

GUAITA, Aurelio: *Derecho administrativo especial*.—Tomo IV. Librería General. Zaragoza, 1966.—Un volumen de 372 págs.

El profesor GUAITA se aproxima a la terminación de su *Tratado de Derecho administrativo especial*. Y aun cuando supongo que ya se habrá dicho lo mismo en recensiones de tomos anteriores, aun así me parece preciso comenzar ésta, señalando que se trata de un libro distinto de lo publicado hasta ahora, único en su género y muy necesario. Un tratado relativamente breve que cubre de modo efectivo y eficaz la zona más frondosa de la legislación española, reduciendo a unidad, en cuanto posible, y, al menos, reconociendo a sus principios fundamentales la multitud de normas sobre los variados aspectos de la vida nacional en que intervienen particulares ramas de la Administración o que se relacionan con la acción administrativa.

En su camino hacia la terminación de la obra, el autor recorre, en este tomo, las etapas correspondientes a la industria (industrias en general, energía, propiedad industrial); el turismo; el comercio interior y exterior, y las comunicaciones y transportes (terrestres, marítimos y aéreos).

La exposición es sencilla, clara, pedagógica. El autor hace las necesarias referencias a la historia inmediata de la legislación, de los institutos y de los órganos administrativos, y así también, cuando ello es útil, al Derecho comparado. Pero la casi totalidad de la obra versa sobre Derecho español actual. En ella, el copioso material legislativo se expone sintetizado con inteligencia y en forma orgánica, incluidas en el texto las normas más características, y en las notas (junto con la bibliografía—realmente exhaustiva la española de algún interés—y selecta jurisprudencia), las disposiciones complementarias. Consigue, así, una síntesis diametralmente distinta del centón; de la transcripción inconexa y

literal de preceptos que se supone importantes, alineados uno tras otro, que da tono a tantas obras anteriores. Pues en ésta se define; se explica el instituto; se destilan y sitúan los grandes principios; se extrae la sustancia común del conjunto de las regulaciones particulares; se insertan éstas en un sistema. Desde luego, el autor emplea muchas veces (evidentemente, y ello es necesario) las palabras de la Ley, pero incluidas en explicaciones de su significado, y sin perder de vista las ideas fundamentales, de modo que el conjunto representa una reelaboración de los preceptos esenciales, más formativa que informativa—aun siéndolo mucho—, y mucho más llena de relaciones e implicaciones que la mera transcripción al uso.

La obra, nacida de la enseñanza y a ella destinada, tiene, además de su valor pedagógico indiscutible, gran valor práctico, por cuanto informa a quien la consulta de todo lo fundamental en legislación y bibliografía relativas a la materia que le interesa, y le explica los principios que la gobiernan: ellos representan, frecuentemente, el único hito estable para la interpretación de Leyes circunstanciales y cambiantes.

Son muchos e interesantes los puntos de vista personales en el libro que comento: resulta imposible, en los límites de esta reseña, dar una idea de tantos como aparecen a lo largo de la exposición, a veces en función de complemento interpretativo del autor a las Leyes vigentes, de modo que el no especialista puede incluso considerarlos como algo natural, evidente, cuando en realidad representan un trabajo importante de hermenéutica, e incluso de construcción, sobre temas inéditos o discutidos. La frecuencia de estas opiniones propias en el texto y en las notas de la obra es ya un indicio de su originalidad y valor.

Por señalar algún extremo concreto, indicaré el estudio, fino y original, que el profesor GUARTA hace del concepto y naturaleza de la propiedad industrial y de las relaciones del Derecho civil y el administrativo en ese campo. El acepta que se trata verdaderamente de una propiedad, por ser aplicable a la industrial el artículo 348 del Código civil, pero propiedad dotada de numerosas e importantes peculiaridades, debido a su inmaterialidad y al papel esencial que juega en este campo el Registro de patentes y signos distintivos. Este Registro representa precisamente el en-

tronque de la propiedad industrial con el Derecho administrativo, aparte la función social importante y evidente de aquélla, que exige la intervención de la Administración. Finalmente, los certificados, patentes o inscripciones, son actos administrativos de naturaleza concesional, lo cual explica que se otorguen sin perjuicio de tercero; la existencia del canon, y la caducidad por falta de explotación o utilización.

Creo que podemos estar de acuerdo con esta tesis. En particular, no me parece que el concepto de concesión y el de propiedad se repelan indefectiblemente. Tenemos aquí un caso en que la realidad se burla de las construcciones jurídicas excesivamente cerradas y esencializadas. Hay, con todo, entre las afirmaciones del autor, una acerca de la cual cabría ulterior análisis, a saber, si realmente la propiedad industrial nace *ex nihilo*, o si en algunos casos—por ejemplo, el de la intervención—hay un *quid* anteriormente existente, igual que en la propiedad intelectual con un cierto valor autónomo y que, por tanto, no se limita a ser mero requisito de la concesión.

Otro punto, entre tantos más, en el que hay notable aportación personal, es el de la naturaleza de la zona marítimo-terrestre, cuya propiedad pública defiende el profesor GUARTE con buenos argumentos, señalando las incoherencias de la legislación española, que llevan a admitir, circunstancialmente, excepciones de difícil calificación. El autor ha manejado en este punto, ágil e inteligente, los textos en presencia.

La obra constituye un señalado servicio a la enseñanza: formará licenciados en Derecho con conocimiento científico de la materia administrativa; les ayudará a discurrir bien sobre ella; les situará en nivel superior para contemplar en su conjunto cualquier regulación concreta. Mas también ayudará a los prácticos a enfocar la interpretación de la Ley para la resolución del caso controvertido, o les informará de la legislación y sus vigencias, o de la literatura y la jurisprudencia importantes sobre cualquier extremo. Será—si no lo es ya—un libro clásico en la literatura administrativa española, que emplearán los escolares para su iniciación, y consultarán los juristas para iniciar cualquier estudio o recurso. Es, en último término—y de ahí su vocación de libro clásico—, el coronamiento de una etapa de la doctrina española, en

la que una nueva generación de administrativistas ha perfeccionado los métodos y redoblado el esfuerzo, sobre todo en los años que llevamos de publicación de la «Revista de Administración Pública». Gracias a esta generación tenemos hoy un acervo de estudios monográficos que sirven de contraste a la doctrina y la hacen más estable y uniforme. Dicho sea ello, asimismo, en elogio del autor, que es uno de los representantes más caracterizados de ella.

JOSÉ LUIS LACRUZ BERDEJO.

GUILARTE ZAPATERO, *Vicente*: *La segunda hipoteca en el Derecho español*. Editorial Bosch. Barcelona, 1966.

En el trabajo del profesor GUILARTE se lleva a cabo una sistematización del régimen de la segunda hipoteca, aislándola de la anterior, destacando la entidad independiente de la misma, determinada por su propia finalidad práctica.

De las tres partes en que la obra se divide, en la primera, el autor, analiza la posibilidad de hablar de la concurrencia de garantías reales sobre una misma cosa en el Derecho histórico, como antecedente de los modernos regímenes de la segunda hipoteca.

Partiendo del Derecho babilónico, destaca después las tres típicas formas de garantía real en el Derecho griego, de las cuales, la de más tardía aparición, se caracteriza, porque la cosa queda en propiedad y posesión del deudor hasta el vencimiento de la deuda, producido el cual, sin necesidad de autorización judicial, pasa a la propiedad del acreedor. Frente a la hipoteca romana, que es una garantía del crédito, la griega, supone un verdadero sustitutivo del mismo.

Sólo en este supuesto cabría hablar de posibilidades de concurrencia de garantías, aunque, como señala GABA, esto vendría siempre limitado por esa especial naturaleza de la hipoteca griega, que entraña un poder de apropiación de la cosa, que excluiría, por incompatibilidad, otro poder de tal naturaleza sobre la misma cosa.

Es de notar que en la Ley de Efeso se contemplan disposiciones

específicamente relacionadas con la pluralidad de hipotecas sobre un mismo bien.

El Derecho romano tiene un sistema de garantías reales diferente, que el autor esquematiza para llegar a conclusiones que importan a la materia concreta de su estudio.

Dentro de las notas caracterizadoras de la hipoteca romana, señala ésta, precisamente, de la posibilidad de que una cosa soporte diversos gravámenes hipotecarios. Admitida la no transmisión de la posesión de la cosa y conseguido el sistema de realización de su valor, para con el importe hacerse el pago de la deuda, nada impide la existencia de los gravámenes posteriores. Pero la falta de un sistema de publicidad hace bien escasa su utilidad, ya que se impide la certeza del rango y se desconoce el valor de los gravámenes anteriores. La existencia de hipotecas generales y privilegiadas, resta también garantía y eficacia a las hipotecas posteriores. Se hace eco del reciente trabajo del profesor MIQUEL sobre el tema, que preocupa a los romanistas a través de una bibliografía bastante numerosa, en la que discrepan en cuanto a su momento de aparición. Es sabido que MIQUEL pone el origen de la segunda hipoteca en el negocio jurídico romano.

Aceptada la existencia, dentro de estos límites, de la segunda hipoteca en el Derecho romano, el autor se detiene a analizar las notas esenciales de su contenido, así como el sistema de prioridad.

En cuanto al contenido, consumada la evolución de la hipoteca, da derecho al acreedor a la facultad de ejercitar el *ius vendendi*. Y como requisito preliminar al ejercicio de tal facultad, se le concede la «actio serviana» o «hypotecaria» para obtener la posesión de la cosa. En el momento en que tal acción es concedida al segundo acreedor hipotecario, se señala por HERZEN, puede decirse aparecida la segunda hipoteca en el Derecho romano. Frente a esta posición, la del profesor MIQUEL, para quien en los textos pueden encontrarse supuestos de segundas hipotecas, a los que no se les concede tal acción, a no ser que el acreedor primero no quiera aceptar el pago ofrecido por el acreedor segundo.

La acción serviana, como la hipotecaria, tienen carácter restitutorio, obteniéndose con ella la posesión de la cosa dada en garantía. Su ejercicio sólo es posible impagada la deuda. En un prin-

cipio, el segundo acreedor hipotecario carece de tal acción y sólo puede ofrecer al acreedor primero el importe de su deuda. Aceptado por éste, y como consecuencia de la subrogación operada, el acreedor segundo ocupaba el primer rango, con la consiguiente facultad de ejercitar la acción hipotecaria. Parece ser que en el supuesto de que el primer acreedor hipotecario no aceptase, se concedía también al segundo la acción hipotecaria. Es decir, señala el autor, cabe señalar en este primer momento un condicionamiento absoluto de la segunda hipoteca en los términos expuestos.

Posteriormente, es dotado ya el segundo acreedor de acción hipotecaria con independencia del primero. Puede esta acción ejercitarse contra cualquiera, excepto contra el primer acreedor hipotecario. Nota típica de la segunda hipoteca romana es la de no otorgar en ningún momento de su evolución la facultad de proceder a la venta de la cosa. Esta venta, llevada a cabo por el segundo acreedor, amparado en la clandestinidad, no tendría trascendencia real.

La solución, aunque parece justa, supone un condicionamiento del derecho del segundo acreedor al del primero y es extraña al Derecho moderno. El segundo acreedor no está facultado, sino a exigir, si existe, el sobrante del precio de la venta. Y tampoco puede oponerse a la venta que de la cosa haga el primero. Como facultad mitigadora de la condicionalidad del gravamen posterior, encontramos en el Derecho romano el *ius offerendi*; es decir, la facultad de ofrecer el importe de su hipoteca al acreedor preferente, como ya señalamos, subrogándose así en su lugar. Facultad de gran interés en el sistema romano, como se desprende de la construcción del mismo, así como del contenido de la facultad.

Consumada la evolución de la hipoteca, el *ius offerendi* es un derecho de subrogación, al que Glück descriptivamente califica de derecho de satisfacer o comprar el crédito de otro acreedor hipotecario, concedido al acreedor de grado inferior. Destaca que este acreedor hipotecario a quien se le ofrece el pago de su crédito, viene obligado a aceptarlo y su negativa origina la correspondiente consignación judicial que tiene efectos de pago.

Sigue analizándose en el texto el régimen de la figura en todos sus pormenores. En especial su naturaleza jurídica, que difiere fun-

damentalmente de la de las hipotecas posteriores en el Derecho moderno en algo tan importante, como la ausencia de la facultad de realizar el valor de la cosa gravada. Así como en el influjo en ella del *ius offerendi*.

Una vez consumada su evolución, dice el autor, puede considerarse a la segunda hipoteca romana como un verdadero derecho real de garantía. Condicionado en su efectividad a la existencia del primer gravamen. Así, DERNBURG lo califica de negocio condicional. Acabando el análisis de esta segunda hipoteca romana, con el estudio de la fijación y cesión del rango hipotecario en Roma. Principio romano es el de *potior in iure prior in tempore*. En las dificultades que ofrece la fijación del momento para aplicarlo. En las excepciones que lo complican etc. Finalmente, hace referencia a cómo la concurrencia de gravámenes hipotecarios da lugar a un sistema de elasticidad o avance de puestos, analizándolo detenidamente. Desaparecida la hipoteca precedente, siempre que no sea por venta, en cuyo supuesto se extinguen todas, la posterior ocupa el puesto de la primera. Excepciones, el *ius offerendi* y la *successio in locum*, deteniéndose en los distintos casos de esta última. Tanto en los casos del *ius offerendi* como en los del *la successio in locum*, estima MORANDI, más que una cesión del derecho de hipoteca, hay una cesión de rango. De otra manera no podría explicarse que el derecho de hipoteca sobreviviese a la extinción del crédito, que garantizaba, para unirse a otro nuevo. Señala GUILARTE, cómo el sistema bastaba a cubrir las pocas necesidades del crédito real en Roma. Siendo el sistema de prioridad romano no sólo lógico, sino justo.

A continuación estudia el Derecho germano. Como consecuencia de la publicidad y de las solemnidades que informan a los derechos germanos, la hipoteca va encontrar un medio más capaz para su desarrollo. Frente a la carencia de formalidades en la constitución de la hipoteca romana, las garantías reales germanas nacen revestidas de cierta publicidad, que dará, finalmente, lugar a la inscripción necesaria cuando se trate de gravámenes sobre bienes inmuebles, del mismo modo que se exige para la transmisión de éstos. También es causa del buen desenvolvimiento de las hipotecas germanas posteriores, la ausencia de garantías reales, sobre todo el patrimonio.

La evolución es, por lo demás, similar a la del Derecho romano. Cabe, no obstante, destacar cómo en el Derecho germano se afirma pronto el distinto tratamiento que recibe el derecho de prenda, según recaiga sobre muebles o inmuebles. Se distingue en este derecho entre prenda de sustancia y de disfrute. Las analiza. Destaca cómo la primera realmente se confunde con un pacto de retro. La prenda de disfrute, *satzung*, como la prenda romana, pone al acreedor en posesión de la cosa gravada, pero se diferencia de ésta, en que otorga el disfrute de la cosa hasta la extinción de la deuda.

Se habla por los germanistas del origen de la hipoteca germana en la que se denomina nueva *satzung*. Frente a la antigua *satzung*, en la nueva, el desplazamiento de la posesión no se produce, sino en el caso en que el crédito esté vencido y no satisfecho. Y sólo a efectos de ejecución. La doctrina destacó el paralelismo de la nueva fórmula con la hipoteca romana, y WOLF la señala como raíz de la hipoteca moderna. GUILARTE, a su vez destaca, cómo, sin embargo, existe una profunda diferencia entre ambas. Que reside en el papel que la publicidad juega en la *satzung*. En un principio a través de su constitución mediante solemnidades públicas entre los Tribunales y el Consejo. Más tarde, cuando se crean los Registros en las ciudades y se exige la inscripción.

Examina la evolución de esta fórmula de garantía. Destaca cómo tiene más analogías con la moderna hipoteca que con la romana. Ya que viene tipificada por dos cualidades: publicidad para su constitución y vigencia posterior del gravamen con la consecuente ejecución judicial. Todo esto, junto con la prohibición, ya señalada, de hipotecar todo el patrimonio, parece que había de favorecer la creación de hipotecas posteriores. Y señala cómo cabe pensar que la aparición de éstas no tendría lugar hasta la aparición de la nueva *satzung*, que no precisa el traspaso de la posesión.

Es notorio, por otra parte, cómo la influencia de la hipoteca favorece el desarrollo de la economía de los Estados germanos. Instrumento de crédito territorial, gozó de gran predicamento.

No obstante, la recepción del Derecho romano, las notas típicas de las garantías germanas, perdurarón en la moderna legis-

lación, aunque esta recepción dió lugar a que se borrásen los principios clásicos del sistema hipotecario germánico. Al irrum-
pir, las hipotecas tácitas y generales se borra la publicidad y la
especialidad. Más tarde, los principios nacionales adquirirán
nueva vigencia.

La publicidad fué el resorte decisivo, se señala, para el im-
pulso y desarrollo del derecho de hipoteca germano. También
destaca el autor como circunstancia que favorece el funciona-
miento de las hipotecas posteriores en este sistema, la de que en
el Derecho germano la ejecución hipotecaria se dirigen en forma
inmediata a la realización del valor de la cosa para con su im-
porte hacer pago al acreedor.

El sistema germano pretende la realización del valor de la cosa.
El Derecho romano, la seguridad del acreedor hipotecario, lo que,
lógicamente, se busca a través de la posesión de la cosa. «La hipo-
teca romana—escribe GUILARTE—proyecta su eficacia más trascen-
dental cuando intenta adquirir la posesión de la cosa; la hipoteca
germana y la moderna, cuando se lleva a cabo la realización del
valor». Completando el análisis histórico, el autor se detiene a
considerar la institución en nuestro Derecho histórico.

Entiende que cabe señalar en la evolución dentro de nuestro
Derecho tres etapas claramente diferenciadas: la primera, que
termina con la implantación de los oficios. La segunda, de creación
de los oficios hipotecarios que vienen a dotar de cierta publicidad
a los gravámenes. Y la tercera, que comienza con la promulgación
de la Ley Hipotecaria de 1861.

Analiza seguidamente cada uno de los tres periodos.

En el primero, la hipoteca del Derecho español es típicamente
romana, clandestinidad, hipoteca general, incluso de bienes futu-
ros, privilegios de todo tipo.

Pronto se manifiestan los inconvenientes del sistema, cuando la
estrechez de la economía se rompa y se debilite la buena fe de las
realizaciones. Volvemos a encontrar los riesgos que hallamos en el
Derecho romano, imposibilidad de conocer si la finca está libre de
gravámenes y de la seguridad en el privilegio de la hipotecá, ante
otros anteriores.

Por otra parte, a la manera como sucedía en el Derecho romano,
en el Derecho antiguo español también aparecen fundidas prenda

e hipoteca bajo una misma denominación. En régimen semejante, señala GUILARTE, la imposibilidad de segundas hipotecas, como la escasa difusión de la hipoteca en general.

La segunda fase se inicia con la creación de los oficios de hipoteca en 1768, como consecuencia de los inconvenientes del sistema de la clandestinidad. Sin embargo, la publicidad conseguida es parcial, tiene lugar en cuanto a las hipotecas convencionales, pero no rige en las legales, que siguen siendo clandestinas. La seguridad del dominio sigue sin producirse, por lo que la introducción de los oficios no alcanza demasiada trascendencia. Señala GUILARTE, que en la medida de su parcialidad esta publicidad tendrá más trascendencia para las segundas hipotecas, pues facilita el conocimiento de los gravámenes ya existentes.

Finalmente la tercera fase, que tiene lugar con la apreciación de la Ley de 1861, supone la instauración de una serie de principios técnicos de procedencia germana.

Sistema de publicidad a través de la inscripción constitutiva en materia de hipotecas, que será piedra angular del tráfico inmobiliario. Dos hechos decisivos facilitarán el desarrollo de la segunda hipoteca a partir de este momento: 1) facilitación del exacto funcionamiento del Derecho de prioridad. 2) Posibilidad de determinar con precisión el alcance de los gravámenes primeros.

Hace notar que, no obstante, perdurarán en nuestro sistema notas del Derecho romano. Y será precisamente en las segundas hipotecas donde nos encontremos con este influjo. Fundamentalmente, señala Roca Sastre, nuestra hipoteca es romana.

Se consagra la posibilidad de segundas hipotecas en el artículo 107, 2.º, de la Ley. Se señala por GUILARTE, cómo la importancia no está en la consagración de esta posibilidad, que ya encontramos de alguna manera en el Derecho romano y en las Partidas, lo que sí es auténtica innovación, respecto del Derecho anterior, es la declaración de ineficacia del pacto prohibitorio de las hipotecas posteriores, con lo que no sólo se la independiza de la voluntad del acreedor hipotecario primero, sino que a éste se le priva de producir la ineficacia de las hipotecas posteriores de manera expresa.

Sólo un sistema de publicidad justifica y hace operantes las segundas hipotecas y justifica el sistema de preferencia que rige en la materia. Todo lo cual aparece en los términos del artículo 107.

De forma implícita, señala GUILARTE, aparece en el artículo 107 el principio del B. G. B. de libertad de hipotecar del dueño de la finca.

En la exposición histórica se hace, finalmente, el análisis de la actual Ley Hipotecaria. En la que se mantiene el principio de nulidad del pacto prohibitorio de segundas hipotecas. Se construye la ineficacia del mismo, acudiendo a los artículos 26 y 27. Se hace eco de la diversidad de opiniones en cuanto a la extensión de la prohibición de estos pactos: ¿alcanza también a la prohibición que aparezca en la donación o el testamento? Destacándose otros problemas que la prohibición de la Ley plantea: acceso al Registro de los pactos y alcance de la eficacia obligacional de los mismos.

El régimen legal, que surge a partir de la publicación de la Ley de 1861, favorece la utilización de la garantía hipotecaria y facilita el empleo de las hipotecas posteriores. El régimen hipotecario se extiende a los muebles; pero por razón de su naturaleza, la Ley de Hipoteca Mobiliaria de 1954 prohíbe expresamente las segundas hipotecas. Comparados los regímenes jurídicos de la Ley de 1861 y el actual, se puede concluir que no hay modificaciones fundamentales. Sólo una distinta redacción que no afecta a la esencia del sistema.

Una vez llevado a cabo el análisis histórico de las segundas hipotecas, el autor, en la segunda y tercera parte de la Monografía, estructura y sistematiza la materia.

En primer término, delimitación del concepto y notas específicas de la segunda hipoteca. Plenamente reconocida dentro del artículo 107, 3.º, se integra dentro de las modalidades de hipotecas que pueden constituirse con restricciones, que, en este caso, se refieren a la limitación que estos gravámenes sufren como consecuencia de la existencia de gravámenes anteriores. Se llega así hasta un concepto de segunda hipoteca, como aquella que grava bienes sobre los que ya existe una anterior, cuya inscripción está vigente en el momento de constituirse la posterior. Típico de la figura es estar sometida inexorablemente a la prelación. Destaca GUILARTE, cómo en esta dependencia hay, sin embargo, distintos supuestos: en unos la dependencia no tiene efectos en la práctica, mientras que en otros, la absolutividad de la dependencia es tal, que es suficiente la voluntad del acreedor de la primera hipoteca

para hacer desaparecer el gravamen segundo con la independencia de la voluntad de su titular. Los analiza.

También es nota típica dentro de nuestro régimen, que no en todos, que la segunda hipoteca para su vigencia y viabilidad precisa de la previa constitución de la primera y como sucede en Derecho romano, es nota de la segunda hipoteca, como de la hipoteca en general, que afecta a la cosa y no a su valor.

Del concepto se desprende una serie de características fundamentales, derivadas unas veces de la finalidad de la institución, facultades concedidas al titular para que su garantía no resulte ilusoria. Y notas que derivan de la naturaleza de la figura: derecho formal, accesorio indivisible, de constitución registral, que recae sobre bienes inmuebles. Se detiene especialmente en la nota de sumisión de la segunda hipoteca a la primera y sus consecuencias. Sometimiento no sólo en su origen, sino en su desarrollo, desenvolvimiento y eficacia a la vigencia y contenido del primer gravamen hipotecario. La dependencia depende, en cuanto a sus efectos, del sistema en que la institución se desenvuelve. En nuestro Derecho es máxima. Insiste en el sentido de la autonomía jurídica de la segunda hipoteca y de la dependencia económica. Examinando en particular algunos de los supuestos específicos de dependencia; hipoteca primera constituida sin poder o sin poder bastante y las consecuencias de la irregularidad de la situación en cuanto a la segunda hipoteca. Supuesto en que la hipoteca constituida en primer rango lo ha sido unilateralmente. Supuesto en que la primera hipoteca garantiza una obligación futura o una obligación sometida a condición. En todos estos casos, como en el del que la primera hipoteca sea una hipoteca de máximo o esté afectada por unas cláusulas de estabilización, GUILARTE no sólo recoge la doctrina más autorizada, sino que da, en ocasiones, la interpretación personal del problema.

Otra nota de la segunda hipoteca es la de la facultad de realización del valor que tiene por su titular, cuando la obligación ha vencido.

Facultad desconocida en el Derecho romano y que supone la culminación de la evolución de la segunda hipoteca. Facultad que hace posible el sistema de publicidad de los gravámenes, que conecta jurídicamente a la segunda hipoteca, que sólo en el sentido

económico seguirá subordinada a las hipotecas anteriores. El *ius offerendi* pierde importancia. Pero la segunda hipoteca sigue supe-
ditada en cuanto a su duración, a la ejecución de la primera, que da
lugar a la desaparición de las posteriores. Analiza las hipotecas de
renta y de máximo como supuestos incapaces de ser aptos para se-
gundas hipotecas. Y si desde el punto de vista teórico cabría la
duda, desde el práctico, concluye cómo la segunda hipoteca de
estos supuestos sería inoperante.

Hace referencia como nota económica de la segunda hipoteca,
a su menor seguridad, el menor valor de la misma. Pasando a de-
tenerse en el estudio de la trascendencia del sistema de prioridad
en que se desenvuelve la segunda hipoteca, trascendencia que ca-
lifica de sustancial en el mecanismo y contenido de la misma.
Expone, en primer lugar, los distintos sistemas de prioridad en el
Derecho comparado e histórico: romano, germánico y mixto, re-
presentado éste por el Código alemán. En cada uno de los cuales,
es de destacar que la segunda hipoteca tiene diverso contenido.
Se detiene en la polémica que nuestro sistema de prioridad, ro-
mano o de elasticidad, ha originado en la doctrina. Estudia las
consecuencias de uno u otro sistema en la segunda hipoteca,
muy especialmente en nuestro sistema de prioridad. En nuestra
Patria, la doctrina insiste que una de las causas del escaso de-
arrollo del crédito hipotecario está precisamente en este sistema
que se estima necesario desterrar.

Examina a continuación el influjo del rango en la segunda hi-
poteca. Haciendo, en primer término, un resumen de la doctrina
en torno al concepto de rango, que llega, en base a su importancia
económica, hasta la teoría de la sustantivación del rango. Concep-
ción del rango como cualidad del Derecho real o como contenido
propio del Derecho real; para GUILARTE, el rango, por si solo, no
cabe que sea considerado ni como un derecho, ni como parte in-
tegrante del derecho al que se incorpora; es la circunstancia de
estar incorporado al rango preferente un derecho real de garan-
tía, con su eventual facultad de expropiación y realización de va-
lor, la que determina unas consecuencias evidentes en orden a la
persistencia de todos los derechos posteriores. Para el segundo
acreedor hipotecario, los cambios de rango importan en orden a
los problemas que pueden afectar a la segunda hipoteca, cuando

este cambio se produce. Se detiene en dos cuestiones: la de la necesidad o no del consentimiento del propietario del bien gravado para el cambio de rango. La de la necesidad del consentimiento de los titulares de los gravámenes intermedios. Haciendo referencia al problema de la reserva de puestos.

La segunda parte de la obra acaba con el análisis de los fundamentos y naturaleza de la segunda hipoteca. Fundamentos, entre los que destaca dos decisivos: la posibilidad de concurrencia sin perjudicar los intereses del primer acreedor hipotecario y las posibilidades que la segunda hipoteca supone para el desarrollo del crédito territorial.

El primer acreedor hipotecario no ve afectado para nada su derecho por la constitución de segundas hipotecas. El riesgo de la segunda hipoteca, de naturaleza económica, afecta sólo al acreedor de ésta, que lo conoce cuando la asume. El crédito territorial se beneficia de las segundas hipotecas; pero, en general, es destacable la poca simpatía hacia el crédito hipotecario en general, agudizado en cuanto a los gravámenes posteriores, que apenas si se ha desenvuelto en nuestra Patria.

Al intentar la delimitación de la naturaleza jurídica, GUILARTE parte de la previa consideración de la naturaleza jurídica de la hipoteca en general. Pasando, como consecuencia, a una síntesis de la dogmática en torno al tema. Arranca de la consideración del tema los derechos reales como categoría patrimonial. Recoge la doctrina en torno a la distinción derechos reales, derechos personales. Concluyendo que la distinción debe de prevalecer por tener una validez actual, sumándose así a la mayoría de la doctrina española. Partiendo, pues, de esta categoría, derechos reales, llega a la de derechos reales de garantía. La hipoteca es un remedio para asegurar la efectividad de los derechos, que frente a otros que el Derecho positivo, contempla, se caracteriza precisamente por su específica naturaleza, porque sujeta directa e inmediatamente a los bienes sobre los que recae. Es un derecho real, en este sentido clásico. Pero no falta la doctrina que niega a estas garantías la naturaleza de derechos reales, entendiendo que sólo lo son los de goce. Incluso se ha llegado hasta la doctrina que se denomina procesalista de la hipoteca. Tradicionalmente, la hipoteca viene considerada como un derecho real de garantía. El de-

recho romano, los glosadores y postglosadores, la pandectística alemana, la mayoría de la doctrina lo aceptan. Todavía en este sentido tienen vigencia, señala el autor, los argumentos que en su defensa utilizase DERNBURG: vinculan los derechos reales de garantía inmediata y duraderamente la cosa y la sujetan a la disposición del acreedor. Esencia del derecho real. Las matizaciones de la doctrina son múltiples, pero para GUILARTE, como para RUBINO, merece ser mantenida la categoría, con los debidos retoques, a los que hace más adelante referencia. Los impugnadores de la teoría, por su parte, revisándola, ensayan diversas fórmulas, que el autor de la Monografía recoge someramente: la concepción personalista de la hipoteca (BÜCHEL, SOHM y MEIBOM). Parten en sus variantes manifestaciones de la concepción del derecho real como una facultad desmembrada del dominio, que corresponde a una persona determinada, que tiene lugar en el usufructo o en las servidumbres prediales, pero de ningún modo en la hipoteca. O llegan hasta la identificación de la hipoteca y el derecho de crédito. El escaso predicamento de estas teorías no borra el hecho de que, a partir de ellas, se lleva a cabo la necesaria revisión de la teoría clásica.

Otro sector de la doctrina concibe a la hipoteca como una obligación real, modalidad muy discutida. Particularmente defendida en Alemania, algún autor intenta asentarla en nuestro Derecho, en base al artículo 1.879 del Código civil (*Angel SANZ Compraventa de finca hipotecada.*) Teorías que dan una noción fragmentaria del concepto y que son poco operantes. Se hace referencia también a la noción de hipoteca como derecho real «in faciendo» (Fadda y Benas). A la de hipoteca como cualidad de un derecho. A la teoría procesalista, de la hipoteca, que tuvo gran predicamento hasta que fue exhaustivamente impugnada, CARNELUTTI lleva, en su momento, a cabo el intento de elaboración de esta doctrina que concibe a la hipoteca como un fenómeno puramente procesal, una mera manifestación de la acción ejecutiva. Y esto porque el objeto de la obligación no es la conducta del deudor, sino un determinado bien, de donde el resultado de la ejecución sólo es distinto del cumplimiento propio cuando se trata de obligaciones de hacer. El poder coactivo del acreedor sólo tiene manifestaciones procesales. La teoría procesalista de la hipoteca llega a negar toda sustantividad a ésta, afirmándose que no se verifica en ella

ninguna relación jurídica-material. La tesis ha sido ampliamente rebatida, recogándose en la obra los más destacados argumentos de los impugnadores.

Hay también mención de las teorías de GORLA, hipoteca como vínculo de indisponibilidad, BARBERO, que niega la hipoteca como derecho, como consecuencia de su concepción del derecho subjetivo. Para él la hipoteca no es sino una mera relación sustancial cuyo contenido es un vínculo sobre un determinado bien para la satisfacción subsidiaria de un crédito. La tesis de RUBINO, de la hipoteca como relación compleja caracterizada por la absolutividad y la adherencia. La posición de CÁMARA y de VALLET DE GOYTISOLO, que frente a la posición de la doctrina española general, que acoge el criterio clásico, lo impugnan, CÁMARA manifestándose abiertamente en contra de la naturaleza real del derecho de hipoteca—para él la hipoteca es una institución cuya finalidad estriba simplemente en destinar desde un principio de una relación, y específicamente, determinados bienes para que en el supuesto de incumplimiento de una obligación del deudor sean objeto de ejecución—. VALLET, en la misma línea, lleva a las últimas consecuencias la tesis, sosteniendo que la hipoteca no es sino un embargo anticipado y voluntario aceptado por el deudor actual o futuro.

Finalmente, analiza la teoría de la hipoteca como derecho real de garantía, que estima más conveniente y convincente. Se detiene muy especialmente, destacando aquellos argumentos de la doctrina que justifican la concepción teórica. El carácter de intermediación característico del derecho real y la absolutividad aparecen en la hipoteca. Se ha dicho que la inmediatividad supone el goce de la cosa. Destaca GUILARTE cómo goce no es sólo sinónimo de uso, sentido material. La inmediatividad se traduce también en ese poder del acreedor hipotecario para satisfacerse sobre el valor recibido de utilizar el objeto, apropiándose del precio hasta la concurrencia del crédito, frente y con exclusión de todos. Por otra parte, la hipoteca tiene una finalidad de garantía y el acreedor, dice gráficamente GUILARTE, centra su goce en la seguridad que la cosa afectada puede proporcionarle. El acreedor disfruta del contenido de su derecho, obtención de la garantía sin necesidad de cooperación del deudor, en virtud de la afección de la cosa. Se destaca la nota de adherencia como una de las notas típicas de

la hipoteca. Y no cabe sostener que la adherencia sustituye a la inmediatividad, dice **GUILARTE**, sino que es una de las manifestaciones de la inmediatividad. También se manifiesta el señorío real sobre la cosa cuando el acreedor realiza el valor de la misma para cobrarse. Aunque se niegue por algún sector de la doctrina. Pone de relieve cómo la causa de muchas de las divergencias de la doctrina al contemplar la naturaleza jurídica de la hipoteca es que no se valoran debidamente los dos momentos que cabe distinguir en la vida de la misma, constitución y realización. Y analiza cada uno de estos momentos en orden a la defensa de la realidad de la hipoteca. La función esencial de la hipoteca no es la realización del valor, que tendrá o no lugar, sino la función de seguridad que cumple desde su constitución en orden al crédito garantizado. Consecuentemente, además, la hipoteca no es un derecho sobre el valor de la cosa, sino sobre la cosa misma. El derecho real no se concreta sobre la realización del valor, sino en el señorío que a fines de garantía otorga sobre la cosa. Repetimos, absolutividad y adherencia son notas típicas de la realidad de la hipoteca.

Sentada esta necesaria premisa, se ocupa seguidamente de la naturaleza jurídica de la segunda hipoteca. Y llega hasta la misma a través de la vía de análisis principalmente de ciertos aspectos parciales que el problema de la concurrencia hipotecaria origina. Colisión de derechos y concurrencia de hipotecas sobre una misma cosa: la concurrencia de hipotecas no es un supuesto de colisión de derechos, en cuanto que subordinación y preferencia de los unos a los otros lo impiden; sin embargo es preciso señalar cómo esta concurrencia de hipoteca presenta ciertos matices peculiares. En el supuesto de concurrencia de hipotecas, el principio de prioridad produce además otra consecuencia: la de variar en cierto sentido el contenido del derecho de la segunda hipoteca, dando lugar a una situación peor del segundo acreedor hipotecario que de algún modo habrá de influir en la naturaleza jurídica de la segunda hipoteca. Económicamente la diferencia es bien importante. Jurídicamente hace preciso señalar los matices a que da lugar, insiste. Se debilitan algunos de los caracteres de la primera hipoteca, como consecuencia de que el segundo acreedor debe de tolerar el pleno ejercicio y desenvolvimiento del derecho

que precede al suyo. La segunda hipoteca está siempre bajo la amenaza de resolución, resolución que en absoluto depende de la voluntad de su titular. Hay una condicionalidad de la segunda a la primera hipoteca, que enturbia, escribe GUILARTE, algunas de las características reales que tipifican al derecho de hipoteca en general. Examina cuáles son las características reales en la segunda hipoteca y el alcance que tienen. Primero la finalidad de garantía, que hace disfrutar a su titular a través de la vinculación de la cosa de la seguridad en cuanto a la realización del valor de la misma. En el aspecto interno del derecho real sigue perdurando la nota de inmediatividad, adherencia y absolutividad. En cuanto a la adherencia, señala el límite impuesto por la ejecución del acreedor preferente. La absolutividad, a su vez, viene sometida a la restricción de la existencia de la primera hipoteca, a la que, en ningún caso, puede afectar. Limitación que también alcanza al derecho de persecución. Y la proyección del derecho de preferencia que se presente en la misma.

Resumiendo, el contenido de ambas hipotecas es el mismo. Sin embargo, es nota de la segunda la dependencia de la primera. Esta restricción que la dependencia impone, ¿es causa de una distinta naturaleza jurídica? En general la doctrina la acepta como un supuesto de hipoteca con restricciones. O se la considera sometida a una condición resolutoria. Para GUILARTE la condicionalidad de la hipoteca debe de acogerse con reservas. Admitida en términos generales supondría la condicionalidad de los efectos de la segunda hipoteca, lo que no es cierto. Parte de la consideración de la restricción de la segunda hipoteca en un aspecto dinámico y en un aspecto estático; la limitación no afecta al aspecto estático de la hipoteca, sino únicamente al dinámico. Para GUILARTE la diferencia entre la primera y segunda hipotecas se centra en el aspecto externo del derecho real, en su absolutividad, en la capacidad de vigencia de cada una. Pero el carácter real de la segunda hipoteca se pone de manifiesto en las notas apuntadas, así como en el señorío que otorga a su titular para disfrutar de la garantía que la afección de la cosa ofrece y en la facultad de realización de valor del bien gravado. Las diferencias señaladas no desnaturalizan la realidad de la segunda hipoteca, ni dan base para afirmar que otorgue un derecho de naturaleza diferente al

de la primera. Cabrá hablar, dice, de un contenido cuantitativamente distinto, pero cualitativamente son de la misma naturaleza.

En la tercera y última parte de la obra, el autor se refiere a los elementos personales reales y formales de la segunda hipoteca, al examen del contenido de la misma y a la ejecución hipotecaria y el segundo acreedor.

No existe ningún problema especial que tenga relieve en cuanto a los elementos personales. Respecto a los reales, se vio en diversos lugares del trabajo cómo la segunda hipoteca se caracteriza principal y fundamentalmente—escribe GUILARTE—por la especialidad que deriva del bien objeto del gravamen: dentro de nuestro sistema es necesario que éste esté ya hipotecado. Habrá de ser hipotecable e hipotecado. Se detiene en ambos puntos, a través de una exégesis de los artículos 106 y 107 de la Ley Hipotecaria. Y hace especial referencia a los problemas de la segunda hipoteca y del derecho de usufructo, al problema de la nuda propiedad y la segunda hipoteca, que él acepta como indiscutible. A la cuestión de la posibilidad de hipotecar por segunda vez el derecho de hipoteca voluntaria, vigente no obstante en nuestro derecho a través del artículo 107, número 4. El problema de la subhipoteca es sobradamente conocido, que plantea una abundante doctrina contradictoria de la que se hace eco GUILARTE. A las segundas hipotecas de los derechos que regla el artículo 107, número 5, de la Ley horizontal, bienes venidos con pacto de retroventa, del derecho de retracto convencional, de bienes litigiosos. Planteando cada caso la problemática del mismo con riguroso criterio científico, así como de manera exhaustiva.

Se analiza también la cuestión de qué obligaciones pueden asegurarse con segunda hipoteca. Rigiendo el principio del artículo 1.861 del Código civil, toda clase de obligaciones. Hace especial referencia en cuanto a los créditos asegurables con hipoteca legal, al caso de si pueden serlo en virtud de una que ocupe un segundo puesto hipotecario. En principio parece que las hipotecas legales, verdaderas hipotecas de seguridad, no son capaces de segunda hipoteca. Pero no es posible negar la imposibilidad en términos absolutos. Hay argumentos históricos a su favor. Y argumentos jurídicos y económicos que permiten sostener su viabilidad. Sólo que no habrá de perderse en ningún momento de

vista la finalidad específica de este tipo de hipotecas, que en ocasiones tornaría inoperante la segunda hipoteca. La regulación específica de la hipoteca legal, que a su vez será en determinados momentos incompatible con el mecanismo de la segunda hipoteca.

Finalmente estudia los elementos reales de la segunda hipoteca, todos los cuales o son de carácter general del derecho de hipoteca o vienen dados en función de la propia naturaleza de esta forma de hipoteca, sin plantear ningún problema de relieve.

Seguidamente estudia el contenido del derecho del segundo acreedor hipotecario, facultades que son consecuencia del carácter real del mismo y de la existencia de otra hipoteca anterior, que incide sobre las facultades del segundo acreedor hipotecario. Y distingue dos momentos, en relación con los derechos del segundo acreedor hipotecario: mientras la hipoteca desenvuelve su propia finalidad aseguradora y derechos derivados del propio puesto. En la primera fase, la hipoteca cumple su específica finalidad y esto especialmente por la sujeción operada en el bien hipotecado. Vinculación absoluta propia, tanto de la primera como de la segunda hipoteca. Los acreedores de ambas tienen las mismas facultades. Lo que importa precisar es el alcance de la segunda hipoteca. Y pasa a estudiar la extensión objetiva de la misma mientras que no ha pasado a un tercer poseedor. Extensión cuyo régimen legal de los artículos 109, 110, 111, 112, 113, 117 de la Ley Hipotecaria analiza GUILARTE en función de la segunda Hipoteca, planteándose una interesante y prolija casuística, que, una vez más, pone de relieve el cuidado con que el autor lleva a cabo su estudio sobre la materia. Igual análisis realiza de la cuestión de la extensión de la segunda hipoteca frente al tercer poseedor, situación regulada por los artículos 112 y 113 de la Ley, y que a su juicio ha sido interpretada por la doctrina de manera poco clara y convincente. Del análisis de la doctrina más autorizada sobre este punto y a través de los argumentos extraídos de la misma, llega a una serie de conclusiones bien interesantes sobre el problema. Hace referencia a la extensión de la segunda hipoteca respecto del crédito garantido, intereses y costas y situación del segundo acreedor hipotecario, frente a la extensión de la primera hipoteca en este punto. Y al artículo 117 de la Ley Hipotecaria

y al acreedor titular de la segunda hipoteca. En este precepto encontramos la acción de devastación, facultad que tiene en todos los sistemas una gran relevancia, y que viene a completar la facultad de ejecución del derecho de hipoteca. Estudia específicamente la acción en el Derecho alemán, en donde aparece cuidadosamente regulada, estableciendo un parangón con el derecho de nuestro artículo 117. Y se preocupa especialmente de analizar la posibilidad de actuarse por el segundo acreedor hipotecario esta facultad, diferenciando una serie de supuestos, para cada uno de los cuales GUILARTE aporta una solución extraída de la más rigurosa exégesis positiva.

Se hace finalmente referencia a la cuestión del segundo acreedor hipotecario ante la transmisión de la finca hipotecada, regulado en el artículo 118 de la Ley, examinando cada una de las cuestiones que suscita.

Por último, se estudian en la obra los derechos derivados del propio puesto, derecho a ocupar el puesto dejado por el gravamen primero, derechos de preferencia, sobre el que, como ya vimos en su momento, se centró en gran parte la discusión sobre la naturaleza real de la segunda hipoteca. Derechos que tienen su principal manifestación en la fase de satisfacción del crédito.

La obra finaliza con el análisis de la fase final del derecho real de segunda hipoteca: aquella que se abre cuando se produce el incumplimiento. Fase que no habrá de producirse necesariamente. Pero en base a la que un autor como Jerónimo GONZÁLEZ ha escrito, que el «derecho real de hipoteca recibe su principal energía de los procedimientos ejecutivos. Fase de realización del valor de la cosa portadora del gravamen. Analiza en primer lugar la posición del segundo acreedor hipotecario en orden a la utilización de una acción personal y otra acción real para llevar a cabo el cumplimiento de la obligación asegurada. Hace después referencia a los diferentes sistemas de ejecución hipotecaria en relación con las segundas hipotecas, a la consecuencia que cada uno de estos sistemas supone para los acreedores de segunda hipoteca, en orden principalmente a la subsistencia de su hipoteca, una vez que se lleva a cabo la ejecución de la finca soporte de los gravámenes. Y, finalmente, examina las facultades concretas que goza el segundo acreedor hipotecario en cada uno de

los procedimientos vigentes, haciendo distinción de si la ejecución se lleva a cabo por un primer acreedor hipotecario, por un segundo o por uno posterior. En todo caso, y como ha venido haciendo a través de la obra, GUILARTE analiza aquellos supuestos específicos que son en ocasiones objeto de polémica para la doctrina.

La obra, dijimos al principio, es un meritorio intento de sistematización de la materia, pensada atendiendo a la naturaleza independiente de la segunda hipoteca. Llena, dentro de nuestro Derecho, un vacío en este sentido. Y como dice el profesor LACRUZ BERDEJO, es fruto de la labor de un jurista que viene a seguir la estirpe de su padre y maestro, don Vicente GUILARTE Y GONZÁLEZ, tan extraordinario en su calidad de hombre de Derecho como en su simple condición humana.

DOCTORA TERESA PUENTE MUÑOZ,

Profesor Adjunto de Derecho Civil
de la Facultad de Derecho de Valencia.

SÁNCHEZ DE LA TORRE, Angel: *Curso de Sociología del Derecho*. Prólogo del Profesor Luis Legaz Lacambra. Editorial «Revista de Derecho Privado». Madrid, 1965; 365 págs.

SÁNCHEZ DE LA TORRE nos dice que se propone con este libro dos objetivos.

El primero, proporcionar a los filósofos del Derecho un esbozo del campo de la realidad jurídica, donde los detalles de esta misma realidad aparezcan a una escala más amplia que la usualmente utilizada en las grandes líneas generales en que los filósofos se mueven de ordinario. El segundo, facilitar a los sociólogos unas líneas de referencia para recordar que la técnica jurídica es la más importante de las técnicas de conocimiento y de acción sociales y en que puedan orientarse cuando traten de comprobar la importancia y calidad de la acción del Derecho dentro de la compleja actividad de la sociedad humana, entendida en su conjunto y en sus diversos aspectos.

- En resumen: que los juristas obtengan una visión amplia de

toda la integridad del terreno jurídico y los filósofos del Derecho puedan utilizar estas aportaciones dentro de las grandes líneas teóricas de su pensamiento; y que los sociólogos puedan caminar con pasos firmes cuando traten de iniciar investigaciones concretas acerca de los fenómenos jurídicos cuyo conocimiento verificable les importe constatar.

Ambos objetivos creemos que han sido alcanzados. En cuanto al contenido o estructura del libro diremos que comprende seis capítulos.

Se refiere el primero al *Conocimiento jurídico y sociología del Derecho*, con los apartados siguientes: Desde la Filosofía del Derecho hacia la Sociología jurídica; Desde la Ciencia del Derecho hacia la Sociología jurídica; El Derecho, objeto de las ciencias sociales; y Filosofía, Ciencia y Sociología jurídicas.

Trata el capítulo segundo del *Derecho, objeto de la Sociología jurídica*, acotándose en él el objeto del estudio: el Derecho.

Se titulan los capítulos tercero y cuarto: *Hacia un esquema de la Sociología jurídica y Realidad social del Derecho*, estudiando en ellos los siguientes extremos presupuestos metodológicos, referencia a diversos sistemas de Sociología jurídica; Derecho y actividad social de las personas; presupuesto de la comunicación jurídica y estructura jurídica.

El núcleo central de la obra lo forma el capítulo quinto, relativo a la *Investigación sociológica del Derecho*. En él, después de unas observaciones preliminares, estudia los aspectos estáticos y dinámicos de las formas jurídicas y la función social de la estructura jurídica; el control jurídico; se ocupa más tarde de las estructuras interiores del Derecho y su funcionamiento en el nivel de la estructura unitaria de la realidad jurídica, analizando aquí el concepto unitario del Derecho; el Derecho como estructura, el sujeto colectivo: la dinámica de la solidaridad; la estructuración de los valores jurídicos y la fundamentación concreta de las normas jurídicas; la organización jurídica; instituciones y sanciones; la regla jurídica y el sujeto jurídico.

Se cierra el libro con un capítulo sobre la *Consideración dinámica del Derecho*, donde, tras una introducción metodológica, se plantea el problema de las características del Derecho en una sociedad en desarrollo y se exponen las funciones que integran la

estructura jurídica en general y particularmente el Derecho en su función como conducta jurídica, como norma de justicia, como organización de sanciones institucionalizadas y como regla jurídica.

M. A.

SANTOS BRIZ, Jaime: *La contratación privada. Sus problemas en el tráfico moderno*. Ed. Montecorvo. Madrid, 1966, 408 págs.

Síntesis y Temario.—La obra se divide en dos partes. En la primera se trata del aspecto político-social de la contratación moderna y en la segunda del aspecto privativo de la contratación actual.

Se ocupa la primera del Estado social de Derecho y la trascendencia de sus principios inspiradores en la contratación moderna; de la trascendencia, no exclusivamente política, de los derechos fundamentales; de los derechos de la personalidad, basados en la dignidad del hombre y su aplicabilidad al tráfico jurídico entre particulares; orientaciones de derecho español, limitaciones a la libertad personal deducidas de la actuación del estado social de Derecho y principios políticos que dominan la contratación según nuestro Ordenamiento; formas de estructuración económica, sistema de economía social de mercado, intervención estatal subsidiaria en la ordenación económica y legislación española, fenómenos económicos contemporáneos y su repercusión jurídica, la racionalización y la automatización de la producción y sus problemas; acentuación actual del carácter social del contrato, función social y socialización del contrato, diversos criterios, control abierto y encubierto de la libertad contractual. Aspecto internacional de la contratación moderna: la unificación jurídica en relación con la integración política y económica; procesos de unificación jurídica; cooperación jurisprudencial a la uniformidad del Derecho europeo; problemas que plantea la integración económica europea en cuanto al derecho comparado y a la unificación jurídica y ramas jurídicas contractuales que posibilitan la aproximación de los derechos nacionales.

Considera la segunda parte la libertad de contratación, sus vicisitudes y situación actual: la libertad de contratación en la legislación comparada y en nuestro Derecho; contenido de la libertad de contratación y figuras contractuales en que la autonomía privada aparece reducida; limitaciones procedentes de los usos de tráfico y de las condiciones generales de los negocios, medios de defensa contra las condiciones generales ilícitas; el intervencionismo estatal en la contratación, tendencia a la objetivación de las condiciones generales; la libertad de contratación a través de la creación de nuevas figuras de contratos; los grupos clásicos de contratos, su importancia actual y clasificación funcional de los contratos. Las fases previas a la perfección del contrato: el período preparatorio; la fase preparatoria en la moderna contratación de masa; la culpa «in contrahendo»; la oferta al público: sus formas y fines; el contrato preliminar o precontrato; el llamado contrato normativo obligacional y el contrato de opción. El consentimiento contractual como base del contrato; triple dirección en el nacimiento de los contratos en el Derecho moderno y el consentimiento manifestado a través de las condiciones generales. Los vicios del consentimiento: el error, el dolo, la violencia y la intimidación. La interpretación de la Ley y del contrato; fijación del contenido del contrato y calificación jurídica del mismo; criterios subjetivo y objetivo en la interpretación; interpretación e integración del negocio jurídico y su actuación en la moderna contratación de masa; problemas de interpretación de la contratación de masa, la regla «in dubio contra stipulationem», la función correctora de la interpretación en la contratación de masa; las normas contractuales irrenunciables y las coactivas; remisión a condiciones después de celebrado el contrato e invocación de negociaciones verbales; el léxico utilizado en las condiciones, supuesto de colisión de condiciones y de desviación de las mismas; la interpretación de los contratos en los Códigos civiles más importantes y en el Código civil español, fases del proceso interpretativo según la jurisprudencia española; el elemento gramatical en la interpretación, la regla «in claris non fit interpretatio», los artículos 1.282, 1.283, 1.284, 1.285 y 1.289 del Código civil, Jurisprudencia del T. S., criterios legislativos y jurisprudenciales aplicables a la contratación de masa, inter-

pretación y casación. La invalidez de los negocios jurídicos: grados de ineficacia negocial según nuestra doctrina y legislación, la doctrina extranjera, legislación comparada, el derecho español y jurisprudencia del T.S.; invalidez de los contratos de masa y tendencia de nuestro T.S. al interpretar el artículo 4.º del Código civil; la nulidad parcial de los contratos, sus presupuestos, ámbito y criterio de nuestro T.S.; la fijación de precios máximos de tasa y su infracción; Leyes de Usura de 1908 y de Venta de muebles a plazos de 1965; criterios preventivos estatales de la validez del contrato y disciplina de la ineficacia de contratos concertados a base de condiciones generales. La función del contrato: contratos civiles y mercantiles; distinción entre Derecho público y privado, civil y mercantil; principio de unidad del Derecho privado; el derecho comparado; trascendencia jurídica del fenómeno económico de la empresa, jurisprudencia de nuestro T.S.; inexistencia de notas jurídicas diferenciativas entre los actos de comercio y los actos civiles; incardinación de la moderna contratación de masa; principios fundamentales de la contratación civil y su reflejo en la contratación mercantil; especialidades de los contratos mercantiles e identidad de principios de la contratación civil y mercantil. La función del contrato: contratos civiles y administrativos; su distinción doctrinal y práctica; la jurisdicción contencioso-administrativa como criterio diferencial práctico; criterios diferenciativos según la jurisprudencia del T.S.; aplicación del Código civil a la regulación de los efectos de los contratos administrativos. Resumen de la regulación legal española en materia de servicios públicos: 1. Transportes, 2. Seguros, 3. Suministro de agua, gas y electricidad, y 4. Empresas bancarias. La función del contrato: en el ámbito de la cinematografía, la radiodifusión y la televisión; la palabra hablada y la imagen como manifestaciones de la personalidad; carácter general de la contratación derivada, en los aspectos contractual y dominical, industrial y cultural; cinematografía y televisión y sus figuras contractuales. Calificación de la responsabilidad derivada de la contratación profesional en equipo: particularmente en la medicina; incumplimiento de contratos concertados en equipo; diferencias según se trate de responsabilidad contractual o extracontractual; la responsabilidad por los auxiliares y copartícipes, la

responsabilidad criminal y la responsabilidad de los Poderes públicos. Las normas de conflicto en el Derecho contractual moderno: tentativas de resolución uniforme de estos conflictos; normas de conflicto sobre derecho de contratación; principios que se desvían del estatuto contractual aplicable; los conflictos de Leyes en diversos aspectos del contrato y efectos internacionales de algunos contratos.

Resumen.—En definitiva los llamados derechos fundamentales constitucionales son los derechos derivados de la personalidad humana. El derecho de la contratación se basa en la dignidad y en la libertad de desenvolvimiento de la personalidad del particular. Algunos consideran peligrosa la aplicabilidad inmediata de los derechos fundamentales en el tráfico jurídico privado (MAUNZ-DÜRING); en contra se halla la tesis de NIPPERDEY. En nuestra Patria los postulados fundamentales de nuestro actual derecho de contratación son: respeto a la iniciativa privada; subordinación de lo económico a lo humano y social y de lo individual y familiar al bien común; juego de los principios de igualdad jurídica (y, por tanto, de... «igualación» jurídica), de recíproca lealtad y de seguridad jurídica, servida por una justicia independiente. Son imaginables cuatro formas principales de estructuración económica: de mercado libre, economía estatal, neutral y social de mercado. Nuestra Patria sigue un sistema muy afin al último citado, que se estructura y desenvuelve en el vigente Plan de Desarrollo. La intervención estatal en la ordenación económica y contractual debe atenerse a los principios de previsibilidad, calculabilidad, revisibilidad y proporcionalidad. La libertad de industria, en sentido amplio, comprende la de competencia, contratación, producción y consumo. Son fundamentales la libertad de profesión, de asociación, de propiedad privada y de testar. Nuestro Estado Social de Derecho concibe la propiedad como una función social, arbitra medios de represión de abusos procedentes de la infracción de los principios fundamentales de la ordenación económica y estructura sobre bases sociales la ordenación laboral. La gran empresa actual tiende a la racionalización y a la automatización de la producción. La racionalización, desde el punto de vista jurídico, ha uniformado las relaciones entre empresas,

proveedores y clientes. La automatización es considerada por algunos como una segunda revolución industrial que crea el gran riesgo de un futuro paro forzoso. Son de esperar, además, repercusiones en los derechos de cosas y de obligaciones y ante todo ello el jurista debe disciplinar en la forma más adecuada los problemas que surjan. En la actualidad predomina el aspecto social del contrato; pero este aspecto, con ser innegable, no debe exagerarse y su finalidad será, principalmente, la protección de la parte más débil en la relación, lo que ha originado ramas jurídicas autónomas (derecho laboral, derecho agrario, normas sobre arrendamientos, seguros...) y otros sectores de predominante carácter público (derecho urbanístico, de la energía nuclear...). La socialización del contrato ha sido llevada al extremo en los países de estructura política inspirada en el marxismo. El criterio occidental de socialización del contrato se logra a través del llamado «control abierto» (juego del orden público y las buenas costumbres en su interpretación jurisprudencial) o del «control encubierto» (a través de la interpretación y de las doctrinas sobre la causa o «consideration»).

Por razones sociales y económicas hoy todo contribuye a dar uniformidad al tráfico jurídico internacional en sentido amplio. Pero hemos de diferenciar los países del mundo occidental y los socialistas-marxistas. Entre los primeros deben diferenciarse los sistemas de filiación románica y los de tipo germánico, de ellos se diferencia el «common law». Las ideas actuales de unificación jurídica europea están en estrecha vinculación con el pensamiento de la integración política y económica de Europa. En el proceso de unificación jurídica señala ULMER diversos grados: el reconocimiento por unos Estados de las sentencias dictadas por Tribunales de otros, la promulgación de Leyes comunes (dirección que inspira principalmente el Tratado de la Comunidad Económica Europea) y la transformación de los conceptos dogmáticos y estructurales a efectos de interpretación unitaria (v. g., vigencia de nuestro Código civil en Puerto Rico). La uniformación de los Derechos nacionales se alcanzará lentamente, a través de las legislaciones, la ciencia jurídica y la jurisprudencia. Los contratos celebrados en el ámbito del Mercado Común posibilitan una aproximación de los Derechos nacionales de los Estados miembros en

materia de libre circulación de mercancías, agricultura, derecho laboral, derecho de sociedades, compraventa, derecho de transporte, normas sobre competencia, seguridad de las personas y ejecución recíproca de las decisiones judiciales y laudos arbitrales.

El principio de libertad de contratación es una consêcuencia del libre desarrollo de la personalidad y se declara en las Constituciones, se regula en los Códigos o constituye un principio fundamental no escrito de cuya vigencia nunca se ha dudado. En nuestro Código civil se recoge con gran amplitud en el artículo 1.255 y por ello la fórmula sigue vigente, quedando al intérprete la tarea de concretar las restricciones a la autonomía de los contratantes. La libertad de contratación comprende la libertad de conclusión y la de configuración interna. Sin perjuicio de reconocer otros tipos intermedios se citan como figuras en que la autonomía de la voluntad aparece reducida: 1) Contratos sobre servicios públicos controlados por el Estado. 2) Contratos determinados por el Estado en sus condiciones generales. 3) Contratos-tipo entre particulares; y 4) Los llamados «contratos dictados» por el Estado (que son verdaderos actos de soberanía política). Debemos diferenciar los contratos de los actos procesales cautelares (385, 534, 966, 1.097, 1.124, 1.423 de la L. E. C. y 1.781 y siguientes y 1.854 y siguientes del Código civil, 389 y siguientes de la L. E. Cr.). Otras limitaciones proceden de los usos del tráfico y de las condiciones generales de los negocios. Los primeros se tienen en cuenta, respectivamente, en los artículos 1.258 del Código civil y 2.º del Código de Comercio y se imponen ya en defecto de voluntad expresa o como norma consuetudinaria que puede regir en defecto de ley escrita. Los usos han sido recogidos para ciertos sectores de la contratación en formularios impresos y rigen cada caso concreto a través de su articulación en condiciones generales o especiales de los negocios. Las condiciones generales no tienen la justificación de la autonomía privada y su contenido debe ser formulado conforme a la equidad, sólo así puede presumirse la aceptación tácita. Certestamente se deduce esta conclusión de los artículos 1.255, 1.256, 1.258 y 160 del C. c. Ha de apreciarse el contrato en su totalidad para anular únicamente las cláusulas inmorales siempre que se puedan separar del resto del contrato y para saber si un contrato es inmoral interesa la situación de hecho al tiempo de

su celebración. La buena fe y las buenas costumbres han de ser guía del intérprete en su cotejo de cláusulas con la Ley. Las condiciones generales se establecen para una clase de negocios y los límites de su contenido objetivo son independientes de las particularidades del caso concreto. De los artículos 1.283 a 1.287 del C. c. y 57 del Código de Comercio pueden extraerse suficientes elementos objetivos para una recta interpretación de las condiciones generales. Las condiciones generales se han colocado como códigos privados y son cauce del egoísmo de los empresarios, lo que ha invertido en la práctica el equilibrio de intereses. La sumisión a las condiciones preformuladas sólo cubre las cláusulas equitativas y justas. Las condiciones generales deben interpretarse con criterio análogo al seguido para las Leyes.

Frente al Estado liberal, el Estado social (actual) interviene en la configuración interna del contrato de varias formas: asume parte de los riesgos de la empresa; dicta normas de emergencia frente a las civiles clásicas; controla las condiciones generales a través de una interpretación del contrato según la buena fe y los usos del tráfico y vigila de una manera especial las cláusulas de arbitraje. Las condiciones generales sólo serán efectivas cuando esté justificada su desviación con respecto a la legislación vigente y esta regulación vigente o la decisión judicial suplirá la nulidad de algunas de las estipulaciones.

Aunque la libertad de contratación se halla limitada por la contratación en masa y la intervención del Estado, todavía salta por encima de las figuras típicas de negocios y crea nuevas figuras sin limitación alguna. Esta faceta de libertad de contratación se refleja en las sentencias de 26 de junio de 1929 y 2 de abril de 1964 de nuestro T. S. El fundamento económico de las combinaciones de contrato y de los contratos mixtos aparece con nitidez en la sentencia de 27 de febrero de 1950, en donde se pospone la llamada concepción genética del contrato a su concepción funcional. Actualmente se vuelve a basar la justicia en los contratos por medio de una igualdad (o mejor igualación) de los contratantes no sólo en sentido jurídico, sino económico. Sin intentar una clasificación exhaustiva podemos distinguir entre los contratos extralegales: a) contratos mixtos, b) los híbridos o dobles, y c) los atípicos. Entendemos que los llamados contratos

«complejos no son atípicos. El T. S. en esta materia muestra una terminología imprecisa, pero un criterio claro, en cuanto al fondo de la cuestión. La jurisprudencia de estos últimos años se ha pronunciado principalmente en tema de arrendamientos. Las clasificaciones de los contratos tienen generalmente escasa utilidad práctica; no así los conceptos fundamentales de los grupos más clásicos.

El T. S. ha declarado que en la vida jurídica de todo contrato hay un periodo preparatorio que no vincula mientras no existe la conformidad exacta de las partes. En esta fase se plantea la cuestión de la «culpa in contrahendo», que no regulan los códigos civiles de manera directa, sino «como pueden». En España, acudiendo al 1.902, aunque hay otros artículos referenciales (1.474 y siguientes, 1.590, 1.687, 1.716, 1.725, 1.765 y 1.804). En los tratos previos (que no son contrato ni precontrato), juega un papel preponderante la buena fe. Las modalidades de tratos preliminares son variadisimas y su resultado puede plasmar en la llamada «minuta del contrato». Aplicado esto a la contratación en masa quiere decirse que la publicación y difusión de las condiciones generales de contratación son, jurídicamente, sólo «líneas rectoras» de futuros contratos. En la moderna contratación la oferta al público reviste multiplicidad de formas y sirve a diversidad de fines. Su objeto inmediato puede ser principalmente facilitar la conclusión de contratos: contratación por aparatos automáticos, prestación de ciertos servicios (restaurantes, cafés, transportes, «tráfico de ventanilla», negociación verbal directa reducida al mínimo o incluso relación fáctica). La mayor vinculación del empresario a su oferta se dará allí donde el interés del público en su mantenimiento sea mayor. En la contratación en masa ha de mantenerse el principio de igualdad de trato, salvo por razones de carácter objetivo (alteración del orden en el local, falta de aseo personal, etcétera). Los motivos son, pues, de orden público o mixto (rehusar la contratación con menores o incapaces). La confianza del público en el hecho de la publicación de las tarifas o condiciones debe ser protegida sujetando al empresario a sus actos propios, exigiéndosele (al empresario) la obligación de indemnizar los daños derivados de la confianza o el denominado «interés negativo» (según los principios de la culpa «in contrahendo»). Las ofertas al

público de contrato no deben confundirse con la llamada «promesa pública de recompensa».

La doctrina del precontrato se sintetiza magistralmente en la sentencia de nuestro T. S. de 2 de marzo de 1965. Es «*pactum preparatorium* o de *contrahendo*», contrato preliminar o precontrato, el pacto de dos o más personas por el que convienen entre sí en llegar en un tiempo futuro a la conclusión de un contrato determinado. Es un verdadero contrato consensual atípico, cuyo objetivo es un «*facere*» novatorio y que tiene por fin una mayor seguridad del contrato futuro. No debe confundirse con la promesa unilateral del contrato, con los tratos preliminares, con la minuta, con el contrato a término o condicional, ni con los negocios «*claudicantes*», ni con los bilaterales «*si volet*». De todas estas figuras unas no llegan al precontrato y otras le sobrepasan. Para su existencia y validez debe reunir los requisitos de los contratos en general (bastando la posibilidad de su determinación ulterior) e indicar la especie del futuro contrato definitivo. En aplicación de esta doctrina se han establecido los artículos 6, 7 y 8 de la Ley de Arbitraje de 22 de diciembre de 1953. Cabe en el precontrato un plazo expresamente señalado (para la conclusión del contrato definitivo), que debe ser el supuesto normal, y un plazo tácitamente deducido. El ámbito de los precontratos abarca incluso los contratos consensuales. En materia de efectos no hay unanimidad ni en la doctrina ni en la propia jurisprudencia. La discordia surge de una complejidad de factores que son refractarios a toda uniformidad de criterios. El básico es el dogma de la autonomía de la voluntad y de libertad de pactos contractuales. Otro factor que ha introducido oscuridad en los efectos es la disposición del 1.451 del C. c. La fluctuación doctrinal ha trascendido a la legislación (cfr. arts. 8 y 9 de la Ley de Arbitraje). La jurisprudencia se ha mostrado indecisa, aunque predomina el criterio de que el incumplimiento del precontrato sólo conduce al resarcimiento de daños y perjuicios, lo que es sintomático mantener después de la Ley de Arbitrajes, que sigue criterio contrario. Sólo tratando de interpretar el 1.451 del C. c. se mantiene la exigencia de la conclusión del contrato definitivo. La solución se hallará aplicando extensivamente el 1.451 y por una recta interpretación de la intención de los contratantes. El

«contrato de líneas rectoras» es jurídicamente una actuación preparatoria. Un paso más hacia la obligatoriedad de la formulación de pactos lo constituye el denominado «contrato normativo obligacional». Sobrepasa al mero contrato normativo cuando se concierta un precontrato. La vinculación negocial duradera tiene especial relación en la esfera bancaria. El contrato de opción confiere al favorecido el derecho de concluir un contrato aceptando, a través de una declaración de voluntad unilateral, las condiciones de la oferta. Se trata de un contrato principal; unilateral en su gestación y bilateral realizando la opción positiva; consensual, pudiendo el optante exigir judicialmente el cumplimiento del contrato y no meramente su celebración. En nuestra patria sólo se recogen sus efectos reales en el artículo 14 del R. H. y la jurisprudencia del T. S. se ha pronunciado en numerosas ocasiones acerca de este contrato.

El consentimiento contractual sigue siendo el alma del contrato; presupone la intervención de dos voluntades conscientes y libres y no es confundible con la declaración de voluntad en los negocios jurídicos unilaterales. El concepto se nos da en el artículo 1.262, p. 1, de nuestro C. c. En el tráfico moderno se manifiesta en formas tácitas y presuntas (apartadas del formalismo clásico). La triple manifestación del consentimiento contractual hoy es: a) a través de las llamadas «relaciones contractuales fácticas»; b) de las condiciones generales en sus variadisimas formas, y c) a través de abstenciones. Dentro del manifestado a través de «conducta social típica» podemos incluir las relaciones derivadas de: a) «culpa *in contrahendo*»; b) las relaciones de comunidad (v. g., sociedad de hecho o relación laboral de hecho); y c) las dirigidas a obtener prestaciones ofrecidas por empresas que prestan servicios públicos (v. g., transportes, gas, agua, electricidad...). El silencio puede servir de manifestación de un consentimiento. La doctrina jurisprudencial de nuestro T. S., en este punto, puede sintetizarse así: a) el silencio es un hecho negativo, pero en ciertos casos puede servir de prueba o presunción de voluntad; b) en caso de una relación jurídica, si el que puede y debe hablar no lo hace, se reputa que consiente en aras de la buena fe; y c) pueden ayudar a interpretar el silencio hechos positivos precedentes o situaciones particulares objetivas

o subjetivas. Viene a concretar esta doctrina la importante sentencia de 29 de enero de 1965. Entre el consentimiento manifestado por abstenciones y el manifestado a través de condiciones generales, podemos distinguir: A') Supuesto de voluntad presunta (v. g., 742 C. c.); B') Supuestos de conducta concluyente: a) declaraciones de voluntad presuntas; a') supuestos de tácita reconducción; b') declaraciones emitidas negligentemente o de responsabilidad derivada de la confianza; a'') expedición de escrito en confirmación de negociaciones verbales; b'') sumisión a condiciones generales de contratación; c'') «*protestatio facto contraria*»; b) declaraciones de voluntad fingidas (v. g., obligación de retribuir en el caso del artículo 1.711, p. 2). En el ámbito del contrato de masa el factor psicológico de la declaración de voluntad pierde valor y el empresario utiliza las condiciones generales para racionalizar el tráfico masivo y fortalecer por medios jurídicos su posición económica de poder. Las condiciones generales no deben confundirse con los formularios de ciertos contratos antiguos (v. g., en la práctica notarial) ni con el uso de abreviaturas, siglas o fórmulas, como en el tráfico marítimo y en otras modalidades, y menos se confunden con los contratos de larga duración (como los estatutos de personas jurídicas, etcétera...). Como dice la sentencia de nuestro T. S. de 12 de marzo de 1957 la mayor parte de los autores afirman la naturaleza contractual de los actos concluidos por adhesión. A) Por sumisión o remisión las condiciones generales se incluyen en el contrato para formar parte integrante de él. En el caso infrecuente de sumisión expresa hay una auténtica declaración de voluntad jurídico-negocial. La sumisión tácita ha sido diversamente interpretada por la doctrina. En las relaciones contractuales tácitas «fácticas» la doctrina ha basado las condiciones generales en: a) los usos del tráfico; b) el principio de buena fe; c) la obligación derivada del «contrato social»; o d) se equiparan a los casos de culpa al celebrar el contrato. La sumisión puede tener lugar por: 1, aceptación de ellas, en el contrato o en documento adjunto; 2, referencia expresa o tácita, a ellas, en el contrato individual; y 3, valor de ellas por usos de comercio. B) Deben excluirse de la sumisión o remisión las condiciones inmorales injustas, contrarias a las buenas costumbres, oscuras, ambiguas o equívocas, y

en caso de imponerse por los usos del tráfico que no sean derecho consuetudinario se excluirán las que no respondan al estatuto jurídico-civil del contrato de que se trate. C) La doctrina expuesta considera un Derecho positivo como el español o el alemán, en que la ley civil no regula en forma alguna el supuesto de sumisión. El Ordenamiento italiano disciplina minuciosamente estas cuestiones. D) En la inmensa mayoría de los casos, la aceptación de las condiciones se hace a través de una declaración de voluntad tácita de las llamadas «negligentes», pero cuyos efectos no puede eludir el firmante. Los supuestos son infinitos: condiciones anteriormente admitidas; catálogos detallados; notas de pedido; solicitud de seguro, formularios; letreros; prensa; envíos de documentos con posterioridad a la conclusión del contrato, salvo que se repitan condiciones que el cliente pudo haber conocido antes; carta o escrito de confirmación o nota final; facturas; escritos acompañados de la cuenta; notas de facturas anteriores en las vinculaciones negociales duraderas y el silencio del comprador en determinadas ocasiones. E) En casos muy numerosos se da actualmente la vigencia de condiciones normales sin necesidad de remisión a las mismas (carácter de normas reglamentarias): bolsas de comercio, transportes, bancos, seguros privados, suministros de agua, gas y electricidad, y hospitales y centros sanitarios públicos. Si al particular le queda la opción entre contratar o no, estaremos en órbita del derecho civil; en otro caso, en terreno de Derecho Administrativo.

-El error y el dolo coinciden sustancialmente, pero en el dolo el conocimiento equivocado se debe a la insidia del otro contratante y en el error propiamente dicho obedece a otras causas. Hay que diferenciar el error de la voluntad y el error en la declaración. En casos de error obstativo, el T. S. ha declarado que la regla general será la prevalencia de la voluntad real sobre la declarada. En el error obstativo, si la discordancia se debió a negligencia estará obligado a resarcir los daños sufridos por la parte perjudicada, salvo que se acredite que ésta conoció o debió conocer el error. El error obstativo no será invocable cuando suponga una contravención de las buenas costumbres, buena fe, una Ley o el orden público. El error vicio y el obstativo pueden afectar a la esencia del negocio o simplemente a sus motivos y

no producen efectos si pudieron ser evitados con una regular diligencia o si los contratantes son personas peritas en la materia correspondiente. El Código español solamente considera el error sustancial, el error sobre la persona y el simple error de cuenta. En el primero, cuando invalide el consentimiento, se incluirán el error sobre la naturaleza o causa del contrato, identidad o esencia de la cosa. No hace nuestro Código más distinciones y es acertado porque será a los tribunales a quienes incumbirá la apreciación del error sustancial. El T. S., en abundante jurisprudencia (5 de marzo de 1960, 5 de marzo de 1962, 8 de mayo de 1962, 8 de mayo de 1963, 19 de enero de 1965 y 2 de marzo de 1965), ayuda en determinar qué haya de ser error sustancial. En cuanto al relieve que haya de darse al elemento subjetivo en la apreciación del error hemos de tener en cuenta las restricciones que a la doctrina del T. S. pone la contratación moderna a través de formularios o condiciones generales. Estas obligarán siempre que el particular las conozca o haya podido conocerlas y conozca también la significación social típica de su conducta. La opinión científica moderna es partidaria de la equiparación entre el error de hecho y de derecho. Nuestro C. c. no se refiere al error de derecho en sus artículos 1.265 y 1.266, pero lo tiene en cuenta en los artículos 69, 360, 361, 433, 1.164, 1.176, 1.895 y otros. El T. S. últimamente parece admitir el error de derecho (6 de abril de 1962 y 21 de mayo de 1963). Su aplicación se hará con extraordinaria cautela, en aras de la seguridad jurídica y exacto cumplimiento de lo pactado. En cuanto a la alegación del error ante los Tribunales, ha declarado el T. S. que es ante todo una cuestión de hecho, sin perjuicio de ser combatida en casación por la vía del número 7 del artículo 1.692 de la L. E. C.

Sólo puede hablarse de conducta concluyente dolosa en el callar o en alguna otra actuación, cuando preexista un deber de declaración veraz por Ley, buena fe o costumbre del tráfico. La conducta dolosa crea un error, lo refuerza o lo mantiene. No es necesario que el error (del que es víctima de dolo) sea disculpable. El dolo para anular la obligación ha de ser grave. El T. S. ha deslindado el dolo causante y el incidental que originan, respectivamente, la nulidad de lo convenido y la reclamación de daños y perjuicios. El dolo ha de provenir de uno de los contratantes, aunque se asocie

con un tercero para realizarlo. El T. S. ha distinguido perfectamente los distintos aspectos del dolo en nuestro ordenamiento y el dolo civil del penal. Ante la jurisprudencia expresada es de observar (en opinión del autor) que no es asimilable el dolo civil al concepto de fraude que utilizan las Leyes penales y tampoco es esencial para el dolo «el propósito de dañar». La prueba del dolo corresponde a quien lo alega, no implica prueba de un hecho, sino calificación jurídica de ciertos hechos, y en esa operación el juez no está vinculado por el principio dispositivo del proceso civil.

La distinción de nuestro C. c., entre violencia e intimidación, coincide con la romanista de *vis absoluta* y *vis compulsiva*. Es un caso susceptible de dos valoraciones por jurisdicciones distintas (civil y penal). No es frecuente en el ámbito privatista el empleo de la «fuerza irresistible»; pero es posible, máxime cuando puede provenir de hechos o personas ajenas a los contratantes. El intérprete o los Tribunales resolverán si el contrato es nulo o anulable. En cuanto a la intimidación, la jurisprudencia del T. S. ha perfilado sus requisitos y efectos con claridad, especialmente en sentencia de 27 de febrero de 1964. Deben ser probadas por quien las alegue, y el T. S. ha repetido las declaraciones hechas para el error y el dolo. A diferencia del dolo y el error, el C. c. da al intérprete las reglas de los párrafos 3.º y 4.º del artículo 1.267, con una visible tendencia a la objetividad.

Mediante la interpretación del contrato se trata de averiguar su propio sentido y, en su caso, integrarlo. La interpretación tiene por finalidad averiguar, no la voluntad interna no expresada, sino el supuesto de hecho externo de la declaración de voluntad. Los autores diferencian en primer lugar la interpretación de la Ley y del contrato, y la fijación del contenido del contrato y su interpretación (antes de interpretar es preciso determinar qué es lo que se va a interpretar). Son operaciones jurídicas distintas la calificación de un contrato, su interpretación y su regulación. Desde el punto de vista jurídico, la voluntad interna de un contrato no tendrá efecto si por su declaración o manifestación el otro contratante, según los usos y la buena fe, entendió cosa distinta de aquella voluntad interna. Esta dirección objetivista debe ser acentuada en la contratación en masa. En la contratación de masa moderna, a la situación de intereses, ha de añadir la interpreta-

ción integradora la función social del contrato en cuestión y los usos sociales, evitando llegar a un *non liquet* (que en la interpretación de la Ley debe ser superado por imperativo del artículo 6.º de nuestro C. c.). Frente a la contratación por formulario, los Estados imponen a los empresarios sus Leyes y reglamentos y los Tribunales han sentado el principio *in dubio contra stipulatorem*, aunque estos medios son insuficientes y se requeriría una intervención más a fondo del legislador. En la tarea interpretativa de las condiciones generales han preocupado, especialmente a la jurisprudencia extranjera, las cláusulas sobre franquicias de responsabilidad a favor del empresario o que desplazan la carga de la prueba (cfr. nuestra recensión a la obra de GARCÍA AMIGO: *Cláusulas limitativas de la responsabilidad contractual*, en esta REVISTA, número 453, págs. 568 y sigs.). En la contratación con las empresas que prestan servicios públicos de transporte, seguros, suministros de agua, gas, electricidad, etc..., las condiciones oficialmente controladas o aprobadas son equiparables, a efectos de interpretación, a las normas reglamentarias. Trascendente en la interpretación de los contratos de formulario es el lenguaje utilizado en ellos. Si las fórmulas han sido establecidas por disposición legal o reglamentaria, habrá que estar a las normas de interpretación de las Leyes. En caso de redacción por empresas particulares para el gran público, su sentido y alcance se determinará según el lenguaje usual, sin perjuicio de usar los términos técnicos necesarios que serán más empleados en caso de contratación celebrada entre entidades técnicas. En caso de contratación entre empresas puede darse una colisión de condiciones y habrá que distinguir sus efectos, según el momento en que la controversia se produzca. La interpretación de los contratos en los Códigos civiles más importantes se agrupa, según el criterio del Código de Napoleón, o un sistema que podemos llamar germánico. Es carácter común de ambos grupos basar la interpretación en la indagación de la voluntad real de las partes. En los Códigos del grupo francés se contienen unas cuantas reglas de interpretación y en el germánico es característica la parquedad de regulación a base de uno, dos o tres artículos. El Código español sigue el patrón francés y trata de indagar en cada caso la verdadera intención de los contratantes (1.281), pero con un predominio evidente de elementos

objetivos (1.258). La voluntad de los contratantes que prevalece sobre sus palabras es la común y debe resultar evidenciada. Pero este principio legal tiene sus excepciones (cfr. T. S. de 28 de mayo de 1951, 27 de octubre de 1951, 13 de mayo de 1952). En las fases previas de la interpretación se halla la determinación de los hechos, según la prueba y la calificación del contrato. A falta de normas legales concretas sobre cómo conducirse el proceso interpretativo, ésta es función crítica preliminar del Juez. La calificación jurídica de un contrato depende de los pactos que lo integran y no de la denominación dada por los otorgantes. De los elementos a tener en cuenta en la interpretación, el primero es el gramatical. Si el elemento gramatical es claro, no es necesaria la labor interpretativa. En otro caso habrá de acudirse a la interpretación lógica y siempre en forma sistemática (sentencia de 25 de abril de 1927 y 5 de marzo de 1964). El sentido gramatical no excluye la interpretación lógica, sino que la presupone. El artículo 1.283 ratifica la superioridad del elemento intencional y el 1.284 establece una regla aplicable también a la interpretación de las Leyes. Las reglas de los artículos 1.285 a 1.289 no sólo se aplican a la contratación de la época de redacción de nuestro C. c., sino al tráfico en masa. Podemos dar como postulados orientadores en la interpretación de la moderna contratación: A) es decisivo en los contratos de masa el sentido típico de las declaraciones de voluntad; B) se aplica la regla *in dubio contra stipulatorem*; C) el principio de autonomía de la voluntad se halla muy limitado en la contratación en masa; D) hay elementos éticos y sociales de tono imperativo que de modo absoluto disciplinan las relaciones de Derecho privado; E) en caso de discrepancia hemos de atenernos a las condiciones generales especiales. El artículo 1.285 proclama una interpretación sistemática resultante del conjunto, y el 1.289 establece una norma de carácter supletorio. El criterio interpretativo de un contrato mantenido por el Tribunal de segunda instancia puede ser objeto de recurso de casación. La *questio facti*, articulando el recurso en base del número 7.º del artículo 1.692 de nuestra L. E. C. y la *questio juris* por el cauce del número 1.º La sentencia de 11 de abril de 1964 sintetiza y aclara esas fases. El criterio actual de nuestro T. S., ya consolidado, se aparta del seguido hasta la sentencia de 8 de julio de 1949 en que se recogió la

moderna doctrina expuesta por DANZ, en su obra *La interpretación de los negocios jurídicos*.

Prescindiendo de matices secundarios se ha llegado a cierto acuerdo en la determinación de los grados de invalidez o ineficacia de los negocios jurídicos, diferenciando: a) inexistencia, cuando al contrato le falta algún elemento esencial; b) nulidad radical, cuando se opone a alguna Ley que declara expresamente esa clase de nulidad; c) anulabilidad o nulidad relativa, cuando adolece de vicios en la formación de algún elemento esencial, y d) rescisión, que presupone un contrato válidamente celebrado y que deviene ineficaz a virtud de lesión o perjuicio sobrevenidos. Esta materia es una de las más deficientemente reguladas en la legislación comparada de Derecho privado. En nuestro C. c. se distingue la rescisión de los contratos (1.290 y sigs.) y la nulidad de los mismos (1.300 y sigs.), y pueden deducirse los otros conceptos doctrinales de nuestro articulado (cfr. 1.261, 1.264 y 1.290 y sigs.). El Tribunal Supremo ha diferenciado diversos supuestos afines: inexistencia y nulidad relativa (30 de enero de 1909, 21 de junio de 1927, 3 de enero de 1947 y 7 de enero de 1964); anulabilidad y rescisión (28 de junio de 1912 y 17 de abril de 1943); nulidad y prescripción (27 de febrero de 1964), y nulidad y simulación (21 de junio de 1927). Es tendencia muy acusada en la contratación en masa mantener la vigencia del contrato, no obstante adolecer alguna o algunas de sus cláusulas de ineficacia y declarar solamente la nulidad parcial de la cláusula en cuestión. La nulidad parcial requiere que el contenido del negocio sea divisible y que el resto válido sea útil a los contratantes. Puede hablarse también de nulidad parcial en el supuesto de los llamados contratos complejos y en los plurilaterales. En otros supuestos (v. gr., vulneración de precios de tasa) no es nulo *ipso iure* el contrato. El mismo criterio restrictivo predomina en la legislación especial (cfr. Ley de usura y Ley sobre venta de buena muebles a plazos de 17 de julio de 1965). Estos supuestos de nulidad parcial se inspiran en la preocupación del poder público de que los efectos de los contratos respondan, en todo caso, al artículo 1.258 del C. c. Según estos criterios expresados, hemos de disciplinar la ineficacia de la contratación en masa. La ineficacia de las condiciones generales sobreviene en el supuesto de abuso de una prepotencia eco-

nómica, y para ello el intérprete atenderá el caso normal bosquejado por el legislador en las normas dispositivas y coactivas. Siempre que no se opongan preceptos legales imperativos, debe ser eficaz el resto del negocio que no adolezca de ilicitud. Las condiciones generales ineficaces se sustituirán por normas dispositivas, y cuando no las haya, se acudirá a la interpretación, según la buena fe en consideración a los usos del tráfico, los principales intereses en juego y por la analogía. La vía judicial de impugnación hallará cauce en los artículos 1.301 y siguientes.

La función de los institutos jurídicos conduce con frecuencia a desdibujar no sólo los límites artificiosamente estructurados (Derecho civil y mercantil), sino también los trazados con mayores fundamentos entre Derecho público y privado. Es decisivo para acotar los campos respectivos la naturaleza de los derechos subjetivos y correlativos deberes de que se trata, la misma naturaleza de la relación calificada por el carácter con que intervengan los sujetos y la prevalencia *in casu* de los intereses de la comunidad. Es problema previo determinar la naturaleza jurídica de la relación para fijar después el Tribunal competente. No hay en nuestro Derecho positivo textos claros al respecto (cfr. artículos 406 y 415 de la Ley de Régimen Local; el 121 de la Ley de Expropiación Forzosa y los artículos 40 y 41 de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado). Cuestión vital para el Derecho mercantil es la de su sustantividad y autonomía frente al Derecho civil. La distinción sólo se halla clara en las normas mercantiles de carácter público. La doctrina mercantilista ha pasado de identificar el Derecho mercantil con un derecho profesional a basarlo en el acto de comercio realizado en masa; pero el acto de comercio no alcanzó, aisladamente considerado, las suficientes notas peculiares para distinguirlo de los actos o contratos civiles. Dados estos inconvenientes, la doctrina ha vuelto a la nota de profesionalidad; pero sustituyendo, ahora, el comerciante individual por la empresa. El hallazgo económico de la idea empresa es manifiestamente insuficiente, y actualmente no cabe más que sostener el principio de unidad del Derecho privado y no existe una «comercialización» del Derecho civil, sino una «civilización» del mercantil. El Derecho comparado nos proporciona abundantes ejemplos de la inexistencia de distinción formal entre el Derecho civil y el mer-

cantil. Aunque la empresa sea un concepto esencialmente económico, no es indiferente al jurista, y nuestros C. c. (v. gr., 475, párrafo 2, y 1.056, 2) y C. C." (cfr. 69, 175, 386, 390 y sigs.) reconocen la idea de «explotación industrial o mercantil» y de «empresa», aunque ha sido nuestro T. S. el que ha bosquejado su concepto y naturaleza jurídica: considerándola como un conjunto comercial. Una segunda fase se manifiesta a partir de la sentencia de 13 de marzo de 1943, calificándose de verdadera organización de actividades, bienes y relaciones. Se evoluciona, destacando el valor industrial de la empresa (cfr. sentencia de 7 de diciembre de 1945 y 13 de marzo de 1946), y cierra el ciclo evolutivo la doctrina surgida principalmente con motivo de la aplicación del artículo 4 de la L. A. U. de 31 de diciembre de 1946 (repetido con la misma redacción en la de 1956 y en la vigente con el núm. 3). La L. A. U., en su artículo 3, plantea a los Tribunales un problema de trascendencia práctica equivalente al planteado por el artículo 2.º del C. C.º Del examen de nuestra jurisprudencia se deduce que el Tribunal Supremo ha considerado a la empresa como entidad de carácter eminentemente económico, pero en ningún caso núcleo central de una rama de Derecho privado (cfr., entre otras sentencias, las de 16 de marzo de 1948, 13 de noviembre de 1950, 13 de enero de 1953, 3 de marzo de 1955, 28 de septiembre de 1955, 13 de noviembre de 1963 y 2 de julio de 1964). La fórmula del artículo 2 de nuestro C. C.º (que deriva del artículo 1.199 del C. C.º de 1829), a pesar de su aparente claridad, no soluciona el problema delimitativo, y los actos no se diferencian por sus notas intrínsecas, sino por las externas de carácter económico. Nuestro T. S. ha declarado que la calificación es cuestión de hecho y sólo en caso de duda se decidirá la cuestión a favor del deudor, atendiendo también a la índole y finalidad de las operaciones habituales realizadas. Lógicamente, en caso de duda regirá un criterio extensivo para entender que el acto es civil. El desarrollo y evolución de los conceptos contractuales civiles, impregnados de sentido social y económico, dotan a los Códigos civiles de la suficiencia precisa para regular toda esa contratación en masa. Los principios fundamentales de nuestra contratación civil, reflejada en la mercantil, pueden resumirse así: A) Pese a todas las restricciones de Derecho público y privado, el principio de autonomía de la volun-

tad sigue dominando la contratación. B) Es consecuencia de dicha autonomía la libertad de forma en los contratos y restricciones, la buena fe en la contratación, la licitud de los pactos y su sujeción a las buenas costumbres. C) De acuerdo con la moderna doctrina, nuestro T. S. da al principio de la buena fe un sentido objetivo para dar al contrato cumplida efectividad. D) En el sentido de la remisión al uso habrá que estar a un concepto amplio, incluyendo la costumbre jurídica, el uso como medio de suplir la voluntad de los contratos, e incluso el uso en su acepción puramente material. E) La apreciación judicial de la buena fe o el uso presupone dos fases: a) prueba suficiente de los hechos de que se derive o no la buena fe, el uso o la costumbre, y b) valoración jurídica de esos hechos. F) La licitud del contrato no sólo se exige en la Ley en general, sino para cada uno de los elementos del contrato. Resulta bien patente la comunidad de principios fundamentales de toda la contratación de Derecho privado (ya se efectúen en la esfera civil o en la mercantil), y esta conclusión confirma el artículo 50 del C. C.º Del examen de la jurisprudencia recaída en aplicación del artículo 50, resulta lo limitado de la referencia normativa que el precepto atribuye al C. C.º y Leyes especiales. La supletoriedad del C. c., en su aplicación a los contratos mercantiles, ha sido también reiteradamente declarada. El artículo 52 viene a ser un reflejo de lo dispuesto en los artículos 1.152 a 1.155 del C. c. El artículo 54 del C. C.º sienta una norma que difiere del artículo 1.262 de nuestro C. c. El 59 recoge el principio que inspira muchos artículos del C. c. (1.171, 1.288, 1.615...). El 60 concuerda con el 7 del C. c. y lo completa. El 61 viene a sancionar el principio del 1.113. El 62 establece una generalización contraria a la rapidez del comercio y viene a decir, en su juego con el 1.113, que las obligaciones civiles se equiparan en cuanto a su exigibilidad a las mercantiles que llevasen aparejada ejecución. La doctrina de la mora tiene, en nuestro ordenamiento privado, una regulación en el artículo 1.110 del C. c. y otra en el 63 del C. C.º Las especialidades mercantiles no son de trascendencia jurídica, sino de relevancia económica. Los principios jurídicos mercantiles especiales de contratación son desconocidos en la práctica.

El contrato administrativo pertenece al grupo que por su función se integra en los contratos de Derecho público. Es evidente la

distinción, en la doctrina y en la práctica, entre los contratos civiles y administrativos. Es elemento común el consentimiento contractual y no puede decirse que ambos tengan naturaleza contradictoria. Se diferencian en una nota externa (diversidad de jurisdicción competente) y una interna (la finalidad del administrativo son las obras y servicios públicos de toda especie). Hay otras notas secundarias y para la debida distinción, es necesario apreciar conjuntamente todos los criterios *in casu*. La existencia, dentro de la jurisdicción ordinaria, de unos Tribunales especializados, es un hecho de trascendentales efectos prácticos. La Ley reguladora es de 27 de diciembre de 1956 y establece su ámbito de aplicación en el artículo 1.º y en concreto sobre materia contractual en el 3.º La legislación actual, en comparación con la anterior, ha llegado a una considerable extensión de la jurisdicción contencioso-administrativa. Los entes públicos tienen una doble actuación: administrativa y civil, según actúan con poder o sin potestad, y sin referencia a servicios públicos (T. S. de 28 de octubre de 1963 y 16 de marzo de 1964). La interferencia de ambas jurisdicciones es problemática (31 de diciembre de 1957, 17 de octubre de 1961, 24 de mayo de 1962 y 27 de septiembre de 1962). Ha sido—a criterio del autor—la sala 1.ª del T. S. la que con mayor amplitud y contenido sustantivo ha tratado de deslindar repetidamente los contratos civiles de los administrativos; en definitiva, para resolver la cuestión procesal de incompetencia de jurisdicción propuesta como excepción dilatoria. Destaca la sentencia de 15 de octubre de 1963, que califica la materia de contratación, en principio, como fundamentalmente civil, si bien por circunstancias especiales, determinados contratos se asignan al círculo de Derecho público. Suelen señalarse como criterios diferenciales: 1.º El que atiende a los elementos subjetivos. 2.º El que atiende a la forma (formalismo del contrato administrativo). 3.º El que se fija en el contenido de la relación (der. subj. y deberes jurídicos públicos). 4.º El que mira al objeto y finalidad (verbigracia, realización de una obra o servicio público). Es muy plausible el criterio de elasticidad de esta sentencia, pero tienen importancia preponderante el del objeto y finalidad del contrato y el del contenido de la relación. La distinción subjetiva no implica que todos los contratos en que de hecho, no desde el punto de

vista jurídico, una parte ocupa una posición preponderante hayan de incluirse en el Derecho administrativo (contrato de masa a incluir en el Derecho privado, v. gr., los de empresas públicas de transportes, seguros, bancarios...). El criterio de distinción formal es insuficiente por sí solo en general, pero puede la Ley establecerlo como esencial. La contratación civil es la regla general y el contrato dudoso debe reducirse a una calificación *juris-privatista*. La sentencia de 26 de mayo de 1964 completa la doctrina legal en materia de distinción entre contratos civiles y contratos administrativos, y atiende a los elementos esenciales de todo contrato, añadiendo el de su jurisdicción competente. La calificación de un contrato como administrativo y su atribución a la jurisdicción competente no excluye, en modo alguno, la aplicación de los preceptos del C. c. para regular sus efectos. La sentencia de la Sala 3.^a de 12 de marzo de 1964 aplica los artículos 1.124 y 1.258 del C. c., la doctrina de la causa y declara de forma general la aplicación por la jurisdicción contencioso-administrativa de las disposiciones que regulan la contratación. En la de 31 de enero de 1964 (Sala 4.^a) se aplica la doctrina civil de la mora, y la misma Sala, en la de 25 de enero de 1964, sanciona el principio de la buena fe (1.258 C. c.) para toda la contratación administrativa. La de 27 de octubre de 1961 (de la Sala 4.^a) declara aplicables los artículos 1.284, 1.285 y 1.288, y la de 28 de enero de 1965, los principios contenidos en los artículos 1.096 y 1.110.

Extracto de la regulación legal española en materia de servicios públicos en cuanto afecta a la contratación con los particulares.

Transportes. Arranca la actual regulación de la Ley de Bases de 24 de enero de 1941:

A) En cuanto a los ferrocarriles, dicha Ley creó la RENFE. Aún se halla en vigor la antigua Ley General de Ferrocarriles de 23 de noviembre de 1877. La organización de la RENFE se contiene en el Decreto de 17 de enero de 1947, en el que se establecen las líneas generales de las tarifas a aplicar (arts. 22 a 30). Al Ministerio de Obras Públicas corresponde aprobar las tarifas generales y especiales, a propuesta del Consejo de Administración de la RENFE. La Ley de Policía de Ferrocarriles de 23 de noviembre de 1877, des-

arrollada por su Reglamento de 8 de septiembre de 1878 y numerosas disposiciones posteriores, aclaran el Reglamento en materia de tarifas (R. O. de 1 de febrero de 1887, 14 de mayo de 1887 y O. de 23 de marzo de 1934).

B) En transporte por carretera, la Ley de Bases se desarrolló por la Ley de régimen jurídico de transportes mecánicos por carretera de 11 de diciembre de 1942. La Ley de 27 de diciembre de 1947 regula la Ordenación de los transportes mecánicos por carretera, y ante la creciente utilidad de estos transportes y su trascendental influencia en la economía nacional y para mantener el indispensable equilibrio entre los intereses de los usuarios y de las empresas, se introducen importantes modificaciones en la legislación anterior. Se manifiesta el intervencionismo del Estado en su artículo 5.º Las tarifas autorizadas en cada concesión tendrán el carácter de máximas. Se regula por vez primera en España la materia de estaciones y agencias en los artículos 39 y siguientes de esta Ley. Por Orden de 4 de noviembre de 1964, se publicó el Reglamento Nacional de los Servicios Urbanos de Transportes en Automóviles ligeros.

C) Las agencias de transportes, como organizaciones interpuestas entre los usuarios y las empresas de transportes, sólo podrán actuar sometidas a la inspección del Ministerio de Obras Públicas, al que remitirán, para su aprobación, las tarifas y reglamentos. Estas agencias contratarán forzosamente con los usuarios, asumiendo ante éstos, y ante la Administración, la responsabilidad de todo orden en que pueden incurrir. La regulación de las agencias de transportes se halla en el Reglamento de Ordenación de los transportes mecánicos por carretera, Decreto de 9 de diciembre de 1949; en el Reglamento tipo de 2 de agosto de 1951 y en la Orden de 25 de noviembre de 1954.

D) Las Convenciones internacionales sobre transporte de mercancías y de viajeros y sus equipajes, firmadas en Berna el 25 de octubre de 1952, han sido sometidas a la sexta revisión en 25 de febrero de 1961 (la Convención inicial se celebró en 1890). Han sido firmadas por 24 países, entre ellos España, y se han reunido las 15 ratificaciones necesarias para su puesta en vigor, entre ellas

la de España. En lugar de dos partes en el documento de transporte (billete propiamente dicho y su duplicado), se establecen cinco ejemplares numerados y sólo diferenciados por su título: 1) billete; 2) hoja de ruta; 3) boletín de llegada; 4) duplicado del billete; 5) matriz de expedición. El título común de estos documentos indica su valor y su poseedor. El título ferroviario se aproxima así a la carta de transporte aéreo de la Convención de Varsovia y al billete internacional de transporte por carretera de la Convención de Ginebra. Las tarifas internacionales pueden ser declaradas obligatorias para el tráfico internacional, con exclusión de las internas. Lo fundamental de la Convención de Berna son sus declaraciones sobre el problema de la responsabilidad. La base de la responsabilidad del ferrocarril sigue siendo una presunción legal de responsabilidad en contra del porteador, que admite prueba en contrario.

E) La Ley de 18 de julio de 1932 creó las Juntas de Detasas y una impropia llamada jurisdicción especial. Su actuación es trámite previo para entablar cualquier acción ante los Tribunales de justicia si afecta a cantidad superior a tres mil pesetas; en otro caso el acuerdo mayoritario de la junta será ejecutorio (Ley de 1932 y de 24 de junio de 1938). La Orden de 2 de marzo de 1946 ha declarado que estas normas no modifican las correspondientes de la L. E. C. Por Orden de 28 de diciembre de 1938 se aprobó el Reglamento para el funcionamiento de las Juntas de Detasas.

F) Las agencias de viajes se regulan por el Decreto de 29 de marzo de 1962 y su Reglamento de 26 de febrero de 1963. La competencia disciplinaria del Ministerio de Información y Turismo no es obstáculo a la competencia civil y penal correspondientes. La Ley de 8 de julio de 1963 sobre competencias turísticas puso ya remedio a la fragmentación legislativa de esta materia, y el Decreto de 14 de enero de 1965 promulga el Estatuto ordenador de las empresas y actividades turísticas privadas.

Seguros: La Ley de registro e inspección de empresas de seguros de 14 de mayo de 1908, en notable desacuerdo con el principio liberal de la época, señalaba una posición intervencionista del Estado que

ha seguido la Ley de Ordenación de los Seguros privados de 16 de diciembre de 1954 y dejó vigente el Reglamento de 1912, aunque dictó después el Reglamento de 13 de abril de 1956. Dentro de la frondosa legislación de seguros mercantiles privados, merece especial mención el seguro obligatorio de viajeros por ferrocarril, creado por la Real Orden de 13 de octubre de 1928. Su Reglamento es de 26 de julio de 1929, completado por Decreto de 8 de mayo de 1942 y otras disposiciones posteriores. Las indemnizaciones por muerte o incapacidad fueron elevadas por Orden de 11 de junio de 1962 y nuevamente por Decreto de 27 de abril de 1965. La Ley de 26 de septiembre de 1941 amplió el seguro obligatorio de viajeros al transporte por carretera y aéreo, y una novísima legislación ha creado el de accidentes derivados del tráfico de vehículos de motor. El título III de la Ley sobre Uso y Circulación de vehículos de motor (de 24 de diciembre de 1962) ha originado numerosas disposiciones complementarias: 1.º Las que han adaptado a la jurisdicción militar las normas orgánicas y procesales de la Ley de 1962: v. gr., Decreto de 17 de diciembre de 1964, modificado, en parte, por el de 16 de junio de 1965 y Circular de la Fiscalía del Tribunal Supremo de 28 de abril de 1965. 2.º El Reglamento de seguro obligatorio de responsabilidad civil derivado del uso y circulación de vehículos de motor (Decreto de 9 de noviembre de 1964, modificado por otro de 6 de mayo de 1965). 3.º Las disposiciones relativas al Fondo Nacional de Garantía de Riesgos de la Circulación (Decreto de 3 de octubre de 1964, Decreto de 24 de diciembre de 1964). Otras disposiciones complementarias de menor interés son las referentes al seguro voluntario del automóvil, seguro turístico, límite de ruidos de los vehículos de motor...

Suministro de Agua, Gas y Electricidad: A) El suministro de agua puede prestarse a los particulares por empresas privadas suministradoras, por municipalización del servicio o por concesión administrativa. El precio tarifado está fiscalizado a través de la Delegación de Industria correspondiente (Orden de 20 de febrero de 1957 y Circular de 11 de marzo del mismo año). La competencia jurisdiccional no será siempre la ordinaria, en especial en casos de servicios municipalizados o de litigio entre Administración, concedente y concesionario.

B) En el suministro de gas hemos de atender al Reglamento de 27 de marzo de 1956. Las condiciones generales y especiales se someterán previamente a estudio e informe de las respectivas Delegaciones de Industria. La fijación de Tarifas máximas compete al Ministerio de Industria (O. de 24 de junio de 1954). En materia de Jurisdicción, aún admitiendo la competencia de lo contencioso-administrativo, en los litigios con particulares, conocen la civil o penal en su caso.

C) El suministro de energía eléctrica se rige principalmente por el Reglamento de 12 de marzo de 1954 y que (en forma análoga al gas) atribuye la competencia y reglamentación del mismo al Ministerio de Industria a través de las Delegaciones Provinciales correspondientes. El T. S. (Sala 1.ª) ha declarado que es un contrato de compraventa con fisonomía especial. Sobre tarifas se han publicado numerosas disposiciones.

Empresas bancarias: Su establecimiento y funcionamiento están sometidos a la intervención del Estado a través del Ministerio de Hacienda. La disposición fundamental es la Ley del 14 de abril de 1962, desarrollada por Orden de 25 de mayo de 1963; Decreto de 5 de junio de 1963 y Orden de 30 de noviembre de 1963 sobre autorización para apertura de sucursales y agencias bancarias. Se considera legalmente a los Bancos como entidades reguladoras o distribuidoras del crédito, defensores del valor del signo monetario y los llamados a seguir la política económica. Se insiste en que la Banca debe utilizarse como promotora de inversiones y financiadora a plazo medio y largo, con las imprescindibles cautelas para evitar el riesgo de una imprudente inmovilización.

Dentro de una clasificación funcional de los contratos tienen singular relieve actual los efectuados en las esferas del cine, radio y televisión y que se manifiesten, en general, a manera de conglomerados de contratos. La importancia social y aun política de estos medios técnicos de difusión ha creado una reglamentación intervencionista del Estado que no ha logrado oscurecer el aspecto privado de la relación subyacente. La palabra hablada y la imagen (manifestaciones directas de la personalidad humana) están protegidas contra inmisiones ajenas por las normas generales y las

de responsabilidad extracontractual y son objeto de la llamada propiedad intelectual, dada la sagaz y previsora redacción del artículo 1.º de la Ley de propiedad intelectual de 10 de enero de 1879 y el correlativo de su Reglamento de 3 de septiembre de 1880

Cinematografía: Hay una enorme profusión legislativa que afecta principalmente a inscripción en el Registro de la propiedad intelectual (O. de 29 de marzo y 6 de abril de 1935); concesión de permisos de rodaje (O. de 16 de marzo de 1951) o de doblaje (14 de octubre de 1952); sobre precios de entradas cinematográficas (O. de 8 de marzo de 1957); régimen de coproducción de películas (O. de 26 de enero de 1960); protección a la cinematografía nacional (O. de 13 de mayo de 1961); protección del derecho de autor (O. de 23 de febrero y 14 de abril de 1965), etc...

Radiodifusión: Reglamento del 14 de junio de 1924, modificado por Orden de 12 de abril de 1941 y 22 de mayo de 1951 sobre estaciones radioeléctricas particulares; Reglamentación de emisoras de 5.ª categoría; Decreto de 22 de mayo de 1955, que prohíbe la transferencia a extranjeros de emisoras de radio, etc...

Televisión: Decreto de 18 de octubre de 1957 sobre instalación de antenas receptoras; Decreto de 4 de junio de 1959 sobre retransmisión de espectáculos públicos; Orden de 24 de diciembre de 1965 sobre permisos de rodaje para televisión extranjera. El Decreto de 11 de octubre de 1962 reorganiza la Dirección General de Radiodifusión y Televisión, con normas de carácter administrativo y de orden interno que no afectan al particular, salvo en cuanto a tarifas de publicidad.

En el aspecto privatista, el conglomerado contractual no se forma de contratos mixtos, sino de una mera unión externa de diversos contratos dirigidos al mismo objetivo económico. Se trata de materia contractual única, con autonomía jurídica y ligada en su aspecto económico, que enlaza al lado de contratos individuales los llamados de organización que a menudo reúnen los caracteres de la contratación en masa. Esta contratación, dirigida a la producción técnica, no se confunde con los derechos de propiedad intelectual, ni con la financiación de dicha producción. Esta

contratación se halla en la zona límite de la economía industrial y de la actualidad cultural.

En materia cinematográfica se distinguen como figuras contractuales por LAUFKE las de adaptación de obras literarias o artísticas; las de obtención de manuscritos; las de obtención de guiones; las de composición de música; las de doblaje. Este grupo de contratos serán generalmente contratos de obra o de servicios. En otros casos serán arrendamientos de cosas (contratos de talleres o accesorios) o de depósito (conservación de cintas cinematográficas); contratos de obra o de venta, según lo pactado (obtención de copias); venta o arrendamiento de cosas (petición de películas por las salas de proyección). La autorización de licencias de proyección en el extranjero implica un contrato con importante aspecto fiscal e internacional. En esta serie de relaciones jurídicas pueden distinguirse cuatro fases: contratos preparatorios de la producción; de realización de la producción; de cesión para proyección pública y de proyección. En esta materia se utilizan generalmente contratos de formulario, salvo en esfera de coproducción cinematográfica.

En materia de televisión, la doctrina procura adaptar su desarrollo contractual al proceso contractual del cine y el autor resume la contratación, con exclusión de la esfera laboral, en el siguiente cuadro: Contratos de producción y de emisión. Los de producción, divididos en: constitutivos o configuradores y contratos técnicos. Los constitutivos comprenden los relativos a la propiedad intelectual; obtención de manuscritos y guiones; obtención del elemento musical y de cooperación. Los técnicos abarcan los relativos al taller o estudio y los de doblaje, copias y sincronización.

Es frecuente, por la evolución técnica y científica en esta época, que sea insuficiente la cooperación de una o algunas personas en la consecución de ciertos fines individuales o sociales. De ahí la intervención estatal en empresas que persigan fines públicos. Aspecto de esta compleja organización es el trabajo «en equipo» de los diversos grupos técnicos, y la ciencia jurídica actual se ha preocupado de delimitar la responsabilidad del trabajo en equipo. Se pretende que la responsabilidad del equipo no sea siempre extracontractual frente al perjudicado y contractual sólo ante su princi-

pal o técnico de superior categoría. Este trabajo en equipo es hoy muy importante en la medicina del siglo xx. No sólo debe responderse por la propia actuación, sino también por la de las personas que nos están sometidas en la organización correspondiente. En nuestro Derecho, esta responsabilidad se deriva, entre otros, de los artículos 1.721, 1.890 y 1.903 del C. c., y 286 y 379 del C. Co. La responsabilidad de autoridades y funcionarios frente a los particulares se recoge en las Leyes de Expropiación Forzosa y de Régimen Jurídico de la Administración del Estado. Hay diferencias en la responsabilidad del principal, según proceda de actuación contractual o no. Las diferencias se refieren a las personas por las que se responde; calificación del acto, que será de incumplimiento o ilícito; prueba del acto imputable; plazo de prescripción; alcance de la responsabilidad en relación con el dolo y la culpa y posible exoneración o modificación de la responsabilidad.

En la esfera médica hemos de tener en cuenta la Ley de 21 de julio de 1962, que establece normas reguladoras de los hospitales públicos. Los hospitales privados se regirán por esta Ley en cuanto a catalogación y condiciones mínimas de funcionamiento, pudiendo llegar hasta su cierre si no fueren cumplidas. La delimitación de competencia judicial se hará según los criterios generales de diferenciación entre la jurisdicción administrativa y la civil.

La responsabilidad del Estado, frente al particular, por los daños y perjuicios causados por sus autoridades, funcionarios o agentes, se exigirá ante los Tribunales ordinarios, salvo las normas especiales de exigencia de responsabilidad civil, penal y disciplinaria de los militares y funcionarios de las carreras judicial y fiscal.

En cuanto a la responsabilidad del médico por la actuación de sus auxiliares, el T. S. ha insistido en el deber de diligencia, cuya observancia puede acarrearles responsabilidad criminal. Los errores en el tratamiento médico se tuvieron en cuenta en sentencia de 18 de diciembre de 1911, 8 de noviembre de 1913 y 10 de enero de 1930. La responsabilidad criminal será independiente de la contractual en que se incurra por la negligencia manifiesta en el cumplimiento de las normas consuetudinarias o científicas. La jurisprudencia francesa ha llegado a declarar que «cualquier falta del médico lleva consigo su responsabilidad». Es interesante también determinar la responsabilidad médica en el supuesto de que un

médico trabaje en cooperación con otro u otros y las responsabilidades derivadas de la asistencia médica en clínicas particulares. En cuanto a la responsabilidad por actividades médicas en el sector público, la responsabilidad extracontractual se extiende a la originada por todos los que participan en el funcionamiento de los servicios de Sanidad.

Dada la multiplicidad de relaciones internacionales, el primer objetivo en el futuro debe ser el establecimiento de una regulación similar del Derecho privado, lo que sólo se alcanzará a base de tratados y a través de las Naciones Unidas, previa una minuciosa preparación por la ciencia del Derecho comparado. Son tentativas de unificación parcial los convenios de La Haya: el de 12 de junio de 1902 sobre ámbito de aplicación de las Leyes de celebración del matrimonio y separación de los cónyuges y tutela de menores; el de 17 de julio de 1905 sobre los efectos del matrimonio, incapacidad y proceso civil; el de 6 de abril de 1950 sobre declaración de muerte de los desaparecidos y el de procedimiento civil revisado en 1954. Hay otros en proyecto sobre compraventa internacional, sobre reconocimiento de las personas jurídicas y sobre el reenvío. Se firmó en Nueva York, en 1956, un importante convenio sobre ejercicio en el extranjero de las pretensiones sobre alimentos y el de Ginebra de 1948 sobre reconocimiento internacional de derechos en las aeronaves. En el Consejo Económico Europeo se prepara uno sobre responsabilidad civil en el campo de la energía nuclear, y en La Haya, en 1964, se elaboraron tres convenciones nuevas: competencia de autoridades, adopción y el relativo a la significación y notificación de actos civiles y comerciales celebrados en el extranjero y acuerdos sobre elección de fueros.

En materia de contratación no existen Convenios internacionales con normas de colisión generales, salvo los intentos y proyecto sobre la compraventa. Las reglas de Derecho interno no suelen ocuparse de estas normas conflictuales. En nuestro C. c. podemos citar, al respecto, los artículos 9 y 11. La primera regla aplicable a las obligaciones contractuales será la Ley elegida por las partes, o en su defecto se atenderá a su voluntad tácita, o, en último lugar, a la presunta, basándose en los hechos concluyentes o en el punto de conexión que derive de circunstancias de hecho decisivas y en

base de puntos de vista objetivos. En otro caso se aplicará la Ley del lugar del cumplimiento y se determinará según las normas del Derecho interno. En tema de efectos de la obligación podemos distinguir, con la doctrina historia clásica, entre efectos derivados de la voluntad de las partes y los que la Ley deriva de lo conve-nido. A los primeros se les aplicará la Ley del lugar de perfección del contrato y a los segundos la Ley del lugar de ejecución del contrato. Nuestro T. S. ha seguido en este punto el criterio de fle-xibilidad sostenido por nuestra doctrina (cfr. sent. de 20 de mayo de 1899, 22 de octubre de 1910 y 1 julio 1929). La Ley extranjera requiere prueba de su existencia ante los Tribunales españoles, y el Juez español no puede eliminar de oficio la aplicación del C. c. para aplicar el Derecho extranjero. En los contratos sobre inmue-bles, sitios en España, se aplicará la *Lex rei sitae* por razones de orden público. La misma norma se aplicará en preceptos coactivos de contenido económico-social (v. gr., protección del tráfico ju-rídico, tutela de las relaciones laborales, cuestiones de compe-tencia, importación o exportación, etc.). Los estados protegen es-tos intereses: primero a través de normas administrativas y pe-nales, pero también influyen en el Derecho de obligaciones (cfr. pá-rrafo 3 del art. 10 de nuestro C. c.). Distingue la doctrina en la aplicación de Leyes coactivas, las que tienen naturaleza pre-dominantemente jurídico-privada y las de Derecho público. El problema del reenvío ha originado múltiples disquisiciones. Dado el criterio de aplicación restrictiva del Derecho extranjero, se deduce claramente que no se admitirá la no aplicación de una norma española de conflicto, en vista de lo dispuesto en norma extranjera de la misma clase, sino que se acudirá al Derecho ma-terial extranjero en cumplimiento de la Ley española. El prin-cipio de reciprocidad tiene un carácter correctivo de los prefe-rentemente aplicables y debe aplicarse al contenido de los con-tractos. El principio de igualdad civil del artículo 27 de nuestro Código sufre importantes limitaciones en esfera de arrendamien-to urbano, propiedad intelectual y Leyes laborales. El problema de la prueba del trato de reciprocidad se toca en la sentencia de nuestro T. S. de 6 de diciembre de 1961. Con respecto al fraude de Ley, distingue la moderna doctrina entre normas de carácter político-social y económicas y normas del Derecho privado. Res-

pecto a las primeras, que son de aplicación coactivas, no es posible; sí, en cambio, en las segundas. En Derecho español, la noción de fraude puede apoyarse en el amplísimo artículo 4 del C. c. La jurisprudencia aplicó la idea de fraude en cuestiones de Derecho matrimonial, pero fundamentándolo a través del orden público del artículo 10, párrafo 3, del mismo C. c., y el propio T. S. ha dado su concepto en sentencia de 27 de diciembre de 1962. Los llamados conflictos de calificación deberán ser resueltos por la *lex fori*, aunque no haya una doctrina generalmente aceptada ni un claro criterio jurisprudencial (cfr. sentencia de 17 de octubre de 1901). Los preceptos acerca de la forma de los contratos tienen carácter coactivo (art. 11 C. c.). En fase de generación del contrato entre ausentes, la oferta será vinculante, según el derecho del oferente. En cambio, se aplicará la Ley del aceptante a efectos de aceptación, vinculación o modificación de oferta. En materia de interpretación de contrato, se aplicará la Ley que se aplique al contenido del contrato. En tema de prueba, la *lex fori*. En cuanto a prescripción del dominio, el T. S. español sigue el criterio de la *lex rei sitae*, y en materia de extinción de obligaciones contractuales, la Ley del lugar es que se verifican los hechos que producen la extinción (generalmente, *lex loci executionis*).

El principal contrato, en orden a sus efectos internacionales, es la compraventa. Más importancia práctica que los proyectos de Convenios (del Instituto Internacional para la unificación del Derecho y de la VII Conferencia de La Haya) tienen las cláusulas internacionales, sobre todo las denominadas *Incoterms* (verbigracia, Cif. y Fob.). Aparte de lo dicho, existen otras condiciones generales de contratación, v. gr., pago anticipado del precio, envío contra pago de la letra, crédito previa entrega de documentos... El problema internacional ha de resolverse según la *lex rei sitae*. En el ámbito de la Comunidad Económica Europea existen algunos preceptos coactivos con trascendencia a este contrato (verbigracia, art. 85 del Tratado).

El contrato de transporte se regirá por la Ley del lugar en que radique el establecimiento de la empresa porteadora. Además se someterá a los preceptos coactivos que rijan en el lugar de celebración y de ejecución. Sobre transporte por carretera se firmó un Convenio en 19 de mayo de 1956. En tema de transporte aéreo,

la I. A. T. A. ha recomendado a sus miembros condiciones generales uniformes. En este contrato suele haber uniformidad internacional de criterios. A los estados firmantes se aplicará el Convenio de Varsovia de 1929 en su redacción de La Haya de 1955. Nuestra jurisprudencia ha tenido en cuenta estos preceptos (sentencia de 11 de junio de 1958 y 15 de noviembre de 1963). Nuestra legalidad vigente se halla en la Ley de Navegación Aérea de 21 de julio de 1960, sin perjuicio de los Tratados Internacionales firmados. En el aspecto penal y procesal rige la Ley de 24 de diciembre de 1964. En el tráfico marítimo rigen las Reglas de La Haya, y el Convenio de Bruselas de 1942, entre otras normas.

Respecto al contrato de edición, habremos de estar al Convenio de Berna en su revisión de Bruselas de 1948. Como criterio supletorio regirá la Ley del lugar donde radique el establecimiento del editor. En el contrato de arrendamiento de películas para su proyección y, a falta de Ley paccionada, regirá la territorial del lugar donde se proyecte. En los contratos celebrados entre los abogados y sus clientes, a falta de Ley acordada, regirá la del lugar donde se ejerza la profesión, y en la actuación profesional del abogado la norma territorial correspondiente. Hemos de mencionar, por último los Convenios de las Naciones Unidas de 1958 sobre reconocimiento y ejecución de laudos extranjeros.

Juicio crítico.—Algo de lo mucho bueno del libro: un sencillo y limpio castellano, siempre apetecible en los libros técnicos que no por más oscuros son mejores; una actualización llevada al máximo, se comentan y estudian las «últimas» sentencias de nuestro T. S., y aquí decir las «últimas» no es un *slogan* publicitario. Algo de lo poco malo: una primera parte que promete más que ofrece; una sistemática reiterativa y en algunos puntos confusa (mejor diría entrecruzada); algunos capítulos demasiado cortos (v. gr., c. XI) y otros, quizá, demasiado largos en algún punto incomprensiblemente hipertrofiado (c. XIII..., ¿por qué no citar otros importantes contratos con equipo? En síntesis: un buen libro que merece ser releído y consultado. Y esto no abunda.

SENÉN DE LA FUENTE, Guillermo: *La disolución de la sociedad anónima por paralización de los órganos sociales*, Sociedad de Estudios y Publicaciones. Madrid, 1965, 273 págs.

Dice el profesor GARRIGUÉS en el prólogo de la obra que comentamos, que en el autor de este libro, discípulo suyo predilecto, se dan las mejores cualidades que se pueden exigir a un verdadero jurista, como son el rigor intelectual, la claridad y el equilibrio en el juicio, la rápida intuición de la solución más justa y la precisión en el lenguaje. Y es justo reconocer después de haber leído el libro y de haber meditado sobre él, que las palabras del eximio maestro no constituyen un caso de apasionamiento o de cariño hacia su discípulo, sino un cabal diagnóstico. SENÉN ha escrito un libro en el que esas cualidades brillan.

Concurre también en el autor del libro y también lo pone de relieve GARRIGUÉS, en el prólogo, un «fecundo maridaje del estudio teórico, con la contemplación del caso real en el ejercicio de la abogacía». La elección del tema sirve para calibrar al verdadero jurista. SENÉN ha elegido un tema de estudio de la vida real y él mismo confiesa (pág. 16) haber topado en la práctica diaria de un despacho profesional con varios casos en que, dentro de una sociedad anónima, se había producido una paralización de los órganos sociales.

Enfrentado ya con su problema, el autor parte de dos postulados: el primero de ellos consiste en que la Ley española de sociedades anónimas no prevé de un modo expreso, como causa de disolución de la sociedad, entre los supuestos que enumera el artículo 150, la paralización del funcionamiento normal de los órganos sociales; el segundo postulado lo constituye para el autor el estado de la doctrina y los pocos comentarios que los tratadistas (URÍA, GIRÓN, TENA, RUBIO) han dedicado al problema.

El desarrollo de la obra se realiza a través de cuatro capítulos, en los cuales el autor va estudiando la personalidad jurídica de las sociedades mercantiles como presupuesto de su extinción: la extinción de las sociedades mercantiles, las diferencias entre extinción y disolución, el concepto de causa de disolución y la

distinción entre disolución total y disolución parcial (capítulo 1.º), para estudiar después de una manera especial las causas de disolución de la sociedad anónima, con una amplia referencia al Derecho extranjero y al Derecho español (capítulo 2.º).

Sentadas estas premisas, el autor se enfrenta ya, en el capítulo 3.º, con su tema, y para desenvolverlo examina primero el normal funcionamiento de la Junta General de accionistas y del Consejo de Administración como condición necesaria para la subsistencia de la sociedad anónima, para estudiar después la paralización de los órganos sociales como causa de disolución de la sociedad. Este último punto, que constituye la médula de su trabajo, se realiza también con una amplia referencia al Derecho extranjero europeo (Alemania, Francia, Italia), y americano (Méjico, Brasil, Argentina), para examinar, finalmente, el problema en nuestro Derecho positivo.

Posee un especial interés la tipificación de supuestos o causas de paralización de los órganos sociales, que el autor realiza (páginas 191 y sigs.), incluyendo entre ellas, a saber: 1.º, la imposibilidad de convocar la Junta de socios en la forma ordenada por la Ley; 2.º, el absentismo permanente de los socios a las reuniones de la Junta General, convocada por los administradores cuando este absentismo impida reunir el *quorum* mínimo de asistencia; 3.º, la imposibilidad de lograr en el seno de la Junta General unas mayorías que hagan posible la adopción de acuerdos. Por lo que se refiere al consejo de administración, la paralización puede surgir por las mismas causas.

Establece el autor también cuáles deben ser los requisitos necesarios para que la paralización de los órganos sociales determine la disolución de la sociedad, pues señala que sería erróneo creer que cualquier paralización es suficiente para provocar aquélla. A su juicio, para que una paralización de los órganos sociales pueda calificarse como causa de disolución de una sociedad anónima, habrá de ser tal paralización clara, permanente, insuperable e insalvable, exigiéndose, además, que la sociedad no pueda seguir actuando, a pesar de la paralización de sus órganos oficiales, por la simple condición de su *statu quo*. Por ello, la única paralización que puede provocar la disolución de la sociedad anónima es la que afecta a la Junta General, pues si la Junta de socios funciona normalmente,

los obstáculos que afecten al funcionamiento del Consejo de Administración pueden ser perfectamente superados.

El último capítulo lo dedica el autor a estudiar en particular los problemas que plantea en la práctica esta causa de disolución de la sociedad anónima, estudiando, fundamentalmente, tres cuestiones, que son las siguientes. La primera se refiere al modo de operar de esta causa de disolución. El artículo 152 de la Ley no puede aplicarse, naturalmente, en el supuesto de disolución de la sociedad por paralización de los órganos sociales, pues exigir en este caso previo acuerdo de la Junta General sería no sólo absurdo, sino que significaría privar de eficacia a esta causa de disolución. Por ello, el autor considera que la disolución judicial es la solución del problema y admite la posibilidad de acudir al juez para pedir la disolución de la sociedad. Admitido lo anterior, la segunda cuestión es el procedimiento que habrá de seguirse ante los tribunales de justicia (págs. 220 y sigs.). No debe ser un expediente de jurisdicción voluntaria. Tampoco cabe utilizar el proceso especial, regulado por los artículos 67 al 70 de la Ley, aunque sería aconsejable, de *lege ferenda*, una reforma de dichos artículos para admitir que el proceso especial puede utilizarse para ejercitar esta causa de disolución. Por todo ello, no resta más procedimiento que el juicio declarativo ordinario de mayor cuantía. La última cuestión que el autor examina es la de la legitimación activa y pasiva en el ejercicio de las acciones procedentes para obtener la disolución de la sociedad. La legitimación activa se reconoce a cualquier socio, al Consejo de Administración como órgano, si éste funciona, y a cualquier administrador, en el supuesto de que la paralización afecte al órgano de representación de la sociedad. En cambio, no están legitimados los acreedores sociales. En orden a la legitimación pasiva, es clara la de la sociedad para comparecer en el proceso y que se pida la disolución. Si la paralización afecta al órgano de representación, puede representar a la sociedad el Ministerio Fiscal. Por último, debe reconocerse legitimación pasiva a cualquier socio o administrador que se oponga a la disolución de la sociedad.

He procurado hacer hasta aquí un apretado elenco de las cuestiones, todas ellas de gran importancia, que en este libro se trata. No me resta más que reiterar lo que al principio dije respecto de

las virtudes de rigor, claridad, equilibrio y precisión que adornan, tanto al autor como al libro, y desear que, en fecha próxima, el profesor SENÉN nos proporcione la dicha de facilitarnos otro estudio, tan profundo como éste, sobre cualesquiera otra materia del Derecho de sociedades que tan magistralmente domina.

LUIS DÍEZ PICAZO.

TORRENT, Armando: *Venditio hereditatis (La venta de herencia en Derecho romano)*. Prólogo del profesor doctor Pablo Fuenteseca. Universidad de Salamanca, 1966, 268 págs.

Este libro, que constituye la tesis presentada por su autor para alcanzar el grado de doctor en Derecho, se gestó y nació en el ámbito de la cátedra de Derecho romano del profesor doctor PABLO FUENTESECA, dentro de los estudios que el citado catedrático dirige en la Universidad de Salamanca sobre el contrato de compraventa en Roma. Está editado en la colección «Acta Salmanticensia» (*insu Senatus Universitatis*), de la que lleva el número 18.

No existía en la literatura romanística una investigación concreta sobre el tema de la venta de herencia en el Derecho romano, y la razón de este vacío doctrinal es, como afirma el profesor FUENTESECA, la dificultad básica de explicar el contenido y alcance de la expresión *hereditas*: ¿cómo podría explicarse una *venditio hereditatis* (concepto y realidad jurídica indudablemente romanos), si el concepto de *hereditas* no estaba claro?

Era necesario, por tanto, abordar la problemática entera de la herencia en el Derecho romano, aun cuando sólo en la medida necesaria para el correcto planteamiento del tema propio de la investigación. Y era, asimismo, precisa una ojeada sobre todas las posibilidades de enajenación de la herencia (si tal enajenación era posible, y en qué medida era posible) en los distintos momentos de la evolución del Derecho romano. Por esta razón realiza el autor el estudio de la *mancipatio familiae*, así como el de la *in iure cessio hereditatis*.

Pero así como el tema estricto de la *venditio hereditatis* estaba

poco tratado por la doctrina romanística, tanto el de la naturaleza de la *hereditas* como el de la *in iure cessio hereditatis*, habían atraído poderosamente la atención de los investigadores de este campo del Derecho, acumulando abundantísima literatura, de carácter marcadamente polémico, de forma que resulta verdaderamente difícil saber cual sea el *status quaestionis* en el momento actual. El doctor TORRENT había de abordar una labor de clasificación y confrontación de las diferentes opiniones de los autores, no siempre ágilmente agrupables en «tendencias» o «escuelas» definidas, sobre unos temas cuya dificultad constituía el primer obstáculo para una investigación sobre el tema de la venta de la herencia en el Derecho romano.

El estudio, tras una breve introducción, se divide en tres amplios títulos, dedicado el primero al problema de la *hereditas* primitiva y a la *mancipatio familiae* (caps. I y II); el segundo a la *in iure cessio hereditatis*, y el tercero, naturalmente, el más amplio, a la venta de la herencia. El método de investigación y expositivo en los títulos I y II es similar, y viene impuesto por la complejidad de las opiniones doctrinales manifestadas sobre los temas respectivos: un primer apartado en que recoge ordenadamente las opiniones de los autores sobre el tema correspondiente, realizando una acertada síntesis de sus argumentaciones y de sus críticas a las posiciones de otros autores, para proceder en un segundo apartado a una toma de posición personal, haciendo hincapié en los aspectos que presentan mayor interés para el posterior desarrollo del tema de la venta de la herencia. Esta forma de exposición, si bien obliga en ocasiones al autor a ciertas repeticiones, al reproducir en la exposición del conjunto de la institución los argumentos que antes había expuesto como utilizados por tal o cual autor, presenta la indudable ventaja de una mayor claridad, aparte de la utilidad misma de la síntesis de las opiniones de cada autor sobre temas tan fundamentales y contravertidos.

Así, en el capítulo I (págs. 21-55), al tratar del problema de la *hereditas* primitiva, da cuenta de las distintas opiniones de los autores, principalmente BONFANTE, LEVY-BRUHL, AMBROSINO, ALBANESE y BRONDI, para terminar con las que llama teorías germanísticas. Caracteriza estas últimas, de forma algo imprecisa, por su oposición a las tesis de BONFANTE sobre la estructura de la familia ro-

mana primitiva, y la función que en la misma tenía el testamento como designación de *heres*, sucesor en sentido político en la autoridad del muerto, sin contenido patrimonial, y la concepción de la sucesión hereditaria en el primitivo Derecho romano como una mera *continuatio dominii* por parte de todos los *alieni iuris* que hasta el momento de la muerte del *pater* permanecía bajo su potestad. El doctor TORRENT, que en otro lugar ha estudiado esta comunidad hereditaria (1) se inclina por esta segunda posición, con bases, sobre todo, en los fragmentos de GAYO, descubiertos en un papiro egipcio, que han venido a arrojar gran luz sobre el llamado *consortium ercto non cito*.

Le parece indudable que para la época de las Doce Tablas no puede hablarse de *hereditas* en el sentido técnico que el término tomará posteriormente; mantiene la prioridad de la sucesión abintestato sobre la testada, interpretando en este sentido la discutida frase de las Doce Tablas *si intestato moritur* (Tab. V, 4), de forma que no teniendo hijos el *pater* y no habiendo hecho la *adrogatio* ante los comicios, como no tiene *sui*, heredan la familia los agnados y los gentiles, pues el testamento primitivo (*calatis comitiis*) no es tal testamento, sino el expediente que tiene el *pater familiae* para procurarse un *suus heres* a falta de descendientes directos e inmediatos.

La *mancipatio familiae*, tema del capítulo II del mismo título (págs. 55-89), es para el autor una venta fiduciaria del patrimonio, pero no un testamento con institución de heredero: a ella podía acudir sólo en el caso de que el ciudadano romano no tuviese *heredes sui*; el *emptor* quedaba encargado de distribuir los bienes según la voluntad del difunto, pudiéndose ver en este negocio un precedente de la herencia fideicomisaria. A estas conclusiones llega el autor tras la exposición en síntesis de los distintos puntos de vista doctrinales.

Sobre la *in iure cessio hereditatis* (tit. II, págs. 89-148), la bibliografía es abundantísima, puesto que esta institución es la prueba del fuego para las diferentes teorías sobre el concepto de la *hereditas* romana. Nada menos que doce son las teorías principa-

(1) («*Consortium ercto non cito*». Contribución al estudio de la primitiva comunidad hereditaria romana, AHDE, 34, 1964).

les, que el autor expone una tras otra, antes de llegar a una exposición de conjunto que recoge su apreciación personal sobre diversos aspectos de esta cesión *in iure* de la herencia. La particularidad de que, según los textos de GAYO y ULPIANO, sólo en el caso de *cessio in iure*, realizada por el *heres legitimus ante aditionem*, se producen plenamente los efectos de la cesión, de manera que el cesionario se hace heredero como si él mismo *per legem ad hereditatem vocaretur*, ha motivado dificultades de interpretación e interesantes polémicas. Para el autor, en la época en que se opera con la *in iure cessio*, la *hereditas* venía configurada como una *res incorporalis*; el *ius successionis*; el heredero legítimo tenía el *ius successionis* dado por la Ley, y lo tenía sin más, incluso contra su voluntad; por eso podía cederlo antes de adir la herencia; el *heres scriptus* antes de adir no tenía el *ius successionis*, por lo que no podía transmitirlo; una vez realizada la adición, el *heres legitimus* agotaba su *ius ex lege*, y, por tanto, si cedía después de adir, sólo transmitía los *corpora hereditaria*. Por otra parte, la finalidad de la institución parece ser evitar que la herencia quedase vacante, actuando como un sucedáneo de la *successio graduum et ordinum*, desconocida en el primitivo Derecho romano, y, quizá, burlar la prohibición de donaciones.

El tema estricto de la venta de la herencia, materia del título III, abarca desde la página 153 hasta el final. En el capítulo V realiza un cuidadoso análisis de las fuentes respecto de los presupuestos de la venta (herencia causada, no la *vivi hereditas*), objeto de la misma (herencia en sentido global, incluyendo cosas, créditos y deudas), obligaciones del vendedor (responsabilidad por la consistencia de la *hereditas*, por dolo, por las deudas de sus hijos o esclavos, así como por los lucros que hubiera obtenido su heredero *ex occasione hereditatis*; por otra parte, el vendedor no responde de evicción, y esto por la misma indole compleja de la venta, pues el vendedor sólo se compromete a entregar (*quod ex hereditate pervenerit*), los derechos del vendedor (son interesantes los problemas de la «resurrección» de los derechos del vendedor contra la herencia, que se habían extinguido por la confusión), las obligaciones del comprador (incluye el interesante problema de la responsabilidad del comprador por las deudas de la herencia) y los derechos del comprador (por ejemplo, acciones contra el ven-

dedor para reclamar por disminución de la herencia). En el capítulo VI, que titula «Reconstrucción de la *venditio hereditatis*», se plantea el problema de la clasicidad o no clasicidad del concepto de *universitas*, aplicado al caso de la herencia, haciendo referencia, por último, a la mecánica de las estipulaciones en la venta de la herencia, en especial la *stipulatio habere licere*. Entiende que son conceptos de la época clásica el de *hereditas* como *universitas*, y el de *hereditas*, entendida como *successio in universum ius*. «La venta de herencia, hablando con rigor lógico, sería la venta de un *ius*, del *ius successionis*, y ciertamente los romanos llegaron a hablar de venta de derechos; pero una cosa es manejar unos conceptos lógicos y otra operar con ellos en la realidad práctica. Y en este sentido afirmamos que en Roma no se dió nunca la venta de un derecho como tal derecho; a lo más que se llegó fue a vender el ejercicio o contenido de un derecho, pero nunca admitieron la venta de un derecho tal como se hace actualmente. La venta de herencia sería en este sentido, no venta del *ius successionis*, sino venta del contenido o ejercicio del *ius successionis*» (pág. 236). La venta creaba la obligación de transmitir *quod ex hereditate pervenerit*, pero esta transmisión debía realizarse de acuerdo con la naturaleza de cada uno de los bienes, derechos y obligaciones de la misma. «Las cosas se transmitían por la *simple traditio*, pero en los derechos (créditos y deudas) había de estipularse su cesión. Los romanos llegaron a hablar de venta de un *nomen*, de un crédito, pero a la hora de su realización práctica no lo vendían como tal derecho, desprendiéndose absolutamente el vendedor del mismo, sino que habían de rodearlo de una serie de *stipulationes* que fijasen con mayor o menos precisión la desvinculación del vendedor de dichos créditos» (pág. 236).

El índice bibliográfico incluido es realmente extenso, así como el de las fuentes, perfectamente estructurado. Ellos solos nos enseñaron el cúmulo de materiales que deben manejarse para una investigación romanística como la que acabamos de comentar.

JESÚS DELGADO ECHEVERRÍA.