

Parte general del Derecho civil: Das Rechtsgeschaeft (El negocio jurídico), por el Profesor Werner Flume, de la Rheinischen Friedrich-Wilhelm-Universitaet, de Bonn. Tomo II de la obra *Allgemeiner Teil des Buergerlichen Rechts (Parte general del Derecho civil)*. 1.ª edición, 1965.

Las palabras iniciales de su prólogo, resumen, mejor que cualquier comentario, el propósito de esta obra. Sitúa el autor el negocio jurídico como hecho básico y central de la parte general del Derecho; su consideración y entendimiento supone, en esencia, detallar sistemáticamente las reglas de la autonomía privada. El libro contiene, exclusivamente, variaciones sobre este gran tema. Valora su obra como un trabajo de ciencia histórico-jurídica. La teoría del negocio es el resultado de una evolución histórica y, sobre todo, el resultado de esa evolución en los últimos doscientos años. Como tal resultado y en labor de continuidad se trata por el autor el tema propuesto. No cree, en contra de la opinión muy extendida, que la teoría del negocio jurídico haya llegado marcada por la impronta del positivismo y que requiera de una nueva elaboración. Su trabajo no pretende serlo y se limita a una consideración crítica de las enseñanzas recibidas y al intento de darles debida continuación. La teoría del negocio jurídico es expresión y prueba de una elevada cultura jurídica, y precisamente ese entendimiento debe mover al jurista a continuar trabajando en su estudio y elaboración. Condensa el autor aquel propósito con las propias palabras que Savigny empleara en el preámbulo de su *System des heutigen Roemischen Rechts (Sistema del Derecho romano actual)*: «... se pone el mayor empeño en el conocimiento de la relación viva que anuda el presente con el pasado. Sin este conocimiento sólo cabría apreciar la apariencia externa y no la íntima esencia del Derecho actual...»

Destaca así la fundamental importancia de este libro, que recoge en acabado estudio toda la teoría del negocio jurídico. El texto se divide en once capítulos, cuya materia es objeto de amplia y detenida meditación a lo largo de más de 900 páginas de densa y no por ello menos clara literatura jurídica. Vamos a intentar esbozar, bajo aquellos enunciados generales con que se titulan los capítulos, a grandes rasgos, su contenido. Sean estas páginas solamente noticia de los distintos temas que el tratado brinda y ofrece a la atención y consulta del jurista y estudioso.

Capítulo I.—*La esencia de la declaración de voluntad y del negocio jurídico.*

Parte el autor, como ya anunció, del concepto de autonomía privada como principio conformador de las relaciones jurídicas del individuo, según su voluntad, y presupuesto del Ordenamiento jurídico de todos los países, por más que cobre realidad con muy distinto contenido en cada uno de ellos. La conformación voluntaria de las relaciones jurídicas viene determinada, en su forma y posible contenido, por el Ordenamiento jurídico. El individuo puede actuar su autonomía privada sólo dentro de los actos-tipo que el Ordenamiento le brinda, aparte las limitaciones que derivan de la ley o la costumbre. No cabe plantearse, dice, si la «auténtica» razón o causa de validez del acto de autonomía reside en su conformación voluntaria o en el orden legal. Ambos son inseparables como fundamento jurídico de su validez. Sobre esta base, considera a continuación las consecuencias jurídicas que se fundan en la autonomía—aunque siempre sean consecuencias legales, *latu sensu*, en cuanto reguladas en el ordenamiento jurídico—y las que tienen su fundamento exclusivo en la Ley, que, a la hora de la decisión e interpretación jurídica del negocio, hay que poder distinguir entre sí, y también de aquellas otras que derivan, por imperativo legal, de la conformación voluntaria del negocio, es decir, consecuencias no previstas ni convenidas, pero que se valoran en función de la voluntad determinante del acto.

En punto a este principio, se refiere a su relación con el pro-

blema de creación del derecho. Si su validez implica el reconocimiento de la soberanía (*Selbstherrlichkeit*) individual para la creación de sus relaciones jurídicas, y, en tal medida, no cabe una calificación jurídica sobre si es «justo» o «injusto» lo conformado dentro del ámbito que a aquélla reconoce el Ordenamiento jurídico, destaca que ello sólo es así, referido, en la esfera contractual, a la contratación para uno mismo. Desde el momento, por otra parte, en que la capacidad es, inexcusablemente, presupuesto de la autonomía, no ofrece dificultad ninguna el directo entendimiento de que la regulación de aquellos contratos tipo en que se da un plano distinto de capacidad o poder en las partes —relaciones arrendaticias, laborales, etc.—, quede sustraída a los contratantes y sometida a normas legales irrenunciables. Es necesario, además, diferenciar los términos «autonomía privada» y «libertad de contratación». En opinión común, el primero hace relación al derecho de cosas, de familia y sucesiones, y el segundo, al derecho de obligaciones, a la contratación onerosa, y se equipara a libre determinación del contenido de las recíprocas contraprestaciones, más que a la constitución y nacimiento, en sentido estricto, del negocio jurídico. Pero si el tráfico jurídico ha de actuar en función de uniformidad, tampoco aquí puede regir como algo absoluto el principio de libertad de contratación, en el sentido de libre determinación del contenido, si se trata de ordenación de obligaciones o prestaciones predeterminadas, dándose, aún en el caso de relaciones jurídico-personales, la especial circunstancia de que el contenido que la Ley impone es, en general, y según la conciencia jurídica imperante, el único que se estima posible o, en todo caso, «justo».

Es necesario insistir, afirma, en que los principios de autonomía privada y de libertad de contratación nada tienen que ver con el liberalismo o individualismo de los siglos XVIII y XIX. Hoy, como siempre, será la autonomía privada un principio individualista, el reconocimiento de la soberanía del individuo en la conformación de sus relaciones jurídicas; pero si se le considera en el entendimiento de que ese autodeterminismo sólo puede ejercerse dentro de los límites fijados por el Ordenamiento jurídico, no cabe error en la valoración del principio, que se acrisola en la efectiva interconexión entre libertad y limitación.

Refiriéndose más adelante a la autonomía privada, en su relación con el orden constitucional, señala que éste debe garantizarla, ya que, siendo inherente al ser personal, es también parte integrante de la comunidad. Esto no supone en absoluto admitir la tesis de quienes, equiparándola a libertad de contratación, elevan ésta a categoría de derecho fundamental o llegan incluso a conferir rango constitucional al orden civil. Tampoco cabe admitir una regulación de las relaciones jurídico-privadas por aquella norma fundamental. Las teorías impropriamente llamadas de la «eficacia frente a terceros» o de la «eficacia absoluta» de los derechos y libertades fundamentales son inconsistentes y no se ajustan ni a la real problemática de éstos ni a la esencia de la autonomía privada. Una cosa es que los principios de valor que la norma constitucional contiene sean válidos también para el Derecho privado y otra, que la nulidad que deriva de un vicio o error en el consentimiento, por ejemplo, tenga su fundamento en la constitución; responde a valores ínsitos en el Derecho civil, por más que también la Ley orgánica los recoja como derechos fundamentales.

Precisa seguidamente el concepto «negocio jurídico» y señala su diferenciación con la «declaración de voluntad». No existe el negocio jurídico en sí, sino sólo los concretos tipos que el Ordenamiento jurídico reconoce. Se trata, pues, de una abstracción de todos aquellos actos-tipo regulados en la Ley, para la constitución, modificación y extinción de relaciones jurídicas privadas. *Numerus clausus*, ampliable, tanto por disposición legal, como por la evolución que el tráfico jurídico impone a partir de los existentes. Aquella regulación legal es, a la par que nota común, la característica esencial del negocio jurídico, que lo diferencia de todos los demás hechos o actos a los que el Ordenamiento reconoce consecuencias jurídicas. De esa esencia común a todos los negocios jurídicos, deriva la problemática «del» negocio jurídico, y en torno a ella han de girar las soluciones a los problemas que cada uno en concreto plantea. Haber sido capaz de esta elaboración será el mérito imperecedero de la teoría del negocio jurídico. Pero, al lado de esta común naturaleza, no puede dejar de considerarse la especialidad de cada negocio, lo que sólo es posible si al negocio jurídico no se le enjuicia como algo «en sí», sino sólo como

abstracción de todos los tipos que el Ordenamiento reconoce y regula.

«Declaración de voluntad» es precisamente la exteriorización de la voluntad que pone en juego las concretas regulaciones jurídicas. Pertenece al negocio, pero ambos conceptos no coinciden sino cuando el nacimiento de una relación jurídica responde a una única manifestación de voluntad; pero el negocio jurídico puede consistir o constar de varias declaraciones de voluntad y pertenecerle, también, otros procesos, ya como parte integrante (inscripción constitutiva), ya como supuesto para su efectividad, sin ser parte del mismo (muerte del testador para la eficacia del testamento). Se hace preciso matizar con claridad estos dos conceptos para una correcta inteligencia de toda la problemática del negocio jurídico. Empieza aludiendo al negocio jurídico como concepto del Derecho privado y las conexiones con el Derecho público. En apretado resumen, señalamos algunos de los puntos que el autor trata: diferencia fundamental entre actuación soberana y privada del Estado, contrato público y privado, el negocio jurídico con finalidad pública, servicio público, regulación pública o privada; el negocio jurídico y el acto administrativo, diferencias esenciales, acto administrativo y participación o aceptación del administrado; acto administrativo, parte integrante o presupuesto del negocio jurídico; la fundamentación de relaciones jurídico-privadas en un acto administrativo. Se refiere a continuación al acto de declaración de voluntad y a la teoría usual de descomposición de la voluntad en distintos momentos, como medio para profundizar en su «esencia». La declaración no es más que la ejecución de la voluntad, elemento constitutivo de la misma. Si ésta es, añade, la opinión que hoy prevalece en la literatura jurídica, se olvida a menudo que es, precisamente, la teoría clásica de la declaración, tal y como la formulara Savigny y la sustentaran juristas tan representativos como Windscheid y Enneccerus. Problema aparte, no resuelto con la afirmación anterior, es el del contenido de la voluntad. Dirigida la declaración a la constitución, modificación o extinción de relaciones jurídicas, la voluntad ha de querer el acto conformado por el Derecho con el contenido que éste le da. Sin embargo, se ha afirmado—sobre todo en las últimas décadas del *xix*—que la voluntad, que declara el

sujeto de un negocio jurídico, no persigue sino un resultado de hecho, económico o comercial; al menos, un resultado cierto, garantizado en Derecho. Esta teoría, llamada de la «intención empírica», sólo puede aceptarse, aclarando que no todo querer cualesquiera fines o efectos es contenido del negocio, sino aquel deber ser que las partes convinieran; otros fines o intereses concretos, sólo pueden tener relevancia en la declaración, si se han convertido en objeto del deber ser que se estipula como contenido expreso de la misma.

Después de exponer las teorías de la voluntad de Savigny y de la declaración, en las formulaciones de Baehr y Danz, y que derivan del hecho cierto de que, pese a ser la coincidencia la relación natural entre voluntad y su declaración, a menudo no se da, destaca que hoy día parece sustentarse como solución de compromiso la llamada «teoría de la validez». No es otra cosa, a su juicio, que una nueva variante de la teoría de la declaración, que, al igual que ésta, pretende salvar la eficacia y validez de la declaración, aun en el caso de error, con la diferencia que, en lugar de partir del principio de protección a la buena fe, la vigencia y mantenimiento de la declaración, se justifica por el mero hecho de que, quien la manifiesta ha querido dar validez, en todo caso, a su declaración. Es obvio, añade, que sigue sin resolver el problema cierto de la discrepancia entre voluntad y declaración. Este problema sólo cabe plantearlo y resolverlo partiendo de la misma esencia de la declaración de voluntad. A ésta le es consustancial el principio de su conformación autónoma. Por ello, toda declaración que adolezca de cualquier defecto de voluntad es viciosa. Sin embargo, este solo hecho no autoriza a concluir su radical nulidad, como hace la teoría de la voluntad. La razón es, sencillamente, que a aquella autonomía va inexcusablemente unida la responsabilidad de sus propios actos, que tiene también una cierta primacía. No cabe una valoración apriorística y definitiva de cuál de ambos principios debe prevalecer; ha de bastar con que el Derecho positivo considere a uno y otro como elementos integrantes de la esencia del concepto.

El acto de declaración de voluntad presenta también en sí mismo gran complejidad. Destaca el autor su aspecto de exteriorización o notificación, refiriéndose a la declaración expresa y

tácita y a las teorías subjetiva y objetiva. Centra su atención sobre el tema del silencio. El silencio, como declaración «sin palabras», cuando se hace de él instrumento de expresión al igual que lo es el lenguaje, que ha de ser previamente convenido. El aforismo *qui tacet consentire videtur*; no admite el **Profesor Flume** que en materia civil el silencio sea generalmente negativo; lo que ocurre es que en Derecho civil el silencio no equivale a declaración alguna, ni positiva ni negativa; si excepcionalmente se le admite como signo de exteriorización de una voluntad, entonces es de plena aplicación el aforismo canónico. El silencio como acto declarativo en comparación con el delito de omisión; mientras que éste se castiga porque el negligente podía y debía haber evitado el resultado, habiendo omitido un hacer, la situación es radicalmente diversa en la declaración de voluntad por silencio, porque aquí es un acto positivo. Se calla en la conciencia de expresar un asentimiento. El silencio como acto declarativo y como omisión de una declaración; también cabe que en el tráfico civil y mercantil el silencio tenga relevancia jurídica como simple omisión; pero es preciso distinguir ambos supuestos por sus distintas consecuencias; la omisión, por más que tenga relevancia jurídica, no será nunca una declaración y, por ello, sus efectos surgen, no a resultas de un negocio, sino por imperativo legal, a consecuencia de su valoración jurídica como un comportamiento, al que son de aplicar normas distintas de las que rigen para el negocio jurídico. El silencio como apariencia de consentimiento; sólo en caso de omisión negligente puede determinar responsabilidad por culpa *in contrahendo*. La llamada declaración «silenciosa» por *facta concludentia* o declaración indirecta o mediata, en contraposición al silencio, declaración directa e inmediata. No obstante cuanto precede, también es declaración de voluntad el acto que no implica notificación a otros y consiste en mera actuación de la voluntad, sin que por ello ambas categorías puedan contraponerse, cual pretende Manigk (*Willenserklärung und Willensbetätigung*); lo importante es la común naturaleza de ambos: ser actos autónomos de constitución de relaciones jurídicas. De ahí que concluya calificando de desafortunado el término declaración de voluntad, pues comprende actos que no son declaración y, por otra parte, más que de voluntad, es, según lo ya apuntado, de validez. La

expresión no pone tampoco de manifiesto que se trata de un acto jurídico; y, sólo concibiéndola así, como la puesta en función de una regulación jurídica, cabe distinguir estos actos constitutivos de relaciones jurídicas por imperio de la autonomía de la voluntad de aquellos otros en que una mera conducta, singularmente, una omisión, pueden cobrar relevancia en Derecho.

La declaración de voluntad es, por fin, también una regulación. Como acto, es un proceso del que hay que separar la declaración resultado de ese acto, es decir, la regulación, que se distingue de aquél, de la misma forma que se distingue la Ley de su promulgación. La discutida distinción entre *essentialia*, *naturalia* y *accidentalialia negotii*, que arranca de la Edad Media, cobra real sentido cuando se la refiere al negocio jurídico en su aspecto de regulación. *Essentialia* y *accidentalialia negotii* constituyen contenido de la regulación que nace del acto, hacen referencia a la conformación autónoma del negocio. No así los *naturalia negotii*, que, frente a la opinión de los juristas del XIX, defensores de la teoría de la voluntad, se refieren a una regulación legal, ajena a la posible voluntad de las partes. Esta triple división, destaca el autor, pone claramente de manifiesto el entramado que existe entre relaciones nacidas del negocio jurídico y del ordenamiento legal.

Alude seguidamente a la necesidad de establecer la debida delimitación entre negocio jurídico y hechos y actos que no lo son; necesidad que se impone desde el momento en que existen negocios atípicos, cuyo contenido no viene dado por la norma y que, sin embargo, no cabe confundir con aquellas estipulaciones o acuerdos que no constituyen, modifican o extinguen relaciones jurídicas. No cabe el negocio jurídico en la regulación de relaciones personalísimas de la esfera familiar, de amor, amistad, y no es criterio decisivo, el contenido patrimonial. Se refiere a aquellos supuestos que, teniendo un significado patrimonial, en el ámbito de las relaciones personales carecen de naturaleza negocial, frente a otros acuerdos que caen de lleno en el campo del negocio jurídico, pese a carecer de tal contenido económico. Dedicar en este punto especial atención al tema de la responsabilidad que nace del deber de prestación de auxilio, de la tutela o salvaguarda por actos del incapaz o por daños causados por cosas o animales propios y de relaciones de mera complacencia o de favor, y en

este último caso, se pregunta hasta qué punto cabe hablar de una presunta «voluntad de obligarse» y puede el favor imponer un deber de diligencia, al menos. Parece indudable que la presunta voluntad de obligarse es una pura ficción que carece en absoluto de trascendencia jurídica. Sin embargo, sí que pueden ser importantes sus causas, su significación económica y, sobre todo, para el receptor, las circunstancias bajo las que se dispensa el favor, que pueden hacer nacer, por fuerza del Derecho, una obligación de diligencia, cuya inobservancia dé lugar a reparación de daños. El comerciante, por ejemplo, que facilita a otro, por puro favor, un conductor no experimentado, que determina y causa por ello ciertos perjuicios, venía obligado a poner en su elección la diligencia y cuidado debidos. Diligencia obligada que no descansa en un vínculo nacido de un negocio—y esto es lo que importa destacar—, sino en un principio general de Derecho que le obliga a actuar diligentemente en todo acto relativo a su comercio, se trate o no de un negocio jurídico. Se pregunta, por último, si tienen el carácter de negocio jurídico las cláusulas de expresa exclusión de obligatoriedad y las que excluyen la vía judicial. En el primer supuesto, tratándose de un acuerdo sobre prestaciones bilaterales, hay que entender que se estará siempre en presencia de un negocio jurídico, pues el incumplimiento unilateral facultará a la otra parte a la restitución en base al enriquecimiento sin causa. Hay negocio jurídico en la medida en que la causa de la prestación es la contraprestación del otro. Guarda relación con este caso aquel otro en que las partes convienen un acuerdo en la común creencia de que es nulo en Derecho, siendo así que es eficaz. Aquí no cabe siempre la misma solución; puede entenderse que por esta común creencia en una nulidad radical se ha excluido toda regulación jurídica (omisión de un requisito formal de carácter constitutivo), no, en cambio, cuando erróneamente se estima que lo convenido es nulo porque choca con una prohibición legal, y ésta no existe o ha sido derogada, ya que en este caso no hay una «renuncia» a la obligatoriedad del contrato. La cláusula de exclusión de acciones procesales se da fundamentalmente con ocasión de prestaciones unilaterales; ejemplo típico es el testamento; se suele hablar entonces de *naturalis obligatio*, pero no hay duda de que se trata de un negocio jurídico.

Dentro de esta temática, plantea el problema del llamado «contrato de *facto*», teoría formulada inicialmente por Guenther en 1941, que le merece un juicio negativo. Nada impide, señala el Profesor Flume, ordenar dentro de la normativa de los contratos y del negocio jurídico, las relaciones de la moderna contratación masiva, de los contratos de adhesión, las que derivan de un uso o comportamiento social, ni merecen tampoco una regulación específica para estos casos, los problemas de capacidad y vicios de la voluntad. El que visita a un médico o come un bocadillo que encuentra sobre la mesa del restaurante, por más que no emita una declaración de voluntad en sentido literal, asume la obligación de pagar, como contraprestación convenida al servicio que recibe, al igual que ocurre con cualquier otro negocio jurídico y, en definitiva, con cualquier contrato de adhesión. Si es cierto que en éstos lo único que la parte decide es una aceptación, y que, por sus circunstancias, no es enteramente «libre», no lo es menos que así ocurre en la mayoría de los contratos en que se desenvuelve la vida diaria. En este sentido, cada negocio jurídico es una conducta social típica, y la aceptación de un servicio oneroso o de un contrato de adhesión es acto consciente constitutivo de relaciones jurídicas autónomas, en la misma medida en que pueda serlo la aceptación de una oferta. Tampoco es admisible esta teoría para la regulación de la ineficacia de aquellas relaciones de tracto sucesivo nacidas de determinados contratos, como los de sociedad o laborales, que tienen indudablemente distinto tratamiento que la nulidad de los contratos en general, pero, en ningún caso cabe decir que los efectos, que pese a su nulidad, producen y se les reconocen, han de entenderse nacidos de un mero «hecho». Están vinculadas a un negocio jurídico, aunque sea ineficaz. Y es que en estrictos términos de Derecho no cabe equiparar nulidad e inexistencia. Nulidad es invalidez, pero el acto nulo existió. Consiguientemente, no cabe ignorar el hecho del nacimiento de una serie de relaciones a partir de un acto nulo. Cuando se está en presencia de contratos de sociedad o laborales nulos en Derecho es obvio que no puede pretenderse dar solución a la serie de relaciones que originaron, partiendo de su ignorancia o absoluta inexistencia. Cómo deban resolverse estos casos es cuestión problemática y difícil, pero a la que no ayuda, desde

luego, la inútil teoría del contrato de *facto*. En la medida en que tales contratos nulos han establecido regulaciones que, en sí mismas, son irreprochables por su origen y contenido, hay que darles validez, también dentro de la relación jurídica que surge de la ejecución del contrato ineficaz.

La contraposición entre acto y negocio jurídico requiere de la previa determinación del concepto de acto que, en general, se interpreta como abstracción de todos aquellos supuestos admitidos por el Ordenamiento jurídico, en los que cobra relevancia jurídica un acto que, sin ser ilegal, no es tampoco negocio jurídico. Concepto negativo que no ilustra acerca de su contenido, por lo que ya desde Savigny ha intentado verse la diferencia, según que la voluntad del actor se dirija o no inmediatamente a la constitución de una relación jurídica. A juicio del autor, una exacta delimitación de los hechos legales en una u otra categoría tiene sólo relativa importancia. En gran medida, las prescripciones sobre los negocios jurídicos se adecúan a muchos actos, con la única salvedad de que, mientras para aquéllos rigen *per se*, para éstos hay que analizar caso por caso su aplicabilidad. En este orden, carecen de sentido la serie de sistemas de actos jurídicos que los autores se han esforzado en desarrollar, dada la multiplicidad de hechos que el concepto abarca, sin otra nota común que la negativa de no ser negocio jurídico. Ello no obsta a que esa multiplicidad sea susceptible de remisión a grupos que faciliten su estudio, siempre que no se olvide que, para una correcta solución jurídica, habrá de considerarse, en todo caso, la especial regulación que la particularidad de cada hecho en concreto pueda exigir.

Por último, ha de puntualizarse la diferencia entre negocio jurídico y la llamada conducta con relevancia en Derecho; diferencia que estriba, fundamentalmente, en que ésta adquiere tal significación en mérito a sus circunstancias, como simple supuesto fáctico, *ex lege*. No es una regulación, sino simple supuesto para ella, regulación que surge por imperativo legal, a consecuencia de la valoración jurídica de una conducta. En el negocio jurídico, la regulación nace por obra de la autonomía privada, y sólo los negocios jurídicos son susceptibles de agrupación bajo un denominador común. En otras figuras, que se resumen en una manifestación del comportamiento humano que adquiere relevancia

jurídica son, en cambio, *variae causarum figurae*, y la esencia de cada singular comportamiento no admite identificación con otro, sino que le viene dada por su particularidad específica.

Capítulo II.—Clases de negocios jurídicos.

Bajo este título general, se refiere el autor, en primer lugar, a los distintos grupos en que pueden clasificarse los negocios jurídicos (por razón del contenido; unilaterales y multilaterales; recepticios y no recepticios; negocios jurídicos de disposición; *inter vivos* y *mortis causa*, etc.), para centrar luego su atención en los negocios causales y abstractos, cuya distinción procura con detalle, y resume, respectivamente, en las formulaciones *cessante causa cessat effectus* y *cessante causa non cessat effectus*. Hace un estudio histórico de la causa a partir del Derecho romano y de su evolución ulterior hasta llegar al Derecho alemán vigente. Señala, más adelante, que en los negocios causales del derecho de obligaciones, el problema de la causa no se trata, si no es en relación con el negocio abstracto de disposición, al que sirve de fundamento. Destaca, por último, las diferencias que el problema de la causa presenta en el negocio oneroso y en el gratuito, indicando la menor fuerza vinculante de ésta y su misma cuestionabilidad, que por demás constituye asimismo el núcleo de la teoría inglesa de la *consideration*.

Refiriéndose siempre al Derecho alemán, dedica especial atención al negocio abstracto de disposición. Mientras que en el negocio abstracto obligacional no cabe abstraer el derecho del acreedor del fundamento de su crédito, porque a la reclamación sin causa es de oponer el enriquecimiento injusto, los negocios de disposición, que implican procurar algo a otro, se configuran en el Derecho alemán, de tal forma, que la disposición confiere «por sí sola» al receptor, independientemente de la causa del negocio, una posición jurídica plenamente eficaz. Ello no excluye que, en ocasiones, pueda hacerse depender la eficacia, de aquel fundamento o causa, pero sólo, si ésta se ha estipulado expresamente como condición del negocio. Señala como negocio abstracto más

importante dentro de este grupo el de transmisión de propiedad. Desde el Derecho romano se cuestiona acerca de la posible necesidad de la *iusta causa traditionis*. Se detiene en la actual polémica que domina en la doctrina alemana contra el principio de abstracción en este contrato (sobre todo, de transmisión de muebles) y que responde en gran medida al hecho de no aparecer recogido en ningún otro Ordenamiento, ni encontrarse tampoco a lo largo de la historia jurídica conocida. Polémica que, a juicio del autor, tiene muy complejo alcance y no cabe resolver con la mera eliminación del principio. Este guarda estrecha relación con la forma mucho más amplia con que el Derecho alemán regula el error, en comparación con el Derecho extranjero. Sin embargo, ello no autoriza generalizar el principio hasta el extremo de que los defectos inherentes al negocio abstracto y al causal puedan no afectarle, pues, como señala el Profesor Flume, aun manteniendo íntegramente el principio de abstracción con total independencia del negocio causal, la transferencia de propiedad, desde luego no se opera, si, ofrecida la cosa en base a una concreta causa, el tomador la recibe en concepto o por causa distinta.

Capítulo III.—*Formación o génesis del negocio jurídico.*

Estudia el autor, en primer término, el problema de la capacidad; en especial, tal y como la regula el BGB. Es presupuesto del negocio jurídico, y el Derecho positivo ha introducido un *status* jurídico general de incapacidad y también de capacidad limitada. Minoría de edad y declaración legal de incapacidad suponen este *status*. El incapaz lo es plenamente, aun cuando de hecho haya podido consentir y obligarse con libre, consciente y total autonomía. De este *status* hay que diferenciar los supuestos que el autor califica de incapacidad natural, la incapacidad parcial y la relativa. El que tiene transitoriamente enfermas sus facultades mentales no es un incapaz; sin embargo, la declaración prestada bajo aquel estado, que excluye una libre determinación, es nula. Cabe hablar aquí de incapacidad natural, que permite la plena eficacia de los actos en los intervalos de lucidez, ya que la inca-

pacidad se hace depender por ley de la libre determinación de la voluntad. No obstante, destaca, lo decisivo no es el momento o acto de voluntad, sino las facultades mentales y volitivas, que no cabe disociar. Normalmente, tanto la doctrina como la jurisprudencia anteponen a la facultad mental el acto de voluntad. Sin embargo, es esencial la facultad del agente para comprender la significación de su declaración y el alcance de la decisión que supone. No ofrece mayores problemas la incapacidad parcial, en que la anomalía se refiere sólo a algún determinado campo o manifestación vital. Sí, en cambio, la incapacidad relativa, en que el débil mental se determina con pleno conocimiento y libre autonomía en los negocios sencillos y habituales del diario acontecer, pero no en aquellos otros que entrañan mayor dificultad, caso muy frecuente en la senectud. Razones de seguridad jurídica excluyen este tipo de incapacidad de la mayoría de los ordenamientos legales, y el Código alemán no es una excepción. ¿Hasta qué punto puede admitirse la validez de estos negocios para los que el débil mental carece de las necesarias facultades volitivas y mentales? No puede olvidarse que la capacidad se exige en el negocio jurídico en cuanto que éste presupone, como requisito constitutivo e inherente a su misma esencia, la libre autonomía y posibilidad de autodeterminación de la parte. Además, si la ley y la jurisprudencia reconocen la eficacia del negocio realizado en intervalos de lucidez por el incapaz natural, ¿cómo puede rechazarse la incapacidad relativa con el argumento de la seguridad jurídica? Su reconocimiento parece necesario, opina el tratadista, sobre todo, en punto a la capacidad para testar. El testador tuvo que ser capaz de concebir el testamento con plena comprensión de su significación jurídica y alcance económico, con facultades plenas para poder decidir en cuanto a ello. En los contratos *inter vivos* ha de postularse su ineficacia, siempre que a la parte le resulte patente y manifiesto que su contraparte carece de condiciones mentales y volitivas para decidir sobre el contrato cuestionado. No hacerlo así, conducirá a los Tribunales a tener que declarar la absoluta incapacidad de estos débiles mentales, aun cuando se trate de personas capaces de decidir con plenitud de facultades en los actos y negocios usuales de la vida diaria.

Sin que podamos detenernos en ellos, vamos a limitarnos a

señalar los restantes temas que, dentro de la regulación legal de la capacidad en el BGB, considera el autor. Expone los supuestos de limitación de la capacidad, y se refiere a los negocios del menor, según requieran o no de la ratificación o autorización por su representante legal, distinguiendo los supuestos de negocio unilateral y contrato, para diferenciar dentro de éste, el distinto tratamiento de la incapacidad por minoría de edad y las restantes incapacidades legales. Analiza después la aprobación o ratificación como acto jurídico independiente y, pese a ello, integrado como un todo unitario en el negocio jurídico del menor, atendida la regulación jurídica objeto del contrato, que enlaza con la problemática del conocimiento y de los vicios de la voluntad y la medida en que han de referirse al acto del menor o al acto de aprobación. Seguidamente, el problema de la ineficacia por falta de ésta y las consecuencias jurídicas de ejecución de un contrato ineficaz, con especial referencia a los supuestos de contrato de trabajo y de participación en Sociedad. Aborda, por último, el problema de la capacidad en relación con los actos jurídicos, particularmente la adquisición y pérdida de la posesión, para concluir este apartado con el problema del consentimiento a las intervenciones quirúrgicas y, en general, a actos que supongan asunción de un peligro o correr un evidente riesgo. Matiza muy distintas situaciones en que cabe atribuir, al menos en parte, el cuidado de la propia persona, también al menor. Destaca que es importante hacer hincapié en que en estos casos se trata, en definitiva, de decisiones personalísimas, como lo son la elección de religión o el testar, para las que el ordenamiento legal no exige la mayoría de edad, por lo que, más que ésta, lo que hay que valorar aquí es, si en el menor se dan la inteligencia y alcance requeridos para tomar aquellas decisiones.

Con cierta amplitud, se refiere después el autor a la declaración recepticia entre ausentes, concretamente al parágrafo 130 del BGB. Expresa que el precepto atañe exclusivamente a la regulación del momento, en que adquiere eficacia o se consuma dicha declaración. Son dos los momentos que la norma distingue: el de la emisión o la proposición y el de la llegada, recepción o «entrada» de la declaración de voluntad. Se regula el evento de revocación en el lapso intermedio y se establece que para su eficacia

«será indiferente que el declarante muera o pierda su capacidad para contratar, después de haberla emitido». Dejando a un lado polémicas doctrinales en torno a este tema, hay que circunscribirse, dice el autor, a su normativa legal. Al BGB no le basta, para una declaración recepticia eficaz, con el momento de la emisión; precisa de la llegada de la declaración al destinatario. Pero, aunque «idealmente» el concepto de declaración recepticia no se consuma sino por su conocimiento por el destinatario, la seguridad del tráfico jurídico obliga a que, en solución unitaria y para todo supuesto de contratación o declaración entre ausentes, se objetivice el momento de su efectividad. Y este momento que, como tal hecho, es el de la llegada a destino, es el que ofrece dificultades, puesto que la norma no ha precisado lo que deba entenderse por tal. A juicio de los redactores del BGB, basta, para que se entienda recibida la declaración, con que «obre o tenga entrada en la esfera de acción del destinatario». Lo problemático es, si ello exige que entre de tal modo que, «en circunstancias normales, haya tenido el destinatario posibilidad de conocerla». Afirma el autor que esta posibilidad de conocimiento sólo es exigible cuando se está en presencia de un vencimiento a plazo fijo, que tiene tratamiento especial y distinto de la recepción de la declaración en general. En efecto, no puede olvidarse, dice, que si aquel momento de la llegada se objetiviza como decisivo, responde ello, a que la declaración está dirigida a su efectivo conocimiento, y en cuanto que la seguridad del tráfico no permite analizar caso por caso, si aquél se dió, se acude a dicha fórmula objetiva. Ahora bien, si una declaración, proposición o denuncia a plazo fijo se deposita en el casillero postal del destinatario después del horario normal de oficina y en el último día de un vencimiento, no cabe duda, que la imposibilidad de su conocimiento a tiempo, puede ser decisiva, pero ello exclusivamente a juicio del destinatario. El remitente, que quisiera retractarse o simplemente aprovecharse de una modificación legal aplicable en un ulterior momento, no puede ampararse en aquella imposibilidad de conocer, para alegar su ineficacia. La simple entrada hace eficaz la declaración, salvo que el destinatario no la entendiera llegada a tiempo, por imposibilidad de conocerla dentro del término fijado; lo decisivo es el *Zugang*, o llegada, siendo el caso del vencimiento a plazo fijo, con

la particularidad indicada, ajeno en sí mismo a la problemática en cuestión.

El negocio jurídico formal es objeto de un apartado independiente, que comienza con unas breves precisiones históricas, señalando la evolución, en general, de la forma, desde ser algo absoluto, consustancial al acto o negocio jurídico, hasta quedar reducida a mero medio o atributo de éste, para la consecución de los más variados fines (certeza, publicidad, eficacia frente a terceros, etc.). Desde este punto de vista, acoge el BGB el requisito de la forma, y sienta, como regla, la libertad formal, aun cuando en algunos campos concretos, como el derecho de familia, pueda decirse que ésta es la excepción. Función específica que la forma cumple, es la de delimitar la perfección del contrato de lo que son simples negociaciones previas; pero su observancia es mero indicio, tanto de su realidad como del contenido del contrato, que, por tanto, cede ante la prueba en contrario. La inobservancia de la forma prescrita ofrece consecuencias distintas, según se trate de forma impuesta por la norma o convenida por las partes, por más que el BGB trate ambos supuestos en un mismo precepto, el parágrafo 125. A su tenor, la inobservancia de una forma convenida determinará «en caso de duda» la nulidad del negocio jurídico. Al decir de la doctrina, la validez de una estipulación, que no guarde las formalidades que las partes hubieren convenido para ella, deriva del entendimiento de que las partes han anulado, siquiera tácitamente, aquel previo acuerdo relativo a la forma a observar. Esta ficción es para el Profesor Flume jurídicamente equivocada e incorrecta. Supone desconocer, que las obligaciones que las partes contraen entre sí, no limitan ni reducen las posibilidades mutuas de libre conformación de su autonomía privada, por lo que, a diferencia de lo que ocurre ante una forma legalmente prescrita, las partes no quedan sometidas a la forma convenida; siguen siendo plenamente soberanas en sus determinaciones conjuntas. En definitiva, la forma no es aquí requisito inexcusable. Su falta no determina la radical nulidad del negocio. Basta para que el contrato sea válido con que la otra parte lo consienta. El problema se remite a una cuestión de prueba y de apreciación de la existencia de este consentimiento. Sin olvidar la distinción que el Ordenamiento jurídico hace entre forma inexcusable (*Muss-*

Form) y forma prevista (*Soll-Form*), que «debe» concurrir y que es ajena al Derecho privado, destaca el autor que, en cambio, la forma legalmente prescrita es, conforme al parágrafo 125, presupuesto de validez del negocio y a ella ha de ajustarse éste en todas sus partes. En la medida en que estipulaciones complementarias, contrarias al negocio, impliquen o denoten ausencia de consentimiento o inexistencia, no sólo serán nulas en sí mismas, sino que determinarán la nulidad del contrato total.

Supuesto excepcional es el de subsanación del vicio de forma por ejecución o cumplimiento del contrato, a tenor de lo que dispone el parágrafo 313, 2.º, del BGB, y en el que ha querido verse una limitación a la nulidad radical derivada del 125. La cuestión, en puridad, sólo puede plantearse en el derecho de obligaciones, en que la forma puede ser meramente instrumental y, de otra parte, pueden surgir relaciones jurídicas a resultas de ciertas conductas que merecen una determinada valoración jurídica. Pero en absoluto se desvirtúa el principio de nulidad que consagra el parágrafo 125, porque no es que aquella conducta pueda convalidar un negocio formalmente nulo; es que excede del ámbito que la norma regula, produce efectos propios y es en sí misma eficaz. No hay una limitación a la eficacia de aquel principio, que la jurisprudencia ha querido amparar como supuesto excepcional en la buena fe y también en la doctrina de los actos propios e, incluso, de la culpa *in contrahendo*. El contrato formalmente nulo no cobra validez o eficacia por fuerza de circunstancias, que se piensa deben ser relevantes o decisivas, por imperio del principio de la buena fe. Lo que ocurre es que tales circunstancias tienen relevancia propia al lado del contrato formalmente nulo. El problema estriba en determinar qué consecuencias pueden y deben producir aquéllas, cuando concurren juntamente con un negocio jurídico viciado de nulidad, problema que hay que enfocar y resolver a la luz de los restantes preceptos del ordenamiento legal y de la doctrina jurisprudencial.

Capítulo IV.—*La interpretación.*

En relación con la interpretación de la Ley, defiende y justifica la interpretación exclusivamente normativa, haciendo especial referencia a la formulación de Savigny, que entiende plenamente vigente y que se ha tachado indebidamente de «positivismo»; e interpretado, hasta la más reciente doctrina, con error, su conocido postulado «la universalidad del derecho es tan esencial como su unidad». En él no se afirma, dice, la universalidad del Derecho positivo vigente. Sólo, que de la unidad del derecho y de su comprensión como tal, han de derivar y alcanzar desarrollo las nuevas y sucesivas normas legales. Por tanto, la misión fundamental de la interpretación de las normas es ahora, como siempre ha sido, la de desentrañar el sentido de la ley. Completar sus lagunas o, incluso, modificar su contenido, son sólo supuestos de excepción que se dan precisamente en razón de la universalidad del derecho. Es el Derecho, como todo, y no la ley en particular lo que ata y limita las facultades del intérprete, el que, sin el poder del legislador, ve constreñida su función a remover las incongruencias que la ley particular ofrece ante la universalidad del derecho, cuando la aplicación de aquélla contradice el pensamiento jurídico, tal y como ha cobrado realidad en el ordenamiento jurídico total.

Analiza después, con detenimiento, la problemática de la interpretación de los negocios jurídicos, partiendo de su diferencia esencial con el problema de interpretación de la ley. Ha de estarse en este caso al real y efectivo entendimiento de las partes, que es el hecho que determina el sentido de la regulación buscada y, por ende, la interpretación del negocio. Sólo cuando es imposible deducir, o no consta, bajo qué mutuo entendimiento se prestó realmente la declaración, puede recurrirse a la interpretación normativa.

Capítulo V.—*Negocios jurídicos ilícitos.*

Refiere el autor este estudio al articulado del BGB, en que tienen cabida los distintos supuestos que plantea. Considera, en primer lugar, el negocio contrario a una ley prohibitiva. La variedad y distinto alcance de estas leyes, sus efectos; su diferencia con las leyes que sólo limitan, pero que no prohíben, y la posibilidad de establecer relaciones jurídicas válidas; el ámbito y concepto del fraude de ley; asimismo, la radical diferencia entre normas prohibitivas que afectan de modo directo e inmediato al negocio jurídico, al que convierten en negocio «no permitido», y aquellas otras en que la prohibición atañe al hecho de negociar y, sólo mediatamente, al negocio. Dedicó especial atención a las prohibiciones legales de disponer, de alcance sólo relativo, en cuanto establecidas exclusivamente en defensa o para protección de determinadas personas y que no pueden confundirse con las limitaciones de capacidad para disponer que tienen eficacia absoluta. Finalmente, trata de la imposibilidad de limitar contractualmente las facultades de disposición sobre derechos enajenables.

El negocio contrario a las buenas costumbres, en la formulación del parágrafo 138 del BGB, no comprende, acertadamente, a juicio del autor, referencia alguna al negocio contrario al orden público. Piensa que aquella expresión contiene implícito este supuesto y que es, por tanto, más acertada que la común en otras legislaciones, de contratos contrarios a la moral. Es el negocio jurídico en sentido propio, es decir, la regulación objetiva que establece, y no el elemento subjetivo, la negociación en sí, lo que ha de chocar con las buenas costumbres para que entre en juego la sanción de nulidad. El hecho subjetivo de que la parte conozca o deje de conocer las circunstancias que lo hacen contrario a las buenas costumbres es irrelevante para la calificación del mismo, en contra de la opinión de Nipperday-Ennecerus, salvo que excepcionalmente la oposición no provenga de su contenido inmediato y «objetivo». Pero no es que en este caso tenga relevancia la consideración subjetiva; es que se cuestiona el mismo contenido objetivo del contrato, y es elemento constitutivo de aquel conteni-

do, la concreta situación subjetiva que lo determina. Es el caso de la usura, que analiza con detalle. Alude después a la trascendencia que fin y motivos puedan tener y a su aplicación en el campo de las relaciones amorosas y pseudom matrimoniales.

Finalmente, se refiere al discutido problema de la exclusión de la *condictio* o acción de enriquecimiento sin causa en el negocio contrario a las buenas costumbres. No es dado, afirma, establecer una solución única que excluya, en todo caso, la restitución; analiza los distintos supuestos susceptibles de agrupación y la procedencia o improcedencia, en su caso, de la acción de restitución por enriquecimiento sin causa (negocios unilaterales gratuitos, *datio ob turpem causam*, contrato bilateral ejecutado por ambas partes, préstamo usurario, etc.).

Capítulo VI.—*La teoría de los vicios de la voluntad.*

Se divide el tema en tres apartados generales.

El primero, de la reserva mental, el negocio simulado y la declaración por broma o jactancia. El segundo, del error; y el último, referente al dolo y la intimidación. Ha de bastarnos con enunciar sistemáticamente su respectivo contenido. La reserva mental no invalida la declaración de voluntad; la simulación, posible sólo en las declaraciones recepticias, se distingue claramente del negocio fiduciario, del negocio con testamento y del negocio en fraude de ley, siendo el negocio simulado radicalmente nulo frente a todos, incluso el tercero de buena fe. La declaración por broma, que es nula, pero obliga al resarcimiento de daños. Analiza detenidamente y diferencia los distintos supuestos.

El tema del error es, a su vez, objeto de nueva subdivisión: Rasgos generales de su regulación en el BGB. El problema que el error plantea en el negocio jurídico se refiere a su trascendencia en orden a la eficacia o ineficacia de éste. No admite una solución única y absoluta para los distintos ordenamientos, pues depende de la medida en que el derecho exija o reconozca responsabilidad al individuo por su defectuosa autodeterminación. Los supuestos de error con relevancia jurídica a tenor del parágrafo-

fo 119 del BGB son el error en el contenido de la declaración, el error en el hecho de la declaración (*Irrung*) y el error *in substantia*, en cuanto a los negocios jurídicos *inter vivos*. Error referido siempre a la propia declaración, no a su entendimiento por el destinatario. Analiza, después, sus consecuencias: anulación e indemnización de daños; el fundamento de ésta (la palabra dada) y su alcance. La irrelevancia del error en los móviles o motivaciones. Las limitaciones que presenta la regulación legal del error en el BGB (negocios que crean o constituyen un determinado *status*, títulos-valores, actos de comercio). La regulación especial en las disposiciones *mortis causa*, en que el error tiene una mayor relevancia, ya que el testador no da su palabra a otro, y se trata sobre todo, de respetar la regulación, tal como la quiso. Concluye este apartado con unas breves consideraciones críticas acerca de la normativa del BGB ante codificaciones más modernas (Código civil italiano), que sólo estima el error perceptible por el contratante o (Código civil austriaco, Derecho inglés), que lo regulan desde el punto de vista de la buena fe. Defiende en términos generales la regulación contenida en el BGB y el distinto tratamiento del error en la declaración y en los motivos del negocio jurídico, rechazando, desde luego, como criterio decisivo, el de la cognoscibilidad del error. En último término, añade, la polémica levantada en torno a la norma del parágrafo 119 carece de contenido. En efecto, los casos de error lo son, en su mayoría, de error *in substantia* y en la base del negocio, y en estos supuestos, no se trata de una discrepancia en cuanto a la declaración unilateral de voluntad, única a resolver de conformidad con el parágrafo 119, sino del problema de la relación entre el negocio jurídico y la realidad, que ofrece muy distinta problemática y regulación.

Hace a continuación historia de los antecedentes de la actual normativa del error en el BGB, resultado de una evolución que arranca del Derecho romano, cuyas fuentes analiza, y que recibe su moderna contextura, muy influenciada por la teoría de Savigny. Señala su ulterior trayectoria hasta el momento presente, con especial alusión a las controversias y trabajos que culminaron en el segundo proyecto del BGB, que recogió soluciones en algunos puntos radicalmente opuestas a las que formulara el primero,

con una más acusada y creciente vinculación, en esta regulación del error, al dogma de la voluntad.

Se detiene, después, en cada uno de los supuestos de error en la declaración, *in substantia*, en los motivos y el llamado error en la base o fundamento del negocio. Bajo el título general de error en la declaración, valora los supuestos de declaración prestada inconscientemente, para referirse luego al error en el acto de la declaración (que llama *Irrung* y no *Irrtum*, y que podría traducirse por «confusión»). Es el caso del equívoco en la expresión verbal o escrita. Precisa su diferencia con el error en los motivos y considera el supuesto del error en la firma puesta al pie de documento no leído y de la firma en blanco. Supuesto independiente, aunque similar, es el del error en la transmisión de la declaración. Consideración aparte dedica al caso del error en el contenido de la declaración (el error de identidad—error *in persona* o *in objecto*—, en las propiedades, en las consecuencias legales, el doble o mutuo error). En cuanto al error *in substantia* o sobre las cualidades sustanciales, el fundamento de su relevancia radica en la discordancia entre negocio jurídico y realidad. Se requiere, pues, de una previa precisión del concepto; de lo que deba entenderse por cualidad sustancial, sólo posible, si se tiene en cuenta, primero, que la idea o representación de la cualidad es parte integrante y constitutiva de la voluntad en el negocio jurídico, y, segundo, que el concepto jurídico de cualidad esencial sólo es ampliable hasta el límite de comprender como tal, en el sentido del párrafo 119, las circunstancias a que el negocio se remite, bien en virtud de estipulaciones especiales, bien por fuerza de la clase o tipo de negocio de que se trate. El error en los motivos, lo conozca o no el contrario, es inoperante, a no ser que dicho móvil se haya constituido en parte integrante del negocio; pero entonces se trataría de un error en las cualidades sustanciales. Aquel error es sólo estimable cuando se utiliza con malicia o con engaño, pero la responsabilidad no deriva del párrafo 119, sino que será exigible a partir del principio de la culpa *in contrahendo*. El llamado error en la base del negocio. Empieza exponiendo los rasgos generales de la teoría de la base del negocio, en su doble formulación de base subjetiva y objetiva (que revive, respectivamente, las teorías de la «presuposición» de Windscheid y de la

«cláusula *rebus sic stantibus*»). El problema con que esta teoría se enfrenta se remite también al de relación entre negocio jurídico y realidad. A juicio del autor, esta problemática la contempla y resuelve el Derecho positivo en muchas de sus disposiciones (la prestación imposible, la asunción de riesgos, la evicción, el saneamiento, etc.), y, por tanto, aquella teoría no es sino un complemento de la normativa legal para aquellos casos que, sin estar comprendidos en el articulado vigente, se piensa tienen cabida en el concepto de base del negocio, como situación de hecho o supuesto fáctico existente al lado del contrato. El autor condena esta teoría como artificiosa e inútil. Base del negocio no es sino la realidad misma a que el contrato se contrae y no algo que exista a su lado. Todos y cada uno de los casos que la realidad plantea han de resolverse a la luz de las disposiciones vigentes. Todo el problema se reduce a encontrar la regulación legalmente aplicable. No se trata de encontrar soluciones singulares, caso por caso, que han conducido, en definitiva, a decisiones de «equidad». Por el contrario, ha de hallarse para cada tipo de contrato la regulación capaz de resolver el problema de cuál de las partes debe asumir el riesgo de la realidad. No es que el contrato contenga esta regulación para el caso de que la realidad no se corresponda con la contemplada en el contrato o ésta sufra una alteración subsiguiente; dicha regulación ha de resultar del contrato como *naturale negotii*. Esta valoración sólo es posible si el concreto contrato sometido a decisión jurídica se conceptúa, no como singularidad, sino como exponente de un tipo contractual (compraventa, arrendamiento, contrato de servicios, de obras que el autor estudia como tales tipos generales). No hay una figura jurídica unívoca de la «presuposición» o de la base del negocio, de la reserva virtual, etc., con que intentar resolver la doctrina de la cláusula *rebus sic stantibus*. La «justa» distribución del riesgo de la realidad se determina, en defecto de estipulaciones expresas, según el tipo de contrato de que se trate. La teoría de la base del negocio ha conducido a que no se tomen en serio los contratos, a que no se intente siquiera encontrar, a partir del contrato mismo, la solución legal procedente; al repetido y continuado intento de rehuir y soslayar el cumplimiento de las obligaciones contractuales. Cuestión aparte, y tarea que los Tribuna-

les tienen por delante, es la de precisar hasta qué punto la actual regulación de determinados tipos de contratos pueda estar precisada de una distinta distribución del riesgo en casos excepcionales. Asimismo, la de concretar si, efectivamente, no existen normas especiales para ciertos tipos de contratos, y las generales del derecho de obligaciones no son adecuadas a la especialidad de aquéllos. El tema del dolo y la intimidación es esquematizado con concisión y claridad, sin que consideremos imprescindible detenernos en un resumen del mismo.

Capítulo VII.—*Nulidad e impugnabilidad.*

Bajo este título, que recoge la terminología del BGB al respecto, se trata de la ineficacia en general. Para el autor, nulidad no puede en absoluto equipararse a inexistencia. El contrato nulo es, en todo caso, un contrato, no un mero suceso fáctico, y puede tener relevancia en Derecho. Lo que le califica y define es, a su juicio, la «no-validez» de la regulación jurídica tal y como había de serle propia y el negocio perseguía, precisamente, por causa de nulidad. Elemento decisivo es la causa, razón o motivo de nulidad. Esta ha de contemplarse siempre en función de aquellas causas, que son las que determinan las concretas consecuencias jurídicas que produce, en lugar de la regulación jurídica propia del negocio. La impugnabilidad supone la validez del contrato susceptible de impugnación, mientras ésta no se produce. Pero ésta determina su radical nulidad *ab initio*. Esta consecuencia ha llevado a parte de la doctrina a calificar este supuesto como «nulidad suspensiva». Su esencia ha de verse, según el Profesor Flume, en el hecho de que la parte con derecho a impugnarlo tiene la decisión en orden a la validez o ineficacia del negocio jurídico, que será nulo, incluso frente a terceros, sin perjuicio de la posición del tercero de buena fe. La impugnación es, por consiguiente, un negocio jurídico en cuanto tal. La declaración impugnatoria, el ejercicio de un derecho constitutivo en base a una causa de impugnación. Frente a la nulidad, la subsanación o convalidación del negocio impugnado es plenamente eficaz, bien entendido que

tiene un valor positivo. No es una renuncia de un derecho a impugnar; es dar, positivamente, validez al negocio, prescindiendo de la causa de impugnación.

Se refiere después a la problemática legal de la nulidad parcial y de la conversión que resulta, respectivamente, de los parágrafos 139 y 140 del BGB. Esta última no es, señala, sino un caso especial de aquélla. Se trata de una nulidad parcial «cualitativa» frente al carácter «cuantitativo» que define y caracteriza a la primera. La idea crucial que preside esta materia y, en especial, el parágrafo 139, entiende el autor que es, sencillamente, el que a las partes de un negocio jurídico no puede serles impuesta, en lugar de la regulación total que convinieran, una regulación parcial que, como tal, no hayan querido. Bajo esta perspectiva cabe hallar solución distinta, con unicidad de criterio, para cada caso, atendida siempre la realidad que le subyace y que determina, si la regulación negocial debe o no ser reconocida por el Derecho.

Capítulo VIII.—*El contrato.*

Su temática general se estudia dentro de la concreta ordenación del Derecho civil alemán. También «el» contrato es una abstracción que resume los distintos tipos de contratos reconocidos por el Ordenamiento jurídico. Se inclina el autor por la concepción amplia del término, como convención, si bien sobre intereses opuestos, dirigida a crear, modificar o extinguir, no sólo relaciones obligacionales, sino también de derechos reales, de familia, etcétera. Por consiguiente, comprende en el concepto tanto el llamado acto colectivo (*Gesamtakt*) como la *Vereinbarung*, o unión creadora de un *status* objetivo. Para apreciar en Derecho, dice, la indudable especialidad de estos tipos o figuras nada se gana con calificarlos con nuevos conceptos abstractos. Muy por el contrario, se trata de valorarlos en esa misma especialidad, que, pese a su condición de contratos, los caracteriza. Tras referirse luego a las fases de la vida del contrato, a éste como vinculación de los contratantes y, en especial, a la fuerza vinculante de la oferta; a la revocación por *contrarius consensus*, como nuevo

contrato entre las partes, y, en general, a la inexcusable necesidad del acuerdo de voluntades (cláusulas impuestas, el complemento de la *lex contractus* por las normas legales, en base a los *naturalia negotii*, a la coacción derivada de situaciones de monopolio), se detiene en la consideración de la figura del precontrato y en la radical distinción entre tratos o negociaciones previas y el contrato. Impugna el concepto del precontrato, que no tiene para él estricta significación práctica, pues su diferencia con el contrato principal sólo existe, realmente, cuando uno y otro establecen relaciones obligacionales distintas, supuesto que contradice la definición legal y la concepción doctrinal dominante.

Bajo el enunciado general de «consentimiento y disentimiento», el *consensus* y *dissensus* del Derecho romano, alude el autor al primero como acuerdo resultante de las declaraciones de voluntad de los contratantes. Acuerdo que sólo puede calificarse como «voluntad única del contrato» en la medida en que las voluntades están recíproca y directamente referidas entre sí. Analiza como supuestos diferenciados la formación del consentimiento por coincidencia de las voluntades recíprocas y equivalentes (firma de un texto contractual) y aquel que surge de declaraciones complementarias (oferta y aceptación). Este plantea una más compleja problemática en el disentimiento, según regulan los parágrafos 145-153 del BGB, desde el momento en que la aceptación puede no limitarse a una mera adhesión a la oferta, sino tener un contenido propio que discrepe de la declaración del oferente (en cuanto a las modalidades de la prestación, al contenido o a los propios sujetos). Plantea y expone la diferencia entre el disentimiento oculto y el error, que no cabe negar en la actual redacción del BGB, aunque su delimitación ofrezca en ocasiones dificultad. Los contratos entre nacionales de distintos países son el ejemplo típico, cuando cabe dar distinto sentido a sus declaraciones, porque difiere el que con arreglo a las respectivas legislaciones les corresponde. Mientras que el disentimiento oculto supone que las partes no han llegado a entenderse, que no ha nacido el contrato, en el error, el contrato ha nacido, aunque viciado, por el distinto entendimiento que una o ambas partes dieran a su declaración, en discrepancia con el sentido legalmente precedente. Después de exponer por qué el disentimiento no puede

originar responsabilidad por culpa *in contrahendo*, en contra de lo que en algún fallo ha sentado la jurisprudencia, analiza los párrafos 154 y 155, referentes, respectivamente, al disentimiento manifiesto o abierto y al oculto, en consideración con el problema de la eficacia de los contratos incompletos. Si en el primer caso, presupuesta siempre la inexcusable coincidencia de voluntades sobre los elementos esenciales, la solución responde al respeto debido al principio de autonomía de la voluntad, que resultaría contradicho si los puntos no regulados, por discrepancia manifiesta, pudieran quedar al arbitrio o decisión judicial, siendo así que las partes han anunciado que el contrato quedó inacabado por falta de acuerdo en alguno de sus puntos; en el segundo, de lo que se trata es de salvar el acuerdo que existió entre los contratantes, en la medida en que no esté viciado, porque ellos creyeron haber coincidido también en cuanto a esos puntos que, pese a su voluntad, por disentimiento oculto, quedaron sin convenir.

Aborda a continuación el tema del llamado contrato de adhesión o condiciones generales del contrato. El fundamento de validez de estas condiciones, característica típica de las cuales es no haber sido convenidas entre las partes, radica, no en la ficción de una supuesta aceptación o conducta tácita en aquel que las tolera (su silencio como «acto declarativo» con eficacia normativa —Raiser—), sino, exclusivamente, en que el Derecho las reconoce como válidas para ciertos negocios y dentro de la concreta esfera de determinados contratantes, en complemento de sus estipulaciones contractuales. No son una sumisión, que supondría en todo caso un acuerdo, ni mucho menos se trata de una ordenación legal. Tienen el mismo carácter que las regulaciones estipuladas en el contrato, sin más diferencia que haber sido establecidas unilateralmente. En razón de esta imposición unilateral, no puede regir para ellas el principio de libre determinación de la autonomía privada. De ahí, que el problema de las limitaciones a su validez tampoco pueda resolverse a la luz de los límites que, en general, se le señalan a la libertad de contratación, cuando se combate el individualismo o el liberalismo. Es el propio principio individualista el que señala e impone los límites a tales condiciones generales para que respondan a equidad. Problema singular es el que resulta de la frecuente remisión que suelen hacer oferente y

aceptante a sus respectivas condiciones generales. La jurisprudencia alemana no lo ha resuelto siempre de igual modo y, en general, ha venido dando importancia decisiva al que pronunció «la última palabra». Este criterio, dice el autor, no es sostenible, porque, aparte de no responder al uso del tráfico, plantea graves problemas de prueba y remite a una apreciación, caso por caso. La esencia de toda esta problemática está realmente en que ninguna de las partes planteó con claridad la cuestión de las condiciones generales que habían de valer, imponiendo definitivamente sus propias condiciones. En último término, si ninguna de ambas las impuso, no ha de estarse a ninguna de ellas, sin perjuicio de la plena eficacia del contrato, que se completará con las disposiciones legales sobre el particular.

Capítulo IX.—Condición y término.

Estudia el autor concepto y clases de condiciones y el encuadre de esta figura en la teoría del negocio jurídico. La fijación o establecimiento de la condición es parte integrante del correspondiente negocio jurídico, y sus vicios, tratándose de condición suspensiva, afectan inexcusablemente a éste. La resolutoria, en cambio, puede ser parte autónoma e independiente de la regulación negocial, con la consecuencia de que, por aplicación del párrafo 139, las condiciones contrarias a la ley o a las buenas costumbres sean solamente nulas en sí, sin viciar de nulidad el contrato. Considera especialmente los efectos y consecuencias jurídicas del negocio condicionado antes del cumplimiento de la condición, partiendo, como principio, de su irretroactividad, y la necesidad consiguiente de una regulación que garantice la efectividad, en su momento, del negocio condicionado: posición jurídica del derechohabiente *conditione pendente*, como titular de un derecho expectante transmisible; limitaciones a la facultad de disposición del transmitente; la posición jurídica de aquel frente a éste y a terceros; el problema de la legitimación procesal y la fuerza de cosa juzgada frente al adquirente, cumplida la condición. Analiza, en suma, ampliamente esta temática a la vista de

los concretos preceptos del BGB, aludiendo, en cambio, sólo muy someramente a la obligación a término. Dentro de la teoría general de la condición, le merece tratamiento aparte la compraventa con reserva de dominio hasta el total desembolso del precio (la adquisición de buena fe, adquisición a *non domino*, transmisibilidad del derecho del comprador, título de posesión, posición frente a terceros, momento y legitimación para el ejercicio de la acción en indemnización de daños, concurso del vendedor o del comprador, posiciones respectivas y de los terceros acreedores). Concluye el autor señalando que la posición jurídica del comprador, bajo reserva de dominio, puede calificarse como expectativa de derecho, aunque su derecho no está referido exclusivamente al futuro. De inmediato, le corresponde un derecho de uso y posesión y la protección frente a terceros como poseedor legítimo. Es también decisiva la consideración que subyace a los parágrafos 160 y 161, según la cual, en el negocio traslativo, la ley debe garantizar la adquisición del derechohabiente, para el caso de que la condición se cumpla, así como la transmisibilidad de su situación jurídica. «Pero los esfuerzos dirigidos a dar a esta expectativa de derecho un contenido equivalente al dominio, esencialmente igual aunque algo 'menos', han sido y son inútiles. La situación que resulta de la garantía jurídico-legal de adquisición del dominio, una vez cumplida la condición, no admite comparación posible con la soberanía que en la actualidad corresponde al dueño sobre la cosa.»

Capítulo X.—Representación y apoderamiento.

Bajo la rúbrica representación, se refiere el autor a la teoría general de la representación, circunscribiéndose a la directa o propia y, en concreto, a la actuación en nombre de otro que la caracteriza. Actuación que se diversifica en dos momentos: la actuación en sentido estricto y la legitimación para ese actuar. Presupone la actuación en nombre de otro, el requisito básico de la exteriorización o notoriedad, cuyo alcance no implica declaración expresa de actuar en nombre de otro y sí sólo que así se

deduzca de las circunstancias del caso. Hace un detallado comentario de los diversos problemas y supuestos que se han querido comprender bajo la frase hecha «negocio para aquel a quien afecta» y que, en realidad, no tienen cabida dentro de la regulación legal de la representación. A tenor del Derecho alemán positivo, ha de quedar patentizado de modo inequívoco quién sea la otra parte contratante. Es el contrato, no lo que detrás de él pueda esconderse, lo único relevante y decisivo.

En cuanto al concepto «poder de representación», que se ha calificado por la doctrina como capacidad, derecho subjetivo, e incluso competencia secundaria, y que hace relación al título que el representante ostenta, afirma el autor que se trata de una figura jurídica singular, no encuadrable en concepto alguno general del Derecho. No es sino pura y simple legitimación, como ya puso de manifiesto Laband al distinguir conceptualmente el poder del mandato y desligar el derecho de representación de la concreta relación jurídica entre representante y representado. Legitimación para constituir en favor de aquél, en nombre del que se actúa, regulaciones jurídicas que valgan como suyas. Se refiere en este punto al problema de la representación sin título o legitimación (su subsanación; eficacia retroactiva; el carácter de negocio jurídico en suspenso del así celebrado hasta su ratificación; la responsabilidad exigible al representante no legitimado) y, en especial, al debatido problema de la admisibilidad del negocio que el representante de una persona física o jurídica, actuando como tal, concluya consigo mismo o con terceros, a los que asimismo represente, con objeto de obligarse mutuamente. Esta problemática, señala el Profesor Flume, se ha planteado exclusivamente bajo la perspectiva de la colisión de intereses, olvidando que si éste puede ser el punto decisivo, aquélla es heterogénea y varia, según se trate de negocios jurídicos unilaterales o de contratos. Afirma que, aunque la prohibición que como principio general establece el parágrafo 181 del BGB se apoye y funde en la indicada incompatibilidad, lo importante no es que esta colisión se dé en el caso concreto, ni siquiera, que el representante haya actuado en contra de los intereses de su representado. El contrato es ineficaz en todo caso—salvo que se dé alguna de las excepciones legalmente previstas—. Lo es, incluso, si sólo deparara ventajas

para el representado. Y esta solución ha de reputarse acertada, opina el autor, pues las dificultades que sin duda acarrea en muchos casos, es mal muy inferior, a la inseguridad que derivaría de no partir de un principio general prohibitivo. En todo caso, puntualiza, nada tiene que ver lo expuesto con el problema del autocontrato. Este es un acto jurídico especial, totalmente desligado e independiente de la representación. El autocontrato cabe en la medida en que el Ordenamiento jurídico lo admita, bien entendido que no es un contrato, sino una figura específica a la que el Derecho reconoce, en su caso, efectos y consecuencias jurídicas iguales a las que nacen normalmente de relaciones contractuales.

Partiendo de la separación y diferencia entre poder de representación, como resultado de un negocio jurídico (representación voluntaria o apoderamiento, la *Vollmacht*), y el negocio jurídico que da nacimiento a aquél (*Bevollmaechtigung*), señala el autor cómo éste puede tener lugar por declaración frente al apoderado (representación interna o mandato representativo) o frente a un tercero o al público en general (representación externa o apoderamiento). El poder en que la representación voluntaria consiste adquiere su sentido y alcance de la concreta relación jurídica entre representante y representado, que sustenta el acto o negocio de apoderamiento. Y ésta, aunque en general descansa en un contrato de mandato, en un arrendamiento de obra o de servicios, puede apoyarse también en un contrato de sociedad y en las más variadas relaciones jurídicas obligacionales. Pero ese poder o representación, como legitimación para concluir regulaciones jurídicas para el representado, tiene substantividad propia y plena independencia frente a la relación jurídica interna que lo cimenta. De la misma forma, el apoderamiento es, en sus presupuestos y efectos, negocio jurídico, independiente de la relación jurídica que le sirve de base y, también, del mismo negocio jurídico que sustenta a ésta. Pero no por ello puede decirse que el apoderamiento sea un negocio abstracto. Siempre está «adosado» a otra relación jurídica, a pesar de aquella substantividad indicada. De este apoyo o sostén resulta siempre una cierta relación de dependencia entre la representación y la relación jurídica que la fundamenta. También entre el apoderamiento y el negocio jurídico en que se cimenta aquella relación jurídica interna. Ahora bien: esta depen-

dencia tiene muy distinto alcance en la representación interna y en la externa. En la primera, sin que ello suponga en absoluto abdicar de la esencial separación, magistralmente señalada por Laband, se dan sutiles y distintos modos de unión y de contacto entre la representación y la relación jurídica interna, el apoderamiento y el negocio jurídico base de esta relación. En la segunda, en cambio, al determinarse su subsistencia y contenido exclusivamente por la relación externa, es la representación, totalmente independiente de la relación jurídica que le sirve de base.

No nos detenemos, pese a su interés, en el estudio de la subsistencia y extinción del poder. Tampoco en la problemática que ofrece la relación entre el negocio de apoderamiento y aquel que, en su virtud, concluye el representante. Dedicaremos sólo unas breves líneas, para terminar el resumen del contenido de este capítulo, al poder irrevocable. El autor lo califica de figura jurídica especial que no cabe situar en plano de igualdad con el poder revocable, sin otra diferencia con él que el que éste sea la regla y aquél la excepción. Se trata, a su juicio, de dos figuras jurídicas esencialmente distintas. La irrevocabilidad del poder confiere al apoderado una posición propia, en cuanto que le autoriza a concluir por su exclusiva voluntad y aun en contra de la del poderdante relaciones jurídicas vinculantes para éste. Semejante posición contradice la esencia misma del poder. Este se entiende dado, constitutivamente, en favor del poderdante. Su reconocimiento por el Ordenamiento jurídico descansa en el principio de la autonomía de la voluntad que, por ende, impone la libre revocabilidad como cualidad consubstancial al mismo. Sin embargo, desde el momento en que la norma legal puede configurar y admitir un poder dado en favor de los intereses del apoderado, es obvio que, por fuerza de los mismos argumentos anteriores, ha de serle consubstancial la irrevocabilidad. Pero estamos entonces ya en presencia de una figura nueva y distinta y ante un problema de Derecho positivo, que la regula y admite, o, no le da cabida en su articulado legal. Este poder irrevocable es, en definitiva, un acto de ejecución especialmente conformado. Ser acto de ejecución constituye el presupuesto inexcusable para que pueda tratarse efectivamente de un poder irrevocable. Por otra parte, es obvio que sólo un poder especial puede tener este carácter. Únicamente

si al apoderado le asiste una acción o derecho frente al poderdante para la ejecución de un negocio jurídico, de modo que pueda ejecutarlo directamente, se está en presencia de este tipo de poder, al que, por consiguiente, es decisiva la relación jurídica en que se apoya. Las alteraciones que en ésta se produzcan le afectarán esencialmente, hasta el extremo de convertirlo en algo distinto: simple poder revocable. En cambio, en cuanto que una vez otorgado es independiente de la voluntad del poderdante no le afectan las causas de extinción que de la vinculación a la voluntad de aquél se dan en el poder revocable (*sic*, muerte o incapacidad del poderdante). Tampoco tiene carácter personalísimo, ya que es realmente un atributo del derecho o acción del apoderado o tercero que le sirve de base. Sin embargo, ha de tenerse en cuenta, que el apoderado no tiene sino un poder de representación, es decir, no una posición jurídica propia sobre el derecho de que se trate (un derecho de disposición, generalmente). Por tanto, son absoluta y plenamente eficaces los actos o contratos que el poderdante pueda realizar contraviniendo aquellas facultades de disposición que irrevocablemente confiriera, sin perjuicio de su responsabilidad por daños frente al apoderado.

Capítulo XI.—*Subsanación y convalidación* (Die Zustimmung).

Se refiere el autor en este último capítulo de su obra, y bajo la rúbrica general de *Zustimmung* (literalmente, asentimiento, conformidad), a la serie de supuestos en que el negocio jurídico requiere de la concurrencia del consentimiento previo o ulterior de ciertas personas para su plena eficacia. Se abarcan así los institutos de la licencia y autorización, de la confirmación y ratificación, en definitiva, se trata de la subsanación y convalidación del negocio jurídico, falto de aquella asistencia. El BGB establece para todos estos supuestos unas normas o principios de general aplicación en sus parágrafos 182-185. Dice el autor que esta figura jurídica genérica de la *Zustimmung* o confirmación, *latu sensu*, se conforma en la ley como negocio jurídico con substantividad propia y, al tiempo, como negocio auxiliar de aquél, para cuya va-

lidez y eficacia es necesario. Este doble carácter le confiere una problemática especial, que analiza y desarrolla, para considerar luego separadamente el supuesto del previo consentimiento, es decir, la autorización o licencia (*Einwilligung*), su similitud y diferencias con el apoderamiento, y el de la aprobación ulterior, confirmación y ratificación (*Genehmigung*). Figuras que el BGB distingue terminológicamente, aunque no aplique con rigor y consecuencia los respectivos términos en la calificación de los distintos supuestos.

* * *

El amplio contenido de este tratado, que agota el tema del negocio jurídico, es inabordable para una recensión, que aun peca de excesiva como tal. Queremos confiar, que quepa disponer pronto de una traducción autorizada, que ha de ser sumamente útil como obra de estudio y de consulta.

AURORA HUBER.

La enfiteusis en Mallorca, por Enrique Lalaguna Domínguez. Edición separada de la «Revista de Derecho Agrario», núm. 2, Zaragoza, 1965, 68 págs.

Nos hallamos a las puertas de un momento importante en la historia de los Derechos forales; está produciéndose la singladura de la primera fase—compiladora—con la segunda—«período suficiente de divulgación, estudio y vigencia»—, de las previstas en la Conclusión 1.^a del Congreso Nacional de Derecho Civil, de Zaragoza (octubre de 1946). Momento importante porque acaso de la generosidad científica con que la recorramos dependa el que los sucesivos períodos previstos lleguen a buen término.

Y éste es, para mí, el primer mérito del trabajo de Lalaguna, que quiero comentar: su actitud de generosidad científica, al aplicar sus reconocidas dotes de civilista al estudio de una institución foral de Baleares; en definitiva, a la Compilación del Derecho

civil de Baleares. Creo que es una actitud ejemplar y constructiva sobre la que vale la pena reflexionar.

Ello supuesto, y prescindiendo—por evidente—del interés y actualidad del tema monográfico, hay dos aspectos en el estudio de Lalaguna que también quisiera resaltar. Uno se refiere al amplio panorama normativo—histórico y vigente—en que se perfila con singular claridad la institución estudiada; el otro se refiere al modo de tratar la materia.

Es sabido que el Derecho civil de Baleares, sobre el que han aparecido valiosas aportaciones de conjunto en estos últimos años, no cuenta, a diferencia del de otras regiones, con estudios de índole monográfica, base previa indispensable para un ulterior desarrollo sistemático. La Compilación de Baleares ha supuesto una ardua tarea para la Comisión encargada de los trabajos preparatorios. El autor es consciente de la dificultad de un planteamiento sistemático en el tratamiento de una determinada institución de este territorio, ya que con tal planteamiento sistemático se halla estrechamente relacionado el problema de las fuentes, que en el Derecho de Baleares es más intrincado y menos conocido que en el de los demás territorios forales. En esta dificultad seguramente se oculta una interdependencia enervante entre el carácter eminentemente consuetudinario del Derecho balear y la carencia casi absoluta de literatura jurídica. Así, una monografía sobre cualquier institución de este Derecho requeriría una paciente labor de análisis en extensión y profundidad sobre el problema general de las fuentes. En este aspecto, el trabajo llevado a cabo por Enrique Lalaguna abre una ancha perspectiva de posibilidades críticas para otros trabajos monográficos.

El segundo aspecto apuntado se relaciona con el delicado tema de lo que se ha denominado «política de compilaciones». Juega, de una parte, el deseo de conciliar el respeto debido al sistema en el que históricamente germinaron y pervivieron las instituciones forales con la necesidad de adaptarlas a las exigencias y circunstancias del momento presente, tras el largo período de obstrucción de fuentes que las Comisiones compiladoras han venido a interrumpir. De otra parte juega la conveniencia—en el peor de los casos, práctica—de adaptar la sistemática de las compilaciones a la del Código civil, lo cual es también problema delicado en

la fijación de su alcance y de la magnitud de los sacrificios que deban aceptarse, y que, en todo caso, requiere un trabajo previo de «selección de aquellos preceptos del Código que, en correspondencia con la naturaleza de cada institución, se puedan articular como Derecho supletorio con los textos del Derecho peculiar, sin deformarse y sin deformarlo». El haber atendido a esta finalidad con singular rigor y hondura es garantía del acierto de la primera parte del estudio comentado, dedicada a establecer los presupuestos críticos que condicionan la interpretación y aplicación de las normas sobre enfiteusis a la luz de los principios generales que han orientado la labor compiladora. En este sentido, se ha de convenir con el autor en la oportunidad de ponderar, antes de entrar en la exégesis de los preceptos aplicables, el sentido y medida en que responde la Compilación a las exigencias del sistema en el que históricamente se ha formado el censo enfiteutico mallorquín, y por otra parte, en qué condiciones han de coexistir en el futuro el régimen especial del texto compilado y el régimen general del Código.

En las consideraciones iniciales sienta el autor las bases de su trabajo con la exposición de los precedentes inmediatos y las innovaciones del texto compilado, las conexiones y límites de éste con la disciplina del Código, y el valor de la «tradición jurídica balear» por vía interpretativa en la aplicación del régimen de censos.

La parte segunda se dedica a la formación histórica, fuentes y naturaleza de la institución. El autor justifica la especial atención prestada a los precedentes históricos y a las fuentes privativas del Derecho de Mallorca en materia de enfiteusis para una correcta inteligencia de las disposiciones vigentes, pensando no sólo en la inmediata virtualidad de la Compilación, para lo que se autoriza el recurso a la interpretación histórica (art. 2.º), sino también en la oportunidad de posibles correcciones en un futuro próximo a la vista de las «omisiones y deficiencias» y de «las dudas y dificultades que haya originado la aplicación de sus preceptos» (Disposición adicional), correcciones que según el autor se deberán plantear lógicamente sobre la misma perspectiva histórica en que se ha pretendido basar la unidad de sistema del texto compilado.

El censo enfitéutico actualmente subsistente en Mallorca, más conocido en esta región con el nombre de «alodio», se perfila dentro del marco de una profunda investigación histórica sobre el fondo de una estructura romana que se mantiene a través de la experiencia jurídica medieval sin alteraciones fundamentales, adquiriendo su genuino sentido a través de una serie de disposiciones especiales del reino de Mallorca (siglos XIII-XV) determinadas en su origen y evolución por el influjo constante del Derecho de Cataluña. Esta influencia, apuntada a veces en estudios de carácter general sobre la formación del Derecho civil de Mallorca, se precisa con referencia concreta a la enfitéusis en el cuadro de concordancias que traza Lalaguna sobre un análisis comparativo de las fuentes peculiares del Derecho mallorquín con las propias del Derecho de Barcelona.

A la luz de los datos históricos, se precisa el concepto y naturaleza de la institución, explicando el sentido del encuadramiento de la enfitéusis en la teoría de los censos y las consecuencias de esta confusión sistemática, que a través de la influencia del Código se propaga insensiblemente en ciertos aspectos a los Proyectos de Apéndice, base de los trabajos de la Compilación y causa principal de la antinomia entre los artículos 57 y 63, que Lalaguna, en una fina y bien trabada argumentación, resuelve a favor de este último.

El autor se detiene en destacar el acento romano del censo enfitéutico mallorquín, deslindándolo de las dos formas tradicionales de renta periódica (censo consignativo y reservativo) y del arrendamiento, figura con que la enfitéusis guarda una notable afinidad en el plano de las relaciones obligatorias. En la estructura de la enfitéusis alodial distingue Lalaguna dos clases de relaciones jurídicas: las que surgen con un cierto carácter de estabilidad en el campo de los derechos reales y las que dan sentido funcional a la institución en el campo de las obligaciones. Desde la creación del censo, y como condición de subsistencia, se establece entre estos dos órdenes de relaciones un juego de recíprocas influencias. En toda situación en que el derecho de propiedad pierde plenitud para coexistir con un *ius in re aliena*, la unidad natural del objeto determina el nacimiento de relaciones obligatorias entre los respectivos titulares. En la enfitéusis, la limita-

ción de los derechos en el plano real por la presencia de relaciones obligatorias entre sus titulares es más fuerte y profunda que en otras situaciones, porque la conexión no es una mera consecuencia derivada de la unidad del objeto, sino un elemento determinante de la constitución del censo y, en cierto modo, la condición esencial de su duración indefinida.

Los resultados de la investigación histórica y dogmática se proyectan sobre la exégesis del texto compilado en la última parte del estudio. El régimen vigente responde con fidelidad, en opinión de Lalaguna, a las dos exigencias principales que subyacen en la Conclusión Primera del Congreso de Derecho Civil de 1946 y que pueden condicionar la viabilidad del previsto en su apartado e), «una vez terminado ese periodo de convivencia de los distintos Derechos hispánicos para examinar la forma y carácter del futuro Código general de Derecho civil».

El relato detenido de las precisiones que se introducen sobre el significado y ámbito de aplicabilidad de los artículos 55 a 63 de la Compilación rebasaría el propósito de esta nota crítica. Por su especial interés me referiré únicamente a la redimibilidad del censo enfitéutico, regulada en el artículo 63. Este aspecto constituye, sin duda, la novedad más destacada de la Compilación en relación con el Derecho anterior (aunque la idea había sido ya propuesta por Ripoll en su Memoria de 1880). Es, por otra parte, la cuestión más debatida en la doctrina. La fórmula del texto vigente es fruto de una enmienda al Proyecto en tres puntos fundamentales: 1) módulo de fijación del precio de redención; 2) carácter supletorio del módulo legal; 3) inclusión en la base del precio de redención de las mejoras y edificaciones posteriores a la fecha del establecimiento enfitéutico (que el texto del Proyecto excluía explícitamente). Según el autor, la clave de estas tres diferencias fundamentales es la distinta idea acerca de la naturaleza del alodio que inspira a uno y otro texto. En la Compilación se acepta la influencia de la nuda propiedad en la configuración de las relaciones obligatorias entre los dos titulares de la finca, extrayendo las consecuencias prácticas de la consideración del concedente como propietario del predio dado en enfiteusis. El Proyecto, aunque aludía al alodio como «nudo dominio directo», lo consideraba—si se atiende al cuadro de efectos—como una carga o

gravamen que pesa sobre la propiedad de la finca atribuida al enfiteuta.

Sobre la fórmula de redimibilidad aceptada en definitiva en el vigente artículo 63 plantea Lalaguna la doble cuestión de si respeta la naturaleza tradicional de la institución y de si responde a las necesidades del momento presente.

En cuanto a la primera cuestión, concluye que, en el artículo 63, la redención del alodio se aproxima al tratamiento adecuado, es decir, no como simple liberación de renta, sino como un modo de adquirir la propiedad. En el segundo aspecto, afirma Lalaguna que tal solución es actual en la medida en que no significa necesariamente la decapitación del censo alodial. Ello le da ocasión, además, para valorar la solución en función de la «política de compilaciones», con una oportunísima cita de autoridad.

Por lo demás, se manifiestan en este trabajo de Lalaguna las virtudes científicas evidenciadas ya en los anteriores: concisión expositiva, hermanada—y no es fácil hacerlo—con la claridad y la elegancia; rigor científico, sobre todo en el manejo directo y puntual de una bibliografía exhaustiva que se enriquece con los puntos de vista doctrinales del Derecho común y del Derecho de Cataluña en relación de afinidad o contraste con el tema tratado. Y quiero terminar, como he comenzado, destacando lo ejemplar que resulta la actitud de Lalaguna ante las compilaciones; creo que, sin buscarlo, ha comenzado a lucrar el premio a esta actitud; porque si él se propuso—y ha logrado cumplidamente—una aportación constructiva al Derecho civil de Baleares, lo cierto es que, además, se ha encontrado con otra aportación positiva a la temática general de los censos, tan necesitada de tratamiento profundo, claro y riguroso.

FRANCISCO DE ASÍS SANCHO REBULLIDA.

Catedrático de Derecho Civil
de la Universidad de Navarra.

Ensayo sobre la adquisición a non domino de bienes muebles, por Gert Kummerow. Universidad Central de Venezuela, Facultad de Derecho. Caracas, 1965.

El autor nos descubre su propósito en la Introducción: trata de analizar los artículos 794, 795 y 1.986 del Código civil venezolano, traducción literal de los correspondientes preceptos del Código civil italiano de 1865 y del de Comercio de tal país, de 1882, a la luz de las modernas tendencias legislativas, no menos que de las actuales exigencias del tráfico.

Expone a continuación los artículos 794 y 795, cuyo contenido conjunto es análogo al de nuestro 464. En la interpretación del primero de aquéllos se adscribe decididamente a la tesis progresiva germanista, aceptando que se establece una adquisición *a non domino* de la propiedad u otros derechos reales y un verdadero principio de irreivindicabilidad. Son supuestos de aplicación de la norma: a) pérdida voluntaria de la posesión de los bienes; b) adquisición definitiva de la posesión por un tercero; c) título abstractamente idóneo para la transferencia del derecho en favor del poseedor de buena fe, y d) delimitación categórica del objeto: sólo se aplica el precepto a los bienes muebles corporales y a los títulos al portador.

La tercera parte de la obra está destinada al estudio de los supuestos de inaplicabilidad de las normas relativas a la adquisición *a non domino*, por tratarse de determinadas especies de muebles sometidos a legislación especial, en la que suele alcanzar destacada importancia la institución registral; se habla así de las aeronaves (Ley de Aviación Civil), de los buques (Código de Comercio) y de los automóviles (Ley de Tránsito Terrestre).

Precisando más los efectos de la adquisición *a non domino*, amparada por el artículo 794, el autor nos dice que se adquiere la propiedad libre de derechos reales limitados y cargas, que se extinguen toda clase de acciones contra el adquirente (reivindicatoria, tercería, acción de nulidad, rescisión o resolución), que no es exigible responsabilidad civil al adquirente por culpa en el

examen de las facultades dispositivas del transferente *non dominus*, y que existe paralelismo con la usucapión de muebles, si éstos han sido perdidos o sustraídos y poseídos en concepto de dueño durante dos años.

La quinta parte de la obra está destinada al examen de aquellos casos en los que se enajena la cosa por quienes no siendo propiamente poseedores de ellas se encuentran, sin embargo, en situaciones análogas; se siguen aquí las huellas de la monografía española de Melón Infante. El autor analiza una pluralidad de supuestos que clasifica en cinco apartados: a) servidor de la posesión; b) situaciones posesorias derivadas de titularidades transitorias o interinas; c) las derivadas de titularidades efectivas no acompañadas de *ius disponendi*; d) las derivadas de titularidades sujetas a impugnación, y otras situaciones posesorias de origen diverso.

Tras dedicar un breve capítulo al problema de la posibilidad de adquisición *a non domino* de derechos reales limitados sobre bienes muebles, problema que resuelve afirmativamente, el autor se adentra en el estudio de la adquisición de la prenda, y dedica la siguiente parte de su obra al régimen de los bienes perdidos o sustraídos, en los que no funciona la irreivindicabilidad, y siempre desde el punto de vista del tercero adquirente de buena fe, ya que el hallador y el autor de la privación ilegal están sometidos a las normas comunes. Estudia quiénes han de ser considerados poseedores de mala fe, qué debe entenderse por cosas perdidas y cosas sustraídas y la naturaleza y funcionamiento de la acción recuperatoria, finalizando con la cuestión del saneamiento de la circulación de bienes muebles, es decir, si la inserción de un poseedor de buena fe basta para sanear la anómala circulación de la cosa, lo que resuelve negativamente.

La parte novena de la obra está destinada al artículo 1.986 del Código venezolano, que establece una prescripción bienal en materia de muebles, y que hay que concordar con el 794. Tras de señalar las hipótesis excluidas de aquel artículo, estudia, con referencias de Derecho comparado, la tesis común de que el mismo contiene la prescripción extintiva a que se somete la acción correspondiente al propietario o poseedor para recuperar la cosa perdida o sustraída y terminar rechazándola. La acción recupe-

ratoria es imprescriptible, y por la vía del artículo 1.986 los terceros de buena fe pueden adquirir la propiedad o derechos reales limitados sobre bienes muebles, a través de la concurrencia de dos factores: el transcurso del bienio y la posesión legítima.

Por último, tras de dedicar un capítulo a las especialidades en materia de títulos al portador perdidos o sustraídos, con análisis del artículo 130 del Código de Comercio, en el capítulo undécimo se sistematizan las conclusiones en orden a la reforma del sistema positivo venezolano en la materia.

En resumen: una útil monografía, no sólo por el interés del tema, sino por la similitud de nuestras normas con las de aquel país.

M. F. B.