

Anales de la Academia Matritense del notariado, tomo XVI, Madrid, 1968.

El concepto romano de la propiedad, por D. MAX KASER (pág. 7).

La propiedad romana como forma jurídica que se ha ido llenando de contenido social a lo largo de los tiempos, ofrece fluctuantes vicisitudes históricas. Mediante la creación del llamado "dominium o proprietas" los juristas dieron un contenido fijo al concepto de propiedad, que originariamente era vago e impreciso, pero a la vez lo encerraron en unos límites demasiado estrechos. Por ello, se vieron muy pronto obligados a reconocer al lado de la propiedad quiritaria otras manifestaciones de poderes sobre las cosas que fueron protegidos por "actio in rem". El poseedor de buena fe, que tiene una expectativa a la usucapción, adquiere la "actio Publiciana". Si, además, tiene la cosa "in bonis", entonces se le protege mediante "exceptio o replicatio", incluso contra el propietario quiritario. También se concede una especie de "reivindicatio" al titular del pleno señorío sobre el suelo provincial. Los juristas se muestran preocupados por mantener el rango, que la constitución había asignado al ordenamiento quiritario y temen aplicar el término propiedad a otros casos. En cambio, la opinión popular, que es ajena a las distinciones de los juristas, concibe las otras manifestaciones del poder sobre una cosa, e incluso los varios supuestos de posesión del "ager publicus" como propiedad.

El naufragio del Derecho clásico en las corrientes del Derecho vulgar no deja subsistir prácticamente nada del fino concepto de propiedad de los clásicos que retorna a la idea de propiedad del Derecho primitivo, al tiempo que se rompen las fronteras de ésta tanto frente a la posesión como frente a los derechos reales limitados. Sin embargo, a diferencia de Occidente, JUSTINIANO restaura la clara separación entre propiedad y "possessio" de una parte, y entre propiedad y los derechos reales limitados, de otra. Con esta renovación del concepto clásico de la propiedad en el "Corpus iuris" quedó cerrada la obra histórica de los romanos, que es la que todavía sigue latiendo en los ordenamientos jurídicos continentales.

La fe pública notarial y la interpretación de la Ley, por don ENRIQUE DÍAZ DE GUIJARRO (pág. 25).

La exigencia de seguridad jurídica ha hecho surgir al Notario como funcionario que respaldado por la garantía pública de su misión convierte a aquella en posible. Esa indagación de la verdad, que se extiende tanto al derecho como a la realidad de las relaciones jurídicas, obliga no sólo a un conocimiento cabal y exacto del Derecho, sino a una

"sensibilidad" en la percepción del mismo, que se traduce en la contribución notarial a la formación de la conciencia jurídica popular. Todas estas facetas desembocan en el punto central de la función del Notario, en torno a la interpretación de la Ley. Existe similitud entre la función notarial y judicial respecto a la interpretación efectiva de la Ley, con la diferencia de que el Juez dirige la controversia y el Notario afina el acto dándole estructura, sentido, forma y estabilidad, al tiempo que fija su naturaleza y extensión y "titula" a quien acredita el derecho, limitando en consecuencia el margen de la posible controversia judicial que podrá recaer sobre el instrumento en sí, si de su falsedad se trata, o sobre la interpretación de las disposiciones del acto, pero jamás sobre la existencia del acto mismo. El logro adecuado de esta compleja misión interpretativa exige del Notario su vinculación plena a la verdad objetiva y el imperativo ético de actuar de acuerdo con su propia convicción.

Problemas de la empresa pública, por D. JULIO NIEVES BORREGO (pág. 41).

El examen general de la situación actual, en los diversos países, ofrece una numerosa y considerable proliferación de las llamadas empresas públicas, cuyo funcionamiento y alcance plantea una serie de cuestiones, puestas ya de relieve en el informe del Banco Internacional de Reconstrucción y Fomento, sobre el desarrollo económico en España. De entre éstas, destacan, la conveniencia o inconveniencia de que la iniciativa de la actividad estatal —verificada a través de la denominada empresa pública— se dirija a amplios sectores de la economía nacional o sólo a aquellos concretísimos en que la necesidad sea evidente; cual es el control que debe ejercer la Administración sobre las organizaciones pseudoempresariales públicas; el examen de si las organizaciones indicadas cumplen con su primordial misión de ayuda —y no desalientan— a la iniciativa privada; la conveniencia de limitar la iniciativa y misión de las empresas públicas, etc.

La crítica a la personificación pseudoempresarial pública en nuestro Derecho, no puede ser favorable por una serie de razones *positivas*: la empresa pública ataca a principios jurídicos y económicos fundamentales: al derecho de propiedad por la expropiación; al derecho de libertad, con el establecimiento de una serie de cortapisas a la creación de empresas y al funcionamiento de las existentes, con grave riesgo de predeterminación de directrices económicas; lesiona el principio de competencia de mercado legal e igual. Las razones *negativas* se fundamentan: en que no es, como se pretende, la personificación pseudoempresarial pública, un arma de lucha contra el monopolio, sino precisamente un procedimiento que traslada, en su caso, el monopolio existente en las empresas privadas a manos de las llamadas empresas públicas; favorece, en consecuencia, la creación de nuevos monopolios —esta vez de carácter público— al cerrar campos a la competencia privada; no significa una mejora en el rendimiento de la economía de competencia, ni tampoco supone una mejora en la retribución del obrero ni del empresario; sacrifica a su seguridad el principio fundamental del rendimiento, al tiempo que supone la desaparición en el campo de su actividad del principio del interés que es el primordial en la gestión económica; también, desde el punto de los consumidores, éstos pueden ser tan explotados por los altos costos y los altos precios dentro del mecanismo liberal, como por la acumulación de beneficios a través de los mismos medios en un sistema de personificaciones pseudoempresaria-

les públicas; la aparición de la personificación pseudoempresarial pública, supone, por vía indirecta, la desnaturalización de principios administrativos básicos y recientes, como los del establecimiento público, concesión, servicio público y dominio público, y, por vía directa, del concepto de sociedad anónima propio del Derecho privado, eso precindiendo de que la función asignada por el Estado a las llamadas empresas públicas, de dirigir y controlar en cierto modo el sector económico correspondiente, se puede realizar por otros caminos que no supongan importantes lesiones a intereses legítimos. Por lo que respecta, a la cuestión del influjo que ha ejercido la creación de personificaciones pseudoempresariales públicas, como medida de cierta generalidad, sobre la política económica de los Estados, estima el autor, que el sistema conduce, sin ningún género de dudas, a un funesto nacionalismo económico, cuando lo que realmente interesa es precisamente la unificación económica de Europa, logro que se aleja o se puede alejar cada vez más con la vivificación de extremas medidas nacionalistas.

Al lado de las anteriores razones, positivas y negativas, incluye las que desde un punto de vista práctico ofrecen el máximo interés, entre ellas: La de que el examen económico general de los diversos países que han utilizado y utilizan la fórmula de la personificación pseudoempresarial pública demuestra que su utilización no ha producido los efectos económicos deseados, y otra, la de que tal vez el peligro mayor y la razón práctica más contraria, desde el punto de vista económico general, que presentan las llamadas empresas públicas, es el de su desnacionalización o despublicación posible, con el consiguiente problema de tener que arbitrar los recursos económicos pertinentes para devolverlas a la economía general:

Por último, como "soluciones de lege ferenda" acerca de los posibles mecanismos de sustitución de la función que actualmente se ha encomendado a la personificación pseudoempresarial pública, señala: en lo que se refiere al *alcance* que debe concedérseles, su campo debe quedar reducido al mínimo posible, a las gestiones económicas relativas a industrias de defensa militar, y no a todas ellas, sino sólo a aquellos supuestos en que tales industrias revistan un especial secreto por la actividad a realizar. En lo relativo al sector agrícola, la solución no se encuentra en la llamada empresa pública, sino en el sistema de cooperativas, entendidas como agrupación de productores, con la finalidad de eliminar intermediarios entre la producción agrícola y los clientes o consumidores. En cuanto a las restantes ramas económicas, la solución de problemas que se han encomendado a las personificaciones pseudoempresariales de carácter público, se pueden encomendar a las siguientes medidas más racionales y de carácter más económico: 1. Desarrollo de corporaciones financieras —en orden a la apertura del mercado de capitales—; 2. Extensión de las bolsas de Comercio y que éstas funcionen adecuadamente; 3. Creación, desarrollo y expansión de los bancos industriales; y, 4. Como medida de carácter subsidiario parece preferible, desde el punto de vista económico general, sustituir la actuación de las personificaciones pseudoempresariales de carácter público, por las de empresas privadas, ya sea en régimen de subvención, ya por fórmulas concesionales, subvencionadas o no.

El concepto jurídico de la representación en el Derecho privado, por D. LUIS DíEZ-PICAZO y PONCE DE LEÓN (pág. 134).

En el punto de partida de la teoría de la representación—señala DíEZ-PICAZO—, probablemente no hay más que un problema práctico, que consiste en hacer posible una cooperación o una colaboración entre los miembros de una misma comunidad jurídica. Una persona gestiona o tutela asuntos e intereses de otra y con este fin realiza para ella toda una serie de actos y de negocios jurídicos, es decir, se emplea la representación como medio de dinamización de la vida jurídica y de la vida social, pues al lado de la gestión y cuidado de los asuntos de una persona puede hacer surgir situaciones indirectas u oblicuas: representación en interés conjunto del representante y representado; representación en exclusivo interés del representado o en interés de un tercero.

Si bien es cierto que el Derecho romano no conoció esta institución tal como hoy se la concibe, no lo es menos que supo encontrar solución a los problemas prácticos por ella planteados. En este derecho, los efectos de un acto o de un negocio jurídico sólo se producen entre las personas que lo celebran sin que haya nunca un efecto directo entre el “dominus negotii” y el tercero con quien el gestor ha contratado, sino tan solo efecto entre el gestor y el tercero, concediéndosele al “dominus” una acción personal contra el gestor para que éste le atribuya o transmita los resultados obtenidos. De ahí la máxima: “per extraneam personam nemo adquiri potest”, que, sin embargo, ofrece algunas excepciones en Derecho clásico: —adquisiciones de los siervos y de los “filii”; supuestos de las llamadas “actio in ius” y “actio exercitoria”; y la representación “in adquirenda possessione”.

La quiebra de la anterior regla se produce por el derecho canónico donde ya en las disposiciones de los Papas surge el punto de vista moderno de la admisibilidad general de la representación en los actos jurídicos; sin embargo, la reelaboración completa de la representación no tiene lugar hasta que los juristas alemanes acometen su estudio en el siglo XIX, plasmándose en el Código civil alemán.

Los pilares básicos de esta doctrina clásica de la representación son los siguientes:

— La representación es la conclusión de un negocio jurídico por medio de otra persona que actúa en nombre del representado, y de manera tal que los efectos jurídicos se producen siempre de modo directo en la esfera jurídica del representado y nunca en la del representante.

— Para que exista representación basta éste actuar del representante en nombre del representado; sin embargo, para la eficacia directa de la gestión representativa se precisa o un previo poder de representación o una posterior ratificación del “dominus negotii”.

— La irrelevancia del interés que guía al representante en la gestión o actuación representativa.

De esta doctrina clásica se deriva a su vez la distinción entre mandato y poder y el dogma de la abstracción de este último. El acto jurídico de concesión o de otorgamiento de un poder de representación, “apoderamiento”, es un negocio jurídico unilateral y recepticio, independiente de la relación jurídica que le da origen y fundamento, por lo que puede calificarse como un negocio abstracto. Existen, en definitiva, dos negocios jurídicos—mandato y poder—que tienen diferentes presupuestos, diferente contenido y distintos efectos.

Realiza a continuación Díez-Picazo, una revisión de los anteriores postulados de la doctrina clásica, señalando, en primer lugar, que la representación no se limita a ser un capítulo en la teoría general del negocio jurídico, por lo que no puede definirse como conclusión de un negocio jurídico o emisión de una declaración de voluntad por medio de otro. La representación es una figura que comprende toda clase de actos jurídicos, incluso los no negociales, y que trasciende al Derecho privado, situándose como un supraconcepto en la teoría general del Derecho. Pero, aun limitándonos al Derecho privado y, dentro de él, al negocio jurídico, la representación no puede ser definida como un actuar en nombre ajeno. La verdadera esencia del acto en nombre ajeno radica en la concorde voluntad de los autores del negocio acerca de la inmediata eficacia del acto que realizan; de donde se desprende, que la esencia de la representación no está ya en la forma de actuar de las partes, sino en la forma de producción del efecto jurídico. Es también criticable la doctrina clásica en cuanto sostiene que sólo la representación directa es verdadera representación, ya que más que hablar de representación directa e indirecta, habría que precisar que una actuación representativa produce en unos casos efectos directos, en otros casos unos efectos indirectos y en otros, finalmente, unos efectos mixtos.

De igual modo, la cuestión de la independencia y separación total entre negocio de concesión de poder y negocio representativo ha sido fuertemente criticada, siendo el punto más debatido el de la abstracción e independencia del poder, o sea, el decidir si el apoderamiento puede o no ser rigurosamente definido como un negocio abstracto, esto es, como un negocio totalmente desligado de la relación básica e independiente por completo de las vicisitudes de esta relación. Admitido el carácter abstracto del apoderamiento, habría que sostener que este surte todos sus efectos cualquiera que sean las particularidades de la relación subyacente, de tal modo que el apoderamiento sería eficaz aunque careciera de causa. Este problema de la independencia entre el apoderamiento y el negocio causal o subyacente reviste un cariz completamente distinto según se contemple desde el punto de vista de las relaciones entre poderdante y apoderado o desde el ángulo de las relaciones de ambos con tercera persona. En el primer aspecto es evidente el carácter causal del apoderamiento, planteándose el problema desde el punto de vista de las relaciones con los terceros, en donde la seguridad del tráfico y el normal desenvolvimiento de las relaciones jurídicas, exigen que los terceros que contratan con el apoderado puedan confiar exclusivamente en el contenido externo y formal del negocio de apoderamiento, siempre que dichos terceros actúen de buena fe.

En suma, para establecer un concepto riguroso de representación es necesario enfrentarse a una serie de problemas básicos, de cuya solución dependerá aquél. De ellos destaca en primer lugar el de si la representación indirecta forma o no parte de dicha institución.

Existe representación indirecta cuando el agente o gestor actúa en su propio nombre con el tercero con quien contrata, de manera que es él quien queda directamente vinculado por el contrato, de donde se desprende que es el representante quien adquiere los derechos y asume las obligaciones derivadas del contrato celebrado con el tercero, teniendo únicamente una posterior obligación de transmitir al principal los derechos adquiridos y una facultad de exigir que éste le resarza de las obligaciones o desembolsos realizados. Esta representación indirecta recogida por los artículos 1.717 del Código civil y 246 del Código de Comercio, no cabe aislarla de la teoría de la representación, ya que la estructura interna del supuesto, la relación representativa, es en ambos

casos la misma y sale a la luz para derivar unos efectos que se producen directamente entre el tercero y el "dominus negotii". Se sigue de ello que si bien existen dos modalidades del "agere" representativo—"proprio" y "alieno nomine"—y dos formas de producción de los efectos—directos e indirectos—, ambos planos no pueden unirse. Caben así un "agere nomine proprio" con efectos directos; un "agere nomine proprio" con efectos indirectos, que es la regla general de los artículos 1.717 C. c. y 246 C. Co.; un "agere nomine alieno" con efectos directos, que se producirá siempre que exista un poder de representación suficiente o una ratificación, y un "agere nomine alieno" con efectos indirectos. Todo ello autoriza, a juicio de Díez-Picazo, para situar la representación indirecta dentro de la teoría de la representación.

Un segundo problema consiste en decidir si la teoría de la representación debe englobar dos especies distintas de una institución única—representación voluntaria y legal—o si, por el contrario, se trata de dos instituciones sustancialmente diversas de las que hay que incluir únicamente a la representación voluntaria dentro de la teoría de la representación.

Aunque las diferencias que existen entre ambas figuras son evidentes y numerosas tanto en orden a sus presupuestos, modo de funcionamiento y efectos, ello no autoriza a romper con la doctrina tradicional que sitúa a la representación legal en el seno de la teoría general de la representación, en atención, sobre todo, a que en ambas hay una persona—el representante— que gestiona o tutela los asuntos y los intereses de otra, y en ambos casos es posible que esa actuación de gestión del representante produzca sus efectos de una manera directa en el patrimonio o en la esfera jurídica del representado, ello prescindiendo de que la separación de la representación legal de la teoría general de la representación obligaría a construir una figura jurídica autónoma, para englobar en ella todos estos casos de poder de configuración de la esfera jurídica de un incapacitado o de un inhabilitado para regir su patrimonio—lo que se ha propuesto en la doctrina bajo el nombre de "oficio de derecho privado".

Otro de los pilares de la doctrina tradicional sobre la representación consiste en el dogma de la irrelevancia del interés que guía al representante en la gestión o actuación representativa. Según esta tradicional doctrina son posibles tanto una representación en interés del representado, como en interés del representante, e igualmente una representación en interés de un tercero distinto de aquéllos, así como una representación donde confluyan al mismo tiempo varios de estos posibles intereses: representación en interés conjunto de representante y representado, o de representado y un tercero. De ellas, la llamada representación en interés del representante y la que se produce en interés de un tercero deben quedar fuera de la teoría de la representación, ya que ambas modalidades entrañan la utilización de una vía indirecta u oblicua, cuya realización podrá darse bien por medio de un mecanismo de simulación relativa o bien mediante un mecanismo fiduciario al cual el poder de representación sirve de cauce o de contrapeso.

Finalmente, es también necesario para construir un concepto riguroso de representación el matizar la distinción entre representante y nuncio o mensajero, diferenciación que a juicio de Díez-Picazo reviste escasa utilidad práctica dado que todo nuncio estará ligado con el "dominus negotii" por una relación jurídica idéntica a la que surge de la representación, sin que sea posible establecer diferencia alguna, ya que incluso en materia de capacidad las consecuencias de la intervención de

un nuncio incapaz no son distintas de las que se producen por la intervención de un representante incapaz.

Todo lo expuesto anteriormente conduce a la indagación de cuáles son las notas diferenciales que deben entrar a formar el concepto de representación. Para la mayor parte de la doctrina, *la idea de actuación en nombre de otro* constituye la sustancia del fenómeno representativo; no obstante, a juicio de Díez-Picazo, esta conclusión no es aceptable si se admite la representación indirecta. Tampoco es plenamente satisfactoria *la idea de la eficacia para tercero*, pues no distingue la representación de todas aquellas hipótesis en que un negocio jurídico produce efectos para terceras personas, ni explica el supuesto de la representación sin poder, cuya eficacia no es directa, sino diferida y condicional. *La idea de sustitución en la actividad jurídica* en cuanto expresa el hecho de colocarse una persona en el lugar que otra debía ocupar, no está perfilada por la doctrina, ya que su amplio carácter, y en ello estriba su dificultad, permite situar bajo el ángulo de la sustitución todos aquellos casos en los cuales una persona, en virtud de una excepcional autorización legal, ejercita en nombre propio derechos ajenos—acción subrogatoria; reclamación por el usufructuario que tuviese dada fianza de los créditos que formen parte del usufructo, artículo 507 C. c.; ejercicio por el acreedor pignoraticio de las acciones que competen al dueño de la cosa pignorada.—

Muy próxima a la idea de sustitución se encuentra la de *legitimación*, que permite definir a la representación como la concesión de un poder de legitimación a una determinada persona para que actúe en interés y por cuenta de otra. A esta idea es necesario acudir para explicar la producción de efectos directos del acto del representante en la esfera jurídica del representado, mientras que en los demás casos de representación sin efectos directos para el “dominus negotii”, el recurso a la idea de legitimación no parece necesario ni conveniente.

Recientemente, *la idea de cooperación al acto jurídico de otro y la idea de gestión* han servido para replantear las bases de un concepto de representación. Mediante estas ideas, señala Díez-Picazo, podría llegarse a la conclusión de que la gestión de asuntos ajenos puede dar lugar a dos tipos distintos de actividades: uno, formado por aquellos actos en los cuales el cuidado de los intereses ajenos no exige relacionarse con los terceros; otro, en cambio, probablemente el más frecuente, en el cual esta relación con terceros es necesaria. Pues bien, la representación se encuadra en esta última rúbrica, siendo, por tanto, aquella situación jurídica en la cual una persona presta a otra su cooperación mediante una gestión de sus asuntos.

Concepto del fraude civil, por D. JOSÉ BELTRÁN DE HEREDIA Y CASTAÑO (pág. 181).

El llamado fraude civil comprende las actividades fraudulentas llevadas a cabo por los deudores—directamente o con la colaboración de otra persona—con el fin de perjudicar el derecho de sus acreedores. Dado el carácter relativo del derecho lesionado, la acción concedida para su defensa comparte dicha relatividad, no pudiéndose ejercitar sino frente a la misma persona donde se puso la confianza que ahora se ve defraudada. Su finalidad no es otra sino la de obtener una indemnización de daños y perjuicios causados que no afecta a la validez del acto llevado a cabo, si, de acuerdo con sus características intrínsecas, reúne los ele-

mentos necesarios para que sea eficaz. Con esta solución, ni se amparan los actos que lesionan las titularidades crediticias, ni se niega la necesidad de establecer reglas y procedimientos rígidos que pongan un límite al libre ejercicio egoísta y carente de escrúpulos, en el mundo de la contratación. Antes, al contrario, se condenan aquéllos enérgicamente y se estima la urgencia de éstos. Para cuyo logro no es preciso desnaturalizar el derecho de crédito, ni transformar los principios de la responsabilidad civil; basta simplemente con reforzar la garantía de los acreedores y aumentar la responsabilidad de los deudores, que son quienes incumplen la obligación libremente contraída.

Usufructo de empresa mercantil, por D. RAMÓN FRAGUAS MASSIP (pág. 231).

Partiendo del examen de la naturaleza jurídica de la empresa, del concepto de empresario y de la institución del usufructo, se enfrenta Fraguas Massip con el problema de precisar el contenido que habrá que atribuir al usufructo de empresa, al que en definitiva considera como un usufructo propio siempre y cuando se parta de la idea de empresa como unidad económica y jurídica cuya identidad se mantiene no obstante la circulación de determinados elementos, bienes y relaciones integrados en la misma. Ahora bien, la cuestión esencial estriba en si el usufructo de empresa implica necesariamente para el usufructuario las facultades de poseerla y gestionarla, llegando el autor a la conclusión de que la especial naturaleza y estructura de la empresa y las características de la actividad gerencial, impiden que el usufructo de empresa suponga como elemento natural la atribución al usufructuario de un poder directo de gestión, ya que a éste le corresponderán, en cuanto al goce y disfrute, posesión y gestión de la empresa, los mismos derechos que al propietario empresario, careciendo en consecuencia de la facultad de gestión personal y directa, pues si el empresario gestiona, no es en cuanto a tal, sino en cuanto a gerente, figura completamente distinta y no necesariamente conectada a la condición de empresario.

Configurado normalmente el usufructo de empresa, como no gerencial, salvo atribución expresa de la gerencia en el título constitutivo, se plantea el problema de determinar quién designa y remueve al gerente y a quién corresponde la revisión y valoración de su actuación. Para Fraguas Massip es indiscutible que el usufructuario de empresa adquiere, por el hecho de serlo, la cualidad de empresario, por ser la persona en cuyo nombre se realiza la explotación, y en cuanto a tal le corresponderán idénticas funciones y facultades que al propietario en orden a la revisión y valoración de la actividad del gerente. Por el contrario, si el usufructo se configura expresamente como gerencial, la entrada en posesión de la empresa por el usufructuario implica la cesación del gerente en funciones, que es sustituido por el usufructuario.

EUGENIO FERNÁNDEZ CABALEIRO

Estudios de Derecho Civil en Honor del Profesor Castán Tobeñas,
tomo I, Ediciones de la Universidad de Navarra, Pamplona, 1969.

En seis tomos de seiscientas y pico de páginas cada uno ha querido la Universidad de Navarra rendir un homenaje de profunda gratitud hacia el profesor CASTÁN TOBEÑAS, quien como —y al decir de monseñor ESCRIVÁ— Presidente de la Asociación de Amigos de esa Universidad, ha sabido mostrar, con sencillez encantadora, que la grandeza de ánimo es patrimonio de los hombres verdaderamente sabios. La ocasión del homenaje brota del hecho de haber cesado en la Presidencia del Tribunal Supremo el ilustre catedrático de Derecho Civil y maestro de muchas generaciones de juristas. De los diversos campos del Derecho, español y extranjero, se reclutan figuras relevantes, que con sus estudios rinden la bandera del homenaje, de la admiración y del afecto a quien “bien se lo merece por el ejemplo de una vida de trabajo fecundo, que resplandece en su monumental obra científica”, según palabras del Gran Canciller de la Universidad de Navarra.

A estas alturas, ya de CASTÁN TOBEÑAS no puede hablarse en presente, hay que hacerlo en pasado. Uno de sus principales discípulos —FRANCISCO BONET RAMÓN— nos da la noticia necrológica de su muerte: “Dios, en sus inescrutables designios, ha venido a poner punto final llevando a don JOSÉ CASTÁN al descanso eterno, pero como justo, según el salmista, quedará en memoria eterna: su justicia permanece para siempre y su triunfo será exaltado con gloria”. Esta recensión, por tanto, tiene casi el carácter de epitafio, pero también de gran homenaje póstumo al que considero maestro de casi todos los juristas del presente. Plégandome a la acertada distinción que hacen FUENMAYOR y SANCHO REBULLIDA en el comienzo de los estudios que comentamos entre “discípulos de CASTÁN” y los “discípulos de el CASTÁN”, me sitúo entre los últimos e invocando ese honroso título afronto esta recensión dedicándosela en recuerdo de su impresionante figura.

Este primer volumen, de tamaño cuarto mayor, recoge un florido ramillete de estudios doctrinales, siendo precedido por un apunte biográfico del profesor CASTÁN confeccionado con temblores emocionales por FUENMAYOR y SANCHO REBULLIDA y rematado con una lista impresionante de las publicaciones realizadas por el profesor homenajeado. Diecinueve autores brindan sus conocimientos en otros tantos artículos especialmente escritos para esta publicación. Se hace difícil una sistematización adecuada de estos trabajos para brindársela al lector: la mayor parte de los autores son españoles, alguno, como RAMÓN DE LA RICA, ya fallecido, pero también están presentes los extranjeros en su versión hispanoamericana, latina y anglosajona. De otra parte los estudios se diversifican afectando a varias ramas del Derecho sin que estén presentes todas. Por todo ello elegiremos una clasificación arbitraria, distinguiendo de una parte entre autores españoles y extranjeros y, de otra, nos atendremos a las materias que estén presentes.

I AUTORES ESPAÑOLES.

A. Trabajos referidos a la persona y obra del profesor CASTÁN.

Respecto de la persona humana del profesor CASTÁN consumen un turno afectivo al comienzo de la publicación FUENMAYOR CHAMPÍN y SANCHO REBULLIDA, que tocan tres puntos claves del perfil humano del ho-

menajeado: un apunte biográfico, los discípulos "de CASTÁN y el CASTÁN y CASTÁN como Presidente no sólo del Tribunal Supremo, sino de otra serie de Instituciones y, fundamentalmente, de la Asociación de Amigos de la Universidad de Navarra.

El contenido de este trabajo no es más que la emocionada exposición de unos hechos que hablan por sí solos para exaltar la figura del que ha sido hasta ahora uno de nuestros más ilustres juristas. De CASTÁN se ha dicho —según cita de los autores— por BONET RAMÓN que nace el 11 de julio de 1889, esto es, en la misma fecha de promulgación de nuestro Código civil vigente, en su segunda edición, siendo dicho profesor el que había de llegar a ser su comentarista y luego "Pontífice Máximo" durante los últimos veinte años. A la semblanza de su figura sigue una relación sistematizada de las publicaciones del ilustre profesor.

Respecto de la obra de CASTÁN, y en la sección de estudios, existen en la publicación que recensiamos dos trabajos notables referidos a los discursos en las aperturas de Tribunales y a una monografía que el profesor publica en el año 1933 en la que intuye todo un nuevo panorama sobre el Derecho Civil. Del primer estudio se encarga ANTONIO AGÚNDEZ FERNÁNDEZ, Magistrado de la Sala 2.ª de lo Contencioso-administrativo de la Audiencia Territorial de Madrid, y del segundo GABRIEL GARCÍA CANTERO, catedrático de Derecho Civil de la Universidad de Santiago de Compostela, supernumerario de la Carrera Judicial. En ambos late un sentido reverencial hacia quien, por su obra fue ejemplo de trabajo jurídico.

AGÚNDEZ FERNÁNDEZ profundiza en esa obra que todos los años va formándose en la solemne apertura de los Tribunales que litúrgicamente impone la lectura de un discurso por el Ministro de Justicia, en su defecto por el Presidente del Tribunal Supremo o por el Presidente de Sala más antiguo, cuando esté impedido el del Supremo. CASTÁN—desde los años 1946 a 1967 pronuncia sus discursos en su calidad de Presidente, salvo los de los años 1952 y 1954, que corrieron a cargo de ITURMENDI BAÑALES—. El autor de este estudio confiesa que para un Juez no existe mejor tema literario que el de exposición de las doctrinas, orientaciones y consejos que al comienzo del año judicial pronuncia el primer Juez de la Nación. El trabajo se divide en seis partes que resumen prácticamente todos los discursos inaugurales: a) Justicia y Derecho (donde se recogen las ideas de la Justicia, del Derecho, del sentido jurídico del pueblo español, la idea de equidad y otros puntos); b) Justicia Social (donde en los años 1965 y 66 se precisan estos avances sociales de la Justicia); c) Filosofía Jurídica (la crisis del Derecho, el humanismo, las perspectivas filosófico-jurídicas del pensamiento y las situaciones jurídicas subjetivas); d) Derecho Comparado (sistemas jurídicos y método comparativo); e) Tribunales de Justicia (poder judicial y formulación judicial del Derecho), y f) Instituciones familiares dominicales y sucesorias (la mujer, las instituciones protectoras de la familia, la propiedad y sus problemas y la concepción estructural de la herencia).

GABRIEL GARCÍA CANTERO comenta esa monografía de CASTÁN que allá por el año 1933 ve la luz y que se forma a base de dos conferencias que CASTÁN pronuncia en el ilustre Colegio Notarial de Valencia: hacia un nuevo Derecho Civil. El Derecho español, decía CASTÁN, no está en crisis, es más bien el Derecho emanado de los Parlamentos, el Derecho legislado, con su inseparable secuela de concepciones abstractas y generales y de aplicaciones casuistas, refidas muchas veces con la verdadera justicia, lo que parece estar en lucha con las exigencias de nuestro tiempo... Tres puntos estudia el autor en su trabajo: la crisis del

Derecho privado, la reconstrucción del Derecho civil y la reforma del Código Civil. El autor concluye cómo CASTÁN intuye muchas de las grandes reformas introducidas en la legislación española y predice las líneas de una evolución que en gran parte ha sido efectivamente seguida.

B. *Derecho Civil.*

a. *Trabajos sobre la parte general del Derecho.*

Cuatro autores y trabajos cabe encuadrarlos en esta parte. Uno de ellos, JUAN MANUEL PASCUAL QUINTANA, trata nada menos que del problema filosófico de la encrucijada del Derecho Civil. Los otros tres afrontan problemas que caben en la parte general como en las especialidades que presentan: uno se refiere a la prodigalidad, otro a la mujer casada y el tercero a los religiosos profesos. Los escriben, por el orden citado, TOMÁS OGAYAR AYLLÓN, FRANCISCO PALÁ MEDIANO y FRANCISCO SALINAS QUIJANO.

JUAN MANUEL PASCUAL QUINTANA, catedrático de Derecho y abogado, estudia un problema de actualidad como es el de la importancia y contenido del Derecho Civil. Dice el autor que cuando DOMAT identificó el Derecho Civil con el Derecho privado, precisando su relación existente y su común denominador, sentaba las bases del moderno Derecho Civil, pero, a su vez, se produce, o mejor dicho, se inicia su disgregación... Sigue su exposición hablándonos de la antigua economía del Estado gendarme, de la distinción hegeliana entre Sociedad y Estado y de los dos procesos que acentúan esta distinción: el socialismo —desde SAINT SIMÓN— y el de la ciencia política de la sociología. La panorámica —sigue diciendo su autor— que nos ofrece el final del siglo XIX y el primer tercio del siguiente, tenía que producir necesariamente un notable impacto en el Derecho Civil: ello motivó un intervencionismo en la vida económica. El Derecho Mercantil, que nació destinado a una clase profesional, se vio pronto desbordado por un Derecho de Empresas y hoy se habla de un Derecho de Sociedades. Lo mismo que se afirma del Derecho Mercantil se puede afirmar del de Trabajo, que hoy es sustituido por unas normas generales de la Seguridad Social eminentemente de carácter público. Igual sucede con el Derecho Agrario. La crisis la reduce el autor a la siguiente pregunta: si el Derecho Civil ha de ser un Derecho nuevo impuesto por las circunstancias o, por el contrario, el Derecho civil permanece inalterable. Sucesivamente el autor va planteándose la nueva distinción, casi borrosa, entre el Derecho público y el privado la prepotencia del Derecho Administrativo y el verdadero significado del Derecho Civil como arquetipo del pensamiento jurídico y su inalterabilidad, pero orientado, como dice el autor, siempre bajo el signo de lo social.

TOMÁS OGAYAR Y AYLLÓN, presidente de la Sala Primera del Tribunal Supremo, ofrece el gran tema de la capacidad especialmente referida a los pródigos. Se inicia el trabajo con unos conceptos previos sobre capacidad jurídica y capacidad de obrar, así como la problemática sobre las circunstancias modificativas de la capacidad y el examen del artículo 32 del Código civil español, incompleto, a su juicio. De la prodigalidad se afronta el esquema de su concepto (desequilibrio o desorden que hace referencia únicamente al orden económico), su fundamento y naturaleza (considerando que el pródigo es un ser anormal, anormal mental, cuya actuación es perturbadora para el orden económico y social), reglamentación legal de la prodigalidad (quiénes pueden

instar la declaración, contra quién, en qué actos debe basarse y procedimiento para la declaración) y efectos jurídicos que produce (tutela, personas llamadas, extensión, inscripción en el Registro de la Propiedad e irretroactividad de efectos). En materia de extinción de la tutela y reintegración de capacidad del pródigo plantea el autor un problema con estas palabras: "Es necesario que el pródigo acredite que está corregido de sus faltas, defectos o desviaciones de carácter, por medio de una conducta patente y habitual, demostrativa de su no prodigalidad, pero ¿cómo podrá hacerlo si, al no administrar sus bienes, no tiene oportunidad ni ocasión de ser pródigo o tacaño?" Con ello se condena al pródigo a permanecer siempre incapacitado. Por ello cree el autor que en esta materia tiene una importancia excepcional la pericia psicológica.

FRANCISCO PALÁ, MEDIANO, decano honorario del Colegio Notarial de Zaragoza, ha escrito para esta publicación uno de los más extensos artículos que la misma contiene. El tema es el de la promoción de la mujer casada en la Compilación aragonesa y en el Derecho comparado. El trabajo en su amplitud ofrece, sin embargo, esquemas que permiten una sistemática para ofrecérsela al lector. Podemos dividir el mismo en dos grandes partes: el proceso evolutivo de la promoción de la mujer casada y la culminación de este proceso en los actuales sistemas legislativos. La primera parte se inicia con aquella frase de CASTÁN en su "crisis del matrimonio" decía "Está todavía por hacer la antropología sexual comparada, pero si algo se vislumbra a través de lo que hay ya hecho es que si dentro del orden intelectual posee la mujer menos fuerza abstractiva, esta relativa inferioridad está compensada por ciertas relativas superioridades en la esfera intuitiva." Luego examina la realidad social que ha provocado la serie de reformas legislativas llevando el "principio de igualdad jurídica a la mayoría de las leyes fundamentales de los Estados y borrando de las leyes particulares toda discriminación entre hombre y mujer que no esté fundada directamente en la constitución fisiológica". Inevitablemente se refiere a la legislación española y particularmente a la aragonesa histórica y la que culmina en la compilación de 1967. La segunda parte que nosotros hemos configurado se refiere a la situación de los códigos del siglo XIX, las reformas del siglo XX y los proyectos de nueva ordenación bajo la idea de la supresión de la venia o licencia marital. El estudio se hace a través de una serie de apartados en los que se examina la emancipación de la esposa, la licencia o venia marital, la contratación entre cónyuges, las donaciones entre marido y mujer, novación "post nuptias" del régimen matrimonial, los deberes recíprocos de los cónyuges, la protección legal de la esposa (dote y parafernalia), los bienes reservados, el patrimonio familiar y el principio de autoridad y gobierno y la autoridad paterna. Todo ello, referido como decimos, no sólo a la distinción española del Código civil y compilación aragonesa, sino a diversas legislaciones extranjeras que comparativamente se estudian.

FRANCISCO SALINAS QUIJADA, doctor en Derecho y abogado, culmina esta parte general de los Estudios afrontando el problema de la capacidad para suceder *ab intestato* de los religiosos *profesos* en Navarra. Después de examinar el Derecho Histórico y las normas eclesiásticas que pueden rozar el problema concluye su tesis, siguiendo a FUENMAYOR, diciendo que habrá que rectificar la postura adoptada en los proyectos legislativos, excluyendo de los textos la incapacidad de los religiosos *profesos* para heredar *ab intestato* y subsanando este "lapsus" dar entrada a la sucesión a tales religiosos, como criterio más ortodoxo foralmente, confirmando por una costumbre inmemorial, la más principal de nuestras fuentes del Derecho.

b) *Estudios sobre derechos reales.*

Tres autores militan en este apartado: DIEGO ESPÍN CÁNOVAS, TERESA PUENTE MUÑOZ y JOSÉ MARÍA REYES MONTERREAL. Los tres tocan unos puntos interesantes de esta parte del Derecho. El primero afronta el problema del justo título y la buena fe en la usucapición; la segunda, la difícil tarea del concepto de la servidumbre industrial, de empresa y de no concurrencia, y el tercero, otro tema de palpitante actualidad: los derechos de la comunidad de propietarios frente a las infracciones de sus estatutos.

DIEGO ESPÍN CÁNOVAS, catedrático de Derecho Civil de la Universidad de Salamanca, al hacer el estudio sobre el justo título y la buena fe en la usucapición juega con las dos trayectorias que en torno a estos elementos se han marcado históricamente: la del Derecho francés y la del Código italiano de 1942 que innova la materia. Después de abordar el punto concreto del título putativo, examina el Derecho español y, a modo de conclusiones, mantiene estos puntos: 1) El requisito de validez del título debiera ser objeto de precisión, reconociendo el título anulable como válido a esos efectos. 2) La buena fe debiera desligarse de la referencia al artículo 433 para circunscribir el error del poseedor a los defectos del derecho del transferente. 3) La presunción de buena fe y su persistencia debieran exigirse precisando la segunda, con más claridad. 4) La buena fe debe tener un límite, para seguir la tesis ética, no meramente psicológica de la misma.

TERESA PUENTE MUÑOZ, profesor adjunto de Derecho Civil de la Universidad de Valencia, ofrece al lector el problema conceptual que la doctrina y la jurisprudencia italiana vienen denominando como servidumbres industrial de empresa y de no concurrencia. Los conceptos, una vez perfilados, son trasladados al derecho español para su posible encaje. De la servidumbre industrial dice que es aquella que viene tipificada por el contenido de la utilidad: utilidad para el destino industrial del fundo dominante. En su reflejo español, concluye que realmente no existe ninguna diferencia fundamental entre esa servidumbre y la predial. De la servidumbre de empresa, no encuadrada en la legislación italiana, la doctrina da un concepto: se constituye en atención a la empresa, a su utilidad, con independencia de cualquier ligamen de la empresa al fundo. La relación de servidumbre queda así establecida entre el predio sirviente y la empresa, lo cual supone un serio obstáculo porque en el esquema italiano de las servidumbres se exige siempre la relación entre fundos. Este obstáculo se salva perfectamente en el derecho español, que admite la servidumbre personal. Otra modalidad de la servidumbre es la de no concurrencia, en cuya virtud una persona se obliga a no ejercitar una actividad industrial o mercantil en el propio fundo, en interés de la que se lleva a cabo en el fundo dominante. La doctrina italiana se muestra partidaria de la admisión de esta servidumbre y, para TERESA PUENTE, su admisibilidad en el derecho español es viable, infiriéndose del artículo 533 del Código civil, esto es, configurándola como una servidumbre negativa. Termina el estudio con una breve referencia a esas limitaciones voluntarias que suelen imponerse en las urbanizaciones a fin de lograr una ordenación de los distintos elementos que las componen e igualmente a las reservas en exclusiva de ciertas actividades, etc. Su tesis es que nada se opone a configurarlas como servidumbres. Al ser un trabajo relativamente corto, debemos animar a su autora para que profundice y brinde sus conocimientos de tanta utilidad, a fin de concluir la construcción jurídica de la urbanización y resolver su problemática. Eso y los pactos de exclusiva son un tema candente y actual que exige soluciones.

JOSÉ MARÍA REYES MONTERREAL, magistrado, elige para su trabajo el problema que plantea el artículo 19 de la Ley de Propiedad Horizontal en orden a las sanciones que pueden ser impuestas a los propietarios o meros ocupantes de los pisos por violación de las prohibiciones del artículo 7 de la misma Ley (actividades no permitidas en los estatutos, dañosas para la finca, inmorales peligrosas, incómodas e insalubres). Examina el hecho en sí causante de la sanción y el elemento personal afectable por la sanción. Este último elemento, encuadrable dentro de la teoría de la legitimación, es el que con más detenimiento se estudia, planteándose una diversidad de supuestos que va resolviendo airoosamente, para concluir que la Comunidad de propietarios se encuentra asistida de las siguientes acciones para hacer desaparecer los efectos de cualquier acto o convenio por el que se infrinjan las prohibiciones legales o estatutariamente establecidas: 1) Acción directa contra el propietario o usufructuario (obtención judicial de la privación temporal del piso, provocar que los mismos insten la resolución contractual o el lanzamiento de cualquier tercero). 2). Acción subrogatoria contra ocupante o arrendatario para instar su lanzamiento. 3) Acción directa contra propietario, arrendatario o cualquier ocupante para conseguir la nulidad de cualquier acto o contrato llevado a efecto por ellos con infracción de cualquier norma prohibitiva legal o estatutaria.

B) *Derecho hipotecario.*

Habíamos apuntado al comienzo que entre la lista de ilustres colaboradores que rinden homenaje al profesor CASTÁN en estos estudios, había dos que aportaban póstumamente su ciencia. Uno de ellos es el ilustre hipotecarista RAMÓN DE LA RICA Y ARENAL, de quien con motivo del Centenario de la Ley Hipotecaria, ADOLFO BOLLAIN ROZALEM, dijo su biografía apasionada y de quien con motivo de su ingreso en la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, RAMÓN MARÍA ROCA SASTRE, también expresó emotivamente sus rasgos más destacados. La noticia de su muerte nos la dio en breves líneas el que fue decano del ilustre Colegio Nacional de Registradores, JUAN JOSÉ BENAYAS Y SÁNCHEZ CABEZUDO.

El artículo que RAMÓN DE LA RICA Y ARENAL nos brinda en estos Estudios responde a las palabras finales de su primer biógrafo: "Con lo que demuestra que no está el mérito en la oscuridad, ni en el enrevesamiento, ni en la originalidad modernista. Y que es más útil la claridad narrativa que la confusión de la forma; sobre todo, cuando une a la claridad, la amenidad; porque RAMÓN DE LA RICA, además de gran jurista, es gran escritor. Y gran persona". Pues bien, sobre el tema tan poco tratado de la confusión de derechos en el aspecto registral, LA RICA, hace el gran alarde de su claridad y precisión. Destina una primera parte del trabajo a examinar la confusión en su doble proyección de forma de extinguir el crédito o derecho personal y el derecho real en sí mismo considerado. La segunda parte está destinada al estudio de la confusión en relación o en el ámbito registral. En primer lugar hace un examen de la legislación hipotecaria en orden a la regulación de la figura (artículos 79,2 Ley Hipotecaria y 210, 190 y 192 del Reglamento), así como el criterio jurisprudencial, para luego pasar, en una segunda, al examen concreto del reflejo registral en virtud de una consolidación o de una confusión de derechos a través de una lista de operaciones cancelatorias de derechos reales inscritos (hipoteca, subhipoteca, servidumbres reales, censos, usufructo, derechos de uso y habitación, arren-

damientos inscritos, derecho de superficie, derechos de levante y de profundización, derecho de opción y de condición resolutoria) y de anotaciones preventivas (de demanda, de embargo, de legado, de crédito refaccionario y por defecto subsanable). Este artículo junto con el de OGAYAR, son los dos únicos que contienen en su comienzo una dedicatoria especial para el profesor CASTÁN. Dice el que LA RICA le brinda: "A don José Castán Tobeñas, paradigma de jurista y compendio de sabiduría, ponderación y bondad, le dedica este modesto homenaje uno de sus más antiguos discípulos con toda su devoción y gratitud."

C. *Derecho Penal.*

Aunque la cuestión roza el Derecho Mercantil, es preciso incluir el artículo que comentamos en el Derecho Penal. El título aclara el problema: "La invasión del abstracto en el Derecho hasta el nuevo delito del cheque en descubierto". Su autor MIGUEL MORENO MOCHOLI, Presidente de la Audiencia Territorial de Pamplona, hace una crítica acertadísima del fenómeno que comenta. En sus previas palabras, y al hacer el elogio del profesor homenajeado, le atribuye las virtudes de la objetividad y la concreción. Precisamente esa concreción le sirve al autor para destacar su contrapartida actual y peligrosa de la invasión de lo abstracto.

Con pulso firme y conocimiento de la materia, va estudiando una serie de esferas en la que lo abstracto ha implantado su imperio, concluyendo que el Derecho tan ligado a la vida sobre la que proyecta su fin, no podía escapar al contagio de semejante crisis y manifestado en múltiples aspectos, como en la influencia ejercida en varias instituciones donde ya ha dejado su impacto. Estas instituciones las reduce a tres: el problema de la causa y el negocio jurídico; el problema de la responsabilidad objetiva y el de la consolidación del llamado delito formal de expedición de cheque sin provisión de fondos. Hace la crítica de este último punto utilizando diversos argumentos extraídos de la jurisprudencia y del Código civil (art. 1.170).

II. AUTORES EXTRANJEROS.

Ocho autores extranjeros militan en este homenaje, o mejor dicho, en este volumen primero del homenaje. Uno de ellos, EMILIO BETTI, figura fallecido a la hora de la publicación. Cada uno escribe en su lengua de origen. Hacemos de ellos una clasificación análoga a la hecha con los españoles, aunque aquí sólo está presente el Derecho Civil.

A. *Parte general.*

BENIGNO MANTILLA PINEDA, profesor de la Universidad de Antioquía (Medellín, Colombia), escribe sobre un tema de filosofía del Derecho, pero referido a JOSÉ CASTÁN TOBEÑAS como tal filósofo. Realmente el trabajo es un estudio de la figura del profesor CASTÁN como jurista filósofo a través de su obra. El estudio se hace distinguiendo la figura y su concepción de la filosofía del Derecho, para luego ofrecernos el concepto del Derecho y el de la justicia (su crisis, justicia social y contenido de la justicia a través de las concepciones modernas y clásicas).

RAMÓN DOMÍNGUEZ BENAVENTE, profesor de Derecho Civil de la Universidad de Concepción (Chile), expone el tema "La máxima *nemo auditur...* en la jurisprudencia chilena". El arranque del trabajo compara el concepto de la jurisprudencia española como base para fundamentar un recurso de casación siempre que existan dos o más sentencias uniformes (doctrina legal) y la jurisprudencia chilena donde una misma situación de hecho si vuelve a presentarse, puede recibir una solución diversa, esto es, las sentencias judiciales no tienen fuerza obligatoria sino respecto de las causas en que actualmente se pronunciaren. Posteriormente examina el artículo 1.683 que impide la declaración de la nulidad absoluta a petición del que ejecutó o celebró el contrato sabiendo que era nulo y sus repercusiones en el problema de la restitución, en el contrato del matrimonio, en el heredero y en el representado.

B) *Derechos reales.*

FRITZ BAUR, profesor de la Universidad de Tübingen, en su preciso alemán nos brinda el título de su trabajo: "*Das besitzlose pfandrecht als mittel der kreditsicherung*" que, trasladado con cierta alegría al castellano, viene a ser algo así como "El derecho de prenda sin posesión de muebles como medio de aseguramiento del crédito". Mientras la figura enunciada y prevista en el Derecho de la República Federal Alemana está prevista para casos especiales y con la necesaria publicidad en un Registro o por la declaración de la prenda en el Tribunal, la compra a crédito con reserva de dominio y la concesión de crédito con aseguramiento gozan de gran difusión, suponiendo una prenda sin posesión. La construcción dogmática se realiza a través de la figura de la expectativa de derecho.

C) *Obligaciones y contratos.*

EMILIO BETTI, profesor de la Universidad de Roma, ese eminente jurista ya fallecido, hace una brevísima aportación al homenaje sobre un punto concreto: La interpretación del artículo 782, último párrafo, del código civil italiano. El problema se reduce a la revocación de donaciones hechas a una persona jurídica mientras no se ha recibido la autorización gubernativa para la aceptación.

D) *Derecho de familia.*

GUILLERMO A. BORDA, profesor titular de Derecho Civil en las Universidades del Salvador y Católica de Argentina, ex-profesor de la Facultad de Derecho de Buenos Aires y ex-Ministro de la Suprema Corte de Justicia, brinda al lector un artículo sobre "Los aspectos de la reforma del código civil argentino relativos al régimen jurídico de la familia". Destaca las novedades de la separación conyugal por "presentación conjunta", la eliminación del casamiento de leprosos, ampliación de la oposición paterna para el casamiento de los menores, mayor amplitud en el régimen económico patrimonial llegando a la igualdad jurídica de los conyuges, consentimiento conjunto para disponer de los gananciales, calificar de bienes propios los derechos intelectuales o patentes de invención, aunque sus productos sean gananciales, etc...

JULIEN D. PAINE, Senior Research Fellow, University of Manchester (England) y profesor of Law, University of Western Ontario (Canadá), ofrece bajo el título originario "Statutory promotion of reconciliation in matrimonial causes in Australia and New Zealand" el panorama del aumento de diversos motivos de divorcio, contrapesado por la introducción de diversas medidas encaminadas directamente a lograr a promover la reconciliación (diferimiento del proceso de disolución, ayudas financieras, consejos ofrecidos por instituciones reconocidas al efecto, reforma de los conceptos de perdón y confabulación, etc.).

E) *Derecho de sucesiones.*

FRANZ GSCHNITZER, profesor de la Universidad de Innsbruck, escribe un singular artículo lleno de sugerencias bajo el originario título "Formloser letzter wille" que vertido a nuestra lengua provoca la interrogación de si es variable la última voluntad sin forma. Todo el estudio, referido al derecho austriaco, gira en torno a si debe o no mantenerse el sistema de la forma testamentaria ante la admisión del ológrafo sin solemnidad y testigos y ante los avances de la vida moderna.

PAUL PROTET, profesor de la Universidad de Lausanne, bajo el título "Des actes bilatéraux a cause de mort en droit suisse" expone la problemática que plantea el derecho suizo al admitir el pacto sucesorio que contiene una o varias disposiciones por causa de muerte, pudiendo estas disposiciones estar en una relación de cambio con pretaciones entre vivos (o disposiciones por causa de muerte) de la otra parte. Para la determinación de cuándo estaremos ante un caso de esos, se hace preciso acudir al sistema de presunciones que facilita el artículo 245 del código al someter al derecho de sucesiones a las donaciones cuya ejecución está fijada a la muerte del donante.

JOSÉ MARÍA CHICO Y ORTIZ

LUCAS FERNÁNDEZ, FRANCISCO: *La contratación en España por personas naturales y jurídicas extranjeras.*

El notariado es en España una institución tremendamente viva, y viva ha de continuar si quiere conservar el alto significado jurídico que hoy tiene en el país. Uno de los escritores asiduos de "Cuadernos para el diálogo" ha hablado de que los Notarios y Registradores estamos moldeados por un proceso de "Castanización". La palabra la emplea el autor en sentido peyorativo, pero ahora que la muerte del profesor CASTÁN le coloca por encima de las pequeñeces humanas, creo que Notarios y Registradores podemos afirmar con orgullo que en algunos aspectos sí que estamos "castanizados" si entendemos la palabra como una vocación y un amor por el derecho vivo, por el derecho practicado, por el derecho planteado como un quehacer de la vida para hacerla comprensible, normada y llevadera.

En algunos momentos en que la explosión legislativa nos arroja a la cara la metralla de una legislación dispersa, incoherente y poco meditada, también los Notarios y los Registradores experimentamos a veces momentos de pesimismo. Pero como se dice "que hay que huir del pesi-

mista como de la peste" y rápidamente se reacciona contra esta bahúnda de normas que tienden a la confusión y empiezan a aparecer obras meditadas que huyendo de peligrosos dogmatismos, con un sentido claro de la realidad y eminentemente prácticas, es decir, auténticamente "castanizadas", aclaran las ideas y ayudan a trabajar con seguridad, pronto y bien, que es la misión que le incumbe al Notariado.

Plenamente inserta en este orden de ideas se encuentra la obra que comentamos del doctor Lucas Fernández, notario de Madrid, editada por la "Revista de Derecho Privado" y que en unas simples trescientas seis páginas más un interesante índice alfabético de materias se convierte en uno de los libros que hay que tener encima de la mesa debidamente subrayado y digerido por todos cuantos profesionales del Derecho se ven obligados a tratar de la compleja problemática de la contratación con extranjeros.

He dicho repetidas veces e insisto sobre ello que la política de atracción de capitales extranjeros, sea por vía de inversión en empresas, directa o indirectamente, sea por vía de explotación del turismo, falta en nuestro país de una dirección unitaria ya que cada organismo competente trata de "arrimar el ascua a su sardina" sin darse cuenta de que los extranjeros no constituyen una plantación de alfalfa, de la que se obtienen varias cosechas al año, sino un bosque de encinas que hay que arraigar, mimar y cuidar y verlo crecer con paciencia hasta obtener de él el máximo fruto: con el turismo, permitaseme la comparación, hemos de pretender comernos un gran buey perfectamente criado, sea bajo el actual régimen político, sea bajo su continuación. Es un error pretender hacer del turismo un pequeño frito "de un pollo tomatero" para comérnoslo inmediatamente.

El libro de Lucas Fernández que estoy comentando tiene la enorme ventaja de poner al día con criterio recopilador toda la legislación vigente sobre la materia, muy claramente comentada y sistematizada, constituyendo un valiosísimo instrumento de trabajo, y de trabajo inmediato, que sería muy encomiable que fuera un ejemplo imitado por los que acusan al notariado de estar "castanizado".

La obra se compone de tres partes muy desiguales en su extensión y en su importancia medular.

La primera parte se titula "Introducción" y está destinada a la definición de los conceptos de "extranjero", con especial referencia a las entidades eclesiásticas; "apátrida", "personas con doble nacionalidad", con una amplia referencia a los tratados de doble nacionalidad que tiene suscritos España con los países hispanoamericanos; "residentes en España y residentes en el extranjero". Esta primera parte no es la medular de la obra, pero viene a recordarnos y auxiliarnos en una serie de conceptos previos para evitar una marcha flotante en el resto de la obra. Incluso diré que se desciende a detalles de tipo administrativo, de indole muy valioso dado que la inflación burocrática del país y la proverbial inteligencia, amabilidad y espíritu de colaboración de los funcionarios situados detrás de las ventanillas de la administración pública nos llevan rápidamente a zonas kafkianas y bajo la tutela imperativa de los bienaventurados gestores administrativos.

La segunda parte de la obra se titula "Comparecencia del extranjero ante el notario" y tiene una serie de apartados que unos son de gran interés y otros de menos. Se ocupa de los medios de identificación de las personas físicas extranjeras, tema en el que no aporta ninguna novedad importante, a mi juicio, así como tampoco en materia de identificación de personas jurídicas extranjeras. En cambio, es muy interesante, creo, la opinión del autor cuando dice "que el notario debe

apreciar la capacidad conforme a la Ley nacional del otorgante de acuerdo con el artículo noveno del Código civil. El reenvío deberá ser aceptado en aquellos casos en que lo imponga la finalidad del negocio de acuerdo con la legislación del país en que haya de surtir efecto. Si el negocio ha de surtir efecto en España se aceptará el reenvío cuando sea la única forma hábil para conseguir que el negocio despliegue todos los efectos". Es decir, entiendo que el autor se muestra partidario de no aceptar el reenvío de buenas a primeras y estoy de acuerdo con él porque estimo que el reenvío puede conducir a situaciones de grave confusión. Recientemente Simó Santonja nos ha convencido en su libro sobre Derecho Sucesorio Comparado de la necesidad de aplicar el reenvío en ciertos casos del Derecho Sucesorio. Pero es que el fenómeno sucesorio se desencadena con la muerte del causante. En materia de contratación el problema es mucho más grave. Imaginemos que un matrimonio inglés domiciliado en España y contratado sobre inmuebles, por aplicación de la Ley personal inglesa, que admite el reenvío, fuéramos inducidos a pensar que deberían regirse respecto de este inmueble por el sistema de gananciales. Pero si el matrimonio se había contraído antes de establecer su domicilio en España, estaría regido casi seguramente por el sistema de absoluta separación de bienes. Y aun por vía de reenvío habría que aceptar la vigencia del artículo 1.320 del Código civil español, que impone la inalterabilidad del régimen patrimonial del matrimonio. Entonces, con reenvío o sin él, me parece que habrá que seguir aceptando el régimen de separación absoluta de ese matrimonio inglés y en materia de contratación dicho matrimonio deberá regirse por la ley material sustantiva inglesa.

Parece ser, según el proyecto de reforma del título preliminar del Código civil, que va a admitirse la doctrina del reenvío y estimo que se restará claridad, precisión y automatismo a la contratación. Mucho más interesante sería hacer esfuerzos para tender a unificar el derecho de la contratación y de los regímenes matrimoniales dentro de nuestro país y con miras a una ulterior integración en un amplio contexto europeo.

Esta parte de la obra contiene una breve referencia sobre los regímenes matrimoniales de cuarenta y ocho países que empiezan por África del Sur y terminan con Yugoslavia. No es particularmente interesante esta parte de la obra, en primer lugar, por lo sucinto de la exposición del régimen de cada uno de los países y, en segundo lugar, porque siempre se tiene la incerteza de la vigencia actual de lo expuesto en el libro.

Las indicaciones que hace sobre materia de sociedades y la exposición de conclusiones del Noveno Congreso Internacional del Notariado Latino no es tampoco particularmente importante.

Es interesante la atención que presta al problema del idioma. Sin embargo, omite el estudio de un tema absolutamente candente, quizá porque al ser el autor notario de Madrid no ha vivido las dificultades que existen en las pequeñas Notarías turísticas para hallar un intérprete de ciertos idiomas raros. Ha omitido tratar el problema de la traducción del instrumento público a los otorgantes mediante un tercer idioma que no sea ni el castellano ni el de los otorgantes, sino uno común conocido por uno y otro. Es prácticamente imposible en ocasiones encontrar un intérprete para el finés o el sueco, y, en cambio, muchos notarios hablamos francés, inglés o alemán y casi todos los otorgantes escandinavos hablan perfectamente francés, inglés o alemán. Hay que pensar en una reforma del Reglamento Notarial que permita la traducción del instrumento público por el notario a los otorgantes, bajo la responsabilidad del primero y a través de un tercer idioma, por

ejemplo, de uno de los idiomas que pueden considerarse básicos para poder llegar a una integración europea: francés, alemán e inglés.

La tercera parte de la obra es la más extensa, ocupando dos tercios de la paginación total del libro, y es la más importante por la naturaleza de los problemas que aborda y por la gran claridad con que los expone, plantea y resuelve. Tiene el mérito de su extraordinaria actualidad y viene a ponernos al corriente de estas materias después del ya lejano en el tiempo libro de Garcés Brusés y de los trabajos de Pelayo Hore y Vallet de Goytisolo.

Estudia de un modo muy claro y sistemático la cuenta corriente bancaria tanto en cuanto a su naturaleza, es decir, cuenta normal, cuenta extranjera en divisas convertibles, cuenta extranjera en pesetas convertibles y cuenta extranjera en pesetas interiores, estudiando quiénes son los posibles titulares de dichas cuentas, el modo y forma de disposición de las mismas y la necesidad o no de la autorización del Instituto Español de Moneda Extranjera. Es aquí interesante incluso para los españoles que no contratan en España con extranjeros sino que se limitan a comprar algún objeto en el extranjero, como libros, o hacer viajes. Sigue con el estudio del contrato de arrendamiento a favor de extranjeros, distinguiendo entre los arrendamientos rústicos y los urbanos, estudiando el problema de la reciprocidad del artículo 7.º de la Ley de Arrendamientos Urbanos. Con poca extensión trata del contrato de arrendamiento otorgado por arrendador extranjero.

Continúa con un magnífico estudio de los contratos traslativos del dominio y derechos reales sobre bienes inmuebles, distinguiendo con toda nitidez las normas establecidas por razón de defensa nacional (operaciones en territorios de interés militar), las normas establecidas como protección a nuestra economía agraria (límites de extensión de fincas agrícolas que pueden adquirir los súbditos extranjeros) y las normas establecidas como protección a nuestra moneda, es decir, el tipo de dinero a invertir y de autorizaciones a obtener para la adquisición de inmuebles en España por extranjeros, con una referencia especial a las zonas o centros de interés turístico nacional.

Estudia también los contratos traslativos del dominio y derechos reales sobre buques, sobre aeronaves y sobre minas, con especial referencia a los permisos de investigación y concesiones de explotación de hidrocarburos. También estudia los contratos sobre concesiones de aprovechamientos de aguas públicas a favor de extranjeros.

Clarifica bastante las particularidades del contrato de préstamo, que nunca ha sido muy diáfano cuando se han planteado problemas de moneda extranjera, y hace una especial referencia a los préstamos especiales de financiación para la construcción y venta de viviendas a extranjeros en zonas turísticas.

Estudia la contratación de seguros y la contratación de obras del Estado por extranjeros.

Una de las zonas del libro más interesante para los profesionales del Derecho es el amplio estudio que dedica a los problemas de las sociedades en relación con los extranjeros, distinguiendo entre las sociedades en las que el extranjero no puede tener ninguna participación, aquellas en que puede tener una participación minoritaria, las sociedades en que la participación puede ser al 50 por 100 y las sociedades sin límite de participación, estudiando en general las aportaciones dinerarias, las aportaciones de bienes inmuebles sitos en España y las aportaciones de equipo capital de origen extranjero con todas las dificultades que esto lleva consigo, mostrándose el autor partidario en este último caso o bien de la fórmula de la "sociedad piloto" o bien de la sociedad constituida bajo condición suspensiva.

Dentro de los problemas de sociedades contempla también los que se refieren a la adquisición de títulos valores de sociedades españolas por extranjeros, profundizando en la transmisión "mortis causa" de estos títulos y en el ejercicio del derecho de suscripción preferente. También se refiere a la administración de sociedades españolas por extranjeros.

Por último, estudia el contrato de trabajo, incluyendo los contratos artísticos y taurinos, algunos convenios taurinos con países hispano-americanos, contratos deportivos, contratos de asistencia técnica y el importantísimo problema del régimen de transferibilidad al exterior de los rendimientos y liquidaciones de las inversiones de los extranjeros. Este es uno de los puntos cruciales de la obra, ya que, en realidad, al extranjero lo que hay que responderle siempre con precisión es cómo, cuándo y cuánto podrá reexportar de sus inversiones en nuestro país.

Nos encontramos, en conjunto, ante un magnífico libro de una ayuda y utilidad extraordinarias para la vida práctica del Derecho, para la agilidad y seguridad de los despachos profesionales en los que, si bien es cierto no se puede prescindir de una profunda formación teórica y dogmática, tampoco es posible detenerse ya en ella. Es mucho más útil para el país este tipo de libro que una magnífica construcción doctrinal sobre, pongamos por caso, una profunda lucubración sobre cualquiera de los temas clásicos, que ya están suficientemente manoseados. Ha llegado el momento de crear instrumentos de trabajo y el libro que hemos comentado es uno de ellos y magnífico, como podía esperarse de un autor de la categoría de Lucas Fernández.

VICENTE ESPERT,

Doctor en Derecho Notario

RUBIO GARCÍA-MINA, JESÚS: *Introducción al Derecho Mercantil*. Madrid, 1969, Edic. Nauta, 627 págs.

El libro recientemente publicado por don Jesús Rubio García-Mina, "Introducción al Derecho Mercantil", es una de las más valiosas aportaciones a la doctrina mercantil española de los últimos tiempos. Escrita con la brillantez y elegancia que caracteriza a toda su obra, se proyecta en sus páginas no sólo la extraordinaria personalidad jurídica del autor, su fino sentido crítico, el acervo de sus conocimientos, sino también su capacidad de argumentación, que tiene su origen en la firme convicción de una doctrina defendida en todo momento con una rigurosa fundamentación científica.

La obra contiene cuatro temas fundamentales: el del concepto y significación del Derecho Mercantil, completado con la alusión al problema del método jurídico-mercantil. El de las fuentes del Derecho Mercantil, completado por la problemática de la delimitación de la materia mercantil en nuestro Derecho positivo. El de la empresa. Y, finalmente, el del comerciante individual y su régimen.

Cada uno de estos cuatro temas es objeto de un estudio sistemático, rigurosamente documentado, exponiéndose en todo caso la visión crítica y la visión personal del autor sobre los mismos. Fiel siempre, por otra parte, a una línea de pensamiento que hemos visto traducirse en sus abundantes trabajos anteriores a este libro.

La parte primera en sus tres capítulos viene dedicada al concepto y significación del Derecho Mercantil. No es la primera vez que el profesor Rubio García-Mina se ocupa del tema. Uno de los estudios más interesantes dentro de nuestra doctrina sobre el problema del concepto de Derecho Mercantil es el que publicara ya hace algunos años en la *Revista de Derecho Mercantil*, "Sobre el concepto de Derecho Mercantil".

En un momento histórico en el que la doctrina española se inclinaba casi totalmente por la sugestiva "moda" de una construcción del Derecho Mercantil como Derecho de la empresa, Rubio permaneció inmune a la corriente y supo ya poner de relieve las quiebras de una teoría que a primera vista parecía incuestionable que venía a resolver el problema de la delimitación del Derecho Mercantil como rama especial del Derecho Privado. En su "Introducción al Derecho Mercantil", publicada en un momento en el que se ha iniciado el abandono de la teoría por algunos de sus más afortunados defensores, mantiene las directrices entonces expuestas, llevando a cabo un cuidadoso estudio del tema. Llegar a la definición de lo que sea el Derecho Mercantil exige responder a un diverso orden de cuestiones: la del porqué de la existencia de un conjunto separado de normas denominado Derecho Mercantil, la del criterio con el que se elaboraron esos cuadros que contienen una serie de relaciones cualificadas como mercantiles, la de las razones que imponen o aconsejan la existencia de una legislación independiente, de una ciencia jurídico-mercantil más o menos autónoma. A contestarlas dedica el autor esta parte primera de su obra.

Para ello lleva a cabo un riguroso análisis crítico de las distintas doctrinas conocidas sobre el concepto de Derecho Mercantil. Comienza con la concepción del Derecho Mercantil como Derecho del comercio, se detiene especialmente en la teoría del Derecho Mercantil como Derecho del acto objetivo de comercio y hace una documentadísima exposición crítica de la doctrina del Derecho Mercantil como Derecho de la empresa.

Dentro de los sistemas denominados de delimitación subjetiva del Derecho Mercantil, el más relevante por la expansión que ha tenido es el de la construcción del Derecho Mercantil como Derecho de la empresa. Una vez más, pues ya lo hizo en su trabajo "Sobre el Derecho Mercantil", el profesor Rubio lleva a cabo el análisis de las doctrinas de Wieland, Mossa, la reciente de Raisch—última de las aportaciones en defensa de la teoría—, las de Garrigues, Girón, Uriá, Polo. Un análisis crítico del que caben destacar determinadas afirmaciones por su especial interés. El Derecho Mercantil no ha sido nunca íntegramente Derecho excepcional de los comerciantes. No se les ha aplicado fuera de su profesión y, en cambio—y esto es importante ponerlo de relieve—se ha extendido rápida y progresivamente, mucho antes del siglo XIX, a quienes formando parte de cualquier sector social se ocupaban "de mercancia". Cuando se intenta fundamentar nuestro sistema mercantil positivo como Derecho de la empresa, la doctrina señala la presencia de ésta en nuestro Código, olvidando que el legislador en ningún caso utilizó el término en el sentido técnico que tendría en nuestros tiempos. Polo destaca la "presencia de la empresa en las numerosas leyes que hoy rigen la materia mercantil", incurriendo, según Rubio, en una petición de principio, la de considerar leyes mercantiles las que se ocupan de reglamentar la empresa, para fundamentar después que el Derecho Mercantil es el que regula las empresas. Pero inmediatamente se advierte que no es así, porque se habla de la "nueva legislación económica, social, fiscal o mercantil". La empresa, como acertadamente subraya Rubio, es un fenómeno común a la economía moderna desde

cualquier ángulo jurídico que se la contemple. Polo cita como leyes decisivas en este terreno a las de Arrendamientos urbanos y a la de Hipoteca mobiliaria y es difícil que ningún profesional del Derecho se atreviera a calificarlas de mercantiles.

No es, por otra parte, el Derecho Mercantil un Derecho de todas las empresas, por que fuera del mismo quedan, por ejemplo, la empresa agraria, se propugna por la doctrina mercantilista la exclusión de la pequeña empresa y nos encontramos con la difícil clasificación de la empresa pública.

Queda fuera del Derecho Mercantil, y el argumento es grave, todo el aspecto laboral de la empresa, que es objeto de la regulación especial del Derecho del trabajo, fundado en principios bien lejanos a los que inspiran nuestro sistema mercantil positivo. El aspecto fiscal de la misma, etc.

No ha llegado a elaborarse un concepto de empresa único; hay tantos como tantos son sus aspectos. A este respecto señala Rubio que la misma vaguedad e imprecisión que caracterizaban al término empresa en 1947 siguen existiendo en nuestros días, cuando tantas páginas se han escrito en torno al tema.

Destaca el encaje, que los partidarios de la doctrina de la empresa subrayaron en su día, de la teoría del Derecho de la empresa con un régimen político de marcada intervención en la economía nacional. En un sistema presidido por un ordenamiento flexible—escribe el autor—, de naturaleza fundamentalmente privada, se corre el riesgo de agravar el predominio capitalista mediante la aplicación de un Derecho inspirado en la actividad y acaso en los intereses de las grandes empresas, frente a una masa no profesional, inarticulada y amorfa.

Una serie de interesantes aportaciones se debe, no obstante, al sistema; así, el que ha venido a poner de relieve la problemática de la actividad organizada sistemáticamente, problemática que resultará tanto más grave cuanto más grandes sean las dimensiones del organismo, afectando de modo inmediato a los intereses generales y poniendo en movimiento no tanto la contratación privada cuanto el Derecho público.

La conclusión a la que llega una vez más el profesor Rubio es la de que "el Derecho Mercantil no es ni debe de ser el Derecho de las empresas", sin que esto obste para reconocer la excepcional importancia de estas últimas dentro de la vida económica ni la de la necesidad de tener en cuenta su concepto y naturaleza cuando se trata de formular, interpretar y aplicar toda norma jurídica que pretenda ordenarla.

Hace también Rubio referencia a la doctrina de Hamel de un Derecho Mercantil como "Derecho de los negocios", intento de determinación "objetivista" de la materia mercantil, que pudiera resumirse así: para la realidad social presente, "comercio" en el sentido de los Códigos y del Derecho Mercantil equivale a "negocio". Es acto de comercio, y por tanto debe de quedar sometida al Derecho Mercantil, toda actividad, sea quien fuere quien la realiza, enlazada con la vida de los negocios. Tesis que logró cierta fortuna en Francia, hasta el punto que incluso los términos de "Derecho comercial" han llegado a ser sustituidos por los de "Derecho de los negocios". La teoría es objeto de una serie de fundadas objeciones, en las que no podemos detenernos en atención a los límites de este trabajo.

Finalmente, Rubio concluye que el Derecho Mercantil es "como cualquier otro Derecho positivo una categoría histórica, que sólo puede captarse y comprenderse históricamente".

Consecuente con esta idea lleva a cabo, en el capítulo III de esta Primera Parte, un detenido estudio del proceso histórico del Derecho

Mercantil, apoyado en una abundantísima información histórica de textos y doctrina, a través del cual va construyendo lo que por Derecho Mercantil se ha venido entendiendo en las diversas épocas. Dentro de este análisis apunta como causas de la crisis del Derecho Mercantil tradicional la mayor participación en beneficio de la colectividad, del Estado y del Derecho en territorios que normalmente estaban abandonados al libre juego de intereses económicos. Tres direcciones de esta crisis se proyectan en tres notas características del Derecho Mercantil: la libertad de formas, la impersonalización y el carácter individualista y jurídico-privado. Una nueva rama del Derecho y una nueva ciencia jurídica aparecen: el Derecho económico y la Ciencia del Derecho Económico. Rubio analiza las diversas corrientes de este Derecho, Derecho que está todavía lejos de afirmarse—dice—inequívocamente en la Ciencia jurídica contemporánea.

Del estudio llevado a cabo del Derecho Mercantil en la doctrina y del proceso evolutivo del mismo en la historia, va a sacar Rubio el concepto, naturaleza y contenido del Derecho Mercantil. El Derecho Mercantil—escribe—no es sino el conjunto—el nuevo sistema—de normas nacidas de la mentalidad y de la “economía de las ciudades” y adecuadas a su desarrollo a través del proceso del capitalismo. Capitalismo inicialmente comercial y financiero, más tarde industrial, que va inspirando y sustituye, en la zona del Derecho patrimonial, en la disciplina de las relaciones económicas mobiliarias, el viejo Derecho común de origen romano y germánico.

Lo que no quiere decir en ningún modo que Rubio pretenda, según propia afirmación, equiparar el Derecho Mercantil al Derecho del capitalismo sin más. Equiparación que hoy, cuando el capitalismo goza de “tan mala prensa”, tiene en contra la oposición de una preocupada doctrina. El Derecho Mercantil ha existido antes de que existiera el capitalismo. No sólo la Codificación mercantil, sino también la civil se llevaron a cabo bajo el apogeo del capitalismo. Que el Derecho Mercantil aún en sus rasgos considerados más típicos ha quedado inmune al influjo capitalista. Que el Derecho Mercantil puede contener y contendrá en el futuro disposiciones contrarias a la ideología capitalista. (Así, leyes “anti-trust”, corrientes modernas del régimen de anónimos)

Concluyendo: el Derecho Mercantil supone una parte del Derecho Privado destinada a regular la vida económica. Es en tal sentido un Derecho especial. Mas en cuanto que significa una desviación respecto del Derecho patrimonial tradicional, precapitalista, civil, puede también calificarse de Derecho excepcional.

Se refiere al problema de tanta actualidad como interés: el de la unificación del Derecho privado. Doctrina y legislación son analizadas con detenimiento, para declararse partidario de un Código único de Derecho privado, “sin perjuicio de la posibilidad de leyes especiales” cuando una materia caracterizada lo exija.

Dentro del capítulo V hace referencia específica al Derecho Marítimo y al Derecho Aéreo. El primero de los cuales se habría de desgajar por sus peculiaridades antes del tronco del Derecho común. El segundo con un imperativo de especialidad que impone su autonomía.

Y finalizando la primera parte, el capítulo VI recoge el problema de la Metodología jurídico-mercantil, afirmando que, en principio, las direcciones metodológicas tienen que producirse de modo paralelo a su planteamiento en el Derecho Privado general.

La segunda parte de la obra—Estudio de las fuentes del Derecho Mercantil—contiene en primer lugar un resumen histórico de las fuentes y de la literatura mercantil, llevado a cabo con una cuidada selec-

ción bibliográfica. El Derecho Mercantil estatutario, capítulo I; El Derecho Mercantil nacional, capítulo II, y la Codificación, capítulo III.

A continuación, en la Sección segunda de esta parte, se contiene el estudio dogmático de las Fuentes de creación del Derecho Mercantil, la ley, los usos de comercio y otras fuentes.

El estudio dogmático de las fuentes del Derecho Mercantil recoge la espinosa temática que Rubio sistematiza en un primer orden de interrogantes: determinación y análisis de las fuentes del Derecho propiamente dichas, que son fuentes y formas de la manifestación de la "potestas normandio". Y el de de la jerarquía de las fuentes

En realidad, la doctrina general de las fuentes es materia del Derecho Privado general, pero en nuestra Patria, legislativa y doctrinalmente, por razones de la existencia de un sistema propio de fuentes del Derecho Mercantil, que incluso en cuanto fuere posible se pretende contrapuesto al del Derecho privado general, cabe hablar del problema de las fuentes en Derecho Mercantil.

Y todavía más, es bien sabida la divergencia de fuentes con arreglo a los dos sistemas, civil y mercantil. Civil, artículo 6, número 2.º, y mercantil, artículo 2.º del Código de Comercio.

Dentro de esta divergente posición, todavía viene a complicar la materia de las fuentes la alusión al Derecho común del artículo 2.º del Código de Comercio.

Rubio se cuestiona y responde a los interrogantes que se plantean: 1) El artículo 2.º habla de Código de Comercio, no de ley. ¿Es el Código la única ley aplicable? 2) Significado del uso mercantil, ¿es la costumbre mercantil o, en otro caso, cuál es la relación con la misma? 3) Sentido que debe darse al llamamiento al Derecho común que lleva a cabo el artículo 2.º del Código de comercio. Esta problemática, que califica de artificiosa, que no tiene fácil solución, es objeto de un detenido análisis, que busca fundamentar unas soluciones, pensadas en congruencia con la propugnada unificación del Derecho privado. Con la concepción del Derecho Mercantil como una parte del Derecho privado.

Dentro de este orden de ideas, Rubio afirma que el Derecho común no es fuente del Derecho propiamente, sino sistema de reglas que responden a una ordenación de fuentes ya señaladas, ley, costumbre, principios generales de Derecho. Son especialmente interesantes sus análisis de qué se entiende por ley especial, ley especial mercantil, y el de la aplicación analógica de las leyes mercantiles, en el que concluye la no admisibilidad de unos principios generales del Derecho Mercantil distintos a los principios generales del Derecho del artículo 6.º del Código civil.

Estudia a continuación los usos de comercio, proceso de formación de los mismos, usos interpretativos y usos normativos, verdadera costumbre mercantil a la que la doctrina atribuye la naturaleza de fuente del Derecho Mercantil. Distinción a la que ya en la Exposición de Motivos del Código se hace expresa referencia. Rubio, recogiendo la doctrina en torno al tema, califica de artificiosa la distinción y como Bolaffio y Garrigues concluye que tienen idéntica naturaleza. Requisitos del uso, etc. Análisis del uso en los Códigos de 1829 y 1885.

Hace referencia al Derecho común, al que dedicó en el preámbulo del estudio de las fuentes su atención, como hemos dicho, y del que había concluido que no es ni fuente principal ni subsidiaria, sino Derecho constituido. Que la "vocatio" del Código de comercio al Derecho común no tiene la virtud de convertirlo en Derecho Mercantil, sino en cierto modo al revés, porque el Derecho Mercantil no es si no una parte del Derecho general privado y al faltar la regla especial se le aplica

la común. Planteándose el problema del contenido de los términos "Derecho común" en los artículos 2 y 50 del Código de Comercio. Finalmente hay una referencia a otras posibles fuentes del Derecho Mercantil, la potestad estatutaria, las condiciones generales de la contratación, ante las que adopta la posición negativa de no considerarlas fuentes del Derecho objetivo.

La tercera parte del libro viene dedicada al tema de la delimitación de la materia mercantil.

Tras un preámbulo histórico del tema, y de analizar los actos de comercio en el Código de 1829, estudia los actos de comercio en nuestro Código vigente blasonador de ser el Código del acto objetivo, preocupado por liberar de todo carácter profesional al Derecho Mercantil por él regido, deteniéndose en el problema de los actos ilícitos mercantiles, en el problema de los actos mercantiles unilaterales, recoge la jurisprudencia del T. S. en torno al problema de la calificación mercantil de determinados actos

La parte cuarta contiene un estudio sobre la empresa. Don Jesús Rubio, al recoger dentro de su "Introducción al Derecho Mercantil" la temática de la empresa, pone de relieve la consideración que el tema le merece, pese a su posición enemiga de reconocerla como criterio delimitador de la materia mercantil, lo que viene a demostrar una vez más cómo aquellas corrientes que rechazan esta doctrina no dejan por eso de reconocer el valor que la organización de la actividad mercantil tiene en la sistemática actual de nuestro Derecho.

Parte de la premisa de la ausencia de una noción de empresa en nuestro Derecho positivo. En la codificación ochocentista española cuando se utiliza el término empresa, artículos 1.903, 1.582, 1.056 del Código civil; 283, 285, 286, 67, 69, 70, 547, etc. del Código de Comercio, en ningún caso encontramos la idea de empresa como instrumento organizado, funcional y dinámico, en ciertos aspectos autónomo y transmisible del tráfico moderno. No sólo nuestra codificación privada no parte de la empresa como institución fundamental de la moderna economía ni la regla como tal, sino que ni siquiera nos ofrece de ella un concepto legal, bien como organización productiva, bien como complejo patrimonial. La construcción de un concepto de empresa dentro de nuestro Derecho, falta así de cualquier fundamentación legal es todavía más difícil que en otros Ordenamientos jurídicos. Y hemos de pensar que la complejidad del fenómeno económico de empresa ya de por sí dificulta extraordinariamente su construcción jurídica. Rubio pone de relieve que gran parte de las dificultades para una determinación del concepto de empresa en nuestro Derecho positivo hace del predominio de doctrinas que se esfuerzan por formular un concepto unitario de empresa en el que queden reunidos todos los elementos tanto personales como patrimoniales que ofrece su visión en el tráfico económico. Hay que pensar que a la vez que se pretende destacar la estructura de la empresa del empresario se comprende dentro de la empresa al empresario; para el autor del libro comentado, es necesaria la distinción entre el sujeto y el objeto de la empresa para una eficaz determinación de su concepto.

También, estima acertadamente Rubio, ha obstaculizado la construcción de un concepto de empresa el afán de aquéllos "que han intentado acotar al Derecho Mercantil como un Derecho de las empresas, que han querido monopolizar el concepto para el terreno de lo jurídico comercial". El concepto de empresa en sus repercusiones jurídicas—escribe Rubio García-Mina—hay que buscarlo sin duda en el Derecho comercial pero no sólo en el Derecho comercial.

Conclusión que no quiere decir que de la empresa hayan de haber

tantos conceptos como ordenamientos a ella referidos, ordenamientos que tienen en cuenta funciones o fines distintos de la misma, o aspectos distintos de la empresa.

Hay un sentido económico de la empresa, en el que tampoco se ha llegado a una concepción unitaria, pese a las afirmaciones optimistas de ciertos autores. Y hay un aspecto jurídico de la empresa, objeto de estudio de las páginas siguientes de la obra.

En el estudio de la teoría jurídica de la empresa parte el profesor Rubio de un hecho de extraordinario interés: en la empresa de forma social, que hoy predomina en el tráfico, la figura del empresario se desdibuja al disolverse entre varios individuos. El fenómeno es esencial en la fórmula típica social de nuestros días, la Sociedad por acciones, y la de responsabilidad limitada. ¿Quién es en las S. A. el empresario, los accionistas, los administradores, o no hay verdadero empresario en una fórmula empresarial en la que se disocian los que ejercen las funciones de dirección y quienes soportan los riesgos de la empresa?

Rubio estima conveniente dejar sentadas como consecuencia, las premisas de las que parte en el análisis que lleva a cabo del tema, que el desarrollo de la empresa moderna se ha producido paralelamente al desarrollo de su estatuto como S. A. Que ha sido precisamente la empresa en forma de anónima la que ha producido la contraposición entre empresario y empresa, la deshumanización de la empresa y su emancipación del elemento personal en que ella colabora. Que los problemas que hoy se plantean alrededor de la empresa, no sólo desde el punto de vista jurídico mercantil, sino laboral o administrativo, e incluso social, giran casi exclusivamente alrededor de la empresa anónima.

Lleva a cabo a continuación el análisis crítico de las doctrinas generales acerca de la empresa: la empresa como sujeto de Derecho, doctrina que lleva en definitiva a una deshumanización del Derecho. Sujeto del Derecho es sólo el hombre, ya solo, ya reunido asociativamente con otros individuos. La empresa como patrimonio autónomo, en la que lleva a cabo una minuciosa crítica de una concepción de la empresa como objeto de derecho. La empresa como conjunto de bienes y actividades; teoría alrededor de la que giran las doctrinas unitarias o totalitarias de la empresa. El eje de las mismas es la actividad en torno a la que se estructuran los bienes. A juicio de Rubio, esta concepción totalitaria de la empresa apoyada en una unidad orgánica que pretende deducirse de la noción económica, encuentra una dificultad, a su juicio, insuperable, la de que no es posible un tratamiento jurídico uniforme cuando se manejan elementos personales, sujetos de Derecho y bienes y relaciones de hecho, objetos de derecho.

Analiza después al empresario y a la empresa como sujeto y objeto de la actividad empresarial, porque ésta es la idea que cabe extraer de nuestro régimen jurídico positivo, y porque responde al orden de ideas por él expresadas a través del estudio del tema.

Función económica del empresario; empresario en sentido jurídico, su problemática; el tema de la institucionalización del empresario. La empresa como establecimiento mercantil, estudio de los elementos de la empresa. Análisis de las doctrinas sobre la naturaleza de la empresa, doctrinas que acentúan el elemento material, —pandectismo italiano— doctrinas que consideran a la empresa como una "universitas"; teorías atomistas de la empresa. Doctrinas que acentúan el elemento espiritual, doctrina francesa de el *fonds de commerce*.

Para finalizar con la referencia a la doctrina española, Polo, Garrigues, Uriá Y análisis de la legislación y jurisprudencia españoles sobre la empresa. Finalmente Rubio se plantea la cuestión de definir qué es

la empresa en el sentido de establecimiento mercantil, concepto que entiende no puede construirse doctrinalmente, sino partiendo del derecho positivo, deduciéndose del mismo. En primer lugar la empresa es un bien, un objeto de Derecho. Objeto unitario de Derecho cuya titularidad lo son los bienes materiales o cosas en sentido estricto. Los objetos de los derechos del titular, que pueden ser, ya los servicios de su personal, ya los de otras personas que no formen parte de él, así como los objetos de los derechos de crédito del empresario, el dinero o las mercancías que constituyen el contenido de la prestación. Bienes inmateriales.

Lo que constituye el objeto propio ya no de la titularidad, sino de la propiedad en el sentido de derecho exclusivo y absoluto del empresario, la organización, que confiere un valor nuevo a la empresa. En realidad, la empresa es el resultado de la actividad organizadora. En consecuencia de todo ello, "la empresa es un bien en sí". La organización del conjunto de bienes de toda naturaleza ha originado un nuevo bien, con un nuevo valor en la vida del tráfico. Idea que Rubio afirma presente en nuestra jurisprudencia. "La empresa es la organización de los elementos coordinados por el empresario con vistas a su explotación productiva".

Hay finalmente en la parte quinta del libro un estudio sobre el comerciante individual, concepto legal del comerciante, problemas de capacidad y de habilitación; mujer casada comerciante. Y referencia al comerciante extranjero. Estudio en el que se recoge toda la problemática del estatuto jurídico del comerciante individual en términos de nuestro Derecho positivo.

Don Jesús Rubio García-Mina, uno de nuestros grandes maestros de Derecho Mercantil, lleva a cabo una vez más, desde las páginas del libro que hemos comentado, la exposición magistral de una serie de temas fundamentales para el Derecho Mercantil dentro de una sistemática de la materia y de una concepción de la misma que responde a una idea doctrinal claramente definida. Esperemos que a la "Introducción" sigan las páginas que hayan de integrar su obra completa sobre nuestro Derecho Mercantil.

TERESA PUENTE MUÑOZ

Profesor Adjunto de Derecho civil.