

Reales Disposiciones sobre Registradores de la Propiedad (siglos XIII-XIX). Estudio preliminar, presentación y notas por D. Luis María CABELLO DE LOS COBOS Y MANCHA. Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España. Centro de Estudios Registrales. Madrid, 1998. 363 páginas.

MENÉNDEZ PIDAL en la *Introducción a la Historia de España*, de Espasa Calpe, titulada *Los españoles en la historia*, decía que los hechos de la historia no se repiten, pero el hombre que realiza la historia es siempre el mismo. De ahí la eterna verdad *¿Quid est quod fuit?, ipsum quod futurem est*, esto es, lo que sucedió no es sino lo mismo que sucederá: lo de hoy ya precedió en los siglos.

Sin embargo, el propio MENÉNDEZ PIDAL atenúa decisivamente estas afirmaciones, en función de su fidelidad a la realidad histórica. Advierte que toda cualidad es bifronte, raíz de sus resultados positivos o negativos, según el sesgo que tome y la oportunidad en que se desenvuelve. Aún los caracteres de más permanencia no obran necesariamente, pues que aparezcan en la mayoría de un pueblo no quiere decir que determinen siempre la acción, ni que en circunstancias especiales no puedan quedar relegados a minoría.

Además, verlos mantenidos a través de los siglos no significa que sean inmutables. No se trata de ningún determinismo somático o racial, sino de aptitudes o hábitos históricos que pueden y habrán de variar con el cambio de sus fundamentos, con las mudanzas sobrevenidas en las ocupaciones y preocupaciones de la vida, en el tipo de educación, en las relaciones y en las demás circunstancias ambientales.

Y sobre todo, porque como literalmente se ha expresado tantas veces, «el ayer será maestro y avisador para mañana». Tal es el designio pretendido por CABELLO DE LOS COBOS en esta espléndida monografía que recoge minuciosamente y con toda paciencia las Disposiciones sobre El Registro de la Propiedad en una particular visión, desde la lontananza, y perpetuo retorno a las fuentes, tan relevante como indispensable, a la hora de recogerlos sobre nosotros mismos para hacer una reflexión sobre el presente y futuro de la Institución, así como su extensión a otros particulares en constante servicio a los ciudadanos de prestación de garantía y transparencia de las relaciones jurídicas que alojan sus intereses.

Se hace eco de la Excm. Sra. Ministra de Justicia en la presentación del libro y lo recoge igualmente el Excmo. Sr. Decano-Presidente del Colegio de Registradores Sr. Pau Pedrón en el prólogo al mismo, destacando este último que el Autor ha sabido combinar las normas generales con los documentos personales (nombramientos personales, asientos sobre bienes concretos, etc.), incorporados en un extenso estudio en que aparecen debidamente glosados.

Esta labor específica cobra particular interés desde el momento en que ofrece una visión de las instituciones desde el punto de vista dinámico de su funcionamiento y la vivencia de las circunstancias crónicas y tópicas según se producen, frente a lo que sucede frecuentemente que cuando volvemos sobre

la vida pasada e intentamos contarla, lo hacemos desde una perspectiva actual y esto es precisamente lo que falsea la realidad. Tendemos a ver la vida pasada desde su resultado, y cada época, fase o momento de la vida tiene significación por sí misma, con lo que tiene de anticipación, pero independientemente de aquello a que realmente ha llegado, y así hasta el infinito, con una colosal evacuación de la historia entera.

Por ello resulta preciso, en la medida de lo posible, evocar el pasado reconstruyendo, no ya la circunstancia en que aconteció, sino sobre todo él yo y el quién lo realizó y a quien le pasó eso que ha de contarse. Si no se consigue hacerlo, todo se convierte en una falsificación, en una suplantación del que fue, del que ha ido siendo, por la idea más o menos acertada del que escribe.

De ahí que esta textura ordenada de documentos presente la importancia de una investigación de base, con renuncia a particulares lucimientos, en una suerte de ascetismo intelectual, en que las fuentes se producen en toda su frescura para servicio de ulteriores investigaciones, y mejor que nadie CABELLO DE LOS COBOS, que puedan ir desvelando aspectos más parciales y sectoriales, verdadera historia íntima y realista de las instituciones, que nada son sino a través de sus vivencias y efectivo funcionamiento.

Y decimos que nadie mejor que él porque sabe combinar todas las fuentes posibles. Estamos acostumbrados a investigadores mancos, incapaces de abordar una materia en su complitud y no sólo desde la óptica miope de una única disciplina. El, por el contrario, acude igualmente al Derecho Castellano que al Canónico, que a los distintos Fueros, o a lo que sea relevante, si contiene aspectos interesantes para la Institución Registral porque ésta, como casi todas, no es fruto de una sola influencia químicamente pura, sino de la acumulación de experiencias, tanto más rica y provechosa, cuanto mayor sea la acumulación.

He aquí todo un diseño metodológico de atalayas, cauces, pistas, y en definitiva, otros tantos laboratorios, que se ofrecen a los investigadores, y yo diría, que se brinda particularmente a jóvenes Registradores, entre los que se cuenta por supuesto CABELLO DE LOS COBOS, que ha tenido el mérito de trazarlo, para que puedan ir desentrañando todo un pasado de vital importancia, desde el que arrancar consolidadamente para un desenvolvimiento práctico, eficaz y decisivo del Registro de la Propiedad, en la delimitación y desarrollo del importante papel que está llamado a desempeñar, cada vez más amplia y necesariamente, en función de la garantía y transparencia de los intereses sociales, del ciudadano y la sociedad.

Pero entremos en detalle porque el estudio se estructura en torno a tres puntos fundamentales. Uno, y el más interesante, definido como Precedentes históricos de la publicidad Registral. Para CABELLO DE LOS COBOS, es lugar común denominar apariencia jurídica a la protección registral y, aunque ello sea un simple postulado terminológico, recoge una serie de precedentes que abonan la teoría de que esa publicidad registral no es «apariencia» en sentido estricto, sino lo contrario, es decir, publicidad registral como publicidad natural de los derechos reales.

En esta primera parte de antecedentes recoge la *Publicidad concejil*, que se manifiesta a través de instituciones tan conocidas como la robración, el pregon y la pesquisa, y las cartas y testigos. En ellos, la explicación de su contenido se ilustra con textos y ejemplos, elegidos con acierto por ser particularmente significativos de lo que se quiere expresar.

Le sigue la *Publicidad y repoblación*, apartado en que se trata de los Libros de Repartimiento y el Libro Becerro de Behetrías. Estos son quizás los aspectos más breves, pero imposible de tratar más extensamente en el estrecho marco de un estudio, pero ahí aparecen insinuados, como invitación para intensos estudios porque se trata de una beta riquísima, no explorada suficientemente, a pesar de la existencia de interesantes monografías históricas, a las que una visión jurídica de las ya aparecidas y de otras por descubrir completarían una parte importante de nuestra historia y una explicación de situaciones actuales, todavía dependientes.

Completa por fin esta primera parte del estudio lo que el autor llama *División de la jurisdicción*, porque la pluralidad de medios de publicidad inmobiliaria es resultado, durante el Antiguo Régimen, de la diversidad de jurisdicciones y del distinto régimen jurídico del bien, según la condición pública o privada de su titular, e incluso por el origen de su concesión.

Siguiendo esta pauta distingue: *bienes eclesiásticos*, donde recoge una extensa lista de testimonios o ejemplos de Tumbos, Cartularios, Becerros, Libros, etc., que constituyen preciosos filones de información y aprovechamiento investigador; *bienes comunales*, en que relata algunos ejemplos sobre el particular; y *bienes reales*, donde aparecen las manifestaciones más importantes de la registración, entre ellas la definición contenida en la Partida III, Título XIX, 8, expresiva de que:

«Registradores se dicen otros escribanos de la casa del Rey puestos para escribir las cartas en libros llamados registros, hechos para conservar la memoria de ellas, y para que en los casos de que se pierda o rompa el original, o su letra se deshaga por vejez u otra causa, o se dude de ella por estar rayada o en otro modo, se puedan cobrar las pérdidas, renovar las viejas, cesar las dudas y sospechas de ellas, y probar, en caso de darse alguna indebidamente, quién la dio y de que modo. Deben estos registradores escribir las cartas lealmente según son, sin quitar o añadir cosa alguna, sin mostrar su registro sino al notario, sellador o juez que lo necesite para cosa de su oficio; y han de hacerlo por meses para saber lo registrado en cada uno y lo hecho en todos al fin de año.»

Pero también trata de contadores, recogiendo textos de las Reales Ordenanzas de La Coruña (1554), del Pardo (1568), y de la Nueva Recopilación. Una vez trazados estos aspectos orgánicos de Derecho público, recoge manifestaciones importantes con relación a los bienes privados, distinguiendo los que cumplen al dominio en su doble vertiente de donaciones y compraventas, y las cargas.

A partir de aquí la exposición se desgrana en tres aspectos relativos a la seguridad del derecho, seguridad del tráfico jurídico y seguridad de ambos a la vez, para cerrarse con unas conclusiones, , todo ello acentuando, más que las disposiciones *strictu sensu*, los Libros Registros que se abren para asegurar los derechos y facilitar la prueba judicial. Dan fe de su contenido y son oponibles frente a terceros. Vuelven a aparecer los Libros de Repartimiento y, con ellos, nuevas posibilidades y betas de investigación en el sentido antes apuntado. Si bien aquí se amalgaman con disposiciones más modernas como son Reales Cédulas, Reales Ordenes y Decretos de épocas más modernas.

En la segunda parte del estudio se recogen todos los preceptos de la Ley Hipotecaria de 1861 y, por fin en la tercera, vuelven a aparecer importantes documentos con relación a los Tumbos, Beceros y Cartularios, Libros de Repartimiento, recogiendo ejemplos de los de Murcia, Alpujarras, etc., y diferenciando los asientos, censos perpetuos y redención de los mismos, así como los Libros de Datas y la publicidad civil de los mayorazgos, con lo que la exposición extiende la ocasión investigadora a instituciones sustantivas tan importantes como por ejemplo los censos, que hoy equivocadamente se entienden en franca regresión cuando lo cierto es que están necesitados de un estudio a fondo que permita su aplicación a las necesidades de la vida moderna, desde la óptica de su revisión profunda, pero también del aprovechamiento de sus incontables posibilidades.

La importancia de toda esta materia no se basa exclusivamente en los comentarios salpicados de CABELLO DE LOS COBOS que menudean alrededor de los textos iluminándolos de significado, sino también en que constituyen auténticos formularios de modos de proceder que dan idea exacta del funcionamiento en la vida real de los distintos aspectos registrales.

A partir de aquí la obra se detiene en numerosas disposiciones reales, entre las que destaca la materia relativa a las manos muertas y a la desamortización, aspecto de necesaria consideración en cualquier temática registral, toda vez que numerosas situaciones dominicales y de derechos reales relativos tienen su origen en este condicionamiento. Termina con la exposición literal de la Instrucción de 27 de diciembre de 1799 sobre Venta de fincas, adicional a la de 29 del enero del mismo año, para la ejecución uniforme de la siete Reales Decretos de 19 de septiembre del año anterior que constituyen otros tantos filones de tarea investigadora.

La obra por tanto, además, ofrece el mérito de haber elaborado una sistemática histórica de las distintas manifestaciones registrales. Como tal estructura se resiste a los acontecimientos históricos en cuanto ellos se suceden secuencialmente según criterios cronológicos o de otra índole que pondrán de relieve los historiales, y así, una vez más, aparece la eterna dialéctica entre los historiadores no juristas y los juristas no historiadores. Podrá argüirse que los hechos se organizan en torno a una idea ordenada de instituciones y no de la realidad que sucedió, con todos los acaecimientos, avances y retornos en dispar cronología, pero, como al principio decíamos, se trata de establecer una suerte de plataforma desde la que retrocediendo o retranqueándonos al pasado, podamos tomar impulso para proyectarnos dando un salto hacia un futuro pleno de logros y posibilidades de servicio a la sociedad, desde el prisma registral. En este sentido, la dedicatoria a Su Alteza Real Don Felipe de Borbón y Grecia, Príncipe de Asturias con que se inicia el libro, se revela como un presagio lleno de esperanzas.

MANUEL MEDINA DE LEMUS
Profesor Titular de Derecho Civil

LASARTE ALVAREZ, CARLOS. *Principios de Derecho Civil* Tomo VII, «Derecho de Sucesiones». Editorial Trivium. Madrid, 1998. Un tomo de 446 págs.

Desde 1992 en que apareció el primer tomo de esta obra, dedicado a la parte general y personas, hasta ahora en que sale ya el último tomo con las

sucesiones, han transcurrido tan solo seis años escasos; y en ese breve período de tiempo ha dado cima el autor a esta tarea, terminando un tratado completo de Derecho Civil.

El autor, Profesor Lasarte, Catedrático y Director del Departamento de Derecho Civil de la UNED, Vocal de la Comisión General de Codificación y Consejero de nuestra Revista, ve cumplido el propósito que se planteó al iniciar la obra y con ello ha acabado de proporcionarnos una visión completa de las relaciones de Derecho privado español, con la normativa que las rigen, la jurisprudencia que aplica ésta y la doctrina que la interpreta.

Y el Derecho sucesorio supone precisamente la culminación del total entramado de relaciones patrimoniales de una persona en cuanto que, tras la muerte, hay que resolver el conjunto de sus actuaciones vitales, habiendo de dar a ese patrimonio el destino más adecuado en relación con las otras personas que han de sucederle. No se trata de ponernos trascendentes, sino, simplemente, constatar una realidad ineludible: la persona nace y muere y las cosas permanecen y hay que darles su destino.

Desaparecida ya, por quimérica e irrealizable, la tesis comunista de que los bienes del difunto habrían de pasar al omnipotente Estado, la experiencia histórica avala la admisión con carácter general de unas reglas de sucesión *mortis causa* de tinte privado, aunque sean múltiples y variadas a lo largo de la Historia las formas de organización del fenómeno.

Nuestro sistema sigue las líneas clásicas de conexión entre propiedad y herencia. En la regulación del Código, la sucesión hereditaria se configura como un corolario de la preexistencia de la propiedad privada y en definitiva se identifica con su transmisión *mortis causa*. La Constitución española sigue la misma línea de reconocer unidas la propiedad y la herencia.

A lo largo de veinticuatro capítulos, el Profesor Lasarte nos expone la materia, empezando por resaltar la naturaleza jurídico-privada del Derecho sucesorio, de modo que prima en su regulación la voluntad del causante, el cual ordena lo pertinente que ha de hacerse *post mortem* mediante su testamento; la ley, por su parte, puede limitar esa voluntad mediante la institución de las legítimas, y suplirla, si falta, mediante las normas de la sucesión intestada.

De acuerdo con esta sistemática, el libro se divide en seis partes, dedicando la primera a exponer las ideas generales sobre el Derecho de sucesiones, comprendiendo los problemas generales de la capacidad para suceder, que se pueden manifestar en los supuestos de incapacidad propiamente dicha o de indignidad; se estudian también los casos en que el llamado en primer lugar no llega a heredar, pasando la vocación a otros por el derecho de transmisión, el de acrecer o la representación.

La parte segunda se dedica a la sucesión testamentaria, donde el autor trata con la extensión que merece la figura del testamento, eje central y ley de la sucesión, ya que el causante expresa en él, de modo unilateral y personalísimo, su voluntad acerca de lo que se ha de hacer para después de su muerte. El respeto a esa voluntad hace que el Código revista a su expresión de unas solemnidades de tan estricta formalidad que si falta alguna de ellas el testamento decae nulo; en el libro se exponen dichas reglas formales de carácter general y las que se aplican a cada uno de los testamentos comunes y especiales. Las formalidades, se apuran en el testamento ológrafo, para asegurarse de si contiene o no la verdadera voluntad del testador; quizá en el célebre y conocido caso de Matilde y Pacicos, el Tribunal Supremo se dejó

llevar por el apasionamiento que delataba y transformó una dulce carta de novios en algo tan opuesto, por prosaico y tétrico, como un testamento. El libro recoge la sentencia y cita también otra en la que, por el contrario el mismo Alto Tribunal no dio válida como disposición testamentaria a una carta firmada solo por «vuestra tía Mariana», quizá porque no mediaban parecidas circunstancias de amor ardoroso.

A continuación se estudia en el libro la doctrina de la institución de heredero, contenido del testamento que consiste en determinar quien o quienes suceden al causante en sus derechos y obligaciones y cuya cláusula es susceptible de una gran variedad de supuestos, respondiendo a la voluntad del testador en cada caso concreto; así, puede establecerse la sucesión total o parcial, puramente o bajo condición, a término o sujetándola a modalidades especiales. Tales son las llamadas sustituciones hereditarias en sus diversos tipos.

La sustitución fideicomisaria, uno de ellos, es una figura extraña que consiste en que el heredero en primer lugar queda vinculado a la obligación de conservar los bienes y pasarlos después a un tercero, tal como lo regula el artículo 781 del Código. El Profesor Lasarte acude aquí a un texto de Alonso Martínez donde éste explica por qué, al redactarse el Código, no se siguió la idea de la prohibición absoluta que se contenía en el Proyecto de 1851.

Con el estudio de la sucesión a título particular, o sea de los legados y sus modalidades, y de la figura del albacea como intérprete y ejecutor del testamento, termina esta amplia segunda parte que hemos resumido.

La tercera parte del libro estudia, a lo largo de cuatro capítulos, la sucesión forzosa o de las legítimas. Aquí, de nuevo, el autor, para mejor información, nos transmite otro texto de ALONSO MARTÍNEZ donde refleja las tirantes discusiones que se produjeron sobre este punto al redactar el Código, lo que condujo a la fórmula transaccional de dividir el caudal del padre en tres porciones, de legítima, libre disposición y destinando la tercera «a la sabia institución de las mejoras». Todo el sistema legal de las legítimas, la preterición, la desheredación y las reservas es claramente expuesto por el autor, que otra vez más acude a ALONSO MARTÍNEZ para explicarnos la *ratio iuris* justificativa del extraño artículo 811 que tantos pleitos y quebraderos de cabeza proporciona en la práctica.

Las regiones forales tienen unos sistemas legitimarios propios, con grandes peculiaridades, que se reflejan detalladamente en el libro.

Cuando falta el testamento o se declara nulo y en los demás supuestos que señala el artículo 912 Código Civil tiene lugar la sucesión intestada, que el Profesor Lasarte estudia en la cuarta parte del libro, analizando los llamamientos según las clases de parientes, sus órdenes y grados, para acabar en el Estado... o en las Comunidades Autónomas, que se han apresurado a autollamarse en sus leyes especiales.

En el capítulo 17 de esta misma cuarta parte, el autor estudia, como otras formas de sucesión, la contractual, muy restringida en el régimen común por el artículo 1271 y claramente admitida en varias regiones de Derecho Foral, que se analizan. La llamada sucesión vinculada, sobre todo, en la figura del mayorazgo, ya no tiene razón de ser; si acaso puede tener alguna vitalidad en la sucesión en los títulos nobiliarios, que ha motivado abundante y contradictoria jurisprudencia en los últimos tiempos. Por último el Profesor Lasarte recoge las sucesiones especiales en las explotaciones agrarias, que se regularon de un modo un tanto peculiar y poco claro en la Ley de Reforma y Desarrollo Agrario y el Estatuto de la Explotación Familiar, pero que ahora

se rige por la Ley de Modernización de Explotaciones Agrarias con remisión a la legislación común.

En la parte quinta se trata de la adquisición de la herencia, fase en la que se realiza la sustitución del causante por el heredero en todos los derechos y obligaciones de aquél. Este último punto supone que se deben dejar al heredero las posibilidades de optar por la aceptación, sea pura y simplemente, o hacerlo a beneficio de inventario o, naturalmente, por renunciar a la herencia. Así lo estudia el autor, con una visión completa de las cuestiones que se pueden plantear.

Y en la parte sexta, que es la última del libro, se contempla la participación para el caso de que haya varios herederos y que puede realizarse, como sabemos, por el propio testador, por el contador-partidor y por los propios herederos y, en último término, y a falta de acuerdo, por la vía judicial o arbitral.

Con el detalle de las sucesivas operaciones de la partición, desde el inventario hasta la adjudicación de los lotes, acaba la exposición de este Derecho sucesorio, con lo que también se ha terminado totalmente la obra.

Este tomo sigue la misma línea de los anteriores, con una exposición clara en cuanto se dirige a los estudiantes, pero también con un análisis profundo de las cuestiones para cuando los temas han de ser vistos por los profesionales. Y atendiendo también a quienes quieran profundizar y ampliar aún más, en la portada de cada capítulo se nos proporciona una completa bibliografía.

Tomo a tomo hemos ido detallando la obra del Profesor LASARTE; y ahora hemos de considerar ya todo el conjunto como un perfecto y completo tratado de nuestro Derecho civil vigente, puesto al día y comprensivo de toda la legislación, la jurisprudencia y la doctrina; será sin duda un buen instrumento no sólo para los estudiantes, sino más bien para los profesionales juristas. Enhorabuena al autor, por haberle dado cima.

FRANCISCO CORRAL DUEÑAS

GALLEGO DOMÍNGUEZ, IGNACIO. *Responsabilidad Civil Extracontractual por daños causados por animales*. Prólogo del Profesor José Manuel González Porras. Juan Bosch, editor, Barcelona, 1997. Un tomo de 331 páginas.

La obligación de reparar el daño producido, que es consecuencia del tradicional principio del «alterum non naedere», se ha venido reconociendo y aplicando desde los tiempos más antiguos hasta la actualidad y admite una modalidad especial cuando el daño se causa no por el hombre sino por los animales. Teniendo en cuenta que estos son irresponsables, también desde tiempos pretéritos se trasladó esa reparación de los daños causados a sus dueños o a las personas a quienes estaba conferida su custodia. Así aparece ya en las XII Tablas.

Esta parcela de la responsabilidad extracontractual y extrapersonal es la que se desarrolla en el presente libro, a cuyo autor, Profesor de la Facultad de Derecho de la Universidad de Córdoba, ya tuvimos ocasión de presentar en estas páginas al comentarle su Tesis Doctoral sobre las parejas no casadas y sus efectos patrimoniales, libro que fue editado por nuestro Centro de Estudios Registrales. Como si se tratase de otra Tesis, con gran rigor y excelente información, escribe este libro el Doctor Gallego Domínguez, que se muestra, como lo es, hombre preparado, serio y trabajador.

Pese a su juventud, ya ha dado suficientes frutos. No hay más que ver la larga lista de trabajos que ha realizado y que cita el Profesor GONZÁLEZ PORRAS en su prólogo, que sí he leído, aunque se diga que los prólogos son aquello que se escribe después del libro, se pone antes y no se lee ni antes ni después. Por cierto que éste me ha gustado lo suficiente como para haber estado tentado de limitarme a reproducirlo, dando con eso por terminado el comentario; pero mi obligación es hacer la recensión propia, que cumplo con mucho gusto y más teniendo en cuenta la afectuosa dedicatoria personal del autor.

Antes de entrar en el tema central de la obra, el autor nos plantea, a título introductorio, cómo trata el Derecho a los animales. Son objeto de derechos, como bienes muebles que son; pero, dentro de éstos, tienen vida y autonomía propia; son seres animados, semovientes, por lo que están dotados de una situación que comporta ciertas singularidades. El Ordenamiento jurídico los protege y se ocupa de ellos en variadas ocasiones, siendo una de ellas, y muy importante, la que el libro contempla, o sea la responsabilidad por daños causados por éstos.

En el capítulo 2.º el libro ya entra en el estudio de este aspecto, diciéndonos que la capacidad de movimiento unida a la irracionalidad de los animales dan origen a la posibilidad de que causen daños y ésta es la razón de que tanto en el Derecho histórico como en el actual se haya regulado esta cuestión en los distintos cuerpos legales.

En nuestro Código Civil hay dos preceptos que se ocupan principalmente del tema. El artículo 1.905 es aplicable a los daños causados por los animales que están bajo la posesión del hombre, consagrando un verdadero supuesto de responsabilidad objetiva. El artículo 1.906 se aplica a las piezas de caza que deambulan más libremente, originando una responsabilidad que se basa en la culpa nacida del principio general del artículo 1.902 del propio Código.

El capítulo 3.º del libro se dedica al estudio, muy pormenorizado, del citado artículo 1.905, de aplicación, como hemos dicho, a los supuestos de daños causados por animales que se encuentran bajo la posesión de hecho del hombre, incluso cuando ésta haya cesado por pérdida, extravío o abandono. Tras una visión amplia de los precedentes históricos romanos y patrios se entra en la fundamentación del precepto, diciéndonos el autor que se trata claramente de una responsabilidad objetiva, constituyendo este supuesto uno de los pocos en que el Código Civil la acoge expresamente. Como presupuesto para que juegue esta responsabilidad, el autor recogiendo la jurisprudencia del Tribunal Supremo señala que el reclamante de la indemnización por el daño debe probar éste, el nexo causal entre el hecho y el daño y la posesión o dependencia del animal respecto al demandado, puntos que se estudian detalladamente, con abundancia de normativa, doctrina y jurisprudencia para determinar el alcance de la responsabilidad del poseedor, los posibles casos de exoneración y el alcance de los daños a reparar.

En el capítulo 4.º se estudian los daños causados por la fauna cinegética silvestre. El mundo de la caza supone un fascinante y distinto «universum» que apasiona a sus aficionados y que ha sido objeto de abundante regulación. Actualmente ha recibido la inyección de la protección a la naturaleza y se han multiplicado las reglamentaciones tanto nacionales como autonómicas. El autor hace una minuciosa recopilación de estas normas, que habrán de tener muy en cuenta tanto los cazadores como los dueños de fincas dedicadas a la caza.

En lo que se refiere al punto concreto que nos interesa, o sea la responsabilidad de estos animales cinegéticos, el autor analiza el artículo 1.906 que,

como es sabido, hace responder del daño causado por la caza en las fincas vecinas al propietario de la heredad cuando no haya hecho lo necesario para impedir su multiplicación o haya dificultado la acción para perseguir a los animales dañosos. En términos parecidos se establece en la Ley de Caza, cuyos preceptos sobre el particular también se explican. Los supuestos de hecho son variadísimos y el Doctor Gallego Domínguez los clasifica y estudia, recogiendo además una abundante normativa autonómica y una numerosísima relación de sentencias que iluminan este mundillo que no hemos dudado en calificar de apasionante.

El capítulo 5.º se dedica a los daños causados por la fauna silvestre no cazable. Esta última goza actualmente de una protección especial bajo el paraguas del ecologismo, que se extiende de modo universal, y por ello se está regulando en convenios y normas internacionales y supranacionales, que en el libro se recogen y relacionan. No obstante, junto a esas normas de protección a la fauna silvestre, se regulan, como es natural, algunas medidas para evitar los daños que estos animales pueden producir.

El autor estima que los daños originados por estas especies deberán ser indemnizados por la Administración competente en materia de protección a la naturaleza y del medio ambiente, por varias razones; en efecto, si se trata de proteger a estas especies, los que sufran los daños no pueden acudir a otros en petición de reparación; se trata de una política de la Administración y por ello solo imputable a los poderes públicos. Tanto el Estado como las Comunidades Autónomas ya han reconocido esta responsabilidad en varias disposiciones referidas en concreto a los daños causados por los lobos y los osos pardos, que el autor recoge.

Con una exhaustiva relación de sentencias de Audiencias, Tribunales Superiores de Justicia, Tribunal Supremo y Dictámenes del Consejo de Estado y una completa bibliografía se completa este libro que, repetimos, ha sido elaborado con gran esmero, cual si se tratara de otra nueva Tesis Doctoral del autor, al que nuevamente felicitamos, animándole a que siga en su tarea.

FRANCISCO CORRAL DUEÑAS

COLINA GAREA, RAFAEL: *La función social de la propiedad privada en la Constitución española de 1978*. José María Bosch, editor, Barcelona, 1997. 427 páginas.

Al iniciar la lectura, buscaba en el libro de RAFAEL COLINA, un punto de vista integral, una visión teórica del fenómeno diario y persistente que asedia a los profesionales del Derecho privado sobre la proliferación de límites y sujeciones al propietario particular, límites, que con frecuencia se desarrollan al margen del título individual, y que actúan respecto del derecho subjetivo como auténticas cargas ocultas que complican el tráfico y perturban la seguridad y transparencia deseable en los mercados.

Traza el profesor COLINA la evolución de la doctrina del derecho de propiedad desde sus contemporáneos arranques liberales hasta su constitucionalización por la Carta Magna de WEIMAR de 1919.

Perfila la concepción liberal del derecho de propiedad como aquella en que se pone acento, casi exclusivo, en el carácter absoluto del poder del propietario, como barrera a las limitaciones de los poderes públicos del Antiguo

Régimen, fundamentalmente, las limitaciones a favor de nobles, señores, aristocracia, instituciones eclesiásticas... Frente a tan concreta situación de gravamen, el prolongado trabajo de la propiedad liberal consistió en su emancipación completa de todo dominio eminente.

Ello supuso, la relegación, o el olvido del carácter subordinado del derecho de propiedad a las exigencias sociales, pero también, dejó aflorar profundos problemas como las crisis financieras o los problemas sociales.

Más el olvido de la subordinación del dominio a superiores limitaciones sociales, tal vez quedara justificado por el propio carácter particular que tomaron esas limitaciones. El orden liberal luchaba contra cortapisas que redundaban no en beneficio de toda la comunidad, idea inconcebible en una sociedad estamental, sino en beneficio de particulares con jurisdicción, es decir, con poder público: tales fueron señores, instituciones eclesiásticas, etc.

Llama la atención entre los rasgos que señala COLINA, el de la concepción del derecho de propiedad por el iusnaturalismo, como un derecho *previo* al Estado y el divorcio y absoluta separación entre la esfera pública y la privada.

Todas esas notas, a lo largo del libro se transforman y modulan para aparecer con diversos rostros, pero nos interesa retener, en especial, las señaladas, porque sus contenidos aparecerán posteriormente con vestiduras nuevas, a cuya recepción doctrinal se le atribuye la nota de la innovación. Así podremos ver, como, de nuevo, el contenido esencial del derecho se alza como una barrera ante la potestad del legislador.

Del mismo modo, las tendencias iusnaturalistas que sitúan al derecho de propiedad como previo al Estado serán fácilmente identificables en la doctrina de nuestro Tribunal Constitucional acerca de la reconocibilidad que ha de manifestar el elenco de facultades que integran el contenido esencial de cualquier tipo de derecho subjetivo para que se predique del mismo su encaje en el tipo descrito.

Pero las disfunciones del absolutismo dogmático liberal no pudieron ocultar las crisis financieras y los problemas sociales de modo que, de la confrontación que tales problemas causó, surgió la solución de compromiso de la Constitución de WEIMAR, en cuyo artículo 153 se proclama «... *La propiedad obliga. Su uso debe servir al bien de la comunidad*». Al tiempo, se constitucionaliza por primera vez el derecho privado.

Tal constitucionalización, operada en nuestro derecho por la Norma Fundamental de 1978, obliga, a su vez, a una revisión del Código Civil. De esta revisión surge la conciencia de que la propiedad pasa de ser un derecho excepcionalmente limitable a uno que es limitable normalmente. Por otro lado, el derecho del Código Civil se ha convertido en derecho residual. Expresión, que al menos superficialmente, no deja de inquietar.

La descripción de esta evolución, tiene, sin embargo, a juicio de este comentarista, algunos contornos que se apartan de la evolución real. La paradigmática fórmula del artículo 348 del Código Civil recoge ya el carácter bipolar del instituto, su naturaleza de poder limitable. Por eso, dando a cada uno lo suyo, no podemos decir que el Código recogiera una visión unilateral del instituto, del mismo modo que cabe reconocer a la Constitución y a la moderna doctrina la sistematización y descripción general del funcionamiento de la función social como un momento esencial del mismo derecho de propiedad privada.

La proliferación de limitaciones legales al propietario hace surgir la conciencia de que el liberalismo los había relegado a un segundo plano. La tarea de nuestro tiempo, acometida con brillantez por COLINA, ha consistido en

arrojar luz sobre la íntima mecánica y la unidad integradora del principio de la función social.

El desarrollo de esta conciencia arranca de la extensión de la doctrina del abuso del derecho y termina en el poder configurador de la función social como principio capaz de imponer deberes y limitaciones al propietario. Vínculo éste, que no arrancaría de una esfera ajena y superior al derecho individual de propiedad privada, sino de la intimidad de su contenido, cuya concepción quedó transformada por la Constitución de 1978.

Fueron las doctrinas socialistas, las que impusieron la templanza del individualismo extremo que la propiedad recibió de los impulsos de la Revolución o de las revoluciones liberales, para conducir de un derecho de propiedad que era exclusivo del propietario, a un *derecho compartido* con los intereses sociales de la colectividad globalmente considerada.

La proliferación de los deberes legales del propietario viene acompañada de la diversificación de los regímenes jurídicos dominicales, la cual, sin embargo, no compromete la unidad conceptual de la propiedad privada, representada por su caracterización como el más amplio poder que se puede tener sobre las cosas. La diversificación introducida por el principio de la función social encuentra su contrapeso en el límite del contenido esencial que deberá respetar el legislador ordinario a la hora de acometer operaciones de regulación delimitadora del contenido de la propiedad privada.

Estudia profundamente COLINA el influjo de las transformaciones en la concepción constitucional de la propiedad privada sobre el paradigma del derecho subjetivo, que como tópicamente admite la doctrina, descansa sobre el derecho de propiedad.

La búsqueda del resultado lleva al autor a presentarnos en estado puro los extremos opuestos del problema, cada uno de los cuales condena al otro a la inexistencia. Así para DUGUIT la categoría del derecho subjetivo es metafísica, ya que el núcleo de la propiedad es su carácter de función social que obliga al propietario a usar la propiedad con arreglo a su destino. El propietario se convierte en mero funcionario o concesionario.

Sitúa en el otro extremo de su estudio la concepción de quienes afirman que los deberes y obligaciones del propietario *son una camisa de fuerza impuesta al derecho subjetivo*, según DE VITA, restricciones meramente externas. Esta concepción es mantenida, igualmente, por la doctrina social de la Iglesia Católica, para quien la propiedad es un derecho natural anterior al Estado, cuyo uso ha de servir al bien común, más este servicio entraña para el propietario no un deber jurídico sino una regla moral.

Ante tan opuestas doctrinas, COLINA concluye que la función social es un principio de valor operativo recibido por la Constitución, y no una simple regla moral, que opera desde el interior del derecho de propiedad, modalizándolo y no sólo restringiendo exteriormente su contenido.

Encontramos un buen ejemplo de operación del principio de la función social en la Ley de Fincas Manifiestamente Mejorables de 1979 que permitía al propietario desahuciar al arrendatario que explotara deficientemente la finca, ejemplo en el que destaca el cumplimiento del fin social mediante un cultivo eficiente, frente al egoísmo expropiatorio del Estado, que como resulta evidente, no se presentaba en este supuesto.

Las doctrinas administrativistas de los derechos debilitados o condicionados parece que han obtenido eco en alguna sentencia de nuestro Tribunal Constitucional. Se ha venido defendiendo por la doctrina italiana tanto civil

como administrativa, que frente al poder de la Administración de expropiar, la propiedad privada se degrada a interés legítimo y se convierte, en consecuencia, en derecho debilitado. Pero COLINA estima que si se admite que la propiedad se convierte en su equivalente económico no se podrá concluir que ésta sea un derecho subjetivo debilitado, sino *todo lo contrario, un derecho subjetivo perfecto*. La propiedad se habría convertido en derecho debilitado si el Estado pudiera imponer la privación sin indemnización.

Entre los descolantes problemas que aborda COLINA se halla el de precisar la situación y relaciones entre la Constitución y el Código Civil en materia de propiedad privada. El artículo 348 del Código Civil recogería la dimensión individualista del instituto, mientras que el artículo 33 de la Constitución contendría la dimensión social. El propio COLINA considera esa una visión sedicente.

En la distinción se quiere ver una contraposición de regímenes, sin embargo, la naturaleza de la propiedad es poder más limitación, egoísmo y comunidad. Ya HEGEL veía en la satisfacción individual del propietario la raíz y fundamento de su patriotismo. Las limitaciones que la ley introduce en el dominio absoluto son sólo consecuencia de la conservación y afirmación del fundamental interés social. Es cierto, que la doctrina, tal vez introdujo la coletilla de la ley en el Código Civil de un modo inconsciente y no sin cierta molestia, pero lo introdujo en concordancia fiel con la naturaleza del instituto. Tal vez, aquella doctrina no tuvo conciencia de lo que hizo, ¡pero lo hizo! Le pasó lo que a Colón, que después de su descubrimiento siguió ignorándolo, llamando excepción y límite a lo que era esencia y determinación del instituto. En nuestro tiempo, también tenemos vespuccios con que nombrar Colombia. Sin embargo, no podemos olvidar, que ha sido el desarrollo económico de nuestra sociedad, con el extraordinario florecimiento de la misma, la que ha hecho de aquellas excepciones que verdaderamente constituyen el régimen ordinario de la propiedad privada, tan generales, tan evidentes, que, finalmente, han sido recibidas por el constituyente y la doctrina. Recuérdese, por último, que la función social sólo penetra en el derecho subjetivo por la ley, es decir, que aunque pertenece a la naturaleza del derecho, le viene de fuera, como un límite exterior legal. Y es que al hablar de duplicidad preferimos hablar del carácter bimembre del instituto, en el que su naturaleza —interna— sólo cobra expresión mediante la violenta carga de la limitación legal —externa—. A propósito de las limitaciones legales del artículo 348 del Código Civil, señala MANRESA (1) que *Los derechos absolutos de gozar y disponer... es preciso considerarlos siempre en el organismo general de las relaciones jurídicas humanas, que no permiten, por razón del derecho mismo, que ninguno de los derechos de la persona pueda aceptarse como el derecho único supremo, sino que exige que cada cual tenga en sí mismo su propio límite, determinado exteriormente a veces por el derecho de los demás*.

Como vemos, no hay nada en MANRESA, caracterizadísimo intérprete de nuestro Código que apunte a la interpretación individualista que señala COLINA como propia del liberalismo. En su matriz codificada aparece ya la dimensión dúplice que constituye la naturaleza del derecho. No hay novedad en reconocer la función social, ya inscrita en nuestros textos legales de 1889 en la

(1) JOSÉ MARÍA MANRESA Y NAVARRO, *Comentarios al Código Civil Español*, Madrid, 1910, tomo III, tercera edición, pág. 138.

terminología de su tiempo, la novedad está, más bien, en el desarrollo que las limitaciones cobran actualmente y en el carácter explícito de la doctrina que a ellas se refiere. El legislador de 1889 puso el acento en el poder absoluto, sin entrar a desarrollar las limitaciones, las cuales, ni siquiera el propio artículo 348 considera excepcionales.

Sin embargo, la doctrina liberal burguesa, inspiró durante largos años, la forma de comprender el significado del artículo 348, tal vez, porque la propiedad privada es un instituto que la ley recoge ya formado de la realidad social y política, de modo, que el artículo 348 del Código Civil sólo pueda ser entendido en contacto con las realidades sociales de cada época histórica en que ha tenido vigencia. Ésta dialéctica dota al precepto de una plasticidad que hace del mismo, espejo de las ideas políticas y sociales de sus tiempos.

De ese modo, la duplicidad de caras que COLINA apreciaba en el contraste de la disciplina codificada y constitucional de la propiedad privada, puede deducirse de cada una de estas normativas, Constitución y Código, tomadas aisladamente.

Nos topamos, a continuación, con la necesaria mediación legislativa como condición general de la operatividad de la *función social*, establecida por el artículo 53.1 de la Constitución, tendente en primer lugar, a impedir una excesiva libertad de los jueces que pueda ser contraria a la seguridad jurídica, máxime cuando ésta se concibe como conocimiento seguro del propietario acerca de los límites, deberes y obligaciones en el ejercicio de su derecho. Incidentalmente, cabe señalar que el Registro de la Propiedad, si no recogiera esos límites realmente existentes, unidos esencialmente en el seno del derecho de propiedad privada, se vería debilitado en su primordial finalidad de servir de instrumento suministrador de seguridad jurídica. La preservación de este fundamental papel protector del Registro, obliga a no permanecer indiferentes ante la posibilidad de que el título no recoja la verdadera situación y las verdaderas limitaciones del propietario. Esta vocación a la integridad del título registrado batalla directamente contra la exclusión de la publicidad registral respecto de determinadas obligaciones dimanantes de la función social, que no cabe tildar de administrativas y, por tanto, ajenas al registro, ni, tampoco, operativas en virtud de una incierta superior publicidad. Al contrario, nos hallamos ante verdaderas cargas que si no son recogidas por el Registro de la Propiedad determinan la consideración de cuasi-clandestinidad para la situación que las plantea. Un título ajeno a dichas cargas sería un título incompleto. Estas consideraciones, son especialmente aplicables al ámbito de la propiedad inmobiliaria, donde la penetración del urbanismo es intensa, y hacen resaltar la necesidad de coordinar publicidad registral y publicidad urbanística como recientemente ha puesto de manifiesto DÍAZ FRAILE (2), al destacar como un importante acierto del Proyecto de Ley de régimen del suelo y valoraciones, actualmente en discusión en el Congreso de los Diputados, la subordinación del efecto subrogatorio de la transmisión de fincas, a la previa inscripción de los compromisos del anterior propietario frente a la Administración urbanística competente «*pues da carta de naturaleza, por fin, al principio de coordinación entre la publicidad urbanística y la registral que había figurado como desiderátum en todas las exposiciones de motivos de las sucesivas Leyes del Suelo, desde*

(2) JUAN M.^a DÍAZ FRAILE, «Comentarios de aproximación al Proyecto de Ley del Suelo de 1997», *RCDI*, núm. 642, septiembre-octubre 1997, pág. 1.817.

1956, pero que no había llegado a encarnarse debidamente con la lucidez y sencillez que se desprende del texto proyectado actualmente.

Ha sido RUBINO, quien al contemplar la transformación en sentido social de la propiedad privada, que hace de este derecho un instituto sujeto, normalmente, a las limitaciones dimanantes de la función social, ha afirmado que las normas que concretan la función social de la propiedad privada ya no pueden ser vistas exclusivamente como normas limitativas, sino como manifestación de un principio con valor operativo: la función social. En consecuencia, cae la prohibición de analogía. El principal obstáculo a la vigencia de esa concepción estriba en la reserva de ley para imponer deberes y limitaciones que concreten la función social de la propiedad privada.

La indeterminación de la función social podría dar lugar a actuaciones legislativas discrecionales o arbitrarias, más la Constitución suministra las directrices de determinación de la función social, que se reconducen a la afectación de la propiedad privada a la realización de fines supraindividuales de carácter solidario que persiguen la *consecución del bienestar económico y social de la entera colectividad*. Algo así como un trasunto del añejo bien común.

Afronta COLINA la última parte de su trabajo en el intento de precisar las diferencias entre la triple garantía que nuestra Constitución concede al derecho de propiedad privada: la garantía del valor normativo constitucional, la garantía institucional y la del contenido esencial.

Señalaré como lo más destacado del intento, el resultado, tal vez involuntario, de ofrecernos una y otra vez, un perfil abstracto de la propiedad privada presente en el Código Civil, y que como *una última ratio* surge una y otra vez, en éste o aquél precepto constitucional. Con la ventaja, de que nos devuelve al mundo de los principios, donde, de súbito, hallamos de nuevo una concepción unitaria que nos reconcilia, sin embargo, con la diversidad de regímenes de la propiedad según la categoría del bien.

Decretada una y otra vez la muerte del artículo 348 del Código Civil, su espíritu, en ocasiones, se muestra como una institución que se halla bien acabada y formada, de la que la Constitución tutela su definición abstracta, garantizando su pervivencia en términos reconocibles para la imagen que de la misma tenga la conciencia jurídica en cada tiempo y lugar. En otras ocasiones se nos muestra como una síntesis de facultades, un poder unitario que se traduce en indeterminadas posibilidades de actuación. En otro lugar, hallamos que el modelo de legalidad para la propiedad se halla en un meta-lenguaje de carácter prenormativo. Siguiendo, se lee que el dominio se suele identificar con la diferencia que existe entre «lo mío» y «lo tuyo», de modo que la definición de la propiedad *como plena in re potestas*, no resulta tan desacertada. Más allá, se dice que la fisonomía dominical se identifica con una relación ideal de máxima pertenencia de la cosa a la persona, máximo poder en abstracto sobre la cosa. En suma la propiedad abstracta, tan perfectamente contenida en él, por fortuna vigente, artículo 348 del Código Civil.

En cualquier caso, como consecuencia de la concurrencia de las tres garantías queda fuera del alcance de la actividad conformadora del legislador ordinario en concreción de la función social, la abolición de la propiedad privada, que se protege como elemento estructural del orden establecido en la Constitución.

CARLOS BALLUGERA GÓMEZ
Registrador de la Propiedad

PETITBÓ JUAN, AMADEO Y OTROS. *Libre competencia y ley de ordenación del comercio minorista en España*. Un tomo de 242 páginas. *Prohibición de la venta a pérdida*. Un tomo de 175 páginas. Ambos editados por la Cámara Oficial de Comercio e Industria de Madrid. Año 1997.

El Real Decreto-Ley de 30 de abril de 1985, más conocido por el remoque de «Ley Boyer», contenía una serie de normas que produjeron no pocos trastornos en el modo de vivir habitual de los españoles. Recordemos, por ejemplo, las extrañas disposiciones sobre arrendamientos y, en lo que ahora nos atañe, la regulación del ámbito comercial.

Se estableció el principio de la absoluta libertad de horarios, concediendo una total autonomía no sólo para elegir las horas de apertura y cierre de los establecimientos, sino también para señalar los días, incluso festivos, en que se podía abrir.

Esta regulación que en algunos casos rozó la suspicacia de las dichas competencias autonómicas, motivó hasta algunos recursos de inconstitucionalidad y trajo consigo, además, una situación de tensión entre los comercios minoristas y las grandes superficies comerciales, que contemplaban tal libertad con muy distinto talante, a tenor de los diferentes medios con que contaban para afrontarla.

Por eso hubo de limitarse tal libertad, regulando los horarios comerciales por la Ley Orgánica de 15 de enero de 1996, complementaria de la Ley de la misma fecha, de Ordenación del Comercio Minorista.

En la Cámara Oficial de Comercio e Industria de Madrid se celebraron en mayo de 1996 unas «Jornadas sobre libre competencia y Ley de Ordenación del Comercio Minorista», bajo la coordinación de don LUIS BERENGUER FUSTER, Vocal del Tribunal de Defensa de la Competencia y ahora se han recogido, en el primer libro citado, las ponencias y trabajos que se presentaron sobre el tema.

Posteriormente, en febrero de 1997, se ha celebrado en la misma Cámara Oficial de Madrid, un seminario, coordinado por su Asesoría Jurídica, sobre la prohibición de la venta a pérdida, recogándose las ponencias en el otro libro citado que se resume.

En ambos casos, la Corporación que los edita dirige estas publicaciones a contribuir a la orientación de sus asociados y también al debate jurídico y doctrinal en estas materias, de indudable interés para la comunidad empresarial que la integra, así como a los profesionales que puedan tener alguna cuestión en el contexto administrativo, mercantil y civil de la nueva Ley.

Hagamos un resumen por separado:

A) *Libre competencia*. En este primer libro, presentado por don Adrián Piera, como Presidente de la Cámara, se comenta el tema concreto de la libertad de competencia en el ámbito comercial, incluyéndose las siguientes ponencias que integraron el seminario referido:

— «La necesaria modernización del pequeño comercio», por don Amadeo Petitbó Juan, Presidente del Tribunal de Defensa de la Competencia.

— «Horarios comerciales, por don Alberto Bercovitz», Catedrático de Derecho Mercantil.

— «El régimen de los grandes establecimientos en la Ley de Ordenación del Comercio Minorista», por don Luis Berenguer Fuster, Vocal del Tribunal de Defensa de la Competencia.

— «La Ley de Ordenación del Comercio Minorista y el derecho a la competencia», por don Ricardo Alonso Soto, Catedrático de Derecho Mercantil y Vicepresidente del Tribunal dicho.

— «Ventas multinivel y ventas en pirámide», por don Francisco Vicent Chuliá, Catedrático de Derecho Mercantil.

— «La promoción de ventas en la Ley de Ordenación del Comercio Minorista», por doña Carmelina Vela García, Profesora de Fundamentos de Marketing.

B) *La prohibición de venta a pérdida*. Constituye el contenido del segundo libro que se cita en el título, también editado por la Cámara Oficial, donde se estudia, a la luz de la regulación de la Ley de Ordenación del Comercio Minorista, la posible compatibilidad e integración entre la norma del artículo 14 de dicha Ley, que establece una prohibición general de la venta con pérdida y el artículo 17 de la Ley 3/1991, de 10 de enero, donde por el contrario, se sienta el principio de libertad en la fijación del precio.

En el seminario celebrado para estudiar la cuestión se desarrollaron los siguientes trabajos:

— «Necesidad y oportunidad de la prohibición de la venta a pérdida», por don Martín Sevilla Jiménez, Catedrático de Economía de Alicante.

— «La venta a pérdida en Derecho francés y en Derecho europeo», por don Juan Antonio Cremades Sanz-Pastor, Abogado.

— «La venta a pérdida en la Ley de Competencia Desleal», por Luis Berenguer Fuster, Vocal del Tribunal de Defensa de la Competencia.

— «Venta con pérdida en la Ley de Comercio Minorista», por Juan Manuel Fernández López, Magistrado.

— «La regulación de las ventas con obsequio en la Ley de Ordenación del Comercio Minorista y su relación con la Ley de Competencia Desleal», por don Pedro Portellano Díez, Profesor de Derecho Mercantil.

— «La prohibición de la venta con pérdida: Clave de la política de comercio interior», por don Antonio Castañeda Boniche, Técnico Comercial y Economista del Estado.

El punto central y común que pretende el Organismo promotor al editar estos libros es difundir la idea de que, en la época actual, a la agresiva competencia de las nuevas formas comerciales hay que sumar el hecho de que el comportamiento de la demanda de consumo en los últimos años se ha caracterizado por una inusual atonía. Por eso se pretende que el comercio tradicional se transforme inteligentemente para que pueda competir eficazmente con las nuevas formas comerciales.

Como dice el propio Presidente del Tribunal de Defensa de la Competencia, al final de su ponencia, la idea que se propone es la de centrar los esfuerzos de las diferentes Administraciones públicas en el desarrollo de un sector, el pequeño y mediano comercio, que requiere toda la atención. Aunque, aclara, se trata de defender la competencia, no a los competidores, que no es lo mismo.

JOSÉ MARÍA CORRAL GIJÓN
Ayudante de la UNED

VALLET DE GOYTISOLO, JUAN. *El razonamiento jurídico: La analogía y la equidad*. Discurso en la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación. Madrid, 1997. Un tomo de 105 páginas.

Con la solemnidad acostumbrada, ha tenido lugar la apertura del curso 1997-1998 en la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación. Previa la lectura del resumen de actividades del curso anterior por el Secretario de la Corporación don José María Castán Vázquez, se pasó al discurso, pronunciado por el Presidente de la Academia, que también es Consejero de esta Revista, don Juan Vallet.

Tal como anunció al comenzar, este discurso viene a ser continuación de los desarrollados en las inauguraciones de los dos cursos precedentes, en los cuales ya había comenzado a tratar de este tema de la interpretación y la aplicación de las normas con la maestría que caracteriza al exponente y que todos conocemos. Con ello completa un tema que puede parecer teórico, y en gran parte lo es, pero que además tiene una indudable importancia práctica, ya que el Derecho se hace efectivo en cuanto se le aplica y para aplicarlo hay que desentrañar el sentido de sus normas por todos los profesionales, también los Registradores, que trabajan en su ámbito.

En el primer discurso sobre esta cuestión, al abrir el año 1995-96, hizo notar que en el siglo pasado se dio a la palabra interpretación un sentido muy restringido, al considerarla tan solo como la «subtilitas intelligendi» de la ley, cuando en realidad esta idea es sólo una concepción parcial de la verdadera interpretación que debe entenderse en sentido más amplio, de comprensión plena de la aplicación de las normas. Por eso defendió la tesis de que la intelección de las leyes no puede separarse de la realidad de los hechos concretos, ya que respecto a éstos se orienta la interpretación y ésta, además, no puede lograrse sin la luz de los principios éticos y tradicionales que iluminan su significado en relación con la realidad viva.

En la apertura del curso 1996-97 ya entró en el estudio de la interpretación a la luz del artículo 3 del Código Civil, analizando la cuestión de si este precepto, además de señalar los elementos de la intelección de las normas legales, recoge también algunas pautas interpretativas en su genuino y pleno sentido de «explicación» del Derecho subyacente en los hechos. Analizó primeramente la alusión que este artículo hace al «sentido propio de las palabras» para poder entender lingüísticamente el texto de la norma jurídica, pasando a relacionarlo con el «contexto» a que se refiere el Código y que, según el conferenciante, facilita una perspectiva y unas posibilidades interpretativas que exceden mucho de las mostradas por el llamado elemento sistemático. Siguiendo con el texto legal estudió sus alusiones a los antecedentes históricos y legislativos y la remisión a la realidad del tiempo en que las normas han de ser aplicadas, sin olvidar la llamada al espíritu y finalidad de las normas, todo ello en un acabado estudio.

Al finalizar el discurso del año anterior ya apuntó la importancia que en la interpretación de las normas pueden tener la analogía y la equidad, aunque no hizo más que un esbozo inicial, que ahora se ha desarrollado en el discurso último, que es el que intentamos resumir.

Dicho discurso contiene un amplio estudio del razonamiento jurídico que comienza con el modo de razonar de los jurisconsultos romanos, que buscaban la *ratio iuris* o razón convincente de la cuestión que, por su adecuación al caso, resultaba «*aequa*», pasando después por las distintas visiones del

nominalismo y el racionalismo idealista, con referencia también al contraste entre las opiniones de Baldo y Hume. El voluntarismo y la negación de un orden de las cosas, suficientemente inteligible por el hombre, incidieron en la interpretación de tal modo que en lugar de considerar la *mens* y la *ratio legis* en relación con la *ratio iuris*, tomaron la *mens* y la *voluntas legislatoris* y su *ratio*, solo en cuanto ésta resulta patente en la misma o en otra ley; de este modo se restringe su sentido, tomando el significado de mera *interpretatio legis* y no la de *interpretatio iuris* en su pleno significado.

La escuela de la exégesis recogió este espíritu propugnando ese mismo método mecánico de aplicación; el método que debe seguirse, en opinión de Stuart Mill es entera y exclusivamente un método de razonamiento, de silogismo. VALLET manifiesta que la lógica formal con su silogística no resulta adecuada a la interpretación jurídica, pues el rigor silogístico exige que las premisas mayores sean universales, mientras que las normas jurídicas, leyes o reglas, y los conceptos son generales, pero no universales, tal como dijo ya Aristóteles. Recuerda al efecto el discurso de ingreso de Figa Faura, donde se advirtió la deficiencia de la lógica formal en una materia viva como es el Derecho; por ello el conferenciante resalta la mayor relativización de los conceptos generales abstractos y por consiguiente la necesidad de que sea tipológico el razonamiento jurídico, acudiendo a la lógica jurídica como explicación de los hechos conformados a Derecho con un método de ponderación y ajustamiento. Es necesario poner en correspondencia normas y hechos mediante la tipificación de unas y otros; es imposible que norma y situación concreta de la vida sean puestas en correspondencia mediante un simple silogismo, porque norma y situación no son iguales: la norma reposa en el plano del deber ser y la situación en el hecho empírico.

La última parte del discurso trata de la analogía y la equidad en el razonamiento jurídico y estudia la interrelación que existe entre ellas, diciéndonos que están tan unidas que no existe analogía jurídica si no resulta equitativa. El empleo de una u otra debe apoyarse en algún principio general del Derecho que justifique el recurso a la equidad o que por analogía se utilice una norma y no otra, atendiendo siempre a sus diferencias o similitudes. Estudia las opiniones de la doctrina al respecto, desde los clásicos a los actuales, con un repaso histórico a los límites que los legisladores han impuesto a la hora de aplicar la analogía y la equidad.

Y termina esta parte y el discurso estudiando el trato a la equidad y la analogía en el vigente Derecho positivo español. La equidad fue utilizada siempre por la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo, en función correctora de la ley, aunque sin mencionarla expresamente, recogándose varias sentencias anteriores a la reforma del Título Preliminar del Código Civil de 1974-75. Y en el artículo 4-1 del Código reformado ya se admite claramente la aplicación analógica de las normas cuando éstas no contemplan un supuesto específico, pero regulan otro semejante entre los que se aprecie identidad de razón. Sin embargo, la aplicación analógica no se permite, en el número 2 del mismo artículo, para las leyes penales, excepcionales o de ámbito temporal.

Un discurso densísimo, pleno de doctrina, como corresponde a su autor y a la altura de la Docta Corporación donde se pronunció.

FRANCISCO CORRAL DUEÑAS

THE COMMISSION ON EUROPEAN CONTRACT LAW, *Principles of European Contract Law, Parte I: Performance, Non-Performance and Remedies*, edición a cargo de O. LANDO y H. BEALE (Martinus Nijhoff, Dordrecht-Boston-Londres, 1995), 268 páginas.

Se trata del proyecto de texto uniforme sobre las obligaciones contractuales elaborado por la Comisión para el Derecho Europeo de Contratos, más conocida como Comisión Lando. Creada esta Comisión en 1980 por la Comisión de la CEE, está compuesta por veinte juristas, que representan a los Derechos continentales, nórdicos y anglosajón, a la que se ha unido desde 1986 un español, el Catedrático de Derecho mercantil don ALBERTO BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO. La Comisión ha obtenido recientemente el respaldo del Parlamento Europeo, que en su Resolución de 6 de mayo de 1994 recomienda a la Unión Europea apoyar los trabajos de la misma. Desde su creación, ha estado animada y presidida por OLE LANDO, profesor de la Universidad de Copenhague —y de ahí su denominación usual—, quien ha publicado en 1995, junto con el Profesor HUGH BEALE, de la Universidad de Bristol, la primera parte del trabajo, que está centrada en el cumplimiento y el incumplimiento de las obligaciones contractuales.

En efecto, el proyecto se divide en cuatro capítulos. Tras unas disposiciones generales (10 artículos), los siguientes se dedican sucesivamente al contenido y cumplimiento del contrato (17 artículos), incumplimiento y remedios en general (9 artículos) y los singulares remedios ante el incumplimiento (24 artículos).

Algunos preceptos son bastante extensos y pormenorizados; prevalece en ocasiones un estilo casuístico, que oscurece la regla general, si bien están acompañados de un amplio comentario, una especie de interpretación auténtica hecha por los redactores, que aclara su sentido y alcance. No obstante, ha observado P. Rescigno, con razón, que hay demasiadas cláusulas generales, las cuales, además de conferir al juez un excesivo poder discrecional, crean inseguridad jurídica al faltar la solución legal concreta para el problema concreto de que se trate (*Il diritto privato europeo: problemi e prospettive*, a cargo de L. MOCCIA, GIUFFRÉ, Milán, 1993, págs. 135 y ss.).

Naturalmente que no vamos a examinar aquí todo el contenido de esta densa y bien documentada obra; veremos solamente unos pocos ejemplos que muestran las orientaciones que han prevalecido en el proyecto. En concreto, se trata de la relevancia de la buena fe; el deber de renegociación en caso de alteración de las circunstancias; los requisitos y efectos de la resolución por incumplimiento; la fuerza mayor y las cláusulas limitativas de la responsabilidad contractual.

Así, pues, la buena fe es una de las reglas generales del Capítulo 1, lo que constituye una innovación para el *Common law*, en el que no está consagrada de forma expresa, pero su aplicación por los tribunales conduce a resultados comparables a los que predominan en los Derechos continentales. En éstos, por el contrario, es un principio básico y fundamental, que es común a todos ellos. Dentro del proyecto, es una de las pocas normas imperativas —concretamente tres— lo que quiere decir que las partes deben ceñirse a la buena fe en el ejercicio de sus derechos y en el cumplimiento de sus obligaciones, sin que puedan excluir o limitar los deberes que ella les imponga en cada caso (art. 1.106).

En la arquitectura del proyecto, la buena fe tiene importantes funciones. Ante todo, es fuente directa de derechos y obligaciones, aunque opera con

carácter subsidiario, es decir, a falta de pacto, norma expresa o de uso o práctica comercial; en este sentido, la buena fe se concreta en el deber de colaboración que impone en todo momento a los contratantes (art. 1017). Por otro lado, es un criterio de interpretación y de integración del propio texto prelegislativo, junto a la certeza de las relaciones contractuales y la uniformidad de su aplicación (art. 1014). Por último, la buena fe puede llegar a ser un factor de corrección, sobre todo, de los usos y prácticas que conduzcan a resultados irrazonables (art. 1103-2); y es un ingrediente esencial de lo que debe considerarse en cada caso como razonable, esto es, lo que considerarían como tal aquellas personas de buena fe que estén en la misma situación que los contratantes (art. 108). Sin perjuicio de todo ello, la buena fe irradia su influencia a todo el proyecto, en el que hay abundantes aplicaciones prácticas de la misma.

Por otra parte, el cambio de las circunstancias y la onerosidad excesiva se regula por el artículo 2117, con arreglo a la doctrina habitual. De acuerdo con ésta, las partes están obligadas a cumplir sus obligaciones, aunque devengan más onerosas; mayor onerosidad que surge bien porque el coste de la prestación debida ha aumentado, o bien porque el valor de la prestación cumplida por la otra parte ha disminuido.

Pese a este clasicismo, el proyecto impone a los contratantes el novedoso deber de entablar nuevas negociaciones en estos tres casos: a) si el cambio de circunstancias sobreviene después de celebrado el contrato o por causa anterior razonablemente ignorada por las partes; b) si ha sido imprevisible o hubiera sido razonablemente imprevisible al momento de celebrar el contrato, y c) si el perjudicado no ha asumido expresamente el riesgo de soportar las consecuencias de dicho cambio.

A falta de acuerdo dentro de un período razonable, el juez puede resolver el contrato en los términos y condiciones que estime conveniente, o adaptarlo a fin de repartir justa y equitativamente las ganancias y pérdidas resultantes de las nuevas circunstancias; en ambos casos, el juez, además, puede imponer la indemnización de los daños y perjuicios que se deriven, tanto de la falta de renegociación como de la ruptura con mala fe de las negociaciones. Como ha señalado A. HARTKAMP, este deber de renegociación es una de las soluciones más interesantes y originales del proyecto, puesto que no está prevista en los Códigos más recientes que contemplan este supuesto expresamente (*The UNIDROIT Principles for International Commercial Contracts and the Principles of European Contract Law*, ERPL., 1994, págs. 341 y ss.).

En efecto, observemos que estamos ante una obligación casi perfecta, ya que su incumplimiento está sancionado por la indemnización de los daños y perjuicios; es una obligación que se impone a los contratantes, a los que incumbe así el deber de adaptarse a las nuevas circunstancias y no perjudicarse recíprocamente a lo largo de la relación contractual que les une. Es claro que se trata de una manifestación del principio de conservación del contrato y de una aplicación concreta de la regla general de buena fe.

En concordancia con lo anterior, el proyecto es restrictivo en lo que concierne a la resolución por incumplimiento. Esta sólo procede por el incumplimiento sustancial, que tiene lugar en estos tres casos: 1) cuando el cumplimiento estricto es de la esencia del contrato; 2) cuando el incumplimiento frustra el fin perseguido por un contratante, siempre que tal fin se haya previsto o sea razonablemente previsible por el otro contratante, y 3) cuando hay incumplimiento intencional por un contratante o su conducta sea tal que

haga creer a la otra parte que tampoco cumplirá en el futuro (art. 3.103). Además, la resolución cabe por el vencimiento del plazo de gracia concedido por el contratante cumplidor a su contraparte (art. 3.106, en relación con el 4.301).

En cuanto a los efectos, la resolución no es automática ni exige sentencia judicial, pero requiere que la parte cumplidora notifique a la otra la extinción del contrato, y si no lo hace, por regla general, pierde su derecho a la resolución (art. 4.303). Las consecuencias de la resolución son también limitadas porque no son retroactivas sino que liberan a los contratantes de las prestaciones futuras solamente (art. 4.305-1). Aunque esta regla general de mera eficacia *ex nunc* tiene numerosas excepciones, la parte que ha realizado una prestación por la que no ha recibido la correspondiente contraprestación puede obtener una «suma razonable» equivalente al valor de la prestación realizada (art. 4.309). En fin, la resolución no excluye la indemnización de los daños y perjuicios, que comprende, entre otros aspectos, el daño moral causado por el incumplimiento (art. 4.501-2) y el coste de celebración del nuevo contrato que sustituye al anterior resuelto (art. 4.505).

Como puede verse, estamos ante una novedad, que el proyecto acoge del Derecho anglosajón y pretende introducir en los ordenamientos de tradición romanista, que consagran, por el contrario, la resolución con eficacia *ex tunc*. Con todo, la diferencia entre uno y otro sistema no es insalvable, sobre si tenemos en cuenta que en los Derechos romanistas, como el nuestro, la retroactividad de la resolución no afecta a las prestaciones de hacer ya cumplidas, como ocurre en los contratos de trabajo, de arrendamiento o de custodia, ni extingue los acuerdos previstos precisamente para el caso de incumplimiento, tales como la cláusula penal o el convenio arbitral.

Por su parte, la fuerza mayor es la única causa que justifica el incumplimiento y exonera al contratante incumplidor de las consecuencias del mismo; se propicia aquí, pues, una responsabilidad contractual netamente objetiva. En efecto, el deudor se libera solamente si demuestra que el incumplimiento se debe a un impedimento que escapa a su control, o que no podía preverse razonablemente al momento de la celebración del contrato, y que ha sido insuperable con un esfuerzo normal, quien debe notificarlo al acreedor dentro de un plazo razonable, debiendo pagar los daños y perjuicios que resulten de la falta de esta oportuna notificación (art. 3.108-1 y 3).

Acreditados estos extremos, la otra parte puede suspender su propia prestación, pedir la resolución del contrato y reclamar el pago de intereses y gastos; pero no puede exigir el cumplimiento específico de la contraprestación, que se ha extinguido por la fuerza mayor, ni la indemnización de los daños y perjuicios derivados del incumplimiento (art. 3.101-2).

Por último, es también ilustrativa la única norma que el proyecto dedica a las cláusulas limitativas de la responsabilidad contractual, que son tan frecuentes en el tráfico como discutible es, en teoría, su licitud. En principio, el proyecto se muestra liberal y permite que los contratantes pacten de antemano cláusulas que excluyan o limiten su responsabilidad en caso de incumplimiento; pero establece dos significativas excepciones: que exista un incumplimiento intencional y que la limitación o la exclusión sean irrazonables (art. 3.109).

El fundamento de estas excepciones salta a la vista; en el primer caso se trata del dolo de un contratante que nunca ha pretendido cumplir, mientras que en el segundo estamos una vez más ante la buena fe, la cual impide aquí

el abuso del contratante presumiblemente fuerte, o al menos incorrecto, que, bajo el amparo de la libertad de pactos, pretende de antemano liberarse o limitar su responsabilidad.

En definitiva, es claro que los *Principios* constituyen un proyecto con vocación de convertirse en un texto legal uniforme, por estar llamado a concitar el consenso; su principal virtud es que consigue hacer compatibles las soluciones que imperan a ambos lados del Canal de La Mancha. Desde la óptica del Derecho español, las novedades que propone son perfectamente aceptables, al menos en lo que concierne al deber de renegociación por alteración de las circunstancias o los efectos sólo para el futuro de la resolución. En todo caso, hay que destacar que el proyecto confía demasiado, como hemos visto, en la autorresponsabilidad de los contratantes y en la discrecionalidad del juez, por lo que, en suma, no regula en concreto gran cosa.

Pendiente todavía la publicación de la segunda parte de la obra, sabemos que se refiere a la formación, interpretación y validez de los contratos, así como a la representación. El enunciado de estos temas pone de relieve las lagunas o carencias del proyecto, puesto que no comprende otras materias, que se relacionan estrechamente con la obligación contractual, pero que pertenecen a la órbita de los derechos reales. En particular, nos referimos a aspectos tales como la transmisión del objeto del contrato, el reparto de los riesgos, los derechos adquiridos por terceros con base en un contrato ineficaz o al complejo problema de las garantías. Si el proyecto no contempla estos aspectos, como tampoco lo hacen los *Principios sobre los Contratos Comerciales Internacionales*, publicados por UNIDROIT (Roma, 1995), de poco servirá, a nuestro juicio, el Derecho uniforme en la práctica.

CARLOS VATTIER FUENZALIDA