

IRTI, NATALINO: *Disposizione testamentaria rimessa all'arbitrio altrui.*

Editorial Giuffrè, Milán, 1967, 263 págs.

El análisis del tema, disposición testamentaria al arbitrio de otro, lleva a IRTI a plantear una serie de cuestiones fundamentales en materia sucesoria, especialmente las relativas a la función que el testamento desempeña en el fenómeno sucesorio y al modo de actuarla. Problemas que comienza tratando desde un punto de vista metódico y sistemático en progresivo análisis que finaliza con el del tema concreto. Se estudian los principios de personalidad y formalidad. El del «negocio jurídico *per relationem*», y las disposiciones testamentarias al arbitrio de otro, etc.

La figura supone una excepción a los principios generales testamentarios. Se dice que hay disposición testamentaria encomendada al arbitrio de un tercero cuando el testador confiere a éste el encargo de designar el objeto del testamento o la persona del llamado.

En Derecho italiano la doctrina antigua conectaba el tema con el principio de certeza de las disposiciones testamentarias que se desprendía del artículo 834, 1.º, del Código civil de 1865. Principio de certeza derivado de las fuentes romanísticas. Principio que exigía que el testador al tiempo de la elaboración del negocio se representase la persona del llamado y el objeto del testamento. Certeza que, pone de relieve IRTI, tenía carácter subjetivo, hacia referencia no a la estructura del negocio, sino al estado de conciencia de su autor. Un análisis más detenido del tema llevó a la conclusión de que en el Derecho positivo italiano no estaba vigente este principio, que del artículo 830 se desprendía que la incerteza subjetiva no comprometía la validez del negocio, que cabía la individualización mediante circunstancias extrínsecas al negocio, así los artículos 724 y 764, preveían la institución del concebido y no nacido y de los *nascituri non concepti*, ambos sustraídos a la esfera de la cognoscibilidad del testador.

De la conexión de los preceptos 830 y 834 se desprendía que no se exige el elemento de la certeza psicológica, sino el de la simple determinabilidad. La doctrina se inclinó a favor de esta interpretación, con lo cual el encargo conferido a tercero para designar el heredero o el objeto del testamento quedaban dentro del régimen positivo. Esta doctrina tuvo un influjo decisivo en el artículo 628 del Código civil vigente italiano, en el que no queda rastro de referencia a certeza psicológica: y aparece manifiestamente el criterio de la determinabilidad, admitido, y, por tanto, cabe que también se admita el supuesto que estudiamos (*E nulla ogni disposizioni fatta a favore di persona che sia indicata in modo da non poter essere determinata*, art. 628). No hay por qué hacer distinción entre los modos de determinación que hacen referencia a simples elementos naturales e históricos y aquel que se deja a la elección de un tercero.

Pero el problema se plantea porque frente al criterio que parece expresarse en el artículo 628, los artículos 631 y 632, sancionan con la nulidad a las disposiciones testamentarias con las que se haga depender del arbitrio de un tercero la indicación del heredero, del legatario, o bien la determinación de la cuota hereditaria, o el objeto o la cuantía del legado.

Así, pues, la admisión de las disposiciones testamentarias remitidas al arbitrio de otro imponen la necesidad del análisis de los principios sucesorios en materia testamentaria, o que lleva a cabo IRR a continuación.

En primer término hace referencia a los principios de personalidad y formalidad, para ver si son compatibles con la figura estudiada. Pone de relieve que el recurso al arbitrio de otro no es un fenómeno de representación voluntaria, no admitido en materia testamentaria. El principio de la personalidad supone que sólo el testador puede señalar la dirección del fenómeno sucesorio, porque sólo a él autoriza la Ley para llevarlo a cabo.

En materia testamentaria el efecto sucesorio es inevitable y para nada depende de la voluntad del testador, al cual sólo es permitido señalar la concreta y específica dirección del mismo. Es la norma la que decide el fenómeno hereditario. El contenido legal es la regla y el privado, manifestado en el testamento la excepción. El testador recibe esta concreta competencia de la norma jurídica; el efecto sucesorio sólo puede ser orientado por aquel que en el momento anterior a la muerte era titular de los derechos y obligaciones a que hace referencia el fenómeno testamentario. El testamento no provoca ni elude el fenómeno sucesorio; está habilitado sólo para operar, no en cuanto al ser, sino en cuanto al cómo de éste.

Pues bien, si la designación de heredero o del objeto del testamento es función que la norma atribuye al testador en el ámbito de producción de los fenómenos jurídicos, esta función no podrá ser llevada a cabo por otros. El Ordenamiento jurídico, en éste como en otros aspectos en materia testamentaria, pretende así tener un control sobre el negocio testamentario (ejemplo, cuotas legitimarias, etc.). Resumiendo: el testamento debe de ser imputado al testador porque a él ha conferido la norma la función de establecer el modo de las consecuencias jurídicas. En este orden de ideas la disposición testamentaria al arbitrio de tercero viola este principio y debe de ser prohibida. Esta figura quebranta la relación entre la norma y el de *cuius*, relación de donde al particular le viene conferido el poder de tornar inaplicable la disciplina de la sucesión legítima.

Sin embargo, la excepción al principio de la personalidad reside en esto: que el negocio testamentario no contenga la directa indicación de los términos heredero, objeto, los cuales serán colegidos de la elección del tercero. El reenvío a la elección por tercero permite calificar al testamento como negocio *per relationem*. La *relatio* mira en este caso al lado sustancial del negocio.

La elección del tercero sirve de medio para designar a un término del fenómeno sucesorio; la designación en este supuesto no se lleva a cabo directamente por el testador, sino que recurre a elementos extrínsecos. El negocio no es incompleto, sino que no basta para la producción del efecto, necesita de un elemento integrativo.

La calificación de negocio *per relationem* nada dice en cuanto a la validez del testamento; únicamente hace referencia a la peculiar manera como el autor del negocio ha formado su intención: acudiendo a datos extraños. El reenvío no supone falta, sino modo de deliberación.

A continuación hace referencia expresa al principio del formalismo del negocio testamentario. El testamento, negocio solemne, desde el punto de vista de la estructura del negocio, del autor del mismo de la relación

entre negocio y orden jurídico, según el cual, faltando la forma prescrita el supuesto no se perfecciona. Analiza detenidamente el principio formalista que inspira el régimen del testamento, tras de lo cual concluye que el reenvío a datos extraños para la determinación de los términos del testamento no se opone al formalismo testamentario, porque la decisión se manifiesta con observancia de la Ley. El reenvío opera en el momento de la eficacia, cuando el intérprete es llamado a individualizar los términos del fenómeno sucesorio (objeto y destinatario). La decisión tiene un específico modo de ser: el testador ha deliberado mediante el envío a fuentes extrínsecas. No cabe hablar de distinción entre reenvío a meros eventos históricos y reenvío al arbitrio de otro. El testador declara directamente una decisión por reenvío a través de la forma legal, el intérprete reconstruye una deliberación *per relatio*.

En el capítulo II el problema que se analizó antes dentro del cuadro general de los principios generales de derecho testamentario, ahora se estudia en virtud de los de método y análisis de los efectos sucesorios: problemas de la perfección y eficacia del negocio.

Problemas de naturaleza netamente constructiva. Analiza los elementos estructurales del negocio testamentario, su composición. Destaca el nexo entre el supuesto de hecho «disposición testamentaria» y la disposición testamentaria remitida al arbitrio de otro. Supuestos fungibles y alternativos, el primero es el principal, el segundo el secundario. Se plantea el problema de si la elección llevada a cabo por el tercero es elemento para la validez o para la eficacia del negocio, es decir, el de la validez de una designación que no se lleva a cabo directamente por el testador, sino a través del arbitrio del tercero. La respuesta conduce a un problema de método en el que se detiene. Punto de partida de este análisis es el del efecto sucesorio que el testador, dentro de ciertos límites, está legitimado para dirigir. Objeto particular de examen será en la sección segunda del capítulo todo lo relativo al efecto sucesorio. El efecto sucesorio puede describirse así: como pérdida por un sujeto de la titularidad de un derecho y formación de una nueva titularidad que reclama y reanuda la anterior. El problema dogmático descansa en definir el nexo de continuidad, las soluciones, como es conocido, giran en torno a una doble posición: la teoría monística; que el derecho mantenga su propia identidad, y la dualística: que atribuye al sucesor un nuevo derecho, si bien equivalente y conexo con el anterior, supone esta solución la extinción de la vieja relación y la constitución de una nueva. Lleva a cabo la crítica de la teoría dualista desde el punto de vista positivo y desde el lógico.

Hace referencia especial a la doctrina de CZYHLARZ, que trata de resolver el problema de la continuidad diciendo que el nuevo derecho es de la misma naturaleza que el derecho originario y surge en virtud de éste. Así como a la de CARNELUTTI, que postula una sucesión en el interés y satisface la exigencia de la continuidad jurídica (del interés), extendiendo al nuevo titular la influencia de los hechos sucedidos frente al antiguo.

Concluye IRTI, después de su detenido análisis, que las teorías dualistas no han llegado a descubrir un ligamen de continuidad entre la antigua y la nueva relación. Niega, asimismo, la posibilidad de sucesión en el hecho y el efecto jurídico, pero trae ciertos corolarios de esta crítica: el concepto de sucesión satisface la necesidad de continuidad de la vida jurídica, la continuidad implica un subseguirse en el tiempo de situaciones que por un lado cambian y en otro aspecto permanecen idénticas; el factor de identidad, que salvaguarda la continuidad en el cambio y liga lo anterior a lo posterior debe de ser considerado en el campo jurídico. El problema dogmático de la sucesión no es, a fin de

cuentas, sino el mismo que el del cambio de titularidad del derecho subjetivo. Realiza un estudio de la titularidad del derecho y, finalmente, del substrato material del fenómeno sucesorio y de la situación de hecho y el efecto sucesorio, resumiendo que el efecto sucesorio se desenvuelve frente a un derecho y un sujeto determinados, que tal determinación proviene del área del supuesto de hecho, y que, como consecuencia, la elección del tercero es un presupuesto indeclinable para que el efecto llegue a producirse. Se detiene en la consideración del efecto sucesorio, para concluir que consiste en el unir un derecho preexistente a una persona determinada.

El contenido del capítulo tercero hace referencia al contenido y objeto del negocio testamentario, siempre en orden a la justificación del tema. Se plantea el problema del análisis interno del supuesto de hecho, como categoría funcional que tiene una estructura en la que cada elemento tiene asignada una distinta posición y calificación. El estudio pretende aislar en el conjunto de datos del supuesto de hecho el negocio testamentario, esto es, el núcleo de elementos a los que la norma da un típico *nomen* y una específica disciplina.

El negocio testamentario está dotado de energía innovadora, no desenvuelve ni modifica la realidad jurídica preexistente; fuente de lo nuevo y distinto es el efecto que la norma hace surgir del negocio. La unión entre el pasado y el futuro es, asimismo, obra del negocio. El negocio determina el contenido del efecto sucesorio que llena el esquema legal abstracto. El negocio como presupuesto para la entrada en vigor de la norma tiene una función descriptiva de los términos concretos del mismo. El negocio testamentario es un momento intermedio entre los efectos ya verificados y aquellos que han de realizarse. Lleva a cabo IRTI un cuidadoso análisis del negocio testamentario, de su contenido legal mínimo, de sus elementos, un grupo de los cuales tiene la función precisa de dirigir, encaminar el efecto de la sucesión.

En el capítulo IV se estudia la configuración del objeto y contenido del negocio testamentario, para lo cual examina una serie de teorías de BRUNETTI, PUGLIATTI, NICOLÒ, ALLARA, BARBERO, RUBINO y RESCIGNO sobre los distintos aspectos del tema.

Se intenta establecer qué posición ocupa el testamento en el fenómeno complejo que se desarrolla de la antigua a la nueva titularidad. Lo sistematiza alrededor de los dos momentos fundamentales: las situaciones inicial y final del fenómeno sucesorio. La situación inicial a la que el testamento hace referencia consta de la pérdida del derecho por un sujeto a causa de su muerte y de la pluralidad de sujetos abstractamente idóneos para asumir la titularidad de ese derecho.

Pone de relieve la diferente forma de actuación de la transmisión *inter vivos* y la sucesión *mortis causa*.

La pérdida de un derecho por causa de muerte es, a la vez, resultado y principio, efecto de un supuesto de hecho y elemento de otro supuesto de hecho, duplicidad de funciones explicada por el carácter relativo y dinámico de las situaciones jurídicas, dice IRTI.

Característica del negocio testamentario es que la situación inicial es necesariamente futura. Refuta IRTI el argumento de que el Derecho y la persona del llamado existan ya al tiempo de la elaboración del testamento. Escribe IRTI que el negocio *mortis causa* decide en torno a una realidad: la muerte del sujeto. El testador decide algo que ahora no es, que podrá ser sólo después de su muerte. Función de la muerte: produce la situación inicial (pérdida de derechos) y combinándose con el negocio testamentario, integra el supuesto de hecho.

La situación final consiste en que lo perdido por el de *cuius* viene imputado a otro; en la nueva titularidad se resuelve el fenómeno suce-

sorio propiamente. Destaca cómo la nueva titularidad no se une al testamento, se firma también, aunque el de *cuius* no quiera o no concluya el negocio. El efecto sucesorio se produce en todo caso. Singularidad que pone en tela de juicio la teoría unitaria del negocio jurídico.

Examina diversas teorías acerca de la función del testamento en el fenómeno sucesorio. En primer término la de BRUNETTI, haciendo especial referencia a la idea del testamento como ejemplo de la crisis de la voluntad privada. En los negocios jurídicos *inter vivos* la voluntad privada es la generadora de los efectos jurídicos, en la sucesión testamentaria al tiempo en el que la voluntad sería llamada a producir efectos jurídicos, el particular ha muerto y por tanto deben de ser producidos por una voluntad inexistente. La teoría de BRUNETTI es una perspectiva voluntarista del problema: allí donde la voluntad del particular no puede producir efectos, subentra la voluntad del Estado, que obedeciendo a una vinculación asumida con la Ley, sigue las indicaciones del testador. IRTI rechaza la teoría voluntarista, por entender que el efecto no lo produce la voluntad del particular ni la estatal, sino la norma jurídica que lo prevé y vincula a un supuesto de hecho. La doctrina tiene el especial interés de poner de relieve el problema dogmático del testamento, ¿si el efecto sucesorio se debe al hecho jurídico de la muerte; qué función desempeña el negocio jurídico testamentario?

El testamento que no resuelve la vieja titularidad no es idóneo tampoco para reconstruirla en cabeza del nuevo sujeto. La muerte es la causa jurídica de la sucesión, esto es, el supuesto de hecho al que la norma vincula el subentrar de otro sujeto. El testamento no transfiere el derecho. El testamento no tiene influencia sobre la producción del efecto, no puede provocarlo, no está en la posibilidad de eliminarlo. De todo ello se concluye la autonomía del efecto frente al negocio testamentario; y la accidentalidad, por el contrario, del negocio testamentario. Hace expresa referencia y critica a las posiciones frente al problema de BRUNETTI, PUGLIATTI y NICOLÒ, para los que el testamento es condición por la que surge el deber del Estado de distribuir los bienes del difunto del modo indicado por él. Las ideas de vocación hereditaria como vocación que tiene siempre carácter legal y de que el particular se limita a influir en el *modo* de la sucesión. El efecto del testamento se limita a determinar el modo y contenido de la sucesión. El testamento no es causa de la sucesión, sino fuente de designación dentro de los límites y en la forma fijada por la Ley del nuevo titular.

En la misma línea de ideas ALLARA, y más recientemente BARBERO.

También se recogen las teorías de RUBINO y RESCIGNO, en las que no podemos detenernos.

A continuación exprime una serie de conclusiones, que en muchos casos son repetición de las ideas expuestas, acerca de la relación entre el testamento y el efecto sucesorio: el testamento no tiene eficacia para desanudar el ligamen del antiguo titular ni para recomponerlo en el nuevo, la norma conecta la pérdida y adquisición del Derecho al hecho jurídico de la muerte; el testamento entra en función cuando se trata de vincular a otro el derecho perdido por el de *cuius*, el testamento se limita a sustituir el contenido legal de la sucesión, etc.

Hace una especial referencia al contenido y objeto del testamento: el contenido del testamento está formado por decisiones actuales sobre la suerte de los bienes. El objeto se descompone en dos aspectos o mejor términos: la descripción del derecho perdido por el de *cuius* a causa de la muerte y la designación de la persona a la cual el derecho está destinado.

El objeto del testamento, añade IRTI, se resuelve siempre en el perfil descriptivo de una realidad futura.

Modos como el testador puede llevar a cabo la designación de los términos de la sucesión (modos en todo caso dispuestos por la norma, pero que deben de resultar de la declaración testamentaria): son dos (artículo 628): determinación e indicación; explica los términos: la determinación supone elección por parte del testador, en este supuesto es completa la designación. Cabe la determinación acudiendo a datos extraños, extratestuales; limite a esta fórmula es que el de *cuius* determina la persona del llamado en todo caso.

Indicación: Artículo 628 la contempla bajo dos aspectos: negativo—inexistencia de la determinación de la persona y el objeto—; positivo: el testamento ofrece el instrumento para llevar a cabo la determinación. La determinación no se encuentra en el negocio, hay un reenvío a una fuente externa. La indicación da lugar a un proceso determinativo que lleva al negocio hacia el exterior. El texto es insuficiente en orden al contenido del efecto. La doctrina habla de negocio *per relationem*. *Relatio* es el reenvío a fuentes externas, el especial modo que el testador emplea para designar el objeto del negocio: persona o Derecho.

Pero no cabe hablar de que el negocio sea incompleto estructuralmente. En el capítulo V se hace referencia especial a las fuentes determinativas externas, siguiendo así una línea de sistemática trazada desde el comienzo.

Distingue IRTI entre fuentes determinativas del Derecho (técnicamente calificada de fuentes de calificación) y fuentes determinativas de la persona del llamado. Analiza también la especie y cualidad de los eventos que el testador puede emplear en la función de fuentes determinativas. Los eventos objeto de la *relatio* pueden ser clasificados en anteriores, contemporáneos y posteriores al negocio testamentario. Con respecto a sus características objetivas cabe encuadrarlos en: situaciones (estados de cosas), actos humanos, hechos naturales. En el Derecho italiano las fuentes externas de imputación del llamado aparecen de modo general en el artículo 628; es válido, se infiere del mismo, el testamento en el que la persona del llamado se induce mediante el recurso a una fuente externa. La *relatio* es uno de los modos en que puede presentarse el negocio testamentario, la norma no hace una enumeración de los eventos a los que el testador puede recurrir para la determinación mediante medios extraños. Hace análisis de algunos supuestos. Es posible que el testador recurra como fuente determinativa al arbitrio de otro para llevar a cabo la elección. Y este aspecto es objeto especial de atención en el capítulo VI, que trata de la estructura y función del reenvío al arbitrio de otro, fórmula que describe el fenómeno, pero no ofrece la línea dogmática del mismo.

Supone la fórmula que analizamos la derogación del principio de la personalidad. Exige el tema preguntarse de qué instrumentos podrá servir el testador para que la elección del tercero asuma la función de fuente determinativa.

En primer lugar IRTI realiza el examen crítico de la teoría del *mandatum inter vivos*. Distinguiendo las tres hipótesis de encargo: que deba ejecutarse en vida del mandante, que *pueda* ejecutarse después de la vida o *deba* ejecutarse después de la vida. En el supuesto de negocio testamentario el encargo ha de colegirse necesariamente del testamento. La *relatio* tiene su sede necesaria en él, el de *cuius* al disponer sobre el objeto del negocio, reenvía a una fuente extrínseca. El negocio testamentario privado de *relatio* sería imperfecto. Sólo el encargo a tercero que tiene sede en el negocio alcance relieve y recibe la calificación de «disposición dejada al arbitrio de tercero». La *relatio* tiene por objeto la finalidad de una elección a llevar a cabo por un tercero después de la vida del *cuius*; el encargo debe de revestir la forma testamentaria.

Bajo este perfil, el *mandatum (inter vivos) post mortem exequendum* debe de considerarse inadmisibile. También rechaza la construcción de un sector de la doctrina, COVIELLO, CARIOTA FERRARA, que lo clasifica de mandato unilateral, lo que está en contradicción con el carácter necesariamente bilateral del mandato en el Derecho italiano.

SANTORO-PSARALLI y ALLARA sugieren la idea del negocio autorizativo; el testador conferiría al tercero el poder de influir con su declaración de voluntad, sobre una esfera jurídica extraña. El fenómeno vendría resuelto en una combinación de negocios unilaterales: del negocio que atribuye los bienes y del negocio, que confía al tercero el encargo de la elección. La *electio* asume así el carácter de negocio auxiliar que completa el contenido y provoca la eficacia de la declaración principal. IRTI rechaza también esta figura que, manifiestamente, está en oposición con las ideas por él sostenidas acerca de las disposiciones testamentarias al arbitrio de otro y con la figura unitaria del testamento *per relationem*.

Otros autores (CORRADO, ABBAGNANO) ven en la *electio* de un tercero un negocio de *ascertainment*: la parte atribuye al tercero el poder de definir la modalidad de la relación; poder que aquélla omite ejercitar. El tercero cumple lo que la parte pudo cumplir directamente. Como vemos, la construcción tiene dos aspectos: el negocio, con el cual la parte confiere al tercero el poder de *ascertare* (negocio autorizativo), y el negocio, con el cual el tercero decide la modalidad de la relación (negocio de *ascertainment*). IRTI hace análoga crítica a esta construcción que antes hiciera al examinar la teoría del negocio de *ascertainment*: que quebranta la unidad lógica y normativa del testamento *per relationem*; que donde el objeto de la *relatio* son hechos naturales o acaecimientos históricos, no es concebible ni un negocio autorizativo ni de *ascertainment*.

Después se plantea la cuestión de si el significado del término «incertidumbre» es siempre el mismo, si la incertidumbre dependiente del reenvío a la elección de tercero coincide con la incertidumbre, que viene eliminada mediante un tipo de negocio jurídico. Si es idéntica la situación sobre la que opera un negocio de *ascertainment* que aquélla sobre la que opera la elección de un tercero, para concluir negativamente.

Finalmente, analiza la estructura de la *relatio*: el reenvío no es un negocio que aparezca al lado del negocio principal, sino un elemento del mismo. Para indicar los términos de la situación anterior, objeto y llamado, el de *cuius* puede utilizar uno de los dos esquemas legales: valerse de datos intrínsecos o acudir a una fuente extraña. Ambos garantizan la perfección del contenido y la validez del negocio. El reenvío se entiende como un *modo* de designar los términos del efecto, *modo* que la norma prevé y ofrece a la elección del testador. Como elemento, es necesario para la perfección del negocio. Carece la *relatio* de toda autonomía formal, es decir, de una existencia distinta a la del negocio, en el que se inserta. Existe sólo como parte del negocio que, sin ella, sería imperfecto. Ni quizá sea enteramente exacto decir que el resultado de la elección viene comprendido entre los elementos de la relación, sino que el resultado de la elección consiste únicamente en la determinación del derecho o del sucesor, mientras que los elementos de la relación son el sucesor y el derecho.

La elección por tercero es uno de los eventos que el testador puede utilizar para individualizar los términos del efecto sucesorio.

Es, a juicio de IRTI, algo que cobra relieve, no como actividad del hombre, sino como evento necesario para alcanzar un fin. Con la «fórmula» elección del «tercero», se describe un hecho, no se confiere un poder, ni se toma del exterior un elemento del negocio. Sólo la determinación que proviene de aquel hecho sirve para producir y conver-

tir en cognoscible el fenómeno sucesorio. *Relatio* es, insiste, asunción de un evento extrínseco, que tiene por fin indicar uno u otro términos del efecto.

A continuación procede al análisis del dato extrínseco al que el testador reenvía: distingue entre arbitrio simple o ilimitado y prudente o limitado. Establece sus diferencias que es ocioso consignar aquí.

La Ley, estima, no ofrece un régimen que consienta o vete, en línea de principio, el recurso al arbitrio de otro. Tampoco cabe tratar unitariamente los dos objetos de la elección: elección de derecho y de sujeto. Analiza el régimen positivo italiano en este orden de ideas.

Del artículo 628 se desprende que el negocio testamentario es nulo sólo si no se ha previsto un modo idóneo de determinación. Pero teniendo también en cuenta las normas prohibitivas del artículo 631, el supuesto de elección al arbitrio de otro tiene carácter excepcional. Hace el examen de diversos supuestos legales. Finalmente, concluye que, en cuanto a la hipótesis de reenvío a la elección del tercero del sucesor, el reenvío tiene naturaleza de arbitrio prudente o limitado del tercero.

Después analiza el supuesto de la elección haga referencia al derecho, supuesto que no tiene una norma paralela a la del artículo 628, sino únicamente a una serie de casos que se recogen en diversos preceptos del Código civil italiano, para llegar a una conclusión análoga.

Por último, hace especial referencia al tercero encargado de la elección. Cuestionándose si habrá de ser una persona cualquiera simplemente diversa al testador, o también lo habrá de ser extraño al fenómeno sucesorio. Concluyendo que habrá de ser extraño al fenómeno sucesorio y aquellas personas que están comprendidas en grupos de categorías familiares, indicadas por el testador, no podrán recibir el encargo de la elección. Pues representan el ámbito, dentro del cual habrá de cumplirse precisamente la elección.

* * *

El estudio de IRTI sobre el tema disposiciones testamentarias al arbitrio de otro nos abre un amplio margen a la reflexión: junto con un régimen jurídico, inspirado en análogos principios, nos encontramos dentro de nuestro Código civil, con un precepto semejante al artículo 628 del Código civil italiano, el artículo 750: «Toda disposición en favor de persona incierta será nula, a menos que por algún evento pueda resultar cierta.» Aparte la excepción al principio de la personalidad que aparece manifestada en el artículo 671. Esto nos induce a preguntarnos si cabría intentar la defensa de la posibilidad de hablar dentro de nuestro derecho de la validez de las disposiciones al arbitrio de un tercero, siempre dentro de los términos que hemos visto irse dibujando en la Monografía de IRTI. La sugerencia queda como posible tema de un estudio, por muchas razones, obvias de señalar, interesante y práctico.

TERESA PUENTE MUÑOZ,

Profesor Adjunto de Derecho Civil.

LALAGUNA, ENRIQUE: *La enfitensis en el Derecho civil de Baleares*. Pamplona, 1968, Ediciones Universidad de Navarra, S. A., prólogo de FRANCISCO DE ASÍS SANCHO REBULLIDA, 119 págs.

Estamos ante una obra de reducida extensión, pero—dentro de la problemática de la enfitensis en el Derecho balear—de importancia, teórica y práctica, muy acusada.

Como dice muy bien el catedrático de Derecho Civil, SANCHO REBULLIDA, en el Prólogo a esta obra, el profesor LALAGUNA «manifiesta en este libro virtudes científicas, evidenciadas ya en trabajos anteriores, es decir: concisión expositiva, hermanada—y no es fácil hacerlo—con la claridad y la elegancia; rigor científico, sobre todo en el manejo directo y puntual de una bibliografía exhaustiva, que se enriquece con los puntos de vista doctrinales del Derecho común y del Derecho de Cataluña, en relación de afinidad o contraste con el tema tratado.

Este tema no es otro que el de precisar el significado y alcance que, en sus artículos 55 a 63, dedica al censo enfitéutico, o «alodial», la Compilación del Derecho civil especial de las Islas Baleares.

Los trabajos monográficos, de instituciones de Derecho foral, ofrecen al estudioso interés acusado; más acusado, naturalmente, cuanto más vitalidad haya conservado y más proyección de futuro ofrezca—también para el propio Derecho común—la institución estudiada. Es decir, con palabras de LALAGUNA, «examinar de qué manera y en qué medida responde la Compilación balear a las exigencias del sistema de Derecho, en el men especial del texto compilado y el régimen general del Código». que, históricamente, ha pervivido el censo enfitéutico mallorquín, y, por otra parte, en qué condiciones han de coexistir en el futuro el régimen especial del texto compilado y el régimen general del Código».

Estoy conforme, en parte, con el autor, al estimar que el plan de Compilaciones, propuesto por el Congreso de Derecho civil de 1946, «nace con el designio de salvar en su integridad, con el debido ajuste a las necesidades de nuestro tiempo, *el sistema* (el subrayado es mío), en el que han arraigado, históricamente, las instituciones peculiares de cada región». Digo que estoy conforme, en parte, pensando en que no todos los Derechos forales son iguales, ni siquiera análogos. Algunos, el balear desde luego, tuvieron configuradas desde antiguo algunas instituciones peculiares, y para él—y otros Derechos, como el de Galicia, por ejemplo—vale la afirmación. Ahora bien, otras regiones de fuera no solamente tienen instituciones nitidamente diferenciadas, sino que desprendidas de ellas, o, mejor, abstrayéndolas de las instituciones peculiares, pueden configurarse principios—tal, por ejemplo, el de la plena libertad dispositiva del Derecho navarro—que demuestran la existencia de un verdadero sistema de Derecho, vivo y en evolución, y con una proyección futura tan importante, al menos, como el Código civil para el Derecho común.

Que éste recoja, en su día, instituciones y principios de los sistemas civiles forales, habrá de ser cuestión aparte. Precisamente en esta materia de censos—suscribo la opinión del prologuista del trabajo recensionado—, el profesor LALAGUNA, «que se propuso—y logra cumplidamente—una aportación constructiva al Derecho civil de Baleares, lo cierto es que, además, se ha encontrado con otra aportación positiva a la temática general de los censos, tan necesitada de tratamiento profundo, claro y riguroso».

Y es que no cabe duda, como se ha escrito recientemente, que los Derechos forales—ya se consideren conteniendo pocas o muchas instituciones peculiares, ya se configuren como sistemas de Derecho propio—, los Derechos forales, repito, «han ido eliminando lo que venía condicionado por contingencias históricas periclitadas y amoldando a su manera de ser y condiciones reales unas y otros; por lo que el jurista—también el de Derecho común—no puede menos de quedar convencido que de las más altas tradiciones pueden extraerse todavía, si se mantienen una actitud de vital fidelidad a las mismas, los más ajustados avances doctrinales».

Los presupuestos críticos que integran el capítulo I del libro, permiten suponer—en palabras del autor—que los libros de aplicabilidad del Código civil, en materia de censos, han de topar necesariamente—más necesariamente que, por ejemplo, en materia de régimen económico del matrimonio, o de sucesión *mortis causa*, objeto de reelaboración más detenida y en las que las deficiencias de sistema son menos acusadas—; han de topar o, mejor dicho, precisarse con ayuda de la interpretación histórica.

El estudio, exhaustivo, de precedentes históricos y de fuentes escritas sobre el censo enfiteutico mallorquín, integra el capítulo II del trabajo de LALAGUNA. a mi modo de ver, el más interesante del libro. Como no podía por menos, la costumbre—al igual que en los Derechos forales de mayor contenido—es la primera fuente que configura la institución del censo enfiteutico en Mallorca; y también, como en casi todos los Derechos forales, los precedentes romanos fueron fuertemente influidos por otros más o menos germánicos: «alodio» parece proceder del franco «alod», significativo de la propiedad plena. Posteriormente, siglos XIII al XV, las costumbres de Barcelona, y el Derecho consuetudinario de algunas comarcas catalanas, influyen también, de modo notorio, en el Derecho balear, y no sólo en la institución estudiada; vigencia formal del Derecho de Cataluña, admitido como supletorio entre las fuentes del Derecho mallorquín.

La conclusión del autor, finalizado el estudio histórico y exegetico, se desprende, clara y exacta, en la noción del censo alodial, en la distinción con los censos propiamente dichos y con arrendamiento, y, finalmente, en la concreción de la naturaleza jurídica de la institución, distinguiendo las relaciones reales de las obligatorias y destacando la condición del enfiteuta como titular de un *ius in re aliena*; consideración ésta que «evita el riesgo de una construcción de la enfiteusis, basada en el predominio de unos puntos de vista—aspectos obligacionales—que conducirían a su encuadramiento en la teoría de los censos».

El análisis del autor es certero, al señalar que, si la expresión «fincas gravadas con censo» del artículo 59 de la Compilación (tomada de los artículos 1.617 y 1.627 del Código civil), es válida para el Derecho común, «donde, por ser propietario el enfiteuta, se puede decir con razón que el pago de la pensión grava la propiedad», no es exacta en la enfiteusis de Mallorca, puesto que «el censo alodial no es *carga* ni *gravamen*, sino manifestación de reconocimiento del dominio».

Y éste es un ejemplo, mínimo, pero muy real, de que es difícil, en la obra de las Compilaciones forales, recoger sin adherencias extrañas—aunque sean del Código civil—el Derecho privativo.

El régimen de la enfiteusis de la Compilación es objeto de estudio en el capítulo III del libro criticado. Destaca, a mi juicio, el análisis de la antinomia de los artículos 57 y 63, con sus dos procedimientos de redención, evidentemente incompatibles, que el autor resuelve, con sentido jurídico (y sentido que ahora está de moda llamar «social»), en favor del artículo 63.

La redimibilidad del «alodio» es la novedad más destacada de la Compilación. A mi me parece que hoy día—en todo Derecho, común y foral—es de necesidad ineludible proclamar la redimibilidad de ésta u otras instituciones afines; debe darse este paso—lo ha dado la Compilación balear—de manera decidida, e ir, en derecho constituido y constituyente (pienso en el Derecho foral navarro), a la declaración de redención de censos (también el consignativo) y situaciones de dominio, dividido en fincas o derechos, como las «corralizas», en Navarra. Sólo proclamando la redención, subsistirán en el futuro estas instituciones.

Claro es que, en la determinación de precio de la redención, ha de darse—por pura justicia—un amplio margen al acuerdo, y, a su falta, al arbitrio judicial, atendidas las necesidades actuales y los beneficios que la redención suponga para quien se quede con la finca y sus mejoras, los cuales, naturalmente, también han de estimarse, y su valor, computarse en el total de la finca.

Repito nuevamente que estamos ante un trabajo, si breve en extensión, jurídicamente muy valioso: reúne el rigor científico y las consecuencias prácticas más claras y ajustadas. Por ello, sin duda, habrá de ser tenido en cuenta—y no sólo en el Derecho civil balear—en la revisión del régimen censal del Código civil, tan necesitado de revitalización.

J. JAVIER NAGORE YÁRNOZ,
Notario.

MOLAS VALVERDE, J.: *Normas procesales de especialización en propiedad intelectual*. Ediciones Nauta, S. A., Barcelona, 1968.

1) *El propósito de la obra*.—Un nuevo libro de reciente aparición es siempre una ilusionada aventura en que el autor se embarca, un afán plausible de intercomunicación humana. Es una evidencia tópica que no siempre el contenido de un libro responde a su título; y es, asimismo, que la personalidad y formación del autor predeterminan y cualifican lo que será la esencia de su escrito. En la parcela del Derecho privado, la cualificación del contenido de lo escrito suele venir impuesta por la formación del autor y su profesión jurídica: y así, por ejemplo, nos encontramos ante nuevos libros, bien de iniciación, bien de investigación, de erudición, de divulgación, o de especialización jurídica.

El libro que comentamos está escrito por un abogado experimentado, y su contenido responde a la especialización del autor, respecto de las normas procesales sobre propiedad intelectual. Esta nueva publicación viene a ser la continuación de otra anterior del mismo autor, denominada *Propiedad intelectual-Suma Jurídica para la práctica forense* (Ediciones Nauta, Barcelona, 1962). Ello lleva implícito una necesaria remisión, en cada uno de los conceptos jurídicos sobre la propiedad intelectual, a la primera obra del mismo autor; éste, en el prólogo, expone gráficamente que: «en la presente obra, que forzosamente presupone en el lector el conocimiento de nuestra primera sobre la materia, o aparte de la misma, el sentido jurídico propio y bastante de los profesionales del Derecho, nuestro propósito es facilitar aquellas normas de especialización orientadoras en el terreno procesal»...

Estas precisiones del autor me eximen de ulteriores comentarios acerca de la finalidad de la obra que comento.

2) *El contenido de la obra*.—Cabe diferenciar en ella dos partes, como ya se indica en el subtítulo. La primera, relativa a normas procesales de especialización (pleitos-querellas-orientación jurisprudencial extranjera y española); la segunda, titulada «Anexo», complementa la obra anterior del mismo autor, citada, y comprende: Estudios-Legislación complementaria española (1962-1968), Jurisprudencia española (1962-1967) y la Conferencia de Estocolmo de 1967.

La primera parte de la obra, cuyo contenido ha dado el nombre a la misma, viene configurada en tres grandes apartados o capítulos: uno, sobre la elección del procedimiento a seguir, civil o criminal, en las infracciones de la propiedad intelectual; el segundo trata de la calificación y procedimientos aconsejables en las infracciones de los distintos derechos integrados en la propiedad intelectual; y el tercero, relativo a los procedimientos civiles y criminales y su preparación.

El «anexo», o parte segunda, comprende los cuatro apartados que quedaron reseñados. De el primero de ellos, dedicados a *Estudios* es importante el comentario a la Convención de Roma de 1961, sobre los llamados «Derechos conexos» al derecho de autor, así como la interpretación del autor al nuevo artículo 534 del Código Penal (revisado en 1963).

Todo este muestrario de cuestiones viene a indicar la amplitud del tema tratado, que obedece a la amplitud de esta parcela de nuestro Derecho, no demasiado sobrada de estudios profundos y esclarecedores.

Puede observarse cómo el contenido de la obra responde a su propósito y finalidad: coinciden así el *quid nominis* y el *quid rei* del tema estudiado por el autor.

3) *Comentario*.—Centraré el comentario en tres puntos: la Legislación, la Jurisprudencia y las normas procesales de especialización propiamente dichas.

1. En cuanto a la legislación nacional, cabe citar, entre otras, las siguientes particularidades: el que «las producciones grabadas de material no informativo con destino a programas de televisión», cuyos requisitos vienen fijados por Orden ministerial, ciertamente pueden afectar en forma grave al dominio privado de los autores sobre las obras que son base para la grabación o reproducción; la regulación de los derechos de propiedad intelectual en las películas cinematográficas por Ley de 31 de mayo de 1966, cuya normativa es encuadrada por el autor «como un lado arbitral para dirimir un conflicto entre partes (autores y exhibidores)», más que como un nuevo Ordenamiento que trata de colmar notorias lagunas en las normas legales vigentes.

Particularmente interesante resulta el estudio dedicado al nuevo artículo 534 del Código Penal. Parece evidente que no cabe considerar eliminado el concepto de propiedad intelectual en aras de un pretendido tecnicismo; ello lleva como consecuencia lógica que la infracción que dicho artículo sanciona es un verdadero delito contra dicha propiedad, viniendo a constituir una especie del género defraudación. Parece, asimismo impreciso, y falta de toda lógica, la tesis—rechazada por el autor—de que el supuesto perjudicado es quien debe probar la intencionalidad del inculpaado, tesis contraria al bien común, pues claramente establece el artículo 1.º del Código Penal la presunción de voluntariedad en las acciones u omisiones penadas por la Ley, sin perjuicio de que el presunto delincuente pueda combatir la presunción legal.

Merece también especial mención el comentario dedicado a la Convención de Roma de 1961, sobre los llamados *Derechos conexos* al derecho de autor. Tales derechos conexos, también llamados *derechos vecinos* al derecho de autor, consisten en la protección internacional de los artistas, intérpretes o ejecutantes, de los productores de fonogramas y de los

organismos de radiodifusión. El autor califica dicha Convención, como reguladora de dichos derechos conexos, como de norma improcedente: en primer lugar, porque tales derechos conexos no existen con sustantividad y autonomía propias, por no darse propiamente una identidad ontológica entre lo que es creación (la obra del espíritu) y lo que es ejecución o interpretación de dicha obra; y en segundo lugar, por oponerse esencialmente la citada Convención al Convenio de Berna, revisado en Bruselas en 1948, que otorga a los autores «el derecho exclusivo de autorizar la representación y ejecución pública de sus obras»..., «la radiodifusión de las mismas» ..., etc.

2. En cuanto a la utilización de la jurisprudencia, la relación de Sentencias extranjeras es tan numerosa como sorprendente. La cita de las Sentencias españolas suele ir acompañada de una breve nota o comentario. Por regla general, el autor no suele distinguir entre los *obiter dicta* y la *ratio decidendi* de cada litigio, aunque presumiblemente las citas parecen referirse a la decisión del asunto litigioso.

Cabe citar, por su interés, las Resoluciones de la Dirección General de Archivos y Bibliotecas de 15 de abril y de 27 de junio de 1964: la una, sobre la inscripción de obras de súbditos norteamericanos en el Registro General de la Propiedad Intelectual de España, y la segunda, sobre el símbolo (©) del «copyright», que deben llevar las obras que se presenten a la inscripción en dicho Registro.

Por otra parte, es interesante el comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 24 de junio de 1965, sobre cesión de derechos de autor ya cedidos a otra editorial, en relación con el *derecho de colección*, concedido a una editorial distinta: es doctrina del Supremo, que «la enajenación del derecho de colección tiene que hacerse de forma clara y expresa, es decir, con palabras o demostraciones claras, ya sea completa, ya escogida»...

3. La materia tratada con más cuidado es la relativa a las normas procesales de especialización propiamente dicha, cuya relación de temas quedó antes indicada.

Entre otras afirmaciones del autor, cabe mencionar: que, en igualdad de condiciones, es siempre preferible elegir el procedimiento criminal; critica el autor nuestro deficiente sistema de prevención de las cuestiones prejudiciales en el proceso penal; critica el lamentable artículo V de la Convención de Ginebra de 1952, sobre las traducciones; recuerda, en tema de cintas magnetofónicas, que «ni siquiera los particulares, aunque sea sin ánimo de lucro, pueden impresionar las obras sin permiso de sus autores, ni en discos, ni en cintas magnetofónicas»; aduce la conveniencia de que las llamadas *impresiones efímeras*, efectuadas por los organismos de radiodifusión, sean reglamentadas adecuadamente; en materia de representación o proyección y de ejecución públicas de obras por medio de películas cinematográficas, corresponde a los exhibidores o empresarios el pago de los derechos de autor; trata de la configuración de los derechos de *colección* y de *continuación* o «*de suites*»; y, finalmente, justifica la procedencia de invocar la numerosa jurisprudencia extranjera ante nuestros Tribunales.

Particular relieve tiene el capítulo III de la parte primera, en el que el autor inserta diversos ejemplos de demandas por plagio y de querellas por reproducción ilegal de obras: ello ccadyuva a la finalidad práctica de la obra, destinada al uso forense.

4) *Repercusiones iusprivatistas*.—Parece conveniente aludir aquí a una serie de *sugerencias* que para los profesionales del Derecho ofrece la obra.

1. *Para el Notariado*, atento siempre con su jurisprudencia cautelar a la prevención de litigios, es ciertamente elogiosa la mención del autor de que «los requerimientos y actas notariales sustituyen con ventaja por su mayor rapidez y flexibilidad a los actos de conciliación». Ello se traduce en la necesidad de que la actuación notarial sea lo más cuidadosa posible adaptando los deseos del requirente al contenido del acta pretendida.

En cuanto a la preparación del procedimiento en la materia de propiedad intelectual, el autor aboga por el uso de un *acta de requerimiento*, propiamente dicha, que a su vez contiene una *notificación* al requerido de que se le prohíbe el uso de las obras; el requirente, además, entrega al Notario una carta dirigida al requerido en la que se expresa el hecho determinante de la ilegalidad, protocolizándose por el Notario un duplicado de la misma. Como complemento de tales actuaciones, y para el caso de que el usuario infractor no atienda la prohibición que le fue notificada, el hecho delictivo quedará evidenciado mediante una nueva acta notarial: es ésta un *acta de presencia* de hechos, en la que el Notario los describe y detalla como mero espectador, o los relaciona según las manifestaciones de los técnicos o testigos idóneos que pueden acompañarle—en este último caso se trataría de un *acta de referencia*, lo que otorga cierta complejidad al acta inicial propuesta—.

Para el autor, la procedencia de la causa criminal, en orden a las alegaciones a efectuar en la querella de defraudación, queda completada con un modelo de acta notarial que acredita y evidencia el hecho delictivo. El tipo de acta propuesto es el último citado, o sea, un *acta de presencia* de hechos que contiene a su vez un *acta de referencia* al dictamen de dos técnicos emitido ante el Notario.

Finalmente, trata el autor del uso en casación de las actas notariales aludidas, lo que viene condicionado al alcance y fuerza probatoria que nuestro Tribunal Supremo les otorga. Precisamente las llamadas *actas de referencia* por los notarialistas difícilmente suelen tener la eficacia que los requirentes pretenden, porque el Tribunal Supremo no otorga plena fe a las manifestaciones hechas ante Notario. Estas dificultades, puestas de relieve por prestigiosos autores, evidencian la necesidad de un estudio profundo de este tipo de actas, por la gravedad que para el Notario implica la reiterada posición del Supremo: equivale a reducir la fuerza probatoria de un dictamen pericial solamente a los producidos ante *iudicem* y no a los emitidos ante el Notario.

2. Para los estudiosos del *Derecho registral, en general*, la obra que comentamos viene a apuntar algunas de las deficiencias de nuestro actual Registro de la Propiedad Intelectual. Sería conveniente un detenido estudio del alcance y contenido de la fe pública registral en esta materia, así como una actualización del Reglamento de 1880 a las exigencias de la vida moderna. En esta fecha siguen sin solucionarse, en orden a la inscripción en el Registro español, los problemas de las Enciclopedias, Diccionarios y obras similares; las obras inéditas pendientes de inscripción, y obras extranjeras publicadas ya por primera vez fuera de España.

En toda esta serie de cuestiones las sugerencias y comentarios del autor son muy certeros y marcan una pauta a seguir en futuras investigaciones.

3. Para el *uso forense*, la obra es insustituible para quienes en el foro ejercen la profesión Jueces y Abogados encontrarán en esta obra centenares de datos o noticias útiles a los efectos de resolver o plantear una demanda o querella en materia de propiedad intelectual. Conviene distinguir de manera especial los pleitos por plagio o por reproducción ilegal de aquellos otros basados en el incumplimiento de contratos o en

débitos de derechos de autor: estos últimos, como muy bien apunta el autor, hay que centrarlos en la invocación de los fundamentos legales suministrados por el Derecho de obligaciones.

5) *Resumen critico*.—En una obra de investigación científica sería inexcusable la referencia, con notas a pie de página, a las fuentes o publicación de donde se toma el dato utilizado; habría que distinguir en cada litigio lo que fue un mero *obiter dictum* de la verdadera *ratio decidendi* para el tribunal, se impondría una rigurosa sistematización del material utilizado; finalmente, habría que partir de unos presupuestos y fijar unas claras conclusiones.

Todas estas exigencias y precisiones que comporta una obra de investigación pueden atenuarse ante las pretensiones muy concretas de una obra *práctica* destinada al *uso forense*, en la cual cabe admitir un menor rigor científico a cambio de una mayor agilidad o utilidad.

La probada vocación a la materia que el autor siente, su gran caudal de experiencia profesional, su acendrado amor a las obras del espíritu y su justísima y apasionada defensa de la propiedad intelectual le hacen acreedor al reconocimiento público por esta obra y otras de la misma materia. Por otro lado, como capacitado para empresas mayores, es dable esperar que el autor culmine sus ya numerosos trabajos de especialización en esta materia de propiedad intelectual, con una obra profunda de investigación.

JOSÉ CERDÁ GIMENO,
Notario.

PANUCCIO, VINCENZO: *Le dichiarazioni non negoziali di volontà*. Pubblicazioni dell'Istituto di scienze giuridiche, economiche, politiche e sociali della Università di Messina, núm. 53, Milano, Giuffrè, 1966 (Rústica, VIII + 384 págs.).

Siempre son de gran interés aportaciones como la presente, concernientes a la Teoría General del Derecho. El autor intenta, y consigue con éxito, extraer consecuencias que afectan a distintas ramas jurídicas y que son susceptibles de extenderse a otras.

Comprende la obra tres partes. La primera lleva por título «La distinción entre negocios y declaraciones no negociables de voluntad». La tradicional distinción entre actos y negocios jurídicos es aquí replanteada a fondo, principalmente a la luz de la doctrina germánica. Las declaraciones negociales se presentan en el campo del Derecho con un carácter de autonomía de plenitud de efectos en sí mismas consideradas. Pueden establecerse algunos criterios dogmáticos distintivos: efectos *ex lege* de las declaraciones no negociables, efectos *ex voluntate* de las negociables; plena congruencia entre los efectos prácticos y jurídicos en las declaraciones negociales; mayor o menor relieve del elemento de la voluntad.

La segunda parte comprende un estudio sistemático y exhaustivo de las distintas declaraciones de voluntad no negociales, en un total de seis capítulos. El primero de ellos se ocupa de los posibles criterios de clasificación: declaraciones de legitimación cierta y de legitimación incierta; declaraciones del titular del derecho y declaraciones del obli-

gado; relativas a la propia actividad o a la ajena. Partiendo de estas últimas, establécese una distinción muy importante entre declaraciones permisivas, imperativas-determinativas y prohibitivas, de gran riqueza por sus aplicaciones en la práctica. Las primeras son las participaciones de voluntad que autorizan un comportamiento del destinatario, que le confieren el poder de asumir un proceder determinado. Las segundas imponen a su destinatario una obligación positiva de comportamiento, o sea, la realización de ciertos actos. Las prohibitivas imponen un comportamiento negativo, una abstención.

Una pormenorizada tipología es hecha en el segundo de los capítulos. La primera de las categorías antes apuntada es estudiada con la rúbrica genérica de «Permisos». Singular importancia tienen los que dirigen a excluir la existencia de un ilícito penal (para los penalistas, consentimiento del ofendido o del derechohabiente), expresado en el aforismo *volenti non fit iniuria*. Ello da ocasión al autor para dar un rápido, pero apretado, repaso a la doctrina penalista sobre el particular (GRISPIGNI, ANTOLISEI, BETTIOL, etc.). En cuanto a los efectos generales del permiso, señala el autor la eliminación de todo posible resarcimiento por daños patrimoniales, por daños morales y de la acción por enriquecimiento indebido. Afírmase que el permiso es una verdadera figura de la teoría general del Derecho, enraizada con la noción misma de derecho subjetivo. Desde luego, existen figuras jurídicas muy afines (autorización, comodato, contrato con obligaciones unilaterales del proponente) que no se confunden con él. La doctrina se ha esforzado por desentrañar su carácter negocial o no negocial, inclinándose por la negativa el autor tras un concienzudo examen. Por último, se señala que el permiso debe constituir una verdadera declaración, y se estudia el problema del carácter recepticio o no recepticio (permiso al público) y de su revocación.

Abórdase luego el examen de las declaraciones imperativas y determinativas en general. Figuran aquí las órdenes, instrucciones, peticiones e intimaciones. Son también emanaciones inmediatas del derecho subjetivo, del empresario, mandante, acreedor, etc. Va, pues, siempre implícita la idea de una relación de subordinación entre dos sujetos. Y como las principales manifestaciones corresponden ahora al Derecho del Trabajo, recurrese con frecuencia al testimonio de los laboristas (BARRASSI, DE LITALA, GIUGNI, etc.). Se termina con un ensayo clasificatorio de tales declaraciones.

Las órdenes son declaraciones de voluntad por las que un sujeto exige de otro un determinado comportamiento. Comiénzase con una referencia al significado del término en la Filosofía del Derecho y de sus antecedentes en el Derecho romano, citándose para ello los testimonios de HOBBS, THOMASUS, OLIVECRONA y BATTAGLIA. Actualmente es en el Derecho laboral donde más relieve alcanzan, por lo que las observaciones de SANTORO-PASSARELLI, CORRADO, GRECO, etc., son repetidamente citadas y analizadas. El régimen positivo de la orden en el Derecho italiano es estudiado en sus elementos de capacidad, interpretación, vicios de la voluntad e ineficacia. Conclúyese, finalmente, su carácter no negocial, por su falta de autonomía en su producción.

Son instrucciones los actos que un sujeto dirige a otro con el fin de establecer modalidades genéricas de un encargo, directivas técnicas o líneas de comportamiento. Nos encontramos, pues, en una esfera de discrecionalidad técnica, especialmente en materia de contratos de obra.

Aparecen luego estudiadas las «declaraciones determinativas menores»: del objeto de la prestación (elección en las obligaciones alternativas), del lugar o del tiempo del cumplimiento, del beneficiario de la prestación (en contratos de ejecución continuada o periódica). En cualquier caso, queda excluido su carácter negocial.

Intimaciones son, en general, las solicitudes de cumplimiento que el acreedor dirige al deudor en forma más o menos perentoria. Su eficacia es, pues, determinativa. Su naturaleza es clara, por obligar *ex lege* al destinatario.

Entramos ahora en un apartado muy interesante, cual es el destinado a los «Oposiciones». Existen supuestos en que el titular de un derecho declara a un destinatario determinado su propia voluntad de que éste no realice una determinada acción. Según PANUCCIO, existen oposiciones del titular de un derecho fundadas, por tanto, en una legitimación del sujeto, y oposiciones que prescinden de tal legitimación, con una eficacia meramente suspensiva. Ciertas oposiciones, calificadas de «genéricas», son emanación inmediata del derecho subjetivo y pueden reconducirse al contenido mismo de tal derecho. Otras, por el contrario, son «específicas», como las oposiciones al cumplimiento o pago, a la devolución de la cosa depositada, las del representante del menor, etc.; las del autor a la deformación o mutilación de su obra; de los actores o artistas frente a las actividades en perjuicio de su honor. Estos dos últimos supuestos denominanse «oposiciones sancionatorias», a manera de intimaciones de contenido negativo que, exigiendo la total cesación de cierta actividad, vienen a constituir actos preparatorios de un procedimiento. Junto a ellas existen «oposiciones invalidantes», tendentes a hacer nula, anulable o inoponible la actividad de otro sujeto. (Oposiciones de un socio por falta de regular convocatoria de la Junta, del acreedor del propietario de una cosa común en el momento de su división.) Trátase de preservar ciertos derechos o facultades. Algunas tienden a producir la ineficacia relativa de un acto, la inoponibilidad de efectos con respecto al formulante (ineficacia *erga omnes* o *erga personam*). Hay también oposiciones con efecto suspensivo (al matrimonio, a la división de la dote, a la reducción del capital social, a la fusión de Sociedades, etc.).

Un tercer capítulo se destina a las declaraciones del titular de un derecho sobre su propio comportamiento, ya sea con carácter exclusivo (reservas de derechos), ya con carácter conminatorio y tendentes a provocar la actividad ajena. El estudio de estas últimas viene pormenorizado en el capítulo cuarto.

El quinto estudia las declaraciones no negociales plurisubjetivas. Y en el sexto y último de esta segunda parte se hace como una recapitulación, abordando el estudio y tratamiento unitario de todas las manifestaciones no negociales: capacidad de declarante para obligarse (salvo en el caso de que no pueda derivársele perjuicio alguno) y del destinatario si la declaración es recepticia; supuestos posibles de representación activa y pasiva; vicios de la voluntad; determinación posterior del contenido de la declaración; forma e interpretación. Y se termina con un repaso de los principios generales y con la afirmación de la improcedencia de aplicación de los remedios negociales.

La tercera y última parte de la obra estudia la relación entre las declaraciones negociales y las no negociales. El autor entiende que el régimen jurídico es distinto y que el estudio separado es necesario con el fin de evitar cualquier confusión. La eficacia innovativa del negocio frente a la no innovativa de las meras participaciones de voluntad marca una separación de radical importancia.

En este último punto la doctrina germánica ocupa en la obra un papel de tanta importancia como la italiana (ENNECERUS, KLEIN, MANIGK, NIPPERDEY, THUR, WINDSCHEID, ZITELMANN, etc.).

La obra incluye índices por autores, por materias y por disposiciones legales.

PEDRO A. FERRER SANCHÍS.

REGGI, ROBERTO: *Ricerche intorno al beneficium inventarii*, Giuffrè, Milano, 1967, 170 págs.

El autor nos ofrece un estudio valioso del beneficio de inventario en el Derecho romano. Pero su utilidad es escasa para el civilista, cada día más obligado a poner su disciplina en consonancia con las nuevas formas de vida social. Es hora de romper ese «fatal compromiso entre ciencia romanista y ciencia civilista» de que habla CALASSO (*Storicità del Diritto*, Milano, 1966, pág. 166), tan contraproducente para nuestra disciplina. Y es que resulta imposible una conciliación entre dos conocimientos, advierte el gran historiador italiano, madurados en contemplación de mundos profundamente diversos. Las enseñanzas jurídicas de Roma son útiles como historia de una rica experiencia y el civilista puede servirse de ella en calidad de presupuesto metodológico. Incluso como ejemplo que nos muestre la forma de salir airosos de esa «crisis» del Derecho civil, tan proclamada a los cuatro vientos. El Derecho romano sufrió hondas depresiones que amenazaron con hundir definitivamente el viejo *ius civile*. Piénsese, por ejemplo, en la que tiene lugar una vez que el triunfo sobre Cartago hace de Roma la gran potencia del Mediterráneo. Las viejas instituciones quiritarias no sirven para regular una sociedad que ha cambiado sustancialmente sus estructuras culturales y económicas. Lejos de los prejuicios de tradición y respeto a los *mora maiorum*, el *praetor peregrinus* da vida a modernas fórmulas jurídicas. Mientras tanto, la pretura urbana va adaptando lentamente los arcaicos preceptos decenvirales a las nuevas exigencias de la organización republicana. Precisamente un romanista de gran relieve, ORESTANO (*Introduzione allo studio storico del Diritto romano*, 2.ª ed., Torino, 1961), nos enseña a valorar el Derecho romano como realización de una experiencia histórica y a liberarnos de su consideración como ciencia dogmática, según la dirección prevalente desde las concepciones pandectistas. Entonces puede ofrecer interés destacar los rasgos de una institución como la herencia beneficiada, magistralmente elaborada por Justiniano. El autor en este sentido, con gran penetración histórico-crítica, somete a revisión en el capítulo primero los presuntos antecedentes clásicos del beneficio de inventario. Como es bien sabido, en el Derecho romano-clásico el heredero sucede al difunto *in universum ius*. La confusión de patrimonios es inevitable consecuencia de la *successio*, por lo que su responsabilidad era necesariamente *ultra vires hereditatis*. La doctrina romanista ha creído ver en las fuentes prejustinianas alguna excepción a la aceptación pura y simple. En este sentido se cita un rescripto del Emperador Adriano por el que se concede la *restitutio in integrum* a un mayor de veinticinco años que ha aceptado una herencia gravada con grandes deudas (Gal. 2,163 e I. 2,19,6); el mismo beneficio se concede a los militares por el Emperador Gordiano si éstos aceptan *per ignorantiam* una herencia dañosa (I. 2,19,6 y C. 6,30,22 pr.). BIONDI recuerda también el supuesto del *heres necessarius*, esclavo manumitido e instituido heredero, que sólo respondía *intra vires* si no se inmiscuía en la herencia del *dominus*. Se le otorgaba en este caso el beneficio de la *separatio bonorum*. Por lo que se refiere a los dos primeros supuestos, el autor llega a la conclusión de que no son excepciones a la responsabilidad *ultra vires*, sino rescisiones a la aceptación de una herencia onerosa. En orden al problema del *heres necessarius*, estima que tampoco se puede considerar un ejemplo de heredero beneficiado, precisamente

porque el requisito de no inmiscuirse en la herencia del patrono implicaba una situación extraña a la cualidad de heredero. Un análisis de la Constitución de Justiniano, denominada tradicionalmente *Scimus*—por la primera palabra—, le lleva a una conclusión ya sostenida en el siglo pasado por ZACHARIÄ VON LINGENTHAL: el Emperador, respetuoso con el antiguo Derecho, atribuía a Gordiano el único precedente clásico del *beneficium inventarii*. Sería el supuesto de que aparecieran deudas insospechadas—*improvisis debitis*—una vez adida la herencia. Justiniano extendió el beneficio a todos los herederos que inventariaran el caudal relictos, mientras Gordiano se limitó a concederlo únicamente a los militares. Pienso, no obstante los argumentos utilizados, que todo precedente clásico en esta materia es puramente conjeturable. En pocas materias llevó a cabo la Compilación una reforma tan completa y radical como en la relativa a la herencia beneficiada. Resulta, por ello, muy difícil trazar aquí con alguna seguridad las fronteras entre las aportaciones de la época clásica y las llevadas a cabo por los comisarios bizantinos. De todos modos, puede sospecharse, con la autorizada opinión de SOLAZZI, que la Constitución del emperador Gordiano supuso un auténtico precedente de la responsabilidad *intra vires*. Tal vez el único, y en ello estoy plenamente de acuerdo con el autor.

El capítulo segundo, en mi opinión el más seriamente elaborado se dedica a estudiar el beneficio de inventario en el seno del Derecho justiniano. Especialmente se detiene en el análisis de la famosa Constitución *Scimus* del 27 de noviembre del año 531. Está recogida en el *Codex repetitae praelectionis* (6, 30, 22). A través de ella el Emperador sienta las líneas cardinales del beneficio de inventario. Pueden acogerse a él todos los llamados a una sucesión, bien por testamento o *ab intestato*. No es preciso que el heredero lo pida expresamente, pero sí que se haga una descripción o inventario del patrimonio hereditario. Acreedores, legatarios y fideicomisarios vienen obligados a no molestar al heredero durante el término fijado para llevar a cabo el inventario, que ordinariamente es de tres meses. Se concede excepcionalmente el plazo de un año si el acervo hereditario o una parte muy considerable del mismo se encuentra en lugares distintos y alejados del domicilio del heredero.

Tras analizar la famosa Constitución de Justiniano, el autor examina el beneficio de inventario en otro conocido pasaje del *Corpus iuris civilis*: I. 2, 19, 6. Más que resumir la doctrina justiniana, como parece lógico, el recopilador—un tal Doroteo, profesor de Berito—, en tono enfático y pedantesco, se limita a exaltar el beneficio concedido por el Emperador bizantino el año 531. Está muy influido por la versión clásica de las Instituciones de Gayo.

Finalmente, concluye el capítulo segundo con el estudio de la novela I, 2, 2, del año 535, donde se decreta la pérdida de la *Falcidia* para aquellos que acepten una herencia sin acogerse al beneficio de inventario.

En el capítulo tercero y último hace un estudio comparativo de los diversos pasajes de la Compilación que regulan el beneficio de inventario. Se da la circunstancia de que el Digesto desconoce el *beneficium inventarii*. El heredero responde siempre *ultra vires*, pese a que fue publicado dos años después de la Constitución del año 531. La gran reforma en la materia la hallamos en el *Codex* (6, 30, 22), y su continuación lógica es la Novela del año 535. Las Instituciones no hacen otra cosa que proseguir y ampliar el remedio rescisorio de la aceptación a todos los súbditos del Imperio. No se refieren propiamente al beneficio de inventario. ¿Por qué esta total ausencia que la responsabilidad *intra vires hereditatis* encuentra en una parte del *Corpus iuris civilis*, es decir, en el Digesto y en el manual de Instituciones? Probablemente, como el autor señala, la causa está en que la Constitución *Scimus* del año 531, por su

gran fondo polémico, no entra en vigor hasta el año 534, en que se compila el *Codex repetitae praelectionis*. De ahí que fuera desconocida por los maestros bizantinos, que un año antes elaboran el Digesto y las Instituciones. La Novela I del año 535 confirma que ya en esa fecha las disposiciones sobre la herencia beneficiada tenían plena vigencia.

MARIANO ALONSO PÉREZ.

ROCA SASTRE, RAMÓN MARÍA: *Derecho Hipotecario*, Bosch, Barcelona, 1968, 6.^a ed., tomos III y IV, 1.º; IV, 2.º

En la recensión de los tomos I y II de esta monumental obra sobre Derecho Hipotecario, en su sexta edición, ya habíamos advertido que interrumpíamos la materia contenida en esos tomos para dar una cierta unidad a la exposición de estas líneas. Y así, al llegar al problema de las anotaciones preventivas, como sólo dos temas a ellas destinadas se incluían en los tomos dichos, aplazamos su comentario para este momento. De esta forma podemos dividir la exposición, distinguiendo: a) Las anotaciones preventivas. b) Las menciones y notas marginales. c) La extinción de los asientos. d) La concordancia entre el Registro y la realidad. e) Inscripciones específicas. f) Derecho real de hipoteca. Siguiendo este orden, que es el que marca el programa a que la obra se ajusta, proseguimos nuestra labor.

A) LAS ANOTACIONES PREVENTIVAS.

De los siete temas que en el programa de 1945 destinaba a esta materia han quedado reducidos en el actual a cuatro. Ello ha provocado una inevitable poda en la materia con merma de cierta claridad o, por lo menos, con limitación de casos y problemas que pueden plantearse. Se ajusta la exposición a un debido y repetido orden sistemático que facilita el estudio y la busca de apartados sobre cada punto.

Con la edición que nos sirve de contraste es preciso observar que la clásica definición sobre anotaciones ha sido variada sensiblemente, tratándose ahora de un asiento extendido en los libros de inscripciones del Registro de la Propiedad, de carácter generalmente principal y caducable, cuyo objeto es la publicidad registral de situaciones inmobiliarias de contención judicial, de secuestro o de prohibición, judicial o administrativa, de disponer, y de títulos que por defectos subsanables o por otras circunstancias no pueden ser objeto de asiento de inscripción al que tienden, o bien que además tengan por objeto constituir una especial garantía registral. Se hace eco del trabajo sobre anotaciones de Díez-Picazo con su crítica respectiva.

Clasifica las anotaciones por vía de enumeración (aunque la enumeración no es exhaustiva, ni muchísimo menos), por su objetivo o finalidad especial, por su función, por el grado de afectación, por el modo de producirse el Registrador, por su duración y por los bienes sobre que recaen. La clasificación anterior incluía los efectos como medida determinativa para un posible encuadramiento; ello ha pasado a convertirse

en pregunta especial, que comprende el problema de la enajenación de los bienes anotados y del derecho objeto de ellas.

Entrando en el estudio específico de las diversas anotaciones, señalaremos cómo en la de demanda se afrontan los problemas de su finalidad, ámbito, naturaleza, efectos, procedimiento, práctica, duración y cancelación, que también se repiten en cuanto a la anotación preventiva de demanda de incapacidad. Merece destacarse una novedad interpretativa en orden a la anotación preventiva de embargo en la cual, siguiendo las mismas directrices de otras anotaciones y haciendo una enumeración muy completa de los casos en que procede, se sostiene que la práctica registral de la misma no supone un caso de asiento constitutivo. Estudia el problema del gravamen solidario que la anotación preventiva puede provocar en ciertos casos y el de si el mandamiento que la ordena ha de ser firme. En forma simplista, casi esquemática, expone las anotaciones de secuestro y prohibición de disponer.

Suprimiendo conceptos sobre Derecho civil puro, estudia, bajo la misma sistemática, las anotaciones de Derecho hereditario, de legados, de acreedores de una herencia, concurso o quiebra, acreedor refaccionario y la por defecto de los títulos. En esta última añade, por cuenta propia, la problemática de la anotación por imposibilidad del Registrador que al redactor del cuestionario oficial se le escapó en un poco acertado momento de falta de inspiración.

B) LAS MENCIONES Y LAS NOTAS MARGINALES.

Agrupados en un solo tema se ofrecen al lector estos dos puntos necesarios para llegar al pleno conocimiento de la mecánica registral y de toda su complicada problemática. Sobre la mención sigue manteniéndose el acertado concepto que en su día perfiló frente a las tesis de SANZ y GIMÉNEZ ARNAU. Destaca en este punto aquella serie de supuestos que se excluyen de la mención y que son tratados con la precisión con la que el autor acostumbra (cargas o gravámenes constituidos en el título, constancia de la cualidad del predio dominante, el arrastre de cargas, los derechos cuya inscripción es constitutiva la mención de derechos personales y la de legados no legitimarios).

Respecto de la nota marginal también se respeta el concepto que se ha hecho clásico. Se atribuye a la nota el carácter de asiento definitivo, aunque existen algunas con vida limitada. Después de estudiar los requisitos y tratar de los efectos, plantea el problema de la nulidad de dichos asientos.

C) LA EXTINCIÓN DE LOS ASIENTOS.

Dentro del marco de la extinción de los asientos registrales se van examinando las diversas causas que la producen. Se precisa que la transferencia no produce propiamente verdadera extinción; se señalan las causas de caducidad de los diversos asientos; se concreta el concepto y la forma de la conversión, terminando el tema con el problema que plantea la nulidad de las inscripciones y anotaciones preventivas. Hemos de señalar que al comienzo se explican someramente otras causas de extinción, como la rectificación, el agotamiento de la finalidad perseguida y la renuncia.

También se hace alusión a la cancelación, pero donde propiamente se desarrolla el concepto y problemática de la misma es en el siguiente tema, en el que se configura la cancelación como la forma registral de extinguir formalmente otro asiento registral, siendo sus características las de tener un contenido negativo, incondicionado y ser accesorio. Se procede seguidamente a examinar cuándo procede cada una de las cancelaciones o clases de cancelaciones que enumera (totales y parciales; con, contra o sin el consentimiento del titular y las a instancia de parte, por orden de la autoridad y de oficio), seguidamente se abordan las formalidades del asiento, los efectos y las cancelaciones de anotaciones preventivas. Se puntualizan algunos casos de cancelaciones de otros asientos como los de notas marginales, asientos de presentación, menciones y cancelaciones. Para estos últimos se afirma que pueden ser cancelados por medio de otro asiento de cancelación, con lo que se hace revivir el asiento antes extinguido (casos éstos que circunscribe al de nulidad del asiento). Con este punto se enlaza la última pregunta que trata precisamente del problema de la nulidad de las cancelaciones.

Una de las novedades más destacables de este apartado es la postura que el autor sostiene frente a los conceptos de nulidad y, sobre todo, en la distinción que suele hacerse entre nulidad material y formal. Para él debería ser sustituido el concepto de nulidad formal por el «defectuosidad de asientos del Registro» y prescindirse por completo de la distinción antes apuntada. En esta tesis puede verse cierta influencia de las opiniones del profesor LACRUZ BERDEJO.

D) LA CONCORDANCIA ENTRE EL REGISTRO Y LA REALIDAD.

Reunimos bajo este epígrafe una serie de materias que guardan cierta correlación y que también el cuestionario que ha servido de guía agrupa en una zona próxima del programa. De ahí que tratemos de la concordancia, de la inmatriculación y sus medios, de la doble inmatriculación, del expediente de liberación y de la inexactitud registral.

La concordancia entre el Registro y la realidad jurídica se define en forma negativa: es lo contrario de discordancia, que es el único concepto que la Ley recoge. Al examinar las formas de lograr esa concordancia se detiene en dos de las tres que señala la Ley: la inmatriculación y el expediente de liberación de cargas y gravámenes.

De la inmatriculación afirma Roca que no es un caso de verdadera corrección de inexactitud registral. Lo contrario ha sido afirmado por SANZ, aunque la obra de Roca no recoge el sensacional trabajo de SANZ sobre *El Registro y la realidad jurídica*. Tampoco a la inmatriculación, según el criterio de LACRUZ, la considera como un caso de excepción al tracto sucesivo. De la inmatriculación da, sin embargo, el concepto que tradicionalmente ha mantenido en otras ediciones y que difícilmente puede superarse. Reconoce la posibilidad de la inmatriculación de cuotas o participaciones de fincas y señala, casi en forma exhaustiva, los medios inmatriculadores existentes en la actualidad. Especial desarrollo ofrece la materia del expediente de dominio, las actas de notoriedad, el título público de adquisición y la certificación administrativa de dominio. En un inciso toca la proyección del expediente de dominio tanto para la reanudación del tracto como para hacer constar los excesos de cabida.

Fiel a sus construcciones, considera que no deben reputarse títulos de transferencia dominical de fincas los deslindes judiciales o administrativos, los títulos de concesiones administrativas, los de partición o divi-

sión de bienes y los sucesorios que provocan una indivisión entre los interesados.

También se aborda el problema de la doble inmatriculación y los dos criterios que pueden resolverla: el del derecho civil puro y el de la antigüedad, citándose diversas y recientes sentencias que avalan uno u otro criterio. Completan el estudio de esta materia el problema de la inscripción de derechos reales sobre fincas no inscritas y la exposición del expediente de liberación de cargas y gravámenes.

Antes habíamos apuntado que en materia de inexactitud no se recoge el trabajo de SANZ, y de ahí que el lector se pierda la inestimable crítica que el autor podía habernos ofrecido. Su exposición varía muy poco de las que tradicionalmente nos tiene acostumbrados, aunque es de señalar una mejor sistemática y mayor comprensión de supuestos.

E) INSCRIPCIONES ESPECÍFICAS.

Para no hacer excesivamente larga la enumeración de las que se comprende, agruparemos las que presenten ciertas afinidades o estén contenidas en un mismo tema. Y así distinguimos:

a) *Inscripciones de los derechos de opción, arrendamiento, retorno, usufructo, uso y habitación, superficie, censos, foros y subforos.*—En la inscripción del derecho de opción la tesis que se mantiene es la de que el derecho de opción de trascendencia real es inscribible *per se*, mientras que la opción que regula el artículo 14 del Reglamento Hipotecario exige convenio expreso de las partes para que se inscriba.

En materia de arrendamientos sitúa la razón de su inscripción relacionándola con el problema de la estabilidad arrendaticia y sosteniendo que lo procedente hubiese sido reflejar la situación arrendaticia a través de una anotación preventiva. Sobre el derecho de retorno tiene en cuenta el trabajo de Díez-Picazo, aceptando su tesis con ciertos condicionamientos. Es partidario de una posible prórroga de la nota marginal al estilo de las anotaciones preventivas.

En la inscripción del derecho de usufructo se afrontan los problemas de la inicial inscripción de constitución, la de sus transmisiones, modificaciones y cancelaciones. Después de examinar los usufructos legales y los derechos de uso y habitación, se estudia con mucho detenimiento el derecho de superficie que ya monográficamente ha sido desarrollado por el autor en diversos trabajos. En forma independiente se examina el derecho de elevación y el de profundización.

Por lo que respecta a los censos, foros y subforos se ajusta a la exposición tradicional clasificándola en forma más ordenada y ajustándola a la legislación vigente tanto en Galicia como en Cataluña.

b) *Propiedad horizontal.*—En este punto Roca Sastre hace un estudio previo del título constitutivo de la división de casas por pisos y otro de los títulos de división de casas o edificios en copropiedad, para su constitución en propiedad horizontal; luego pasa a la inscripción propiamente dicha y remite al lector al tema de la finca para que allí pueda estudiar la inscripción independiente de los pisos. Ya habíamos hecho referencia en la recensión anterior a este punto.

Respecto de los pisos meramente proyectados acepta la solución legal, aunque no deja de considerar que el supuesto sólo debiera ser admitido en el caso del derecho de mayor elevación a que se refiere el artículo 16, 2,

del Reglamento Hipotecario. Esta tesis ha sido defendida brillantemente por CAMY en un trabajo que la obra no recoge. Tanto este trabajo, como el de JOSÉ LUIS ALVAREZ, hubieran producido necesarios comentarios llenos de enseñanza para el estudioso de los problemas que plantea la propiedad horizontal. Se completa la materia con los estatutos, su inscripción y efectos.

En el mismo tema se aborda la exposición de los tanteos y retractos en general y referidos a las transmisiones de fincas rústicas o urbanas en los que pueden entrar en juego. Rechaza la inscripción de los tanteos convencionales, critica la tesis de TIRSO CARRETERO en orden al acceso registral de los retractos legales y estudia las repercusiones del retracto convencional.

c) *Inscripciones de bienes a favor del Estado, Provincia, Municipio, Iglesia, de los adquiridos por expropiación, por vía de apremio y las a favor de los establecimientos de Beneficencia.*—En materia de bienes del Estado, la Iglesia y la Beneficencia, así como de la Provincia y el Municipio, se ajusta la exposición a las líneas clásicas del autor, aunque es de señalar que se recoge la nueva legislación existente sobre estos puntos con dos pequeñas lagunas: el dar implícitamente como vigente la legislación desamortizadora, salvo para Municipios y Provincias, y el no haber recogido el *Motu Proprio Pastorale Munus* de 30 de noviembre de 1963, que fija el tope de 66.000 francos suizos, equivalentes a un millón de pesetas, para la enajenación de bienes de la Iglesia. Pero esta omisión, como alguna otra que pueda reseñarse, se salvan pensando en la tremenda renovación a que el legislador somete a sus disposiciones y cuya prisa y furor no son alcanzados por el lento tecleo de nuestras linotipias.

Se expone con rigor sistemático la materia de bienes adquiridos por expropiación forzosa, por vía de apremio y los pertenecientes a las Capellanías. Especialmente se recogen los casos de enajenación de parcelas sobrantes y la inscripción de los montes de utilidad pública.

d) *Inscripción de concesiones administrativas.*—Respondiendo a las líneas estructurales clásicas que este autor utilizó desde sus primeras ediciones, sigue manteniendo el concepto de concesión y la problemática de la inscripción en la cual recoge la inscripción de obras públicas en general, la inscripción de los ferrocarriles y canales (dedicando un especial estudio a la RENFE), aprovechamientos de aguas e inscripción de concesiones mineras.

e) *Inscripción de adquisiciones hereditarias.*—En este punto, después de hacer un pequeño resumen evolutivo, se ciñe a exponer la inscripción a favor del heredero único, la inscripción de las diversas clases de partición, la adjudicación para pago de deudas, las legítimas, la inscripción de sustituciones fideicomisarias y la inscripción de legados. También en estos puntos no coge el tren de la última reforma del Reglamento Notarial y de la problemática planteada por su reforma en torno a las actas de notoriedad.

f) *Inscripciones derivadas del régimen familiar.*—Con una sistemática bastante perfecta afronta la exposición de estas materias que comprenden la inscripción de capitulaciones matrimoniales, los contratos sucesorios, los heredamientos y la problemática del sistema ganancial. En la inscripción de los contratos sucesorios, y por lo que a Aragón se refiere, se da como vigente el ya derogado Apéndice Foral. Brilla la maestría de Roca en la materia de heredamientos estudiados sólo con referencia a Cataluña en su versión con arreglo a la legislación vigente. En

materia de gananciales se destaca la opinión del autor negando el acceso al Registro de los actos otorgados por el marido sin el consentimiento de la mujer. En este punto se incluye todo lo referente a la anotación de embargo sobre bienes gananciales y al artículo 94 del Reglamento Hipotecario.

g) *Inscripciones de resoluciones judiciales sobre capacidad civil.*—El tema es el tradicional de todos conocido. Se sigue combatiendo la tesis de HERMIDA LINARES.

F) DERECHO REAL DE HIPOTECA.

Desde la página 119 del cuarto tomo hasta la 1.165 del mismo, en que termina la obra, se destinan al estudio de la institución de la hipoteca y su problemática.

Comienza por el concepto, la historia y los caracteres de la hipoteca que magistralmente supo resumir en su definición. Sigue manteniendo que la hipoteca es un derecho real. Se exponen los principales tipos de esta figura en el Derecho alemán y en el suizo, estudiándose la posibilidad de su adaptación al sistema español.

Como la obra se ajusta al cuestionario de Notarias y en él se sigue la clásica exposición que distingue los elementos personales, reales y formales, también por este mismo orden se van estudiando los problemas del sujeto activo y pasivo, de las cosas y derechos que pueden hipotecarse, el fenómeno de la extensión objetiva de la hipoteca, su determinación y distribución de la responsabilidad, obligaciones que pueden ser garantizadas con hipoteca y elementos formales.

Como hipotecas que sobresalen de la regulación general, aparte los casos del artículo 107 de la Ley Hipotecaria, se examinan la hipoteca unilateral, la constituida simultáneamente a favor de varias personas, la hecha en testamento, la de rentas, la en garantía de cuentas corrientes y la de títulos transmisibles por endoso o al portador.

La materia de hipotecas voluntarias se cierra con el estudio de la cesión de créditos. Dentro de las hipotecas legales se va examinando su concepto y naturaleza y las distintas clases de ellas en los tres temas destinados a las mismas.

Se termina la obra y el estudio de la hipoteca con los problemas que plantea la extinción de las mismas, los procedimientos a utilizar para la ejecución y lo referente al Registro de hipoteca mobiliaria y prenda sin desplazamiento.

JOSÉ MARÍA CHICO Y ORTIZ.

SAARIO, VIENO VOITTO: *Estudio sobre la discriminación contra las personas nacidas fuera de matrimonio*. Naciones Unidas, Nueva York, 1967 (un volumen en cartóné, VII + 238 págs.).

El presente estudio, debido a un prestigioso jurista finlandés, Magistrado en su país, ha sido realizado por encargo de una Subcomisión de las Naciones Unidas, constituyendo la última palabra en Derecho comparado sobre condición de los hijos ilegítimos. Precisamente, el gran riesgo que ofrecen los estudios de Derecho comparado, su desactualización, ha quedado obviado aquí por el gran acopio de datos no sólo sobre toda clase de legislaciones, sino sobre su aplicación en la práctica, tarea que únicamente en el ámbito de la Organización universal podía tener lugar.

Las cuestiones abordadas no se limitan a lo estrictamente jurídico, sino también a sus aspectos sociológicos, estadísticos y de toda índole.

El estudio comprende una introducción y cuatro partes. La primera atiende a los antecedentes históricos (Derecho romano y orientales, Derecho canónico y medieval, Derechos occidentales); al problema de la terminología y a la fijación de los principios que el autor considerará como básicos a lo largo de su estudio.

El primer aspecto («Primera parte») en que puede operar la discriminación contra los nacidos fuera de matrimonio es el de la determinación de la filiación. Frente al régimen ordinario del nacido de matrimonio (presunción de legitimidad, acciones de estado, etc.), en el nacido fuera del mismo, no tiene la filiación carácter indivisible, habiéndose de determinar por una parte la materna, bien de una manera necesaria como consecuencia del hecho del nacimiento, bien por reconocimiento voluntario de la madre o por determinación judicial; con la diferencia de unos casos la determinación de parentesco se extiende a los parientes de la madre y en otros no. Por otra parte se ha de determinar la filiación paterna, bien por medio de reconocimiento voluntario, bien por determinación judicial, en la medida y con el alcance que en cada caso permitan y determinen las Leyes. Existirán también casos en que tal determinación pueda perderse, con su repercusión consiguiente en la condición legal de la persona.

Respecto a la accesión a la condición de persona nacida de matrimonio aparecen estudiadas las formas clásicas de legitimación, por subsiguiente matrimonio—prácticamente universal—; por decisión ejecutiva, judicial o incluso legislativa, y también por testamento.

La segunda parte estudia las distintas esferas en que puede operar el trato discriminatorio contra las personas nacidas extra matrimonio: nombre, sujeción o no a la patria potestad respecto a uno o a sus dos progenitores, domicilio, alimentos y derechos sucesorios de forma testamentaria o intestada y concurriendo o no con descendientes legítimos. También se considera la situación legal de tales personas ante la sociedad (nacionalidad, prevención de la apátrida, naturalización, derechos públicos y servicios de protección social; posición social efectiva y honorabilidad).

Bajo la rúbrica de «Otros aspectos del problema», la tercera parte se inicia con la cuestión de la revelación del hecho del nacimiento extra-matrimonio por los asientos del Registro Civil, por el contenido de certificados, extractos y testimonios del acta de nacimiento o por el acceso

de personas distintas de las interesadas a las actas o por posibilidad de obtener certificaciones. Seguidamente, la obra se ocupa de la institución de la adopción como posible medio de mejorar la condición de las personas objeto de consideración, dado el considerable incremento y flexibilización que experimenta en todos los países, estudiándose sus distintas modalidades, requisitos y efectos.

Llegamos así a la cuarta parte, «Principios generales y medidas propuestas». Sostiénese que el nacido fuera de matrimonio debe tener derecho al reconocimiento legal de su filiación paterna y materna, con efectos semejantes a los de la filiación matrimonial. La filiación materna se determinará automáticamente por el hecho del nacimiento, y la paterna se determinará por distintos medios (reconocimiento, presunciones de derecho, decisión judicial). Se acogerá ampliamente la presunción *pater est is quae nuptiae demonstrant*. Debe reconocerse el derecho a un apellido. La patria potestad no debe tener distinto contenido a la ejercitada sobre hijos legítimos. Similar al de éstos debe ser el derecho de alimentos y el derecho a un domicilio; así como también en el campo sucesorio, nacionalidad y derechos públicos y sociales. La información sobre el nacimiento debe limitarse al particular o autoridad que ostente un interés legítimo. El adoptado deberá quedar plenamente incorporado a la familia adoptante. Y en general deberán tomarse las distintas medidas que favorezcan el reconocimiento de la dignidad de la persona.

Acompañanse diversos anexos con documentación nacional e internacional. En cada punto se citan a pie de página las legislaciones de los países que siguen los criterios respectivos.

Estamos, pues, ante una obra que creemos no puede dejar de ser consultada.

PEDRO A. FERRER SANCHÍS.

SCALABRINO, UBALDO: *Le quote di eredità nella successione legittima e testamentaria*, Giuffrè, Milano, 1966, 3.^a ed., 224 págs.

Estamos ante una monografía de carácter eminentemente práctico. Mediante gráficos y operaciones aritméticas se hace aplicación de la conocida doctrina de Cicu en torno a la distinción entre una cuota de reserva y otra de legítima. Estudia en primer término el parentesco y sus grados, así como la representación en el Derecho sucesorio. Ajeno a toda preocupación científica, los problemas se tratan de manera sencilla, ofreciendo una serie de ejemplos aplicativos de los diversos artículos del *codice* sobre la materia. Al referirse a la sucesión de los legítimarios, opina que la ley ha tratado de protegerlos adecuadamente mediante la introducción de una cuota de reserva y otra de legítima. Sabemos que el autor, discípulo de Cicu, ha seguido fielmente la famosa distinción que en el año 1941 estableció por primera vez el antiguo profesor de Bologna (cfr. *Successione legittima e dei legittimari*, 2.^a ed., Milano, 1943). La tesis dominante identificó ambos conceptos. Cicu ve una distinción de cuotas, lo que significa, en opinión de MENGONI, uno de los momentos «más felices y convincentes de las enseñanzas de Cicu en el campo de las sucesiones *mortis causa*». La reserva tiene como finalidad determinar la parte que la ley garantiza al legítimario sobre los bienes relictos, incluso contra la voluntad del *de cuius*, y se refiere, por tanto, a los bienes

hereditarios que existen en el momento de abrirse la sucesión. La legítima, en cambio, permite establecer si el causante, mediante donaciones y liberalidades dispuestas en el testamento, ha superado en perjuicio del legitimario la cuota de la que podía disponer libremente. La legítima, por tanto, puede lesionarse aun estando integrada la cuota de reserva. Esta se compone de aquellos bienes pertenecientes al difunto al tiempo de su muerte y que pueden verse reducidos si se hacen donaciones o legados. En tal caso, los bienes del legitimario experimentan una disminución correlativa. Para evitar que con tales liberalidades el testador pueda reducir el as hereditario, el Código ha fijado una cuota de legítima—cuota activa y no hereditaria—que ponga a salvo el derecho del legitimario. La ley, en definitiva, no se limita a *reservar* al legitimario una *pars hereditatis*, sino que le proporciona una utilidad neta integrada por un conjunto de bienes (*pars bonorum*) en concepto de cuota legitimaria. De este modo, como observa Cícu, se ha llegado a una fusión de los sistemas romano y germano-francés.

El autor, a lo largo de la obra y en sucesivos apartados (sucesión legítima, sucesión del cónyuge, sucesión del Estado, capacidad de recibir por testamento), va haciendo el cálculo de las cuotas de legítima y reserva correspondientes a los diversos llamados por ley o por testamento. Una serie amplísima de ejemplos, operaciones de cálculo y abundantes gráficos ilustran prácticamente los diversos preceptos legales. Su utilidad es indudable para los profesionales del Derecho en Italia. Claro está, siempre teniendo en cuenta que la famosa bipartición de cuotas se admita en aquel Ordenamiento. La tesis de Cícu ha encontrado seguidores. El autor de este libro, en el orden práctico, muestra su perfecta aplicación. Autores como VOCINO, BARASSI y L. FERRI parecen seguirla en cierta medida, quizá, como ha señalado MENGONI, «debido más a la gran notoriedad del llorado maestro que a una razonada adhesión». Este último autor, que mostró un gran entusiasmo por la postura de Cícu en su escrito de juventud: *la posizione giuridica del legittimario preterito* («Studi in onore di A. Cícu», I, Milano, 1950, págs. 497 y sigs.), en su magna obra *Successioni per causa di morte. Parte speciale*, Milano, 1967, páginas 39 y sigs., esp. págs. 49 y sigs., vuelve contra su postura inicial. MENGONI, aun cuando reconoce que el punto de partida de la tesis de Cícu es totalmente exacto, sin embargo, expresa su inconsistencia, como ya lo habían hecho SANTORO-PASSARELLI y PINO. Contra la opinión de Cícu, piensa MENGONI que no se trata de dos derechos sucesorios diversos; reserva y legítima son en la actualidad dos aspectos de un único derecho sucesorio.

Y realmente se ha dicho—entre ellos el propio MENGONI, inicialmente seguidor incondicional—que la distinción fue elaborada por Cícu según el esquema, históricamente superado, de las antiguas costumbres francesas. Se ha afirmado incluso que ni la letra del *codice* la abona ni se halla de acuerdo con la jurisprudencia.

También en España el profesor G. GARCÍA-VALDECASAS (*la legítima como cuota hereditaria y como cuota de valor*, R. D. P., 1963, págs. 957 y sigs.) ha querido ver en el régimen sucesorio del Código civil español una distinción entre cuota de reserva y cuota de legítima. Pienso que dicha distinción, especialmente por lo que respecta al Derecho español, resulta totalmente inadmisibles después del completísimo artículo de VALLET DE GOYTISOLO (*Notas críticas acerca de la pretendida distinción entre cuota de reserva y cuota de legítima*, A. D. C., enero-marzo, 1965, páginas 3-139). A él me remito porque estimo que sus argumentos son de una solidez irrefutable.

MARIANO ALONSO PÉREZ.

SERNA, J. CH.: *Le réfus de contracter*, Paris, 1967.

En el artículo 37 de la ordenanza francesa de 30 de junio de 1945 aparecía como delito el denominado «réfus de vente», figura que se había ido delimitando como consecuencia de un estado de cosas económico, escasez de ciertos bienes, protección de las tasas acordadas para los bienes de primera necesidad, necesidad de proteger al consumidor.

Más adelante, superado el periodo de emergencia, aparece la noción de «orden público económico», cuyo reconocimiento supone la quebra en buena medida de los principios liberales y democráticos al uso tradicional. Así, cabe proteger en la esfera mercantil, mediante la intervención del Estado, la concurrencia contra la misma concurrencia. En 1953 se sigue, dentro de este orden nuevo, prohibiendo esta «negativa a contratar». Pero los fundamentos del concepto de «réfus de vente» son diferentes; se intenta proteger al detallista más débil, protegiendo así indirectamente al consumidor. Se intenta también, en orden de protección al consumidor y al comerciante más débil, evitar la concentración económica, que va en contra de los principios de la libertad de concurrencia. Como consecuencia de este nuevo orden de ideas, en 1958, un decreto que modifica la ordenanza de 1945, sigue manteniendo la negativa de contratar como un acto ilícito que exige la correspondiente sanción. Esta idea nueva en la esfera de la contratación clásica, que se delimita en estos textos legales haciendo referencia a una esfera determinada de la contratación, tiene unos términos más amplios. Se presenta como un concepto nuevo que exige su consideración dentro de los moldes clásicos del derecho. La jurisprudencia y la doctrina se preocupan de delimitar el concepto de negativa de contratar. DE SERNA, en su documentada monografía, recoge la doctrina y jurisprudencia más relevantes en torno a la materia, para sostener que, en términos del derecho positivo francés, no cabe hablar de una negativa a contratar, de la existencia de un «réfus de vente» en términos de derecho contractual. Para nosotros, especialmente después de la aparición de la reciente ley contra las prácticas restrictivas de la competencia, el tema tiene un evidente interés, aunque ni en la doctrina ni en la jurisprudencia, ni en el derecho positivo hayamos llegado a concretar un concepto de «réfus de vente» como en el derecho francés. Por otra parte, como habremos de ver, en materia de contratación en exclusiva, la idea de la negativa a contratar tiene una especial relevancia. Y es innegable que en nuestros días la contratación en exclusiva goza de un creciente favor en la esfera de nuestro orden económico.

DE SERNA parte de una premisa: la de que dentro del Código civil francés parece haber una institución perfecta, cuya evolución no se concibe: el contrato. El contrato concebido como instrumento o medio que permite modificar una situación, jamás fin en sí mismo. Se contrata para modificar un *status*, para transformar un estado de cosas.

Al final de la evolución del contrato, en éste la voluntad de los individuos es la medida de su contenido. La autonomía de la voluntad se manifiesta de forma soberana tanto en la posibilidad de contratar o no, como en la de determinar la estructura y contenido del contrato. Es, por la sola fuerza de la voluntad de los individuos que tiene existencia jurídica (CARBONNIER).

A principios de siglo esta concepción será objeto de severísimas críticas, una vez superado el individualismo y el principio absoluto de

autonomía de la voluntad. La libertad de contratar se verá sometida a los límites de la necesidad de no obrar arbitrariamente y a los de no ser objeto de abuso del derecho. RIFERT escribía en la *Règle morale dans les obligations civiles* que "le droit de faire des actes juridiques est comme tous les autres droits, susceptible d'abus". En esta línea de principios cabe plantear el problema del "réfús de contracter". SERNA expone dos de las más relevantes soluciones doctrinales al mismo, la tesis de JOSSEERAND y la de RICOR. Para el primero, la negativa a contratar, en principio, puede tener dos aspectos reprobables: como acto intrínsecamente ilícito y como acto abusivo. Habla de circunstancias que califican la negativa a contratar, y de motivos legítimos para ejercitar este derecho en principio reconocido a los individuos. La libertad de contratar tiene para este autor siempre un límite en el ejercicio abusivo de la misma, que se fundamenta en el móvil ilegítimo o en la intención maliciosa.

Para RICOR, la negativa a contratar es la expresión de un derecho: el derecho de no contratar, que es uno de los aspectos de la libertad de contratar. En todo caso tendrá sus límites, para llegar a los cuales RICOR entiende que hay que delimitar primero el derecho de «réfús de contracter». No hay nada más que una fórmula de delimitación y es negativa: la ausencia de un derecho contrario. Derecho absoluto, pero con limitaciones voluntarias, legales y jurisprudenciales. Las legales hacen referencia a las restricciones a la libertad de comercio y a la libertad de obrar de los funcionarios. Las jurisprudenciales responden a una inquietud: la protección de los intereses privados y se traducen en dos clases de hipótesis: ruptura de negociaciones en materia de contratos, y ruptura de promesa matrimonial.

Estas son las dos posiciones, una vez negados los dogmas de la autonomía de la voluntad y el individualismo para resolver el problema de la negativa a contratar.

Para SERNA, sin embargo, las soluciones no son convincentes. No basta con la evolución de las ideas, sino que hay que resolver el problema dentro de los estrictos términos del derecho positivo. El problema de la negativa a contratar no se planteó a los redactores del Código francés. Dentro del Código no sólo se regula el mecanismo de la materia contractual, sino muchas otras, familia, propiedad, sucesiones. Por otra parte, cabe plantearse la cuestión de si la fuerza obligatoria del contrato existiría si la ley no la hubiera reconocido. Es innegable que los principios de libertad contractual y liberalismo económico son peligrosos. Pero en pura técnica lo que hay es que plantearse el problema en términos del derecho positivo, dentro de la teoría clásica del contrato y dentro de ésta, para que el contrato exista, es preciso el consentimiento de las partes, siempre en los límites marcados por la ley. Consentimiento libremente emitido. Toda amenaza de sanción de la negativa a contratar es un obstáculo que vicia la voluntad de aquél al que se fuerza a contratar; no puede haber negativa a contratar punible, porque no puede haber contrato obligatorio, bajo pena de ver anulada la que se ha denominado «pureza del consentimiento»; consentimiento base de toda la teoría contractual. Es cierto, reconoce DE SERNA, que el consentimiento legal en la formación de la relación contractual ha venido a ser norma. Que se manifiesta bajo la forma de una «obligación legal de contratar», o por la creación de «una relación contractual de origen legal», marcando el abandono de la concepción individual en la organización de las relaciones privadas (DURAND), pero lo cierto es que en el Código civil la teoría del contrato descansa sobre la base de la noción del libre consentimiento. Encuentro de dos voluntades libres. «Se debe, en principio, ser libre de no contratar y la negativa a contratar no es una falta...» (MARTY ET RAYNAUD). Cabe encontrar en el Código disposiciones que encierran cierta

limitación a la libre autonomía, siempre en sentido negativo, artículos 6, 1.128, 1.131 y 1.134 (todas las cuales tienen su correspondencia dentro de nuestro Código civil). A través de las mismas cabe hablar de canalización, dirección de la libertad de contratación. Dentro del Código, no obstante, si el libre consentimiento no es una condición suficiente para la existencia del contrato, si que es una condición necesaria, «la notion d'obligation de contracter que cette obligation soit legal ou non, est donc incompatible avec la construction fondamentale élaborée par le Code Civil».

Será fuera del Código que aparezca, como consecuencia de la economía dirigida y de las situaciones económicas de emergencia, la idea y la estructuración de un delito de «réfús de vente».

Aporta SERNA, en su obra la teoría soviética del contrato, como derecho nuevo de la contratación; contrato como medio, sistema que no distingue entre un derecho público y un derecho privado, existencia de dos sectores económicos de actividad, el socialista y el privado. Resumiendo, dentro de este sistema, detrás de la voluntad particular y preexistiendo a ella, están las medidas de orden económico concebidas en interés del Estado y erigidas en directoras de la voluntad privada... Entre los dos extremos, el nuevo estado de cosas económico que impone el dirigismo y la intervención, sin llegar a suprimir las concepciones tradicionales del derecho.

SERNA concluye que no cabe hablar de «obligaciones legales de contratar», que no cabe «habiller de vêtements anciens techniques nouvelles issues du dirigisme économique». Existen dos maneras de modificar una relación jurídica, cuyos dominios respectivos están condicionados por el lugar que se deja a la libertad privada. El primero es el del Código civil: contrato libre, instrumento de cambios económicos. Técnica liberal, que ignora la contratación forzosa y en el que la negativa de contratar no es un delito. La segunda, consecuencia de la economía planificada: «c'est, dans un droit qui s'avoue un moyen, le contrat symbole de l'obligation assumée. Elle est contrainte par elle-même. Et pour le Code civil, elle n'est pas contrat. Elle ne peut donc connaître le refus de 'contracter'». Dentro de este cuadro de ideas estudia SERNA el problema del denominado «réfús de contracter». En la primera parte del estudio el problema se analiza en las hipótesis de la intervención estatal y en la segunda en un sistema puramente liberal.

La primera parte, dedicada a la negativa de contratar y el intervencionismo, está dividida en dos subepígrafes: las actividades controladas y la negativa a contratar y el derecho del trabajo y la negativa a contratar. Algunas de las ideas expresadas en estas páginas tienen un evidente interés y son exponente de la amplitud del problema.

Por lo que respecta al primer subepígrafe, uno de los fundamentos del carácter delictivo de la negativa a contratar es el de que la jurisprudencia en varias ocasiones la ha condenado, teniendo en cuenta que el obligado a contratar gozaba de su posición de privilegio otorgada por el poder público, o, al menos, ejercía unas actividades de interés público. En la primera categoría se encuadran los denominados monopolios de derecho. Se trata de personas o empresas que ejercen una actividad concedida por decisión estatal. En la segunda, las profesiones liberales, que tienen «una relación de parentesco con la función pública».

En los supuestos de monopolio de derecho, la doctrina entiende que se está más cerca de un servicio público que de una relación contractual. Así, JEZE y DUGUIT, que niegan que pueda hablarse de relaciones contractuales con los usuarios. No existe una libertad contractual, como en la esfera común. No hay contrato y no cabrá hablar de «réfús de contracter». El régimen especial que la situación impone ante la negativa a

conceder el servicio se fundamenta para SERNA, que recoge la crítica a las teorías anticontractualistas de JÈZE y DUGUIT (p. ej., de DEMOGUE y WALIN), en la igualdad de todos los usuarios ante el servicio y en el hecho de que existe una oferta permanente por parte del concesionario de aquel monopolio de derecho.

El problema de la negativa a contratar cuando el que se niega ejerce una actividad controlada, una actividad de las denominadas liberales, impone la distinción entre los denominados «officiers ministériels», que gozando de su poder por concesión del Estado, que no cabe que rehúsen sus servicios al que los solicita y la de los que ejercen otro tipo de actividades, de profesiones, que de algún modo participan de la idea de servicio público: abogados, médicos, etc. El abogado es libre de rehusar un asunto que no está de acuerdo con su interés privado. En este su conciencia es su primer juez. Más complejo es el caso del médico, en el que las circunstancias para negarse a la asistencia a un enfermo pueden dar lugar a una negativa calificada de ilícita.

No nos importa aquí detenernos en el contenido de la negativa a contratar y el derecho del trabajo, objeto de todo un capítulo, en el que se analiza la jurisprudencia en torno a la materia; basta la referencia a algunas de las conclusiones para darnos idea de cuáles son los términos en los que el problema se plantea. Se parte del principio que inspira al derecho francés, en el que el que emplea tiene derecho a elegir su personal. Hay que destacar en esta esfera el relieve del «in tuitus personae», que juega un importante papel. Es también destacable el hecho de que pueda influir en la decisión del empresario la condición del que ha de ser empleado, condición de soltería, por ejemplo, que en ocasiones es motivo de preferencia, o la de casado, que supone un obstáculo para alcanzar el empleo. Debe de procurarse que en materia de trabajo no sea la condición de casado obstáculo para el posible contrato de trabajo. En definitiva, en esta esfera juega primordialmente la legislación especial laboral, que habrá de resolver los problemas que rebasan, además, la esfera de los intereses particulares de las partes, por ser verdaderamente cuestiones sociales.

Finalmente, en esta parte se estudia por SERNA la cuestión de la negativa a contratar y la libertad de comercio, especialmente en consideración a la intervención de la ley penal en la misma. Para SERNA cabe hablar en materia de intervención de la ley penal en las relaciones vendedor-adquirente, de una intervención contra la libertad y una intervención en defensa de la libertad. El análisis de la intervención en contra de la libertad le lleva a realizar un cuidadoso análisis histórico de las diferentes medidas tomadas por el Estado en la esfera del comercio privado, aparición de la tasa en los precios, medidas para conciliar el espíritu liberal de la contratación y las tasas, etc. Se detiene especialmente en el momento en el que el perfeccionamiento del sistema de tasas supone ya una influencia en el problema de la negativa a contratar, año 1940, al que hemos hecho en su momento referencia. La «réfús de vente» se presenta como una extensión, sin embargo, de las previsiones de la ley penal para el cumplimiento de la política de tasas.

En el capítulo II de esta materia se estudia la intervención como medida aseguradora de la libertad. Este aspecto tienen las medidas intervencionistas que vemos aparecer ya a partir de la ordenanza de 1945, en la que, como dijimos, aparece consagrado el delito de «réfús de vente». Lo que se intenta no es superar la crisis de un periodo de penuria, sino restablecer la libertad de concurrencia comercial. Luego, un fenómeno nuevo se origina: la tendencia a la concentración comercial e industrial, que también precisan de un control. La protección al consumidor se lleva

a cabo mediante la protección, ya lo dijimos, al detallista. Que éste pueda aprovisionarse en las mismas condiciones que sus competidores.

Lo importante es que el problema del «réfús de vente», según el decreto de 1958, se complica por la falta del acuerdo en la existencia de causas justificativas de este delito y especialmente por el de si los contratos de exclusiva caen dentro de la esfera del mismo. El decreto de 24 de junio de 1958 considera incurso en el delito de «réfús de vente» «a todo aquel productor, comerciante, industrial o artesano que rehúsen satisfacer, en la medida de sus posibilidades y en las condiciones establecidas por los usos del comercio, las demandas de los compradores de productos, o las demandas de prestación de servicios cuando estas demandas no presenten algún carácter anormal que emanen de demandantes de buena fe y que la venta de productos o la prestación de servicios no esté prohibida por la ley o por un reglamento público, así como practicar habitualmente condiciones discriminatorias de venta o recargos discriminatorios de precios que no están justificados por aumentos correspondientes del precio de coste del material o del servicio». Por otra parte, una serie de normas dictadas a partir de 1945 intentan limitar la concentración de empresas que tengan como objeto prácticas anticoncurrenciales. Los contratos de exclusiva caen dentro de estos regímenes prohibitivos. Los contratos de exclusiva suponen, en todo caso, una prohibición de contratar, entrañan siempre la idea de una negativa a contratar.

Dentro de esta normativa, el autor del «réfús de vente» es siempre, según el artículo 37, 1, a), un productor, comerciante, industrial o artesano, es decir, un profesional; el legislador busca sanear la concurrencia comercial y reformar los circuitos de circulación. En cuanto a los contratos de exclusiva, en sí llevan el germen de la negativa a contratar. Dentro del derecho francés cabe distinguir la simple cláusula de exclusiva y el contrato de concesión. La primera cláusula, de exclusiva de aprovisionamiento, en la que el comerciante no compra sino a un solo comerciante o fabricante, en la que, a juicio de SERNA, no existe peligro de «réfús de contracter»; la exclusiva de aprovisionamiento, que obliga al comerciante o fabricante a no vender sino a un determinado comerciante, que si supone la negativa a contratar. La cláusula que vincula en exclusiva a ambas partes, al que vende y al que compra, y que puede originar verdaderas ententes de fabricantes y distribuidores, dando lugar al contrato de concesión. El contrato de concesión, dentro de las características del derecho francés, es una verdadera técnica de concentración de empresas (CHAMPAUD) en el que se complica la cuestión del problema de la negativa a contratar.

Las cláusulas de exclusiva en el régimen francés eran válidas en todo caso; ¿lo son a partir de la aparición de la legislación especial, Ordenanza de 30 de junio de 1945 y decreto de 1958?

SERNA lleva a cabo un análisis detenido de ambas disposiciones legales y concluye que cabía la convivencia de la cláusula de exclusiva con la ordenanza de 1945 y que es el decreto de 1958 el que enturbia la materia. Es a través de la jurisprudencia que hay que intentar buscar la solución al problema. Para ello aporta alguno de los fallos más interesantes en torno al tema; jurisprudencia poco abundante, alguna sólo referida a supuestos de negativa a contratar, otra a supuestos de negativa a contratar y pactos de exclusiva o de concesión de exclusiva. En un principio la jurisprudencia se muestra favorable a las cláusulas de exclusiva, que no se entienden contrarias al decreto de 1953; posteriormente parece ser que la línea de la jurisprudencia se mantiene en estos términos, no encon-

trándose en el texto del decreto de 1958 fundamento jurídico bastante para declarar ilícitos los contratos de exclusiva; éstos serán ilícitos sólo cuando su objeto claramente esté incurso en la prohibición del artículo 37, citado, del decreto de 1958.

Finalmente, SERNA se cuestiona: ¿el delito de «réfus de vente» será realmente una sanción a una negativa a contratar? ¿Es posible deducir del derecho positivo una obligación de contratar para ciertas personas? Por una parte hay que considerar que para que se produzca un delito de negativa a contratar ha de haber una serie de condiciones. Que cabe hablar de un dominio restringido de la «réfue de vente», límite objetivo: sólo se refiere a ciertas categorías de bienes. También el «intuitus personae» limita la esfera del «réfus de vente» como delito. Para SERNA, la sanción penal de «réfus de vente» se presenta no como una reglamentación autoritaria de la oferta de contratar, sino como una sanción de un principio antidiscriminatorio que se impone al comerciante, como se impone al servicio público el principio de igualdad o al empresario el de neutralidad. Concluye que en el actual estado de cosas es prematuro sostener que la legislación económica es el origen de un «réfus de contracter» que será civil y penalmente sancionado, y todavía más prematuro el decir que crea un contrato obligatorio. Todo lo que cabe afirmar es que en ciertas hipótesis la ley sanciona penalmente el hecho, para algunos, de restringir la oferta.

El tema se ofrece a reflexión; dentro de nuestro derecho la reciente ley de represión a las prácticas restrictivas de la competencia, que no hace sino recoger la experiencia legislativa en este orden de otros países, como Francia, también plantea la cuestión de la posibilidad de subsistencia de los pactos de exclusiva. En un trabajo, hace poco publicado, sobre el tema tuvimos ocasión de fundamentar nuestra opinión favorable a la subsistencia de los pactos de exclusiva, que no siempre caen bajo la órbita de este régimen protector de la libertad de concurrencia (véase «Revista de Derecho Mercantil», núm. 101).

La segunda parte del trabajo la encuadra SERNA bajo el epígrafe general de «Le refus de contracter et le libéralisme». En ella estudia el problema de la negativa a contratar en un régimen ausente de toda intervención estatal, e intenta fundamentar su teoría negativa, es decir, su teoría de que no cabe hablar en la esfera contractual de una responsabilidad surgida de la negativa a concluir un contrato. Divide esta parte en la negativa a contratar y la formación del contrato, y la negativa a contratar y a las denominadas negociaciones precontractuales. Intentando demostrar que en ninguno de los dos casos puede incluirse el «réfus de contracter» técnicamente.

Se pretende, en todo caso, fundamentar la responsabilidad del que se niega a contratar. Se cuestiona si es un acto lícito o simplemente abusivo. Se plantea de nuevo el problema de si en los supuestos en que estemos ante un monopolio de hecho cabrá fundamentar en él la responsabilidad por la negativa a contratar, como sucedía en el supuesto de monopolios de derecho. Analiza una serie de supuestos jurisprudenciales para concluir que no cabe una solución uniforme, pero que en todo caso no es de la situación de monopolio de donde pueda fundamentarse la responsabilidad por la negativa a contratar.

Algunos fallos jurisprudenciales parecen querer fundamentar en el abuso del derecho la negativa a contratar, abuso del derecho de no contratar cuando concurren determinadas circunstancias. La jurisprudencia que define el abuso del derecho de no contratar da lugar a dos grupos de decisiones: las que no reconocen la responsabilidad del soli-

citado a contratar, testimoniando así una negativa lícita a contratar, y las que reconocen esta responsabilidad. Para concluir la imposibilidad de hablar del abuso del derecho como fundamento del «réfús de contracter», SERNA comienza demostrando la dificultad de definir esta noción en relación con el mismo. Hay un derecho a contratar, corolario de la libertad de contratación, y también de él surge un derecho a no contratar. Libertad de comercio y libertad de contratación estrechamente unidas. La jurisprudencia se hace eco de esta libertad de comercio y hemos visto cómo la legislación se preocupará de proteger la libertad de concurrencia. Se dice que hay abuso del derecho en cuanto que el solicitado a contratar a veces ocupa una posición preeminente; ejemplo aportado, el del hotelero que ejerce solo su industria. Se habla de «motivos legítimos», «motivos serios» para la negativa a contratar. Lo cierto es, dice SERNA tras su estudio de la jurisprudencia, que muchas veces lo que hay no es una negativa a contratar en los supuestos analizados, sino una verdadera obligación contractual incumplida.

¿Cuál es la verdadera naturaleza del «réfús de vente»? SERNA desecha todas estas teorías de abuso del derecho, monopolio de hecho, etc., que intentan fundamentar la negativa a contratar cuando no ha existido ninguna relación contractual todavía y cuando la obligación de contratar tampoco tiene su fundamento en algún régimen legal especial. La idea del monopolio de hecho no es tampoco fundamento suficiente para SERNA. El que rehúsa contratar no tiene responsabilidad alguna. Para SERNA, en los casos en los que en los fallos jurisprudenciales se ha llegado a reconocer la responsabilidad del que se negaba a contratar era porque en realidad había una oferta de contrato. Es su tesis: siempre que se llega hasta el reconocimiento de responsabilidad por no contratar es por la existencia de una *pollicitatio* del solicitado a contratar. *Pollicitatio*, que es la medida de su compromiso, destacando que las decisiones jurisprudenciales que reconocen el «réfús de contracter» acuden a la *pollicitatio*. Idea que no es sino la aplicación al problema de la teoría de la oferta permanente. La oferta es, en definitiva y a condición de que sea lícita, la medida del contrato y el *pollicitante* no está obligado sino en los límites de la misma. Como consecuencia SERNA analiza la teoría dentro del sistema francés, que busca en todo caso la seguridad de los contratantes. La distinción que en el mismo cabe hacer de la *pollicitatio* firme y la oferta sin compromiso. La segunda no tiene, a juicio de SERNA, la precisión necesaria para considerarla base de un contrato. El problema de la posibilidad de rehusar el contrato en estos casos quizá esté, más que en saber si la oferta era firme en el momento de la aceptación, en el de saber si existía una reserva *intuitu personae*, que permitiese en todo caso la negativa a contratar. Se ocupa de la licitud y posibilidades de estas reservas. Finalmente analiza el problema en cuanto a los contratos de adhesión: concluye la similitud de argumentos empleados en la crítica del «réfús de contracter» y de los contratos de adhesión. El contrato es vehículo indispensable a la vida jurídica y económica; sería, por tanto, intolerable que la posición de ciertos individuos, su poder, les permitiese excluir a otros de esta esfera jurídica. En este tipo de contratos hay una superioridad económica de uno de los contratantes, las cláusulas se imponen unilateralmente y en interés exclusivo del que las impone. Son invariables para la parte más débil. Caracteres que encontramos en la oferta permanente. El «réfús de contracter» no es sino un aspecto complementario del problema del contrato de adhesión. En realidad, más que de un problema de orden jurídico cabe hablar de un problema de orden moral y económico.

Todavía intenta encuadrar el "réfús de contracter" dentro de las denominadas negociaciones precontractuales (*pourparlers*). Las negociaciones precontractuales, fase preliminar del contrato, en las que se discuten las cláusulas del mismo. No hay todavía contrato ni oferta de contrato. Sólo proposiciones y contrapositiones. Se discute por la doctrina si hay responsabilidad contractual en este periodo. Para algunos como RICOT y JOSSEMAN el problema que puede derivarse de la responsabilidad en estas negociaciones y el del «réfús de contracter» es el mismo. Para otros autores, entre los que se encuentra SERNA, no. Una serie de dificultades de varia índole se oponen, así la dificultad de delimitar los momentos en que comienzan y terminan estos tratos preliminares. etc. Todo ello le lleva a concluir la independencia de los problemas. SERNA se detiene también en el análisis de algunos supuestos jurisprudenciales, en los que fundamenta su aserto. Tiene especial interés todo lo referente a la técnica de interpretación de los contratos y los tratos preliminares, así como la noción del «acuerdo en principio» y ciertas técnicas de formación del contrato y de su aplicación a la venta, a ensayo y a prueba, así como a otros contratos.

Finalmente, concluye SERNA, con frase de RIPERT, «il n'y a point place rationnellement pour l'abus du droit de ne pas contracter», en derecho francés, añadiendo SERNA que ninguna responsabilidad es racionalmente concebible para la negativa a contratar; ni teórica, ni técnicamente puede ser fundamentada en términos del derecho clásico positivo.

TERESA PUENTE MUÑOZ,
Profesor Adjunto de Derecho Civil.