

GONZÁLEZ SALINAS, E.: *Proceso administrativo para la protección de los derechos fundamentales*, Edit. Cívitas, 1989.

Acabo de tener una nieta, y este hecho, que humanamente lo recibo con júbilo, me produce, sin embargo, la sensación de esos anuncios que antiguamente se utilizaban en los librillos de papel de fumar: quedan cinco hojas y que hoy contienen los avisos de los depósitos de gasolina en los coches o en los talonarios de cheques. Es la luz roja que se enciende y que anuncia algo que uno no desea o, por lo menos, no quiere saber. Pero la nieta, en este caso, tiene otro significado: una y otra familia, la del padre y la de la madre, quieren sacarle parecidos y semejanzas y la verdad es que, sin parecerse a nadie provisionalmente, la discusión se concilia cediendo zonas para una parte y otras para la otra: la barbilla, la boca y las orejas para unos; los ojos, la frente, el pelo y la sonrisa para otros. Pero en el caso presente la autora de este libro —no físicamente, porque no la conozco— es igual que su padre: utiliza la misma técnica expositiva, se somete al rigor de los esquemas, y explica el contenido de su monografía con el método claro y sencillo que su padre ha manejado en todos sus múltiples trabajos. Quien a los suyos se parece, honra merece.

La verdad es que —aparte la gran amistad y el compañerismo que tengo con el padre de la autora— a ésta no la conozco más que de nombre y poco más de lo dicho puedo aportar aquí. Es Abogada del Ilustre Colegio de Madrid y de su estudio se deduce el dominio de la materia que toca y que para mi concepción privatística del Derecho resulta novedoso, aleccionador e instructivo. Los que al escribir idealizamos —aunque en la labor cotidiana descendemos al caso concreto— nos nutrimos de principios y de ideales y nos parece casi insólito que un «derecho fundamental» sea conculcado y tenga un procedimiento adecuado para su reconocimiento. Hay en esta concepción un transporte a un paraíso ideal donde los derechos —y en todo caso los fundamentales— se respetan sin necesidad de tener que acudir al procedimiento o al proceso que los protege. Claro que uno piensa en culturas superiores donde el derecho individual se empequeñece por el respeto que implica el que a los demás corresponde y en nuestro país —por ahora y durante muchos años— la incultura agranda el derecho individual por desconocer el que a los demás les puede corresponder.

No creo que haga falta especificar que el estudio sobre el procedimiento o proceso administrativo para la protección de los derechos fundamentales se refiere al de la igualdad (art. 14 Constitución), el derecho a la vida, a la integridad física y moral, libertad ideológica, religiosa y de culto, libertad y seguridad, honor, intimidad personal y familiar, domicilio, secreto de comunicaciones, uso de la informática, residencia, circulación libre, expresión y difusión libre de pensamientos, reunión, asociación, participación en asuntos públicos, tutela de jueces y tribunales, condenas no sancionadas, derecho a la educación, sindicarse libremente, huelga y derecho de petición. Pero si esto no hacía falta, si era preciso, como la autora hace, que esa proyección de derechos fundamentales reciba el trato jurisprudencial que los Tribunales le han otorgado. Y ahí es donde

reside el **verdadero** valor del estudio de la autora: en que además de sistematizar el procedimiento o el proceso de protección, vuelca sobre el texto el estudio minucioso de la jurisprudencia que avala sus opiniones.

El esquema de la obra se estructura sobre ocho capítulos que van tratando sucesivamente del proceso administrativo **especial**, examinando su **naturaleza** jurídica y su regulación primaria y subsidiaria. Siguiendo los esquemas habituales a los que antes nos hemos referido destaca en el capítulo segundo lo que verdaderamente constituye el «objeto» del proceso, señalando los principios generales, los derechos que son objeto de proceso especial y aquellos que quedan excluidos del mismo, cómo son: la seguridad jurídica y la interdicción de la arbitrariedad, el derecho de propiedad, el derecho a la libre empresa, el derecho al trabajo y el del ejercicio profesional. La autora se limita a recoger sintéticamente los pronunciamientos de la jurisprudencia en estos casos.

En el capítulo tercero se exponen los posibles recursos previos en la vía administrativa en forma ordinaria y potestativa, para luego ya entrar en los requisitos procesales de carácter previo, subjetivos, objetivos y de actividad, para seguir con las medidas cautelares, la suspensión de la ejecución del acto y su procedimiento, el recurso de apelación y los efectos del proceso.

Esta especie de esquema expuesto tiene simplemente por objeto dar al lector la linterna que le guíe en el contenido de la obra, pues sería prolijo profundizar en cada una de las etapas del proceso y tener que reproducir ese continuo estudio jurisprudencial de carácter casuístico que la autora maneja para su estructura expositiva. Con ello quizá burlemos las esperanzas de aquellos que confiaban en que aquí se hiciera una especie de fichas comprimidas de cada uno de los temas tratados, pero creo que ese intento no puede resultar eficaz, ya que sólo leyendo la parte sustancial de la jurisprudencia (Tribunal Constitucional y Tribunal Supremo) se puede llegar a penetrar en la esencia de la doctrina que la autora **expone magistralmente** sistematizada.

Creo que el libro o el estudio monográfico es un gran elemento auxiliar en general y particularmente para el profesional del Derecho, pues cada vez **se nota** en forma notoria la falta de respeto a esos derechos que enunciados por la Constitución tal y como se «parieron», están necesitados de ropaje de etiqueta y no de ropas convencionales que den más imagen que garantía al pueblo. Espero que esta aportación sirva para ello.

JOSÉ MARÍA CHICO Y ORTIZ

SACCÀ, ENRICO: *Impresa individualee societaria illecita*, Giuffrè, Milano, 1988.

El tema que enuncia la obra tiene, desde diversos ángulos, antecedentes de relativa antigüedad; en Italia desde el Código de Comercio de 1882. En su estudio ha prevalecido en bastantes ocasiones más lo pasional o lo sentimental que la lógica jurídica y el interés social, sobre todo en la esfera de la empresa individual. Títulos como el de **Bolaffio // bordelliere non è commerciante** o estudios como los de Ghidino sobre contrabando y agiotaje de 1937, o los de los años ochenta de Turone, Spagnolo, Arlacchi o Centurrini sobre la mafia acentuaron tanto la confusión como la atención sobre estas materias. Saccà trató de clarificarlas en una obra de muy grata lectura y para ello subdivide el mundo empresarial en el de las individualidades, el de las sociedades de capitales y el de las personalistas.

* * *

Para el análisis de la empresa individual efectúa una incursión por la vega de lo que sea la empresa, *vexata quaestio*, para concluir aceptando la doctrina prevalente, la de la actividad, coordinada y regular, distinta de la simple organización; en ella caben los actos neutros, los instrumentales y hasta los ilícitos, con independencia del aspecto teleológico, la finalidad u objeto. Pueden, incluso, existir empresas inmorales autorizadas por vía de tolerancia, o actividades ilícitas inobservadas. El juego, los burdeles y hasta el contrabando, en algunos supuestos en determinados períodos de fiestas o vacaciones, son ejemplos. Pero, normalmente, como finalidades, no aparecen frente al exterior como tales, aunque siempre hay alguna excepción.

Existen además empresas ejercidas o regidas por personas incompatibles por diversos motivos o a las que se ha prohibido la gestión por razón de actuaciones anteriores o resoluciones judiciales; otras carecen de licencia, autorización o concesión administrativa pero tales hechos o son desconocidos por los terceros o considerados intrascendentes. El objeto ilícito, como los casos referidos, sólo es conocido normalmente por el alto personal.

La doctrina ha efectuado sutiles distinciones entre objeto y finalidad y entre los ilícitos indirectas, simuladas y ocultas, pero también ha puesto de relieve que las fronteras entre lo lícito y lo ilícito no son siempre lo nítidas que fuera de desear.

Frente a tales empresas se han propuesto soluciones radicales, como las de Vivante, Scialoja o Móssa: la inmoral, la contraria al orden público, lleva implícita una nulidad radical, una absoluta inexistencia pero tal conclusión choca con la mayor parte de la doctrina, Folco, La Lumia, Rocco, Andrioli, para sólo citar unos nombres. Su aplicación no sólo podría originar graves trastornos sociales y económicos, sino también en ciertas legislaciones, como la italiana anterior al Código de 1942, supondría un trato de favor a malhechores frente a comerciantes honestos, en especial en el caso de bancarrota.

Nuestro autor cita la teoría de la apariencia, que sitúa al legislador en posición de proteger a terceros, y también la de la participación, en las que la buena fe juega un papel muy importante. Más que el simple conocimiento, se considera indigna de amparo la empresa que actúa en conexión, coligamiento, interdependencia o intervención conjunta, convergente o complementaria con aquella que es notoriamente ilícita, lo que resulta más de su actividad que de otras manifestaciones. La empresa que colabora con pleno conocimiento y en una de las indicadas formas con la ilícita puede igualmente ser considerada delincuente o cómplice, para usar términos penales, aunque ciertamente no todas las ilícitas suponen sanciones dignas de pena, pues en muchas ocasiones serán civiles, administrativas o mercantiles.

La conclusión de Saccá, coincidente con la dogmática más aceptada, es la de hallarse sujetas a disolución y liquidación, sin perjuicio de las correspondientes sanciones, si proceden. Son una simple subespecie de la empresa general aunque no todas las normas —como las de competencia ilícita— les sean aplicables. La carencia de normas específicas obliga a la jurisprudencia a acentuar su función integradora.

* * *

El C.C. italiano, sobre todo después de la reforma motivada por la primera Directiva de la CEE, admite exclusivamente por lo que se refiere a sociedades capitalistas, entre otras causas de disolución, la de nulidad dimanante de objeto

ilícito o contrario al orden público. No se habla de buenas costumbres debido probablemente a influencia germana que considera las mismas ya integradas en la noción de orden público; igual vía se ha seguido en España.

Se admite **—como gran generalidad—** que la empresa es algo superpuesto a la sociedad que consiste, fundamentalmente, en una estructura organizativa especialmente apta para el ejercicio de la actividad empresarial. Ello es independiente de que las finalidades de la empresa sean o no de índole lucrativa y de que la sociedad no puede considerarse empresario bien debido a su especial finalidad o por no haber iniciado todavía sus actividades como ocurre con las llamadas sociedades *di cassetto*.

La norma *referida*, como en el caso anterior trata de contemporizar la eliminación de un elemento perturbador del mercado con la protección no sólo de los terceros, sino aun del sistema económico.

Algunos extremos merecen destacarse: la sociedad capitalista sólo existe como tal desde su registración, término de un proceso en el que la homologación, atribuida a organismos judiciales en Italia, juega un rol de considerable importancia. Como empresa **—pese a importantes opiniones opuestas—** sólo existe desde que inicia sus actividades. Recordemos que en España alguna jurisprudencia administrativa admitía la posibilidad de inicio de operaciones antes de la inscripción; después de la última reforma, que sitúa el verbo en futuro, parece que es posibilitaria, lo que no pasaba de ser un dislate. Pese a ello en el nuevo Reglamento del Registro Mercantil, se admite la posibilidad de tal inicio después del otorgamiento de la escritura, antes del término del proceso fundacional, lo que parece no sólo improcedente, sino que excede al ámbito reglamentario.

El objeto social se identifica, normalmente, describiendo la futura actividad empresarial cuya determinación en principio muy concreta se ha relajado considerablemente y parece ser que en estos momentos bastaría con expresar que el mismo consiste en el deseo de distribuir beneficios entre los socios por cualquier procedimiento, haciendo coincidir la sociedad como forma de ejercicio colectivo de empresa como sostiene una parte de la doctrina.

Los supuestos en que el o los socios puedan tener una responsabilidad que se extienda más allá de la aportación, lo que con más o menos exactitud se denomina *ultra vires*, aunque se admite en ciertas legislaciones siguiendo el ejemplo de la italiana no parece viable; la posibilidad de admitir sólo la existencia, sino aun la constitución de determinados tipos societarios con un solo socio hace suponer que el camino de tales normas sea el de su emplazamiento en un museo como reliquia, como lo son muchos de los controles a las aportaciones y las consiguientes homologaciones o calificaciones que constituyen, por encima de todo, restos del naufragio de las autorizaciones de mérito o gubernativas que se exigían en el siglo pasado para evitar considerables tormentas sociales.

El caso más corriente, objeto lícito, actividad ilícita, da lugar a graves responsabilidades fundamentalmente para los administradores cuya función frente a terceros apenas si tiene limitaciones. En el orden interno sí las tiene y por ello en el caso de que en forma expresa o tácita la sociedad acepte, asuma o apruebe su actuación ilícita es cuando aparece realmente la causa de disolución y liquidación, lo que es susceptible de la adecuada rectificación. Saccá sostiene que incluso durante el período de liquidación es posible efectuarlo, siempre mediando unanimidad, aplicando el principio *favor societatis*.

* * *

Nada hay legislado, como hemos dicho, en Italia sobre sociedades personalistas ilícitas, no sujetas a homologación judicial aunque sí al control del canceller encargado del Registro en relación a sus requisitos. La inscripción en forma alguna tiene carácter constitutivo.

El vacío legal lo suplen doctrina y jurisprudencia —escasa—, aplicando por vía analógica soluciones no distantes de las propias de la sociedad por acciones. En el ambiente predomina el **disfavor** con que el derecho comparado aprecia la eliminación de una sociedad, instrumento que ejerce o puede ejercer una actividad empresarial.

A este respecto se distingue entre la que ha permanecido estática de aquella que ha iniciado ya su actuación. A aquélla puede aplicarse el clásico principio contractual del *quodfactum est infectum, fieri negust* o el de *adducere inconvenientes non est solvere quaestionem*. Tal nulidad, con efectos retroactivos distinguiría relaciones externas e internas y de haber de las del primer grupo indudablemente se alegraría el principio de apariencia, aparte los esquemas del mandato, la comunidad o sociedad de hecho entre los socios, etc.

Cottino, no obstante, estima que en caso de relaciones externas, aun no empresariales, la declaración de nulidad de una sociedad equivale a asimilarla a una sociedad de hecho y Mossa conviene en ello: no es posible truncar una vida social y dar efectos retroactivos a una actuación que puede haber sido dilatada. La doctrina más extendida es la de la regular disolución y liquidación que tutela derechos de los terceros.

Respecto a las comanditarias simples Saccà estima que la responsabilidad ilimitada no debe extenderse a los comanditarios, sino en el caso de mala fe. Y ésta sólo es apreciable por la resolución judicial teniendo en cuenta el complejo de circunstancias que concurren en cada caso.

JOSÉ M. PIÑOL AGUADÉ

GÓMEZ GÁLLIGO, FRANCISCO JAVIER: *Distinción entre faltas subsanables e insubsanables en la calificación registra!*, tesis doctoral, dirigida por el Profesor La-cruz Berdejo, prólogo de José María Chico, Centro de Estudios Hipotecarios del Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, un tomo de 275 págs., Madrid, 1989.

El objetivo que se propuso el doctorando al preparar su tesis fue, sin duda, ambicioso. Nada menos que abordar el problema de la clasificación de las faltas de que puedan adolecer los títulos que se presentan a inscripción, intentando conseguir una perspectiva global de donde extraer criterios precisos para distinguir las subsanables de las insubsanables.

Porque la Ley Hipotecaria, en su artículo 65, como todos sabemos, se limita a señalar las consecuencias: si la falta es subsanable se concede un período de purgatorio que se puede reflejar en una caucional anotación preventiva, si es que se pide. Si es insubsanable, recaen sobre el título las penas del infierno, con denegación absoluta y sin anotaciones que valgan. Y, a seguido, dicho precepto legal carga sobre el Registrador la decisión de distinguir ambas clases, sin más apoyatura ni guía que indicarle que debe atender tanto al contenido como a las formalidades del título, en relación con los asientos del Registro. Todo ello sin proporcionarle criterio válido alguno.

Y esa distinción, ya lo hemos visto, no tiene sólo un interés teórico, sino una gran trascendencia práctica en cuanto a sus consecuencias.

Por eso hay que felicitar a nuestro compañero **Francisco** Javier Gómez Gáligo por la valentía con que aborda este oscuro tema, al cual trata de modo completísimo, hasta conseguir desentrañarlo, obteniendo a la vez su título de Doctor, con las máximas calificaciones, por lo que repetimos nuestra felicitación. Un Registrador más, y ya no somos pocos, que cuenta con el Doctorado.

Encabeza el libro, de modo certero y ameno como siempre, un prólogo de José María Chico en el que apostilla que las formalidades **definitorias** o conceptuales que se utilizaron para distinguir las faltas subsanables o insubsanables por las normas hipotecarias anteriores no lograron una aceptación pacífica por la doctrina que se perdió en disquisiciones que, a veces, hacían más oscuro el concepto y más indecisa la consecuencia jurídica de la calificación. Cree el prologuista que ante la variedad de supuestos que ofrece la vida jurídica, será preciso ir examinando la cuestión caso por caso, sin poder llegar a una teoría general que sea válida siempre.

El autor empieza la obra por los cimientos, como está mandado, es decir, estudiando la evolución histórica de la cuestión y recogiendo lo que él considera el modelo o prototipo del primer defecto insubsanable calificado por la misma norma legal, estableciendo en la célebre Pragmática por la que Carlos III creó en 1768 los Oficios de Hipotecas. La Ley Hipotecaria de 1861 aventuró una distinción entre aquellas faltas que necesariamente produjeran o no la nulidad de la obligación; su Reglamento parecía centrar el quid en que se encontrase el defecto en el meollo de la propia relación jurídica o sólo en la «cáscara» del documento donde se recogía el negocio. En el Reglamento de 1870 se incidía en la idea, al hablar de la «forma externa» del documeanto como portadora de una posible subsanación. Pero en el Reglamento de 1915 se aparta esa idea puramente formalista y se adopta una redacción omnicompreensiva y más genérica que es la que ha pasado por fin al artículo 65 de la Ley vigente: el Registrador, para distinguir entre las dos posibles clases de faltas, deberá atender tanto al contenido como a las formalidades de los títulos, siempre en relación con lo que resulte de los asientos existentes.

Y aquí quiero ver a los teorizantes. Gómez Gáligo nos recoge la interminable controversia doctrinal, exponiéndonos la teoría de las formas extrínsecas, la que basa la diferenciación por su origen, según sea el contrato o documento, aquella otra que basa la distinción en los efectos sobre la validez o anulabilidad de la obligación, la teoría que se basa en si es o no posible practicar la anotación preventiva, la tesis intermedia de Poveda Murcia que distingue los diversos supuestos de faltas nacidas del título o de la obligación, según que produzcan o no su nulidad. Después recoge el autor las teorías modernas de Chico, Arnaiz y Camy. Para el profesor Lacruz Berdejo, director de la tesis, hace poco fallecido, el cambio de formulación del artículo 65 de la Ley supone renunciar a una fórmula legal abstracta y conceder un amplio margen al arbitrio del Registrador para la calificación concreta y casuística de las faltas. En todo caso, dice, la distinción radica en si el defecto es susceptible de remoción sin que tal enmienda suponga replantear la rogación o cambiar el título durante la vigencia del asiento, para en un caso suspender y en otro denegar. El último eslabón doctrinal es de José Manuel García García, según el cual el criterio distintivo debe basarse en los principios de prioridad y retroactividad y propone la utilización de las expresiones «motivos de suspensión o denegación» que es más amplia que la de faltas, ya

que también incluye los obstáculos del Registro u otros impedimentos que no son falta ni defecto.

Tras una cuidadosa exposición del Derecho comparado, el autor, como presupuesto previo y necesario para el estudio general del tema, aborda la cuestión de la naturaleza jurídica de la calificación registral, repasando todas las teorías conocidas. Hace una certera delimitación de los elementos **negociales y formales** que entran en la **función calificadora**, dirigida principalmente a proteger el tráfico jurídico inmobiliario y resalta que la calificación del Registrador no se limita a señalar las **faltas** de los títulos, sino que más bien se extiende al asesoramiento sobre su subsanación, **informando** a los interesados respecto a las consecuencias de la situación registral existente.

En el capítulo IV estudia el tema de la ineficacia de los negocios jurídicos en general por las repercusiones que puede suponer frente al Registro, según sus distintos grados. Así, serán tratados de modo diferente los negocios inexistentes, los nulos de pleno derecho, los anulables, los válidos pero irrelevantes y los que pueden ser sometidos a resolución o revocación. Todos los contempla Gómez Gállico, sobre todo en su aspecto de la efectividad respecto a terceros, analizando la posibilidad de sanación en sus diversas formas, todo ello con estudio de los preceptos legales aplicables a cada caso.

El ámbito de la calificación registral puede variar según el título se presente bajo la forma de escritura notarial o se trate de documentos judiciales o administrativos y de ello se ocupa también el autor, que pasa, en el capítulo VI, a presentar la doctrina de la Dirección General de los Registros y del Notariado en cuanto a las faltas. El autor recoge una lista de Resoluciones en las que el Centro Directivo se ha pronunciado por la naturaleza subsanable o insubsanable del defecto apreciado por el Registrador. De ellas extrae una serie de principios orientadores en la materia, como la libertad contractual y el fomento del tráfico, el de la agilidad del procedimiento registral, el de economía procesal, la conservación del negocio, concordancia con la realidad, evitación del fraude y de perjuicios al titular y a terceros, la cooperación con la Administración de Justicia y otros más, como la interpretación restrictiva de normas prohibitivas y la no entrada en el Registro de pactos sin fuerza real y de situaciones jurídicas carentes de firmeza.

Los capítulos VII y VIII del libro contienen una lista exhaustiva de Resoluciones de la Dirección General en las que el autor encuadra detalladamente las diversas causas de las **faltas subsanables e insubsanables**, clasificándolas por su origen, según dimanen del incumplimiento de un derecho material, registral o formal, para terminar en el capítulo IX con el estudio de la subsanación que, en nuestro ámbito, es el procedimiento por el cual una relación jurídica adquiere definitivamente la eficacia registral de que provisionalmente carecía. Tras repasar los distintos medios de sanación de las faltas, contempla la publicidad registral de esa subsanación.

El libro termina con un capítulo de conclusiones, donde el autor resalta la necesidad de enfocar el problema de la distinción de un modo global, teniendo en cuenta las distintas aportaciones legislativas, **históricas**, doctrinales y jurisprudenciales, para poder extraer los elementos característicos que diferencian las faltas subsanables de las insubsanables.

Aun con estas precauciones, Gómez Gállico se arriesga a dar una **diferente** definición de las faltas. Son subsanables, nos dice, aquellos defectos de que adolece un **título** presentado a inscripción, tanto en su aspecto material como formal, que además de ser susceptibles de subsanación, únicamente determinan

la ineficacia registral provisional de la relación jurídica creada y, en consecuencia, permiten mantener la prioridad derivada del asiento de presentación primitivamente practicado, sin necesidad de una nueva presentación de la titulación complementaria. E insubsanables serían, a juicio del autor, las faltas que determinan la ineficacia registral definitiva del título presentado, exigiéndose en caso de ser objeto de sanación una nueva presentación, sin que a estos efectos mantenga su vigencia la prioridad ganada con el asiento de presentación primitivamente practicado.

De todo lo dicho queda clara la altura doctrinal de la tesis doctoral y el enorme trabajo de investigación y búsqueda de supuestos, con su correspondiente apoyatura jurisprudencial. Supone, sin duda, una gran aportación y una ayuda inestimable para la labor práctica diaria de nuestros despachos.

Por todo ello, enhorabuena de nuevo.

FRANCISCO CORRAL DUEÑAS

SENADO: *El Código Civil, Debates parlamentarios, 1885-1889*, Dirección de Estudios y Documentación, Servicio de Publicaciones del Senado, introducción de José Luis de los Mozos, Madrid, 1989, dos tomos de 2116 págs.

La *Gaceta de Madrid* de los días 25, 26 y 27 de julio de 1889 publicaba el texto de la nueva edición del Código Civil hecha con las enmiendas y adiciones propuestas por la Sección de lo Civil de la Comisión General de Codificación, según el resultado de la discusión habida en ambos Cuerpos Colegisladores, en cumplimiento del Real Decreto del día 24 del mismo mes, firmado por doña María Cristina, Regente del Reino, en nombre de su Augusto Hijo el Rey don Alfonso XIII.

Ha hecho un siglo de este hito fundamental en nuestra historia jurídica y con este motivo el Senado español ha recogido en dos voluminosos tomos, de presentación excelente y bien editados, los debates parlamentarios que tras cuatro años culminaron en la obra codificadora que se había iniciado a raíz de la Constitución de 1812.

Es una edición facsímil donde se reproducen los *Diarios de Sesiones del Congreso de los Diputados y del Congreso* en las páginas que recogieron las sesiones dedicadas al estudio y discusión de lo que habría de ser el Código. La florida oratoria parlamentaria, las propuestas y enmiendas, el tono de las discusiones e incluso la propia tipografía de aquellos Diarios Oficiales, forman un conjunto ambiental que nos transporta a la época, haciéndonos vivir el entorno y las tensiones doctrinales y políticas precedentes al nacimiento de nuestro Código.

Su publicación ahora constituye un pleno acierto del Senado, pues con este libro se colma una laguna existente en nuestra historiografía jurídica del siglo XIX, a lo que se añade la oportunidad de hacerlo con ocasión del centenario del Código.

La recopilación reproduce íntegramente y de modo cronológico tanto los debates como los textos de los dictámenes, votos particulares y enmiendas, así como los textos definitivos y se refieren tanto a los producidos en el Senado como en el Congreso de los Diputados, ya que ambas cámaras tenían competencias colegisladoras según la entonces vigente Constitución de 1876.

Como es sabido, hubo dos fases fundamentales en el proceso final de la codificación. En la **primera**, el Senado y el Congreso autorizaron al Gobierno, mediante la Ley de Bases, a la publicación del Código; en la segunda, una vez publicado éste, tiene lugar las discusiones que originan las enmiendas y adiciones que desembocan en la definitiva publicación. Cada una de estas dos **fases** se han recogido en los tomos I y II del libro, incluyendo dentro de cada una de las cámaras los debates respectivos, los textos y los anexos. Igualmente se recogen las peticiones de datos, ruegos, preguntas, exposiciones y documentos que se originaron con ocasión de tan polémicos debates. Al final se incluyen índices de oradores y de exposiciones que **facilitan** la consulta.

Otro de los aciertos del Senado en esta ocasión ha sido encargar al Catedrático de Derecho Civil, Profesor José Luis de los Mozos, Senador en la pasada legislatura y actual Magistrado del Tribunal Constitucional, que hiciese una introducción, que ha resultado un magnífico trabajo doctrinal.

En él nos dice que esta obra de ahora es, además de oportuna, muy importante, dada la carencia de materiales para estudiar el desarrollo de nuestra codificación civil, tanto en su aspecto general como en relación con cualquier cuestión concreta. En efecto, estos antecedentes legislativos pueden incluso tener interés para la mejor interpretación de alguna norma o institución determinadas.

Al recogerse el desarrollo prelegislativo, con este itinerario se puede tener una idea más completa del Código y comprobar que las críticas con que fue recibido no son justas. Se dijo que fue una obra precipitada y además mal hecha por ser mera copia de otros códigos extranjeros; si se considera que nuestra codificación duró casi ochenta años, el primer argumento cae estrepitosamente; el otro tampoco es cierto, puesto que el Código ha recogido lo más importante de nuestra tradición jurídica, aun a trueque de tener que admitir algo foráneo; en este punto, uno, que fue alumno de don Federico de Castro, no tiene demasiadas dudas sobre el particular.

Pero sigamos con el comentario del Profesor De los Mozos. Este estudia lo que es la codificación que no puede quedar reducida a la simple idea etimológica de la palabra código como «libro de leyes». En su sentido técnico moderno es un conjunto de normas jurídicas ordenadas sistemáticamente, presididas en su formación por una unidad de criterio y de tiempo. De este modo se contraponen las ideas de código y recopilación, ya que el primero, aparte de responder a un fenómeno cultural más amplio, concretado en el encuentro entre el Derecho natural racionalista con la Ilustración, tiene una serie de ventajas evidentes desde el punto de vista práctico, frente al pluralismo y la incertidumbre de la legislación antigua. Otro elemento definidor de la codificación moderna, según De los Mozos, es que se inserta dentro del movimiento más amplio del constitucionalismo, como fundamento de la organización jurídica de un nuevo tipo de sociedad política basada en la libertad del individuo y la igualdad de los ciudadanos.

A continuación repasa De los Mozos los precedentes de la codificación civil en España, desde la Constitución de 1812, recorriendo los diversos avatares que todos conocemos y que dependían bastante de los pendulazos políticos de la época. Resalta la importancia del Proyecto de 1851, antecedente básico inmediato del Código, y que al no ser bien recibido hubo de posponerse porque una oposición, científica y foralista, cada vez más fuerte, dio lugar a un frenazo en la codificación. Fue entonces cuando, ante necesidades perentorias e inaplazables, hubo que recurrir a las leyes generales sobre materias especiales como la Hipotecaria, Notariado, Aguas y las del matrimonio y Registro Civil.

Las actividades codificadoras se reanudan a partir de 1880 en que se reorganiza la Comisión General de Codificación, incorporando representantes de las regiones forales, para que, tomando como base el Proyecto de 1851, se procurase recoger las instituciones forales que lo mereciesen. Aun así, el proyecto resultante de la Ley de Bases de 1881 fue rechazado por las Cortes que querían conocer el texto íntegro del Código. El Ministro Alonso Martínez no se desalienta y presenta los dos primeros libros del Proyecto de Código, igualmente sin éxito.

Y en este momento acaban, como nos dice De los Mozos, los precedentes propiamente dichos de la codificación civil. La historia posterior, hasta la definitiva promulgación del Código se halla contenida en los textos de este libro que comentamos. Va, ya lo hemos dicho, desde la presentación de la Ley de Bases en enero de 1885, hasta la promulgación del Código Civil, con la posterior revisión de su primera edición. Dicha Ley de Bases tiene dos novedades principales: la referente a las formas del matrimonio y el respeto al Derecho foral, con sus propias normas supletorias, quedando el Código relegado a ser supletorio de segundo grado. Con todo, su aceptación no fue nada fácil, como lo prueban las discusiones que se recogen en estos volúmenes a que nos estamos refiriendo.

Los principios que habrían de inspirar el Código Civil, según la Ley de Bases, los analiza José Luis de los Mozos empezando por la base primera, donde se señala que no se trata de innovar, sino de recoger el Derecho civil patrio, tomando como punto de partida el Proyecto de 1851, pero solo «en cuanto se halla contenido en él el sentido y capital pensamiento de las instituciones civiles» de nuestro Derecho histórico; en las bases 5, 6 y 7 se determinan en el modo ya señalado las relaciones entre el Código y los Derechos forales. A continuación examina el Profesor de los Mozos otros criterios que, a su juicio, influyeron en la redacción del Código, tales como el entonces candente tema de las formas de celebración del matrimonio; los aspectos en que se aleja o se acerca del Proyecto de 1851, los criterios tomados de las leyes generales de aplicación a todo el territorio nacional y los inspirados en la recepción de normas procedentes de los Derechos forales. Concluye el autor que no puede por ello despojarse a la Ley de Bases de todo valor actual, pues al menos lo tiene indudablemente como instrumento de interpretación histórica y aun finalista, tal como lo viene entendiendo la doctrina y hasta la jurisprudencia.

Al estudiar ya el contenido del Código, José Luis de los Mozos nos dice que, aparte de sustituir, modificando o recogiendo, aparte del Derecho general de aplicación en todo el territorio nacional, también substituyó al Derecho castellano en su significado Derecho común, o como dijera el Profesor De Castro, ha heredado la situación que tuvieron Las Partidas y la Novísima Recopilación. Se ha dicho que el Código contiene escasamente la tercera parte de la materia que debía corresponderle, pues las leyes especiales debieron incluirse en su articulado, como lo había establecido la Ley de Bases.

Tras reseñar la sistemática del Código y hacer referencia a las discusiones y críticas sobre la misma, entra el Profesor De los Mozos en la debatida cuestión de arcaísmo o modernismo. Es opinión común que la codificación en España es obra de la Restauración y fruto del clima de concordia política de la época; aunque esto sea cierto, no debe olvidarse la importancia de sus precedentes y las dificultades de su desarrollo, con sus entusiasmos y desencantos y todo el cúmulo de problemas prácticos y técnicos, que pueden verse en los debates parlamentarios que se recogen en el libro.

Opina De los Mozos que las diferencias entonces existentes entre la tradición jurídica general y las particulares de cada provincia eran mucho menores de las

que imaginamos, porque aquel contexto de leyes antiguas o modernas tenían mucha menos **importancia** de la que tienen ahora y el espacio que dejaban libre lo ocupaba la doctrina del Derecho común.

Desde el punto de vista de las ideas sociales, el Código es moderadamente individualista y liberal, traduciendo el sentimiento de las **fuerzas** políticas entonces predominantes; se ve el respeto a la libertad y la dignidad de la persona, aunque no dejen de aparecer algunos lunares que modernamente no nos parecen aceptables.

Finalmente, el comentarista opina que tampoco puede decirse que el Código no tuviera detrás un **fundamento** científico, tenía el **fundamento** de la doctrina del *usus modernus Pandectarum* contrastado con un conocimiento nada superficial de las corrientes doctrinales de mayor apogeo en la época. Y termina su introducción resaltando la indudable fuerza expansiva del Código que concreta en que es supletorio respecto de leyes civiles especiales, tanto en el conjunto del Derecho privado como de las materias civiles contenidas en otras leyes, discutiéndose si también puede extenderse respecto a leyes administrativas. Igual función de Derecho común tiene respecto de los Derechos forales, en cuanto lo permita la naturaleza del *ius proprium* de tales Derechos.

Además de comentar este excelente y documentado trabajo de introducción de José Luis de los Mozos, no podemos dejar sin indicar que el libro reúne todas las condiciones para ser considerado un relevante recuerdo del centenario del Código. La edición es correcta por su completo contenido y además por su aspecto externo que se concreta tanto en una digna encuademación y presentación, como por su tipografía, fiel reproducción de la de la época.

Un acierto total por el que hay que felicitar al Senado y a cuantas personas han intervenido en esta magnífica obra de nuestra historia jurídica.

FRANCISCO CORRAL DUEÑAS

PASCUAL ESTEVILL, LUIS. *Hacia un concepto actual de la responsabilidad civil*, tomo I, parte general, con 127 páginas; tomo II, volumen 1.º; parte especial «La responsabilidad contractual», con 364 páginas, Editorial Bosch, Barcelona, 1989.

Para exigir responsabilidad civil por daños ¿es preciso probar la culpabilidad del causante o basta con mostrar la lesión? ¿La responsabilidad requiere un elemento subjetivo o es puramente objetiva? *That is the question* que se plantea el autor, inclinándose más bien por la segunda respuesta, como vamos a ver.

Empieza su libro diciendo que la complejidad y variedad del momento económico presente reclaman concepciones amplificadoras del significado de la responsabilidad civil; la diversidad y naturaleza de los nuevos elementos de la producción de bienes y servicios determinan dinámicas obligaciones diferentes de las contempladas hasta ahora, pues generan modalidades de daños que demandan la asunción de un mayor compromiso frente a los actos y omisiones, como remate de una mayor protección de los derechos.

El autor de este interesante libro, Doctor en Derecho y Abogado en ejercicio en Barcelona, es ya conocido de nuestros lectores, pues ha publicado varios valiosos trabajos en esta Revista.

Comentamos el tomo I y el volumen 1.º del tomo II, con el contenido que vamos a ver. Se nos anuncia para después el volumen 2.º de la parte especial, que se dedicará al estudio de la culpa delictual, de la extracontractual y de aquella en que se puede incurrir en las negociaciones preparatorias de un contrato.

I. Parte general

El concepto de responsabilidad, nos dice el autor, es anejo al de libertad. Garantizada la libre determinación del individuo, las consecuencias son el resultado de sus decisiones, siendo esta regla moral la que mejor cuadra con las exigencias del ordenamiento civil. Pascual Estevill enfoca el tema de la responsabilidad, pues, en relación con la libertad, no como si se tratara de una situación de conflicto, sino más bien como institutos concatenados.

A continuación estudia la significación que tiene la responsabilidad civil en nuestro Ordenamiento y en los Códigos civiles continentales y nos dice que la doctrina civilista, sin ignorar la incidencia que el elemento subjetivo habrá de ejercer cuando el daño se produzca mediando culpa o negligencia, ya contempla también aquellas otras situaciones en las que, aun observándose la diligencia adecuada, se causa un perjuicio a otros violando los límites de libertad. Entonces el ilícito consiste simplemente en la invasión de la esfera de intereses ajenos, sin más.

La jurisprudencia del Tribunal Supremo español y de los Tribunales de Casación continentales, aunque no abandona con facilidad el axioma culpabilista recogido en la totalidad de los Códigos europeos, ya va recibiendo en modernas sentencias la corriente objetivista del principio *pro damnato*.

En definitiva, el principio de la nueva responsabilidad civil que propugna Pascual Estevill se centra en la idea de asumir un mayor compromiso frente a los actos u omisiones del agente como presupuesto indispensable para garantizar una protección más eficaz de la esfera ajena. Y esto viene justificado por una realidad innegable y es que en la actualidad hay nuevos elementos originadores de reacciones humanas que en tiempos pasados no se daban o eran diferentes; a su amparo surgen responsabilidades convencionales o aquilianas que merecen un trato distinto. El tradicional principio de la culpa, antaño válido, ya no es suficiente para restablecer las actuales situaciones de desequilibrio económico que se pueden producir por los adelantos técnicos o científicos del momento presente.

El autor entiende que el principio *neminem laedere* es válido y aplicable a todos los tipos de responsabilidad y no sólo a la aquiliana, porque la regla de que no debe invadirse la esfera de los intereses ajenos es básica y común a todas las instituciones. Por ello afirma que la responsabilidad civil por el simple riesgo debe aceptarse como una solución mediadora entre el beneficiado por el progreso y que pueda resultar afectado. La responsabilidad, sea contractual o extracontractual confluye en la relación entre daño causado y riesgo por razón de la movilización del elemento lesivo; se trata de una responsabilidad objetiva por el riesgo o resultado, aunque la lesión al interés ajeno se origine sin la mediación del elemento moral.

En definitiva, concluye Luis Pascual, que el momento económico actual es tan distinto del contemplado por las normas codificadas que se hace preciso ampliar las concepciones antiguas sobre el significado de la imputabilidad del daño a la hora de valorar la responsabilidad civil. Frente a los riesgos que nos

deparan los adelantos tecnológicos, no vale como referencia *segura* de la imputabilidad el principio de la culpabilidad basado en la responsabilidad moral del autor del daño.

Naturalmente, el autor, junto a su tesis de la responsabilidad objetiva, no puede por menos que dejar a salvo que el principio de la culpa intencional o la negligencia actuarán en los casos de las obligaciones convencionales como elementos subjetivos agravatorios de la responsabilidad que se traduce en el abono de daños y perjuicios por incumplimiento culpable del contrato.

Parte especial. *La responsabilidad contractual*

En este volumen 1.º del tomo II de su obra el autor acomete el estudio de los problemas que pueden dimanar de las relaciones nacidas de una obligación pactada, cuando el programa de pagos trazado por las partes se ha incumplido.

Este es el eje central de donde arranca la exposición de Pascual Estevill siguiendo en su idea, ya esbozada, de que también la responsabilidad convencional debe tener la consideración de objetiva y nos dice que aunque una aparente lectura del artículo 1.101 del Código Civil induce a pensar que es preciso el elemento subjetivo del dolo, la negligencia o la morosidad del deudor, la verdad es que esto es sólo una posibilidad alternativa que no modifica para nada la idea principal del precepto que proclama que quedan sujetos a indemnizar daños y perjuicios todos aquellos que de cualquier modo contravengán el tenor de la obligación. Con esta precisión es necesario admitir que el solo hecho de perturbar el derecho del titular del crédito basta por sí mismo para activar el mecanismo de la responsabilidad, sin precisar otros requisitos; así lo *confirma*, en opinión del autor, el artículo 1.107 CC al señalar que los daños y perjuicios de que ha de responder el deudor de buena fe son aquellos previstos al nacer la obligación y que «sean consecuencia necesaria de su falta de cumplimiento». Por ello, entiende que parece evidente que en el marco convencional, en el que por sus consecuencias ya se ha dejado establecida la obligación, sólo se requiere su incumplimiento para que se concrete tal deber resarcitorio.

La cuestión de la responsabilidad contractual es estudiada extensamente a lo largo de las 360 páginas de este volumen, empezando por los precedentes, requisitos y motivos del elemento culposo que es el central a la luz de la legalidad vigente, interpretada de modo mayoritario por la doctrina científica y la jurisprudencia del Tribunal Supremo.

Aborda detenidamente después los presupuestos que se consideran indispensables para conseguir un cumplimiento idóneo de las obligaciones nacidas de contrato, tales como la diligencia y prudencia del sujeto pasivo. Recalca que el principio de la buena fe está consagrado en nuestro ordenamiento jurídico como requisito de presencia necesaria en toda relación obligacional. Dándose tales presupuestos, lo normal será el cumplimiento de la obligación.

Si faltan, el crédito se verá perturbado al infringirse el programa prestatorio preestablecido por las partes y esta violación del derecho se constituye en cuestión previa para determinar la responsabilidad del deudor. Pascual Estevill se adentra en su estudio, considerando especialmente las diversas situaciones que la conforman y repasa todos los supuestos a la luz de los preceptos legales, la doctrina nacional y extranjera y la jurisprudencia.

En el apartado siguiente estudia el artículo 1.101 CC como regla básica que establece con carácter general la responsabilidad originada por la contravención

de las obligaciones nacidas de contrato y analiza los precedentes y concordancias de este **precepto**, así como su significado jurídico. Como ya había apuntado antes, Pascual Estevill nos dice que si de su letra se sacan el dolo y la negligencia, cuyo marco está mejor situado en el artículo 1.107, y a la mora se la concibe como un simple retardo, resultará evidente que el artículo 1.101 sólo tendrá virtualidad para producir efectos al punto que se produzca el incumplimiento, se deje de realizar la prestación debida o se infrinja el programa **solutorio** que las partes habían establecido.

Así pues, el incumplimiento de la obligación es el verdadero y único motivo determinante para la actuación de la responsabilidad contractual; insiste el autor en que será el hecho objetivo de no pagar o hacer lo debido el que desencadenará, también objetivamente, la responsabilidad del sujeto obligado al cumplimiento; si interviniera el dolo o la negligencia solamente se añadirá una consecuencia nueva que será la graduación o agravamiento del *quantum*, pero la responsabilidad ya existía.

En el capítulo V estudia el contenido y los límites de la responsabilidad, que se concretan en la sobrevenida imposibilidad **solutoria** de la prestación debida, siempre que dicha imposibilidad sea objetiva y absoluta y no imputable al obligado. Sólo se extingue la relación obligacional cuando por caso fortuito o fuerza mayor resulta imposible entregar la cosa o cuando fuese legal o físicamente imposible realizar la prestación (arts. 1.182 y 1.184 CC). Los límites de estas exigencias dice el autor, se identifican con los confines de la responsabilidad del deudor por su propia actuación.

En el último capítulo del libro se estudia la posibilidad de modificar por convenio **inter partes** la regla general de la responsabilidad, bien limitándola, agravándola o incluso pactando su exoneración. La cuantía de la responsabilidad puede ser regulada por el arbitrio discrecional de los interesados intervinientes; es un principio generalmente admitido por la doctrina y la jurisprudencia y que encuentra su apoyo legal en el artículo 1.255 del CC, aunque con los límites generales de validez que dicho precepto establece.

El autor recogió algunos casos de una creciente «fenomenología de la irresponsabilidad», tales como esos frecuentes avisos de «no se admiten reclamaciones», «este establecimiento no responde de...», etc. y se muestra contrario a tales prácticas, **frontalmente** opuestas a los artículos 1.101 y 1.902 del CC y a los preceptos de la Ley de Defensa de los Consumidores y Usuarios.

Una de las cláusulas más frecuentes en los contratos es la penal por la que se pacta una compensación pecuniaria para caso de incumplimiento; Pascual Estevill desarrolla su naturaleza y fines y estudia las otras figuras afines conocidas, de las que debe ser distinguida por sus diferentes efectos.

Termina, por **ahora**, el libro diciendo que las relaciones de obligación, excepción hecha del contenido social que las envuelve, están funcionalizadas al intercambio de bienes y servicios entre los hombres, siendo así que la observancia del *pacta sunt servanda* transmite aquella regularidad jurídica que el establecimiento, pervivencia y ejecución de la obligación pactada necesita.

Hemos visto que la obra tiene denso contenido y el autor trata el tema concienzudamente; ha realizado una enorme labor de síntesis de la legislación, la doctrina y la jurisprudencia y ha conseguido exponer con gran brillantez su tesis de la responsabilidad civil objetiva en general y en la esfera contractual. Ahora, a esperar su labor en la responsabilidad extracontractual.

FRANCISCO CORRAL DUEÑAS