

ALLEN, CARLETON K.: *Las fuentes del Derecho inglés*. Trad. por A. Ortiz García. Madrid, 1969. Instituto de Estudios Políticos.

La obra *Law in the making*, de Allen, ha tenido una extraordinaria difusión en el mundo de lengua inglesa. Al ofrecer su traducción en español se nos brinda la oportunidad de conocer a través de un libro de elevado interés científico la concepción jurídica del pueblo inglés, su conjunto de fuentes, entre las que destaca la función creadora del juez. Nos permite también establecer una comparación con nuestro propio sistema de derecho, cuyos orígenes históricos y principios son distintos, y, en último término, podemos aprender siempre las soluciones a que llegó la experiencia de ese derecho vecino al nuestro.

La traducción viene acompañada de un previo estudio de la organización judicial inglesa que los traductores han considerado indispensable para llegar a comprender algunas de las cuestiones que en la obra se plantean. Aunque conciso, este estudio resume de manera clara y perfectamente asequible el complicado sistema de la organización judicial inglesa, fundamentalmente distinto al nuestro. Esquemáticamente, MARSH resume las características del Derecho inglés. En primer lugar, su continuidad histórica; en realidad no hay ninguna ruptura importante en el sistema jurídico inglés desde la conquista normanda hasta nuestros días. En segundo, la importancia de la centralización. Los tribunales ingleses, desde el siglo XII, tienen su sede en Londres. En tercero, la posición de la magistratura, que goza de un gran prestigio y autoridad, no sólo por el número muy elevado de jueces, sino también por la facultad que tiene el juez de crear el derecho. Y, finalmente, el elemento laico, que en el sistema jurídico inglés, a través del jurado, desempeña un relativo papel en el proceso legal del país.

Finaliza la exposición el traductor recogiendo unas palabras de MATLAND, uno de los más relevantes historiadores del Derecho británico, que pueden repetirse aquí, la magistratura inglesa—que, como toda obra humana, tiene sus defectos y sus virtudes—sigue su camino *stumbling forward in our empirical fashion, blundering into wisdom*.

En su introducción, ALLEN analiza las dos concepciones fundamentales sobre la génesis del Derecho: la que sostiene que la esencia del derecho consiste en ser impuesto a la sociedad por una voluntad soberana y la que, por el contrario, sostiene que la esencia del derecho radica en desarrollarse dentro de la sociedad por su propia vitalidad. Para ALLEN, en el primer caso el derecho es artificial, hay una autoridad omnipotente, muy superior a la sociedad, promulgando hacia abajo sus mandatos; en el segundo, el derecho es espontáneo y crece hacia arriba, con independencia de cualquier voluntad dominante. Según la primera de estas concepciones, la existencia de una voluntad soberana dominante es requisito previo y absoluto para todo derecho. Antes de poder hablar de la existencia de normas merecedoras del nombre de derecho, tiene que

haber un soberano del que deriven su autoridad. La doctrina de AUSTIN defiende esta postura: la legislación es la expresión más apropiada de la voluntad soberana por ser la más directa. AUSTIN clasificó al Common Law, la costumbre, los precedentes, la equidad como «fuentes subordinadas». La doctrina de AUSTIN, sometida a duras críticas, era un reflejo de la de HOBBS. La estabilidad y la autoridad encierran el grave peligro de conducir hasta los que se han denominado estados totalitarios; para una comunidad democrática, la teoría de AUSTIN es bastante inadecuada. Y, sin embargo, la doctrina austiniana perdura todavía en Inglaterra.

A continuación estudia ALLEN los principales movimientos de la teoría de la jurisprudencia, que conducen a la posición hasta ahora prevalente en el derecho inglés, y que determinan radicalmente, según confiesa, en su manera de enfocar el estudio de las fuentes del derecho.

Un análisis histórico centra el tema. En él se destaca la idea del poder y de la ley en la Edad Media; el movimiento racionalista del siglo XVIII, sobradamente conocido para que aquí nos detengamos en él; la rebelión contra el racionalismo, en las reacciones teológica, histórica, la concepción savigniana del derecho y una serie de escuelas que van apareciendo posteriormente: sociología y escuela orgánica, iusnaturalismo, la doctrina de STAMMLER, KOHLER, etc. Se detiene especialmente en las teorías de EHRLICH, ROSCOE POUND y del movimiento realista americano, que tiene su antecedente más inmediato en la doctrina de LEÓN DUGUIT. La principal característica de este movimiento es la de atacar influencias que producen los «accidentes de litigio», por medio de los elementos variables del método forense y especialmente de la técnica judicial. Es interesante poner de relieve, dentro del orden de ideas que se desarrolla en este tema, las palabras siguientes: «Se paralizaría el desarrollo legal si nos permitiésemos creer que cualquiera que sea el derecho siempre es justo», palabras que pudieran ser tema de reflexión para nuestros tribunales de justicia y para nuestros juristas. En Estados Unidos, la influencia de las decisiones judiciales en la formación del derecho está destinada a ser particularmente poderosa e influyente, porque no hay que olvidar, por otra parte, que es un país en donde nació la filosofía pragmática, que conduce a una especial visión del derecho. El movimiento o dirección realista, no obstante, se ha visto criticado por sus exageraciones y últimamente está estrechamente relacionado con el sociólogo.

Después del análisis sucinto del realismo escandinavo, basado especialmente en las enseñanzas del filósofo AXEL HAGERSTROM, realismo que califica de «escéptico de la metafísica»—OLIVECRONA, dentro de esta tendencia, escribía que «el derecho no es más que un conjunto de hechos sociales»—, dedica un largo espacio de su estudio a Kelsen y su teoría pura del Derecho, que se alza en oposición a todo este realismo y le dedica una cuidada crítica.

Concisamente, de la exposición de las doctrinas referidas, ALLEN llega a la conclusión que estima necesariamente previa a su exposición de las fuentes del Derecho inglés: la de que el estudio de las fuentes de derecho no puede abordarse con la idea preconcebida de que se derivan de un origen único, ya sea del soberano, ya de cualquier otro.

Se va a ocupar, pues, en el trabajo que comentamos de aquellas fuentes de derecho de más frecuente estudio en esta ciencia, sin pretender una relación exhaustiva de las mismas.

Y ya para nosotros es aleccionador que la sistemática de este estudio se comience por la costumbre, siga con la interpretación judicial, después con la equidad. Y sólo finalmente, con la legislación ordinaria y subordinada.

Las diferencias de sistema son, como podemos ver, fundamentales y sustanciales.

Se aborda en el capítulo primero el tema de la costumbre, su naturaleza y origen. Hay hábitos y costumbres sociales. Y hay costumbres legales, las cuales tienen su sanción y obligan a los miembros de una comunidad social. Son reglas «legales», en el sentido que hoy se da a este término, y son reglas coactivas y obligatorias de conducta, cuya infracción constituye una infracción de un «deber» positivo. Delimita el «Common Law» como costumbre. No es simplemente un conjunto de reglas consuetudinarias espontáneas, pues ello equivaldría a ignorar la influencia vital de la interpretación judicial en el derecho inglés. Pero tampoco es primariamente una creación artificial de mentes expertas, como lo son los códigos y los estatutos o leyes. Está profundamente enraizado en la base de las ideas y de las instituciones nacionales. BLACKSTONE lo intentó definir como «el derecho común o no escrito, que tiene el carácter de costumbre general, que son regla universal de todo el reino». Junto a esta costumbre está la costumbre particular, que afecta a habitantes de distritos concretos (¿nuestra costumbre del lugar?). Y ciertas leyes particulares, que consuetudinariamente son adoptadas y usadas por algunos tribunales particulares, de jurisdicción bastante general y extensa.

Las costumbres generales, contenido del «Common Law», son aquellos principios fundamentales de las relaciones legales que en su mayor parte no se encuentran en ninguna formulación expresa, sino que se suponen inherentes en nuestros acuerdos sociales.

Destaca el valor de las «presunciones» en el «Common Law», hasta el punto de que el derecho inglés está construido sobre las mismas. Un ejemplo típico de lo que acabamos de decir es que un delito como el asesinato no tiene definición ninguna en el derecho inglés. Es su definición un mosaico de principios reunidos durante muchos años de práctica e interpretación.

Hace un estudio profundo del origen de la costumbre, tema que ha provocado tantas controversias. En este sentido, la costumbre se ha considerado como un fenómeno legal y social, que crece por fuerzas inherentes en la sociedad, fuerzas que, en parte—ha concluido del análisis de sus orígenes—, son de razón y de necesidad y, en parte, de sugestión e imitación.

Continuando su exégesis de la costumbre, el capítulo segundo se dedica a la interpretación y aplicación de la costumbre. Comienza con la exposición de una serie de posturas doctrinales en torno al problema, desde SAVIGNY hasta EHRLICH, que sirven para poner de relieve los trazos fundamentales del mismo. Y salta a nuestros ojos la distinta concepción de la costumbre en el derecho inglés. En cuanto a la «Common Law», destaca que en punto a su interpretación es de notar que aunque cuenta con amplios elementos consuetudinarios, «las costumbres del reino eran más costumbres de los tribunales que del pueblo, lo que las separa de la idea de costumbre acogida en el derecho continental. La justicia real asumió el papel de establecer una uniformidad aproximada en cuestiones esenciales, en contra de la sorprendente diversidad de la costumbre local. La costumbre suprema pasa a ser la costumbre del Tribunal del rey. Desde entonces los tribunales reales llevan a cabo un proceso perpetuo de reconciliación y armonización para que las divergencias locales, aun siempre respetadas y salvadas, a veces celosamente, no impidan la simetría de la estructura principal. Hay así, pues, una constante acción y reacción entre el derecho consuetudinario nativo y el «arte» del intérprete. Y esto fue lo que condujo a MAINE a sostener que es, en realidad, el jurista, el hombre de leyes, la verdadera fuente y origen de todo el derecho consuetudinario. Lo que es innegable es que el jurista «encuentra el derecho», pero influye en él. El jurista o el magistrado han de tratar siempre con prácticas derivadas de verdaderas nor-

mas sociales, nunca crean ni inventan la costumbre en el verdadero sentido de la palabra, la interpretación judicial a veces la deja intacta, a veces la modifica tan esencialmente que parece ser invención del intérprete.

El alcance de la costumbre, por lo que respecta a su aplicación, es cada vez menor a medida que se hace más explícita, como sucede en sistemas como el nuestro español, la formulación de las reglas legales, y se establece un sistema más elaborado de creación y administración del derecho. Siguen, sin embargo, perviviendo las costumbres antiguas y surgiendo nuevas costumbres. En punto a la aplicación de la costumbre, es principio rector del derecho inglés que si la existencia y la observancia de una costumbre se demuestra en un tribunal inglés por pruebas satisfactorias, la función del tribunal es meramente la de declarar que la costumbre es derecho. La costumbre no deriva su validez inherente de la autoridad del tribunal, «la sanción» del tribunal es declarativa más que constitutiva. Ahora bien, para merecer su reconocimiento hay que probar su verdadera existencia y vigencia.

En resumen, la costumbre existente es, por tanto, derecho y si no es puesta en duda actúa como tal. Si no se prueba su existencia, se declara que no es derecho y carece de validez, y en ocasiones, aun probada su existencia, si se prueba que es maligna en sus tendencias, es derogada por el tribunal y carece de fuerza coactiva.

El contenido del capítulo III es el estudio del precedente, su naturaleza jurídica e historia, comenzando por una teoría de la decisión judicial.

La teoría de la decisión judicial reviste especial interés para nosotros, que tenemos un sistema de derecho fundamentalmente distinto al inglés en este aspecto. Parte ALLEN de la premisa de la doble consideración que puede tener el proceso de la decisión judicial: deductivo e inductivo. La primera está asociada con los sistemas codificados y afirma que la norma legal aplicable en cada caso particular es fija y cierta desde el comienzo; la misión del juez es que se aplique esta regla según requiere la justicia, de acuerdo con el derecho y sin referencia ninguna al propio punto de vista personal del mismo. La sentencia del juez va directamente de lo general a lo particular, de la regla general a las circunstancias particulares del caso concreto. Y no está necesariamente influida por las deducciones de otros tribunales. De aquí se concluye que ninguna sentencia individual contiene autoridad futura en sí misma. Esto no quiere decir que se niegue el valor de las sentencias judiciales anteriores ni que deba el juez desconocerlas. En todos los sistemas judiciales hay algún grado de uniformidad judicial.

La teoría de la inducción es propia del derecho inglés; parte de un método distinto para buscar la regla general aplicable al caso particular. No concibe la regla general directamente aplicable por simple deducción. Actúa de lo particular a lo general. Razona de manera inductiva y en el proceso el juez se ve obligado por las decisiones de los tribunales más elevados que el suyo.

Para ALLEN, ambas teorías en su concepción son diferentes, pero en su aplicación no, por mucho que parezca su divergencia.

Hace un estudio del sistema judicial romano, que tantas analogías tiene con el inglés. Y un estudio comparativo del sistema francés con el inglés.

El sistema francés es un sistema típico de método judicial deductivo. Pero ALLEN pone de relieve la extraordinaria importancia que tiene la doctrina y la jurisprudencia en el sistema francés, como ocurre en el nuestro. El respeto a los casos decididos, sin embargo, nunca puede equipararse al «precedente» del sistema inglés. Hay en el derecho francés colecciones de jurisprudencia, a la manera que los ingleses tienen sus *case books*. Una fuerte y uniforme línea de decisiones puede llegar a mo-

dificar la norma legal incluso. Pero nunca, repetimos, llega a tener la decisión judicial fuerza vinculante. La *Cour de Cassation* no permite ninguna apelación en base a la jurisprudencia, sino en todo caso en base a la ley.

Si nos lo permitiera el espacio, podríamos transcribir, con la minuciosidad que requiere la importancia del tema, el análisis del desarrollo de los precedentes en derecho inglés. Pero hemos de limitarnos a una concisa referencia, en la que se destaquen algunos puntos esenciales del mismo. Los precedentes tienen una larga tradición en el derecho histórico inglés. Ya en la obra de BRACTON se encuentran unas 500 referencias a casos juzgados. La aparición de los *Year Books* fue decisiva en el desarrollo de los precedentes y su fuerza vinculativa, pese a sus defectos y a que no eran lo que ahora se entiende por «recopilaciones».

La fuerza de los precedentes crece con el tiempo. En los siglos XVI y XVII aparecen las recopilaciones privadas, pero hasta mediados del siglo XVIII, en el que aparecen las recopilaciones de BORROW, la teoría y la práctica del precedente estuvo en condiciones muy fluctuantes. Será después de esta fecha que los precedentes formarán parte integrante ya del sistema del «Common Law». En nuestros días, el sistema inglés de autoridades depende de una clara e inmovible jerarquía de los tribunales. La Cámara de los Lores es un tribunal absolutamente legal y sus decisiones inatacables por ningún otro tribunal. Hay, por otra parte, recopilaciones cuidadosas de las decisiones fácilmente accesibles. ALLEN aporta en su obra un minucioso estudio de las recopilaciones y una crítica de las mismas.

El capítulo IV se dedica al análisis de la autoridad y actuación del precedente, recogiendo las reglas generales para su aplicación en el derecho inglés.

En primer lugar, todo tribunal está vinculado por las decisiones de tribunales superiores y los grados de autoridad en la jerarquía judicial se comprenden y se observan perfectamente, aunque para nosotros sea difícil, en principio, de comprender. Está en función de la estructura, como hemos dicho, del sistema judicial, que reviste a nuestros ojos una complicación, análoga a la que ellos sienten ante el sistema deductivo francés.

El Tribunal de Apelación viene considerado ligado por sus propias decisiones. Sin embargo, es lógico que se plantee una problemática en cuanto a la necesidad de relajar los lazos del precedente cuando amenaza privar de la necesaria vitalidad al derecho. ALLEN se preocupa y estudia el tema, del que es uno de los autores que aportan una interesante doctrina al derecho inglés. Otros principios de interpretación son, por ejemplo, el de que cualquier juicio de cualquier tribunal es argumento que merece cuidadosa consideración. Que la antigüedad no quita necesariamente mérito a un precedente, sino que más bien fortalece su autoridad, etc. Por otra parte, se ha reconocido que el derecho se adapta gradualmente a las constantes cambiantes sociales y que precedentes muy antiguos quedan inaplicables a menudo por las circunstancias nuevas.

No hay ningún sistema superior de recopilación de precedentes; éstos pueden ser tomados de cualquier fuente que el tribunal estime fidedigna, además de las series periódicas y regulares de recopilaciones, los diarios, manuscritos, documentos históricos, se admiten incluso las colecciones personales de los jueces.

Es interesante destacar que los juicios de cualquier tribunal sólo tienen autoridad en lo referente a la parte denominada *ratio decidendi*. Una definición de la misma nos dice que es el principio o principios deducidos de la autoridad, por los cuales el tribunal forma su decisión, o de una manera negativa, el principio o principios sin los cuales el tribunal no

dictaría la sentencia que dicta. Cada *ratio*—aclara ALLEN—es una interpretación de autoridades a la luz de los hechos del caso en cuestión, y cada interpretación está sometida a revisión por un tribunal de jerarquía superior, que puede estar o no de acuerdo con la interpretación del tribunal inferior. Exceptuándose, naturalmente, la *ratio* de la Cámara de los Lores. Es un proceso lleno de dificultades. Una de las mayores dificultades se encuentra en la distinción entre los conceptos de *ratio* y *dicta*, *ratio* y *dictum*, lo esencial y lo no esencial.

En el curso de un proceso, junto con la cuestión o problema fundamental, surgen muchas consideraciones incidentales, que son o debieran ser partes del proceso lógico, pero tienen diversos grados de relevancia. Las opiniones judiciales sobre tales materias, sean meramente causales o plenamente gratuitas o (como es más usual) de las que pueden ser de relevancia colateral, son conocidas como *obiter dicta* o simplemente *dicta* y es muy difícil decidir su peso medio relativo.

Estas distinciones, fáciles en abstracto, encierran, en cambio, graves problemas en la práctica, pues es difícil decidir cuándo estamos ante una cuestión incidental o ante un eslabón de la cadena lógica de razonamiento de la cuestión fundamental.

Todavía dedica un interesante análisis a la actuación de la inducción legal dentro del tema de los precedentes, en el que se estudia el mecanismo de la lógica jurídica con interesantes ejemplos. De todo ello se deduce que los precedentes se emplean únicamente para inferir principios, y los principios, para descubrir la justicia. La mecánica de «funcionamiento» de los precedentes es una interesantísima manifestación de la tipicidad del derecho inglés. A través de una complicada casuística, la búsqueda de la justicia está realizada con un extraordinario sentido de la realidad. El proceso de expansión y adaptación del derecho a las cambiantes circunstancias sociales no se hace a través de sistemas de conceptos, sino de la necesidad de resolver los problemas planteados por los hechos.

El derecho es producto de su propio período y no puede permanecer estático. Sin embargo, es posible encontrar en todo sistema legal ciertos principios elementales que parecen ser permanentes junto a otros que se van adaptando al medio ambiente. El precedente y el ejemplo son los medios más convincentes y fidedignos para descubrirlos. Y se cuestiona, ¿hasta qué punto estos subyacentes principios legales son independientes y preexistentes y hasta qué punto son producto del razonamiento judicial? Lo que equivale a cuestionarse, ¿hasta qué punto el juez hace el derecho? Y a contestarlo dedica un inteligente razonamiento, fundamentado en una casuística bien interesante. Para ALLEN, el juez, que actúa siempre con materiales que existen en el pasado o en el presente, no fabrica el derecho, intenta descubrirlo. Hay—dice—, en otros términos, dos sentidos diferentes de «creación» del derecho. Al aplicar la expresión al juez, la emplearíamos en un sentido derivado o secundario. La creación del derecho por el juez tiene la limitación del material que utiliza en su pretendida «creación». Analiza, finalmente, la aplicación práctica de los precedentes y su compleja y difícil problemática, exponente de la peculiaridad del sistema inglés, y las imperfecciones, que ALLEN le reconoce.

ALLEN concluye que, en definitiva, la función del juez no es la de crear, sino la de interpretar el derecho. Sólo que el proceso de interpretación afecta al desarrollo del derecho. Y en este orden de ideas se acerca, en su opinión, a la función que en nuestro sistema jurídico tiene el juez, en términos mucho más limitados.

El capítulo V está dedicado a la equidad. Admitido que justicia y derecho pertenecen a esferas distintas y que la ley humana aspira a la justicia ideal, la equidad ha sido, en términos de MAINE, una especie de «juris-

dicción residuaria o complementaria», sin la que el derecho se habría atrofiado fatalmente. Pero la cuestión primera que se nos plantea es la del porqué el derecho no se basta por sí mismo. Y la respuesta está en la uniformidad y generalidad del derecho, que en principio no admiten excepción ninguna. Y aquí ha surgido la equidad, de la que ALLEN destaca dos aspectos o formas fundamentales: la que puede denominarse «equidad general», que busca una interpretación del derecho, en general, liberal y humana, en tanto en cuanto sea posible sin auténtico antagonismo con el mismo derecho, y la «equidad particular», que significa una modificación liberal y humana del derecho en casos excepcionales, que no entran dentro de la norma general. Y es este último aspecto de la *equity* el que plantea más graves problemas. ALLEN se detiene en el estudio del límite de excepcionar a las normas legales y se plantea el tema del sentido natural de la justicia. Para ello expone un breve ensayo sobre la concepción filosófica de la equidad, en el que se esquematizan el sentido de la equidad en el derecho griego y en el derecho romano. Después analiza el tema en el derecho inglés. En el sistema inglés, la *equity* ha adquirido una connotación técnica y acostumbramos—dice ALLEN—a considerarla como una jurisdicción completa, diferente de los principios del «Common Law». La concepción de la equidad tiene una antigua y larga tradición en el derecho inglés; se puso de relieve en los tribunales reales; aparece a través de las formas del «Common Law». Y en los tribunales, que en el derecho inglés se califican de «itinerantes». Finalmente, estudia la equidad como fuente de derecho. La equidad y el «Common Law» son ramas distintas de la ciencia jurídica, y en el sistema inglés su línea divisoria está trazada con toda claridad, lo que no sucede en los sistemas continentales. Y esto es debido a causas históricas. Para ALLEN no puede reducirse a la equidad a un simple «estado de mente», como es el sentir de muchos escritores. En Inglaterra tiene un valor social y un valor jurídico. El gran descubrimiento de la equidad fue la «buena fe», que, en frase de MAITLAND, «es uno de los instrumentos más poderosos de experimentación social». ALLEN resume, finalmente, el papel de la equidad en el sistema jurídico inglés. En él, la equidad ha limitado el derecho como «jurisdicción suplementaria o residuaria», lo que es muy necesario, porque las normas legales son generalizaciones formuladas, y como tales, son necesariamente incompletas. La uniformidad absoluta no puede alcanzarse en la actuación de ningún derecho, por muy bien expresado que esté, y a menos que se deje un margen para los casos extraordinarios, encontraremos que el *summum ius* es *summa iniuria*, y que el propósito del *ius* se frustra por esta razón. Y este margen de interpretación discrecional puede tomar la forma de «equidad general» o «equidad particular», modificación discrecional del derecho estricto en casos excepcionales o individuales que no están cubiertos por la ley general. En el sistema inglés, repetimos, la equidad se ha convertido con el curso del tiempo en un sistema técnico diferente del «Common Law». No son, sin embargo, sistemas «rivales». Muchas de las doctrinas del «Common Law» son todavía «equitativas» en su naturaleza e intenciones. La equidad ha dado lugar en el derecho inglés a una jurisdicción separada; incluso el rigor y la artificialidad a que ha llegado la hacen ser más negativa que positiva, lo que conduce a la crítica de la misma por autores como ALLEN.

La obra, finalmente, termina con el estudio de la «legislación». Sitúa, en primer término, el lugar de la legislación entre las fuentes de derecho. Las relaciones entre la legislación y la «opinión pública», la «legislación y la conciencia popular». Para nosotros, acostumbrados a pensar en «la soberanía de la ley» y en la «soberanía del legislador», parecerá, a primera vista, un descubrimiento el «cambio» sufrido por muchas de nuestras jerarquías jurídicas tradicionales en este sistema. Parecerá, en especial,

desorbitado el papel atribuido a la opinión pública y la conciencia popular en el tema de la ley, en su reflejo en el derecho y su creación. La ley está modernamente monopolizada por el Gobierno, cualquiera que sea su carácter político; esto significa el peligro de que éste imponga la legislación en función de una política preconcebida, sin tener en cuenta la opinión pública y mucho menos el sentimiento de las minorías. Esto conducirá a un gobierno antidemocrático. Con esto se quiere señalar que en nuestros días la legislación está necesariamente condicionada a la opinión pública, que es ésta la que en unión de otras fuerzas de naturaleza diversa se refleja fundamentalmente en el proceso legislativo. Que sociedad y legislación son condición y se reflejan mutuamente. Que la opinión pública es una fuerza creadora del derecho.

Se lleva a cabo el análisis de las formas de legislación inglesas, con sus particularismos y su mecánica compleja, en la historia y en los actuales momentos. Análisis que nos descubre un sistema esencialmente distinto al nuestro. Y, por último, en el capítulo VII se examinan la legislación autónoma y la subordinada, así como sus relaciones. Distinción que goza de una larga tradición en el derecho inglés y que responde a una sistemática de difícil aprehensión para nosotros.

El estudio de la obra de ALLEN es motivo constante de reflexión para un jurista acostumbrado a los sistemas de derecho, que se vienen denominando continentales. Dejando aparte todo aquello que responde a una constitución social y política distinta de la sociedad inglesa. A una tradición histórica, que responde a unos imperativos sociológicos diferentes, en las páginas de este libro se refleja un sistema de derecho, que en algunos aspectos se nos muestra más vital y más realista que el nuestro. La función del juez permite, a mi juicio, una mayor flexibilidad en la interpretación del derecho que entre nosotros. Lo que dota a este derecho de una mayor posibilidad de evolucionar con arreglo a las necesidades siempre cambiantes de la realidad. La mayor discrecionalidad en la interpretación de este derecho, que lleva hasta el reconocimiento de una función «creadora» de derecho al magistrado, permite una mayor equidad en su aplicación. Todo encierra sus peligros, pero en estos tiempos de incesantes cambios socio-económicos y en el que la multiplicidad de las disposiciones legislativas no permite, sin embargo, cubrir las constantes necesidades de una regulación y una renovación de la normativa, que a veces pudieran calificarse de angustiosas, el sistema inglés, desde nuestro ángulo de visión, nos parece más práctico y más flexible. Los conceptos de precedente y *equity* se desempeñan con un distinto y más eficaz funcionamiento dentro del sistema inglés, que dentro del nuestro aquellos de la autoridad que la jurisprudencia tiene y que a la equidad se le reconoce.

TERESA PUENTE MUÑOZ
Profesor adjunto de Derecho civil

CAMY SÁNCHEZ-CAÑETE, B.: *Comentarios a la legislación hipotecaria*, volumen II. Ilustre Colegio Nacional de Registradores de la Propiedad de España. Granada, 1970.

Cuando no ha comenzado mi sosiego por la lectura del primer tomo de esta monumental obra, ya aparece imperioso el segundo tomo y hace guardia el tercero. Mi desfase de lectura lo ofrezco como tributo, en reconocimiento de la rapidez publicitaria del autor. Llega a mis manos este segundo tomo y es preciso para recensionarlo encuadrarlo en la obra

general a que pertenece. Algo parecido a lo que dijera MENÉNDEZ PELAYO: «Separar a un autor de su época y de su medio será siempre la manera más segura de no entenderlo.» Al leer este segundo volumen he intentado relacionar el mismo con el primero y enjuiciar la mayúscula labor del autor relacionándola con su propósito, su ambiente y las personas a quien va dirigida. Me falta, eso sí, y ya creo que lo dije, el conocimiento humano del autor, y creo que esto es importante. Decía SAINTE-BEUVE (*Portraits littéraires*, I) que «puede gustar una obra, pero me es imposible juzgarla independientemente del conocimiento del hombre que la hizo. Diría de buena gana: de tal árbol, tal fruto». Referencias, intuiciones y lecturas apporto en el conocimiento y, como es lógico, la esperanza del conocimiento directo, que aclarará mucho mi juicio.

Este segundo volumen aborda una serie de problemas registrales, que podríamos calificar como «el pan de todos los días». Dentro de las inscripciones especiales, las más frecuentes, las de rutina, están tratadas a lo largo de ochocientas y pico de páginas. La doble distinción aflora en la exposición: inscripciones por razón de la persona y por razón del título. Por razón de la persona saltan a las páginas expositivas aquellas inscripciones de actos realizados en virtud de una representación y la emancipación. También es persona el Estado y los organismos autónomos, y sus adquisiciones de inmuebles están tratadas en sus diferentes matices. Guardando el rango administrativo que les corresponde, siguen al Estado los Ayuntamientos y las Diputaciones, y después, la Iglesia, los Sindicatos, Cooperativas y Sociedades, Asociaciones, Fundaciones y extranjeros. La sociedad conyugal, formada por los que se casan, también plantea infinidad de problemas, que son abordados por el autor. Por último, el contrato típico y más frecuente en los ordenamientos es el de compraventa, que se encuadra, dentro de las inscripciones especiales, como inscripción, en atención al título de adquisición. Como adquisiciones son la expropiación forzosa, la cesión de créditos, la transacción, la renta vitalicia, la permuta y la donación, también figuran encuadradas en este ámbito.

Se sigue la técnica acostumbrada en el primer volumen. Primero se expone la legislación, luego el fichero de resoluciones de la Dirección General de los Registros, después viene el comentario genérico del autor y, por fin, un formulario enlazado con el general, que el autor expone en el tomo I de la obra.

Mi intención al abordar este segundo tomo es evitar la gran tentación que la recensión lleva escondida en sus pliegues: el lucimiento. Resulta bastante más fácil basar la crítica en lo que el autor «dejó de decir», que en lo que dijo efectivamente. El problema es muy parecido al del juez en oposiciones: este muchacho dejó de decir... Creo que hay que atender a lo que el autor dice o quiso decir, procurando adaptarse al esquema de principios que señalara en sus críticas FERNÁNDEZ DE LA MORA: carácter de justicia en la selección, en el análisis y en el juicio, así como el del respeto al hombre. A todo ello añadido siempre el sentido deportivo con el que las hago, para evitar que esta rara forma de pasar el rato no deje de ser divertida y se convierta en dura y pesada labor.

Creo que para dar una idea del contenido sintético del tomo comentado, lo mejor es ajustarse rigurosamente a las partes que el autor elige para su exposición y que ya van marcadas en la clasificación que se expone como consideración general: inscripciones especiales en relación a la persona, al negocio jurídico (luego se habla de título), al derecho objeto del asiento, a la finca, a las modificaciones de la finca y a las formalidades. En el presente volumen solamente se abordan las especialidades de las personas y algunas referentes al título.

A. REPRESENTACIÓN VOLUNTARIA

Al iniciar la exposición de esta materia, el autor hace la afirmación de que en la legislación hipotecaria no existe ningún precepto dedicado a la representación voluntaria, salvo en materia de hipotecas, remitiéndose por ello al Código civil. Las afirmaciones categóricas no suelen ser nunca ciertas, pues sin perjuicio de que sea preciso acudir al Código civil para extraer del mismo—a través de la figura del mandato—la teoría general de la representación, es lo cierto que en varios artículos de la Ley Hipotecaria, entre los cuales cito el 20 y 82 de la Ley y 51 del Reglamento, salta la palabra representante, y en algunos con mucha precisión, al distinguir entre mandatarios y representados.

Las notas jurisprudenciales que a continuación expone son muy numerosas y se refieren a los problemas de autocontratación (entre los años de 1913 y 1956), de ratificación (años 1863 a 1967) y de poderes, que son estudiados amplísimamente, abarcando casos generales, especialidades en relación con el representado, extranjeros, interpretación y poderes especiales. No he tenido la paciencia de contar resoluciones, pero puedo asegurar que son muchísimas y que constituyen un valioso instrumento de trabajo en esa delicada labor de calificación con la que el legislador nos distingue elevando nuestro rango a la categoría de juristas.

Los comentarios se concretan a los siguientes puntos: el problema de la autocontratación, en el que, como es lógico, se estudian los casos de los artículos 234 y 235 del Reglamento Hipotecario y diversos supuestos, en los que no existe la amenaza de autocontratación, siendo en uno de ellos *intuida* la figura del poder para comprar y la opción de compra del artículo 14 del Reglamento Hipotecario; la gran figura de la ratificación, en la cual la resolución de mayor relieve es la de 3 de marzo de 1953, en la que la precipitada actuación notarial, al autorizar una escritura de ratificación, hizo perder preferencias registrales en base de la ausencia de retroactividad en perjuicio del tercero; de la forma de acreditar la representación y de otros problemas ya aludidos en las resoluciones. El modelo que acompaña plantea el problema de la referencia en la inscripción de las circunstancias de la escritura del poder.

El autor mantiene la tesis de que en la inscripción no es preciso hacer referencia a la escritura pública, al Notario autorizante y a su fecha, siempre que estas circunstancias consten en el asiento de presentación, y lo mismo sucede con las escrituras de poder si éstas ya constan en el asiento de presentación, en base de la remisión de que la inscripción hace del asiento de presentación. Este criterio interpretativo nos llevaría a suprimir de la inscripción todas las referencias que pudiéramos hacer al asiento de presentación. Creo que la discusión debe ser planteada en términos o niveles científicos: ¿Subsiste el asiento de presentación después de los sesenta días? ¿Caduca? ¿Procede su cancelación? ¿Sigue surtiendo efectos para sostener datos de la inscripción?

B. REPRESENTACIÓN DE LOS MENORES SOMETIDOS A LA PATRIA POTESTAD

En materia de legislación, el autor se remite al Código civil, reconociendo que la Ley Hipotecaria sólo tiene referencias concretas a la actuación de los padres en representación de los hijos. Seguidamente, y al formular la jurisprudencia de la Dirección General, se extiende benéficamente para el consultante, abordando la reproducción exprimida de numerosas resoluciones sobre puntos claves de esta representación. A título de ejemplo brindamos los siguientes puntos tratados: ejercicio de la patria potestad por la madre; representación de hijos naturales; apátridas;

adquisiciones a título oneroso o a título lucrativo, según existan o no intereses contrapuestos; defensor judicial; enajenación de bienes de menores sujetos a patria potestad, con o sin autorización judicial; cancelaciones otorgadas en nombre de los menores; constitución de hipoteca y recuperación del poder paterno. Creo que son, si mal no me equivoco, unas 85 resoluciones, número suficiente para colmar las necesidades del más exigente lector.

Los comentarios giran en torno a los problemas puramente civiles, que la patria potestad de los menores plantea previamente a los registrales propiamente dichos. Son puntos tratados los del usufructo y la administración de los bienes de los hijos, y los casos en que la madre ejerce la patria potestad, normas de derecho internacional privado, para luego afrontar el reflejo registral de las adquisiciones a título oneroso (que plantean, entre otros, los problemas de si es preciso autorización judicial en el caso de precio aplazado o de constitución de hipoteca en su garantía), a título gratuito (donaciones) y a título lucrativo (herencias), con las inevitables derivaciones de la existencia de intereses opuestos y el nombramiento de defensor judicial y su actuación. Por último, estudia los problemas de las enajenaciones de los bienes de los menores (realizados con autorización, supuestos en que no se necesita, realizados por los menores, sin autorización) y la constitución y cancelación de derechos reales.

Me choca en los modelos que siga prolongándose desde el primero, ya incluido en el anterior tomo, el nombre de don ANTONIO LEYVA SANJUAN, que la mayor parte de las veces es menor, pero en otras otorga poderes y no debemos olvidar que el autor dice: «Si el transmitente hubiese sido menor de edad en el momento en que adquirió, y ahora fuese ya mayor, se dirá... donde constan sus circunstancias, salvo que hoy es ya mayor de edad» (tomo I, pág. 839). La poca práctica registral que puedo aportar me hace comprender el supuesto, pero para el «no iniciado» ¿costaba tanto haber utilizado otros nombres?

C. REPRESENTACIÓN DE LOS TUTELADOS Y EMANCIPADOS

En la parte destinada a legislación reproduce los artículos 10, 55, 91, 386, 387, 388, 389, 390 y 391 del Reglamento Hipotecario. La jurisprudencia destinada a estos puntos es muy completa y numerosa, limitándonos aquí a reproducir los epígrafes en que el autor la estructura: cuestiones generales previas de la tutela; incapacidades; efectos de la inscripción; órganos de la tutela: tutor y consejo de familia; adquisiciones para el tutelado, venta de bienes del mismo; permuta de bienes; ausencia; concurso de acreedores; suspensión de pagos; quiebra; contrabando, y emancipados.

Debemos destacar en los comentarios de estas inscripciones especiales la original opinión del autor, que considera que todos los ataques a las posibles inscripciones de incapacidad aportadas por la doctrina sobran en el momento actual, pues lo que el autor llama «registro de incapacidades» está derogado y sin efecto por la vigente Ley del Registro Civil, sobre la base de que lo dispuesto en el artículo 2, número 4 de la Ley Hipotecaria, y que fue desarrollado por el Reglamento, realmente no fue más que una extralimitación, más que una interpretación. Califica después las situaciones de suspensión y quiebra como de incapacidad y no de prohibiciones y hace referencia a la Ley de Contrabando y Defraudación, que regula situaciones similares. Estudia las inscripciones de incapacidad, y al comentar el artículo 55 del Reglamento Hipotecario, dice lo siguiente: «La remisión general indicada en primer lugar la crearíamos un humorismo del legislador si no fuera porque esa idea ha estado siempre lejos

de todo precepto legal, el cual sería considerado desfavorablemente de recoger algún rasgo de esta clase; pero relacionemos este artículo con el 51 del mismo Reglamento, que determina los requisitos de las inscripciones en general, para precisar ésta, y sin querer apreciaremos que se está muy próximo a aquella idea.» Se estudia a continuación el efecto registral de la incapacidad constatada, para luego pasar a la acreditación de la representación del incapaz y plantear los problemas registrales de las adquisiciones o enajenaciones para o por el tutelado y realizadas por su representante legal. El comentario abarca los problemas del concurso, el suspenso y la quiebra. Apartado especial se destina a los emancipados, con los problemas de los que lo son, en virtud del artículo 160 del Código civil, y los que plantea el que lo es por matrimonio. Por último, se refiere al Derecho aragonés, del cual reproduce una serie de artículos en su versión legislativa de la vigente compilación (arts. 4, 5 y 13).

En los modelos se exponen los siguientes casos: la inscripción de incapacidad en los libros de inscripciones, inscripciones de venta de bienes del incapacitado, inscripción de haber sido declarada en concurso de acreedores una persona, inscripción del convenio de suspensión, inscripción de venta por síndicos de una quiebra e inscripción de venta por emancipado.

D. EL ESTADO Y LOS ORGANISMOS AUTÓNOMOS

El tema no puede ser más sugestivo y de actualidad. Reproduce en la sección legislativa los artículos 17, 18, 20, 21, 22, 23, 24 y 25 del Reglamento Hipotecario y otra serie de disposiciones no hipotecarias, como son: la Ley del Patrimonio del Estado y su Reglamento, Ley sobre Entidades Estatales Autónomas y Patronato de Casas Militares del Ejército, así como el Decreto de 25 de enero de 1968, que reorganiza el Ministerio de Hacienda.

La jurisprudencia que incluye en el estudio es menos numerosa que en otras ocasiones y toda ella se refiere al Estado. En la exposición doctrinal, el autor arranca de un principio muy valiente diciendo que todas las disposiciones del Reglamento Hipotecario están derogadas por la publicación de la Ley del Patrimonio del Estado, sobre todo las contenidas en los artículos 17, 18 y 20 a 25. Sobre esta base distingue una serie de supuestos que se van presentando en estas inscripciones. Concretamente, se refiere a los bienes inscribibles (distinguiendo los patrimoniales de los demaniales) y las personas legitimadas para pedir la inscripción y para exigirla. En materia de adquisición de bienes por el Estado va desarrollando la misma a través de una serie de supuestos, como los de ocupación, expropiación forzosa, atribución legal, adjudicación por débito fiscal (creo que debiera haberse referido al nuevo estatuto de recaudación), compraventas, adquisiciones a título gratuito, hipotecas a favor del Estado y unas observaciones finales sobre ciertos puntos. Debe ser relacionada esta materia con la página 334 del tomo I, en la cual no parece mantenerse la misma tesis ahora sustentada. También debemos advertir que el autor habla de *adscripción de bienes del Estado*, refiriendo dicho fenómeno tanto a cualquier servicio del Estado como a un organismo público, y es preciso aclarar que la *adscripción* (regulada en el artículo 80 de la Ley del Patrimonio del Estado) se refiere solamente a los organismos estatales autónomos, pues cuando se trata de un servicio u organismo que forma parte de la Administración centralizada se habla por la Ley de *afectación*. Son conceptos extraídos de la exposición de motivos de la misma Ley. Habría que precisar el concepto de *adscripción*, pues el autor, al considerarlo como simple fenómeno posesorio, lo estima como no inscribible. Estudia los problemas de la representación del Estado y las modificacio-

nes hipotecarias de las fincas del mismo (nueva plantación, aguas privadas, declaraciones de obra nueva, deslindes y el concepto de afectación de bienes), la enajenación y gravamen de sus bienes.

De los organismos autónomos aborda los puntos de capacidad de tenencia de derechos, capacidad de ejercicio y órganos de representación. En el segundo de los puntos citados dice que en cuanto a las enajenaciones, al no contenerse ningún precepto en la Ley de dichos organismos, habrá de acudirse a la creadora del mismo, y, a mi juicio, lo que sí es preciso es acudir a la Ley del Patrimonio del Estado, por la redacción clara y contundente de sus artículos 84 y 85 y concordantes del Reglamento.

E. AYUNTAMIENTOS Y DIPUTACIONES

Da como vigentes en materia legislativa afectante a estos organismos los artículos 17, 18, 20, 21, 22, 23, 24 y 25 del Reglamento Hipotecario, y entre las leyes especiales cita y reproduce parcialmente la de Régimen Local, el Reglamento de Bienes y Entidades Locales y el Reglamento de Contratación de las Corporaciones. La jurisprudencia no es muy abundante y casi toda ella viene referida a los Ayuntamientos.

Siete puntos se abordan en esta materia: la capacidad y representación, los bienes y su obligatoriedad de inscripción, cambio de naturaleza, adquisiciones, hipotecas en garantía de contratos, deslindes y enajenaciones. La materia referida a los montes vecinales se aplaza en su exposición para otro tomo. El Derecho, como la mar, es siempre diferente, aunque parezca igual, y por ello el autor no puede prever todos los supuestos que puedan presentarse. Por eso, sin crítica, quiero aludir a un problema de palpitante actualidad, que se ha presentado en la «Costa del Sol». Se trata de una cesión gratuita (donación) que una corporación hace, y en el expediente, aprobado debidamente, la certificación registral no acredita que los bienes fueron adquiridos a título oneroso *con más de treinta años de antigüedad*. El autor, intuitivamente, parece solucionar el problema al considerar que los requisitos del artículo 96 del Reglamento de Bienes de las Entidades Locales impone los mismos con el carácter de validez.

Los modelos se refieren a las inscripciones de compra, donación, deslinde, venta, venta de sobrantes de la vía pública, cambio de naturaleza de un bien y pase a dominio y uso público. Aparece otra vez un nuevo miembro de la familia LEYVA: ahora es don ANTONIO LEYVA OCÓN.

F. IGLESIA, SINDICATOS, COOPERATIVAS Y SOCIEDADES

Aunque se agrupan estos elementos personales no se sigue la sistemática habitual, pues cada concepto lleva su legislación apropiada, su jurisprudencia y su comentario. Todo ello va seguido de sus modelos correspondientes. Entiendo que el autor derrocha esfuerzos para ofrecer al lector toda la legislación de estos puntos, tratados en forma casi exhaustiva, con jurisprudencia muy ajustada al tema y con comentarios lo suficientemente elocuentes para resolver los problemas de urgencia que se plantean.

G. ASOCIACIONES, FUNDACIONES Y EXTRANJEROS

Se sigue el mismo sistema que hemos dicho en el epígrafe o capítulo anterior, pues cada elemento personal, futuro o actual titular registral tiene su legislación, su jurisprudencia y su comentario, aparte de los modelos. Me ha llamado mucho la atención la acumulación normativa en

materia de Beneficencia, tan necesitada de un comentario hipotecario «definitivo». Lo mismo me sucede con la posición valiente que el autor mantiene en torno a la inscripción de las adquisiciones de los bienes de los extranjeros. Su idea es que sólo es preciso expresar el nombre del cónyuge del adquirente en los países que cita, tomados de la obra de LUCAS FERNÁNDEZ.

H. SOCIEDAD CONYUGAL

Creo que es el tema de más actualidad en la práctica registral. La legislación se ofrece a través de los artículos 92 a 96 del Reglamento Hipotecario y el 178 del mismo, junto con frases de la Exposición de Motivos de 1959 y las compilaciones forales de Vizcaya, Cataluña, Baleares y Aragón. La jurisprudencia es muy amplia ya, casi llegan a 200 las fichas no sólo de Resoluciones de la Dirección General, sino de Sentencias del Tribunal Supremo. Después de hacer una crítica desfavorable de la normativa introducida por la reforma legislativa del Código civil y del Reglamento Hipotecario, del examen de la naturaleza de la sociedad de gananciales (a la que considera como entidad independiente, a cuyo nombre se realiza la inscripción) y de los regímenes distintos de la sociedad conyugal, aborda como problemas los de la contratación entre cónyuges (y especifica los casos en los que no existe prohibición), régimen de los bienes propios y parafernales, la capacidad de la mujer casada, la licencia marital y la subsidiaria judicial, así como puntos básicos e importantes en orden a las adquisiciones y enajenaciones de los gananciales y tres aspectos de la sociedad ganancial: la obra nueva, la sociedad disuelta y la liquidación de la misma. Se concluye con las situaciones anormales del matrimonio.

En los modelos se recogen diez de diferentes supuestos de los que el autor ha aludido en sus comentarios anteriores. En algunos, nuestro amigo LEYVA ya está viudo. Debemos registrar, como modalidad o consideración especial del autor, que en dichos modelos y en la parte referente a las cargas es donde se hace constar la falta de licencia marital o judicial.

I. COMPRAVENTA Y COMPRAVENTAS ESPECIALES

La materia de la compraventa comprende dos capítulos de la obra, dada su importancia y ser, como ya apuntábamos, uno de los contratos más corrientes en el tráfico jurídico. En la legislación se exponen los artículos 10 y 11 de la Ley y 58, 59, 175 y 177 del Reglamento. La jurisprudencia es numerosísima y muy completa. Las principales cuestiones tratadas en orden a esta institución son las de los elementos personales de la misma, los elementos formales, los reales y las condiciones. Principal atención merecen los referidos al precio con toda la problemática del derecho de retraer. Los modelos se ajustan a la casi totalidad de los problemas tratados.

J. EXPROPIACIÓN FORZOSA, CESIÓN DE CRÉDITOS, TRANSACCIÓN, RENTA VITALICIA Y PERMUTA

Cada materia lleva su legislación, su jurisprudencia, su comentario y sus formularios. Entiendo que debiera haber sido más amplia la referente a expropiación forzosa, aunque bien es verdad que ya el autor desparra por el volumen comentado y por el anterior referencias y comentarios a esta institución.

K. DONACIONES

Como legislación hipotecaria aplicable a las donaciones reproduce el artículo 37, 2, de la Ley Hipotecaria. Se acopia mucha jurisprudencia sobre la materia y se inician los comentarios separando las inscribibles (donaciones *inter vivos*) de las que no lo son (*mortis causa*), para luego ir estudiando diversos aspectos de las mismas: elementos personales, reales, formales, modalidades y reversiones. Un modelo cierra el tomo comentado: donación con carga real.

JOSÉ MARÍA CHICO ORTIZ

CARBONE, VINCENZO: *Il fatto dannoso nella responsabilità civile*. Nápoles, 1969; 381 págs.

Dentro de su conocida colección de «Publicaciones de la Facultad Jurídica de la Universidad de Nápoles», constituyendo el volumen número 97 de la misma, la casa editorial de Eugenio Jovene ha publicado hace unos meses el libro que ahora reseñamos, cuyo interés y cuyo mérito deben ser destacados y puestos de manifiesto.

La teoría de la responsabilidad civil formaba hasta hace poco tiempo un capítulo un poco marginal y marginado, tanto en los Códigos civiles como en los tratados y en los manuales. Usualmente, entre nosotros, no pasa de ser el último tema del tratado dedicado a las obligaciones y a los contratos. Frente a ello se ha producido una vigorosa reacción en la doctrina moderna, que ha ido produciendo una abundante literatura, cuyo estudio podría formar un tratado con propia sustantividad: el llamado Derecho de Daños (*Schadenrecht*; *Law of Torts*). del que se ha podido decir con razón que es ya, y que con el tiempo será todavía más, el «centro nervioso del Derecho Privado». La reacción doctrinal y la abundancia de la producción literaria tienen su origen seguramente en la trascendencia práctica, cada día mayor, que el instituto reviste, de la cual da amplio testimonio la lectura de cualquier repertorio de jurisprudencia. A causa de lo que cabe llamar un progresivo ensanchamiento del área de los daños y de los riesgos, consecuencia de una tecnología avanzada, los casos, los pleitos y las decisiones que versan sobre resarcimiento de daños crecen cada día. No es, pues, extraño que los juristas le presten una atención preferente. La necesidad de perfilar la disciplina normativa y de profundizar en ella está en función de la urgencia de encontrar un cauce institucional adecuado que sirva para la defensa de la persona y de los bienes de la personalidad.

A la hora de perfilar una teoría de la responsabilidad civil, profundizando en ella, hay un punto que no ha sido suficientemente esclarecido. Me refiero a lo que podríamos llamar el hecho generador o el hecho originante de la responsabilidad y a sus características. Entre los autores alemanes e italianos, por influjo de los textos contenidos en los Códigos civiles, la responsabilidad se considera derivada de un «hecho ilícito». Este es el punto que CARBONE somete a un concienzudo y amplio análisis en una brillante monografía en que, juto a una extensa erudición, luce una gran agudeza. El punto en cuestión consiste en saber, como decía hace poco FRANCESCO REALMONTE (*Il problema del rapporto di causalità nel risarcimento del danno*. Milán, 1967), si el artículo 2043 del Código civil italiano, paralelo de nuestro artículo 1902, es una norma meramente

sancionadora de las lesiones de derechos o si es una norma primaria establecida para la tutela de las lesiones de simples intereses protegidos por el ordenamiento jurídico.

Planteados así los problemas, es lógico que CARBONE trate de resolverlos profundizando en el concepto de daño a través de sus relaciones con la noción de ilícito, incidiendo de tal manera en el mundo de la cuestión, ya que se ha estimado por algunos autores como absurda la afirmación de que el «ilícito civil pueda prescindir del evento dañoso»; mientras que otros distinguen entre ilícito y hecho productor del resarcimiento del daño, considerando posible la existencia del ilícito civil sin que en concreto se haya verificado daño alguno.

La primera posición encuentra una formulación clara a partir de la idea de CARNELUTTI de que «en la lesión del derecho está ya comprendido el daño, en el cual tal lesión consiste», así como que «acto y daño son los dos elementos que resultan del análisis del acto ilícito». Señala CARBONE que tales ideas parten de una noción amplia e impropia de daño respecto a la comúnmente usada para indicar el presupuesto indispensable de la obligación de resarcimiento. Circunstancia esta que había sido ya entrevista por el propio CARNELUTTI, cuando se preocupaba de la confusión entre *daño simple* y *daño resarcible*, estimando que difícilmente se identificaba el primero con el daño resarcible y señalando la posibilidad de que la noción de acto ilícito y daño resarcible no fueran coincidentes, porque «hay daños resarcibles que no son actos ilícitos». De todo ello resulta que sólo aparentemente se identifican las dos nociones de daño: la del daño simple, que acompaña fisiológicamente a todo ilícito, representando la otra cara del mismo prisma, y la del daño resarcible, que no coincide, sino que está desvinculada del ilícito. La primera no es más que la lesión del interés típico, más general, previsto por la norma; por el contrario, el daño resarcible constituye la lesión del interés subjetivo e histórico del particular. Por supuesto que entre lesión del derecho y daño puede haber interferencias; pero ello no autoriza a eliminar las diferencias ontológicas entre lesión o violación del derecho o, como se ha dicho, «daño simple» y perjuicio económico, esto es, daño en sentido estricto.

Negada, pues, la equiparación del ilícito civil con el hecho dañoso, es posible afirmar que el fundamento de la responsabilidad civil no se encuentra en las razones que originan la calificación del supuesto de hecho como ilícito, puesto que toda la problemática de la indemnización por daños es independiente de la cuestión de la ilicitud. Independencia que se da incluso en el caso de responsabilidad por culpa, ya que en este terreno se considera a la culpa no como voluntaria y reprochable inobservancia de un deber o de un específico mandato del ordenamiento jurídico, sino únicamente como criterio de imputación. Señala el autor al respecto que para el artículo 2043 del Código civil italiano—y parece que lo mismo podría decirse del artículo 1902 de nuestro Código civil—el acto del hombre es relevante no en cuanto que prohibido por el ordenamiento y como tal ilícito, sino en razón del dolo o la culpa, elementos considerados por el legislador como criterios de imputación para el supuesto de que del referido acto se deriven consecuencias dañosas. Claro está que podría pensarse en la existencia de una prohibición general de realizar actos dañosos, de la cual se podría derivar la conclusión de que todo comportamiento dañoso es ilícito. Frente a tal idea CARBONE afirma que si una actividad, un comportamiento, no está específicamente prohibido por el ordenamiento, sino que lo permite, a pesar de sus peligros—limitándose a establecer el resarcimiento para el supuesto de producirse daños a terceros—no es posible calificar, *a posteriori*, de antijurídica esta conducta sólo porque se haya verificado un

daño. A mayor abundamiento, la ilicitud en sentido estricto no requiere para su existencia el verificarse o no de un daño jurídicamente relevante, y ello no sólo porque no se puedan calificar de antijurídicos ciertos comportamientos o supuestos de daños, así las actividades peligrosas o el daño causado por un incapaz, sino porque la existencia del daño no es elemento esencialmente constitutivo del comportamiento ilícito. El daño no constituye «una condición lógica» del concepto jurídico de ilícito.

En realidad, lo que sucede es que antijuridicidad y dañosidad corresponden a dos distintas tomas de postura del ordenamiento jurídico. La primera hace referencia a la calificación del acto o comportamiento en relación con la norma y atiende sólo a la violación o no de la norma en cuestión. En virtud de ello, el acto será o no calificado de ilícito prescindiendo de la existencia o no de un daño. La segunda se produce cuando el ordenamiento se enfrenta con las posibles consecuencias materiales del acto mismo. Desde este punto de vista, el acto, el comportamiento, el eventual hecho dañoso que se ha producido y podría no haber tenido lugar, le interesa al ordenamiento en cuanto que representa una *consecuencia material* inevitable, respecto de la cual es necesario individualizar al sujeto, que, en definitiva, deberá soportar las consecuencias patrimoniales desfavorables, en el supuesto de que el mismo ordenamiento considere injusto hacer recaer dichas consecuencias en la esfera de quien ha sufrido el daño. De todo ello resulta que ilicitud y dañosidad, aunque tradicionalmente coligados, son conceptos autónomos, distintos, teniendo cada uno su propia razón de ser y una específica relevancia: la dañosidad da lugar al resarcimiento del daño; por el contrario, la ilicitud engendra determinados instrumentos de reacción que abarcan desde la posibilidad de pedir la inmediata cesación de la actividad ilícita a los varios modos de actuación de una verdadera y propia reparación del derecho violado, predispuestos todos ellos por el ordenamiento jurídico independientemente de la consideración de que se haya o no verificado un daño.

Señaladas las diferencias entre antijuridicidad y dañosidad, así como la distinta relevancia de ambas desde el punto de vista jurídico, resulta claro—como se desprende de las afirmaciones anteriores—que la primera no es idónea para construir el fundamento común de los varios supuestos de responsabilidad civil; por el contrario, tal fundamento se halla en la existencia de un hecho dañoso relevante para el Derecho. Por consiguiente, en todo supuesto de responsabilidad se va a encontrar un elemento común, el hecho dañoso, que permite llegar a un concepto unitario de responsabilidad civil. Ahora bien: el ordenamiento imputa en cada caso el hecho dañoso a un sujeto determinado, en virtud de una diversidad de criterios (culpa, riesgo o exposición al peligro normalmente), constituyendo dicha diversidad de criterios de imputación el elemento diferenciador de los diversos supuestos de hecho que engendran la responsabilidad civil. En el hecho dañoso se encuentra, en definitiva, el presupuesto del juicio de responsabilidad que se realiza imputando a un sujeto—en virtud de alguno de los criterios de imputación previstos—la obligación de resarcir el daño, siendo independiente tal cuestión de la calificación del hecho mismo o de la conducta de donde deriva el daño como ilícitos. Estas consideraciones adquieren especial relieve desde la perspectiva moderna de la problemática de la responsabilidad civil, la cual se centra en la situación del perjudicado: un daño se ha producido y ha recaído sobre un sujeto, se trata de un daño injusto que la víctima no tiene el deber de sufrir. Frente a dicho daño, la función de la responsabilidad civil no consiste en castigar la violación de un hipotético deber, sino en hallar el medio de reparación, para lo cual es necesario determinar las razones o criterios que permitan imputarlo al

sujeto que en definitiva resultará responsable. Teniendo en cuenta que la transferencia de la definitiva incidencia del daño de un sujeto a otro no se realiza en función de la conducta del causante del daño, sino dando preeminencia a la situación de la víctima, puede hablarse—como se ha hecho—de una «despersonalización de la responsabilidad». Fenómeno que implica una total subversión del sistema tradicional de responsabilidad civil: no existe ya una primacía de la responsabilidad por culpa matizada con algunas excepciones, sino una pluralidad de criterios coordinados entre sí con el fin común de reparar el derecho lesionado.

Partiendo del puesto central que la doctrina moderna de la responsabilidad civil da a la situación del perjudicado, encuentra pleno sentido la expresión *danno ingiusto* del artículo 2043 del Código civil italiano. A través de dicha expresión, la injusticia no queda referida a la conducta del causante del daño, sino al daño mismo, siendo aplicable a cualquier daño (el cual por injusto es relevante para el Derecho y, por tanto, resarcible) y no sólo al daño derivado de un eventual comportamiento ilícito. Daño injusto es, por tanto, el daño que la víctima no tiene el deber de soportar, en cuanto que constituye un sacrificio patrimonial del perjudicado que el ordenamiento no considera justo en atención a que afecta «a cualquier interés digno de tutela», bien que haya adquirido el rango de derecho subjetivo, bien se trate de un interés «protegido por el ordenamiento». De esta manera queda resuelto, en sentido afirmativo, el problema planteado al principio acerca del carácter de norma primaria del artículo 2043 del Código civil italiano.

Para no dar a esta recensión una extensión desmesurada no hacemos referencia a una serie de problemas que, en conexión con los aquí reseñados, se tratan en la magnífica obra de CARBONE, así los relativos a la valoración del daño, al daño emergente, al lucro cesante, etc. Lo cierto es que en este libro el lector encontrará una serie de planteamientos sugerentes de las cuestiones tratadas. Hasta qué puntos tales planteamientos pueden tener un valor explicativo dentro de nuestro ordenamiento jurídico es cuestión que no puede por el momento contestarse; pero sí cabe afirmar que es urgente el análisis y estudio de los problemas tratados en la obra aquí comentada.

O. V. TORRALBA SORIANO

Profesor adjunto de Derecho civil

DELHAY, FRANCIS: *La nature juridique de l'indivision*. París, 1968.

Editado en París por Pichón y Durand-Auzias, y formando parte del catálogo general de derecho y jurisprudencia, esta obra de FRANCIS DELHAY, aparecida en 1968, es, como dice su presentador, JEAN PATARIN, un buen ejemplo de la indispensable solidaridad existente entre sucesivas generaciones de juristas, en su constante esfuerzo por profundizar y dar nueva forma a las cuestiones fundamentales de derecho privado.

Sin menospreciar los trabajos importantes realizados en lo que va de siglo, nos propone una concepción realmente nueva de la indivisión, de su régimen jurídico y de sus relaciones con la sociedad y la persona jurídica. Tras varios años de investigación y reflexión, ha llegado a la conclusión de que la crisis por la que ha atravesado la indivisión y aún atraviesa se debe en buena parte a la exagerada oposición tradicional por parte de la doctrina para entender los puntos de contacto entre ésta y las nociones de sociedad y persona moral o jurídica, dando de lado a una realidad esencial: la de que la indivisión y la sociedad son funda-

mentalmente una «comunidad de intereses», que nos pone de manifiesto la existencia no sólo de un conjunto de bienes, sino también y sobre todo una agrupación de personas.

Es necesario, por tanto, afirma el autor, renunciar a enfrentarse con los problemas de la indivisión, considerándolos tan sólo desde el ángulo o prisma de los derechos reales de los comuneros sobre los bienes objeto de la indivisión. La idea matriz de la agrupación de personas es título bastante para reconocer una serie de derechos y obligaciones, poderes y deberes, para aplicar algunas reglas propias del derecho de sociedades, para explicar, en fin, el predominio de los intereses colectivos sobre los particulares de cada uno de los comuneros, e incluso la adquisición de personalidad jurídica en el caso de que éstos afecten los bienes a una finalidad común determinada y designen a un representante encargado de administrar aquéllos. En efecto, dice FRANCIS DELHAY, la indivisión, una vez que alcanza un determinado grado de madurez (y madurez implica cohesión y organización), se rodea de los atributos propios de la persona jurídica. La validez de esta conclusión, a la que llega tras interesantes reflexiones, se ve confirmada en el Derecho contemporáneo por la aparición de figuras tales como las agrupaciones forestales previstas por el artículo 10 del Decreto número 54/1302, de 30 de diciembre de 1954, o bien las agrupaciones agrícolas de explotación en común previstas por la Ley número 62/917, de 8 de agosto de 1962.

Otras veces, como a los fondos de inversión, la ley les niega abiertamente la personalidad jurídica (Decreto de 28 de diciembre de 1957), pero ello no impide que al menos se nos muestre la existencia de una indivisión realmente transformada tras un proceso metabólico, en el que la influencia de una «enzima», la de la sociedad, es insoslayable. FRANCIS DELHAY, tras unas palabras de introducción en las que critica la construcción tradicional de la indivisión como situación en la que cada comunero gozaba de una completa autonomía, con una serie de derechos, como el imponente *ius prohibendi*, que le hacía señor absoluto, haciendo, por tanto, en cierto modo justas las palabras dedicadas por JOSSEFAND de que «la indivisión deja a las riquezas bajo el dominio de individualidades físicas», que constituye una organización esencialmente individualista y, por tanto, una desorganización verdaderamente caótica... «Régimen esencialmente estéril, excluyente de toda unión, de todo pensamiento comunitario», FRANCIS DELHAY, como decimos, se propone brindarnos una nueva concepción social o «comunitaria» de la indivisión, poniendo de relieve que la ligazón existente entre los intereses individuales es tal, que los comuneros, más que individualidades físicas, son individualidades psíquicamente intercomunicadas en razón al fin común que les une.

La obra está dividida en tres partes: A) Una primera dedicada a tratar cómo se han expresado tradicionalmente las relaciones entre la sociedad y la indivisión. B) La segunda se refiere a las aportaciones de la teoría de la sociedad a la de la indivisión. C) Relaciones entre indivisión y sociedad, analizadas desde el prisma de la personalidad jurídica.

I) EXPRESION TRADICIONAL DE LAS RELACIONES ENTRE SOCIEDAD E INDIVISION

Tomando como punto de partida la organización de ambas figuras, se había establecido secularmente una oposición que semejaba irreductible.

La *indivisión*, se decía, no hace surgir relaciones jurídicas entre los comuneros. No les traba, por así decirlo, ninguna obligación. La indivisión no es una agrupación de personas, sino todo lo más una reunión de

hecho de una pluralidad de individualidades. Es más: la indivisión tampoco está integrada por un conjunto homogéneo de bienes; éstos no forman una masa autónoma e independiente.

La *sociedad*, por el contrario, constituye a la vez una agrupación armónica, organizada, de bienes y también de personas. La sociedad se consideraba como un contrato establecido sobre la confianza mutua de los asociados, y tendente a la consecución en común de un objetivo definido y determinado con anterioridad. Se trata de una agrupación plenamente organizada, en cuyo seno los poderes están repartidos en función de la actividad, a la vista de la cual los asociados se han constituido en grupo.

La sociedad es también un conjunto organizado de bienes. La atribución de personalidad a la sociedad implicará la integración de los bienes sociales en un patrimonio distinto del de los asociados, con lo que se facilita la gestión.

Pero la oposición tradicional entre estos dos conceptos lleva inherente una serie de consecuencias que son muy importantes. Entre ellas destacaremos que, a través de la separación de sociedad e indivisión, lo que se opone en última instancia son los conceptos de indivisión y personalidad jurídica.

He aquí, sin embargo, que nuevas luces matizan hoy la teoría de la indivisión y la de la sociedad. Si ésta es ciertamente un estado querido, no es menos cierto también que la indivisión no es siempre un estado o situación «sufrida», sino a veces «concertada». El criterio frecuente de la indivisión como situación accidental y de corta duración (se echaba mano usualmente de la indivisión hereditaria) se ve actualmente modelado bajo el peso decisivo de ciertas indivisiones convencionales, de duración indefinida. Así, los que compran o construyen un mueble en común se colocan en estado de indivisión voluntariamente. De la misma forma, los que adquieren participaciones en fondos de inversión se sitúan en aquel estado con los demás propietarios de las sumas o valores mobiliarios que integran los mismos. Pues, en efecto, los fondos de inversión, «conjunto de valores mobiliarios y de cantidades colocadas a corto plazo o a la vista y que pertenecen a diversas personas que tienen sobre ellos un derecho de propiedad indivisa», rivalizan con las sociedades de inversión de capital variable, creadas, como aquéllos, por Decreto de 28 de diciembre de 1957.

Estas indivisiones convencionales ocupan a menudo el lugar de la sociedad. No es que sean sociedades en sentido estricto y, en consecuencia, la ley no las considera como tales. Pero, desde luego, no hay más que replantearse de nuevo la cuestión de las notas consideradas tradicionalmente como específicas de la sociedad y de la indivisión, y, sobre todo, la pretendida voluntariedad de la primera y necesariamente de la segunda.

DELHAY, en un capítulo preliminar, y bajo el epígrafe «La génesis de las dos instituciones», nos dice que está ya admitido por todos los historiadores y la mayor parte de los sociólogos que la propiedad individual no puede considerarse como uno de los primeros hechos en la historia del derecho. En efecto, en las civilizaciones primitivas abunda el fenómeno de la propiedad colectiva. Los bienes están esencialmente vinculados a una colectividad. Están al servicio de los miembros de ésta, de acuerdo con diferentes modalidades, mal conocidas y plenamente integradas en una vida de grupo.

La indivisión supone que varias personas se benefician simultáneamente de las prerrogativas existentes sobre un bien o conjunto de bienes; condiciones estas que parecen haberse desenvuelto por vez primera en un medio familiar. Dentro de esta línea, la frecuente concentración

de la autoridad en la persona de un solo individuo no excluye, sin embargo, el establecimiento entre los próximos parientes de un grupo instituido sobre la base de una vida en común, un trabajo también común y el sentimiento de una estrecha solidaridad.

La aparición del derecho sucesorio planteará, naturalmente, en un marco jurídico nuevo el problema de la indivisión. Imposible resulta fijar la fecha de las primeras manifestaciones de esta institución. No obstante, se pueden encontrar situaciones análogas entre los hebreos, en Egipto, a partir de la cuarta dinastía, en Grecia y también en Roma.

Por su parte, el Código de Hammurabi nos muestra la existencia de fórmulas comanditarias en la primera dinastía establecida en Babilonia.

Así, pues, el estudio de las antiguas comunidades familiares ha sido lugar común de investigación de los estudiosos en su afán de descubrir los vestigios más remotos de aquéllas y su tránsito hacia agrupaciones organizadas con forma jurídica. Y así, a lo largo de esta paulatina evolución y en sus diversas fases han tratado de localizar la indivisión y la sociedad. Con ello se llega al problema de averiguar si éstas han conocido o no en su progresiva transformación formas comunes. Es este un punto controvertido que se suscita en torno a las comunidades entre hermanos, por ejemplo, consideradas ora como manifestaciones de situaciones de indivisión, ora como el origen del contrato de sociedad.

Lo que no cabe duda es que este tipo de comunidades entre hermanos o próximos parientes parecen haber jugado un papel importante en la remota antigüedad.

El Código acadio de Eshuma se refiere ya a ellas. En Egipto, el derecho familiar, originariamente individualista, evolucionará paulatinamente, por motivos de orden religioso, en tiempos de la tercera y cuarta dinastía.

A partir de la cuarta dinastía, las sociedades familiares se multiplican en torno a fundaciones de ese mismo tipo. Los bienes, afectados por un ascendiente a su culto, son administrados por el hijo mayor, aunque los demás hijos, a manera de sacerdotes funerarios, participan en la propiedad de los bienes, siquiera lo hagan condicionados por la cualidad del hijo mayor. Más tarde, las fundaciones se extenderán a la totalidad del patrimonio. Sin embargo, tras el descubrimiento en 1933 de un nuevo fragmento de las «institutas» de GAYO, el más célebre de este tipo de agrupaciones, es, sin duda, el «consorcio» romano o *ercto non cito*. El consorcio era «legítimo», o sea previsto y regulado por la ley de las doce tablas. GAYO nos explica así este consorcio: *Olim enim mortuo patre familias inter suos heredes erat legitima simul et naturalis societas quae apellabantur ercto non cito*.

En efecto, en Roma la cohesión familiar reposa en la autoridad del *pater familias*, pero a su muerte no es frecuente, por lo menos en sus orígenes, que sus descendientes pidan la partición. Normalmente prefieren conservar la comunidad de los bienes.

Hay una serie de razones religiosas, morales, factores psicológicos que contribuyen a forjar esta situación.

La pequeñez de las parcelas familiares, la necesidad de una mano de obra abundante en una época en la que la esclavitud era rara, se conjugaron para imponer este *statu quo* sobre el que se han vertido las más variadas opiniones tendentes a explicar su naturaleza. Según la mayor parte de los romanistas, el consorcio entre los *heredes sui* sería la continuación de una copropiedad familiar anterior entre el *pater familias* y sus más próximos parientes. No había en realidad sucesión a la muerte del *pater familias*, sino más bien continuación de una comunidad preexistente. Ello explicaba, se opina por la doctrina, que no se exigiera para la constitución del *ercto non cito* ninguna forma jurídica.

•

Sin embargo, este criterio, nos dice FRANCIS DELHAY, no deja de ofrecer puntos para su crítica. GAYO nos dice que mientras el *pater familias* vivía, sus herederos tenían la condición de copropietarios, pues era evidente, afirma, que mientras aquél no muriera absorbía la *potestas* y la dirección de la familia y de sus bienes. El *heres suus* permanecía bajo su potestad. De esta manera, era el hecho de su muerte el que, cargado de virtualidad jurídica, abría su sucesión, y el consorcio que aparecía a simple vista como la continuación de la vida en común anterior se traducía en un nuevo fenómeno: el dominio jurídico de los herederos sobre los bienes que integraban el patrimonio paterno.

Muchas son las cuestiones que surgen del examen del *ercto non cito*, pero el autor de este libro concreta su estudio sobre las relaciones del mismo con la clásica indivisión sucesoria, la copropiedad y, finalmente, la sociedad. Si bien GAUDEMONT, en su obra *Las comunidades familiares*, entiende que el consorcio romano se nos aparece fundamentalmente como un fenómeno de indivisión hereditaria entre los *heredes sui*, parece excesivamente simplista su criterio. En efecto, un examen detenido de la citada figura nos lleva a la conclusión de que los bienes de familia así adquiridos escapaban a toda repartición, incluso ideal, dada la imperiosa necesidad de mantener la unidad patrimonial anterior. Este hecho (la inexistencia de una cuota)—parte representada por una cifra—acercaba al consorcio *ercto non cito* y a figuras como las *societates ad exemplum fratrum suorum* del derecho romano y a las comunidades entre amigos del derecho griego, a una especie de condominio solidario. No obstante, con el tiempo, la posibilidad de utilizar los condominios un poder de interdicción va perfilándose cada vez con características más acusadas, hasta que una nueva y potente concepción de la igualdad entre los miembros de estas comunidades da a luz a una idea de cuota parte, tímidamente esbozada al principio y que dará lugar a una estructuración a la vez realista e individualista de la indivisión. Caminando por estos vericuetos, el autor pasa a continuación a estudiar las concomitancias entre el consorcio configurado anteriormente y la sociedad. Aquí sí que se puede decir que todo es opinable.

Mientras para un gran número de investigadores el consorcio como estado de indivisión de bienes entre los diversos titulares representa una etapa o estadio «hacia» la sociedad, para otros la sociedad como forma primitiva de organización de agrupaciones encontraría en el consorcio su manifestación más pretérita. Y esto no sólo en el consorcio entre *alli*, en el que era claro y evidente el elemento consensual, sino incluso en el consorcio entre *sui*, por cuanto la concorde voluntad de varios individuos, en orden a la no modificación de una situación jurídica, equivalía a un contrato, y como tal llevaba inherente aquel elemento.

DELHAY hace luego exposición detallada del planteamiento de la distinción en los autores franceses antiguos como BOUTILLIER, BEAUMONIR, etcétera, y en los que pudiéramos denominar clásicos, como POTHIER y DOMAT, que tropezaron con la ambigüedad de los textos romanos en que la palabra *socius* servía en un principio para calificar indistintamente al asociado y al comunero, siéndoles, por tanto, factible utilizar la acción «pro socio».

Los dos últimos capítulos (II y III) de la primera parte fijan, respectivamente, los fundamentos teóricos y las consecuencias prácticas de la distinción entre la sociedad y la indivisión a partir del Código civil. Este, aunque no adopta una postura terminante, sí parece aceptar tal diferenciación. El artículo 815, único que utiliza la palabra «indivisión», figura bajo el título relativo a sucesiones y en un capítulo relativo a la partición. Por el contrario, las disposiciones referentes a las sociedades se encuentran en el título noveno, consagrado al contrato de sociedad.

Concretamente, del artículo 1832 se desprende que la sociedad consiste en la puesta en común de un conjunto de bienes, a fin de repartir los beneficios que de ello puedan seguirse. Queda, claro está, por determinar qué se entiende por beneficios; pero aun cuando esta idea viene perfilada por la jurisprudencia en el sentido de ganancia pecuniaria o material, que viene a añadirse a la fortuna de los socios, es indudable, y así lo lamentaba la doctrina, que no puede servir de criterio diferencial entre situaciones de indivisión prolongadas con el objeto de evitar un perjuicio, y las situaciones calificadas vulgarmente de «sociedades» por el hecho, si no solo, bastante poco significativo, de persecución de un beneficio pecuniario.

DEMOLOMBE confirma este criterio cuando, ahondando en el examen de las dos figuras, nos dice: «Lo que sí constituye verdaderamente un signo distintivo es el hecho de que la sociedad forma entre los que la integran un ente de razón, exigiendo que cada uno de los socios sacrifique su propio interés en aras del interés colectivo; mientras que la comunidad es un estado puramente pasivo carente de individualidad propia y en la que los copropietarios no están unidos, en cierto modo, más que por la cosa misma: *in re ipsa*.»

Por su parte, TROPLONG, poniendo también de manifiesto la insuficiencia de los datos legales, declara que lo que distingue fundamentalmente la sociedad de la comunidad es el espíritu que anima, inspira y vitaliza a aquélla, la *afectio societatis*, que no inspira a la segunda, considerada como algo estático, transitorio cuya inevitable existencia no tiene razón distinta de ser que la de tender hacia un estado contrario, hacia la división; división, se dice por algunos autores, que tiene una naturaleza compleja, pues se trata de un acto no solamente declarativo, sino también atributivo y determinativo, lo que hace que el derecho del comunero no aparezca, a diferencia del derecho del asociado, como un derecho estrictamente determinado. Este último recae, sin duda, sobre un valor representado por un crédito que en modo alguno puede confundirse con su objeto, y que se encuentra perfilado *ab initio*.

Y por lo que al aspecto práctico de la distinción se refiere, conviene plantearse el ámbito de aplicación del artículo 815, sobre todo en relación con la indivisión sucesoria, la sociedad y las indivisiones convencionales.

La doctrina, por lo general, no dudaba en afirmar el sometimiento al mismo de las situaciones de indivisión calificadas de naturaleza, pero lo rechazaba categóricamente respecto a las sociedades y se mostraba un tanto perpleja en cuanto a las indivisiones convencionales.

Así, el gran jurista belga LAURENT declaraba que: «Había que dejar sentado, en principio, que el artículo 815, y concretamente su apartado segundo, no concierne más que a aquellos supuestos en los que la indivisión resulta de una comunidad de hecho, en que no concurre el consentimiento de los copropietarios y en que no existe un específico fin común: tal es el caso de la herencia. Por el contrario, en las sociedades y aquellas indivisiones que resultan de una convención en la que se determina una finalidad concreta, son supuestos en los que el juez puede, sin temor a errar, decidirse por la inaplicación del citado precepto.»

«La intervención del artículo 815 en las llamadas indivisiones sucesorias—continúa diciendo—viene justificada por su misma finalidad. Los herederos no tienen ningún interés en mantener esta situación puramente accidental; es más, su interés más inmediato es que llegue a su término lo más pronto posible. En efecto, el fin de la indivisión sucesoria es la partición, y el artículo 815 ofrece a los herederos el medio de lograrlo.»

No obstante, afirma el autor—conviene advertirlo—que ya en la última década del siglo pasado el criterio de LAURENT debe calificarse como de «aislado». Y así, para DEMOLOMBE el artículo 815 «es aplicable en todos los casos». Y GUILLONARD participa de la misma opinión. Recogemos sus palabras: «La división de las cosas tenidas en común puede ser siempre pedida. El artículo 815, aunque localizado en el título correspondiente a 'sucesiones', se desenvuelve en un marco más general y debe ser aplicado a toda situación de indivisión. Y ello, entre otras razones, porque debería haberse situado bajo la rúbrica de la 'propiedad' y no bajo la de 'sucesiones'».

Por su parte, AUBRY y RAU consolidan esta afirmación al decir también que «cada copropietario está facultado para pedir la división de la cosa común en cualquier tiempo».

El criterio jurisprudencial, aunque vacilante, parece oponerse al mantenido por los autores señalados, y de esta manera una sentencia del Tribunal civil de Narbona de 29 de abril de 1913 declara que el derecho de todo copropietario de solicitar la división de la cosa común no existe más que en el supuesto de una indivisión natural, resultante de la apertura de la sucesión, o bien de una relación contractual sin finalidad específica. El artículo 815 no tiene razón de ser cuando la indivisión resulta del consentimiento de los cotitulares prestado en vista a la consecución de una finalidad plenamente prevista y querida por todos ellos».

Interesante resulta también tratar si es o no posible aplicar el artículo 1859 a las indivisiones. La doctrina del siglo XIX, por lo general, guiada por una concepción de la indivisión muy alejada de la de la sociedad, ha aplicado el artículo señalado de una manera que pudiéramos denominar distributiva: en cuanto ha reservado a la sociedad la aplicación de disposiciones favorables a la gestión de los bienes comunes, en tanto que utilizó en materia de indivisiones las disposiciones del artículo 1859 favorables a la protección de los derechos de los copartícipes contra las iniciativas de uno de ellos. Por lo que se refiere al primer apartado, el problema se centraba en torno a la cuestión de si podía entenderse que hubiera una representación recíproca de los cotitulares en la administración de la cosa común.

Mientras una dirección interpretaba dicho apartado en el sentido de que los «actos de administración son verdaderas manifestaciones de los derechos de los copartícipes sobre la cosa; derechos que pueden ejercitarse plenamente a menos que exista oposición previa de alguno de ellos, equivaliendo su silencio a un consentimiento tácito», otra lo hacía considerando que «cuando no hay más simple comunidad de cosas entre diversas personas, el derecho de administración se encuentra también indiviso entre ellos, como lo están también las mismas cosas». La cosa común no podía ser administrada más que conjuntamente por todos los titulares, o por uno de ellos o varios de los mismos en virtud de un mandato recibido de los demás. Pero en la comunidad, en que la unión de las cosas es a menudo independiente de la voluntad de las personas, en modo alguno puede decirse que cada titular haya recibido de los otros la facultad de administrar la cosa indivisa. En resumen: el silencio de los copartícipes es estático o, si se quiere, no puede interpretarse como un mandato tácito.

La jurisprudencia se mostró contradictoria en un principio. Una sentencia de la Audiencia Territorial de Burdeos de 14 de abril de 1845 declara aplicable el párrafo primero del artículo 1859 a las situaciones de indivisión. Pero otra posterior de 4 de febrero de 1852 reserva, ya de una manera formal, la aplicación del citado precepto a las sociedades. Más

tarde, otras fijarán el criterio de que «no hay en las indivisiones representación recíproca de los cotitulares en cuanto a la administración de la cosa común».

No obstante, habida cuenta de que la aplicación de esa disposición a las sociedades supone no solamente la representación mutua de los socios, sino, además, la posibilidad de ejercitar por cada uno de ellos un derecho de veto, cabría preguntarse con un deje de ironía si no es precisamente este *ius prohibendi* la manifestación más específicamente individualista de la indivisión, derecho de veto que no puede concebirse más que antes de la realización del acto, cuando éste se refiere a una operación de administración.

En cuanto al apartado segundo, que confiere a los copartícipes el derecho de usar y gozar de la cosa común, si bien la doctrina pretendió en un principio aplicarlo tan sólo a las indivisiones necesarias, el Tribunal Supremo, en sentencia de 28 de febrero de 1894, reconoció este derecho a toda situación de comunidad, sin hacer distingos.

La aplicación, finalmente, del párrafo tercero («cada titular puede obligar a los demás copartícipes a realizar con él los gastos necesarios para la conservación de la cosa común»), está puesta fuera de duda por la doctrina y la jurisprudencia, si bien sea ésta escasa.

De la misma forma se admitió sin dificultad la posibilidad de regular las innovaciones realizadas por los comuneros según lo que establece el apartado cuarto del artículo 1859.

En definitiva, como ha podido observarse, la aplicación eminentemente distributiva del artículo 1859 del Código civil, las vacilaciones de la jurisprudencia en cuanto a la aplicación a las indivisiones convencionales del artículo 815 del Código civil, son, en contra de lo que pudiera pensarse, el signo más evidente de la precaria oposición entre la sociedad y la indivisión.

A pesar de los trabajos preparatorios del Código civil, con sus criterios apriorísticos, que habrían de ser considerados luego algo menos que principios fundamentales, los autores no han podido impedir ciertas interferencias en la reglamentación de ambas instituciones.

II) CONTRIBUCION DE LA TEORIA DE LA SOCIEDAD A LA DE LA INDIVISION

El autor hace hincapié en esta segunda parte de su obra en los notables puntos comunes de una y otra figuras, sobre los que se han tendido a lo largo de la historia numerosos puentes. Hasta la ordenanza de Moulins, que hizo obligatoria la redacción de un escrito, cristalizando la constitución de todas las sociedades cuyo objeto excediera de 100 libras, la prueba de existencia de las mismas era relativamente fácil dada la admisibilidad de un gran número de medios: vida común, participación en ganancias y pérdidas, etc. Ello ha hecho que la trasposición de criterios y la intercomunicación de ideas haya sido algo más que simplemente corriente.

Pasa luego revista a la interpretación de disposiciones aplicables a ambas instituciones en Roma. Aquí la sociedad era, ante todo, una institución de derecho consuetudinario, una simple práctica social, extrajurídica, si no metajurídica, en la que las relaciones personales entre los asociados, cuyas ambiciones financieras y económicas eran por entonces bastante limitadas, se nutrían fundamentalmente de la savia producida en el seno de costumbres familiares. En una primera etapa de su evolución, la sociedad era, sobre todo, *amistad*. Se veía impregnada y perfumada por las suaves esencias de la *aequitas* y de la *bona fides*.

La poca importancia de los bienes susceptibles de disposición por los individuos que la componían hacía de su puesta en común algo realmente secundario, accesorio en la configuración de las relaciones sociales.

Cuando aquella primitiva confusión entre sociedad y amistad se difuminó; cuando la sociedad civil adquiere una tonalidad jurídica más acentuada, esa *puesta en común* de los bienes sociales toma una importancia nueva y desconocida hasta entonces. Pues es ahora cuando se convierte en un elemento esencial de la sociedad y arrastra consigo la necesidad insoslayable de aplicar ciertas reglas de la comunidad ordinaria.

Bajo este ángulo, la sociedad se nos muestra ya como una especie de indivisión. Entre estas dos figuras no existe más que una diferencia original, en cuanto la sociedad tiene su nacimiento en un contrato, mientras que las obligaciones nacidas de la indivisión eran, según la clasificación de GAYO, obligaciones cuasicontractuales.

Por lo que al antiguo Derecho francés se refiere, lo precario de la distinción entre ambas es aún más plausible. La sustitución del derecho consuetudinario por un derecho fundamental escrito no puede por menos de provocar ciertas repercusiones en materia de agrupaciones, pero no afecta en líneas generales a la idea expuesta. FRANCIS DELHAY, tras centrar su atención en la organización de la indivisión, en esta etapa histórica, declara las profundas conexiones existentes entre las instituciones tratadas. Son particularmente interesantes sus conclusiones relativas a la percepción en aquéllas de frutos o beneficios. Ni siquiera este concepto puede considerarse válido para llegar a diferenciarlas de forma clara y terminante, pues si bien los cotitulares en la indivisión pueden llegar a percibir los frutos durante la misma en proporción a su parte, también es verdad que el reparto de frutos podía ser aplazado hasta la división. Y en cuanto a la sociedad, aunque algunos autores pretendieran que la distribución de ganancias debía tener lugar a la disolución de la sociedad, no cabe la menor duda que la percepción periódica de beneficios era algo perfectamente conocido en la época que nos ocupa.

En el título segundo de esta misma parte se hace una especial referencia a la organización de la indivisión desde el ángulo fundamentalmente jurisprudencial.

Según la concepción tradicional, la indivisión se caracterizaba por una independencia absoluta entre los diferentes comuneros. Entre ellos podía muy bien decirse que la «extranjería había tomado carta de naturaleza». Cada uno de ellos estaba dotado de un derecho que le permitía alcanzar, dentro de esa situación, fines específicamente personales. Es indudable que en esa persecución de intereses puramente particulares se puede llegar a entorpecer la actividad de los demás miembros. Pero ¡qué más daba! Si en el fondo puede actuar o no actuar sin tener obligaciones respecto de ellos. Únicamente debía respetar el derecho de los demás, límite o mojón a su propio quehacer. Pero este respeto, se decía, no era constitutivo de obligaciones en sentido estricto. Nos hallamos ante lo que PLANIOL denominaba «la obligación pasiva universal», elemento constitutivo del derecho real, según los teóricos del personalismo, y que hoy ha sido sustituida por una noción más moderna: la de *oponibilidad*. La oponibilidad sería así, dice RIGAUD, el aspecto externo de ese derecho. Pero para admitirla entre los comuneros haría falta imaginar que no son cotitulares de un mismo y único derecho real, sino de distintos derechos de la misma naturaleza.

En cualquier caso, lo que es evidente es que los tribunales, aunque trabajosamente, han acertado en estructurar este tipo de situaciones sobre la base de auténticas obligaciones entre los comuneros. Sí; sobre un cuerpo coherente de verdaderas obligaciones, relacionados con un triple orden de preocupaciones:

1.^a Necesidad de asegurar una cierta duración a las situaciones de indivisión.

2.^a Necesidad de establecer entre sus miembros una igualdad en el reparto de los beneficios que resultan de los bienes comunes.

3.^a Necesidad de tomar en consideración y salvaguardar los actos de gestión efectuados durante la indivisión, en provecho de los cotitulares.

A) OBLIGACIONES RELATIVAS A LA DURACIÓN DE LA INDIVISIÓN

El artículo 815 establece dos reglas esenciales: 1) Ninguno de los titulares de la cosa común está obligado a permanecer en la indivisión. 2) Tampoco están constreñidos a diferir la división. No obstante, los autores clásicos, al poner el acento en la libertad de los comuneros, han olvidado, o por lo menos pasado por alto, esas obligaciones de que hablábamos, y que se derivan de un examen detenido del citado artículo. Ya las iremos viendo. Por lo pronto conviene dejar sentado que si bien el comunero puede provocar la división, también es libre de no provocarla. Porque, aunque es cierto que el legislador se ha esforzado en el artículo 815 por preservar la libertad de aquéllos en cuanto pretendan salir de la indivisión, también lo es que no ha puesto ningún obstáculo en el camino de aquel que quiera mantenerse en esa situación.

Por otro lado, conviene tener presente que la simetría establecida en el artículo 815 entre el «derecho de salir de la indivisión» y el de «provocar la partición» es más aparente que real desde el momento en que deben admitirse otros medios, junto a los cuales es indudable, sin embargo, que la *división* es el más frecuente, si no el más perfecto, según los redactores del Código civil. Esos medios son fundamentalmente dos: la *cesión de partes* y la *constitución de sociedad*, encarada ya por algunos textos a partir del siglo XIX. En este sentido, y entre las disposiciones modernas, debería tenerse siempre muy a la vista el Decreto de 30 de diciembre de 1954, y, sobre todo, el artículo 10, que autoriza la constitución de una sociedad de explotación forestal, partiendo de una situación de indivisión y sobre la base del consentimiento de los participantes e incluso a veces contra la voluntad de una mayoría numérica. Puede también tenerse en cuenta, en cuanto revela una preocupación del legislador para convertir ciertas indivisiones en agrupaciones mejor organizadas, la Ley número 62/933, de 8 de agosto de 1962, sobre «grupos agrícolas», que no son sino sociedades formadas por diversos propietarios de bienes inmuebles, con objeto de salir de la indivisión. Pero aún hay más; porque se pregunta el autor si sería demasiado arriesgado entender que en todos aquellos casos en que no se ha acudido a la partición en un plazo determinado, este hecho pudiera tomarse en consideración a los efectos de verificar una conversión de la indivisión en sociedad, al menos en sociedad de hecho.

Si examinamos el artículo 1865 del Código civil, no modificado por la Ley de 24 de julio de 1966, observaremos que la sociedad se extingue:

- 1.º Por transcurso del tiempo estipulado para su duración.
- 2.º Por extinción de la cosa o conclusión del negocio.
- 3.º Por muerte de cualquiera de los socios.
- 4.º Por interdicción o concurso de alguno de ellos.
- 5.º Por voluntad de uno o varios en el sentido de no permanecer más tiempo en sociedad.

A la vista de esta disposición y del artículo 815 (éste realmente no prohíbe la perpetuación de las situaciones de indivisión, sino el mantenimiento forzado y a perpetuidad de la misma. El derecho a la división no es algo que pertenezca a la esfera del orden público. Lo son únicamente las convenciones o la prohibición tendentes a impedir la división por un período superior a cinco años. Pero aun en el caso de que así se pactara, la convención no es nula, lo que ocurre es que carece de virtualidad jurídica en cuanto al exceso de los cinco años), muy bien puede pensarse que la indivisión se nos aparece como algo bastante menos precario que la sociedad, dado que sólo puede desaparecer por dos causas: la división o la desaparición de las cosas comunes. División que aunque tradicionalmente se ha considerado desde un punto de vista activo, es decir, como un derecho, no está exenta de una consideración negativa —obligación por parte de los demás de sufrirla y que tal vez sea más acertada—.

Un caso particularmente interesante es el de las pretendidas *servidumbres de indivisión*. Así, la *medianería*, palabra referida por la ley a la comunidad de muros, pero que también podría ser aplicada a cualquier otra parte común de un edificio, construcción o terreno. Recibe un tratamiento especial por parte del autor, que remontándose a la primera vez que los tribunales emplearon la voz de *indivisión forzosa* (sentencia de 21 de octubre de 1889), la somete a una dura crítica que va desde el aspecto puramente terminológico (por qué crear una categoría mixta y bastarda, la de *servidumbres de indivisión*, en vez de hablar pura y simplemente de modalidades de indivisión) hasta el aspecto sustantivo o de fondo.

En su examen llega a la conclusión de que si la doctrina y jurisprudencia, respectivamente, han propuesto una normativa y una consideración diferentes, ello se debe al deseo de sustraer este tipo de situaciones a la regla de orden público anteriormente recogida, y que prohíbe la indivisión perpetua y con carácter forzoso. Pero si esa regla debe ante todo tener presente lo que concierne al interés común, es indudable que éste exige, en los supuestos mencionados anteriormente, un tratamiento precisamente contrario y, por tanto, excepcional. Una vez más, pues, podría hacerse uso del aforismo «la excepción confirma la regla».

B) OBLIGACIONES RELATIVAS A LA IGUALDAD DE LOS COMUNEROS

En este segundo apartado trataremos de la igualdad de los diversos cotitulares en el goce de la cosa común, que es preciso distinguir de la igualdad en el uso de los mismos bienes. La primera facultad, la de percibir los frutos y ventajas económicos de la cosa, se presta perfectamente a la idea de una igualdad de derecho, que puede conseguirse, o bien por vía *convencional*, o a través de un criterio *jurisprudencial*. Aquella tiende, por sendas consensuales, a evitar que la astucia, maña, interés o habilidad de alguno de los comuneros, le constituya en árbitro de los repartos. Implica la armonización de dos nociones clave: *goce dividido* aún y a pesar de una *subsistencia de la situación de indivisión*.

En realidad muy bien puede hablarse durante este lapso de tiempo de una periódica partición provisional o, mejor, parcial, en cuanto anticipando los efectos de la división definitiva provoca la distribución de ciertos bienes comunes: los frutos percibidos durante el período en cuestión y, en general, durante la indivisión.

Aún hay otra posibilidad, ya que, en defecto de convención, los tribunales intervienen directamente para establecer la susodicha igualdad. Reiterada jurisprudencia ha puesto de manifiesto cómo para lograrla se

hace preciso desligar el derecho que ostenta cada uno de los comuneros hacia los frutos, de su derecho de propiedad sobre la cosa común al verificarse la división, pues mientras los bienes corporales indivisos son generalmente distribuidos *in natura*, los frutos sean naturales o civiles, lo son atendiendo a la idea de *valor*. Llegado el momento «crucial» del ocaso de la comunidad, los frutos repartidos y los bienes se integran teóricamente en una masa cuya distribución se hace en base de esos dos criterios: el de entrega en especie y el de cómputo de valor; criterios, por otro lado, que no han sido en ocasiones bien entendidos por la doctrina, ávida muchas veces de extraer consecuencias de donde ni siquiera existen principios. Así se ha dicho que las ideas antes apuntadas marcan una evidente diferencia entre las estructuras de la sociedad y la de la indivisión, pues mientras la primera tiene como *inmediata finalidad* la de un reparto *regular* de los beneficios, la comunidad, por el contrario, *no es fundamentalmente* un organismo de producción, y, por consiguiente, sus ganancias incrementan el capital con el que son distribuidos. El argumento es tan endeble, que queda relegado a un ángulo puramente anecdótico, si tenemos en cuenta que el derecho de los socios no lleva implícito durante la vida de la sociedad más que el de percibir «tan sólo una parte de los beneficios obtenidos», y que el ejercicio de su derecho a una parte de las reservas, que presenta un valor pecuniario más considerable aún, queda aplazado hasta la disolución.

Difuminada así esa pretendida diferenciación, hay incluso (en el caso de que uno de los comuneros ejerza la gestión en nombre de los demás) un factor que une las dos figuras. Admitido que la salvaguarda de la igualdad en el goce de la cosa común no debe llevarse al extremo de considerar la actividad del gestor como puramente gratuita; admitido que a quien toma sobre sus hombros la nunca ligera y siempre engorrosa carga de la llevanza de los negocios (término que debe entenderse con la natural amplitud que la meta a que tendemos requiere), justo es que se le reconozca una remuneración, surge otra vez el «fantasma» de la sociedad con su tinglado coherente y bien organizado de relaciones, para explicarnos la forma de considerar esa gestión. En efecto, el *comunero-gestor* se encuentra situado, cualesquiera que sean sus intenciones y las reacciones de los demás comuneros, en situación muy similar a la del socio gestor en una sociedad, que participa de los beneficios en tanto que asociado, pero que percibe una retribución por su trabajo, pudiendo repetir, por otro lado, contra los demás miembros en cuanto a las cantidades que haya desembolsado en interés de la comunidad y haciendo partícipes a los demás de las obligaciones contraídas de buena fe y de los riesgos inherentes a su gestión. En resumen: la teoría de la igualdad en el goce de la cosa común no prohíbe a ninguno de los comuneros, en este caso al gestor, enriquecerse a base de la misma cosa común; lo que sí le prohíbe *es que este enriquecimiento sea a costa de los demás*.

C) GESTIÓN DE LOS INTERESES COMUNES

En el epígrafe anterior se ha hablado reiteradamente del manejo de la cosa común en relación con el goce de los frutos y beneficios que de ella dimanar. Nos toca en éste tratar, siquiera sea de una forma somera, la gestión de los intereses comunes, en sí considerada.

Resulta desconcertante ver cómo la doctrina, lejos de paliar el rigor de la regla de unanimidad, de limar progresivamente sus aristas, siente como una especie de sádico placer en asomarse a los abismos que se

antojan insalvables entre la sociedad y la indivisión. Al conjugar esta última figura con la idea de la unanimidad se han levantado una serie de obstáculos que no parece nada fácil saltárselos.

Dos soluciones, sin embargo, son teóricamente concebibles: o se entiende que los comuneros, todos ellos, han de ejercer personalmente la administración, o se considera que todos ellos, de mutuo acuerdo, ceden la administración a uno de ellos o a un tercero.

En ambos casos, la tan citada regla de *unanimidad* suscita una serie interminable de dificultades. En el primer caso, la intervención directa de cada condomino en la gestión multiplica las ocasiones de conflicto, al poder ser puestas en tela de juicio la oportunidad de las decisiones a tomar, o los medios que han de ser adoptados. Y no es solamente que se discuta tal o cual operación determinada, sino que con todo ello la administración de la cosa común se moverá constantemente en la dirección que marquen los vientos antojadizos del comunero que proceda de mala fa.

En la segunda de las hipótesis se hace necesario proceder de común acuerdo a la designación de un administrador, perfilando el contenido de sus facultades y sin que ello no signifique que, por cada uno de los titulares, pueda protestarse la utilidad de cualquier determinación tomada, o, lo que es aún más importante, se proponga otro administrador o se solicite la división.

A la vista de esta problemática planteada, no tiene nada de particular que la jurisprudencia haya ensayado diversas soluciones: 1) Entender que nos encontramos ante un mandato tácito. 2) Considerar aplicables las reglas de la gestión de negocios ajenos. 3) Relacionar la solución anterior con el enriquecimiento sin causa.

a) La primera, naturalmente, no puede ser aceptada más que con extraordinarias reservas y dudas por parte de quienes, apoyándose en los moldes clásicos, afirman que una de las notas diferenciales entre sociedad e indivisión es el carácter contractual de la primera y extracontractual de la segunda, el cual vendría desvirtuado de acoger la solución preconizada. El Tribunal Supremo, sin rechazar totalmente la regla del mandato tácito, manifestó en diversas ocasiones una gran severidad, sobre todo en el plano probatorio. Aquél no ha salido, desde luego, mejor parado que el mandato verbal, y, en consecuencia, se ve sometido al artículo 1985 del Código civil y a las reglas generales de prueba de los actos jurídicos.

b) *Gestión de negocios ajenos*.—En el plano teórico, la gestión de negocios ofrece la ventaja de constituir una situación extracontractual. En el plano práctico, es susceptible de aplicarse en términos de mayor amplitud que el mandato, por cuanto en éste se supone que el mandante *conoce* la gestión realizada por el mandatario y que la *acepta*. En efecto, el artículo 1372 del Código civil, párrafo primero, precisa que puede haber gestión de negocios, «ya el propietario conozca la gestión o la ignore».

Realmente, la gestión de negocios se estructura sobre una base fundamentalmente ocasional, y lo que pretende es asegurar la solución de un problema en momentos de determinada urgencia.

c) *¿Es posible hablar de enriquecimiento sin causa?*—El Tribunal Supremo, en sentencia de 1912, y matizando la solución de «gestión de negocios», declarada por la Audiencia Territorial de París en sentencia de 1 de febrero de 1910, relacionará aquélla con la teoría del *enriquecimiento injustificado*.

Ahora bien: aun admitiendo que, en contra a lo que se ha declarado a veces, el enriquecimiento sin causa puede coexistir con la gestión de negocios, aun suponiendo que no hay contradicción alguna entre las dos decisiones recogidas, debemos buscar las razones que han impulsado al Supremo a colocarse en un terreno distinto al de la Audiencia Territorial. En definitiva, esos móviles se concretan en la necesidad de dotar a la gestión de negocios de una acción complementaria o auxiliar que matice y ponga más de relieve la posición de todos los posibles interesados, es decir, no sólo de los demás comuneros, sino también de los terceros.

Con estas tres soluciones propugnadas por la jurisprudencia, ésta trata de evitar que se hiera de frente la regla de la unanimidad. Sin embargo, la realidad nos muestra que en el fondo se trata las más de las veces de una máscara tras la que se encuentran ciertas desviaciones de la misma.

Así, sería una creencia un poco infantil pensar que la teoría del mandato tácito es la pura aplicación de la regla de unanimidad.

Según la doctrina clásica, la regla de unanimidad implica un concurso real, efectivo de los diversos cotitulares, en el acto en cuestión.

Ciertamente, la teoría de la representación permite considerar al representado como presente y participante en la operación prevista y consentida por él mismo. Pero esto supone que el mandatario actúa realmente en virtud de un poder que le ha sido conferido y dentro de los límites del mismo.

Por definición, en nuestra hipótesis no aparece, sin embargo, rastro alguno de un acto voluntario del mandante en favor del mandatario, y, en consecuencia, ningún límite puede señalarse a la actividad del comunero gestor.

En segundo lugar, y por lo que se refiere a la *gestión* de negocios, es evidente que el interés del gestor *confundido* con los intereses de sus «compañeros en la indivisión», viene a reemplazar el elemento intencional que era necesario en la misma: la intención de realizar la gestión. Pero es esa misma confusión de intereses la que impide que propiamente pueda hablarse de representación de los intereses de otros, pues lo que hay es una gestión de intereses comunes.

Finalmente, puede deducirse de todo lo hasta aquí dicho que si los tribunales a veces han echado mano de la teoría del *enriquecimiento injustificado*, es precisamente en aquellas hipótesis en que puede ser útil a tercero la utilización del artículo 1864 del Código civil, según el cual «la estipulación de que las obligaciones contraídas por cuenta de la sociedad no vincula más que al socio que las contrajo, y no a los demás, tiene dos salvedades: que éstos hayan manifestado su aprobación, o que la obligación haya redundado en provecho de la sociedad».

En cualquier caso, cabe estimarse como digna de encomio la tarea de los tribunales, que utilizando estas fórmulas más o menos acertadas, tratan de conferir al administrador de hecho una posición relativamente robusta, en cierto modo comparable a la del socio gestor, y de atribuir a los actos realizados por aquél en beneficio de los demás comuneros efectos análogos a aquellos que se realizan en favor de los socios, un poco por encima, por tanto, de las embarazosas fronteras señaladas a veces por los estatutos y por las disposiciones legales.

El último capítulo de esta segunda parte de la obra contempla dos hipótesis importantes: 1.ª) Gestión de los intereses comunes sin oposición previa al acto en cuestión. 2.ª) En caso de oposición manifiesta antes de la operación.

1.ª) Ocurre a menudo, tratándose de un acto de administración, esto es, de un acto que no hace salir un bien del patrimonio, que el desacuerdo de los demás condóminos o de alguno de ellos a las operaciones efectuadas por el condómino-gestor no se manifiesta explícitamente. Es corriente que el comunero conocedor del acto que va a llevarse a cabo se limite a concurrir al mismo. Sea por ignorancia unas veces, sea por negligencia otras, la realidad es que se abstiene de toda declaración y únicamente muestra la disconformidad al verificarse la división cuando, al palpar las cuentas que le son presentadas, se hace cargo de las dimensiones de los actos realizados por aquél.

Pues bien: en estas hipótesis es evidente la necesidad de asegurar la validez de dichas operaciones, respecto de las cuales la regla de la unanimidad se ve atemperada por obra y gracia de una suave interpretación de la doctrina y de la jurisprudencia, apoyándose, sobre todo esta última, en el artículo 1859 del Código civil. En efecto, el paralelismo tantas veces traído y llevado de la sociedad y de la indivisión penetra en la susodicha regla, y la matiza con el espíritu del precepto citado. El texto de éste se refiere al caso de que no haya habido estipulaciones especiales sobre la forma de llevar la administración. Aquí el contenido de la regla de unanimidad se transforma en el sentido de conceder a los demás socios no actuantes el *derecho de oponerse a las operaciones de cualquiera de ellos antes de que se concluyan*. Aquí el consentimiento de los socios a los actos de administración es un consentimiento presunto. El simple hecho de no oponerse al acto antes que éste surta efectos jurídicos, su simple silencio, equivale al consentimiento. El derecho de oposición así configurado viene a ser, pues, un diminutivo de la exigencia del concurso de todos.

Esta solución, francamente aceptable, para los casos de simple administración, cede en supuestos concretos como es el arrendamiento, objeto de una especial consideración por DELHAY: «Desde siempre, afirma, ha sido estimado como necesario por los tribunales el acuerdo de los comuneros.» Y ello en base a tres ideas que él mismo recoge:

a) El *carácter indivisible* del *derecho de goce* que se le concede al arrendatario, quien no podría gozar de la porción cuyo arrendamiento le ha sido concedido por el arrendador sin disfrutar al mismo tiempo de la parte de los demás copropietarios.

b) El *carácter real* que tiene el derecho del arrendatario. No puede dejarse, se dice, al arbitrio de uno de los condóminos el vincular la cosa común. De otra forma se abriría el portillo de los más escandalosos abusos, al tiempo que acarrearía consecuencias desastrosas al momento de verificarse la división. Un inmueble «gravado» con un arrendamiento se vende indudablemente con mayor dificultad y a menor precio, ya que «los posibles compradores no pueden purgar un arrendamiento como se purga una hipoteca».

c) La consideración de la puesta en arrendamiento de un inmueble, como un *acto de disposición*.

2.ª) Cuando existe una oposición manifiesta antes de la conclusión del acto llevado a cabo por el copropietario gestor, lógicamente éste no podía, sin obtener el concurso de los oponentes, llevar a feliz término aquél.

No obstante, sí conviene dejar bien sentado que aunque los comuneros tienen derecho a participar en la administración, debe negárseles toda posibilidad de paralizar la gestión de los intereses comunes por un veto inoportuno y, sobre todo, arbitrario y sin razón. Porque el veto tan sólo debe admitirse cuando fundadamente se deriven perjuicios para los diversos cotitulares no actuantes. El veto no es un instrumento al servicio

de la mentalidad egoísta de uno de los condóminos ni de su voluntad caprichosa o antojadiza. Y es aquí precisamente donde el juez jugará un papel sumamente importante valorando lo que son verdaderos intereses de las partes. Tanto es así, que en su mano estará muchas veces dar más relevancia a la subyacente comunidad de intereses que al desacuerdo de uno o la desavenencia o mala voluntad de la mayoría.

III) LAS RELACIONES DE LA INDIVISION Y DE LA SOCIEDAD, ANALIZADAS BAJO EL PRISMA DE LA PERSONALIDAD JURIDICA

En esta tercera y última parte de su obra, FRANCIS DELHAY nos argumenta con multitud de ejemplos la *necesidad*, pero al mismo tiempo *relatividad* de la distinción entre sociedad e indivisión. Resulta muy poco razonable que la doctrina y la jurisprudencia, haciendo alarde en ocasiones de una gran superficialidad o, al menos, de un retraimiento para encararse con problemas latentes, hayan preferido discurrir por los cauces tradicionales, en lugar de abrirse madre por los caminos de la innovación.

Resulta también poco convincente declarar, como se ha venido haciendo hasta ahora (salvo raras excepciones, como la que representa la sentencia de 28 de enero de 1954, en que se afirma que «la *personalidad*, al ser inherente a toda agrupación provista de una posibilidad de expresión colectiva para la defensa de intereses lícitos, puede predicarse de ciertas indivisiones»), que la oposición sistemática entre ambas instituciones tiene su basamento en el reconocimiento de personalidad jurídica que se otorga a la sociedad. En efecto, ni desde *el punto de vista jurídico* puede decirse que la personalidad resume la esencia de la sociedad, la cual es algo más que una persona jurídica, ni desde *el punto de vista histórico* dicho reconocimiento puede calificarse de primario en el desarrollo de la misma.

De un examen detenido de los textos romanos se extrae una irrefutable conclusión: la idea de «personalidad», nacida inicialmente «para ser del hombre», se aplicó traslaticiamente a determinadas entidades, en una *época tardía* (al final de la República), *de manera costosa* por la arraigada concepción de que la sociedad no era sino una indivisión, cualificada si se quiere, por la presencia de elementos específicos, y de *forma limitada*, cuanto se reconoció tan sólo a los *municipios* (a los efectos de que tomaran parte en el tráfico jurídico) y a algunas *sociedades de publicanos*.

Sobre estos antecedentes fácilmente puede comprenderse que hubiera que esperar hasta finales del siglo pasado para dotar de personalidad jurídica a las sociedades civiles.

La personalidad de las sociedades civiles aparece como una verdadera creación jurisprudencial. Y no se crea lo que dice un sector en la doctrina de que los tribunales se encontraron con un terreno abonado por multitud de preceptos legales que parecían tender a ese reconocimiento. Artículos como el 1845, 1846, 1848, 1850, 1852, 1856 y 1859 no conducían ni mucho menos de una forma inexorable a aquel laudable alumbramiento. De estos textos no puede deducirse que la sociedad sea una *persona jurídica* distinta de los socios que la integran, sino tan sólo que «pueden existir intereses distintos del de cada uno de éstos» cuando se la observa a través del prisma de la colectividad de socios.

A continuación el autor, metódicamente, va deshaciendo una serie de tópicos que impedían ver la auténtica realidad de las dos instituciones. En primer lugar se refiere a la *autonomía patrimonial*, que no es en modo

alguno privilegio de las agrupaciones dotadas de personalidad jurídica, sino que puede observarse también en las indivisiones hereditarias, tanto desde el lado de la composición del activo como desde la liquidación del pasivo, al admitirse que la *indivisión* puede ser propietaria de ciertos bienes y acreedora de cada uno de los coherederos por razón de las operaciones llevadas a cabo entre la muerte y la partición. Y lo mismo ocurre, añade, en situaciones que el mismo califica de indivisiones post-comunitarias o postsocietarias.

En segundo lugar, tampoco es acertado presentar la *personificación* como el corolario de la *organización* que sirve de estructura a la sociedad, máxime cuando se pretende hacer ver que tal organización es inexistente en las situaciones de indivisión.

En estas situaciones tildadas de caóticas, consagraciones de voluntades individuales en las que el espíritu de grupo no aparece por ninguna parte, existe, por el contrario, un fondo común. Son traducciones literales de aspiraciones idénticas o, al menos, semejantes, por cuanto tienden a un fin común. Sí; existe una comunidad de intereses, al igual que en la sociedad, y ello hace nacer un sujeto de derecho distinto de los cotitulares: la colectividad.

Decía BINDER que la noción de derecho subjetivo incluye la del sujeto de derecho. El derecho es una relación, y como tal el sujeto de un derecho será el «ser» comprometido, vinculado a la misma, en este caso la indivisión. En realidad ésta no es sino el aspecto objetivo de una situación cuyo lado subjetivo es la *colectividad* de interesados, a quien propiamente debe considerarse como sujeto de esa «relación». Pues bien: tanto esa colectividad como el cotitular *que actúa como gestor de los intereses comunes* son órganos de lo que tradicionalmente se ha tachado de «inorgánico».

El error, por tanto, de la doctrina tradicional ha sido creer que un derecho no puede tener más que un solo sujeto y subordinar el reconocimiento de derechos a una colectividad a su personificación.

En realidad ésta es algo que viene por añadidura y que debe desconectarse de aquel reconocimiento. La personificación de la sociedad, como fórmula antropomórfica, en cuya virtud la colectividad de asociados se convierte en un conjunto indivisible al que se confiere una capacidad jurídica distinta de la de sus miembros, produce paradójicamente una cierta despersonalización, un deterioro en la condición personal de los socios que se manifiesta no sólo en relación con las responsabilidades de la sociedad, sino también ante el patrimonio social. En efecto, los socios responden del pasivo social en proporción a su parte, pero indefinidamente, esto es, también con sus propios bienes.

El tan cacareado *intuitus personae* de las llamadas sociedades personalistas no juega más que en el momento de elección del administrador. Esto se desprende de su propia personalidad para adoptar la máscara que la sociedad le impone. El es la «persona» en el sentido etimológico de la palabra, es decir, el actor que desempeña el papel de la sociedad en la escena jurídica. El es la sociedad hecha hombre. El representa, como dice RIPERT, «la autoridad orgánica encargada de asegurar la realización del interés común».

Comunidad de intereses, autonomía patrimonial, organización, etc.; he ahí elementos que al ser considerados en su justa dimensión no hacen sino evidenciar que entre las figuras que se antojaban separadas por distancias irreductibles no hay más que un paso. Pero un paso en sentido material, y no en el que de coloquial tiene la palabra. La personalidad jurídica, según SUPERVIELLE, es susceptible de grados. Esto explicaría que entre las sociedades con personalidad jurídica plena y las simples indivisiones se reconociera la existencia de una zona más o menos amplia,

habitada por comunidades organizadas con personalidad jurídica restringida. Zona esta a la que convergerían figuras tradicionalmente encailladas en los moldes excesivamente rígidos de dos polos antes reputados opuestos, pero cuya atracción es tal que justifica perfectamente la permeabilidad e intercomunicación de disposiciones aplicables (832, 882, 883, 889 del C. c.) a figuras que ahora y en lo futuro, de no ser así, tendrían una paternidad desconocida.

JOSÉ LUIS BENAVIDES DEL REY

MARTÍNEZ ESCUDERO, L.: *Playas y costas (su régimen jurídico-administrativo)*. Editorial Montecorvo. Madrid, 1970.

La Editorial Montecorvo saca a la luz en su «Colección de Estudios Jurídicos» una obra cuya título no puede estar más de actualidad. A la atracción social y turística que supone todo nuestro litoral, principal instrumento de penetración y acercamiento a otros países (con todas sus ventajas e inconvenientes), se une la reciente legislación de 26 de abril de 1969 que regula toda la materia de titularidad, uso y disfrute de las playas y costas. En virtud de esta nueva ley se hacen casi imposibles las anécdotas que en materia de descripciones de fincas se han ido produciendo a lo largo de toda una historia documental y registral. Cuentan que allá por el litoral de Levante, al ser de propiedad particular ciertas playas y costas, se llegó a describir la finca diciendo que uno de sus linderos era África, *mar por medio*; igual sucedió con otra finca que lindaba con José López, aclarándose que hoy era *Mar Mediterráneo*.

LORENZO MARTÍNEZ ESCUDERO, autor de la presente monografía, es, conforme dice su prologuista, doctor en Derecho, y precisamente el trabajo que constituye la publicación es la tesis doctoral que se presentó ante un tribunal, y que obtuvo el calificativo de sobresaliente *cum laude*. No sé más del autor, pero sin duda es de esperar que vayan apareciendo sucesivos trabajos suyos en revistas, conferencias y publicaciones.

Los que hacemos guardia calificadora al lado del mar, en esa especie de telón que ofrecemos al extranjero, perdemos quietudes cada vez que la playa, la costa, la urbanización... o la extranjera aparece en nuestro horizonte jurídico. Por ello libros como éste no hacen más que facilitar enormemente nuestro trabajo en materia de playas y costas. , pues lo de las extranjeras, ya de tradición carpetovetónica, lo llevamos muy aprendido desde siglos ..

Prologa el libro el catedrático de Derecho administrativo de la Universidad de Sevilla, Manuel Francisco Clavero Arévalo, que hace un juicio crítico del momento y oportunidad de la publicación, pero que, además, encuadra la monografía, elogiándola, al decir que «un libro no sólo es bueno por el tema estudiado ni por la oportunidad de su publicación, sino que lo es, sobre todo, por la sistemática empleada, por el manejo de las categorías jurídicas, por el buen uso de la bibliografía y de la jurisprudencia y por las aportaciones realizadas». El resto del prólogo no es más que un esquema del contenido del libro, que hacemos por nuestra cuenta para aportar algo en esta recensión.

El libro consta de una introducción, donde se explica la razón de la publicación, y cinco capítulos, que abarcan y dividen toda la materia estudiada. El primer capítulo es prácticamente histórico, legislativo y de Derecho comparado. El segundo lleva consigo el tema de la titularidad y competencia de las playas. El tercero concreta el objeto de las zonas que pueden distinguirse. El cuarto es referido al problema del

uso y disfrute de las playas. El quinto y último—«no hay quinto malo», dicen los taurinos—recoge una serie de principios fundamentales y la importancia que el tema tiene con el Registro de la Propiedad. Abre la obra un índice sumarial de materias; existe un índice bibliográfico de obras citadas y tenidas en cuenta, y un Apéndice legislativo, con citas de leyes y sentencias, así como el texto íntegro de la Ley de Costas. Falta, a mi juicio, un índice de materias, que, siendo reducido, podría facilitar la busca del problema o de la norma aplicable al mismo.

Bajo este esquema vamos nosotros a exponer el contenido de la monografía, intentado fijarnos en lo que puede dar al lector la clave de la esencia tratada por el autor.

A) LAS PLAYAS, COMO BIENES DE DOMINIO PÚBLICO O NATURAL

La primera parte de la obra está destinada a un estudio histórico de la legislación, para precisar el carácter público de las playas. Dentro de los antecedentes históricos, señala, en el Derecho Romano, la calificación de *res communes*, y, por ello, *res extra commercium* de las riberas del mar. Se trata de cosas comunes, más que públicas. En el Código de Las Partidas, y al igual que en el Derecho Romano, las riberas del mar no son bienes *públicos*, sino *comunes*.

Pasando al Derecho positivo español, va examinando los diferentes ordenamientos legislativos que se ocupan de la materia: la Ley de Aguas, la Ley de Puertos, el Código civil y la Ley de Costas. En la Ley de Aguas primitiva de 1866 se contiene toda la serie de principios que luego han informado en legislaciones posteriores, considerando que debe hablarse de playas o riberas de mar, y no de orilla de mar ni de zona marítimo-terrestre. En la Ley de Aguas de 1879 sólo se trata de las aguas terrestres, riberas de ríos y de lagos. En la Ley de Puertos de 1880 ya se comienza a hablar de zona marítimo-terrestre y de mar litoral; y en la Ley de Puertos de 1928 se copia la ley anterior de 1880, planteándose el problema de su vigencia y aplicación. En el Código civil se regulan, en los artículos 338 y siguientes, los bienes de dominio público o de propiedad privada, inspirando dicha clasificación en el criterio de la afectación o destino de los bienes. Las riberas y playas se incluyen entre los bienes de dominio público destinados al uso público. En la Ley de Costas del año 1969 se ostentan las siguientes novedades: la definición de playas como bienes de dominio público, la incorporación del lecho y del subsuelo del mar al dominio público, la servidumbre de paso en la zona marítimo-terrestre y predios colindantes con las playas, problemas de competencia, dejando, sin embargo, sin resolver los problemas de los enclaves de propiedad privada dentro de las playas y zonas marítimo-terrestres.

En materia del Derecho comparado examina las legislaciones de Francia, Alemania e Italia, para luego examinar el problema de si las playas son objeto del dominio público «natural». El concepto del «dominio público por naturaleza», puesto de moda en nuestro Derecho por G. FALLA, tiene antecedentes en la doctrina francesa, y cierra el capítulo que estamos examinando.

B) TITULARIDAD Y COMPETENCIA SOBRE LAS PLAYAS

El autor plantea el problema de si las playas pueden ser calificadas como propiedades colectivas o estatales. Cita a CLAVERO ARÉVALO, quien, a su vez, reproduce criterios de PROHUDON al afirmar que dominio público es el poder de regir y administrar las cosas que por ministerio

de la ley están destinadas al uso de todos, y cuya propiedad a nadie pertenece. Sigue con citas de BERTHELEMY, COVIAN, GASCÓN y MARÍN, MARTÍNEZ USEROS, y normas legislativas, aunque reconoce que la tesis de que los bienes destinados al uso común, como las playas, no pertenecen al Estado, sino a la colectividad, está actualmente superada.

En materia de competencias estatales sobre las playas expone la situación confusa que intenta aclarar la Ley de Costas actual. Es una postura ciertamente ibérica y ministerial el querer «mandar» sobre una cosa tan atractiva como son las costas. He oído contar a jueces de primera instancia e instrucción la terrible disputa por *un cadáver* entre ellos y la autoridad marítima. La diversidad de competencias no hace más que complicar los procesos administrativos que surjan en ciertas cuestiones.

El autor señala como órganos competentes, en mayor o menor medida, en la zona marítimo-terrestre, los siguientes: el Ministerio de Obras Públicas (a través de la Dirección General de Puertos y Señales Marítimas: artículo 10 de la Ley de Costas), el Ministerio de Marina (en las funciones que le atribuye el artículo 9.º de la Ley de Costas), el Ministerio del Ejército (todas sus funciones están basadas en razones de la defensa nacional), el Ministerio de Información y Turismo (en razón de las relaciones que la costa y el turismo tienen), el Ministerio de Comercio (a través de la Subsecretaría de la Marina Mercante y conforme al artículo 11 de la Ley de Costas) y el Ministerio de Agricultura (sobre adjudicación de concesiones en montes cercanos a la zona marítimo-terrestre, conforme a los artículos 10 y 13 de la Ley de Costas). Por lo que se refiere a la Administración periférica, pueden señalarse: los jefes de costas y puertos, Comandancias de Marina y gobernadores civiles. Por lo que se refiere a la competencia municipal, la nueva Ley de Costas precisa su actuación, terminando con una controversia que el autor expone con mucha claridad. En los artículos 10, 1.º, y 17 de la Ley se exponen claramente los campos de actuación de la administración municipal.

C) CUESTIONES RESPECTO DEL OBJETO

En este capítulo se aborda el problema de la concreción del objeto sobre el que se extiende la ley. Podemos decir que el objeto es el principal elemento que debemos tener en cuenta para toda operación jurídica de trascendencia real u obligacional. Hasta dónde abarca lo que podemos llamar *zona general* y la *zona de servidumbre*, así como las *zonas especiales* y posibles modificaciones de unas y otras, es el objeto principal del estudio del autor.

En lo que pudiéramos llamar *zona general de dominio público* se pronuncia la nueva Ley, precisando que no sólo se extiende a la zona marítimo-terrestre, sino a las playas (art. 1.º), siendo también de dominio público el mar territorial, el lecho y el subsuelo, los terrenos por accesiones, los puertos de interés general, los de interés local y los arsenales y astilleros de la Armada. Como bienes de carácter patrimonial del Estado se consideran las islas formadas o que se formen en el mar, en las rías o en las desembocaduras de los ríos y los terrenos sobrantes de la zona marítimo-terrestre.

Preciso, y por supuesto interesante, es el estudio de la materia referente a la servidumbre de salvamento y vigilancia litoral, así como a la de paso. En las *zonas especiales* es preciso señalar la militar de costas

(que supone una alteración normal del régimen general), la zona de maniobras y recaladas de aeropuertos, las zonas francas, la de vigilancia fiscal, la de bañistas y para embarcaciones deportivas o de recreo, las de interés turístico nacional y la de interés pesquero, cada una de ellas regulada por su disposición especial.

Termina el presente capítulo con tres cuestiones de suma trascendencia, ya que la primera se refiere al cambio de objeto como consecuencia de afectaciones naturales y desafectaciones naturales; la segunda supone trabajos naturales que artificialmente son ganados al mar, y la tercera, que no resuelve la Ley, es el problema de las propiedades particulares (o enclaves) de trozos de la zona marítimo-terrestre.

D) UTILIZACIÓN DE LAS PLAYAS

Tema interesante en relación con las playas es el uso que de las mismas puede hacerse. Debo anticipar que acude a mi mente aquella famosa comedia dramática, de ensayo, titulada *Proceso por la sombra de un burro...* Es cierto que el uso del terreno de la playa puede ser común, pero el de la sombra que proyecta una sombrilla, un parasol o un artefacto similar, ¿puede ser disfrutado por todos? El autor, como es lógico, no se plantea ese problema, aunque lo intuya, sino que se refiere en su exposición a tres clases de uso: el general, los usos especiales y los privativos. El primero está señalizado o precisado en el artículo 3.º del apartado III de la Ley de Costas (autoriza a todos a transitar por ellas, bañarse, tender redes, pescar, varar, carenar, reparar y construir embarcaciones, bañar ganado y recoger conchas, plantas, mariscos y cualquier otro uso análogo...). Estos usos son aplicables tanto al ibérico como al extraño o extraña. Es una pleitesía bien entendida y basada en nuestra hidalguía jurídica. Entre los usos especiales el autor comienza por señalar los requisitos que exigen y sus características, para luego concretar los supuestos que la Ley prevé (barracas o construcciones, servicios o construcciones de carácter temporal y otros usos) y que nosotros admitimos con las naturales reservas, pensando en el mal gusto, la poca higiene, la fealdad, la poca armonía con el paisaje y las arbitrariedades administrativas en las concesiones. Dentro de los usos privativos, el autor hace una afirmación genuinamente hispánica, basada, como es lógico, en la Ley: «Ningún particular tiene derecho al uso privativo del dominio público, sino que, por el contrario, el mismo tiene que estar amparado por un acto administrativo específico; este acto administrativo es la concesión.» Sugiero al autor un paseo «marítimo» por la ya famosa Costa del Sol. ¡Las leyes, cómo se alejan de la realidad!

El principio se desarrolla posteriormente a través de un estudio concienzudo en el que se afronta el problema de la concesión, los usos privativos y la cuestión de las playas privadas, en relación con la Ley de Centros y Zonas de Interés Turístico de 28 de diciembre de 1963.

E) RÉGIMEN JURÍDICO DE LA INCOMERCIABILIDAD DE LAS PLAYAS

En este capítulo se exponen una serie de principios en relación con el objeto de la propiedad que estamos tratando. Se dice que se trata de una propiedad inalienable, como nota fundamental del dominio público; una propiedad inembargable, como secuela del principio anterior; una propiedad imprescriptible, como nota típica del dominio público (con sus posibilidades de desafectación natural o artificial); la imposibilidad

de servidumbres, la recuperación posesoria al amparo del artículo 8.º de la Ley del Patrimonio del Estado con sus problemas de aplicación de limitación del año y día, y, por último, la problemática del deslinde, con su disposición transitoria, que emplaza a la Administración para realizarlo en el plazo de cinco años.

El último punto que toca el autor es el del Registro de la Propiedad en relación con las playas. Sin perjuicio de la serie de contrastes y relaciones que esta legislación de playas y costas provoca con el Registro al relacionarse con terrenos colindantes, urbanizaciones, servidumbres, etc., el autor aborda el problema de la recuperación de la posesión de fincas inscritas a favor de particulares, la posible aplicación del artículo 46 de la Ley del Patrimonio del Estado con la necesidad de que el Registrador ponga en conocimiento del Ministerio de Hacienda la posible inmatriculación de finca colindante con alguna del Estado (suponiendo que las del Estado estén inscritas). Se refiere también a la necesidad de que en el Registro de la Propiedad existan planos oficiales del deslinde en la parte del litoral correspondiente.

Igualmente se refiere a la disposición adicional primera, en la cual se concede un plazo de cinco años para la práctica de deslindes administrativos, imponiendo al Registrador unas obligaciones de notificación al Ministerio de Obras Públicas, planteándose varios problemas en relación a las relaciones y certificaciones *literales* que hay que enviar y que ya expuse en otra ocasión, considerando suficientes las «en relación».

JOSÉ MARÍA CHICO ORTIZ

MENÉNDEZ, JOSÉ: *Estudio de la legislación hipotecaria de Guinea. Su único procedimiento inmatriculador*. Editora Nacional. Madrid, diciembre de 1970; 357 págs.

Nos hallamos en presencia de un libro escrito sin pretensiones comerciales. En 1968 Guinea Ecuatorial accedió a su independencia. Su Derecho, hasta esos momentos nacional, pasó a convertirse en un sistema de normas extranjeras. Por tanto, este mínimo conjunto de preceptos ha perdido interés para los lectores españoles, que, dicho sea de paso, nunca se preocuparon en documentarse respecto a aquella lejana geografía, siempre enjuiciada con una benevolencia folklórica. Por eso la obra—según confesión del autor—es un tributo romántico-jurídico a un ayer legislativo y una aportación constructiva, cara a los años que se inician, para completar varios matices de la técnica concesional.

En este comentario nos vamos a ceñir a una exégesis de las líneas estructurales del libro. El texto desmenuza una juridicidad esotérica para los lectores españoles, y por ello quizá lo más pulcro al recensio-
nar la obra consiste en airear las razones del autor, que ha enfrentado un tema arcano con el que no estamos familiarizados.

El Derecho inmobiliario de Guinea Ecuatorial es de formación híbrida. Las tres cuartas partes de su anatomía jurídica responden al biotipo hipotecario español. Sólo en una pequeña proporción presenta los rasgos somáticos del sistema australiano. En el Acta Torrens se inspiran, aparte algunas otras particularidades de menor monta, las normas referentes a las concesiones y a los certificados de inscripción. Pero estas especialidades son tan pródigas en implicaciones jurídicas de todo tipo, que su estudio puede destilar páginas y páginas de comentarios doctrinales.

En aquellos territorios la concesión es un acto administrativo que provoca un transferimiento de los bienes de propiedad privada del Estado en favor de los particulares.

Así, pues, el patrimonio inmobiliario del Fisco en Guinea puede ser adquirido por los particulares. Pero no siguiendo los módulos transmisivos del Derecho civil español, sino por el exclusivo procedimiento de la concesión. A este respecto hay que tener presentes dos artículos de la Ley que cierran el círculo de la construcción legal sobre la materia. En primer término, el artículo 16, según el cual: «Sólo la concesión otorgada conforme a esta Ley, será modo de adquirir el dominio o cualquier derecho real sobre los inmuebles no inscritos y sobre los revertidos en favor del Estado.» «Los inmuebles no inscritos» son los que en Guinea se conocen vulgarmente con la expresión «bosques del Estado», a los que se refiere el número 2 del artículo 4.º de la Ley cuando habla de «los terrenos y sus bosques que no hayan pasado nunca al dominio de particulares».

Reafirma estas ideas el artículo 21 de la Ley, según el cual «la concesión de bienes recaerá siempre en los de propiedad privada del Estado no destinados a algún servicio público».

Por virtud de las oportunas concesiones, los bienes físicos pertenecientes a la Administración pasan a la titularidad jurídica de otras personas; es decir, tales cosas salen del patrimonio fiscal y acceden a los diferentes peculios particulares.

En la Ley está previsto el procedimiento, este trasvase de titularidades, este cambio subjetivo para una situación objetiva idéntica, y quien hace presencia de esta potencialidad legal es cada específico expediente de concesión, cada resolución favorable, que, al provocar un desplazamiento de riqueza, subjetivamente, provoca, de paso, la entrada por primera vez de cada especial finca en el Registro de la Propiedad.

La concesión, pues, está en el quicio de toda la propiedad privada de los guineanos. Todo nacional de aquel país sabe que por medio de este procedimiento puede acceder al dominio de superficies concretas del territorio. Pero la infraestructura legal no responde, en la complejidad de las normas aplicables, a estos simplistas esquemas adquisitivos que acabamos de exponer.

El problema de la aplicación de la Ley de Propiedad y demás disposiciones relativas a las concesiones guineanas se complica desde el momento en que la independencia de Guinea ha tenido que improvisar especialistas jurídicos entre funcionarios, muchos de los cuales carecen del título de licenciado en Derecho.

Teniendo en cuenta esta realidad profesional y burocrática de la República en los momentos actuales, el autor ha creído conveniente poner a disposición de los funcionarios autóctonos una guía doctrinal que les permita desentrañar el funcionamiento íntimo de los engranajes esotéricos de algunos cuerpos legales. Porque la esencia de las leyes no se acaba en la faz literal de su articulado. Subterráneamente late, bajo la epidermis gramatical, toda una biología crepitante de implicaciones, de relaciones sistemáticas de unas instituciones con otras, de atavismos históricos... que exigen un instrumental hermenéutico para poder descifrar el auténtico alcance de los preceptos.

Se trata, por tanto, de hacerles viables y aplicables unas herramientas jurídicas con las que no están muy familiarizados. Es el caso de la Ley de Propiedad, verdadero Código inmobiliario de Guinea, que, por su especial procedencia, equidistante del Derecho español y del sistema australiano, no ha sido estudiada por los licenciados pamues o bubis, y mucho menos por los juristas improvisados desde el año 1969.

El Derecho es como un organismo vivo. Ahonda sus raíces en el pasado y puede prolongar sus efectos en el porvenir. Ello, normalmente, partiendo del presupuesto de una continuidad política dentro de un determinado país. Pero a veces se produce el supuesto de una supervivencia excepcional, cuando el ímpetu legislativo horada el roquedal del trauma político de ese exabrupto de parto que toda independencia lleva consigo.

Este fenómeno de vitalidad legislativa se está produciendo actualmente en Guinea Ecuatorial. A lo largo de casi dos siglos se vino estructurando un Derecho positivo de plurales entonaciones, que cubrió la gama de posibilidades regulables con un entramado casi tan completo como el de cualquier país con tradición legislativa decantada. Y todo ese complejo jurídico sigue rigiendo todavía. Claro que en un próximo futuro no será posible seguir extendiendo fes de vida para todo el ordenamiento elaborado en una serie sucesiva de años. El Derecho administrativo, instrumento de una organización abrogada, irá sufriendo inevitablemente los embates impuestos por la nueva concepción del Estado guineano. También un futuro adverso le espera al Derecho civil tradicional, porque ni el matrimonio canónico, ni las adherencias económicas de la sociedad conyugal (dote, parafernales, gananciales...), ni otros institutos jurídicos han sido asimilados por la sociedad nativa, siempre impermeable a estas vanguardias sociológicas europeas.

Por el contrario, Guinea seguirá siendo durante muchos años un país de formación territorialmente colonial, en el sentido de que el grueso de la superficie geográfica pertenece por ley al Estado, lo que plantea la necesidad de incrementar la rentabilidad transfiriendo fragmentos de suelo a los particulares. En Guinea es insoslayable la vía concesional como medio idóneo para facilitar el acceso de los súbditos al dominio territorial. Y lo seguirá siendo hasta conseguir que la tierra se bautice humanísticamente con los nombres de los Nguema, Oyono, Mbomio, Ndongos y demás titulares que adquieran, hombro con hombro y cerca contra cerca, porciones de su patria para hacerla fructificar con el abono de su esfuerzo. Y la falsilla para escribir, sin equivocaciones, los justos transferimientos de propiedades u otros derechos reales hay que buscarla en el articulado de la Ley de Propiedad, que contiene las recetas convenientes para promocionar la población hasta los peldaños progresistas de la titularidad inmobiliaria.

Lo más importante no es que la Ley de Propiedad tenga garantizado su porvenir normativo. Lo más interesante es que, de momento, vive y rige. Y esta vigencia actual es la que desentraña JOSÉ MENÉNDEZ, por menorizando la más sustanciosa problemática jurídica inmersa en el texto legal, que es como un verdadero Código inmobiliario de Guinea.

El injerto necesario de una Constitución autárquica en la juridicidad guineana ha transferido nuevos bríos a la Ley de Propiedad, fuertemente amenazada, como los otros textos positivos, por la avulsión política de la independencia del país. No hay mejor forma de conjurar el peligro. La primera Ley del país, que podía haber certificado la muerte de la de 4 de mayo de 1948, ha optado, contrariamente, por otorgarla el exequátur, como a tantas otras disposiciones de elaboración y promulgación hispanas.

El trabajo de MENÉNDEZ trata de encarar un fenómeno de pervivencia legislativa. Un supuesto de vigencia póstuma de leyes, que actualmente son extranjeras en Guinea.

La explicación de ello está en la disposición transitoria segunda de la Constitución de la República de Guinea Ecuatorial. En ella se preceptúa literalmente: «La legislación en vigor en Guinea en el momento de la independencia, que no contradiga lo establecido expresamente en

esta Constitución, continuará vigente, mientras no sea derogada o modificada por las instituciones guineanas competentes.»

La invocación al mundo jurídico hispano es mucho más vasta de lo que a primera vista pudiera pensarse. Transitoriamente, al menos, se está dando entrada en Guinea a todo un océano de juridicidad.

Porque lo que sobrevive al cambio político-estatal no es una nómina, más o menos extensa, de disposiciones dictadas específicamente para el África ultramarina española durante casi dos siglos, sino que, por vía indirecta, pueden tener aplicación en aquel territorio ecuatorial cientos de disposiciones dictadas por el Estado español y para el territorio metropolitano. Ello es debido a que en muchas parcelas del Derecho no se legisló especialmente para Fernando Poo o para Río Muni, y tradicionalmente hubo que acudir al acervo legislativo español para resolver los vacíos existentes.

Así las cosas, «la legislación en vigor en Guinea en el momento de la independencia» era, en muy alta proporción, genuino Derecho español, por cuanto el artículo 10 de la Ley articulada sobre el régimen autónomo había previsto la forma de rellenar los espacios muertos: «Cuando no existan disposiciones legales específicas o de derecho consuetudinario, regirá, con carácter supletorio, la legislación general.» Como las lagunas siguen subsistiendo, durante algunos años será preciso acudir a esa atmósfera jurídica española, que permitirá oxigenar en derecho a las instituciones precisadas de aire para vivir. He ahí el porqué en el ensayo que comentamos se alude, con moderada frecuencia, no sólo a la legislación específica del África ecuatorial, sino también a conocidos textos jurídicos españoles, cuyas soluciones incluso podrán invocarse, en un futuro remoto, como principios de justicia en defecto de disposiciones concretas.

En la obra se aglutinan dispersos enjuiciamientos, cuya nota común consiste en ser aspectos jurídicos de una actividad particular posterior al otorgamiento concesional, de una actividad de la que se desprende una gran vitalidad negocial. El punto neurálgico de esta efervescencia *inter partes* lo constituyen las posibles colisiones prediales, las dobles inmatriculaciones, las invasiones territoriales. Aspectos todos que plantean una dogmática muy interesante.

* * *

Se conoce con el nombre de patrimonio fiscal al conjunto de objetos jurídicos que el Estado posee en régimen de propiedad privada, utilizándolos conforme a las reglas del derecho civil. Los bienes constitutivos de este especial patrimonio están vinculados a la Administración por el rendimiento que producen. Es decir, que el mismo está individualizado por su productividad económica. En nuestro Derecho peninsular visibiliza este enfoque crematístico del patrimonio fiscal el artículo 5.º del Reglamento de Bienes de las entidades locales de 27 de mayo de 1955, que conceptúa como bienes *patrimoniales* de propios los que pudieren constituir *fuentes de ingresos* de naturaleza jurídica privada para el erario local.

Esta masa de bienes se rige por las normas del Código civil referentes a la propiedad privada (ver arts. 340 y 344 de este cuerpo legal).

La adquisición de estos bienes tiene una vertencia híbrida: los actos jurídicos *ad hoc* son contratos de derecho privado; sin embargo, el procedimiento viabilizador de la negociación es jurídico-administrativo.

Esta dogmática jurídico-administrativa ha tiempo que está reconocida en Guinea. El artículo 1.º de la Ley de Propiedad divide el patrimonio de la Administración en bienes de dominio público y bienes de

propiedad privada, subdividiendo éstos, según estén afectos a un servicio público o se utilicen como *fuentes de ingresos*. Y es el artículo 4.º del mismo texto legal el que marca los concretos límites del patrimonio fiscal de la Administración en Guinea con referencia a los inmuebles: «Son bienes de la propiedad privada de la Administración, utilizados como *fuentes de ingresos*, los siguientes: 1.º, las minas, mientras no estén concedidas; 2.º, los terrenos y sus bosques que no hayan pasado nunca al dominio de particulares o entidades en virtud de concesiones... y los que por cualquier causa hayan revertido legalmente en favor de la Administración, y 3.º, los bienes inmuebles de cualquier clase que no tengan dueño conocido o conste su pertenencia a la Administración...»

Este patrimonio fiscal puede ser adquirido por los particulares. Pero no siguiendo los módulos transmisivos del Derecho civil español, sino por el exclusivo procedimiento de la concesión. A este respecto hay que tener presentes dos artículos de la Ley que cierran el círculo de la construcción legal sobre la materia. En primer término, el artículo 16, según el cual «sólo la concesión, otorgada conforme a esta Ley, será modo de adquirir el dominio o cualquier derecho real sobre los inmuebles no inscritos y sobre los revertidos en favor del Estado». «Los inmuebles no inscritos» son los que en Guinea se conocen vulgarmente con la expresión «bosque del Estado», a los que se refiere el número 2 del artículo 4.º de la Ley, cuando habla de «los terrenos y sus bosques que no hayan pasado nunca al dominio de particulares».

Reafirma estas ideas el artículo 21 de la Ley, según el cual «la concesión de bienes recaerá siempre en los de propiedad privada del Estado no destinados a algún servicio público».

Y aquí aparece la justificación del enunciado del libro. Por virtud de las oportunas concesiones, los bienes físicos pertenecientes a la Administración pasan a la titularidad jurídica de otras personas; es decir, tales cosas salen del patrimonio fiscal y acceden a los diferentes peculios particulares.

En la Ley está previsto el procedimiento, este trasvase de titularidades, este cambio subjetivo para una situación objetiva idéntica, y quien hace presencia de esta potencialidad legal es cada específico expediente de concesión, cada resolución favorable, que, al provocar un desplazamiento de riqueza, subjetivamente, provoca de paso la entrada, por primera vez, de cada especial finca en el Registro de la Propiedad.

* * *

A diferencia de la legislación inmobiliaria española, que facilita el ingreso registral de las fincas ofertando una variada nómina de procedimientos inmatriculadores, la Ley de la Propiedad de Guinea sólo consagra un medio de acceso tabular de los inmuebles, que es la concesión. Así lo expresa tajantemente el artículo 78 de este fundamental texto, en estos términos: «Sólo procederá la inmatriculación de fincas en los casos de concesión otorgada por autoridad competente.»

La concesión, aparte de este perfil registral, tiene también un importantísimo y fundamental aspecto sustantivo, que se visibiliza al transcribir el artículo 16 de la Ley: «Solamente la concesión será modo de adquirir el dominio o cualquier derecho real sobre los terrenos no inscritos y sobre los revertidos en favor del Estado.»

Esta básica ambivalencia de la concesión, verdadero soporte de la vida inmobiliaria y compuerta de acceso al mundo hipotecario de los libros, justifica que el autor realice desperdigados estudios sobre su anatomía jurídica. Ya en trabajos anteriores, publicados en la «Revista de Derecho Notarial» y en la «General de Legislación y Jurisprudencia»,

había tomado contacto con extensas parcelas del articulado legal, disertando sobre interesantes facetas del mundo concesional y sobre la proyección hipotecaria de los problemas planteados.

Pero el estudio no se limita al articulado de la Ley de Propiedad de 1948. Por la razón de la imprescindible trabazón jurídica de las instituciones. Las relaciones jurídicas en nuestros tiempos no completan su regulación en una sola rama del Derecho. Las concesiones guineanas, por propio deseo del legislador, tanto se apoyan en el Derecho administrativo como en el Derecho civil. Por ello, es necesario frecuentemente argumentar con normativas que no pueden extraerse de la escueta Ley de Propiedad. Hoy la remisión a otros textos legales está permitida por la ley constitucional.

La materia referente a la propiedad es una de las pocas que han estado reguladas en Guinea desde los tiempos más remotos. Sobre el dominio y su reflejo registral se promulgaron leyes, ya verdaderamente ancianas, en el último tercio del siglo pasado. En ellas se estructuró el llamado registro de concesiones y solares. En el año 1904 se sustituyó aquel embrionario instituto jurídico por el moderno Registro de la Propiedad. Y desde esta fecha se han venido promulgando numerosas disposiciones de tipo legal o reglamentario, que han ido matizando, cada vez más jurídicamente, el registro inmobiliario.

Pero lo que ocurrió en materia de propiedad no fue sintomático del clima legislativo de Guinea Ecuatorial. Porque en materia tan básica como es la referente a la legislación aplicable a los distintos supuestos se tropezaba con numerosas lagunas que dejaban la solución de múltiples problemas a la habilidosa pugna de los abogados en la Curia. En la misma Ley de Propiedad, específicamente dictada para Guinea, se parte de unos conceptos contruidos por el Código civil, que, por no haber sido publicado en el «Boletín Oficial» de las provincias tropicales, carecía de vigencia en las mismas. Por ello, los usualísimos conceptos de compra, venta, herencia, donación, usufructo..., y los perfiles de estas figuras jurídicas, venían establecidos por una aplicación generosa, oficiosa y, si se quiere, arbitraria del Código civil. En esta materia había argumentos para todos los gustos. Algunos opinaban, basándose en cierta vieja disposición, que preconizaba el empleo por los tribunales de justicia de la equidad, como medio de dulcificar el derecho consuetudinario, que había de regir el Código civil como norma de equidad o de principios generales del Derecho. De este parecer fueron, durante mucho tiempo, los jueces, registradores, notarias y abogados de Fernando Poo. Sin embargo, el argumento es bastante endeble y no resiste una crítica detenida. El mismo Código civil, en su artículo 6.º, opone la Ley a la costumbre del lugar y a los principios generales del Derecho. Por tanto, el Código civil, como auténtica ley, no podía ser confundido con un abstracto principio de equidad.

Las diversas constituciones del siglo pasado habían proclamado con reiteración la autonomía de régimen jurídico de que gozarían los territorios de ultramar. La última de las Constituciones monárquicas, en su artículo 89, determina que «las provincias de ultramar serán gobernadas por leyes especiales, quedando autorizado el Gobierno para aplicar a las mismas, con las modificaciones que juzgue convenientes, y dando cuenta a las Cortes, las leyes promulgadas o que se promulguen para la península». De este texto resulta bien claro que las leyes promulgadas (por ejemplo, el Código civil) sólo podrían tener vigencia en Guinea si el Gobierno optaba para aplicarlas a dichos territorios. La vigencia y aplicabilidad del artículo constitucional a los territorios de Guinea fue reiteradísima por la legislación de finales del siglo pasado y de las pri-

meras décadas del actual. Muy significativo en este punto es el artículo 1.º de la Real Orden de 2 de junio de 1922.

Donde por primera vez se habla del Código civil es en la Orden de 23 de diciembre de 1944, por la que se aprueba el Reglamento de Concesiones. En su artículo 1.º preceptúa: «Como normas supletorias de las vigentes en los territorios españoles del golfo de Guinea regirán... los Códigos civil, de comercio y sus leyes complementarias...» A primera vista, pues, parecía resuelto el problema desde el año 1944. Sin embargo, seguía en el aire. Porque si la vigencia que se preceptuaba en dicho artículo 1.º era para las leyes complementarias de los Códigos civil y de comercio que estaban vigentes al promulgarse la Orden de 1944, que las dio entrada, ¿qué ocurría con las leyes modificativas y complementarias de ambos Códigos surgidas después de 1944, tan numerosas y tan importantes en el campo del derecho privado?

En Guinea, como auténticas especialidades en el régimen de la propiedad, sólo figuran la institución de las concesiones y la materia referente a los títulos-certificados, que si en su regulación actual son insuficientes, son, no obstante, susceptibles de una mejora y vitalización grandes en cuanto, en este aspecto, el sistema de Guinea se acercase sin fluctuaciones a los moldes australianos. No es lo mejor tener muchas particularidades, sino, por el contrario, que las que se tengan gocen de un vigor caracterizador. Dentro de todo hay que reconocer que la concesión de inmuebles, al estilo de las admitidas en Guinea, constituye un auténtico lujo jurídico, por la especialidad de su naturaleza, colgada en el centro de un puente cuyos pilares son, de un lado, la concesión administrativa, en el campo del derecho público, y, de otro, la transmisión de derechos reales, en el campo del derecho privado.

Para hacer honor a esta especialidad de Guinea, que cuenta con antepasados ilustres en nuestras Leyes de Indias, el Gobierno debiera incrementar el ritmo de las concesiones, pues existen grandes superficies, tanto de la Guinea continental como de la insular, que todavía continúan en la situación inexplorada de bosques del Estado.

Por otra parte, una nueva Ley Inmobiliaria, de la que debiera desbrozarse todo lo que no sea genuino, o, dicho en otras palabras, en la que debe sólo recogerse la materia referente a concesiones, a certificados de inscripción y a algún otro aspecto del sistema australiano cuya perfección aconseje su importación en Guinea, no quedaría reducida a un marco pigmeo si la misma refundiese las numerosas disposiciones surgidas para regular las distintas especies de concesiones que hoy día pueden tener un carácter reglamentario y que en un futuro próximo podrían constituir el articulado refundido de un futuro Código inmobiliario de Guinea.

M. H. V.

THIBAUT Y SAVIGNY: *La codificación*. Introd. y selec. por Jacques Stern.

Traducción del alemán de José Díaz García. Editorial Aguilar. Madrid, 1970; 276 págs.

El libro que la traducción del doctor JOSÉ DÍAZ GARCÍA ofrece a los lectores de habla hispana presenta un indudable interés tanto para el germanista, el historiador y el filósofo cuanto para todos los juristas que se cuestionen las motivaciones y fundamentos de aquello en que laboran a diario.

En puridad, más que ante un libro estamos ante lo que en lenguaje literario se llamaría antología y en términos jurídicos compilación; pero al que yo calificaría, y perdóneseme el juego de palabras, de compilación «de antología». Se contienen en él, como núcleo central, dos obras ya clásicas en la bibliografía jurídica, a las que se les ha antepuesto una introducción muy documentada y adicionando una exhaustiva selección de textos contemporáneos.

Como se habrá colegido de la escueta nota que encabeza estas líneas, las dos obras son las conocidísimas *Sobre la necesidad de un Derecho civil general para Alemania*, de ANTON FRIEDRICH JUSTUS THIBAUT, y *De la vocación de nuestro tiempo para la legislación y la ciencia del Derecho*, de FRIEDRICH KARL VON SAVIGNY. La nombradía de sus autores ya basta para atraer nuestra atención si no fuera porque ofrecen ambas, además, otro motivo de excepcional interés: el de encerrar la tan famosa polémica sobre la codificación que apasionara a principios de siglo a toda la intelectualidad germana.

Su agrupación en un volumen convenientemente anotado data de 1914, justamente un siglo después de la aparición de las dos polémicas obras en Heidelberg. El mérito le corresponde al laborioso jurista alemán, hoy fallecido, JACQUES STERN. Su traducción al español ha tenido que aguardar más de medio siglo, sin que por ello haya caducado ninguno de sus perennes valores. Es precisamente su versión, impecable, a nuestra bella lengua la que motiva y justifica esta recensión.

* * *

La obra comprende dos partes y una introducción.

En realidad, la lectura de esta última hace innecesario cuanto aquí se pueda decir, pues comprende un comentario de la controversia científica entre THIBAUT y SAVIGNY, destacando sus antecedentes y sus continuadores un exacto resumen de sus dos obras con sugerentes apuntes críticos, datos biográficos de los autores y bibliografía sobre el tema, incluida mención de las traducciones extranjeras. Excusárame de añadir nada si pudiera condensar esas veintiocho páginas iniciales y ofrecerlas aquí en extracto.

La primera parte, la más extensa del libro, reproduce las dos obras en sus prístinas ediciones. En seguida volveré sobre ellas.

La segunda y última parte completa la anterior con seis apartados donde se recogen las adiciones de THIBAUT a su obra (I), la réplica que, mediante recensión, formuló a la de Savigny (II), los juicios de autores contemporáneos (SCHMID, PFEIFFER, SCHORADER, etc.) sobre la polémica (III), la especial opinión del insigne penalista ANSELM VON FEUERBACH (IV), las adiciones (dos anexos en la edición de 1823) de SAVIGNY a su obra (V) y las notas de JACQUES STERN a los textos (VI).

Esta parte ambienta la primera, presentándole el decorado de las decenas de opiniones vertidas en uno y otro sentido (mas a decir verdad en favor de THIBAUT, aunque quizá las más insignes se inclinan por SAVIGNY). Se patentiza, además, por la varia condición de los comentarios y por lo heterogéneo de los medios que emplearon (periódicos, revistas, anuarios), que la disputa no constituía un mero tecnicismo sobre fuentes, sino una apasionada y candente confrontación dialéctica, en la que se hallaban comprometidos todos los campos y todos los elementos intelectuales de los recién liberados estados alemanes.

El punto central del libro entiendo, sin embargo, que se encuentra

en las obras de THIBAUT y SAVIGNY, origen de toda la discusión posterior y exponentes los más egregios del estado de opinión que se arrasaba desde el siglo XVIII. A ellas voy a reducir mi comentario.

* * *

THIBAUT, profesor ordinario en Heidelberg, publicó su obra en junio de 1814 y no dejó de traslucirse en ella el crítico momento en que fue gestada. No hacía ni tres meses que las potencias aliadas habían entrado en París, restaurando el antiguo orden, y ni ocho desde que los Estados alemanes se vieran libres en Leipzig de lo que ellos llamaron el «yugo francés». La situación inclinaba a actitudes patrióticas y altisonantes. El propio THIBAUT confiesa haber redactado sus páginas en olor de cuartel y en plena euforia liberadora.

Por eso empieza su escrito subrayando—erróneamente creo yo—lo propicio de la coyuntura. El «Code», recién desterrado, dejaba un vacío que había que llenar con un Derecho general autóctono. THIBAUT, aunque profundamente germano, reconocía veladamente el valor político que aquel cuerpo significaba como limitación no tanto del despotismo ilustrado del rey, sino de su corrupta y arbitraria administración. Esta consideración política, hábilmente encubierta, aletea en los aledaños de su obra.

Mas en seguida margina ese aspecto y se dispone a demostrar la conveniencia de un Derecho general para todos los Estados alemanes que formaron antaño el I Reich, basándose exclusivamente en razones de orden práctico y técnico.

La exposición la ajusta al siguiente esquema: comienza con un acerbo análisis del estado en que se encontraba el Derecho privado vigente, las fuentes de que se nutría y las consecuencias procesales en que se traducía ese desbarajuste jurídico. Defiende a continuación las ventajas de diversa índole que supondría un Derecho común y estable y concluye anticipándose a las objeciones, bien o mal intencionadas, que se le dirigirán.

El análisis de la situación jurídica de su tiempo lo dirige sobre el derecho particular autóctono de cada estado, al que califica de fragmentario y caótico, sobre el Derecho canónico, reputado de oscuro e inadmisiblemente clerical, y, por último, sobre el Derecho romano, inmenso y deslumbrante, sí—dice—, pero inabarcable, mal conservado y peor conocido.

Ante ese panorama concluye la necesidad de propugnar un Código sencillo, popular, estable y, sobre todo, profundamente alemán que aglutine a los miembros entonces dispersos del viejo Imperio, aunque no sea más que en el aspecto del tráfico jurídico. Las ventajas que se derivarían se hacen patentes en tres órdenes: la ciencia del derecho, por fin asequible a sus estudiosos y peritos; su enseñanza, ya coherente y factible, y las relaciones sociales, estables y comunes en un extenso imperio.

Por último, en el capítulo de las posibles objeciones clasifica éstas en deshonestas (un Código general frenaría la libertad omnímoda de los príncipes y fomentaría subversiones sociales como las que acababa de vivir Francia) y en públicas o de buena fe: el Derecho general oprime tradiciones y costumbres, y su codificación sería larga y costosa. Respecto al primer reparo replica con que grandes zonas del Derecho civil son de aplicación no ya general, sino universal, como la matemática pura, y con que en último término se podrían conservar las peculiaridades que respondan a una genuina manera de ser de comarcas y

regiones de acusada idiosincrasia. Al temor de que la redacción de un Código sea tarea ardua y costosa responde minimizando tales escrúpulos y apuntando medidas concretas para llevarla a cabo.

Tal es en grandes rasgos el contenido del opúsculo de THIBAUT, que confiesa escribió en catorce días y que no ocupa más de cuarenta páginas de las casi trescientas de todo el libro. Sobre el mérito de ser causa próxima de la trascendental réplica de SAVIGNY, creo que el trabajo de THIBAUT encierra un valor excepcional en sí mismo por ser, sin duda alguna, y como se ha dicho con frecuencia, «la más completa y coherente defensa de la codificación». Sería fácil, sin embargo, encontrar puntos de crítica (ampulosidad de estilo, por lo demás típicamente decimonónica; minusvaloración optimista de lo laborioso de la tarea codificadora, etcétera); pero sin reparar en menudencias me permitiré subrayar tan sólo su defecto capital, en mi opinión: la visión puramente supraestructural, cuasiacadémica del Derecho, que lleva al autor a propugnar su codificación con base en razones preponderantemente técnicas, a lo sumo de comodidad, desconociendo que el Derecho responde siempre a unas exigencias socioeconómicas previas, sin cuyo concurso es ocioso pretender su reforma.

Razón tenía SAVIGNY cuando reprochaba a su polemista esta equivocada concepción del Derecho y sus orígenes, por más que la de aquél tampoco sea completa. Qué duda cabe hoy que la defensa de un Derecho general para lo que al año siguiente, en Viena, vino a ser la Confederación germánica, constituía simples voces en el desierto, impracticables en unos Estados celosos de su soberanía y señaladamente aislados, cuando no enemistados, unos de otros. ¿Quién puede pensar hoy que el *bürgerliches Gesetzbuch* no requería previamente del *Zollverein* y el predominio absorbente de Prusia?

La obra de SAVIGNY es más extensa (ciento veinte páginas en la primera edición) y sin duda más trascendental, por cuanto es imprescindible para el conocimiento de la llamada Escuela Histórica del Derecho.

Porque el celebrado profesor berlinés no se limitó en su réplica a rebatir con mejor o peor fortuna los argumentos de su oponente y amigo (la polémica, al menos entre ellos dos, fue siempre cordial), sino que opuso a la de THIBAUT una concepción del Derecho completamente sugestiva y original. Con precedentes en HUGO y MÖSSER, la Escuela Histórica puede considerarse nacida en esta obra y consagrada en la producción posterior de SAVIGNY, sobre todo en su *Zeitschrift für geschichtliche Rechtswissenschaft* (1815). El interés de las páginas que paso a condensar en cuanto exponentes de uno de los movimientos jurídico-filosóficos de mayor trascendencia se revela por sí solo.

Tras anticipar en el primer capítulo (la obra se compone de doce) su deseo de polemizar pacíficamente, criticando, no obstante, el ilustralismo racionalista, entonces en retirada, y el positivismo ahistórico, esboza en el capítulo segundo su opinión sobre el nacimiento del Derecho positivo. El Derecho, desde que nos es dable perseguirlo históricamente —dice SAVIGNY—, se manifiesta como un fenómeno popular, como una emanación del pueblo similar a su lenguaje, cuyo acatamiento y utilización le resultaba tan natural como el empleo de éste. Ese *Volkgeist* o espíritu del pueblo (expresión que SAVIGNY no usa todavía, pero que era corriente en las plumas de la época), cristaliza en dicha primera etapa en símbolos y fórmulas rígidas. Lentamente el primitivo conjunto de prácticas jurídicas se va complicando y espiritualizando más y más, hasta que la conciencia o convicción popular que les dio origen se ve reemplazada en su función de perfeccionarlo, conocerlo y ampliarlo por un estamento especial de juristas que se crea por evidente necesidad

para este específico cometido. Mas ello no supone que el pueblo en su totalidad quede al margen ya del Derecho, pues sigue siendo su fuente principal (elemento político del Derecho, en terminología de SAVIGNY), si bien no participa en su reelaboración y comprensión (elemento técnico), actividades que se ha visto obligado a relegar a juristas especializados.

El Derecho—afirma a renglón seguido el ilustre romanista—no obedece a arbitrio alguno del legislador, sino a fuerzas internas del sistema que actúan calladamente, bien que no pueda despreciarse la influencia de la legislación en su devenir, lo que obliga a analizar su alcance y fundamento. Y las únicas razones por las que entiende SAVIGNY que se utilizan y deben seguir utilizándose las leyes son sólo tres: la persecución de fines políticos más elevados, la decisión de controversias y eliminación de dudas que pudieran suscitarse entre los exegetas dejando indecisa a la práctica, y la compilación de todo el Derecho vigente hasta un determinado momento con el fin de delimitar su ámbito de aplicación e imponer la mayor certidumbre en las relaciones jurídicas. Postergando la primera finalidad de este último empleo de la legislación—fijación de fronteras—, opina que la segunda—certeza jurídica—exige que la materia codificable sea conocida a fondo y expresada con la máxima perfección, o, en otras palabras, que se aprehendan los principios rectores del sistema o principios generales (mediante un proceso inductivo-deductivo) y que se cuente con un lenguaje elaborado y preciso.

Y estas exigencias, concluye, sólo se dan en las épocas y en los pueblos que han alcanzado un grado de madurez jurídica cuyo nivel se niega a reconocer en sus compatriotas.

En los capítulos IV y V pretende confirmar las opiniones hasta aquí sostenidas con su aplicación al Derecho romano y al germánico, materias en las que se enseñoorea, pese a su juventud, tras profundas investigaciones históricas.

En el capítulo VI extrae SAVIGNY la conclusión de su silogismo tan bien asentado precedentemente: puesto que la codificación legislativa tal y como demuestra la historia requiere una gran madurez técnica y jurídica, y puesto que no alcanzan los juristas de los Estados alemanes de entonces el grado necesario para acometer felizmente la tarea, niega que su tiempo tenga «vocación para la legislación», capacidad para codificar.

A la sazón se habían publicado tres Códigos en Europa: el *Landrecht* prusiano, el Código civil austriaco y el *Code* de Napoleón, y SAVIGNY los aprovecha (cap. VI) para demostrar con severa crítica sus postulados. Sin duda sus juicios sobre estos venerables cuerpos legislativos adolecen de cierta exageración, tan sólo justificable «en términos de defensa».

Los capítulos restantes están dedicados a señalar el cometido que en realidad, sin utopías codificadoras, deben desempeñar los distintos Estados germánicos, y que, en síntesis, se reducen a laborar y elaborar el material existente (costumbres, ordenanzas y, en los casos de Prusia y Austria, sus Códigos), a fin de que los juristas venideros obtengan, merced a un método rigurosamente histórico, un conocimiento profundo de los principios del sistema. «Entonces—dice—se podrá también proveer para épocas futuras más débiles, y será el tiempo de deliberar si esto es mejor hacerlo mediante Códigos o de otra forma. Yo no digo que esta situación se dará jamás; esto depende del concurso de las más raras y felices circunstancias.» Como concluía el recensionista del *Leipziger Literatur Zeitung*, SAVIGNY, respecto a las dos vocaciones que en el título de su obra menciona, sólo niega a su época la primera—la vocación para legislar—, pero le otorga o, mejor, le insta encarecidamente a la segunda, la vocación para la ciencia del Derecho.

Destacar los méritos de esta obra de SAVIGNY a la vista de su contenido es, más que interminable, fútil. Estamos ante una pieza maestra, y nada se puede elogiar que no se haya elogiado ya.

De entre las críticas (las más feroces fueron las de su época, pero por ello carecen del equilibrio y la serenidad que proporciona el tiempo) cabe señalar, en cambio, las que le reprochan su simplista idea sobre la legislación y sus funciones, sus precipitados juicios sobre los Códigos coetáneos y su cientifismo paralizante. Entiende, sin embargo, que tales opiniones no minan en absoluto la validez de muchas conclusiones y teorías del insigne romanista. Tal, por ejemplo, el origen popular de un copioso caudal jurídico, que sólo así se comprende. Tal, igualmente, su método histórico, de enorme trascendencia en nuestra disciplina y en otras afines. Y, sin embargo, se echa en falta, a mi juicio, una idea capital que hubo de esperar varios años para iluminar el problema del Derecho, y marginalmente el de la codificación. Me refiero a la consideración del mismo como instrumento de clases y producto de su colisión y a su condicionamiento infraestructural. Tal y como me cuestionaba al comentar a THIBAUT, hubiera SAVIGNY escrito lo mismo de contar con tan enriquecedoras aportaciones posteriores. ¿Seguiría resaltando románticamente el origen popular del Derecho si se hubiera percatado de lo que se encubría bajo el *Volkgeist*? Pero eso es demasiado fácil achacarlo ahora.

J. M. REY PORTOLÉS

VALERO AGÚNDEZ, URBANO: *La fundación como forma de empresa*.

Prólogo de J. Girón Tena. Universidad de Valladolid. Secretariado de Publicaciones. Valladolid, 1969; 500 págs.

Constituye el presente libro una importante aportación al estudio del Derecho de la empresa, en un aspecto totalmente nuevo y hasta ahora no tratado por la bibliografía española, planteando y resolviendo, ciertamente, un tema que ha de tener en el futuro un brillante desarrollo: el de *la fundación como nueva forma de empresa*. Pero en modo alguno debe engañarnos el que esta obra haya sido la tesis doctoral de su autor, porque no se trata de un trabajo de iniciación, sino de una obra plenamente madura, como dice el profesor GIRÓN TENA en su prólogo, y de modo tan expresivo, que no puedo por menos de transcribir sus palabras, cuando dice: «Abrase la obra por cualquiera de sus capítulos, léanse unas páginas de él, véase la información, el sentido crítico, la madurez, la profundidad de la meditación, etc., e inmediatamente resaltará que la obra no necesita de ninguna especie de recomendación», añadiendo más adelante: «Esta tesis, comenzada por los inicios modestos de todas las tesis, acaba siendo una monografía propia de un jurista maduro.» Nada más exacto que estas afirmaciones por parte de quien ha tenido la habilidad y el mérito de dirigir un trabajo cuyos resultados exceden de lo normal, aunque justo es reconocer que de la misma escuela han salido también otros trabajos prestigiosos, precisamente en torno al Derecho de la empresa, y que muchos de ellos ganaron ya su merecido prestigio al mismo nivel como tesis doctorales. Por eso queda claro que en este caso, por razón de la escuela y de las condiciones personales de su autor, el que la obra que vamos a comentar sea una tesis doctoral, constituye su mejor aval.

Hecha esta advertencia, voy a tratar de exponer la finalidad y el contenido de la presente monografía de la manera más ordenada posi-

ble. Su *objeto* es el estudio del *concepto, posibilidad y régimen jurídico* de la fundación como nueva forma de empresa. Tema que exige dominar una serie de materias, inorgánicamente dispuestas, de Derecho civil, Economía, Derecho administrativo y, por supuesto, de Derecho mercantil, y que el autor conjuga a la perfección, manejándolas adecuadamente no sólo en relación con el tema que desarrolla, sino también construyendo *una completa exposición sobre el Derecho de fundaciones*, que en lo sucesivo será imprescindible para el que quiera ocuparse de este tema, y que es justo que, como civilista, sea lo primero en destacar.

Sistemáticamente, la obra se encuentra dividida en dos grandes partes. En la *primera* estudia la posibilidad de la fundación como forma de empresa, lo que descompone, propiamente, en el desarrollo de dos argumentos fundamentales: la *fundación-empresa* como modalidad de fundación y como forma de empresa, dedicando a ello seis capítulos. En la *segunda parte* estudia el *régimen jurídico* de la fundación-empresa, lo que desarrolla en otros seis capítulos. A la primera parte le precede una *introducción*, en la que hace el planteamiento general del tema, y al final de la obra se articulan diecisiete conclusiones y la obligada relación bibliográfica.

La *introducción* no puede ser más sugestiva. Partiendo de la exposición de las diversas formas de empresa en los distintos sistemas y sectores económicos, nos dice cómo ha aparecido la fundación *como nueva forma de empresa*: Se trata de que junto a las tradicionales formas de empresa de los sectores público y privado aparece en la actualidad una forma nueva, la fundación, con la peculiaridad de que es propuesta como forma tanto del sector público como del privado para todos aquellos casos en que hay una transpersonalización del fin de la empresa. Con esto salta a la vista *la importancia del tema*, que ha merecido la atención de los juristas europeos, especialmente en Alemania, al que se le dedica el «44 Deutschen Juristentag», celebrado en Hannover en 1962, y de lo que se ha hecho eco la doctrina italiana, con esa especial sensibilidad para recoger todo lo que en el ámbito jurídico se produce al otro lado de los Alpes. Así, RESCIGNO, en un artículo informativo sobre *Fondazione e impresa*, en «Rivista delle Società», 1967, 812 y sigs. Pero el tema es fundamentalmente alemán, como se deduce de la aparición de la fundación-empresa y de su desarrollo ulterior, lo que sirve para que el autor demuestre su profundo conocimiento de la bibliografía alemana, ofreciéndonos no sólo una sólida construcción dogmática sobre la materia, sino también una información valiosísima.

Es muy interesante ver cómo aparece la fundación como forma de empresa. Las *empresas reales* del «antiguo régimen», que surgen en los inicios de la Administración de fomento, no tienen nada que ver con la empresa fundacional, pues sus *precedentes más remotos* aparecen en el siglo XIX, cuando empresas existentes bajo otra forma jurídica fueron puestas bajo la titularidad de fundaciones creadas con tal fin (así, la fundación danesa Calsberg y las alemanas Zeiss, Pfungst y Soldan). En esta etapa se utiliza la acomodación del esquema organizativo de la fundación del puro Derecho civil a las nuevas aplicaciones, aprovechando el alto grado de elasticidad que posee la ordenación por éste ofrecida al abandonar a la disposición libre del fundador la determinación de la organización fundacional. Pero cuando el tema adquiere mayor importancia es después de la última Guerra Mundial, cuando las potencias aliadas pretendieron desencadenar un proceso de «descartelización» de la industria pesada alemana, sometiéndolo a su control; en esta grave coyuntura es cuando A. WEBER (*Sozialisierung zugleich als Friedenssicherung*, Heidelberg, 1947) propone la socialización de estas empresas bajo forma de fundaciones, para evitar los peligros de su «pu-

blicización», y que con ello se pudiera detener el proceso de reconstrucción de la industria alemana. Es en este clima cuando aparece la primera dogmatización del tema, debido a la obra de STRICKRODT, editada primero para uso privado, en 1948, y orientada exclusivamente al problema de la socialización después, con un planteamiento más general, cuando el trabajo se hace público y se amplía (*Die Stiftung als Unternehmensform*, Braunschweig, 1951). Pues bien: una vez recogido el planteamiento de los hechos es cuando el autor se plantea la realidad del tema, es decir, se trata de ver si precisamente la estructura jurídica de la fundación de Derecho común, conservada intacta en sus rasgos esenciales, puede ser usada en determinados casos, que habrá que precisar posteriormente como un medio técnico-jurídico de organización económica. Y a esto es a lo que se dedica la monografía, especialmente en su primera parte, de lo que vamos a destacar aquí algunos de sus aspectos más importantes, aparte de señalar, someramente, el camino que recorre la exposición.

La *primera parte* se compone de seis capítulos. En el *capítulo primero* se estudian los *elementos del concepto de fundación*, partiendo de la afirmación de que la fundación, a diferencia de otras instituciones del Derecho privado, es por entero una creación del Derecho positivo, con lo que intencionadamente se quiere aludir a las posibilidades creadoras de la política jurídica y al sentido con el que hay que examinar los *elementos institucionales del concepto de fundación* (fin fundacional, patrimonio, formas de afección de ese patrimonio, personalidad jurídica, protectorado oficial de las fundaciones, etc.). En el *capítulo segundo* se trata de la *ordenación jurídica de la fundación*, haciéndose un profundo estudio del Derecho histórico y del Derecho comparado, con un análisis exhaustivo de la diversidad de fuentes legales del Derecho positivo español, estableciendo una crítica rigurosa de la insuficiencia regulativa del Código civil, lo que se puede resumir en estos dos aspectos: ausencia de una tipificación clara de la figura fundacional que sirviese de base a la elaboración de todo el régimen jurídico sobre la misma y de una regulación del negocio fundacional en todos sus aspectos, aunque haya algunas alusiones dispersas en los artículos 37 y 41 del Código civil. Lo único que parece claro es, supuesta la índole ideal de la persona jurídica fundacional, el poder reconocido a la voluntad del fundador, paralelamente limitado por la idea de fin (carácter heterónomo de la fundación).

En el *capítulo tercero* estudia las diversas manifestaciones de la fundación, sus clases o tipos, de acuerdo con los diversos criterios utilizables, destacando con arreglo a su estructura la distinción entre *fundaciones dotacionales* y *fundaciones funcionales*, lo que se halla íntimamente ligado al concepto de *fundación como forma de empresa*, a la que se define como una fundación que sobre la base de una titularidad jurídica inmediata sobre la empresa ejerce, por medio de ella y en virtud de una exigencia institucional derivada de la fuerza normativa de los estatutos, que contienen la voluntad del fundador, una actividad económica, bien como medio necesario para sus fines ideales trascendentes a ésta, bien para realizar en ella misma sus propios fines. Estableciendo seguidamente sus *características*, ocupándose al hacerlo de temas tan interesantes como de su responsabilidad patrimonial, de las consecuencias de su institucionalidad y de la finalidad lucrativa derivada de la actividad económica de la fundación-empresa. En el *capítulo cuarto* trata de la *posibilidad de la fundación-empresa*, que descompone en dos aspectos: el de la licitud de la utilización de la figura fundacional como forma de empresa y el de la aptitud de la figura fundacional, tal y como se presenta en el Derecho positivo, para ser utilizada en la nueva apli-

cación de que se trata (lo que propiamente es materia del capítulo siguiente). Se examina el problema en el Derecho comparado y en nuestro propio ordenamiento, tanto en relación con el Derecho de la fundación como respecto del Derecho de la empresa, cerrando el capítulo con el análisis de los *límites jurídicos* de esta posibilidad, centrándolo en torno a la idea del fin fundacional.

Estudiado el problema de la posibilidad de la fundación-empresa, analiza en el *capítulo quinto* la cuestión de la *aptitud de la fundación* para ser utilizada como forma de empresa, dedicándose a examinar minuciosamente toda la literatura contraria a su utilización en ese sentido y las dificultades reales que presenta; pero de ello no deduce que exista una inadecuación de la figura para tal fin, sino simplemente unas limitaciones de tal aptitud, que se materializan en la necesidad de una madurez económica para la competencia y de autonomía financiera. En el *capítulo sexto* estudia las *funciones peculiares* de la fundación-empresa, destacando las siguientes: financiación de fines de interés público con los rendimientos de la empresa (p. ej., la Fundación Zeiss dedicaba sus beneficios al fomento del estudio de las matemáticas y de las ciencias naturales en la Universidad de Jena), o realización de los mismos en el desarrollo de su actividad económica (elevación del nivel de vida, educacional, etc.), siendo utilizable también como instrumento de desaparición de núcleos de poder en la economía, para impedir que las empresas socializadas se burocraticen y se conviertan en instrumentos de poder para una intromisión estatal coactiva en la actividad económica, y, por último, como forma de organización de empresas públicas y de su privatización, ya que, por otra parte, muchos entes públicos económicos alcanzarían de este modo (ya que no son corporaciones, ni basta con que sean establecimientos) una estructura funcional que no pueden encontrar utilizando otros esquemas jurídicos.

La *segunda parte* de la monografía va dedicada, como ya hemos dicho, al estudio del *régimen jurídico* de la fundación-empresa. Es más descriptiva que la primera, aunque el autor se tiene que enfrentar con una serie de temas capitales, en los que vuelve a aparecer el nervio constructivo que domina toda la obra. Los *tres primeros capítulos* de esta segunda parte vienen dirigidos al estudio de la *constitución* de la fundación-empresa, destacando todo lo relativo al concepto y contenido del llamado *negocio fundacional*, a propósito de lo cual el autor establece una completa disciplina sobre la materia, con un análisis minucioso de nuestro Derecho positivo; también es muy interesante el tema de la *transmisión* de la empresa a la fundación (transmisión *inter vivos* o *mortis causa*, situación de las deudas de la empresa, etc.), e igualmente el de la *publicidad* de la fundación-empresa, estableciendo toda una completa doctrina en cuanto a las posibilidades de reforma del régimen actualmente vigente en materia de Registro Mercantil.

En los *capítulos cuarto, quinto y sexto* de la segunda parte estudia, respectivamente, los *órganos* de la fundación-empresa, analizando las orientaciones de la doctrina; los ejemplos de la realidad, los proyectos de ley en Alemania sobre la materia y los estatutos-tipo, así como la posibilidad de su configuración estatutaria en el Derecho español, haciendo también una referencia a la fundación como forma de las empresas públicas; el *protectorado estatal* sobre la fundación-empresa, y, por último, la *modificación, extinción y agregación* de la fundación-empresa.

Como se ve, un estudio completo del tema, efectuado siempre con un criterio realista y ponderado y escrito en un castellano fluido y claro, que hace todavía más fácil su lectura. De las *conclusiones* sólo voy a destacar tres aspectos que creo son los más interesantes y llamativos,

en relación con la justificación de la figura y en cuanto a la construcción dogmática de la misma.

En cuanto al primer aspecto, voy a referirme únicamente a la *aptitud para intervenir la fundación en el ámbito económico*, ya que anteriormente hemos aludido a su posibilidad, diciendo que, dada la índole institucional y no corporativa de la misma, se produce una independización de la empresa frente a titulares individuales y frente a los intereses de los mismos, como medio de lograr una transpersonalización e idealización de los fines perseguidos a través del ejercicio de la actividad económica, lo que no se halla en contradicción con que ésta haya de ser una actividad lucrativa que, en todo caso, se supedita a la promoción de fines ideales de interés común.

Por lo que se refiere a su construcción dogmática, hay que destacar la llamada *función específica* de la fundación-empresa, que consiste sustancialmente en orientar la actividad económica de la empresa fundacional a fines de interés común, trascendiendo los intereses de titulares particulares, que no existen respecto de aquélla, dado que la titularidad de la fundación, como persona jurídica de carácter institucional, excluye la presencia de éstos. Esta función económica recibe en la práctica concreciones particulares a las que ya hemos aludido anteriormente.

Por otra parte, desde el punto de vista del *Derecho positivo*, a falta de un régimen jurídico privativo de la fundación-empresa, se hace necesario tratar de configurarle por medio de las disposiciones estatutarias, en las que se vierta la voluntad del fundador, que sirva de norma a la fundación, a lo largo de su vida. Pero es preciso, con todo, caer en la cuenta de las limitaciones de esta solución, en cuanto que hay determinados aspectos del régimen jurídico de la fundación-empresa cuya determinación cae fuera del ámbito al que se extiende la facultad normativa del fundador. De todos modos, hay que tener en cuenta que en la práctica, y a través de la función atribuida al *proteccionado estatal* sobre las fundaciones, se ha introducido en su régimen jurídico una flexibilidad que puede ser aprovechada en el sentido indicado, para hacer posible la empresa fundacional. No obstante, sigue siendo deseable la elaboración de un *régimen legal, ad hoc*, que la regule.

En definitiva, el doctor VALERO AGÚNDEZ ha construido un trabajo interesante que, como otros muchos que se mueven en el ámbito del *Derecho nuevo*, exige un esfuerzo extraordinario para moldear jurídicamente las exigencias de la realidad, elevándose del plano de la consideración de las necesidades sociales al de la construcción dogmática, que es lo que constituye la tarea propia del jurista, en los inmensos dominios del Derecho económico, para no abandonar este campo a la improvisación y al casuismo. Por eso, con independencia de los resultados, que me parecen claramente positivos, lo importante es acreditar que la obra constituye, como aportación definitiva, un claro testimonio de la utilización de un método riguroso, en un ámbito del quehacer jurídico que se encuentra, al presente, necesitado especialmente del máximo rigor.

JOSÉ LUIS DE LOS MOZOS