos; pero

(9) Cfr., por ejemplo, en Méjico, CRUZADO *Elementos de Derecho administrativo*, Méjico, 1896, pág. 223, y PALLARÉS, *El Poder judicial*, Méjico, 1874, pág. 15, así como CASTILLO LARRAÑAGA y PINA, *Instituciones de Derecho procesal civil*, Méjico, 1950, págs. 500 y ss.

En la Argentina, un resumen excelente del problema, en la completa monografía de BOSCH, *Tribunales judiciales o Tribunales administrativos para juzgar a la Administración pública*, Buenos Aires, 1951, así como en el reciente trabajo del mismo autor, *Lo contencioso-administrativo y la Constitución nacional*, publicado en «La Ley», en el núm. de 1 de marzo de 1956.

(10) Así ocurrió en Panamá. Cfr. DÍAZ, *La jurisdicción contencioso-administrativa en Panamá*, Panamá, 1947, págs. 13 y ss.

Puede decirse que lo mismo ha hecho Uruguay en su Constitución de 1952, al crear un Tribunal de lo contencioso-administrativo. Cfr. SAVAGÜES, *El Tribunal de lo contencioso-administrativo*, Montevideo, 1952, págs. 65 y ss. Existe un proyecto de Ley de la jurisdicción contencioso-administrativa de 23 de diciembre de 1954 (publicado en España en «Información jurídica», núms. 144-145), que regula la organización del Tribunal y procesó ante el mismo. Se encuentra actualmente en el Senado uruguayo.

creando Salas especiales, en las que deberá procurarse la idoneidad de su personal:

B) *El Ministerio público*

Uno de los temas de actualidad en la doctrina española consiste en si debe darse intervención en el contencioso-administrativo a un órgano imparcial auténtico defensor de la ley, que desempeñaría en el proceso papel análogo al que desempeña en Francia el Comisario del Gobierno.

Es cierto que la legislación vigente reconoce en algún caso la intervención del Ministerio público (denominado Ministerio fiscal) (11), con el carácter de auténtico defensor de la ley (art. 26, Ley de lo contencioso-administrativo de 1952). Pero, salvo estos casos especiales, el Ministerio fiscal no es, en el proceso administrativo, un defensor de la ley, sino el defensor y representante de la Administración en el proceso. Por ello, la doctrina se pronuncia decididamente porque se llamen las cosas por su nombre y se despoje al representante de la Administración de su carácter de Ministerio público, confiándose su defensa a sus abogados respectivos (12).

Una última solución es la que pugna por la coexistencia en el proceso de un representante y defensor de la Administración y de un Ministerio público independiente. Nosotros mismos hemos mantenido esta tesis en otra ocasión (13). Pero hay que reconocer que la posición contraria esgrime razones perfectamente atendibles. «Se ha desechado generalmente—dice ALCALÁ-ZAMORA—, y con fundamento bastante, el sistema complicado de una doble representación, con defensores sistemáticos, incluso apasionados de la Administración, e intérpretes imparciales de la ley, que formularan sus conclusiones distintas, y a veces contrapuestas, ante el Tribunal que ha

(11) Sobre la razón del nombre, vid. ALCALÁ-ZAMORA y CASTILLO, notas a la edición española del *Sistema de Derecho procesal civil*, de CARNELUTTI, Buenos Aires, 1944, I, págs. 380 y ss.

(12) En este sentido, el II Congreso de Derecho procesal, celebrado en Madrid, en 1954, en sus conclusiones.

(13) En *El Ministerio fiscal en el proceso administrativo*, «Revista de Estudios de la Vida Local», núm. 66, págs. 854 y ss. Sobre el problema en Derecho comparado, vid. BOSCH, *La institución del «Attorney General» en los U. S. A.*, «La Ley», 21 dic. 1955.

de fallar. Tal duplicidad traería el inconveniente de complicación, retardo y coste sobre el presupuesto; y además mermaría prestigio, a los dos representantes, ya que el defensor aparecería desautorizado en su parcialidad, y el fiscal incurso en recelo de tibieza respecto a la primacía del interés público» (14).

C) *Las partes*

1. *Parte demandante.* En Derecho administrativo español, como en el de la mayoría de los ordenamientos jurídicos, es parte demandante el particular. La Administración, en aquellos países que adoptan los principios del régimen administrativo, no tiene por qué acudir a un proceso para hacer valer sus pretensiones. Porque ella puede hacerse justicia a sí misma (15), mediante los privilegios de la decisión ejecutiva y de la acción de oficio (16). Ante una necesidad pública, la Administración puede resolver por sí los litigios que surjan con los particulares y proceder a la ejecución forzosa de lo por ella decidido (17). Sin embargo, existe en España una curiosa institución, desconocida en otros ordenamientos. Se conoce con el nombre de «recurso contencioso-administrativo de lesividad». Y consiste en la posibilidad de que una Administración pública acuda a la jurisdicción contencioso-administrativa para solicitar la anulación de un acto dictado por la misma, en aquellos casos en que no puede por sí anular dicho acto—lo que ocurre cuando es declaratorio de derechos—(18). No se trata, por tanto, de que una Entidad ad-

(14) «*Lo contencioso-administrativo*, Buenos Aires, 1943, pág. 106.

(15) Cfr. HAURIU, *La jurisprudence administrative*, París, 1929, II, páginas 68 y ss.

(16) Los dos privilegios no han sido, por lo general, bien distinguidos por la doctrina. Cfr. GONZÁLEZ PÉREZ, *Sobre la ejecutoriedad de los actos administrativos*, REVISTA CRÍTICA DE DERECHO INMOBILIARIO, 1954, páginas 706 y ss.

(17) Cfr. CHINOT, *Le privilege d'action d'office de l'Administration*, París, 1945, sobre las limitaciones de este privilegio administrativo.

(18) Cfr. GONZÁLEZ PÉREZ, *La revocación de los actos administrativos*, «Revista de Administración pública», núm. 1.

Institución análoga se reconoce en los países hispanoamericanos que han adoptado el sistema español. Cfr., sobre Cuba, ALVAREZ TAMO, *El proceso contencioso-administrativo*, La Habana, 1954, págs. 53 y ss.; VIVANCO HERNÁNDEZ, *El juicio contencioso-administrativo*, 2.^a ed., La Habana, 1944, páginas 113 y ss.; BUSTELO, *La lesividad de los actos administrativos*, La

ministrativa impugne un acto de otra Entidad (por ejemplo, un Ayuntamiento impugna un acto del Estado), sino que una Entidad impugna, precisamente, un acto de la misma. Aun cuando un sector de la doctrina española no ve con buenos ojos esta institución (19), la mayoría es favorable a la misma, por lo que es probable se mantenga en la nueva ley.

En los demás casos, es demandante la persona que ve afectados sus derechos o intereses por un acto administrativo. El problema de la legitimación activa ha preocupado bastante a la doctrina. Nuestra vieja Ley de lo contencioso-administrativo, de 1888, únicamente confería la facultad de demandar a la Administración a la persona que ostentare un derecho subjetivo lesionado por el acto impugnado, sistema que fué superado progresivamente, primero por el Estatuto municipal de 1924, que permitía la impugnación de actos municipales al mero titular de intereses; después por la Ley de Régimen Local de 1950, que admitió con carácter general la legitimación activa del titular de intereses personales y directos cuando se tratara de la impugnación de actos de las Entidades locales en general (no sólo municipales) (20). Pero todavía no se admite legalmente la legitimación basada en un interés personal y directo cuando el acto que se impugne emane de la Administración central. No obstante, la jurisprudencia ha admitido en algunos casos tal posibilidad (21), y la doctrina viene propugnando insistentemente su reconocimiento legal, por lo que es probable se sancione así en el futuro texto.

2. *Parte demandada.* Normalmente, es parte demandada la Entidad administrativa que dictó el acuerdo que se impugna. Durante algún tiempo se creyó que, en los «contenciosos de anulación», no existía un auténtico «juicio» o «proceso» entre partes, por lo que no existía una auténtica parte demandada. En estos casos actuaba el Ministerio fiscal por vía de informe. Así se reconoció en la Ley

Habana, 1952, y LANCIS, *Derecho administrativo*, 3.ª ed., La Habana, 1952, página 66 y ss.

(19) Por ejemplo, GARCÍA DE ENTERRÍA, *La configuración del recurso de lesividad*, «Revista de Administración pública», núm. 15, pág. 109 y ss.

(20) Cfr., GONZÁLEZ PÉREZ, *El proceso administrativo en la Ley de Régimen local española*, «Revista de la Facultad de Derecho de México», números 3-4 (1951), págs. 276 y ss.

(21) Un resumen de la jurisprudencia en dicho sentido, en SERRANO, *El trámite de audiencia en el procedimiento administrativo*, «Revista de Administración pública», núm. 4.

Municipal de 1935, concepción que no ha dejado de repercutir en algún ordenamiento hispánico (22). Pero tal posición fué superada y hoy se admite que, en todo caso, es demandada la Entidad local que dictó el acto.

Ahora bien, en aquellos casos en que es demandante la propia Entidad que dictó el acto impugnado (recursos de lesividad), ¿a quién se confiere el carácter de parte demandada? Porque el principio de dualidad de partes impide mantener el principio general. Y ello hizo pensar en varias soluciones: que fuera demandado el Ministerio público, que fuera demandado el funcionario que había dictado el acuerdo ilegal, etc. Pero la tesis dominante—en la doctrina y en la jurisprudencia—es la que, en armonía con el carácter de este recurso especial, confiere la legitimación pasiva a la persona o personas a cuyo favor reconoció derechos el acto cuya anulación pretende la Administración (23).

Queda, por último, una cuestión. Nuestra legislación contencioso-administrativa permite la intervención de terceros al lado de la Administración demandada (24), a fin de que puedan defender el acuerdo impugnado. Se les conoce con el nombre de *coadyuvantes*. Ahora bien, se da un trato unitario a los coadyuvantes, independientemente de que sean, realmente, auténticas partes principales. De aquí que la doctrina haya procurado establecer la distinción entre aquellos casos en que, al lado de la Entidad administrativa demandada, existe una auténtica parte principal, de aquellos otros en que sólo existe una parte demandada—la Entidad administrativa—, con la posibilidad en estos últimos de que comparezcan coadyuvantes (25).

(22) Cfr., DANA MONTAÑO, *El nuevo Código de lo contencioso-administrativo de la Provincia de Santa Fe*, Santa Fe, 1951, y BIELSA, *Sobre lo contencioso-administrativo*, 2.^a ed., Buenos Aires, 1954, pág. 139 y ss.

(23) S. ROYO-VILLANOVA, *Problemas del régimen jurídico municipal*, Madrid, 1944, págs. 174 y ss.

(24) Cfr., LÓPEZ RODO, *El coadyuvante*, Madrid, 1943. También se admite la intervención al lado de la Administración demandante.

(25) En este sentido, BALLBE, desde la «Revista General de Legislación y Jurisprudencia», al comentar la jurisprudencia, y LÓPEZ RODO, art. cit.

III. OBJETO DEL PROCESO

A. *El recurso contencioso-administrativo y el acto administrativo.*—Si el contencioso-administrativo es un auténtico proceso, el problema de su objeto ofrecerá características análogas al que ofrece en la teoría general del proceso. Adoptamos como posición más acertada aquella que considera a la pretensión procesal objeto del proceso. El objeto del proceso, el centro del complejo de actividades en que el proceso se concreta, es la reclamación que una parte formula ante un juez frente a otra (26). Ahora bien, inmediatamente surge un problema: ¿es aplicable esta posición al contencioso-administrativo?

Para algunos, el auténtico objeto del contencioso-administrativo es el acto administrativo. Pero una elemental consideración será suficiente para demostrar lo inexacto de esta posición. Porque el juez administrativo no tiene por qué plantearse los infinitos problemas que el acto administrativo plantea. El juez administrativo lo que examina es el recurso contencioso-administrativo, prescindiendo de aquellos motivos de anulación del acto que no hayan sido alegados como fundamento del «recurso contencioso». En otro caso, la sentencia adolecería de vicio de incongruencia (27).

Es cierto que en aquellos procesos regidos por el principio inquisitivo, a diferencia de aquellos otros que se inspiran en el principio dispositivo, aquella regla no puede aceptarse sin reservas, porque se reconoce la posibilidad de que el juez aprecie de oficio vicios de nulidad no alegados por el «recurrente». Al menos, según la jurisprudencia española, ello es frecuente. Pero estos casos especiales no tienen fuerza para desvirtuar la regla general señalada.

En resumen: el objeto del contencioso-administrativo es el recurso deducido frente a un acto administrativo. Esto nos lleva a estudiar los actos susceptibles de recurso y las posibles peticiones que pueden formularse ante el juez.

(26) En este sentido, GUSP, *La pretensión procesal*, Madrid, 1952.

(27) Cfr., GONZÁLEZ PÉREZ, *La sentencia administrativa*, cit.

B. *Actos impugnables*.—En orden a los actos susceptibles de impugnación ante la jurisdicción administrativa, existe una corriente doctrinal muy acusada en España—que no dudamos tendrá acogida en la nueva ley—que tiende a la ampliación de los mismos, a fin de consagrar un principio análogo al que se recoge en el art. 113 de la Constitución italiana, según el cual «contra los actos de la Administración pública será siempre admitida la tutela jurisdiccional de los derechos y de los intereses legítimos, ante los órganos de la jurisdicción ordinaria o administrativa», y «la tutela jurisdiccional no puede ser excluida o limitada a particulares medios de impugnación o por determinadas categorías de actos» (28). Y es que si, como ha dicho RIVERO refiriéndose al contencioso yugoslavo, todo Estado que se orienta hacia la libertad encuentra el contencioso-administrativo en su ruta (29), la culminación de este camino está en el reconocimiento general de la impugnación de todos los actos administrativos. En España, la corriente doctrinal en este sentido se manifiesta en las siguientes direcciones:

1) Por un lado, proclamando la impugnabilidad de los actos administrativos propiamente dichos, cualquiera que sea su clase y naturaleza, con la única excepción de los «actos de gobierno», entendiendo éstos en su acepción más estricta, de acuerdo con las más progresivas orientaciones del Derecho comparado.

2) Por otro, defendiendo la posible impugnación directa de los Reglamentos de la Administración. La impugnación del acto que aplica un Reglamento ilegal se encontraba ya reconocida en la vieja Ley de lo contencioso. Pero se propugna la impugnación directa del mismo Reglamento. Es cierto que ya en este orden se ha dado un paso considerable al permitirse la impugnación de los Reglamentos municipales y de las Ordenanzas de exacciones locales. Pero se defiende la posible impugnación de todos los Reglamentos, cualquiera que sea el órgano de que emanen y su contenido.

C. *Pretensiones de las partes* —La legislación española de lo contencioso-administrativo ha admitido en algunos casos (esfera lo-

(28) La jurisprudencia italiana ha entendido que se trata de norma de inmediata aplicación. Cfr. *Alta Corte per la regione siciliana. Decisioni*, Milano, 1954, III, págs. 39 y ss.

(29) Cfr. «Revue du Droit public et de la Science politique», 1955, número 4, pág. 1.121.

cal) la diferencia entre un contencioso de plena jurisdicción y un contencioso de anulación, diferencia consagrada en la jurisprudencia al afirmar que «los recursos de plena jurisdicción tienden a la revocación de los acuerdos recurridos, sustituyéndolos por otros, sin perjuicio de declararlos sin efectos o de anularlos si procediere, y siempre en contemplación de un derecho administrativo vulnerado, cuya lesión pueda llevar, en su caso, a la reparación consiguiente; los de anulación tienen como única solución en la vía contenciosa la de dejar sin efecto lo actuado, reponiéndose las cosas al ser y estado que tenían cuando surgió la nulidad, o anular el acuerdo por consideración al interés del recurrente, con cierto carácter preventivo, sin declaración ni fundamento en derechos vulnerados, de forma que en los casos de mutación de los hechos que impida la reposición de las cosas al ser y estado que tenían, se priva también de base material a la pretensión, porque carecería de toda eficacia la reposición de los trámites, según reiterada doctrina del Tribunal sostenida en las Sentencias de 4 de octubre de 1913. 31 de enero de 1917 y 21 de marzo de 1919» (Sent. de 2 de junio de 1953). En análogo sentido se pronuncian, entre otras, las Sentencias de 11 de mayo de 1950 y 17 de mayo de 1952.

Ahora bien, parte de la doctrina estima preferible abandonar una terminología y una distinción entre ambos contenciosos, a veces propugnada rígidamente con la admisión de una «excepción de recurso paralelo», y cree suficiente que la nueva Ley se limite a regular las posibles peticiones de las partes, potestades del Tribunal al dictar sentencia y eficacia de ésta respecto de terceros (30). Así lo defendimos nosotros al propugnar la reforma de nuestra jurisdicción administrativa con estas palabras: «la distinción entre plena jurisdicción y anulación como criterio básico para distinguir dos procedimientos distintos, dos tipos de recurso y hasta de dos jurisdicciones, carece de razón de ser. Basta con señalar que el demandante puede solicitar del Tribunal o la anulación del acto, o el reconocimiento de un derecho, o cuantas medidas sean necesarias para satisfacer sus justas pretensiones, incluso la condena de la Administración a indemnizar daños y perjuicios» (31).

(30) En este sentido me pronuncié en *La reforma de la jurisdicción contencioso-administrativa*, «Revista de Derecho procesal», 1954, núm. 1; página 54 y ss.

(31) Cfr. GONZÁLEZ PÉREZ, *La sentencia administrativa*, cit.

IV. LOS REQUISITOS PROCESALES Y SU TRATAMIENTO JURIDICO

A. *Los requisitos procesales.*—Para que el órgano jurisdiccional pueda examinar la cuestión de fondo planteada en un «recurso contencioso-administrativo», es necesario que concurren ciertas circunstancias, exigidas por el Derecho procesal, que se denominan requisitos procesales o de admisibilidad. Caso de que no se den aquellas circunstancias, el Tribunal no entrará a examinar la cuestión de fondo.

En torno a los requisitos procesales, ha dominado durante bastante tiempo un exagerado espíritu formalista que ha llevado a desestimar, sin examinar la cuestión de fondo, recursos que adolecían de insignificantes defectos procesales. Ello implicaba una denegación de justicia, contrariando el espíritu de la legislación reguladora de unos requisitos, que trata de una más eficaz realización de la justicia en vez de suponer obstáculos a la misma. Esto explica la profunda preocupación de la doctrina española por el tratamiento jurídico de los mismos, sobre todo en lo que respecta a si puede ser apreciada de oficio su existencia por el órgano jurisdiccional, pueden ser subsanados por la parte y en qué momento han de ser examinados.

B. *Tratamiento jurídico.*—1. En orden a si el Tribunal puede apreciar de oficio los defectos procesales de que adolezca el recurso contencioso, la más reciente doctrina, aplicando al contencioso-administrativo las conquistas de la ciencia del proceso, ha defendido la posibilidad de que el Tribunal les pareciese de oficio, velando por la pureza del procedimiento y por el exacto cumplimiento de unas normas—como las de Derecho procesal—cuyo carácter público nadie discute. Ahora bien, como correctivo a estas amplias facultades, a fin de no perjudicar los derechos de las partes, se considera esencial una distinción: la distinción, entre defectos subsanables y defectos insubsanables. Respecto de los defectos insubsanables—v. gr., que

el acto impugnado no reúne los requisitos para serlo ante la jurisdicción administrativa—, poco importa la facultad del juez, el momento en que la ejerce y forma de hacerlo. Pero cuando el defecto es subsanable, el legislador debe poner sumo cuidado al regular el tratamiento jurídico del requisito procesal.

2. La distinción que acaba de señalarse repercute profundamente en el régimen jurídico ulterior. Por lo pronto, respecto de la subsanación, la doctrina estima que, sin limitación alguna, debe darse la posibilidad a la parte de subsanar, cualquiera que sea el requisito procesal infringido. Para ello, cabe distinguir dos casos:

a) Que el defecto haya sido alegado por la parte demandada. En este caso, el demandante debe ejercitar la subsanación dentro de un plazo que la ley debe prever, contado desde que se le notifique el escrito de la parte en que se alegare el defecto.

b) Que el defecto no haya sido alegado por la parte demandada y se aprecie de oficio. En estos casos, si el órgano jurisdiccional apreciar el defecto al dictar sentencia, el demandante se vería privado de la facultad de subsanar, burlándose así el espíritu de la ley. Por ello en estos casos, cuando el Tribunal pueda apreciar de oficio defectos no alegados por las partes, debe exigírsele que ponga en conocimiento de las partes el posible vicio, a fin de que por éstas se alegue lo que estimen pertinente en su defensa y, en su caso, procedan a la subsanación.

3. En orden al momento procesal en que han de ser apreciados los vicios, cabe distinguir tres momentos:

a) En un trámite de admisión, regulado en la iniciación del proceso. En aquellos casos de defecto insubsanable, el trámite reporta la considerable ventaja de evitar un proceso inútil, con las consiguientes economías a la labor del Tribunal y a la parte.

b) En un trámite especial anterior al normal de oposición. La parte demandada podría alegar el defecto en un escrito que puede calificarse de «defensas previas», tramitándose el incidente con la mayor celeridad posible.

c) Al dictar sentencia. En estos casos, el Tribunal deberá hacerlo con las limitaciones antes señaladas en orden a la posibilidad de subsanar los defectos subsanables.

V. NACIMIENTO, DESARROLLO Y TERMINACION DEL PROCESO

A. *Nacimiento*.—El proceso se inicia a instancia de parte. Normalmente, por el llamado «escrito de interposición del recurso», limitado a solicitar la anulación del acto. No se inicia con la formulación de la pretensión, porque ésta no podrá deducirse fundadamente hasta que el «recurrente» tenga a la vista el expediente administrativo y pueda examinar debidamente las alegaciones formuladas en vía administrativa, la prueba entonces practicada y los motivos que tuvo la Administración para dictar el acuerdo impugnado. En este punto, la legislación española actual contiene una regulación en líneas generales acertada, por lo que es probable que se mantenga en la futura ley de la jurisdicción administrativa (32).

B. *Desarrollo*.—El desarrollo del proceso ofrece especial interés en lo que respecta a la instrucción (33). ¿Existe alguna regla especial sobre la instrucción en el proceso administrativo? En este punto se dan en España dos corrientes doctrinales perfectamente definidas.

1. Para unos, la instrucción del proceso administrativo ofrece características peculiares radicalmente distintas a la del proceso civil. El fundamento de esta posición no es otro que el llamado principio de «jurisdicción revisora». La jurisdicción administrativa—se dice—es revisora de la vía administrativa, viene a ser una segunda

(32) GONZÁLEZ PÉREZ, *El escrito de interposición del recurso contencioso-administrativo*, en «Estudios dedicados al profesor GARCÍA OVIEDO», Sevilla, 1954, págs. 377 y ss.

Por supuesto, la interposición del recurso no produce efectos suspensivos, salvo caso de que el Tribunal acuerde la suspensión cuando la ejecución pueda ocasionar daños de reparación imposible o difícil. Cfr. CARMONA ROMAY, *La irreparabilidad del daño irreparable por medio de la suspensión de las resoluciones reclamadas en lo contencioso-administrativo*, La Habana, 1949.

(33) Cfr. BENVENUTTI, *L'istruzione nel processo amministrativo*, Padova, 1953.

instancia de lo actuado ante la propia Administración (34). ¿Consecuencias? Según la doctrina que mantiene esta posición y la jurisprudencia que la recoge, son evidentes: que no pueden formularse ante la jurisdicción administrativa alegaciones no formuladas en la vía administrativa; que no puede practicarse ante la jurisdicción administrativa más prueba que la que haya sido imposible practicar ante la Administración (35). Sólo las cuestiones planteadas ante la Administración, sólo la prueba imposible de practicar ante la Administración, pueden ser planteadas y practicadas, respectivamente, ante la jurisdicción administrativa.

2. Para otros, entre los que nos encontramos, el principio de jurisdicción revisora no puede llevar a las consecuencias que quieren los defensores de la oposición anterior. Los que limitan de tal manera la jurisdicción administrativa, más que una aplicación del principio de jurisdicción revisora lo que hacen es dar nueva vida a la doctrina del «Ministro-Juez», que hace años abandonó el Consejo de Estado francés por no ser otra cosa que una supervivencia del sistema de «jurisdicción retenida». Lo que el principio de la «jurisdicción revisora» implica es algo distinto. Consiste, ni más ni menos, en la necesidad de que exista un acto administrativo para poder acudir a la jurisdicción administrativa—principio de la «liaison du contentieux» (36)—. Por tanto, cuando no existe el acto administrativo, el demandante debe acudir previamente a la Administración; pero no cuando existe un acto administrativo. Y desde el momento que existe un acto administrativo (37), haya sido dictado o no como consecuencia de la reclamación administrativa del que será demandante, pueden plantearse ante la jurisdicción administrativa cuantas cuestiones plantee el acto administrativo, sin necesidad de acudir a las últimas escalas de la vía administrativa (38). Por tanto, en el pró-

(34) Por ejemplo, en esta dirección, GARRIDO, *El régimen de impugnación de los actos administrativos*, Madrid, 1956.

(35) Un resumen de la doctrina jurisprudencial y su crítica, en GONZÁLEZ PÉREZ, *La prueba en el proceso administrativo*, Madrid, 1954.

(36) Cfr. HAURIU, *Les éléments du contentieux*, «Recueil de législation de Toulouse», 1905, págs. 46 y ss, y 1907, págs. 149 y ss.

(37) Un resumen de la doctrina francesa, en GONZÁLEZ PÉREZ, *Consideraciones sobre el contencioso francés*, «Revista de Administración pública», núm. 15.

(38) A diferencia del régimen español, en que se exige que el acto haya causado estado; es decir, que no procedan contra el mismo recursos administrativos. De aquí que, normalmente, el acto impugnado ante los Tribunales proceda del superior jerárquico.

ceso administrativo existirá una fase de instrucción cuyo único límite será la existencia del acto administrativo previo; que la instrucción se refiera a la pretensión deducida con ocasión de aquel acto. Pero no que haya habido necesidad de que se deduzcan previamente las alegaciones ante la Administración activa, ni de que no pueda practicarse más prueba que la que no haya podido practicarse ante la Administración (39).

C. *Terminación.*—El modo normal de terminación es la sentencia, en la que el Tribunal decide acerca de la conformidad de la pretensión con el Derecho objetivo. Su regulación, vigente en España, es, en líneas generales, aceptable. Unicamente conviene precisar los distintos supuestos con que puede enfrentarse el Tribunal y, en consecuencia, el distinto contenido de la sentencia. En cambio, sí merece dedicar unas líneas a la regulación de lo que la doctrina conoce como modos de terminación anormal del proceso o terminación del proceso sin sentencia (40). La legislación vigente española contiene algunos preceptos aislados sobre desistimiento, satisfacción extraprocesal de la pretensión, allanamiento y caducidad; pero falta una regulación orgánica y completa. La jurisprudencia española ha venido a suplir esta laguna, y ha surgido una doctrina jurisprudencial por lo general aceptable. Es probable, por tanto, que la nueva ley, inspirándose en dicha doctrina, contenga algunos preceptos sobre los modos de terminación del proceso (41).

(39) Ello no quiere decir que la prueba sea necesaria en todos ni en la mayoría de los contenciosos, pues, en aplicación de los principios generales, la prueba sólo debe admitirse cuando no haya conformidad entre las partes acerca de los hechos básicos de la pretensión, lo que, normalmente, no ocurrirá en el proceso seguido ante la jurisdicción administrativa.

(40) Un estudio de los distintos modos de terminación anormal, en el que se recoge la jurisprudencia española, en GONZÁLEZ PÉREZ, *La terminación anormal del proceso administrativo*, «Revista de Administración pública», núm. 18.

(41) Preceptos que son necesarios porque la Ley de Enjuiciamiento civil, que rige como supletoria, no contiene normas sobre la materia.

VI. EFECTOS DEL PROCESO

A. *Efectos jurídico-materiales*.—La regulación de los efectos que el proceso produce—a través del acto fundamental en que culmina: la sentencia—está más allá de una ley procesal. Corresponde al Derecho material. Sin embargo, cabe distinguir dos supuestos (42):

1. *Que la sentencia se limite a anular el acto impugnado.*

En estos casos, se producirá la extinción de las relaciones jurídicas a que dió lugar el acto anulado. La Administración, por tanto, deberá abstenerse de dictar medidas ejecutorias del acto anulado y adoptar cuantas medidas sean necesarias para restablecer la situación que hubiera existido si el acto anulado no se hubiera dictado (43). En este aspecto, la doctrina española se ve influenciada por la jurisprudencia del Consejo de Estado francés, dictada sobre el «recours por excès de pouvoir» (44).

2. *Que la sentencia no se limite a anular el acto administrativo*.—En los casos en que la sentencia no se limite a la anulación, la eficacia jurídico-material adoptará manifestaciones diversas: reconocimiento de situaciones jurídicas individualizadas, obligación de indemnizar daños y perjuicios, etc. (45).

B. *Efectos jurídico-procesales*.—Se manifiestan en dos direcciones: declarativos (cosa juzgada) y ejecutivos (ejecución).

1. *Efectos declarativos*.—La cosa juzgada, en su sentido estricto,

(42) Cuando es desestimatoria, puede ocurrir: a) Que aprecie la existencia de algún defecto procesal, en cuyo caso no examinará la cuestión de fondo, b) Que entre a examinar la cuestión de fondo y confirme el acto impugnado.

(43) Cfr. Ob. cit. en nota 37.

(44) Cfr. ODEN, *Contentieux administratif*, París, 1954, pág. 419 y ss.

(45) Cfr. GONZÁLEZ PÉREZ, *Derecho procesal administrativo*, cit., I, páginas 355 y ss.; donde se recoge la doctrina francesa sobre el tema, doctrina que no ha dejado de tener gran influencia en España.

to, consiste en la imposibilidad de que, una vez firme una sentencia administrativa, ningún otro órgano del Estado haga declaración alguna sobre la pretensión deducida y examinada en ella. Por tanto, para que cualquier otro órgano estatal no pueda hacer declaración alguna sobre una pretensión, es necesario que entre la nuevamente deducida y la resuelta en la sentencia se den las tres identidades exigidas por la doctrina procesal civil. Pero, ¿se aplican estas reglas sin especialidad en el proceso administrativo? (46). La doctrina española (y algún texto legal aislado, como los reguladores del contencioso en la esfera local) afirma la necesidad de que en aquellos casos en que el Tribunal acceda a la anulación del acto administrativo, la eficacia de la sentencia debe ser *erga omnes*, por lo que no se dan entonces los límites subjetivos tradicionales.

2. *Efectos ejecutivos*.—En España, como en casi todos los países, el contencioso-administrativo termina propiamente con una sentencia, respecto de la que se limitan enormemente las posibilidades de una ejecución procesal. Propiamente, es muy difícil hablar de una ejecución procesal de la sentencia administrativa. La ejecución de la sentencia se confía a la propia Administración, la cual puede optar por la ejecución, por la inejecución o por la suspensión de la ejecución, según los casos. Esta última facultad (suspensión o inejecución) únicamente se admite en casos taxativamente determinados y siempre indemnizando al particular que obtuvo sentencia favorable. Ahora bien, ¿qué ocurre cuando la Administración acuerda la ejecución, pero no la lleva a efecto? El ordenamiento español arbitra una serie de medidas indirectas para procurar la ejecución que, en conjunto, constituyen un sistema eficaz. Entre ellas destaca la posibilidad de exigir responsabilidad civil e incluso criminal al funcionario responsable de la no ejecución. Tal posibilidad es una consecuencia de una elemental consideración: que cuando no se cumple lo dispuesto en un fallo, la culpable no es la Administración abstractamente considerada, sino personas físicas muy concretas y perfectamente determinadas o fácilmente determinables, por lo que es necesario que, cuando fallen todos los resortes posibles de imaginar para obligar a la Administración a cumplir la condena, se apli-

(46) Cfr. GONZÁLEZ PÉREZ, *La cosa juzgada en lo contencioso-administrativo*, «Revista de Administración pública», núm. 8, págs. 67 y ss.

que el máximo rigor contra aquellas personas físicas responsables (47).

C. *Efectos económicos.* Sobre los efectos económicos del proceso se ha discutido por la doctrina la conveniencia o no de proclamar el principio de la gratuidad o, por el contrario, si los gastos que el proceso origina deben recaer sobre las partes. En principio, se estima que este único sistema, con más o menos variantes, es preferible, si bien se proclama la gratuidad en los procesos cuyo objeto son recurso contencioso-administrativos dirigidos a impugnar actos de las Entidades locales. En estos casos, la parte únicamente deberá abonar las costas correspondientes a sus defensores. En los demás, las partes deberán abonar la parte que les corresponde en los gastos comunes, además de las causadas a su instancia (fundamentalmente el impuesto del timbre).

Sobre la imposición de costas, se sigue como regla general el principio de la temeridad, no el del objetivo del vencimiento, si bien éste se adopta en algún caso concreto: sobre todo en la regulación de los recursos interpuestos contra las sentencias, cuando se confirma la sentencia impugnada (48).

JESÚS GONZÁLEZ PÉREZ

Profesor adjunto de Derecho Administrativo.
Registrador de la Propiedad.

(47) Al problema general de la ejecución de las sentencias me refiero en mi libro *La sentencia administrativa*, cit.

(48) GONZÁLEZ PÉREZ, *Las costas en lo contencioso-administrativo*, «Revista de Administración pública», núm. 9, págs. 105 y ss.

Comentarios a la Ley de Hipoteca Mobiliaria *

III. ELEMENTOS PERSONALES. LAS LIMITACIONES EN LA FACULTAD DISPOSITIVA DEL HIPOTECANTE.

Son dos las personas que fundamentalmente han de concurrir en toda hipoteca mobiliaria: el acreedor y el deudor constituyente de la garantía; pero como este último puede no ser el mismo deudor, podrán ser, por tanto, tres los intervinientes en la misma: acreedor, hipotecante deudor e hipotecante no deudor.

Respecto a ellos, no disponiéndose nada sobre su capacidad en la vigente Ley, habrá de regularse por la de la legislación hipotecaria, la cual es estimada como supletoria de la presente en todo lo que no esté regulado por ella y sea compatible con la especial naturaleza de los bienes sobre los que ésta recae. A su vez, y como supletoria de la legislación hipotecaria en esta materia, rigen las disposiciones del Código civil, que, en definitiva, son también las que han de aplicarse en este caso. Por ello, omitimos su repetición en el presente trabajo, con lo que sólo conseguiríamos alargar innecesariamente el mismo.

A pesar de lo dicho, no podemos omitir el tratar de aquellas modalidades propias de esta institución que, más que a las personas en sí, se refieren a las facultades del hipotecante en relación con la

* Continuación del número 336-337.

cosa que se trata de hipotecar, y las que sistematizamos en los tres puntos siguientes :

1.º Que el hipotecante habrá de tener el pleno dominio de la cosa hipotecada.

Se requiere en esta modalidad de hipoteca, a diferencia de la inmobiliaria, que el hipotecante tenga el pleno dominio de la cosa hipotecada o, en su defecto, que presten el consentimiento para la hipoteca todos los partícipes del dominio, en el caso de que éste se encuentre en estado de proindivisión, o los titulares de los diversos derechos desmembrados de él, como el usufructuario y el nudo propietario en su caso (art. 1.º, p. 2.º).

La posición de estos propietarios de participaciones indivisas o titulares de usufructo o nuda propiedad que hayan prestado su consentimiento para la hipoteca a fin de que pueda cumplirse la exigencia de este párrafo 2.º del artículo 1.º de la Ley, es indudablemente la de unos «fiadores reales», que sólo responderán con la titularidad de la cosa de la que son dueños, ya que si Roca (tomo I y IV de su *Derecho Hipotecario*) así lo estima para el caso del hipotecante no deudor en la hipoteca inmobiliaria, en lo que coincide con Planiol y Ripert, a los que cita, e igualmente se manifiesta Apalátegui (tomo citado), con mayor razón aún tendrán estos titulares de que tratamos la cualidad de meros fiadores reales, y no la de fiadores personales, puesto que es la misma Ley la que los fuerza en parte a que tengan que serlo al no permitir al cotitular, etc., utilizar por sí solo esta forma de garantía, y ello induce a entender que deberán estar obligados a lo menos, o sea, a lo indispensable, para que la hipoteca pueda existir válidamente.

2.º Que tenga satisfecho en su totalidad el precio de adquisición de la cosa hipotecada, a no ser que la hipoteca se constituya en garantía de ese mismo precio aplazado.

No basta, como decimos, que el hipotecante tenga el pleno dominio de los bienes que sean objeto de la hipoteca, sino que, conforme a lo dispuesto por el artículo 2.º de esta Ley, se requerirá además que el precio de su adquisición esté satisfecho en su totalidad, con la única excepción de que se constituya para garantizar el precio aplazado de los mismos bienes que se hipotequen. Lo taxativo de esta excepción no debe llevarnos a la conclusión de que sola-

mente puede constituirse hipoteca a favor del vendedor con precio aplazado de la cosa susceptible de hipoteca, ya sea éste aplazamiento expreso o tácito, puesto que por aplicación de la doctrina sentada en los artículos 1.209 y 1.210 del Código civil no hay ningún obstáculo legal que impida la subrogación en los derechos de ese acreedor de parte de precio (o de su totalidad), bien se opere ésta por convenio entre ellos, bien por pago efectuado por un tercero con aprobación expresa o tácita del deudor o bien por el que realice otro acreedor o algún interesado en el cumplimiento de la obligación, y en todos los casos en que se dé esta subrogación habrá posibilidad de constituir hipoteca mobiliaria a favor del nuevo acreedor, siempre que esta subrogación lo haya sido en la totalidad de la deuda.

En cuanto a la subrogación prevista por el artículo 1.211 del mismo Código, o sea, la que se efectúa por el deudor sin el consentimiento del acreedor, al tomar a préstamo por escritura pública el dinero necesario para el pago de la deuda, haciéndose mención de esa circunstancia en la escritura y en la carta de pago de esa deuda, si bien podría chocar esta hipoteca (la constituida en garantía de esa deuda) con la prohibición expresada en el artículo 2.º de no poderse constituir cuando no esté satisfecho el precio de los bienes hipotecados, no vemos inconveniente en su constitución con carácter condicional, hasta tanto que se acredite el que ha sido abonado al vendedor el precio que quedó aplazado. Esta solución tendrá la ventaja de una mayor flexibilidad en la constitución de estas hipotecas, aunque deberá designarse un plazo para el cumplimiento de la condición, o sea, del pago, por no existir designado ninguno por la Ley, pudiendo obviarse este inconveniente con la estipulación de que sea el mismo acreedor el obligado a efectuarlo, reteniendo a ese efecto la parte necesaria para ello.

No se había previsto por la Ley el caso de mala fe por parte del hipotecante, al silenciar la falta de pago del precio; pero este punto ha quedado resuelto por el nuevo Reglamento, concediendo al vendedor un medio de asegurar ese aplazamiento, como exponemos con más detalle al tratar de los efectos de la hipoteca en relación con los terceros.

3.º Que esta hipoteca es incompatible con cualquier gravamen de la cosa, que aparezca impuesto con anterioridad a su constitución.

El principio de que el derecho del hipotecante no puede estar li-

mitado por ninguna carga o gravamen, está recogido por el ya citado artículo 2.º de la Ley, que prohíbe la constitución de hipoteca mobiliaria sobre aquéllos bienes que ya estuviesen hipotecados o embargados, y por el artículo 12, que dispone a su vez que no podrá hipotecarse el derecho real de hipoteca mobiliaria. Lo cual plantea varios problemas de los cuales nos detendremos a tratar de los más importantes.

El primero y más fundamental es la prohibición expresada en esos artículos de que la hipoteca mobiliaria pueda tener la categoría de segunda o posterior hipoteca de los bienes a que se refiera, lo cual deberá ser entendido en el sentido de quedar prohibidas estas segundas hipotecas, no sólo para el supuesto de que la primera sea también mobiliaria, sino incluso cuando sea inmobiliaria, por ser susceptibles de ella los bienes de que se trate, mediante la ampliación a los mismos de la que recaiga sobre la finca a la que se encuentren incorporados, conforme previene el artículo 111 de la Ley Hipotecaria, y esta extensión de la hipoteca a ciertos bienes muebles impedirá, por tanto, la posterior constitución de otra mobiliaria sobre los bienes afectados con la primera. Por el contrario, el hecho de estar sujeta a una hipoteca mobiliaria una máquina u otro objeto susceptible de incorporación a un inmueble, no impedirá el que pueda extenderse a la misma la hipoteca inmobiliaria que se imponga sobre el edificio, teniendo ésta la única particularidad de que tendrá un rango preferente en cuanto al inmueble y sólo el carácter de segunda hipoteca en cuanto a los muebles afectados con la mobiliaria, como así se determina por el artículo 75 de la presente Ley, al tratar de los efectos que deberá producir la nota puesta al margen de la inscripción del inmueble, de que ha sido inscrita la hipoteca mobiliaria recayente sobre objetos en él situados.

Problema similar y de idéntica solución podrá plantearse cuando se trate de un establecimiento mercantil instalado en edificio propio del dueño del citado establecimiento, en virtud del juego de principios de los artículos citados y del 111 de la Ley Hipotecaria; pero puede entenderse en este caso que la hipoteca mobiliaria del establecimiento queda impedida no sólo por la inmobiliaria que en virtud de pacto haya sido extendida a alguno de los elementos comprendidos en él, sino incluso por la hipoteca del edificio sin ese pacto de extensión, cuando el establecimiento pertenezca al mismo titular que el inmueble.

La aparente paradoja de que la hipoteca del edificio impida la del establecimiento, cuando uno y otro pertenecen al mismo titular, resulta del contenido de los artículos 19, 20 y 28 de esta Ley. Exige el artículo 19 para poder constituir hipoteca mobiliaria sobre un establecimiento mercantil, bien el que su titular sea dueño a su vez del edificio en que se encuentre situado, o bien que tenga la cualidad de arrendatario con facultad de traspasar, con la finalidad en ambos casos, de que al ejecutarse la hipoteca mobiliaria, el adjudicatario pueda entrar en posesión del local mediante el traspaso legal del arrendamiento, o por devenir en arrendatario del local, por entrar en vigor la estipulación prevista en el contrato de hipoteca, de las condiciones del contrato de arrendamiento estipuladas para el caso de adjudicación por ejecución de la hipoteca (arts. 20 y 28), y esto podría quedar mermado en el caso de ejecutarse con anterioridad la hipoteca inmobiliaria recayente sobre el inmueble al surgir un adjudicatario del mismo que podrá exigir del propietario, que ahora sólo lo es del establecimiento, el que desaloje el local, aunque el establecimiento de que se trate resulte afectado por una hipoteca mobiliaria.

La objeción que puede hacerse al supuesto expresado, y no dejamos de reconocer que es de cierta consideración, consistirá en estimar que las cláusulas referentes a las condiciones del futuro arrendamiento estipuladas en la escritura de hipoteca mobiliaria para iniciar sus efectos en el momento en que surja el adjudicatario de éste por ejecución de aquélla, han de ser entendidas en el sentido de que constituyen un contrato de arrendamiento sujeto a la condición de que el establecimiento mercantil pase a poder de un tercero en virtud de esa adjudicación en la subasta. Esta estipulación condicional no estará en verdad prohibida ni limitada por la hipoteca inmobiliaria del edificio, la cual no afectará para nada a la capacidad del dueño de la finca para efectuar arrendamientos totales o parciales del inmueble sobre el que ella recae y cuyos contratos deberán ser respetados en su día por el adjudicatario del inmueble en el caso de ejecución de esa hipoteca inmobiliaria.

Por eso a todo ésto, esta última postura tiene el inconveniente de que no da una solución al caso de que, al ser adjudicada la finca a un tercero por ejecución de la hipoteca inmobiliaria, no haya vencido aún la mobiliaria y esté por tanto en suspenso el contrato de

arrendamiento previsto en esta última, pues si puede estimarse que el nuevo dueño del inmueble estará obligado a respetar ese contrato condicional, no podrá evitarse el que, entre tanto, obligue al dueño del establecimiento, que lo había sido también del inmueble, a que desaloje el local que con él ocupa, lo cual constituiría un incumplimiento de la obligación de continuar el comercio o industria que se impone al hipotecante por el artículo 27 de la Ley, que no distingue entre el incumplimiento voluntario o forzoso, sino en que se continúe el comercio o industria por el perjuicio que ello irroga al acreedor.

El requisito de no poder estar embargados los bienes sobre los que se vaya a constituir la hipoteca mobiliaria, a pesar de su aparente sencillez, requiere una aclaración que podríamos sintetizar diciendo: que el embargo a que se refiere el artículo 2.º es el que conste anotado en el libro de inscripciones de hipotecas mobiliarias del Registro correspondiente, o mejor dicho, que desde la entrada en vigor de la presente Ley la única forma plenamente eficaz de embargo, respecto de los bienes susceptibles de hipoteca mobiliaria (o de prenda sin desplazamiento), consistirá en la anotación del mismo en los libros indicados, estén o no hipotecados los bienes sobre los que recae, y una vez efectuada esta anotación, quedará prohibida la constitución de cualquier hipoteca mobiliaria sobre los mismos bienes, en tanto que aquélla esté vigente.

Como justificación de este criterio, se dice por la Exposición de Motivos: «Los embargos posteriores a la hipoteca es evidente que deben ser anotados en este Registro, pues la preferencia de la hipoteca sobre ellos y la consiguiente liquidación de cargas y gravámenes, en caso de ejecución, exigen el conocimiento de los embargos que se hagan sobre los bienes que sean susceptibles de hipoteca mobiliaria y de prenda sin desplazamiento, aunque no se hallen hipotecados. El fundamento está en el precepto según el cual se prohíbe la hipoteca y la prenda sin desplazamiento sobre los bienes que estuvieren embargados, en cuyo caso, si se constituyere, será nula. Mas para garantía del acreedor es necesario arbitrar un medio por el cual pueda conocer la posible existencia de aquellas afecciones judiciales, distinto de la obligada declaración del deudor. Este medio no puede ser otro que la anotación de los embargos.»

De este modo, anotado un embargo, si posteriormente se cons-

tituye una hipoteca, carecerá ésta de toda efectividad y no será inscribible. Asimismo ocurrirá con la prenda. No obstante, si se hubiere decretado aquél por la autoridad judicial, pero no se hubiese llevado al Registro, tanto la hipoteca como la prenda serán válidas y gozarán de rango preferente a ese embargo no acogido a su debido tiempo a la publicidad registral. La anotación no altera, pues, la naturaleza del embargo, ni añade nuevos derechos, privilegios o garantías a favor del acreedor: se limita a asegurarle frente a posibles gravámenes posteriores que de otro modo se antepondrían a él.»

La traducción de esta opinión en disposiciones concretas ha plasmado: En el citado artículo 2.º; en el 10, que concede al acreedor hipotecario (o con prenda no desplazada) inscrito; la preferencia del número 2.º del artículo 1.922 y la prelación del número 1.º del 1.926, ambos del Código civil, y en el apartado d) del artículo 68, que establece la anotación en los libros especiales dedicados a estas hipotecas, de los mandamientos judiciales de embargo y sus cancelaciones, cuando se refieran a bienes susceptibles de hipoteca mobiliaria o de prenda sin desplazamiento.

El problema final de que vamos a tratar en relación con este punto tercero es el de la coexistencia de la hipoteca mobiliaria con la prenda desplazada, que es la tradicional en nuestra legislación civil, y enfocándolo en relación con la presente Ley podremos sostener: que ésta ha dicho demasiado si pensaba en la coexistencia de ambas instituciones por constitución simultánea o sucesiva, o muy poco si estimó que deberían ser incompatibles.

Si la hipoteca mobiliaria se constituyese con anterioridad a la prenda desplazada, e incluso simultáneamente, estimamos que la primera prevalecerá siempre sobre la segunda, sin que por ello necesitemos entrar en el problema referente a si esta última pudo o no ser constituida, una vez que ya lo estaba la mobiliaria. Creemos que el precepto fundamental en apoyo de esta opinión, el cual hace inútil cualquier otro, es el contenido en el artículo 16 de esta Ley, determinante, de que la hipoteca mobiliaria sujeta directa e inmediatamente los bienes sobre los que se impone, cualquiera que sea su poseedor, al cumplimiento de la obligación para cuya seguridad fué constituida, y esa frase de «cualquiera que sea su poseedor», está redactada claramente y en términos tan amplios que no podemos intentar limitarla, entendiéndolo que se refiere al poseedor que

lo sea en este o en aquel concepto, sino a todo poseedor. Con ello se establece una evidente preferencia sobre el acreedor pignoraticio que será sólo un poseedor de la cosa, aunque lo sea en concepto de garantizar así su crédito.

El verdadero problema está en determinar si, constituida una prenda desplazada sobre una cosa susceptible de hipoteca mobiliaria, podrá constituirse con posterioridad una de estas hipotecas y en precisar cuál de esas dos garantías deberá ser preferente en el caso de que se impusiese una hipoteca mobiliaria sobre cosa que, siendo susceptible de ella, estaba ya sujeta a prenda con desplazamiento.

Ya hemos dicho que el artículo 2.º de la Ley dispone en forma terminante que no podrá constituirse hipoteca mobiliaria, ni prenda sin desplazamiento, sobre bienes que ya estuviesen hipotecados, pignorados o embargados, por los que, conforme a él, el dueño de los bienes que estén en alguna de esas situaciones tiene prohibida la constitución de la hipoteca mobiliaria, incurriéndose en la responsabilidad procedente si se quebrantase esa prohibición. Y como le está prohibida la constitución de la hipoteca, ésta no podrá ser inscrita, con lo que, conforme al artículo 3.º, quedará privado el acreedor de los derechos que la Ley concede a su titularidad hipotecaria, quedando imposibilitada así cualquier pugna entre esos derechos.

Pero, este razonamiento no puede resolvernos el problema, pues si el gravamen anterior consistiese en un contrato de prenda con desplazamiento, en el que incluso se haya hecho constar su fecha en instrumento público a fin de que el mismo pueda surtir efectos contra tercero, según dispone el artículo 1.865 del Código civil; si a pesar de la prohibición del citado artículo segundo se ocultase maliciosamente por el deudor ese contrato de prenda desplazada, cumpliendo aparentemente la regla del artículo 13 de la Ley al manifestar fraudulentamente en la escritura de hipoteca que los bienes no están pignorados, como el acreedor hipotecario no encontrará obstáculo registral que impida la inscripción de su hipoteca mobiliaria, gozará de preferencia en cuanto a su crédito sobre la cosa que le ha sido hipotecada, a pesar de la prenda desplazada que se había constituido con anterioridad, y ello deberá de ser así no sólo por constituir una exigencia vital de la nueva institución, sino, además, por deducirse del contenido de los siguientes preceptos:

Exige el artículo 75 que cuando se inscriba la hipoteca mobi-

liaria de un establecimiento mercantil, de alguna maquinaria industrial o de algún tranvía, la nota marginal expresiva de haber sido inscrita la hipoteca mobiliaria, que debe ser extendida al margen de la inscripción de los inmuebles donde se encuentran instalados o de la concesión del tranvía, e incluso al margen de la inscripción de arrendamiento del local, si todo ello estuviese inscrito, concederá a la hipoteca mobiliaria a la que se refiere esa nota un derecho de preferencia sobre los bienes de que se trate, respecto «a cualquier hipoteca inmobiliaria o gravamen que se inscriba posteriormente con pacto de extensión a los mismos». Y esta preferencia que obra frente a garantías reales, que incluso han podido ser constituidas en fecha anterior a la de la hipoteca mobiliaria, pero cuya consignación registral se realizó después, es evidente que obrarán con mayor razón aún sobre una garantía consistente en un derecho de prenda con desplazamiento posesorio de la cosa sobre la que recae.

El artículo 85 sólo permite la suspensión del procedimiento judicial sumario que haya sido iniciado para hacer efectiva la hipoteca mobiliaria por la interposición de una tercería de dominio, además de otras varias que no afectan al presente, siempre que se acompañe ineludiblemente a la demanda el título de propiedad de la cosa, de fecha anterior a la de la escritura de hipoteca, y el cual estará también inscrito con anterioridad a esa fecha, si los bienes fuesen susceptibles de serlo en algún Registro. Y el contenido de ese precepto obligará también a no conceder preferencia a la prenda desplazada sobre la hipoteca mobiliaria inscrita, por el absurdo que supondría el que resultase menos protegido el titular del dominio que el de una prenda desplazada.

El artículo 10 parte de la base de que el crédito garantizado con la hipoteca es preferente a cualquier otro, salvo cuando se trate de créditos laborales. Como se revela al establecer precisamente esa preferencia de los créditos laborales y no la de ningún otro, salvo la establecida por el artículo 41, pero la cual se refiere sólo a las aeronaves y en cuanto a ellas, a los créditos dimanantes de los gastos de salvamento y lo demás que sean absolutamente necesarios para su conservación.

En el mismo artículo 10 se concede al acreedor hipotecario la preferencia del número 2.º del artículo 1.922 del Código civil y la prelación del número 1.º del artículo 1.926 del mismo cuerpo legal,

cuyos dos últimos preceptos fueron dictados partiendo de la base de que no podría haber más de un crédito de la misma clase dentro de un mismo grupo de ellos y, por tanto, la referencia a ellos por la nueva Ley parece indicar que, en cuanto a los bienes susceptibles de hipoteca mobiliaria, estima que sólo cabrá ésta, y por ello les concede una preferencia que no puede motivar concurrencia con otros créditos; pues si se interpretase el precepto del artículo 10 en el sentido de que admitía la concurrencia de créditos por prenda desplazada y por hipoteca mobiliaria, necesitaríamos a su vez una norma que resolviese la preferencia entre ellos, y ante el silencio de la Ley en este punto (justificado según la anterior interpretación), sólo podría solucionarse acudiendo a aplicar por analogía el criterio del párrafo 2.º del artículo 1.927 del mismo Código, referente a la prelación entre varios créditos hipotecarios o refaccionarios que estén anotados o inscritos en el Registro, la cual resuelve en favor de aquél cuya inscripción sea de fecha anterior, equivaliendo esto, al trasladarlo al presente caso, a una preferencia de la hipoteca mobiliaria sobre la prenda con desplazamiento no inscrita, ya que su inscripción es imposible.

Finalmente, al determinarse en la disposición adicional tercera de esta Ley que las normas de la legislación hipotecaria serán de aplicación subsidiaria a la presente, en cuanto sean compatibles con la naturaleza de los bienes sobre los que ésta recae, habrá de sostenerse como en aquella legislación que el crédito hipotecario inscrito es preferente a cualquier otro no inscrito, aunque éste sea de fecha anterior a aquél, e igualmente, que al equipararse la hipoteca mobiliaria a la inmobiliaria ocurrirá con aquélla lo que antes sucedía con la última, o sea, que conceptualmente prenda e hipoteca son dos instituciones incompatibles en la realidad, no pudiendo existir roce entre ellas por recaer sobre bienes completamente distintos.

IV: ELEMENTOS REALES. LA COSA Y EL CRÉDITO

La cosa: Regla general.

Es criterio de la Ley el de ser taxativa en la determinación de los bienes susceptibles de ser objeto de una hipoteca mobiliaria, ya que sólo determinados bienes muebles pueden reunir los requisitos

de una identificación similar a la de los inmuebles, que es la característica en que se fija esta Ley para autorizar su hipotecabilidad, y por ello, y en armonía con lo que se dice en la Exposición de Motivos respecto a la necesidad de fijar con exactitud los bienes sujetos a esta hipoteca, se establece con carácter general por el artículo 1.º que podrá constituirse hipoteca mobiliaria sobre los bienes enajenables que se mencionan en esta Ley:

Desarrollando este precepto, se dispone por el artículo 12: «Unicamente podrán ser hipotecados:

Primero: Los establecimientos mercantiles.

Segundo: Los automóviles y otros vehículos de motor, así como los tranvías y vagones de ferrocarril, de propiedad particular.

Tercero: Las aeronaves.

Cuarto: La maquinaria industrial.

Quinto: La propiedad intelectual y la industrial.»

Y como, pese a lo concreto del precepto, podrían originarse dudas al aplicarse la legislación hipotecaria en concepto de supletoria de la presente, se ha añadido por ese mismo artículo un segundo párrafo en el que se expresa: «No podrá hipotecarse el derecho real de hipoteca mobiliaria ni los bienes comprendidos en los artículos 52, 53 y 54.»

Los tres artículos a que alude ese párrafo se refieren a la determinación de los bienes que pueden ser objeto de prenda sin desplazamiento y conforme a ellos podrá constituirse esa clase de garantía, no pudiendo utilizarse la de una hipoteca mobiliaria:

a) Por los titulares legítimos de explotaciones agrícolas, forestales y pecuarias, sobre los siguientes bienes:

1.º Frutos pendientes y cosechas esperadas dentro del año agrícola en que se celebre el contrato.

2.º Frutos separados o productos de dichas explotaciones. Si no estuviesen almacenados se determinará el lugar en que hubieran de depositarse.

3.º Los animales, así como sus crías y productos.

4.º Las máquinas y aperos de las referidas explotaciones (artículo 52).

b) También podrá constituirse sobre los siguientes bienes aunque no formen parte de las referidas explotaciones:

1.º Las máquinas y demás bienes muebles identificables por características propias, como marca y número de fabricación, modelo y otras análogas, que no reúnan los requisitos exigidos en el artículo 42 para ser objeto de hipoteca mobiliaria.

2.º Las mercaderías y materias primas almacenadas (art. 53).

c) Igualmente podrá constituirse sobre las colecciones de objetos de valor artístico e histórico, como cuadros, esculturas, porcelanas o libros, bien en su totalidad o bien en parte, incluso aunque no formen parte de una colección (art. 54)

Con criterio recíproco se determina por el artículo 55 que no podrá constituirse prenda sin desplazamiento sobre los bienes susceptibles de hipoteca mobiliaria, o sobre los que por pacto hubieran sido ya incluidos en la hipoteca inmobiliaria de una finca, conforme autoriza el artículo 111 de la Ley Hipotecaria.

La prohibición de constituir subhipotecas nos parece bastante plausible. Obtener un crédito sobre una cosa, conservando su posesión, que permite el ejercicio de la explotación de ella, base quizá para el pago del mismo, es necesaria en la vida real y debía ser recogida en la jurídica; pero obtener un crédito dinerario garantizándolo con otro crédito, también dinerario, existiendo la posibilidad de efectuarse una cesión onerosa del mismo, es crear instituciones innecesarias, que siendo de escasa aplicación turban y dilatan innecesariamente los trámites del tráfico económico incrementando los problemas jurídicos de la institución.

Normas concretas. Automóviles, tranvías, vagones y aeronaves.

Entrando en el estudio detallado de cada uno de estos bienes hemos de señalar que, aclarando lo dispuesto en el número 2.º del artículo 12 antes transcrito, se establece por el artículo 34, que: «Se considerarán vehículos de motor, además de los automóviles, los camiones, autocares, autobuses, tractores, motocicletas y cualesquiera otros susceptibles de matrícula en el correspondiente Registro administrativo.

También serán hipotecables los tranvías, trolebuses y vagones de ferrocarril de propiedad particular.»

El presente artículo parece dividir en dos grupos a los vehículos susceptibles de hipoteca: de una parte, a los que no necesitan carriles o tendido de líneas eléctricas para su circulación, y de otra, a los que, necesitando esos carriles o líneas para circular, reúnen el requisito de pertenecer a un particular.

La claridad de los términos empleados por este artículo evita cualquier duda en la interpretación, salvo en lo referente a las motocicletas, las cuales son definidas por los artículos 4.º y 89 del Código de Circulación, aunque bajo la denominación de motociclos, y dentro del grupo general que denomina automóviles, como aquellos vehículos de dos o tres ruedas, que estén dotados de motor auxiliar o permanente. Sin embargo, la Orden de 11 de enero de 1955 («Boletín Oficial del Estado» del 25), las divide, a efectos del Impuesto de Consumos de Lujo, en motocicletas y triciclos, y define las primeras como todo vehículo de dos ruedas movido de modo principal (no dice exclusivo) por motor mecánico, cualquiera que sea su potencia y cilindrada, sin que deban considerarse como tales, las bicicletas a las que se haya adaptado con posterioridad a su fabricación un motor para facilitar su aplicación.

Con relación al requisito de la matrícula en el Registro administrativo conviene determinar que éste ha de llevarse en las Jefaturas de Obras Públicas, según dispone el artículo 246 del referido Código, y esa formalidad es esencial para la escritura de constitución de la hipoteca, según dispone el número 3.º del artículo 35, volviendo a ser citado como tal en la regla 2.ª del artículo 69 y en el artículo 76 de esta Ley, y, por tanto, tendremos que considerar excluidos de esta hipoteca, por no haber cumplido el requisito expresado, los vehículos extranjeros o, más concretamente, los que no estén matriculados en España.

Previamente a esa matrícula en el Registro Administrativo se exige por los artículos 209 y 243 del referido Código de Circulación, el que se lleve a efecto un reconocimiento de aptitud del vehículo por la Jefatura de Industria, del cual se dará un certificado, que servirá para que la de Obras Públicas autorice la circulación del mismo y proceda a su matriculación, y esta licencia de circulación tiene que ser presentada al Notario autorizante de la escritura de la hipoteca, como decimos al tratar de los elementos formales.

Todas estas son las causas por las que se dice en la Exposición de Motivos, al referirse a la hipoteca de esta clase de bienes, que se

ha procurado extender su publicidad lo más posible, llevándola no sólo al Registro de Hipotecas; sino al Administrativo correspondiente. Como expondremos al tratar de los citados elementos formales.

El número tercero del artículo 12, referente a las aeronaves, está aclarado, a su vez, por el artículo 38, expresivo de que: «Podrán ser hipotecadas las aeronaves de nacionalidad española siempre que se hallaren inscritas en la sección correspondiente del Registro Mercantil de la provincia donde estén matriculadas.

En cuanto a las aeronaves extranjeras, se estarán a los convenios internacionales y al principio de reciprocidad.

La aeronave en construcción podrá hipotecarse cuando se hubiere invertido un tercio de la cantidad total presupuestada. La inscripción provisional en el Registro Mercantil deberá convertirse en definitiva una vez terminada la construcción.»

El artículo 39 precisa, a su vez, a qué elementos se extiende la hipoteca de las aeronaves, manifestando que, salvo pacto en contrario, se comprenderán en la misma la célula, motores, hélices, aparatos de radio y navegación, herramientas, accesorios, mobiliario y, en general, pertrechos y enseres destinados al servicio de las aeronaves, aún cuando sean separables de ella; por el contrario, los repuestos de almacén sólo quedarán hipotecados con la aeronave cuando consten inventariados en la escritura de hipoteca.

No necesitamos entrar en ningún comentario sobre los preceptos antes expresados, ya que exigiéndose como indispensable para la hipotecabilidad de la aeronave el que figure inscrita en la sección correspondiente del Registro Mercantil, cuya creación está prevista por la Ley de Bases del Código de Navegación Aérea, habrá de esperarse para la entrada en vigor de esta hipoteca a que esa Ley de Bases sea desarrollada en su día, bien en el aludido Código o bien en forma transitoria mediante una disposición dictada al efecto.

Sintetizando todas las normas que hemos venido exponiendo, podremos fijar los siguientes supuestos:

a) Que para que puedan ser hipotecados los vehículos de motor, que no sean de los comprendidos en el siguiente apartado, se requiere el que estén matriculados en el Registro Administrativo correspondiente.

b) Que los trolebuses, vagones y tranvías podrán serlo cuando pertenezcan a particulares.

c) Que entre los vehículos del apartado a) no están comprendidos las bicicletas, aunque tuviesen adaptado un motor.

d) Que pese a que los tractores pueden formar parte de las máquinas y aperos de una explotación agrícola, forestal o pecuaria, la terminante disposición contenida en el artículo 55 impide el que puedan ser objeto de prenda sin desplazamiento, juntamente con la otras máquinas o aperos, no pudiéndose constituir sobre esos tractores otro derecho de garantía que el de la hipoteca mobiliaria a que nos referimos en el presente.

e) Que las aeronaves y sus accesorios son susceptibles de hipoteca mobiliaria por sí, pudiendo excluirse los últimos en virtud de pacto expreso a ese efecto, y, a su vez, la hipoteca de la aeronave y también en virtud de pacto expreso, puede ser ampliada a los repuestos de almacén, pero en este caso tendrán que ser inventariados en la escritura de hipoteca.

Derechos de propiedad intelectual e industrial

Como norma aclaratoria del contenido del número quinto del artículo 12, se establece, a su vez, por el artículo 45: «Los derechos protegidos por las leyes de propiedad intelectual e industrial podrán ser hipotecados en la forma que se establece en los artículos siguientes». En los que se exige como uno de los requisitos de su escritura de hipoteca el que conste la fecha y el número de la inscripción, renovación, rehabilitación o prórroga de los referidos derechos en el Registro especial correspondiente, ya que tienen un carácter esencialmente formalista (art. 46).

Establecimientos mercantiles y maquinaria industrial

Nos queda por tratar únicamente del contenido de los números primero y cuarto del referido artículo 12, referentes a los establecimientos mercantiles y a la maquinaria industrial, respecto a los cuales la imprecisión de sus términos obligará a una labor interpretativa mayor, ya que los redactores de ellos parece que han tratado de evitar expresamente cualquier precisión en la terminología, quizá con la finalidad de darle una mayor flexibilidad a esas normas para que puedan ser aplicadas a mayor número de supuestos, permitiendo

así el que abarcasen un gran número de bienes o de situaciones de ellos susceptibles de esta clase de hipoteca.

Así vemos que se establece por el artículo 19: «Para que puedan ser hipotecados los establecimientos mercantiles deberán estar instalados en el local de negocio del que el titular sea dueño o arrendatario, con facultad de traspasar.»

Añadiéndose por los tres artículos siguientes: «Art. 20. La hipoteca comprenderá, necesariamente, el derecho de arrendamiento sobre el local si lo tuviere el hipotecante y, en su defecto, los establecidos en el artículo 28 de esta Ley (estipulación de un contrato de arrendamiento para entrar en vigor al adjudicarse la cosa en el caso de ejecución de la hipoteca). Asimismo comprenderá las instalaciones fijas o permanentes, siempre que pertenezcan al titular del establecimiento.»

Art. 21. También comprenderá la hipoteca, si no se estableciere otra cosa, los siguientes bienes, que se describirán en la escritura pública correspondiente:

- a) El nombre comercial, rótulo del establecimiento, marcas distintivas y demás derechos de propiedad industrial e intelectual.
- b) Las máquinas, mobiliario, utensilios y demás instrumentos de producción y trabajo.

Los bienes a que se refiere este artículo quedarán afectos a la hipoteca, siempre que se den las circunstancias siguientes: que sean de la propiedad del titular del establecimiento; que su precio de adquisición esté pagado, y que se hallen destinados de modo permanente a satisfacer las necesidades de la explotación mercantil o industrial.

Art. 22. La hipoteca se extenderá mediante pacto a las mercaderías y materias primas destinadas a la explotación propia del establecimiento cuando concurrieren los dos primeros requisitos exigidos en el párrafo último del artículo anterior.

Quedarán a salvo los derechos del comprador, de conformidad con el artículo 85 del Código de Comercio; pero el deudor viene obligado a tener en el establecimiento mercaderías o materias primas en cantidad y valor igual o superior al que se haya determinado en la escritura de hipoteca, reponiéndolas debidamente con arreglo a los usos del comercio.

El acreedor tendrá derecho a inspeccionar el giro y tráfico del

establecimiento en la forma y plazos estipulados, sin estorbar, en ningún caso, su normal desenvolvimiento.»

A su vez, dispone el artículo 42, respecto a la maquinaria: «Podrán ser hipotecadas las máquinas, instrumentos o utensilios instalados y destinados por su propietario a la explotación de una industria y que directamente concurren a satisfacer las necesidades de la explotación misma. Dicha industria deberá figurar anotada en el censo industrial o minero a nombre del hipotecante.

A los efectos de esta hipoteca se considerará también como máquinas las calderas de vapor, los hornos que no formen parte del inmueble, las instalaciones químicas y los demás elementos materiales fijos afectos a la explotación de la industria.»

Para la aplicación de las anteriores normas deberá tenerse en cuenta el contenido de los artículos 52, 53 y 55 de la misma Ley, que expusimos al principio del presente capítulo, sobre todo por la confusión que puede motivar su relación con el 42 que hemos transcrito. A este fin, son reveladoras las palabras utilizadas en la Exposición de Motivos, al tratar de la maquinaria industrial, especialmente el párrafo final, en el que se dice: «De este modo, la maquinaria industrial puede hallarse sujeta a hipoteca de tres maneras diferentes: a hipoteca mobiliaria, como objeto directo y autónomo de ella, conforme al capítulo quinto del título primero (se refiere al artículo 42 y siguientes); a hipoteca de establecimiento mercantil, como consecuencia de la extensión de esta última, de acuerdo con el capítulo segundo del título primero (art. 21), y a hipoteca inmobiliaria, cuando concurren los requisitos exigidos por el artículo 111 de la Ley Hipotecaria.»

Sistematizando el contenido de los artículos expuestos, podremos señalar los siguientes supuestos:

A) Establecimiento mercantil, considerado en su totalidad y entendido en el sentido de ser incluido en ese término, tanto los comerciales como los industriales o los mixtos.

Así considerado el establecimiento mercantil, es susceptible de ser objeto de una hipoteca mobiliaria, siempre que se reúnan los requisitos que exigen los artículos 19, 20 y 21, y de que las máquinas que pertenezcan al mismo no se encuentren afectas a ninguna hipoteca inmobiliaria establecida sobre el edificio, bien por pacto de extensión a ellas de esa hipoteca o bien por disposición legal en ese sentido.

Una lectura precipitada de los preceptos transcritos podría llevarnos a la idea de que los establecimientos mercantiles, objeto de esta hipoteca, podrán ser únicamente los comerciales; pero un estudio más detallado nos revelará que no existe nada que abone esta interpretación restringida del término establecimiento mercantil, e incluso que los que se utilizan por la Ley revelan la opinión contraria, como puede apreciarse del artículo 21, que se refiere a los «derechos de propiedad industrial», y de que los bienes satisfagan las necesidades de la «explotación mercantil o industrial», y si esto no fuese lo suficientemente expresivo, sí lo es, entre otros, el párrafo que hemos copiado de la Exposición de Motivos, al declarar en forma bastante precisa esta equivalencia entre mercantil, comercial e industrial, en lo referente a los establecimientos que pueden ser objeto de esta hipoteca mobiliaria.

B) Derecho de arrendamiento del local de negocio, con facultad de traspasar.

En la práctica habrá que convenir en que este derecho será susceptible de ser objeto de la presente modalidad de hipoteca, porque: ¿A qué queda reducida la del establecimiento radicante en local arrendado con facultad de traspasar, cuando se pacte la no inclusión en ella de los elementos descritos en el artículo 21 y no existan las instalaciones fijas o permanentes a que se refiere el artículo 20, o, en el caso de existir, no pertenecen al titular del establecimiento, como se prevé por el mismo artículo?

Si nos fijamos en los elementos sobre los que puede recaer la hipoteca mobiliaria del establecimiento, veremos que podrán comprenderse los siguientes:

1.º El local. Cuando sea propio o arrendado con facultad de traspasar (art. 19).

2.º Las instalaciones fijas o permanentes, siempre que pertenezcan al titular del establecimiento (art. 20).

3.º El nombre comercial, rótulo, marcas distintivas y demás derechos de propiedad industrial o intelectual, las máquinas; mobiliario, utensilios y demás instrumentos de producción y trabajo. Siendo necesario para ello que pertenezcan a su titular, esté pagado el precio de adquisición, satisfagan las necesidades de la explotación y no se haya pactado su no inclusión en la hipoteca (art. 21).

4.º Las mercaderías y materias primas destinadas a la explo-

tación, pero exigiéndose para su inclusión, además de otros varios requisitos, el que se pacte expresamente la extensión a ellas de la hipoteca del establecimiento (art. 22).

De los elementos citados, pueden quedar fuera de la hipoteca: los señalados con el número 4.º, cuando no exista pacto que los incluya; los del número 3.º, cuando exista pacto contrario a su inclusión; los del número 2.º, por no pertenecer al titular del establecimiento, como admite la Ley que pueda ocurrir, y si respecto al 1.º, el titular sólo tiene la cualidad de arrendatario con facultad de traspasar, la hipoteca del establecimiento habrá recaído virtualmente y con carácter único sobre ese arrendamiento con facultad de traspaso. Quizá para no herir susceptibilidades terminológicas, podrá seguirse llamando hipoteca del establecimiento, pero ello no afectará a cuál sea el verdadero contenido de la misma.

C) El nombre comercial, rótulo del establecimiento, marcas distintivas y demás derechos de propiedad intelectual e industrial pertenecientes al establecimiento mercantil.

Estos elementos, en los casos en que el titular no desee hipotecar el establecimiento en su totalidad, o cuando no pueda hacerlo por no ser ni dueño del local ni arrendatario con facultad de traspaso, podrán ser objeto independiente de una hipoteca mobiliaria, pero en su variedad de hipoteca del derecho de propiedad intelectual o industrial. Para ello se requerirá, además, el que se den los requisitos que se exigen especialmente por esta Ley para esa hipotecabilidad, los cuales no son exigidos a su vez cuando sean hipotecados juntamente con el establecimiento al que correspondan.

D) Las máquinas de producción y trabajo de una explotación industrial o mercantil.

La maquinaria industrial puede encontrarse en situaciones muy diversas, ya que puede ser considerada: como formando parte del inmueble en que radique; como uno más de los elementos del complejo económico-jurídico que constituye un establecimiento mercantil, ya sea mayor o menor la importancia que dentro de él tenga; como objeto mueble susceptible de una producción, independientemente de la organización económica a la que de momento se encuentre adscrito; como bienes muebles susceptibles de identificación por sus números, marcas, etc., y como mercaderías. Por ello, cada una de

estas situaciones motivará el que pueda ser objeto de una u otra clase de garantía, como sistematizamos a continuación:

1.º Si perteneciesen al dueño del inmueble en que se encuentran, podrá extenderse a ellas la hipoteca inmobiliaria recayente sobre aquél (art. 111 de la Ley Hipotecaria).

2.º Si fuesen propias del titular del establecimiento, que a la vez lo es del edificio, o, en su defecto, arrendatario del local con facultad de traspasarlo, si además estuviese pagado el precio de adquisición y estuviesen destinadas de modo permanente a satisfacer las necesidades de la explotación industrial o mercantil, podrán ser objeto de la hipoteca mobiliaria que recaiga sobre el establecimiento; necesitándose para no ser incluida en ella el que así se pacte en forma expresa (art. 21).

3.º Si no se quiere o no se puede incluirlas en la hipoteca del establecimiento, o no puede efectuarse la de éste por faltar alguno de los requisitos necesarios para ella, podrá constituirse hipoteca mobiliaria sobre estos elementos en su variedad de la de maquinaria industrial, requiriéndose para ello el que la industria a que esté destinada figure anotada a nombre del hipotecante en el censo industrial o minero correspondiente (art. 42).

4.º Si no se estuviese en ninguno de los supuestos anteriores o no se reuniesen los requisitos para ello y sólo cuando por esto sea imposible la hipoteca a que nos referimos en el número 3.º, podrá ser objeto dicha maquinaria de un contrato de prenda sin desplazamiento, pero teniéndose entonces que expresar el lugar en que la misma se encuentre situada (art. 53 y 55).

5.º Si la maquinaria tuviese el carácter de mercadería, podrá ser objeto de hipoteca o de prenda sin desplazamiento en la forma que expresamos en el siguiente apartado.

E) Mercaderías. Estas podrán ser incluidas en la hipoteca del establecimiento, en la forma que antes hemos expuesto y sea cualquiera la naturaleza de ellas, incluso cuando se trate de maquinaria. En su defecto, podrán ser objeto de prenda sin desplazamiento, cumpliéndose especialmente el requisito de que se encuentren almacenadas.

F) Establecimiento industrial arrendado como tal:

El arrendatario de él no podrá constituir sobre su derecho nin-

guía de las figuras de garantía hipotecaria que venimos exponiendo, ya que no puede constituir hipoteca mobiliaria del establecimiento, por no ser dueño de los elementos del mismo y no tener sobre ellos otro derecho que el de ser arrendatario; el derecho de arrendamiento en sí, ni aún cuando lo sea con facultad de traspasar, no será susceptible de esta modalidad de hipoteca, por no ser enajenable conforme exige el artículo primero, no estar comprendido en la relación de bienes susceptibles de ella que se establece por el artículo 12 y no ser arrendamiento de local de negocio, único a que se refiere el artículo 19 y concordantes. Podrá, por tanto, utilizar el titular del mismo como única forma de garantía la de la prenda sin desplazamiento recayente sobre los productos de la explotación, conforme autoriza el artículo 52 en su número 2.º

Respecto al arrendador, entendemos que no existe inconveniente alguno en que pueda utilizar la garantía de una hipoteca mobiliaria, en su variedad de la del establecimiento mercantil, siempre que deje a salvo el plazo por el que se hubiese estipulado el arrendamiento de la industria. Pues, si bien en el artículo 28 se exige el que al ejecutarse la hipoteca del establecimiento mercantil pase el adjudicatario a poseer el local en que aquél radica, bien por traspaso del arrendamiento de que disfrutaba el hipotecante, o bien por entrar en vigor el estipulado para ese caso por el propietario hipotecante y el acreedor, puede darse perfectamente el supuesto que expresamos, ya que el arrendamiento de industria, al no estar regido por la Ley de Arrendamientos Urbanos (salvo los de espectáculos en los supuestos del artículo 6.º de esa Ley) estará exento de la prórroga legal del mismo y su duración puede ser determinada con anticipación. Como única salvedad tendremos la de que si el plazo del arrendamiento no estuviese aún vencido al ejecutarse la hipoteca, aquel plazo será estimado como término que afectará al vencimiento de la hipoteca, a su ejecución o a la toma de posesión de la cosa por el adjudicatario, según los diversos supuestos que hayan sido pactados en la escritura de constitución.

El crédito.

No establece la Ley ninguna norma referente al crédito, el cual quedará regido por las reglas generales establecidas por la legislación hipotecaria, que está reconocida como supletoria de la presente

por la disposición adicional tercera de la Ley y, por tanto, la regla general en esta materia será la establecida por el artículo 105 de la Ley Hipotecaria, en el que se dispone que la hipoteca podrá constituirse en garantía de toda clase de obligaciones. Unicamente se contienen tres disposiciones en la presente, referentes al crédito, las cuales son realmente repetición de otras semejantes de la Ley citada; quizá se tratará de evitar con ello el que se pueda dudar de su aplicación a la presente, ya que en la referida disposición adicional se limita la aplicación como supletoria de la legislación hipotecaria a los supuestos en que sus normas «sean compatibles con la naturaleza de los bienes y con lo prevenido» en el articulado de la presente Ley.

La primera y más general, ya que es aplicable tanto a la hipoteca mobiliaria como a la prenda sin desplazamiento, está recogida por el artículo 7.º, en el que se dispone: «Podrá también constituirse hipoteca mobiliaria y prenda sin desplazamiento en garantía de cuentas corrientes de crédito o de letras de cambio, con los requisitos que se establecen en los artículos 153 y 154 de la Ley Hipotecaria.»

Las otras dos limitan su aplicación a la hipoteca mobiliaria, y están recogidas por los artículos 14 y 15 de la Ley. Se expresa por este último, que «la hipoteca en garantía de títulos al portador o transmisibles por endoso se constituirá por escritura pública, sujetándose a lo dispuesto en los artículos 154 y 155 de la Ley Hipotecaria.»

Y determinándose en el artículo 14, que «en la hipoteca conjunta de varios establecimientos mercantiles, vehículos de motor, vagones, tranvías, aeronaves o derechos de propiedad intelectual o industrial, deberá distribuirse entre ellas la responsabilidad real por principal y, en su caso, por intereses y costas.»

Referente en parte al crédito, aunque también lo es a la garantía en sí, es la especialidad recogida por el Reglamento de aplicación de la presente Ley, en la que se aparta del concepto de Registro de gravámenes que por ella se crea, según expresa la Exposición de Motivos de ésta en una forma precisa y deducida en el contenido de todo su articulado, consistente en considerar también como inscribibles en este Registro los contratos de venta de bienes susceptibles de ser objeto de esta modalidad de hipoteca, en los que haya sido garantizado el precio aplazado mediante una estipulación se-

gún la cual se reserva el vendedor el dominio de la cosa, ó el derecho de reversión de él, para el caso de falta de pago del precio, siempre que esos contratos consten en escritura pública. Lo cual es de una evidente justicia, ya que en otro caso quedaba desamparado el vendedor de los mismos frente a un comprador de mala fe que, ocultando las condiciones de la venta y declarando que el precio de la cosa estaba satisfecho en su totalidad, sujetase ésta a una hipoteca mobiliaria.

E. V. ELEMENTOS FORMALES. LA ESCRITURA Y LA INSCRIPCIÓN:

Regla general.

Se establece por el artículo 3.º que «la falta de inscripción de la hipoteca ó de la prenda en el Registro privará al acreedor hipotecario o pignoraticio de los derechos que, respectivamente, les concede esta Ley», y ante lo preciso del precepto, hemos de deducir que únicamente podrá nacer la hipoteca mobiliaria, o la prenda sin desplazamiento, por la inscripción en el correspondiente Registro, pues a esto equivale su carencia de efectos jurídicos hasta ese instante. No obstante, como la inscripción sólo puede ser motivada por un documento auténtico, era necesario el exigir la constancia en escritura pública de esos contratos, a fin de que fuesen susceptibles de ella, y de conformidad con ese criterio se dispone por el mismo artículo 3.º en su tres primeros párrafos, que: «La hipoteca mobiliaria y la prenda sin desplazamiento se constituirán en escritura pública.

No obstante, la prenda sin desplazamiento podrá también constituirse mediante póliza intervenida por Agente de Cambio y Bolsa o Corredor de Comercio colegiado, cuando se trate de operaciones bancarias o se refiera a cualquiera de los supuestos comprendidos en el artículo 93 del Código de Comercio.

La escritura o la póliza, en su caso, deberán ser inscritas en el Registro que por esta Ley se establece.»

El problema fundamental que plantea este precepto es el de precisar cuál es el elemento constitutivo de la hipoteca; pero como ya tratamos del mismo en el capítulo II del presente, damos aquí por repetido lo que allí expusimos, pasando, por tanto, a tratar separadamente de la escritura y de la inscripción.

La escritura.

Fundamentalmente dispone el artículo 13 de esta Ley que en las escrituras de hipoteca mobiliaria se cumplirán las normas de la legislación notarial y, además, las que expresamente señala ese precepto; pero como en otros varios de la misma Ley se contienen reglas especiales para diversas modalidades de esta hipoteca y como en el Reglamento de aplicación se exige, a su vez, por el artículo 14, el que las escrituras deberán contener «necesariamente» las circunstancias que el mismo determina para la validez de las inscripciones; resultará más clara la exposición de esta materia si agrupamos todas esas normas, salvo las de la legislación notarial cuya exposición omitimos, en dos grupos, relativos a las circunstancias comunes a todas las hipotecas mobiliarias y las especiales que sólo serán aplicables a una u otra de las diversas variedades de ella.

A) Requisitos comunes. Como tales tendremos que considerar a los siguientes:

1.º La identificación de la personalidad del acreedor y del deudor y, en su caso, la del dueño de los bienes hipotecados (art. 13 de la Ley).

2.º Descripción de los bienes que sean objeto de la hipoteca, especificando su naturaleza, cantidad, calidad, signos distintivos y demás particularidades que sirvan para identificarlos o individualizarlos en cada caso concreto (art. 13 de la Ley).

3.º Título de adquisición de los bienes y declaración del hipotecante de que no están hipotecados, pignorados, ni embargados (art. 13 de la Ley).

4.º Importe en moneda nacional del principal garantizado y de la cantidad que se señale para costas y gastos, así como el plazo para la devolución y el tipo de interés si se hubiere pactado (artículo 13 de la Ley). Si la hipoteca recayese conjuntamente sobre varios establecimientos mercantiles, vehículos de motor, vagones, tranvías, aeronaves o derechos de propiedad intelectual o industrial, se distribuirá entre ellos la responsabilidad real por principal y, en su caso, por intereses y costas (art. 14 de la Ley).

5.º La fijación de un domicilio a efectos de los requerimientos al deudor o al hipotecante no deudor en su caso (art. 13 de la Ley). Únicamente no podrá ser este domicilio de libre elección por las partes

cuando la hipoteca se refiera a un establecimiento mercantil y los interesados quieran hacer uso en su día del procedimiento judicial sumario de ejecución o del extrajudicial ante Notario, pues, en ese caso, el domicilio será forzosamente el del local donde estuviese instalado el referido establecimiento, por exigencia especial del párrafo segundo del artículo 82 de la Ley.

6.º En el caso de quererse utilizar para la ejecución los dos procedimientos a que antes hemos aludido, deberá constar en la escritura el precio en que los interesados tasan los bienes a efectos de subasta y si el objeto hipotecado fuese un establecimiento mercantil situado en local arrendado con facultad de traspasar, se expresará ineludiblemente la parte de ese precio que corresponde al traspaso y la que debe ser atribuida a las existencias y demás elementos incluidos en la hipoteca (núm. 2.º de los arts 82 y 86 de la Ley).

7.º Con la misma finalidad, pero sólo a efectos de utilizar el procedimiento extrajudicial ante Notario, se requerirá el que se designe en la escritura un mandatario que represente en su día al hipotecante en la venta de los bienes hipotecados, el cual podrá serlo el mismo acreedor, cuya designación se efectuará por el hipotecante de los bienes, tenga o no la cualidad de deudor (art. 86, núm. 1.º, de la Ley).

8.º Como circunstancia de carácter general, pero cuya consignación dependerá de que haya sido pactada expresamente por las partes, está la de atribuir la competencia a un Juzgado distinto del establecido por esta Ley (art. 83 de la Ley).

9.º Finalmente, también con esa misma característica de que exista pacto expreso, deberán constar en la escritura los intereses asegurados con la hipoteca, en el caso de que excedan de los correspondientes a los de los dos últimos años y a la parte vencida de la anualidad corriente (art. 9.º de la Ley).

B) Requisitos especiales para cada variedad de hipoteca mobiliaria.

1.º Establecimientos mercantiles e industriales.—La descripción de la cosa hipotecada deberá hacerse expresando: población, calle y número si lo tuviere, o nombre del lugar, en otro caso, en que se halle situado el inmueble; local del mismo en que esté instalado el establecimiento; nombre con que sea conocido y clase de comercio a que se destine (núm. 1.º, art. 16, del Reglt.).

Aparte de esos requisitos que serán aplicables a todas las escrituras de esta clase, existen otros que sólo lo serán cuando en ellas se estipulen pactos especiales a ese efecto. Así tenemos, que cuando no se quiera incluir en la hipoteca del establecimiento el nombre comercial, rótulo, maquinarias, etc., a que se refiere el artículo 21, se exige por éste el que se exprese esa circunstancia mediante cláusula precisa al efecto.

Por el contrario, si se quiere hacer extensiva la hipoteca a las mercaderías y materias primas destinadas a la explotación, el pacto se referirá precisamente a ese acuerdo de inclusión, pero haciéndose constar en él la cantidad que de ellas se incluye en la hipoteca y el valor que se les fije a ese efecto. Estos factores son los que, al evolucionar con el transcurso del tiempo, obligarán a reponer la cantidad gastada y a completar, en esas especies, lo suficiente para que no sólo no disminuya la cantidad estipulada, sino incluso el valor asignado a la totalidad de ella, aunque esta disminución proceda del juego natural de los fenómenos económicos. Esta inclusión obliga a determinar, también en la escritura, la forma y plazos en que el acreedor podrá inspeccionar el giro y tráfico del establecimiento, a fin de poder vigilar la situación de esas mercaderías (art. 22 de la Ley).

Si se quisiera poder alterar en el futuro la clase de comercio o industria del establecimiento, sin que ello produzca el vencimiento anticipado de la hipoteca, deberá constar en la escritura mediante pacto expreso, según dispone la regla primera del artículo 29 de la Ley.

En el supuesto de que el hipotecante sea a la vez dueño del inmueble donde se encuentra situado el establecimiento, se exige la circunstancia especial consistente en la reseña de las referentes al título de adquisición del inmueble, indicando su clase y, si fuese público, el Notario o funcionario que lo autorizó, por exigir el artículo 19 del Reglamento el que esa circunstancia se haga constar en la inscripción de hipoteca, si constare en el título que la motive.

También como circunstancia especial está la exigida con carácter obligatorio por el párrafo 1.º del artículo 24 de la Ley, expresivo de que en la escritura conste la renta y demás estipulaciones del arrendamiento a todos los efectos legales y en especial al que para el caso de ejecución de la hipoteca tenga preestablecida el adjudicatario su cualidad de arrendatario y las condiciones en que se desenvuelve

el mismo ; cuyo contrato de arrendamiento, si se tratase de un hipotecante que a la vez es el dueño del local en que radica el establecimiento, estipulado al constituirse la hipoteca, no entra en vigor hasta que exista un adjudicatario en el proceso de ejecución, quedando por ello pendiente su efectividad de esa condición.

Finalmente, como requisito no ya de la escritura de hipoteca, pero sí necesario para su plena validez en el supuesto de que el hipotecante sea sólo un arrendatario del local con facultad de traspaso, está el de que la hipoteca sea comunicada al propietario o arrendador del referido local. Esta notificación, si bien puede realizarse a instancia del acreedor o del deudor, deberá adoptar la forma de acta notarial, por determinación expresa del párrafo segundo del artículo 24 de la Ley ; ahora bien, esta exigencia no podemos estimarla como ineludible, sino en el sentido de que ella será la solemnidad mínima, pues al determinar los artículos 31 y 32 los efectos que tendrá la hipoteca respecto al arrendador, según que éste haya aceptado o no la hipoteca, prevé el que esa conformidad se preste por escritura posterior, o bien en la misma en que conste la hipoteca, en cuyo caso no sería lógico el que se exigiese una notificación posterior del mismo contrato y al mismo interesado, aunque lo sea mediante un acta notarial, con la única finalidad de respetar estrictamente la letra, aunque no el espíritu, del referido artículo 24.

2.º Vehículos de motor.

El requisito de identificación de la cosa hipotecada que exige el artículo 13, está, a su vez, precisado y desarrollado por el artículo 35 de la Ley, los números segundo, tercero y cuarto del artículo 16 y el artículo 20, ambos del Reglamento. Conforme a esas disposiciones, la descripción del vehículo en la escritura de hipoteca deberá efectuarse en la siguiente forma :

Automóviles : a) Clase del vehículo, expresando si es motocicleta, automóvil de turismo, camiones, autocares, autobuses, etc., y la marca de fábrica del mismo.

b) Número del motor y del bastidor.

c) Matrícula del mismo.

d) Número de cilindros y potencia en HP

e) Categoría y número del permiso de circulación y lugar y fecha en que fué expedido.

f). Toneladas de carga máxima, si se tratase de camiones, y número de plazas si fuesen turismos, autocares o autobuses.

g). Lugar donde se encierra habitualmente el vehículo.

h). Póliza del seguro, su importe y entidad aseguradora.

Si se tratase de vagones, se expresará: clase del vagón, determinando si es abierto o cerrado y la clase del servicio a que se destine. De ser abiertos, se consignarán si son plataformas o bordes, y si fuese cerrado, si son cubas, jaulas o simplemente cerrados. Se identificará, además, por el número de sus ejes; serie y número dentro de ella; toneladas de carga máxima; casa constructora; fecha de la construcción; lugar de estacionamiento normal del vagón, y las demás circunstancias que en cada caso se estimen precisas. Igualmente se hará constar la póliza del seguro, su importe y la entidad aseguradora.

Si el objeto de la hipoteca fuese un tranvía, deberá hacerse constar: clase, serie y número; casa constructora; año de la construcción; servicio a que esté destinado; número de plazas o carga máxima; lugar de estacionamiento normal; número que le corresponde, y las demás circunstancias que contribuyan a su mejor identificación, así como las referentes al seguro, en la forma antes dicha.

Como requisito obligatorio para el Notario autorizante, aunque no lo sea de la escritura en sí, está el exigido por el párrafo final del artículo 35 citado, consistente en que se anote la hipoteca por ese funcionario en el permiso de circulación del vehículo, en el mismo momento del otorgamiento de la referida escritura. Esa anotación impedirá la salida del vehículo hipotecado fuera del territorio nacional, a cuyo fin dispone el artículo 37 de la Ley que las Aduanas españolas exigirán el permiso de circulación, a los efectos de esa prohibición respecto a los que tengan anotada la hipoteca. Por ello, y dada la responsabilidad en que puede incurrir el Notario autorizante, sería práctica muy recomendable la de hacer constar en la misma escritura el que se devuelve ese permiso una vez efectuada la anotación, e incluso la manifestación de su titular de recibirlo con esa circunstancia. Se nos podría objetar, que sin estar firmada aún la escritura por las partes, la hipoteca no ha nacido y no puede hacerse constar en el permiso, pero ello no puede ser obstáculo, pues si conforme a la presente Ley la hipoteca no produce efectos, ni aún entre las partes, hasta su inscripción, hasta

ese momento no debería hacerse la anotación, cuando es así que la misma Ley la ordena antes.

No ha previsto la Ley la forma de desvirtuar esa anotación una vez cancelada la hipoteca, y si bien parece lógico el que, a «sensu contrario», se haga una anotación de cancelación por el Notario que autorice ésta, sería menos expuesto a fraudes el que la anotación de cancelación se efectúe en el Registro correspondiente al cancelarse la hipoteca que la motivó, disintiendo en este punto de la opinión de Apalátegui, en la obra citada, que estima como funcionarios que deben efectuar esa anotación de la cancelación, bien al Notario autorizante, bien al Juzgado, pues, abundando en nuestra tesis, hemos de manifestar que, pudiendo cederse el crédito garantizado con esa hipoteca y no requiriéndose el que esa cesión conste en el permiso de circulación, podrá surgir una confabulación fraudulenta del deudor y el acreedor primitivo, que pueda motivar la salida del territorio nacional del vehículo así liberado de la carga de la hipoteca, la cual continúa vigente el Registro a favor del cesionario.

Igualmente queda sin precisar la forma en que deberán expedirse los duplicados de los permisos de circulación por las Jefaturas de Obras Públicas, cuando el original perdido se refiera a un vehículo hipotecado, ya que, si bien dispone el artículo 76 el que la constitución de la hipoteca sea comunicada de oficio por el Registrador Mercantil a los Jefes o encargados de los Registros especiales, que deberán acusar recibo, no se les exige a éstos el que hagan constar esa circunstancia en los duplicados o certificados que expidan, por lo que podría haberse evitado esta anomalía y las consecuencias que de ello pueden derivarse, obligando a que esos documentos pasasen por el Registro Mercantil antes de su entrega, a fin de que en el mismo se hiciese constar el estado de cargas del vehículo a que se refiera.

3.º Aeronaves.

Respecto a las aeronaves, se exige por el artículo 40 de la Ley como requisitos especiales de su escritura de hipoteca:

- a) Número que tuviere la aeronave en el registro de matrícula.
- b) Fase de construcción en que se hallare, en su caso.
- c) Marcas de fábrica y de nacionalidad y cuantas características la identifiquen.
- d) Domicilio de la aeronave.

e) Especificación de todos los seguros concertados y en especial los de carácter obligatorio.

En el caso en que juntamente con la aeronave y sus pertrechos se hipotequen los repuestos de almacén, se exige por el artículo 39 el que éstos se hagan constar en la escritura en forma de inventario para que sea válida la extensión a ellos de la hipoteca.

Todo lo referente a las aeronaves, al no estar desarrollada la Ley de Bases para el Código de Circulación Aérea y, en consecuencia, la Sección que a las mismas va a llevarse en el Registro Mercantil, carece por ahora de efectividad, por lo que el Reglamento de aplicación de la presente Ley ha omitido el dictar normas referentes a esta clase de bienes, limitándose por su artículo 16 a remitirse a la legislación especial que ha de ser dictada en su día.

4° Maquinaria industrial.

Si el objeto de la hipoteca estuviere constituido por la maquinaria de una industria, se exigen como circunstancias especiales por el artículo 43 de la Ley y los 16 y 21 del Reglamento las que expresamos a continuación:

a) Descripción de las máquinas, instrumentos o utensilios; sistema de propulsión; marca de fábrica; serie y número; tipo o modelo, si estuviere designado con algún nombre especial, y cuantas peculiaridades contribuyan a su identificación.

b) Lugar de emplazamiento e industria a que se destine.

c) Aplicación de cada máquina o utensilio y su estado de conservación y grado de deterioro.

d) Nombre y apellidos del dueño del inmueble donde estuvieren instaladas, si no fuera propio del hipotecante, y, si constare, los datos de inscripción del inmueble en el Registro de la Propiedad.

Ni la Ley ni el Reglamento exigen como requisito de la escritura y de la inscripción la justificación de que la industria figura anotada a nombre del hipotecante en el censo industrial o minero; pero como ello es a su vez requisito indispensable para la validez de la hipoteca sobre esa maquinaria, deberá asegurarse de ello el Notario autorizante y tendrá que ser justificado ante el Registrador que deba inscribirla; por ello, podemos considerarlo como un requisito más de la escritura misma, o que, en su defecto, debe acompañar a ésta, debiéndose hacer constar en la inscripción, pues en de-

finitiva no está prohibida su consignación y queda así constancia de que se tuvo en cuenta esa exigencia.

5.º Propiedad intelectual e industrial.

Los requisitos especiales de la escritura de hipoteca de estos derechos se determinan en el artículo 47 de la Ley y en los artículos 16 y 22 del Reglamento; conforme a esos preceptos, habrán de constar como circunstancias especiales las siguientes:

a) Descripción: Clase de propiedad (literaria, musical, etc.) y título o nombre con que sea conocida, si se tratase de propiedad intelectual. Y clase (marca, rótulo, nombre comercial, patente de invención o introducción, película cinematográfica, etc.); título o denominación, si la tuviere, y explotación industrial o comercial a que esté destinada, en su caso, cuando se refiriese a propiedad industrial.

b) Fecha y número de la inscripción en el Registro especial y si la propiedad hipotecada fuese industrial se consignará además la renovación, rehabilitación o prórroga en su caso.

c) Licencia, autorización o concesiones otorgadas por su titular a terceras personas.

d) Justificación de haberse satisfecho el último canon, si lo hubiere.

e) En el caso de que, conforme al artículo 49, se pacte el que el acreedor tendrá derecho a cobrar el importe de los derechos del titular, se expresará esta circunstancia, determinándose la proporción de los mismos que se autoriza a cobrar a dicho acreedor, si no se le hubiese concedido la totalidad. Como este pacto deberá ser notificado auténticamente a la Sociedad de Autores, la inscripción recogerá esa notificación y si no se presentase dicha justificación con la escritura se hará constar con posterioridad mediante una nota marginal, que estará motivada por la aludida justificación de haberse efectuado la notificación.

Inscripción.

Registro competente.

Regulada la competencia por el artículo 69 de la Ley, la forma ambigua en que está redactado el artículo 2.º del Reglamento viene a suscitar dudas sobre si en las poblaciones de Madrid, Barcelona,

Valencia y Sevilla deberá existir un solo Registro de Hipotecas Mobiliarias; no obstante, entendemos que de ambos preceptos se deducen las siguientes reglas, respecto a la competencia registral:

1.^a Las de los derechos de propiedad intelectual e industrial se inscribirán en el Registro de la Propiedad de Occidente, de Madrid.

2.^a La de aeronaves, en los Registros Mercantiles de la provincia donde se encuentren matriculadas.

3.^a La de los establecimientos mercantiles o industriales y la de maquinaria industrial, en el Registro en cuya demarcación radique el inmueble en que se encuentran instalados, salvo la excepción de la regla 7.^a

4.^a La de los automóviles y otros vehículos de motor, en el de la capital de la provincia donde estén matriculados.

5.^a La de los tranvías, en el que corresponda al punto de arranque de la línea.

6.^a Los vagones, en el que corresponda al domicilio del propietario.

7.^a Finalmente, cuando en virtud de las reglas contenidas en los números 3.º, 4.º, 5.º y 6.º correspondiese la inscripción a los Registros de Madrid, Barcelona, Valencia y Sevilla, será competente el Registro de Occidente, Oriente, Occidente y Mediodía de cada una de esas poblaciones respectivamente, aunque según las citadas reglas debiese serlo algún otro de los varios demarcados en ellas.

Presentación:

La presentación de los documentos referentes a las hipotecas mobiliarias (o prendas sin desplazamiento) se efectuará durante los mismos días y horas en que esté abierto el Registro de la Propiedad correspondiente, sin que fuera de ellas puedan admitirse documentos que a las mismas se refieran ni extenderse los correspondientes asientos de presentación. Fuera de esas horas podrán, no obstante, ejecutarse todas las demás operaciones registrales (art. 50, Reglt.).

El asiento de presentación se extenderá en el libro denominado «Diario de Hipotecas Mobiliarias y Prendas sin desplazamiento»; de formato y requisitos de apertura similares a los del Registro de la Propiedad, salvo que no tiene que llevar el visto bueno del Juez correspondiente, que su numeración correlativa es independiente de la

de aquéllos y que su confección es libre, siempre que se ajuste a los requisitos expresados en el Reglamento (arts. 7.º y 12 del Reglt.º).

El plazo de vigencia del asiento de presentación será el de treinta días (art. 71, Ley), como diremos con más extensión al tratar de la calificación.

En el referido asiento se expresará: El nombre, apellidos y vecindad del presentante, día y hora de la presentación; clase, fecha y objeto del documento presentado, nombre y apellidos de los interesados y de la autoridad, Notario o funcionario que lo suscriba y fecha y firma del Registrador. Deberán constar además en este asiento, cualquier otro dato que contribuya a distinguir el título presentado de otros semejantes, si así se estimase por el Registrador (art. 55, Reglt.º).

Las cantidades, fechas y números que hayan de consignarse en el asiento se expresarán en guarismos, excepto las referentes a la valoración de la cosa, a la responsabilidad hipotecaria y a la determinación del objeto de la hipoteca (art. 53, Reglt.º).

En lo demás que no se ha especificado, se aplicará el Título IX del Reglamento de la Ley Hipotecaria (art. 49, Reglt.º). Pero si bien el contenido de ese título, en la parte que no se oponga a lo determinado en el presente Reglamento, será de aplicación principal o directa como los restantes preceptos de esta Ley y de su Reglamento, los demás del Reglamento o de la Ley Hipotecaria serán también aplicables como supletorios, en el caso de insuficiencia de la presente Ley o en el de no estar previsto en su Reglamento, siempre que sean compatibles con lo dispuesto en esas disposiciones y con la naturaleza de los bienes sobre los que recae esta hipoteca, conforme dispone la disposición adicional 3.ª de aquélla y la final del Reglamento; por ello, serán aplicables las disposiciones de la legislación hipotecaria general referentes a prórrogas de los asientos de presentación, cierres del Diario, casos en que debe firmar el asiento el presentante, etc.

Calificación:

El plazo para efectuar la calificación será como máximo el de treinta días, contados desde el de la presentación, que es el concedido al Registrador por el artículo 71 de la Ley para practicar el correspondiente asiento de inscripción o anotación, sin que pueda aplicarse el de sesenta días señalado por la legislación hipotecaria

general, ya que como hemos dicho, los preceptos de ella sólo serán aplicables «en el caso de insuficiencia» de los preceptos o cuando no esté «previsto» en la Ley o en su Reglamento.

Para esta calificación se basará el Registrador, no sólo en el contenido de los documentos presentados, sino también en los datos que consten en el mismo Registro, obtenidos mediante la correspondiente busca.

Esta obtención de los datos registrales necesarios para la calificación, decimos que se llevará a efecto mediante la busca correspondiente; ahora bien, hemos de considerar fundamentalmente tres clases de ella:

1.º En los índices correspondientes al Registro de Hipotecas Mobiliarias y de Prendas sin desplazamiento se averiguará si existe algún asiento de inscripción o anotación referente a los bienes que se comprenden en los documentos presentados.

2.º Si estos documentos se refiriesen a un establecimiento mercantil o industrial o a maquinaria de esta última clase, como algunos de sus elementos son susceptibles de ser hipotecados juntamente con el inmueble donde se hallen instalados, conforme autoriza el artículo 111 de la Ley Hipotecaria, se necesitará el precisar este extremo, consultando al efecto las inscripciones de la finca de que se trate, y para lo cual deberán constar los oportunos datos en el documento presentado.

3.º Por último, si se tratase de un establecimiento mercantil y existiese pacto excluyendo de la hipoteca a los rótulos, marcas y demás derechos de propiedad intelectual e industrial, como esos derechos son susceptibles de hipoteca independiente, se requerirá el precisar ese extremo, lo cual, y salvo que se trate del Registro de Madrid, sólo podrá conseguirse mediante nota informativa o certificación negativa de asientos, expedida por el Registrador de Occidente de la indicada población.

La calificación de los documentos presentados está recogida por el artículo 72 de la Ley, por el que se dispone: «Los Registradores calificarán, bajo su responsabilidad, en los documentos presentados:

- a) La legalidad de las formas extrínsecas.
- b) La capacidad y la facultad de disposición de los otorgantes, así como la competencia del Juez, Tribunal o funcionarios autorizados.

c) La legalidad del contenido de los documentos. El Registrador se limitará en este punto a examinar si el referido contenido infringe o no, de una manera clara, directa y concreta, alguna disposición legal de carácter imperativo. El Registrador hará constar la disposición legal y el número del artículo o párrafo de la misma infringido, en la forma antes dicha.

El contenido de este artículo ha sido ya objeto de tantos comentarios en cuanto a su similar en la Ley Hipotecaria, que bolaría cualquier otro, forzosamente menos detallado que los existentes; no obstante, una lectura precipitada de su párrafo final, que es una novedad del presente, pudiera llevarnos a la idea de que con él se ha querido coartar la tradicional función calificadora de los Registradores, siguiendo una inspiración de los interesados en ella; pero un análisis más detenido de los motivos y de los términos utilizados en su redacción, hacen desvanecer fácilmente esa impresión.

No ha podido haber malquerencia por parte de nadie contra esa función calificadora, ya que toda calificación efectuada por funcionario de igual competencia técnica que el redactor del documento sujeto a ella, enaltece al calificado, pues su competencia profesional no es la que pueda conferirle una vulgar popularidad adquirida entre personas no peritas en Derecho, sino por el contrario, la conseguida con el marchamo estampado por otras de igual competencia, que precisamente se han especializado en ello. Por esto, toda función que tiene una calificación de su actuación, resulta más elevada, de más altura de conocimientos y, en definitiva, más prestigiada que si careciese de ella, y de la veracidad de este aserto hay bastantes ejemplos en el orden nacional e internacional. Desde otro punto de vista, la calificación en modo alguno supone relación de subordinación o dependencia del calificado respecto al calificador y, por tanto, sólo puede resultar molesta al inepto (por ignorancia o mala fe), que al no tener acceso a ninguna comisión legislativa, precisamente por su ineptitud, no ha podido inspirar norma alguna y menos la presente, la que por consiguiente no puede tener el fondo que maliciosamente podría suponersele.

Pasando al análisis de los términos en que ha sido redactado el aludido párrafo, podríamos decir de él lo que en otra ocasión dijimos de la ya consagrada frase: «con la diligencia de un buen padre de familia», que es bonita y suena bien, pero que apenas tiene contenido en su sentido literal. Determinar que la calificación se reali-

ce expresando que el documento infringe «de una manera clara, directa y concreta, alguna disposición legal de carácter imperativo»; es embriagarnos con el sonido de las palabras y, en definitiva, decir muy poco.

Toda la calificación se centra ahora en que el precepto legal infringido sea de carácter imperativo y esto no es más que alejar el problema. Si imperativo se utiliza en el sentido de obligatorio, como contrapuesto a potestativo, discrecional, etc., los preceptos de esta última clase no pueden, por su naturaleza, ser objeto de calificación, y si lo que se califica, en lo potestativo, es la forma en que ha sido utilizado, expresado, etc., si esa forma es también potestativa, tendremos el mismo supuesto; luego, sin necesidad de consignación expresa, sólo puede ser objeto de calificación el cumplimiento de preceptos que tengan el carácter de obligatorios.

Si entendemos ese término en el sentido de que el mismo se refiere a las normas reguladoras de los elementos esenciales para la validez de la presente figura jurídica, en contraposición a los accidentales, tampoco tiene sentido la cita, ya que éstos pueden ser recogidos o no por las partes; pero una vez que lo sean tendrán que ajustarse a las reglas obligatorias que a ellos se refieren, o serán de una aplicación tan libre, que sólo quedarán sometidos a los escasísimos preceptos de carácter general, y por tanto, no afectarán a la constancia registral de la hipoteca, o sea, a su inscripción, que por el carácter formalista de esta figura jurídica sólo puede recoger las estipulaciones formales que reúnan los determinados requisitos establecidos por la Ley; luego, sin necesidad de expresarlo así, la calificación sólo puede referirse a los elementos esenciales o a aquellos accidentales que hayan sido pactados, cuando por ese mero hecho requieran adaptarse a determinadas formalidades. Concluyendo podemos decir que la calificación continúa idéntica a la establecida por la Ley Hipotecaria, pues será indiferente para ella el que la misma pueda ser recurrida alegando disconformidad con la interpretación dada al precepto por el calificador, o que la disconformidad, causa del recurso, se motive en la calificación del precepto como de carácter imperativo, ya que ello dependerá en definitiva de la interpretación de él, con lo que volveremos a cerrar el círculo. Y no entremos en el análisis de la frase «de una manera clara», pues en sentido espiritual los conceptos de claridad u obs-

curidad son tan tremendamente personalistas que escapan a toda pauta o medición salvo, quizá, en sus extremas exageraciones.

El apartado final del párrafo que comentamos, al exigir que se haga constar el número del artículo o párrafo que se estime infringido, parece tratar de evitar el que se efectúen citas de carácter jurisprudencial, doctrinal o particular, y su redacción nos invita a pensar que, o no tiene contenido, o éste es tan escaso que no merecía la pena de un artículo de la Ley. Nos parece bien esta prohibición en cuanto a las opiniones particulares, aunque no conocemos ningún caso en que ese precepto hubiese podido tener aplicación, pues siempre se tratará de una opinión sobre la interpretación de la norma, pero nunca sobre la norma en sí, y si esto es lo que se trataba de evitar, ya decimos que no conocemos caso alguno en que hubiese sido necesario y, por tanto, huelga ahora su consignación. Si las citas son doctrinales, pueden servir para formar el ánimo del calificador en orden a la interpretación de la norma, pero hasta ahora el contenido del artículo 6.º del Código civil impedía cualquier veleidad sobre una posible aplicación de ellas como fuente de derecho, o siquiera de su interpretación, siendo por ende redundante su exclusión actual. Ahora bien, el repudiar a la jurisprudencia es improcedente e inútil, máxime frente a la corriente propicia a su reconocimiento como fuente de derecho y más a la tan técnica y acreditada como la de la Dirección, puesto que, como ya dijo Isabal, si no se cita como infringida la sentencia o resolución de que se trate, podrá serlo el precepto legal en que ella se funda y más si se tiene en cuenta que el recurso contra esa calificación va a interponerse precisamente ante el organismo que ya interpretó el precepto en un determinado sentido.

En resumen, podemos decir que el contenido de todo el párrafo nos da tal tufo de arcaísmo y vetustez, que nos imaginamos estar en el siglo pasado con su inocente creencia de que mediante medidas legislativas era posible el evitar el que uno de los tres clásicos poderes se sobrepusiese a los demás. Tendiéndose en la actualidad a dar una mayor flexibilidad a la labor del juzgador o calificador, dejando atrás la máxima de según lo alegado y probado, mediante la garantía que para ello supone una mayor elevación de su responsabilidad, unida a una forma más fácil y rápida de exigírsela; volver a las limitaciones y subdistingos es sólo incrementar ese maravilloso monumento levantado a la ineficiencia y a la lentitud al tra-

vés del incontable cúmulo de voluminosos expedientes existentes en todas las Oficinas públicas de nuestra patria, pese a los aún más numerosos que han desaparecido por las incidencias nacionales durante los cien años últimos, que nos invita a pensar en lo pequeño que hubiese podido ser el perjuicio que su no redacción hubiese podido motivar en comparación con el sufrido realmente por la inacción, al acumularse en ellos tanto tiempo y trabajo hurtado a otros esfuerzos más constructivos y eficientes para ella.

Una vez producida la calificación, si ésta es desfavorable a la realización de la operación solicitada, podrá entrar en juego el artículo 73 de la Ley, que dispone: «La calificación del Registrador, que suspenda o deniegue cualquier operación referente a la hipoteca mobiliaria o a la prenda sin desplazamiento de posesión, si aquél no accediera a reformarla podrá ser recurrida por los interesados al amparo del artículo 66 y concordantes del Registro Mercantil.»

Clase de operaciones que pueden realizarse :

A semejanza de la legislación hipotecaria general, son recogidas por esta Ley y Reglamento como operaciones registrales las inscripciones, anotaciones, notas marginales y cancelaciones. Las dos primeras son a las que se refiere el artículo 68 de la Ley y el 13 del Reglamento; las segundas resultan de varios artículos de ambas disposiciones, en tanto que las cancelaciones son recogidas, además de los dos artículos citados, por el 40 y siguientes del mismo Reglamento, pero como éstas pueden adoptar la forma de inscripciones, anotaciones o notas marginales, las reseñaremos juntamente con ellas, reduciendo a tres los grupos de operaciones de que vamos a tratar.

Serán objeto de una inscripción :

1.º La adquisición de bienes muebles susceptibles de hipoteca mobiliaria, cuyo precio hubiese sido aplazado, quedando garantizado con el pacto de reserva o de reversión del dominio, siempre que estos contratos consten en escritura pública, (art. 13, Reglt.), y entendemos que deberán tener además los requisitos necesarios para que puedan ser inscritos, similares a los exigidos para su hipoteca en cuanto a la descripción de la cosa, elementos personales, determinación del precio, su plazo y especificación del referido pacto.

2.º Los títulos de constitución de hipoteca mobiliaria, o bien los de modificación de ella, pero sin que en ningún caso sea nece-

saría la previa inscripción de los bienes a favor del hipotecante, salvo cuando se trate de aeronaves, pues respecto a éstas la hipoteca mobiliaria que ahora se crea tiene una similitud mayor con la navala que las otras modalidades de la presente (art. 68, Ley). Habrá de tenerse en cuenta respecto a los contratos de modificación de hipoteca, que éstos sólo motivarán una inscripción en los casos, en que no deba hacerse constar en el Registro por una nota marginal, los cuales son de carácter taxativo como después veremos (art. 28; Reglamento).

3.º La cesión por acto intervivos de los créditos garantizados con estas hipotecas cuando estuviéren inscritos a favor del disponente; pero si la cesión se otorgase por todos los herederos del que en el Registro figure como titular de la hipoteca no se necesitará para su inscripción el que se inscriba previamente el crédito a favor de esos herederos (art. 68; Ley), aunque deberá justificarse el derecho de los cedentes.

4.º La adjudicación «mortis causa» a favor de persona determinada, de los créditos hipotecarios inscritos, en la forma prevista por el artículo 14 de la Ley Hipotecaria (art. 68, Ley).

5.º Las cancelaciones otorgadas por los titulares registrales de los créditos garantizados con hipoteca mobiliaria, o en forma conjunta, por todos los herederos de ellos, sin que en este supuesto se requiera el que dicho crédito se inscriba previamente a favor de los cancelantes (art. 68; Ley), entendiéndose que por ello no podrá dejarse de justificar el derecho de estos herederos al crédito.

6.º Las resoluciones judiciales firmes que declaren la nulidad, rescisión, revocación, resolución o cancelación de las hipotecas inscritas (art. 68, Ley).

7.º La cancelación por extinción total de la cosa hipotecada, requiriéndose para ello la presentación de documento auténtico que lo acredite (art. 43; Reglt.) y quedando, por tanto, al arbitrio del Registrador la apreciación de cuál será en cada caso el documento auténtico necesario para ello.

8.º No se recoge ni por la Ley ni por el Reglamento, si la enajenación de la cosa sobre la que ya pesase una hipoteca mobiliaria, tendrá «prohibido» su acceso al Registro, o bien «podrá» ser inscrita, o bien «deberá» serlo, y al no existir precepto expreso sobre ello tendremos que analizar el contenido de varios, así como el espíritu

de la Ley, para poder adoptar una u otra de las tres indicadas posturas.

El evidente interés del acreedor en cuanto a quién pueda ser el propietario de la cosa hipotecada, queda suficientemente garantido con la prohibición impuesta al hipotecante por el artículo 4.º de la Ley, de no poder enajenar los bienes hipotecados sin el consentimiento de aquél, unido ello al carácter de Registro de gravámenes que ha sido atribuido por la misma Ley al que por la misma se crea, y a que esa transmisión de la cosa hipotecada no está recogida como acto inscribible por ningún artículo de ella o de su Reglamento, parece que debe inclinarnos a la solución de que la referida transmisión no puede ser de inscripción obligatoria.

De otra parte, los términos en que están redactados los artículos 68 de la Ley y el 13 del Reglamento no prohíben el que dicha inscripción pueda ser efectuada, ya que no utilizan frases como la de que «sólo podrán inscribirse o anotarse», u otras semejantes, ni resulta esa prohibición de ninguno de los preceptos de esas dos disposiciones, pues incluso al tratar de la inscripción previa de la cosa a favor del hipotecante, se expresa diciendo que «en ningún caso será necesaria», lo cual es lógico dada la orientación de la Ley, pero que no puede ser interpretado lo mismo que, si dijese que no puede ser inscrita.

Por ello estimamos que si bien ni es obligatoria ni está prohibida, no hay obstáculo en que la misma pueda realizarse si es solicitada por el adquirente, pues este tercer adquirente de los bienes hipotecados, que no puede ser perjudicado por los intereses del crédito superiores a los dos últimos años transcurridos y a la parte vencida de la anualidad corriente, salvo que exista pacto expreso en contrario, según dispone el artículo 9.º; que ha de ser requerido de pago al ejecutarse la hipoteca, con cinco días de antelación a la presentación de la demanda, y que al no ser justificado ese extremo deberá serlo por orden del Juez, como trámite previo a la consecución del procedimiento judicial sumario, según dispone el apartado C) de las reglas 1.ª y 2.ª del artículo 84 de la Ley; que si el procedimiento de ejecución elegido por el acreedor fuese el extrajudicial ante Notario, deberá asimismo ser requerido de pago a los efectos que determina la regla 3.ª del artículo 86 de la Ley, y que, por tanto, deberá ser protegido del incumplimiento de todos esos derechos por algo más que la protección que para él supone la obligación del acree-

del ejecutante de indemnizar los perjuicios que maliciosamente le ocasione, sólo puede serlo por los encargados de aplicar la Ley; pero para una actuación eficiente de los mismos en ese sentido se requerirá la constancia registral de la transmisión, que, a la vez que facilita al Juez los datos necesarios para que pueda exigir el cumplimiento de esos extremos; ahorre al adquirente el tener que iniciar una demanda de nulidad de lo actuado en fraude de él, con lo que se consigue, a la vez, el asegurar el procedimiento de ejecución iniciado, al redimirlo de todas esas posibles causas de nulidad.

Ante esas razones, estimamos posible, y hasta conveniente, la inscripción de las susodichas enajenaciones, a cuya conclusión puede llegarse también dentro del terreno legal: bien por el criterio de aplicar como supletorias las normas de la legislación hipotecaria, como ordena la disposición adicional tercera de la misma Ley, y que, en el caso planteado, no adolecen de ningún vicio de incompatibilidad con cualesquiera otras de la presente, única circunstancia que podría impedir su aplicación según la salvedad recogida por esa misma disposición adicional, o bien por estimar que esta enajenación de la cosa que ha de ser efectuada con el consentimiento del acreedor, constituye una modificación de la hipoteca por cambio de la persona del hipotecante o de la del deudor, según que se asuma, se deduzca o se retenga el importe del crédito que grava la cosa adquirida, cuya modificación tiene prevista su inscripción por la presente Ley, conforme expusimos en el número 2.º anterior.

Como objetos de anotación, tenemos los siguientes:

1.º Las demandas en que se reclamen la propiedad de los bienes hipotecables o de créditos garantizados con hipoteca mobiliaria (art. 13, Regt.).

2.º Los mandamientos judiciales de embargo y los de cancelación sobre bienes susceptibles de gravámenes hipotecarios, así como aquéllos a que diere lugar la presentación de la demanda de nulidad del título inscrito (art. 68, Ley).

3.º Los documentos susceptibles de inscripción o anotación preventiva, que adolecieran de defectos subsanables, siempre que medie petición expresa de parte interesada (art. 13, Regt.).

4.º Las indemnizaciones debidas por el salvamento y gastos absolutamente necesarios para la conservación de la aeronave (artículo 40, Ley).

5.º Cualesquiera otros documentos que fueren anotables conforme a las Leyes (art. 13, Reglt.):

Finalmente, sin que la enumeración tenga carácter exhaustivo, serán objeto de una nota marginal:

1.º La notificación hecha al propietario del local arrendado para un establecimiento mercantil o industrial de que sobre éste ha sido constituida una hipoteca mobiliaria (art. 19, Reglt.).

2.º La notificación a la Sociedad de Autores de que la hipoteca del derecho de propiedad intelectual e industrial ha sido constituida y que en ella se atribuye al acreedor la facultad de cobrar una determinada proporción de los derechos del titular, o la totalidad en su caso (art. 21, Reglt.).

3.º El cumplimiento de condiciones suspensivas; la prórroga del plazo de vencimiento de la hipoteca, y los pagos parciales de la deuda garantida, si no ha sido otorgada cancelación parcial. Las demás modificaciones que produzcan novación total o parcial del contrato inscrito se harán constar por medio de una nueva inscripción (art. 28, Reglt.).

4.º La cancelación por caducidad, ya sea a solicitud de parte interesada, o bien al expedir alguna certificación, o bien porque se practique al ir a efectuar un nuevo asiento respecto a los mismos bienes (art. 42, Reglt.). A cuyos plazos nos referiremos al tratar de los requisitos de las cancelaciones.

5.º La expedición de la certificación necesaria para la ejecución de la hipoteca, expresando su fecha, la existencia del procedimiento ejecutivo y el Notario ante quien se sigue, si dicho procedimiento fuere el extrajudicial (arts. 84 y 87, Ley).

6.º La que debe ponerse al margen del asiento-cancelado; expresiva del número del folio y el libro en que conste el asiento de cancelación (art. 48, Reglt.).

Existe en estas hipotecas otro grupo de notas marginales que tienen por objeto el relacionar éste Registro con los otros varios, por lo que si por una parte podrían ser calificadas de notas de orden interno de las respectivas Oficinas, al producir determinados efectos respecto a terceros habrán de ser consideradas como notas marginales de contenido sustantivo; pudiendo señalarse entre ellas las siguientes:

1.º La que debe ponerse al margen de la inscripción del inmue-

ble en que se encuentre instalado el establecimiento, en el caso de que esté inscrito a nombre del hipotecante, expresiva de haberse constituido una hipoteca mobiliaria sobre el mismo (art. 75 de la Ley y 24 del R.). El efecto fundamental de esta nota es el de conceder una preferencia sobre esos bienes al acreedor de la referida hipoteca frente a otra inmobiliaria, o cualquier otro gravamen posterior, con el pacto de extender la responsabilidad a ciertos bienes muebles que ya han sido incluidos en la mobiliaria, conforme autoriza el artículo 111 de la Ley Hipotecaria (art. 75, Ley).

2.º La de la misma clase, características y efectos que deberá ponerse al margen de la inscripción del inmueble donde se halle instalada la maquinaria industrial, siempre que dicho inmueble pertenezca al hipotecante (arts. 75, Ley, y 25, Rgl.).

3.º Con la misma finalidad y efectos que las anteriores, se pondrá una nota al margen de la concesión del tranvía, cuando haya sido constituida alguna hipoteca mobiliaria sobre un vehículo de esa especie (art. 75, Ley).

4.º Finalmente, si apareciese inscrito el arrendamiento del hipotecante sobre el local, o sobre el inmueble (en su totalidad), en que radique el establecimiento mercantil o la maquinaria industrial que hubiesen sido objeto de una hipoteca mobiliaria, se pondrá al margen de la referida inscripción de arrendamiento una nota marginal expresiva de haberse constituido la hipoteca mobiliaria, produciendo los mismos efectos que al principio hemos expresado respecto a las puestas al margen de la inscripción de propiedad del edificio (art. 75, Ley).

Conviene advertir que estas notas sólo serán obligatorias cuando aparezca inscrito el inmueble, la concesión o el arrendamiento a nombre del hipotecante, pero sin que ellas puedan obligar a que los referidos derechos sean inscritos, para qué pueda extenderse; a su vez, la nota marginal, ya que la Ley estima que esto se llevará a efecto por voluntad de las partes, dadas las indudables ventajas que esa nota producirá al acreedor. Es cierto que han sido olvidados los terceros contratantes del inmueble, etc., quienes deberán acudir ahora al Registro de la Propiedad y al de Hipotecas Mobiliarias para averiguar el estado de cargas de la finca de que se trate, pudiéndose haber omitido esta última busca si las referidas notas tuviessen un carácter obligatorio, que incluso permitiese el que el acreedor pudiese

conminar a la inscripción del inmueble en que radica la cosa hipotecada, en el caso de no estarlo a nombre del hipotecante.

Derivado de este requisito de las notas marginales en la inscripción de la finca o del arrendamiento, tendremos el problema de determinar a instancia de quién obrará el Registrador de la Propiedad que las extienda y si bien se deduce claramente de los citados preceptos el que ellas se producirán por el mero hecho de realizarse la inscripción de la hipoteca mobiliaria y como un requisito más de ella, la cuestión adquiere cierta complejidad cuando se trata de hipotecas inscritas en los Registros de Hipotecas Mobiliarias de Madrid, Barcelona, Sevilla o Valencia, si la finca en que está situada la cosa hipotecada aparece inscrita en otro de los Registros de la Propiedad de esas localidades distinto al que tiene atribuido el de Hipotecas Mobiliarias.

No prevista en la Ley esta concentración del Registro por ella creado en uno solo de los varios existentes en esas localidades, que ha sido llevada a efecto por el Reglamento, creemos que ante ello deberá procederse conforme la misma Ley dispone en su artículo 76 para dar cuenta de la constitución de la hipoteca a los jefes o encargados de los Registros especiales, o sea, comunicar de oficio esa constitución a los Registradores de la Propiedad en cuyo Registro aparezca inscrita la finca o el contrato de arrendamiento. Ahora bien, ello no quiere decir que este último deba proceder también de oficio, ya que, en cuanto a este extremo, no han sido derogados por la presente, varios preceptos de la legislación hipotecaria, que, por tanto, serán aplicables en su tenor literal; por ello habrá que respetar lo dispuesto por el artículo 418 del Reglamento Hipotecario sobre la prohibición de admitir títulos presentados por correo, salvo en cuanto a los Pósitos y, por tanto, esa comunicación deberá ser entregada, para el diligenciado de la nota, al acreedor o al representante de la hipoteca mobiliaria, por cuyo conducto deberá recibirse el acuse de recibo, manifestando que ha sido extendida la nota marginal. Igualmente no deberá olvidarse que la extensión de esa nota es una operación registral sujeta a arancel y, por tanto, a percibo de honorarios de conformidad con el artículo 589 de este último Reglamento, los cuales serán satisfechos por el acreedor, conforme dispone el artículo 614 del mismo, sin que puedan ser exigidos al Registrador suscribiente de la comunicación, por no poder ser encuadrado den-

tró de ningún apartado del artículo 6.º de la Ley Hipotecaria y menos en relación con el 614 citado.

Requisitos de los asientos.

Las inscripciones, anotaciones y notas marginales serán extendidas en los libros de inscripciones, similares a los del Registro de la Propiedad, de los que se abrirán dos secciones; una para las Hipotecas Mobiliarias y otra para la Prenda sin desplazamiento, con numeración correlativa en cada una y con los requisitos de apertura que indicamos para el Diario.

La forma de llevar esos libros difiere algo de la exigida para los del Registro de la Propiedad, ya que el folio registral se inicia mediante la inscripción de hipoteca, o por la venta con precio aplazado y pacto de reserva o reversión de dominio, o por la anotación de embargo dictada contra alguno de los bienes susceptibles de esta hipoteca, refiriéndose cada folio registral a un solo bien de los reconocidos como hipotecables, aunque el documento se refiera a varios, lo cual sólo motivará el que se abran tantos folios registrales (si no estuviesen abiertos, o respecto a los que no lo estén) como bienes concretos se contenga. A continuación de la inscripción primera que abrió el folio registral y mientras la misma se encuentra vigente se extenderán todas las posteriores que se refieran a la misma cosa, con numeración correlativa para los asientos de inscripción y designándose por letras, por orden alfabético, si se tratase de anotaciones, sin solución de continuidad entre ellos y por el orden de su presentación. Como especialidad de este Registro tenemos la de que cuando se cancelen todos los asientos referentes a una cosa hipotecable se extingue el folio registral, por lo que si llegase de nuevo al Registro algún documento referente a la misma, la inscripción o anotación que proceda no se extenderá en el folio registral que ya fué abierto, pero que en la actualidad aparecía como cancelado, sino que abrirá nuevo folio como si aquél no hubiese existido. Para facilitar la apreciación de qué asientos están vigentes e incluso si el folio se ha extinguido por cancelación de todos ellos, se ordena el que al efectuar cualquier asiento de cancelación se cruce con tinta roja el asiento o asientos que han quedado cancelados por él (art. 74, Ley, y 6.º 39 y 48, Rgl.), siguiéndose con ello sistemas ya utilizados en otras legislaciones.

Respecto a la redacción de los asientos, se expresa por el artícu-

lo 53 del Reglamento que «las cantidades, fechas y números que hayan de contener los asientos podrán expresarse en guarismos, excepto aquéllos que se refieran a valoración, o a responsabilidad hipotecaria, o a determinación del objeto de la hipoteca».

El contenido de los asientos se determina minuciosamente por el Reglamento, por lo que éste nos ha servido para completar las disposiciones de la Ley referentes a los de las escrituras ya que éstas deberán reunir los requisitos que son exigidos para la validez del posterior asiento de inscripción; sin embargo, como la exposición de esos preceptos del Reglamento no requiere comentario especial, dado su carácter formalista y sólo conseguiría alargar excesivamente el presente, nos vamos a limitar a una enumeración sistematizada de ellos, evitando con esto la lectura de la totalidad cuando se trate de aplicarlos a cada uno de los asientos que puedan presentarse.

Inscripciones:

a) De establecimientos mercantiles. Requisitos generales, artículo 15. Descripción de los bienes, número 1.º del 16. Circunstancias especiales, el 19. Y nota de referencia en la inscripción del inmueble, si procediere, el 24. Todos del Reglamento, como hemos dicho.

Pese a la apariencia de detallados de esos artículos, se ha omitido en el Reglamento el referirse a la nota marginal que deberá ponerse en el asiento de inscripción del arrendamiento del inmueble, o del local de negocio, cuando el mismo no fuese propio del hipotecante y hubiese sido inscrito ese contrato, según dispone el párrafo tercero del artículo 75 de la Ley, que será, por tanto, un requisito más a cumplirse por parte del Registrador.

b) De automóviles. Requisitos generales, artículo 15. Descripción, número 2.º del 16. Circunstancias especiales, artículo 20. Y oficio al jefe o encargado del Registro administrativo, comunicándole la constitución de la hipoteca, el 26 del Reglamento y 76 de la Ley.

c) De vagones. Generales, artículo 15. Descripción, número 4.º del artículo 16. Oficio al Registro especial, el 26 del Reglamento y 76 de la Ley.

d) De tranvías. Generales, artículo 15. Descripción, número 4.º del 16. Nota al margen de la inscripción de concesión, el apartado

final del párrafo primero del artículo 75 de la Ley, Oficio al Registro especial, el 26 del Reglamento y 76 de la Ley. *De aeronaves.* Al no estar aún vigentes, por no haber sido creada la Sección del Registro Mercantil en que deberá llevarse a efecto su inscripción, no han sido dictadas disposiciones especiales por el Reglamento.

De maquinaria industrial. Circunstancias generales, artículo 15. Descripción de los bienes, número sexto del artículo 16. Circunstancias especiales, artículo 21. Nota al margen del inmueble, si procede, artículo 25. Y el oficio al encargado del Registro especial, el 26 del Reglamento y 76 de la Ley.

Como en los establecimientos mercantiles, se ha omitido también aquí por el Reglamento la nota ordenada por el párrafo tercero del artículo 75 de la Ley, al margen de la inscripción de arrendamiento del local en que radique esta maquinaria, en el caso de que el mismo haya sido inscrito.

De propiedad intelectual e industrial. Generalidades, artículo 15. Descripción, números séptimo y octavo del artículo 16. Circunstancias especiales, artículo 22. Y el oficio al Registro especial, en el 26 del Reglamento y 76 de la Ley.

De varios bienes. Las correspondientes a cada uno de los que se comprenda, pero teniéndose, además, en cuenta que conforme el artículo 14 de la Ley, deberá distribuirse entre ellos la responsabilidad real por principal y, en su caso, por intereses y costas. Si los bienes correspondiesen a un solo Registro, se efectuará una inscripción extensa en el folio que se abra para el bien principal o el de mayor valor y las respectivas concisas en los folios correspondientes a los demás bienes; procediéndose en forma análoga, cuando los diversos bienes hipotecados fuesen de la competencia de distintos Registros, en los que se extenderá una inscripción extensa respecto a la cosa o cosas que, en cada uno, se inscriban, según dispone el artículo 23 del Reglamento.

Insistimos en la idea fundamental de esta Ley de que la hipoteca será el primer asiento o el que abrirá folio, pues si ya lo estuviese respecto a alguno de los bienes hipotecados, podrá el mismo estar cancelado, y, como ya hemos dicho, ello obliga a abrir un nuevo folio, o estar vigente por aparecer asientos sin cancelar respecto a la cosa de cuya hipoteca se trate, en cuyo supuesto, la limitación

impuesta por el artículo 2.º de la Ley, del que tratamos en el capítulo dedicado a los elementos personales, tendente a que no exista gravamen preferente al de la hipoteca, impedirá la inscripción de la misma, salvo que el asiento que hubiese abierto el folio fuese la anotación de la misma hipoteca, por tener algún defecto subsanable.

Anotaciones :

Recoge sus circunstancias el artículo 37 del Reglamento. Las de los mandamientos ordenándolas, los artículos 34 al 36, inclusive, del mismo. El plazo de vigencia y su prórroga se determina, a su vez, por el artículo 38. Finalmente, se autoriza por el artículo 39 el que la anotación abra folio registral independiente, o bien el que se extiendan a continuación de la última inscripción relativa a la misma cosa cuando estuviese abierto ya el indicado folio, pero con el fin de distinguirlas de las inscripciones ordena el que sean señaladas mediante letras, por orden alfabético.

Cancelaciones :

Pudiendo adoptar estos asientos la forma externa de las restantes operaciones registrales, sólo el conocimiento de las causas que pueden motivarlas nos llevará a utilizar la forma precisa, salvo los casos en que la Ley o el Reglamento la disponen expresamente como ya expusimos antes.

Como causas de cancelación de las inscripciones podemos distinguir : Con el consentimiento del titular, en virtud de la oportuna escritura en que éste haya sido recogido, o bien el de sus causahabientes (art. 40, Rgl.). Contra el consentimiento del titular, mediante la resolución judicial firme en que así se ordene (art. 40 del Reglamento), que si ha sido motivada por haberse consignado judicialmente la deuda, requerirá el que conste en el mandamiento el que aquélla fué bien hecha y que en virtud de ello se ordena la cancelación (art. 43, Rgl.). Y sin el consentimiento del titular, por haber caducado la hipoteca al transcurrir seis años, contados desde la fecha del vencimiento de la obligación, (arts. 42, Rgl., y 79, Ley) ; por extinción total de la cosa hipotecada, justificada mediante documento auténtico que la acredite (art. 43, Rgl.) ; por extinción del derecho inscrito, mediante la presentación de la escritura por la cual se constituyó, siempre que resulte de ella la extinción (art. 44 del Reglamento) ; por la cancelación de la inscripción del crédito hipote-

cario, respectó a todas las inscripciones o anotaciones que a él afecten y «sin necesidad de asiento especial cancelatorio de las mismas» (art. 45, Rgl.), y, finalmente, las en garantía de títulos transmisibles por endoso o al portador, por las causas y medios expresados en el artículo 156 de la Ley Hipotecaria (art. 77, Ley).

En cuanto a las anotaciones, y además de las indicadas en el artículo 45 expuesto, se dispone por el 46 del mismo Reglamento que procederá su cancelación: 1.º Si fuesen de demanda, cuando por sentencia firme fuere absuelto el demandado, o el demandante desistiere del pleito, o se declarare caducada la instancia.

2.º Cuando en el procedimiento de embargo preventivo, juicio ejecutivo, causa criminal o procedimiento de apremio, se mandare alzar el embargo o se enajenaren o adjudicaren en pago los bienes anotados.

3.º Por renuncia de la persona a cuyo favor se hubiere tomado la anotación.

4.º Por caducidad de la anotación, que si fuere por defecto subsanable procederá a los sesenta días de su fecha, o a los ciento ochenta si se hubiese concedido prórroga por el Registrador en virtud de solicitud escrita y razonada de los interesados, y si la anotación fuere judicial, caducará a los tres años de haber sido practicada, salvo que por transcurrir dicho plazo se conceda prórroga por el Juez o Tribunal que la hubiere ordenado, mediante providencia dictada al efecto; en cuyo caso subsistirá la anotación hasta que finalice el procedimiento, sin que dichas autoridades puedan conceder la prórroga que se solicite cuando se consigue el importe del crédito a que la anotación se refiera.

Si la anotación fuese por defecto subsanable y dentro del plazo de vigencia del asiento, o de la prórroga, en su caso, se presentasen los documentos acreditativos de haberse subsanado la falta, podrá ser convertida en el asiento que se había solicitado (art. 47, Rgl.).

Los requisitos de las cancelaciones se expresan en el artículo 48 del Reglamento, que establece, además de los del asiento en sí, el que se ponga una nota expresiva de esa cancelación, al margen del asiento cancelado, el cual será cruzado con tinta roja. Las cancelaciones llevarán número o letra correlativa a la del último asiento de inscripción o de anotación, según la forma que haya adoptado, no así cuando revista la de nota marginal, la cual no lleva designación

numérica o alfabética, remitiéndonos para la determinación de la forma que deberá revestir la cancelación en cada caso a lo dicho en el apartado anterior, dedicado a las clases de operaciones.

Publicidad

A ella se refiere el artículo 78 de la Ley, expresivo de que : « Los Registros de Hipotecas Mobiliarias o de Prendas sin desplazamiento serán públicos. Esta publicidad se hará efectiva :

- a) Mediante manifestación directa de los libros al interesado, quien podrá tomar por escrito los datos que necesite.
- b) Por simple nota informativa, facilitada por la Oficina ; y
- c) Por certificación de los asientos expedida por el Registrador »

Vemos que esta Ley ha recogido las notas informativas tan extendidas en la práctica, lo-cual es una novedad digna de alabanza ; siendo también frecuente en ella el que estas notas se den en impresos ya confeccionados a ese efecto, en los que sólo se necesita rellenar su casillero y añadir al pie la especialidad que tuviese la cosa o derecho a que la nota se refiera.

Las demás normas relativas a la publicidad son las establecidas por la legislación hipotecaria general en todo aquello que sea compatible con las que hemos enunciado.

BUENAVENTURA CAMY SÁNCHEZ CAÑETE,

Registrador de la Propiedad

(Continuará.)

Jurisprudencia de la Dirección General de los Registros y del Notariado

ANOTACIONES PREVENTIVAS. CADUCIDAD: TIPIFICA A ÉSTA SU CARÁCTER RADICAL Y AUTOMÁTICO, DE TAL MODO QUE EL ASIENTO QUE NACIÓ CON VIDA LIMITADA, CUYA VIRTUALIDAD SÓLO DURA HASTA EL DÍA PREDETERMINADO, SE EXTINGUE SIN NECESIDAD DE OPERACIÓN REGISTRAL ALGUNA.

EL EMBARGO NO TIENE PRELACIÓN SOBRE LAS ENAJENACIONES OTORGADAS ANTES DE LA FECHA DE LA ANOTACIÓN, AUNQUE HAYAN SIDO INSCRITAS CON POSTERIORIDAD, Y LA ADJUDICACIÓN RECAÍDA EN PROCEDIMIENTO SEGUIDO EXCLUSIVAMENTE CONTRA EL TITULAR REGISTRAL ANTERIOR NO ES INSCRIBIBLE POR Oponerse a ella el artículo 20 de la Ley Hipotecaria.

LA VENTA EFECTUADA CON FECHA POSTERIOR A LA ANOTACIÓN DE EMBARGO, SI BIEN CONFORME AL ARTÍCULO 71 DE LA CITADA LEY HA DE ENTENDERSE SIN PERJUICIO DE LOS DERECHOS DEL ANOTANTE, CREA, SIN EMBARGO, UNA SITUACIÓN JURÍDICA QUE OBLIGA A SEGUIR EL PROCEDIMIENTO CONTRA EL ADQUIRENTE SUBROGADO EN LUGAR DEL VENDEDOR, PARA QUE PAGUE, DESAMPARE O EJERCITE LOS DERECHOS CORRESPONDIENTES, COMO YA DECLARÓ LA JURISPRUDENCIA ANTERIOR A LA REFORMA Y SE RATIFICA EN EL «ARTÍCULO 143 DEL VIGENTE REGLAMENTO HIPOTECARIO».

Resolución de 9 de noviembre de 1955 (B. O. de 27 de diciembre).

Don Víctor Mata Ramírez formuló el 30 de enero de 1931 demanda ejecutiva contra doña Mercedes Dávila Montaño, en reclamación de pesetas 13.000 de principal, 28,40 pesetas de gastos de protesto y 3.500 pesetas para costas y gastos; por auto del siguiente 3 de febrero se despachó ejecución, y requerida de pago el 12 del mismo mes, se le embargaron diez fincas, anotándose dicho embargo en el Registro de la Propiedad de Llerena el 6 de marzo de 1931; fué señalado el 2 de julio de dicho año para la subasta, la cual, por no haberse publicado los edictos, volvió a señalarse para el 28 de septiembre, sin que acudieran licitadores, el 3 de marzo de 1933, previa citación, se señaló para segunda subasta el 27 de abril de dicho año, en qué tampoco hubo postores; por escrito de 26 de abril de 1947 solicitó el actor la adjudicación de cinco de las fincas en las dos terceras partes del precio señalado para la segunda subasta; por auto de 7 de noviembre de 1950 el Juez municipal de Badajoz, en funciones de Primera Instancia, adjudicó al actor las fincas siguientes: 1.ª Tierra al término de Maguilla, sitio de Espartera. 2.ª Mitad pro indiviso de otra, al mismo término y sitio de Parejas. 3.ª Mitad pro indiviso de otra al mismo término y sitio de Fuente del Campo. 4.ª Otra a igual término y sitio de la Zorra, y 5.ª Otra en dicho término y sitio de Herrezuelo. Y presentado testimonio de dicho auto en el Registro fué calificado con la siguiente nota: «Inscrito el precedente documento sólo en cuanto a las fincas descritas en segundo y tercer lugar en los tomos, libros, folios y bajo el número de fincas e inscripciones que se citan al margen de la descripción de cada una de ellas, denegándose la inscripción en cuanto a las fincas 1, 4 y 5 por aparecer inscritas a nombre de terceras personas».

En efecto, la finca al sitio de la Espartera aparece inscrita en el Registro a favor de don Juan Chacón Vázquez, en virtud de escritura de compraventa, otorgada por doña María Mercedes Dávila, en Berlanga, a 14 de noviembre de 1930, ante el Notario don Pedro Manuel Casado Guío; inscripción octava, fecha 12 de marzo de 1931; la tierra al sitio de Herrezuelo figura inscrita a nombre de dicho señor por escritura de compraventa, otorgada por la citada señora el 19 de diciembre de 1931, inscripción segunda, de 16 de enero de 1932, y la

finca al sitio de la Zorra está inscrita a nombre de don Manuel Sánchez Moreno, por escritura de compraventa, otorgada por dicha señora el 20 de abril de 1935, inscripción décima, de 7, de agosto de igual año.

El 13 de enero de 1951 el Juez municipal de Badajoz, en funciones de Primera Instancia, dictó auto ampliatorio del antes reseñado, en que hizo constar: que por falta de petición del actor el auto anterior, había resultado insuficiente para la inscripción de todas las fincas y para la cancelación de las inscripciones y anotaciones practicadas con posterioridad a la del embargo, que se indican con referencia a una certificación registral, y que, por nueva petición de la parte actora, se ordenó la cancelación de las inscripciones y anotaciones posteriores imprecisamente señalados, y se añadió que el valor de las fincas adjudicadas no alcanzaba a cubrir el principal y las costas del juicio.

Presentado en el Registro testimonio del auto de 13 de enero de 1951, dió lugar a la siguiente calificación: «Denegadas las cancelaciones que se ordenan en el testimonio del auto que precede por no ser procedente la cancelación de la inscripción a favor de don Juan Chacón Vázquez, sobre la finca al sitio de Espartera, ni la de la inscripción a favor de don Manuel Sánchez Moreno, sobre la finca al sitio de la Zorra, ni tampoco la existente a favor de dicho don Juan Vázquez, sobre la finca al sitio de Herrezuelo; porque, aun siendo todas posteriores en fecha a las anotaciones de embargo sobre dichas fincas a favor del actor, la adjudicación que a éste se realiza tiene como base dichas anotaciones preventivas de embargo practicadas en el año 1931, las cuales han dejado de producir efectos por haber incurrido en caducidad, de conformidad con lo prevenido en la segunda disposición transitoria de la vigente Ley Hipotecaria. Y al pie del testimonio del auto de 7 de noviembre de 1950, que se acompañó, fué extendida la siguiente nota: «Presentado nuevamente con el número 391 del diario 89, al folio 71 vuelto en unión de otro testimonio dimanante del mismo Juzgado, de 22 de enero del corriente año, se deniega la inscripción de adjudicación de las fincas 1, 4, y 5, por subsistir los motivos que se expresan en la nota anterior, pues si bien en el testimonio antes mencionado, de 22 de enero, se acuerda la cancelación de las inscripciones posteriores al embargo practicado a favor del adjudicatario, dichas inscripciones no han sido canceladas por los motivos que se expresan en la nota puesta por esta oficina. al pie del repetido testimonio el día de hoy:»

Interpuesto recurso, la Dirección, con revocación del auto del Presidente de la Audiencia, confirma la nota del Registrador, en méritos de la doctrina siguiente:

Que el problema fundamental planteado en este recurso radica en determinar los efectos de unas anotaciones preventivas de embargo, acordadas en juicio ejecutivo seguido para reclamación de cantidad y extendidas en 6 de marzo de 1931 y no canceladas formalmente, en relación con dos testimonios de autos de adjudicación de las fincas, dictados el 7 de noviembre de 1950 y el 13 de enero de 1951, cuya inscripción fué denegada por haber caducado dichos asientos y porque los inmuebles aparecen inscritos a favor de terceros poseedores.

Que conforme al artículo 86 de la Ley Hipotecaria, las anotaciones preventivas, cualquiera que sea su origen, caducan a los cuatro años de su fecha, salvo que el plazo de caducidad sea más breve o que se haya obtenido la prórroga legal, y aunque la experiencia aconseja que las anotaciones judiciales no debieran sujetarse a tal caducidad, no pueden estimarse excluidas por lo dispuesto en el artículo 83 de la Ley, según el cual las anotaciones judiciales sólo se cancelarán por providencia ejecutoria, ya que el artículo 77 de la misma prevé como causas de extinción distintas de los asientos la cancelación y la caducidad, y, además, la última ha sido expresamente exceptuada por el artículo 174 del Reglamento Hipotecario y esta doctrina es aplicable a las anotaciones de fecha anterior a la nueva Ley Hipotecaria en virtud de la disposición transitoria segunda, por la cual las anotaciones de embargo a que el recurso se refiere deben estimarse caducadas el 1 de julio de 1947, por no haberse solicitado oportunamente su prórroga.

Que la jurisprudencia y la doctrina atribuyen a la caducidad carácter radical y automático que extingue, por el mero transcurso del plazo legal, el asiento que nació con vida limitada, y cuya virtualidad dura sólo hasta el día predeterminado, en el que se produce su extinción sin necesidad de operación registral alguna, y por ello, aunque no se haya extendido la nota marginal correspondiente, el asiento caducado no podrá producir efectos.

Que el Real decreto de 20 de mayo de 1880, inspirado en el Reglamento Hipotecario de 1870, introdujo en nuestro sistema la cancelación de oficio de los asientos por caducidad, y, por tanto, las anotaciones preventivas caducadas, cualquiera que sea su clase, podrán

cancelarse, bien de oficio o bien a instancia de parte, según el artículo 206, número 13, del vigente Reglamento.

Que, en virtud de lo dispuesto en la regla séptima del artículo 51 del repetido Reglamento, al consignar en la inscripción las cargas y limitaciones de la finca no se indicarán «en ningún caso» los derechos expresados en el artículo 98 de la Ley; que, según lo prevenido en el artículo 355 de dicho Reglamento, los derechos «que deban cancelarse o hayan caducado» no se comprenderán en las certificaciones, y se entenderá solicitada su cancelación por el solo hecho de pedir aquéllas; y esta actuación de oficio del Registrador lo mismo, en rigor, debe producirse cuando haya que expedir una certificación que cuando tenga que extender algún asiento referente al inmueble, porque la razón es idéntica, y, de lo contrario, en perjuicio de la claridad del Registro, se obligaría a arrastrar unas cargas que al certificar deberían ser canceladas.

Que la finca al sitio de Espartera fué vendida por escritura de 14 de noviembre de 1930, anotado su embargo el 6 de marzo de 1931 e inscrita la compraventa el 12 de dichos mes y año, por lo cual, conforme a lo prevenido en los artículos 44 de la Ley Hipotecaria y 1.923, número segundo, del Código civil, el comprador goza de preferencia sobre el acreedor, pues, como declaró la Sentencia de 21 de febrero de 1912, el embargo no obtiene prelación sobre las enajenaciones otorgadas antes de la fecha de la anotación, aunque hayan sido inscritas con posterioridad y la adjudicación recaída en procedimiento seguido exclusivamente contra el titular registral anterior no es inscribible por oponerse a ella el artículo 20 de la Ley Hipotecaria.

Que las otras dos fincas fueron vendidas en fecha posterior a la anotación de embargo, y que, conforme al artículo 71 de la citada Ley, la venta ha de entenderse sin perjuicio de los derechos del anotante, pero la situación jurídica creada por la enajenación inscrita obligaba a seguir el procedimiento contra los adquirentes subrogados en lugar del vendedor para que pagaran, desampararán la finca o ejercitarán los derechos correspondientes, y en tal sentido declaró la jurisprudencia anterior a la reforma —en la Sentencia de 24 de diciembre de 1904 y en la Resolución de 11 de diciembre de 1937—, que el tercer poseedor debía ser requerido en tiempo hábil; que asimismo el artículo 143 del Reglamento vigente precisa que se citará a quienes inscribieron su título antes de expedirse la certificación de cargas, por todo lo cual no procede inscribir el auto de adjudicación

que ordenó la cancelación de las inscripciones posteriores, sin que conste que haya sido hecho el requerimiento, notificación ni audiencia de los terceros poseedores.

Una *ausencia* —por decirlo así— sorprende en la Resolución precedente. *Ausencia* en los hechos —que hemos copiado literalmente— para su enlace lógico con la doctrina que se deduce, concretamente, en el último considerando. Nos referimos a la fecha, al momento en que, durante el procedimiento, fué expedida la certificación registral.

El Registrador en absoluto alude a ello. Centra su nota y escrito de defensa en la caducidad de las anotaciones practicadas. Es la Dirección la que, superando la cuestión entre recurrente y calificador, matiza y aborda todas las posibles facetas del problema.

Dada la importancia —vital, trascendental importancia— de los efectos que la expedición de la certificación produce, parece que su fecha debería haberse consignado para desvanecer posibles dudas. Porque entre tantas fechas —de inscripciones, de anotaciones, de subastas, de autos...— que se reseñan, una más, tan capital, ésta de la expedición de la susodicha certificación, lejos de recargar clarificaría la cuestión.

Con respecto a la finca «La Espartera» —ver penúltimo considerando—, la proximidad de fechas de anotación e inscripción: 6 y 12 de marzo de 1931, respectivamente, induce a considerar que la expedición de la certificación sería posterior al asiento de dominio o del tercer poseedor, y entonces sobre el argumento especial que para la no cancelación de la inscripción de esa finca a su nuevo titular emplea el Centro directivo el del último considerando también sería adecuado.

¿Pero puede decirse lo mismo en cuanto a las otras dos fincas? La llamada Herrezuelo fué inscrita el 16 de enero de 1932, y la al sitio de la Zorra, el 7 de agosto de 1935. El 28 de septiembre de 1931 se verificó la primera subasta; el 27 de abril de 1933, previa citación de 3 de marzo de ese año, se dice... —¿citación de qué o a quiénes, preguntamos?— se llevó a cabo la segunda.

Apurando posibilidades pudiera caber que la inscripción de la finca Herrezuelo a su nuevo dueño fuera anterior a la expedición de la repetida certificación. Pero encontramos difícil que esta certificación sea asimismo anterior en fecha a la inscripción de la finca al sitio de la Zorra, 7 de agosto de 1935.

Ahora bien, no olvidemos que el procedimiento se originó y desenvolvió no ya con anterioridad al vigente Reglamento Hipotecario, sino de la brillante Resolución de 11 de diciembre de 1937, que si pusieron luz en la cuestión reinante, dan idea del estado de cosas. Y que aún después de la reforma las interpretaciones perduran sobre los extremos a cómo debe el Juez ordenar la expedición de la certificación y modo de cumplirla el Registrador (ver nuestra nota, pág. 134, año 1953, esta Revista, y Roca, págs. 511 y siguientes, T. III: «Derecho Hipotecario», edición 5.ª).

Finalmente y por lo que respecta al apartado segundo del encabezamiento, remitimos al lector a las páginas 164 y siguientes de esta Revista, año 1956, y en general a todo lo relacionado con el tema a dichas y anteriores páginas del magnífico y exhaustivo estudio: «Apuntes sobre las anotaciones de embargo», de nuestro ilustre compañero don José María Mazuelos.

REGISTRO MERCANTIL.—DOCUMENTO EN QUE SE HA DE HACER CONSTAR EL NOMBRAMIENTO Y ACEPTACIÓN DE NUEVOS CONSEJEROS DE SOCIEDADES ANÓNIMAS PARA LA INSCRIPCIÓN EN AQUEL: EXCLUÍDA LA EXIGENCIA DE ESCRITURA PÚBLICA, SERÁ BASTANTE PARA LOS QUE ACEPTARON EN EL SEÑO DE LA JUNTA, EN PRIMER LUGAR Y CONFORME AL PÁRRAFO 2.º DEL ARTÍCULO 66 DE LA LEY PORQUE SE RIGEN DICHAS SOCIEDADES, EL TESTIMONIO NOTARIAL DEL ACTA, POR EXHIBICIÓN DEL LIBRO CORRESPONDIENTE, Y, EN SEGUNDO LUGAR, TAMBIÉN LA CERTIFICACIÓN DEL ACTA POR EL SECRETARIO DE LA JUNTA, CON EL VISTO BUENO DEL PRESIDENTE, LEGITIMADAS AMBAS FIRMAS POR TESTIMONIO NOTARIAL ESPECÍFICO DE LEGITIMACIÓN QUE INCLUYA LA CONSIDERACIÓN DEL EJERCICIO LEGÍTIMO DEL CARGO POR QUIEN LO EXPIDE; Y PARA AQUELLOS QUE ACEPTARON FUERA DE LA JUNTA BASTARÁ, IGUALMENTE, QUE, ACREDITADO EN UNA DE LAS FÓRMAS ANTERIORMENTE ADMITIDAS EL NOMBRAMIENTO, EL DOCUMENTO EN QUE CONSTA LA ACEPTACIÓN VAYA ADORNADO DEL TESTIMONIO DE LEGITIMACIÓN, IMPRESCINDIBLE REGISTRALMENTE CUANDO NO SE ADOPTA LA FORMA —NO OBLIGATORIA, SEGÚN QUEDA CONSIGNADO— DE ESCRITURA PÚBLICA.

Resolución de 30 de noviembre de 1955 (B. O. de 27 de diciembre).

En la Junta general ordinaria de accionistas que la Sociedad «Cristalerías Galileo, S. A.» celebró en su domicilio social el día 21 de mayo de 1953, con asistencia de accionistas que representaban más de las dos terceras partes del capital desembolsado, se adoptó por unanimidad, entre otros, el siguiente acuerdo: «Cuarto. Nombrar nuevo Consejero a don Mauricio Roy Herrera y reelegir a los Consejeros salientes don Francisco Díaz Roldán, don Santiago Archanco Sánchez y don Luis Clastre Ferrand», todos de nacionalidad española, cuyos domicilios se indican en el acta.

En la misma Junta general aceptaron y tomaron posesión de sus cargos los Consejeros don Mauricio Roy Herrera y don Luis Clastre Ferrand y los Consejeros don Francisco Díaz Roldán y don Santiago Archanco Sánchez mediante cartas por ellos dirigidas a «Cristalerías Galileo, S. A.», todo ello según consta de testimonio librado por el Notario de Barcelona don Enrique Gabarró quien certifica que por parte interesada se le «han exhibido para que los testimonie tres documentos», que transcribe literalmente, y aparecen ser una certificación expedida por el Secretario del Consejo de Administración, con el visto bueno del Presidente, relativa a todos aquellos extremos, y las dos cartas a que se refiere la certificación.

Presentado dicho testimonio en el Registro Mercantil de Barcelona recayó calificación, consignada al pie del documento, del tenor siguiente: «Suspendida la inscripción del precedente documento de conformidad con lo prevenido en el párrafo segundo del artículo 72 de la Ley de 17 de junio de 1951, en su relación con los 112 y 116 del Reglamento Mercantil, que exigen la otorgación de documento público para este acta de la Junta con arreglo a lo dispuesto en el artículo 62 de la Ley. No se ha tomado anotación de suspensión por no haberse solicitado.

Interpuesto recurso contra el primer defecto de la nota, la Dirección confirma el acuerdo del Registrador, en cuanto suspende la inscripción del documento presentado por los razonamientos siguientes (que difieren, según puede verse, de los del calificador):

Que sólo pueden tener acceso al Registro Mercantil aquellos documentos que reúnan los requisitos establecidos para ello por las leyes en virtud del llamado principio de legalidad, que informa el sistema del Registro Mercantil, se expresa en los artículos 23 del Código de Comercio y 6.º y 59 del Reglamento del Registro y exige que los hechos inscribibles lleguen al Registro en forma indubitada.

Que, el nombramiento y consiguiente aceptación del cargo de administrador de una Sociedad Anónima —dejando aparte la elucidación acerca de su naturaleza contractual o no— no se encuentra incluida en la lista de actos y contratos que deberán constar necesariamente en escritura pública, enumerados por el artículo 116 en relación con el 112 del mismo Reglamento Mercantil, pues contra el parecer del señor Registrador: a), ni se trata de acto, acuerdo o contrato que influya, propiamente se entiende, sobre la libre disposición del capital o sobre el crédito; b), ni tampoco implica alteración ni modificación del acto constitutivo de la Sociedad en que se nombraron los primeros Consejeros, antes es una manifestación típica de la actividad social, no modificativa, sino cumplimentadora de la escritura de fundación y sus estatutos; c), ni, en fin, como viene a reconocer el propio Registrador, el cargo de administrador puede exactamente asimilarse al de apoderado.

Que excluido, pues, de la exigencia de la escritura pública el acuerdo en que se manifiesta la voluntad social de designar a determinado administrador es inscribible y debe ser inscrito, conforme al artículo 72 de la Ley de Sociedades Anónimas, en cuanto se acredite, juntamente con él, el cumplimiento de la «conditio iuris» de la aceptación por el interesado en forma indubitada; siendo, por tanto, documento bastante para el caso de quienes aceptaron en el seno de la Junta, en primer lugar y según el citado artículo 66, párrafo segundo, el testimonio notarial del acta, por exhibición del libro correspondiente con las garantías que ofrece, por su intermediación, dicho libro, previsto en el artículo 33 del Código de Comercio; en segundo lugar; también la certificación del acta por el Secretario de la Junta, con el visto bueno del Presidente, legitimadas ambas firmas por testimonio notarial específico de legitimación que incluya la consideración del ejercicio legítimo del cargo por quien lo expide, nunca, en cambio, el simple testimonio por exhibición, que como el que ha sido calificado —único que deber ser tenido en cuenta en el recurso, conforme a los artículos 75 y 76 del Reglamento del Registro Mercantil— no incluya dicha legitimación o la afirmación hecha por el Notario de que el certificado está debidamente expedido, y, consiguientemente, no añada una superior calidad a la intrínseca del documento testimoniado; y para aquéllos que aceptaron fuera de la Junta bastaría, igualmente, que, acreditado en una de las formas anteriormente admitidas el nombramiento, el documento en que consta la aceptación vaya ador-

nado del testimonio de legitimación, imprescindible registralmente cuando no se adopta la forma, aquí no obligatoria, de escritura pública.

* * *

Idéntica en todo —salvo no referirse al caso de Consejeros que aceptaron su nombramiento fuera de la Junta, pues el recurso sólo se refiere al de los que aceptaron en el seno de aquélla— es la Resolución de 29 de noviembre de 1955 (*Boletín Oficial del Estado* de 12 de enero de 1956).

GINÉS CÁNOVAS COUTIÑO
Registrador de la Propiedad.

ESTUDIOS DE DERECHO HIPOTECARIO Y DERECHO CIVIL

POR

D. JERONIMO GONZALEZ Y MARTINEZ

Prólogo del Excelentísimo Señor Don José Castán Tobeña,
Presidente del Tribunal Supremo

Precio de la obra: 175 pesetas

Publicados los tres tomos.

Envíos contra reembolso, con aumento de dos pesetas.

Los pedidos a la Administración de

REVISTA CRITICA DE DERECHO INMOBILIARIO

ALCALÁ, 16, 5.º, n.º 11 - MADRID

Jurisprudencia del Tribunal Supremo

CIVIL

III. Obligaciones y contratos

SENTENCIA DE 22 DE FEBRERO DE 1956.—*La acción de retracto es de tipo subrogatorio, que se da contra tercero según el artículo 37 de la Ley Hipotecaria.*

La acción de retracto no reviste los caracteres de una acción contradictoria de dominio, cuyo ejercicio no sea posible sin que previamente, o a la vez, se entable demanda de nulidad o cancelación de la inscripción, como dispone el artículo 38 de la Ley Hipotecaria, sino una acción de tipo subrogatorio que, por ser limitativa del dominio, se da excepcionalmente contra los terceros adquirentes del inmueble, conforme a lo prevenido en el artículo 37 del citado ordenamiento legal.

SENTENCIA DE 23 DE FEBRERO DE 1956.—*Daños causados por un animal. Prescripción de la acción para exigirlos. Culpa del que sufrió el daño.*

El demandante ejercita la acción derivada del artículo 1.905 del Código civil al reclamar los perjuicios causados por una caballería, propiedad del demandado, la cual, a consecuencia de una coz, causó la muerte de un niño de cinco años de edad cuando se hallaba en una era; y al contestar, fué formulada la excepción de prescripción por haber transcurrido con exceso el plazo del año prevenido en el núm. 2 del artículo 1.968 del Código civil, excepción estimada en la Sentencia, y que integra el único motivo del recurso, apoyado en el núm. 1 del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento civil, por aplicación indebida del aludido precepto y falta de aplicación del artículo 1.964 del Código civil, que el recurrente estima era el procedente al tratarse de una acción personal que no tiene señalado plazo prescriptivo en ninguna otra norma legal.

El Tribunal Supremo sienta la siguiente doctrina: Que el núm. 2.º del artículo 1.968 del Código civil dispone que la acción para exigir responsabilidad civil por las obligaciones derivadas de culpa o negligencia de que trata el artículo 1.902, prescribe por el transcurso de un año desde que lo supo el agraviado, y el sentido literal y seguido del precepto aludido sin más análisis llevaría a la conclusión de comprender sólo el caso que indica, más no el del artículo 1.905, regulador de una responsabilidad en la que basta que el animal cause perjuicio para que el dueño arrostre las consecuencias; pero esta responsabilidad no es tan radical como la objetiva en un amplio sentido, ya que admite el último precepto dos excepciones, cuales son que el daño proviniera de fuerza mayor o de culpa del que lo hubiese sufrido.

Que nuestro Código carece de disposición expresa para la prescripción específica sobre el plazo para instar la acción nexal y la Jurisprudencia no se ha pronunciado sobre el particular por no haberse sometido la cuestión que ahora se debate; y, ante esa falta de normas, la doctrina se inclina a admitir que el plazo prescriptivo debe ser el señalado en el núm. 2.º del artículo 1.968 del Código civil, pues en caso contrario sería el de quince años, señalado en general por el artículo 1.964 para las acciones personales que no tengan término especial en otros preceptos, y la del artículo 1.905 debe tener un plazo corto de duración.

Que el capítulo 2.º, título 16, libro 4.º, del Código civil, bajo el epígrafe «De las obligaciones que nacen de culpa o negligencia», agrupa preceptos inconexos, pero todos tendentes a exigir las responsabilidades subjetivas por culpa, y las objetivas; y sólo el artículo 1.909 alude a que en los dos preceptos que le anteceden se puede repetir dentro del plazo legal que debe ser el fijado en el artículo 1.591, y la Jurisprudencia ha establecido la doctrina de que la prescripción anual es aplicable a los supuestos del artículo 1.903, de donde aparece claro que el precepto del núm. 2 del artículo 1.968 no ha de entenderse comprende literal y únicamente el artículo 1.902, sino también otras situaciones análogas, como la del artículo siguiente, y las mismas razones median para aceptar idéntica interpretación al caso debatido; la tesis del plazo de los quince años para ejercitar las acciones personales no debe de ser aceptada, sino el anual, que permite mejor comprobar perfectamente los perjuicios y las circunstancias concurrentes en la prueba, por lo que, dada la fecha del hecho de autos, año 1931, que el mismo año se selreseyó provisionalmente el sumario instruido, que la demanda solicitando los beneficios de pobreza fué resuelta concediéndolos en 1947; y posteriormente se in-tó la demanda actual, hay que estimar procedente la excepción de prescripción.

Que la Audiencia, aun en el caso de que hubiera que entrar en el fondo debatido si no fuera procedente la prescripción, estima concurrió negligencia, imprudencia y abandono culposo en el demandante, padre de la víctima, que llevó a su hijo a una era donde las caballerías, máquinas allí existentes y faenas a realizar constituían un evidente riesgo de peligro, frente al cual, paralelamente, la actividad de vigilancia y custodia de los

mismos debe de ser redoblada y ésta no existió; por lo que apreciaba la existencia de culpa en el actor; estas apreciaciones se pretenden combatir fragmentariamente al final del recurso, alegando que no era suficiente el hecho de que un niño esté pacíficamente en el campo para deducir la culpa de él y de sus padres, más no habiéndose combatido las afirmaciones del Tribunal de Instancia con arreglo al núm. 7 del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento civil, que era lo procedente, basta eso para desestimar dichas apreciaciones, por lo que en consecuencia hay que rechazar en su totalidad el único motivo invocado.

SENTENCIA DE 28 DE FEBRERO DE 1956.—*Retracto legal: La demanda de conciliación con consignación dentro de plazo interrumpe la caducidad de éste.*

Las dos normas rectoras principales del procedimiento especial de retracto legal se refieren: la una, al plazo para interponer la demanda, fijado en el artículo 1.524 del Código civil, verdadero término de caducidad indiscutiblemente necesario para salvaguardar la seguridad del tráfico jurídico, y la otra, la referente a la consignación del precio de la venta o la prestación de fianza en su caso, conforme al núm. 2.º del artículo 1.618 de la Ley de Enjuiciamiento civil, norma establecida en favor del comprador de la finca que se retrae, para garantizarle el reintegro sin dilación de las cantidades que hubiera debido sufragar tanto por el precio de la compraventa que se pretende transferir mediante el ejercicio del retracto, como por los gastos de cualquier clase ocasionados como consecuencia del referido contrato, y como la aludida consignación o fianza ha de acompañar a la demanda, es indudable que deben, asimismo, de realizarse dentro del plazo de caducidad de nueve días establecido.

La doctrina jurisprudencial ha venido advirtiendo con reiteración que la demanda de conciliación promovida dentro de los nueve días señalados como término improrrogable para el ejercicio de la acción de retracto legal en el artículo 1.524 del Código civil, interrumpe la caducidad del mismo, y es asimismo criterio de la doctrina legal que al promoverse la conciliación haya de efectuarse la consignación de la fianza, sin duda con la cautela de que, si hubiere aversencia en aquel acto conciliatorio, resultaren realmente cumplidos aquellos dos requisitos fundamentales del procedimiento a que antes se alude, y como en el caso presente consta de manera expresa no solamente que el actor ejercitó su acción dentro de plazo mediante la demanda de conciliación, sino que en éste, además, manifestó su voluntad positiva de la entrega del precio determinado en el contrato de compraventa a que se refería su acción de retracto, con las expresivas frases de que «en este acto se le ofrecen y se consignan en la mesa del Juzgado las 8.500 pesetas más los gastos del contrato y derechos reales y demás pagos legítimos, todos los cuales se le ofrecen desde ahora, así como si los hubiera, los necesarios útiles hechos en las casas vendidas», acreditándose además respecto de este punto en los resultandos de la Sentencia de Primera Instancia que, limitada en el acto de conciliación la acción de retracto solamente a las

fincas rústicas incluidas en la compraventa, reiterado el ofrecimiento y consignación no lo aceptó el demandado, que alegó haberse dejado sin efecto la repetida compraventa, no puede dudarse de que en el dicho acto conciliatorio quedaron satisfechos los requisitos de plazo de la acción y positiva oferta de la cantidad representativa del precio del contrato.

SENTENCIA DE 2 DE MARZO DE 1956.—*El ir cumpliendo todos los requisitos reglamentarios cuando se causa un daño, no excusa de la responsabilidad civil proveniente del mismo.*

Daño producido por incendio causado por la chispa desprendida de una locomotora. Admitido por la Sentencia recurrida y no impugnados en el recurso la realidad del daño y el desprendimiento de la chispa de la máquina de la Compañía demandada, y afirmada también por la primera la relación de causa a efecto entre esos dos requisitos de la acción ejercitada, queda también subsistente, como cuestión de hecho, esta relación, porque no la ha combatido en forma la recurrente, pues sólo opone frente a la apreciación de la Sala sentenciadora algunos razonamientos mediante los que trata de sustituir con su propio criterio el del Tribunal «a quo», lo cual no es lícito hacer en casación, según es bien sabido; y así resta como único problema que pueda estimarse concurre en el caso de autos, el que también plantea el primer motivo del recurso, de la responsabilidad de la demandada y recurrente por entender que no ha incurrido en culpa, ni negligencia, ya que había cumplido todos los requisitos legales que en este aspecto tienen prescritas las disposiciones administrativas.

Esta cuestión la tiene clara y reiteradamente resuelta la Jurisprudencia, no en una Sentencia aislada, como dice ese motivo del recurso, sino en varias Sentencias, como son la de 29 de junio de 1932 y 13 de febrero de 1938, y ser éste el mismo principio que informa la de 23 de diciembre de 1952, y las que en ésta se citan, al declarar que no puede excusar de la responsabilidad al causante de un daño el haber cumplido formulariamente todos los requisitos reglamentarios a que viene obligado, cuando la realidad se impone demostrando que las medidas adoptadas no dieron resultado.

El segundo motivo del recurso se basa en que se da en el caso de autos coexistencia o concurrencia de culpas porque había negligencia por parte del propietario del predio dañado, al no tener su suelo limpio de yerbas y cardos; pero, aparte del aspecto de mera «quaestio facti» que esto pueda tener, no combatida en forma, es evidente que ese estado del suelo no era más peligroso para la propagación del fuego que lo pudiera ser el tenerlo cubierto de otros pastos o rastrojos de cereales, como legítimamente podía tenerlo el dueño.

BARTOLOMÉ MENCHEN.

Registrador de la Propiedad.

Jurisprudencia sobre el Impuesto de Derechos reales

LA EXENCIÓN DEL IMPUESTO EN LOS CONTRATOS DE VENTA CONCERTADOS POR CORRESPONDENCIA, ESTATUIDA EN EL NÚM. 8.º DEL ARTÍCULO 3.º DE LA LEX Y EN EL MISMO NÚMERO DEL ART. 6.º DEL REGLAMENTO.

Vamos a estudiar hoy dicha exención a través de la interpretación que la Sala 3.ª del Tribunal Supremo le da en las Sentencias de 15 y 22 de diciembre de 1955 y 22 de marzo de 1956; y

Todas ellas, en efecto, aplican la aludida exención, y para hacer su comentario daremos primeramente una idea sucinta, aunque completa, de las convenciones que motivaron la contienda contencioso-administrativa.

Para el mejor estudio y confrontación de los casos estudiados y resueltos, con el texto del precepto aplicado por la Sala en todas esas Sentencias, los vamos a dividir en dos grupos.

GRUPO A)

Antecedentes: Se refiere a las Sentencias de 15 y 22 de diciembre de 1955 y 22 de marzo de 1956, ya que en ellas el caso era sustancialmente idéntico, pues se trataba de unos convenios sobre fabricación de cierto producto, solemnizados mediante tres cartas.

En la primera de ellas, la Compañía General de Vidrierías Españolas propuso a la Empresa Vidriería Mecánica el negocio; en la segunda, ésta concretaba las condiciones en que aceptaría el hacerse cargo de él, y en la tercera la proponente las aceptaba. El pacto se reprodujo en tres años consecutivos, sin otra diferencia que la de variar la cantidad del producto que se había de fabricar, y cada uno de ellos originó una cuantiosa liquidación por derechos reales, y,

como consecuencia, nacieron los tres pleitos y las tres Sentencias coincidentes que son objeto de este comentario.

Es de notar, en primer término, que la iniciativa tomada por la Compañía General de Vidrierías obedeció a que no podía atender con sus propios medios los pedidos de un producto llamado «cristanina», que tenía pendientes de servir a sus clientes; y para superar tal dificultad, propuso a la otra entidad, Vidriería Mecánica, que ésta, por cuenta de aquélla, fabricase y sirviese los pedidos.

El contenido de lo pactado en las tres epístolas fué, pues, lo siguiente, tomado literalmente de los resultandos de la Sala:

a) La Vidriería Mecánica se obliga a recoger los pedidos de «cristanina» que la Compañía General de Vidrierías Españolas posee en cartera y a producirlos y enviarlos a sus clientes.

b) El máximo de «cristanina» a producir y vender por cuenta de la Compañía General de Vidrierías Españolas será de 40.000 metros cuadrados, 48.000 el segundo año y otros 40.000 el tercero, siendo el plazo de «suministro» desde 1.º de julio a 31 de diciembre, procurando Vidriería Mecánica activar los envíos a la clientela.

c) Vidriería Mecánica cargará a la Compañía General de Vidrierías Españolas los importes relativos al coste de la fabricación de los pedidos servidos, a los precios de coste del almacén de vidrio, así como los gastos de carga, transporte y demás que origine el envío del género.

d) Vidriería Mecánica del Norte abonará a la Compañía General de Vidrierías Españolas las cantidades cobradas a la clientela por los suministros efectuados de su cuenta.

e) La Compañía General de Vidrierías Españolas abonará a Vidriería Mecánica del Norte el 34 por 100 de la diferencia resultante de la aplicación de los puntos c) y d) precedentes: si los precios de venta fueran mayores que los de coste. En caso contrario, la Compañía General de Vidrierías Españolas responderá íntegramente de los resultados que en el conjunto de la operación se produzcan entre los precios de coste y venta.

En síntesis, pues, lo convenido fué que la Empresa constructora de la «cristanina» se compromete a producirla, servirla y cobrarla a los clientes de la otra Empresa contratante, y, como contrapartida, adquiere el derecho a percibir el 34 por 100 de la diferencia en más entre todos los gastos que esas operaciones ocasionen y el precio que se obtenga de los clientes consumidores, sin que la productora res-

póna de tales diferencias en el caso de que fueren negativas, ya que, si ese supuesto se diera, esa diferencia correría a cargo de la otra Empresa contratante como arrendataria.

Como dato no exento de interés, aunque no sea de esencia para el estudio que nos toca hacer sobre si el convenio está comprendido en la exención del aludido núm. 8.º del art. 6.º del Reglamento, diremos que la utilidad obtenida en cada uno de los tres años en que rigió el contrato fué de varios cientos de miles de pesetas.

Dicho lo que antecede, añadiremos que el contrato fué calificado por la Abogacía del Estado como «Sociedad»; que el Tribunal provincial, aunque modificó la base liquidable, confirmó el concepto liquidable, y que la Dirección General de lo Contencioso, no conforme con tal criterio fiscal, recurrió ante el Tribunal central y sostuvo que no se trataba de un contrato de Sociedad, ni de una cuenta en participación, ni de una comunidad, sino de un contrato de obras con suministro de materiales —art. 18 del Reglamento—, el cual, por tratarse de cosas muebles, debía ser liquidado como compraventa de muebles, «sin que esta calificación la desvirtúe el hecho de que la cosa mueble sea entregada no al arrendatario de la obra —Compañía General de Vidrierías—, sino a sus clientes, ya que la venta fué por cuenta de esta Empresa».

A continuación razonó el porqué a la convención no le era aplicable la exención del aludido núm. 8.º del art. 6.º del Reglamento.

El Tribunal central aceptó la tesis de la Dirección General, y la constructora Vidriera Mecánica entabló los recursos contencioso-administrativos, sosteniendo que era aplicable la mentada exención y pidiendo, subsidiariamente, que se declarase que el concepto liquidable era el de arrendamiento de servicios por aplicación del art. 16 del Reglamento del Impuesto.

La Sala, en las tres Sentencias que nos ocupan, dijo que los contratos cuestionados estaban comprendidos en la repetida exención del número 8.º del art. 6.º del Reglamento, y llegó a esa conclusión empezando por calificar el contrato como de compraventa a tenor del artículo 1.445 del Código civil; «ya que —dice— una de las partes se obliga a entregar una cosa determinada y la otra a pagar un precio cierto en dinero, que tratándose de cosas fungibles se tiene por cierto cuando se señala el que la cosa vendida tuviera en determinado día, Bolsa o mercado, que en el caso concreto serán los precios de coste, mas el 34 por 100 del precio marcado cobrado por la Compañía

General de Vidrierías Españolas a la clientela por los suministros efectuados a su cuenta».

A continuación la Sala afirma y lo razona con las adecuadas citas del Reglamento de 1941, aplicable al caso, que a la convención discutida «le conviene la configuración específica de contrato mixto de suministro», pero, a renglón seguido, añade que «no es menos cierto que el art. 3.º, núm. 8.º, de la Ley y el 6.º del Reglamento prescriben la exención del impuesto de los contratos privados sobre mercaderías que se verifiquen por correspondencia, sin distinguir sean de compraventa de muebles o sean de suministro a los efectos legales con o sin ejecución de obras o prestación de servicios».

He ahí, escuetamente expuestos, los antecedentes del caso y la definitiva calificación que la Sala hizo de él.

Comentarios: Dejemos sentado, en primer lugar, que no vamos a entrar en el análisis del criterio que sostuvieron la Abogacía del Estado; primero, y el Tribunal provincial, después, acerca de si el contrato encerraba en realidad un contrato de Sociedad, una cuenta en participación o un arrendamiento de servicios, puntos todos ellos examinados también por el Tribunal central en el recurso de alzada formalizado ante él por la Dirección General de lo Contencioso; tesis que, dicho sea de paso, no deja de tener consistencia jurídica, especialmente la relativa a configurar el contrato como de Sociedad.

Y es que en realidad, a nuestro entender, nos encontramos clarísimamente ante una relación contractual de las que la doctrina moderna llama contratos complejos o atípicos, fruto de las infinitas combinaciones que la vida económico-jurídica presenta, entrelazando características diversas que convienen a varios contratos o actos, sin que sus contornos estén lo suficientemente definidos para quedar delimitados y encajados en alguna de las figuras jurídicas tradicionales y previstas en el Código sustantivo.

Dicho esto, añadimos que nos vamos a ceñir a la calificación aceptada por la Sala 3.ª al afirmar que se trata civilmente de una mera venta de mercaderías realizada por correspondencia, y como tal exenta, por aplicación del núm. 8.º de los arts. 3.º de la Ley y 6.º del Reglamento del año 1941, que eran los textos legales aplicables a la convención, dada la fecha de la misma, no sin reconocer seguidamente como anteriormente hemos hecho notar, que «le conviene la configuración específica de contrato mixto de suministro».

Notemos, como premisa de nuestro comentario, que el impuesto de que en la contienda se trata —el más jurídico de todos— exige inexcusablemente que el liquidador, técnico en Derecho, individualice y perfilé, con arreglo a la legislación sustantiva —en este caso el Código civil—, la figura creada por los contratantes, para aplicarle después la norma correspondiente. Se trata, en fin, de una trayectoria semejante a la que sigue el técnico de la medicina, consistente en diagnosticar primeramente el mal y, en su consecuencia, articular el tratamiento consiguiente. Si el diagnóstico es equivocado, el tratamiento lo será también y será inoperante e incluso contraproducente. Al término del viaje nos encontraremos muy lejos de la meta que habíamos tratado de alcanzar, si el diagnóstico jurídico no es el que debe de ser.

Pues bien, en nuestro caso el diagnóstico acogido en las Sentencias ¿fué acertado? La relación jurídica creada por las dos prenombradas Sociedades, ¿fué un contrato de compraventa? ¿Es posible sostener, con arreglo a nuestro Código civil, que lo convenido en las tres cartas engendró un contrato de esa naturaleza?

Este es el inexcusable cimiento y punto de partida que para aplicar el impuesto con justeza hay que dejar esclarecido siempre, y con más acuciante necesidad en la presente contienda, teniendo en cuenta que la convención pactada tiene matices de varias de las figuras jurídicas predeterminadas en nuestro Código civil, como son el contrato de Sociedad, el de compraventa, el de arrendamiento de obras, según la nomenclatura de este cuerpo legal, o, como dice la doctrina moderna, *contrato de Empresa* en sus modalidades de contrato de ejecución de obra, contrato mixto de obras con suministro y contrato de mero suministro.

Prescindimos ahora de analizar todas esas modalidades y vamos derechamente a dilucidar si nos encontramos ante una compraventa, o más bien ante un *contrato de Empresa* comprendido entre los que la técnica del Código civil denomina genéricamente de arrendamiento de obras y específicamente —arts. 1.544 y 1.588— de ejecución de obra, en la que el ejecutante pone su trabajo o industria y también los materiales.

No vamos a negar que, como ya hemos insinuado, entre ambas figuras jurídicas hay puntos de semejanza y coincidencia, como la doctrina enseña, tanto que no son pocos los tratadistas que opinan

que cuando el contratista ejecutor pone, junto con su trabajo, el material, late en el fondo una venta de cosa futura, pero, en cambio, otros entienden que siempre descuellan en el contrato las obligaciones características del contrato de obra, y señaladamente cuando, al celebrarlo, se tiene en cuenta no solamente la mera adquisición del objeto, sino también los medios, la preparación y la pericia del constructor.

Prescindimos de hacer las citas que una erudición barata nos proporcionaría fácilmente y resumimos diciendo que si partimos de la esencia del contrato de compraventa —art. 1.445 del Código civil—, «transmisión del dominio de una cosa o un derecho mediante precio cierto en dinero o signo que lo represente», es claro que si estas esenciales características se desvirtúan o neutralizan cuando el contrato envuelve otras destacadas modalidades, entonces ya no podemos sostener con ortodoxia jurídica que nos encontramos ante esa figura jurídica, aunque la enjuiciada ostente algunas de aquéllas, como ocurre con el contrato de Empresa en su modalidad de ejecución de obra.

Ciertamente que éste y el de compraventa tienen de común el elemento precio y el elemento enajenación de la cosa, aparte de ser ambos consensuales, onerosos y conmutativos; pero, so pena de borrar todos los artículos del Código civil, contenidos en la Sección segunda, libro IV, título VI, que van desde el 1.588 al 1.600, tendremos que convenir en que si nos encontramos ante un contrato cuyas características encajan plenamente, no obstante aquella comunidad de elementos, en el contenido del art. 1.588 citado, no podremos sostener sin temeridad que la convención es una compraventa.

Así, pues, si el contrato de arrendamiento de obras, en su modalidad de «obras por ajuste o precio alzado», es aquel, como dice literalmente dicho art. 1.588, por el que se contrata «la ejecución de una obra conviniendo en que el que la ejecute ponga solamente su trabajo o su industria, o que también suministre el material», ¿cómo negar o desconocer que el contrato discutido, cuyas notas quedan anteriormente particularizadas, encaja de lleno en esa definición legal?

Tan obvio es esto que la propia Sala lo reconoce así, categóricamente, cuando, según antes hicimos constar, dice en el segundo considerando de la primera de las Sentencias que a la convención cuestionada «le conviene la configuración de contrato mixto de suministro», lo cual, a mayor abundamiento, razona seguidamente en el mismo considerando.

Lo extraño es, que después de tan rotunda afirmación y a renglón seguido, se olvide de ella y aplique la exención del número 8.º del artículo 3.º de la Ley —la de 1941, que era la vigente al ser girada la liquidación—, diciendo que, ello, no obstante, «no es, menos cierto, que el artículo 3.º, número 8.º, de la Ley y el 6.º, número 8.º, del Reglamento, prescriben la exención del impuesto a los contratos privados sobre mercaderías que se verifiquen por correspondencia, sin distinguir que los contratos de adquisición o enajenación de mercaderías sean de simple compraventa de muebles o sean de suministro a los efectos legales, con o sin ejecución de obras o prestación de servicios; por tanto, al de suministro de «cristalina», objeto del presente litigio, formulado por correspondencia, le alcanza la mentada exención».

Con todo el sincero respeto que la Sala nos merece, tenemos que decir que el razonamiento está lindando con una «petición de principio», al dar como cierto lo mismo que se trata de probar: es venta aunque sea contrato mixto, luego como venta debe de ser tratado fiscalmente. No si es contrato de Empresa, o, en lenguaje menos doctrinal, de ejecución de obra, perfectamente perfilado en los citados artículos del Código civil y especialmente en el 1.588, no puede ser de compraventa o de mera venta de mercaderías y como tal comprendida en la exención, porque, una vez hecha la calificación del acto o contrato, hecha queda con todas sus consecuencias fiscales y es indeclinable aplicarle la tarifa asignada al mismo específicamente, salvo que el contrato así calificado esté nominalmente exento cuando en él concurren, en casos especiales, motivos de exención. Es decir, que no es permitido, por muchas que sea sus semejanzas con otra figura jurídica, la exención establecida para ésta; tanto más cuanto las exenciones han de aplicarse, con criterio estrictamente restrictivo, como es sabido, sin que sean de tener en cuenta, normas interpretativas analógicas.

La tesis que propugnamos se reafirma hasta hacerse incontrovertible, si de la configuración del contrato en sí pasamos a las obligaciones y derechos que de él dimanar para los contratantes. Son tan desemejantes que rayan en la incompatibilidad; y para demostrarlo basta citar algunos de esos derechos y obligaciones como, por ejemplo, los que nacen en los casos de pérdida o deterioro de la cosa; en el de desistimiento del adquirente de la obra sin consentimiento del contratista aunque éste la haya empezado, etc. La

sóla enumeración hace innecesario un mayor esclarecimiento para vér las profundas diferéncias que median entre una compraventa y un contrato de ejecución de obra con suministro de los materiales por el contratista.

Ese fué el compromiso adquirido por «Vidriera Mecánica del Norte»: fabricar la «cristañina» para los clientes de la «Compañía General Vidriera», cargándole a ésta «los precios de coste, así como los gastos de carga, transporte y demás, que se originen por el envío del género»; lo cual, a simple vista, es bien distinto de un mero contrato de venta de mercancías de los previstos en la repetida exención, siquiera su formalización haya sido solemnizada por simple correspondencia.

Por otra parte, la teoría contraria de ver en el contrato una compraventa nos ofrece serios reparos, porque no vemos que haya verdadera traslación de propiedad de lo fabricado, entre una y otra Sociedad, ni tampoco el precio *cierto* en la forma querida por el mencionado artículo 1.445 del Código civil: lo primero, porque la Empresa constructora no transfiere la propiedad de la cosa fabricada a su contratante, sino que a lo que se obliga es a elaborarla y entregarla a terceras personas, lo cual es muy distinto. De tal manera es ello así que si la constructora no cumplierse su compromiso, la supuesta compradora no podría ejercitar contra ella la acción *empti*, que es la fundamental para el comprador; y en cuanto a la *certeza* del precio, está patente que no se da, puesto que su determinación no se hace con relación a otra cosa cierta, ni su señalamiento queda al arbitrio de persona determinada —art. 1.447—, ni queda vinculado al que la cosa vendida tenga en determinado día, Bolsa o mercado —art. 1.448—, sino que queda a merced de los precios de coste de la fabricación y de los gastos de embalaje, transporte, etcétera, es decir, indeterminado en absoluto y, al menos en parte, a merced de la voluntad del llamado vendedor, en contra de la terminante prohibición del artículo 1.449 del mencionado Código.

Dice, además, la Sala en la primera de las Sentencias a que nos venimos refiriendo que el artículo 24 del Reglamento «exceptúa del pago del impuesto al contrato de transmisión de bienes muebles por correspondencia para cuya venta esté debidamente matriculado el vendedor», y ello, dice también la Sala, «quiere decir que esté debidamente autorizado como sucede en las Empresas contratantes». A lo cual contestamos que el argumento no es concluyente, porque

aunque efectivamente se tratase de una venta con arreglo a la legislación sustantiva, no es exacto que el citado artículo 24 diga simplemente lo que la Sala le atribuye. El texto dice bastante más, y literalmente es éste: «La transmisión por contrato de bienes muebles no exceptuados o de derechos que tengan este concepto legal y no figuren expresamente en otra disposición de este Reglamento, satisfarán, el 2,50 por 100 de su valor, excepto cuando se realice por correspondencia y ésta se limite al mero pedido de géneros para cuya venta esté debidamente matriculado el vendedor».

De esta cita completa del texto se deduce con evidencia que no basta que la transmisión se lleve a cabo epistolariamente y que se trate de bienes muebles o mercancías para cuya venta esté matriculado el vendedor; no, es además indispensable que se trate del «mero pedido de géneros», y en caso de autos, ¿cómo sostener que este requisito se da?

El argumento que acabamos de esclarecer y contradecir está contenido en la primera de las Sentencias que estudiamos, y está ampliado, en favor de la tesis de la misma, en las otras dos Sentencias, también estudiadas, de 22 de diciembre de 1955 y 22 de marzo de 1956, diciendo que en definitiva ese artículo 24 del Reglamento al contradecir lo dispuesto en la Ley, es ineficaz. El argumento literalmente expuesto es éste: «Aun admitiendo, dice la de 22 de marzo, que el precitado artículo 24, según se interpreta en el acuerdo recurrido, limita la exención al mero pedido de géneros, como quiera que lo que podía estar exento conforme al artículo 3.º de la Ley, quedaría sujeto en dicho artículo 24, en tal hipótesis de abierta pugna, el precepto reglamentario, no aclaratorio, sino evidentemente restrictivo del ordenamiento legal, no había de prevalecer».

En el caso son dos los argumentos que nos mueven, siempre con sincero respeto para la Sala, a no compartir su criterio. Es el primero y fundamental que no vemos por ninguna parte la diferencia de rango entre el ordenamiento legal y el reglamentario, y los estimamos exactamente de la misma categoría, bastando para ello tener en cuenta que ambos nacieron de la misma disposición, estatuida y promulgada por quien tiene, dentro de la legislación vigente, la facultad de dictar Decretos-leyes. El ordenamiento está contenido en el Decreto de 29 de marzo de 1941 («B. O. del E.» del 21 de abril y rectificación del 23), el que, previo un breve preámbulo, dice:

«Artículo 1.º Se aprueban los adjuntos textos, refundidos de la

Ley, Reglamento y Tarifa de los Impuestos de Derechos reales y sobre transmisión de bienes.

... ..
Así lo dispongo por el presente Decreto, dado en Madrid a 29 de marzo de 1941.—Francisco Franco.—El Ministro de Hacienda, José Larraz López.»

No parece, pues, razonablemente discutible la identidad de rango de ambas normas jurídico-fiscales nacidas de un único dictado legislativo; y aun puede añadirse que si su origen obedeciera a dictados sucesivos, pero engendrados por la misma voluntad suprema, tampoco sería posible admitir que el segundo era otra cosa que un desarrollo del contenido y del espíritu del primero, máxime cuando se trate, como en nuestro caso ocurre, de que el texto llamado legal se presta a razonada discusión o duda, y el tildado de reglamentario no hace otra cosa que esclarecerla. Para opinar en contrario sería menester, en buena hermenéutica, que la contradicción en los textos fuese literal.

Y si se dijera, apurando la tesis contraria, que la exención abarca, según la letra del tan repetido número 8.º, conforme al texto de 1941, todos «los contratos privados sobre mercancías que se verifiquen por correspondencia», contestaríamos que en virtud de lo que acabamos de razonar sobre el artículo 24 del Reglamento, está fuera de duda que la exención, según la auténtica interpretación del legislador, coetánea y nacida del mismo acto legislativo, no puede referirse a otros actos que a los referentes al «mero pedido de géneros».

Más es aún prescindiendo de tan poderosa argumentación, nos parece que el texto completo de la exención del año 41, leído con atención y objetivamente, da claramente a entender cuál es el concepto de *mercancía* contenido en el pensamiento del legislador: no es otro que el vulgar y corriente e incluso contenido en el Diccionario de la Lengua: «todo género vendible que se hace objeto de trato o venta». Dice, en efecto, aquel texto, que la exención se refiere a «los contratos privados sobre *mercancías* que se verifiquen por correspondencia y los meramente verbales que se celebren en establecimientos o sitios públicos de venta...»; de donde se deduce que el término *mercancía* está referido a esas cosas muebles preexistentes que uno almacena y vende, y otro adquiere, sea del almacenista, sea del comerciante que la expende, y no del fabricante a quien

se le encargan para que las fabrique o elabore con arreglo a características determinadas.

Así, pues, una vez hecho este sereno análisis, es lógico sostener que el contrato en discusión, de las circunstancias y complejidad con que anteriormente queda descrito, es un mero *contrato sobre mercaderías*, esto es, de adquisición de mercancías o sobre mercancías?

No; en definitiva lo que se contrató, o sobre lo que se contrató, no fueron *mercancías*, sino la elaboración o construcción de cosas muebles con el destino de entregarlas a tercero por cuenta del comitente, por el cauce jurídico de un contrato de Empresa o arrendamiento de obras.

Resta decir, para redondear el tema, que el razonamiento está hecho a base del texto de la exención en la legislación del impuesto de 1941, y que si razonáramos sobre la base de la ordenación legal actual —la de 7 de noviembre de 1947—, la solución sería, si cabe, más incuestionable, puesto que el actual número 8.º del artículo 6.º del Reglamento y el mismo número, del artículo 3.º, de la Ley, matizan la exención diciendo que para que ella se dé no han de mediar en esos contratos de venta «otros conceptos distintos sujetos a tributación», como efectivamente median, según queda ampliamente razonado.

GRUPO B)

Sentencias de 3 de abril y 3 de mayo de 1956

Antecedentes: En estas Sentencias los casos discutidos ofrecen la particularidad de estar producidos después de estar vigente la actual legislación, o sea, la Ley y Reglamento de 7 de noviembre de 1947, con la consiguiente consecuencia de estar en vigor no solamente el número 8.º de los artículos 3.º de la Ley y 6.º del Reglamento, sino también el artículo 24 de este segundo texto.

Es de notar asimismo que los contratos discutidos eran de gran cuantía y alguno de extraordinario volumen económico, tanto que se aproximaba a los 16 millones de pesetas, lo cual, si bien no afecta a la sustancia del problema, sí demuestra que en la contienda se ventilaban muy cuantiosos ingresos del Tesoro, y conduce también

a que las decisiones que se tomen al resolverla sean serenamente meditadas, cualesquiera que sean los antecedentes jurisprudenciales existentes en casos similares.

Los antecedentes concretos comunes a los casos objeto de nuestro examen, aparte de tratarse de convenciones solemnizadas por correspondencia epistolar, consisten en pedidos de maquinaria no fabricada en el momento de cerrarse el convenio, en algún caso con el aditamento de tener que reunir características especiales, y, por añadidura, con largos plazos de entrega y estipulación también de plazos para el pago.

Añadiremos a esos sucintos antecedentes que las dos Sentencias aludidas llegan a la conclusión de que se trata de contratos de venta de mercaderías entre comerciantes e industriales, celebrados por correspondencia, y exentos, por lo mismo, a tenor del citado número 8.º, de los artículos 3.º de la Ley y 6.º del Reglamento de 1947.

Para sentar esa conclusión dice la de 3 de abril que no es obstáculo el haber pactado plazos de entrega de los aparatos, ya que el pedido se hizo con vista del catálogo correspondiente y podrían estar prefabricados; con cuyo alegato desecha la posible calificación del acto como contrato de ejecución de obra sometido a la tarifa de «muebles» por el artículo 18 del Reglamento; y la de 3 de mayo es, aún más categórica al acoger la exención; pues dice que no es dable prescindir de su aplicación «a pretexto de que en las cartas se señalaban determinadas características a los aparatos de cuya venta se trataba, plazos de entrega, etc.», ni tampoco alegar, consiguientemente, que «la correspondencia no se limitó a la oferta o pedido de géneros prefabricados, como exige el artículo 24 del Reglamento del impuesto, y dejar de aplicar la exención al contrato de autos, pues, cual ya tiene reiteradamente declarado esta Sala, el precepto mencionado por su carácter reglamentario no puede limitar, condicionándola, la exención clara y terminante otorgada en el número 8.º del artículo 3.º de la Ley».

Comentarios: Después de lo que anteriormente hemos razonado al referirnos al primer grupo de Sentencias, poco necesitamos añadir para refutar —siempre con el debido respecto— las teorías de las que ahora estudiamos. Aquellos razonamientos, en cuanto espigan y se apoyan en nuestro Código sustantivo, conservan todo su vigor

frente a los dos pronunciamientos, y lo acrecientan ante el texto de la exención en la vigente legislación del Impuesto, que es la que la Sala aplicó en dichas dos Sentencias.

Efectivamente, no es posible pasar por alto la adición que el tan repetido número 8.º hace al del texto de 1941 matizándola y condicionándola, diciendo que tales contratos de venta gozarán de la exención «siempre que no concurren en ellos otros conceptos distintos sujetos a tributación».

Y esto supuesto, cuando los aparatos no están fabricados previamente y se señalan plazos de entrega, y, sobre todo, cuando se conviene que han de reunir características especiales distintas de las que reúnen los que el fabricante produce normalmente y ofrece en sus catálogos, esto es, comprometiéndose a construirlos, poniendo en ello, como es consiguiente, su técnica, sus materiales y su trabajo o mano de obra, ¿cómo desconocer que estamos de lleno ante un *contrato de Empresa*, o de «obras por ajuste o precio alzado», según la nomenclatura del Código civil, es decir, ante la previsión del tan repetido número 8.º que impide aplicar la exención a los contratos por correspondencia «siempre que concurren en ellos otros conceptos sujetos a tributación»?

El otro aspecto del problema es el de la vigencia y fuerza del inciso del artículo 24 del Reglamento vigente cuando manda que la exención se aplique exclusivamente al «mero pedido de géneros»; y sobre ello la Sala reitera, según dejamos dicho, la no vigencia de ese inciso reglamentario por la razón de que no está inserto en la Ley de 1947, que es la aplicable al caso, y de consiguiente, el Reglamento, dado su inferior rango, no pudo establecer restricciones no contenidas en aquélla, con fuerza de obligar.

En cuanto a tal extremo y para evitar repeticiones, nos remitimos al razonamiento anteriormente expuesto, al comentar las Sentencias del primer grupo, insistiendo en que la categoría y rango de ambas ordenaciones son idénticos por estar sancionadas y promulgadas en el mismo Decreto, en términos análogos, por no decir iguales, al de 29 de marzo de 1941, antes mencionado, que aprobó la legislación de esa fecha. Tal Decreto está firmado en El Pardo, a 7 de noviembre de 1947, y publicado en el «Boletín Oficial del Estado» de 10 de febrero de 1948 y anexos al mismo de 11 al 23 del mismo mes.

LA REDACCIÓN