

CABANILLAS GALLAS, P.: *Consideraciones sobre los principios generales del Derecho*. Discurso leído el día 2 de mayo de 1977, en su recepción como académico de número de la Real de Jurisprudencia y Legislación. Madrid, 1977.

Quizá el académico encargado de contestar a Pfo CABANILLAS en su discurso de ingreso en la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, GARRIDO FALLA, haya sido el que supiera precisar las tres facetas en que se desarrolla la tremenda personalidad de Pfo. Pero al hacer esta recensión entiendo que a GARRIDO se le quedó una marginada, pues él creyó que después de reafirmar una «vieja» amistad quedaba cubierta esta faceta, que a mi entender es tan importante como las otras, pues viene a reflejar esa dimensión de un personaje que se nos escapa de nuestras pequeñas parcelas para convertirse en «histórico». GARRIDO FALLA hablaba de su aspecto profesional, de su vertiente doctrinal y de su faceta política. Yo quiero añadir aquí la de la amistad.

Entiendo que debo hacerlo así al hacer esta reseña, pues ella puede servirnos para reflejar ese ambiente que a modo de prolegómeno antecede al acto solemne de la recepción. El ya veterano semicírculo sin escaños, sin voz ni voto, de la Academia estaba prieto de concurrencia. Se bordeaba la hora de ese juego de azar divulgado por MUÑOZ SECA en su *Venganza de Don Mendo*, y en el portón de cuadrillas esperaban el recipiendario, los padrinos, los maceros y un conjunto de «a pie» para hacer el paseillo, esta vez dificultado por unos cuantos reporteros gráficos, unos focos luminosos y los diversos trípodes con máquinas captatorias de detalles, desplegadas por la televisión. Todo estaba dispuesto para que el Presidente hiciera la seña del comienzo. En ese momento, yo, que tenía una posición privilegiada por haber madrugado para captar la escena, pasé lista. No debe olvidarse que era un 2 de mayo, con vistas a unas elecciones políticas decisivas para el futuro de España, y que la consolidación de los «partidos» aún estaba sin fases de maduración.

Pasar lista es tremendo cuando uno domina el semicírculo, y sobre todo cuando al hacerlo las caras se vuelven y sonríen en señal de presencia. Frente a mí tenía la Presidencia, en la que estaban aquellos que «no podían faltar». Arriba, en los balconillos, se apretaba esa zona «femenina» que aporta contrastes y que desde su postura alta y protegida parece dominar la escena. En el ruedo de los sillones numerados y de los que se reservan para «autoridades» (¿autoridades con poder o autoridades jurídicas?) estaban casi todos. Estaban hasta FRAGA, con el cansancio milenario de sus intervenciones políticas, y FERNÁNDEZ ORDÓÑEZ, con su persistente idea del delito fiscal. Sin embargo, noté en el semicírculo que una voz sustrante insistía mucho en que faltaba el Conde, con nombre de ciudad de cornisa cantábrica entre Ondárroa y Deva. En los estrados, sin categoría de escaños, del semicírculo porticado se agrupaba todo un conjunto de profesionales, políticos, juristas y amigos que rendían culto a la personalidad que ingresaba en la Academia.

En la popularidad bien ganada de Pfo CABANILLAS hay unos grupos de amigos muy nutridos. La mayor parte de ellos estaban allí, y los que no estuvieron fue por imposibilidad física. Pfo es muy amigo de sus amigos. Pero con ser muy grande esa complacencia del conferenciante por la presencia de sus amigos, creo que también supo dedicar, en esos momentos emocionales que el discurso se lo permitió, la fidelidad presencial de lo que podríamos llamar sus leales. Ahora que se estila de nuevo el puño cerrado como salud de un viejo partido, quiero utilizar el mismo para un símil que puede suponer la idea de lealtad. Cualquiera que pretenda coger en sus manos granos de trigo, por ejemplo, verá con gozo cómo se llenan, pero también con tristeza cómo a medida que la mano se va cerrando aprisiona solamente unos cuantos granos: éstos son los leales, con los que siempre hay que contar. Por eso me emocionaba mucho esa referencia que hacía GARRIDO FALLA a su vieja amistad con el beneficiario que se retrotraía a más de treinta y cinco años. Sin querer se me iba la imaginación a aquellos días primaverales, donde, contemplando la paz de una ría gallega, recién licenciados, intentábamos «acotar» la monumental obra de ROCA SASTRE, a la par que hacíamos planes para un futuro que tardaría en llegar...

Creo que esta cuádruple dimensión del conferenciante, como profesional, jurista, político y amigo, puede explicar el tema elegido, ya que desde el primer supuesto la profesionalidad obliga, la juridicidad vincula, la política permite y la amistad exige. Replantear la problemática de los «principios generales del Derecho» es tarea que sólo un profesional de cierta «clase» puede abordar con éxito. El haber militado en esa serie de actividades que sus profesiones le han impuesto justifica sobradamente la valentía para la elección del tema. Como jurista, la vinculación del mismo es más clara todavía. Sólo un jurista que domina la «materia» puede permitirse esos lujos doctrinales que Pfo tiene en su discurso al hacer una afirmación genérica sobre las distintas facetas de la jurisprudencia. La política le ha permitido el hueco imprescindible para pensar y redactar su discurso. Desde su desfenestración, en su intento aperturista, hasta la nueva salida en «pantalla» ha transcurrido un tiempo con huecos de meditación que le ha permitido coser esa voluminosa serie de fichas que había ido acumulando sobre la materia. Sus amigos, sus leales, exigíamos un tema jurídico que, explicado en uno de los «templos» de la juridicidad, diese la dimensión de lo que un superclase puede si dedica un poco de atención a ese exigente campo del Derecho. No debo insistir más, pues todo lo que añada en este momento, en el que la «figura» vuelve a ser noticia, podría sonar a humo de incensario, y él sabe tan bien como yo que nunca he movido la maroma que pone en movimiento pendular el galleguísimo «botafumeiro».

Aunque son dieciocho los apartados que el discurso tiene, entiendo, y para que la gente me entienda, que podríamos reducir la materia a tres partes cruciales. La primera puede ser el replanteamiento de los principios generales del Derecho en relación con los distintos momentos metodológicos. La segunda pudiera comprender lo que el autor cualifica como la clasificación de los principios y el nuevo intento de clasificación, y la tercera la doctrina hipotecaria sobre los principios. Ajustándonos a ello distinguiremos esas tres partes.

A) *Principios generales y momentos metodológicos.*—El autor arranca de unas ideas generales sobre lo que doctrinalmente se ha entendido por principios generales del Derecho, sus dificultades y su momento actual, todo ello a través de las obras de ESSER, BOULANGER, BOBBIO, etc. Estas ideas generales permiten al autor señalar las grandes directrices de su replanteamiento: tratar de explicar su importancia más allá de la jurisprudencia, demostrar sus diversas naturaleza y origen, prestar atención al proceso formativo de los principios, reconocer a las instituciones los entes más idó-

neos para la «autogeneración» de principios, reconducir el planteamiento problemático a debidos límites, aclarar si se está o no ante verdaderas fuentes del Derecho, encontrar una clasificación de los principios y reconocer que una vez codificado o fijado el Derecho desaparecen las diferencias de origen y los principios actúan de modo similar en una concepción sistemática y en una concepción casuística.

Es claro que para llegar a estas metas inicie la exposición de la materia con el examen de la situación en el momento de la codificación, que el autor califica como «un momento jurídico de certidumbres». Con el «iusnaturalismo» individualista serán acogidos los principios generales del Derecho en el movimiento codificador. El examen se prolonga hasta la actual redacción del Código civil y las opiniones doctrinales que lo comentan, tomadas casi todas ellas del libro homenaje a ROCA SASTRE. Las tres grandes ideas que expone el autor en torno al movimiento codificador responden a las tres preocupaciones que la doctrina ha mantenido: si la remisión a los principios era a los de Derecho natural o a los del Derecho positivo, si se trataba de una fuente subsidiaria y si eran o no verdaderas normas jurídicas.

En el examen de los principios ante los diversos momentos metodológicos, el autor se luce haciendo gala del dominio de la materia. Arranca, como no podía ser menos, con la dogmática jurídica y su íntima conexión con el positivismo. El positivismo reposaba fundamentalmente en un método: el método dogmático, y dio pie o base a un tipo de jurisprudencia: la jurisprudencia de conceptos. Después de señalar las notas claves de la dogmática: predominio de la lógica en la dogmática, el derecho como ciencia normativa y los principios como dogmas, destaca el momento actual por el que atraviesa ante los ataques que recibe por el abuso de la lógica como medio para llegar al concepto. El procedimiento conceptual no puede limitarse a la aplicación de la lógica formal, sino que debe tener presente la lógica de la experiencia jurídica.

De la construcción dogmática y de la jurisprudencia de conceptos se pasa a la jurisprudencia de intereses para superar el estricto positivismo público. Todos los tratadistas coinciden en resaltar que la gran aportación de IHERING reside en el reconocimiento de que toda proposición jurídica ha de ser considerada también dentro de su función social. La jurisprudencia de los intereses, que no puede negar su procedencia del positivismo sociológico y de una concepción pragmática del Derecho, se ha ido transformando progresivamente a pesar de gozar aún de prestigio en la práctica judicial en una «jurisprudencia de valoración», continuando así la evolución iniciada ya por STOLL.

Un nuevo camino en esta evolución es el del método tópico y la jurisprudencia de problemas que, lleno de sugerencias, se abre ante los ojos del lector de la obra de VIEHWEG, *Tópica y jurisprudencia*. Su tesis central es la rehabilitación del llamado método o pensamiento tópico, cuya singularidad era perfectamente conocida por la filosofía antigua como parte de la retórica, y alrededor de la cual, precisamente, se constituyó la técnica jurídica de los romanos. Sin perjuicio de ello, debe destacarse en la obra dicha la otra vertiente, formada por la concepción problemática del Derecho. Y en este menester el autor va examinando con singular maestría el problema jurídico como «caso concreto», el comportamiento judicial ante el mismo y la utilización de los principios como medio de solución, así como el análisis del pensamiento problemático y el pensamiento sistemático.

Tres últimos puntos van a rematar el estudio de esto que hemos llamado primera parte del discurso. La problemática del «iusnaturalismo» y el juego de los principios generales del Derecho como instrumentos idóneos para permitir la presencia en el mundo del Derecho de unos criterios de valor que actúan de estímulo, de límite, de orientación y de justifica-

ción de todo Derecho positivo. A continuación surge el tema de la «naturalidad de las cosas», en el que se examina su análisis como fuente, su esencia y como fórmula «sintética» entre los dos grandes mundos del ser y del deber ser. Por último, se afronta la temática de las instituciones y el pensamiento jurídico institucional y los principios institucionales, recorriendo ese inevitable camino de la construcción y esencia de los mismos, para desembocar en sus tres proyecciones: capacidad interpretativa, inventiva y organizativa.

B) *Clasificación de los principios*.—Si lo que hemos llamado parte primera se caracteriza por una exposición generalizadora de un replanteamiento de la función de los principios generales del Derecho, en esta parte es donde el autor va a sacar las conclusiones deductivas de todo lo que ha expuesto. BOBBIO apunta la idea inicial que le sirve al autor para desarrollar su tesis: los principios generales no constituyen una categoría simple y unitaria, no todos tienen el mismo valor y tienen orígenes distintos. De ahí se deriva una primera necesidad, y es la de estructurar en tipos y en categorías la serie de principios jurídicos que en un determinado momento pudieron ser considerados como categoría unitaria. En la lista de autores que tratan de ofrecer esas categorías se ofrecen por el autor los nombres de BOULANGER, TRABUCHI, VERDROSS, BOBBIO, DE CASTRO y ESSER.

Intimamente relacionado con el problema está el de las fuentes del Derecho, o lo que es lo mismo, los principios generales en función de fuentes del Derecho. El autor hace una afirmación que, salvo la tesis de BETTI, puede tener virtualidad general: en el momento presente, casi todos los juristas aceptan la tesis del origen extrasistemático de los principios generales y los reconducen a principios valorativos o institucionales que sólo después, *a posteriori* y por obra del hallazgo que normalmente—y ésta es la tesis fundamental de ESSER—se vincula al caso y a la labor judicial, penetran en la positividad.

Para el autor, la clasificación más aceptable es la que distingue entre principios dogmáticos, axiológicos e institucionales. Las tres clases las desarrollan en forma sucesiva. La concepción «iusnaturalista», asociada con las ideas de la escuela histórica, dio origen a la dogmática, de la que se derivan unos principios obtenidos por deducción sistemática o por inducción generalizada de las normas. Frente al juego de las actividades lógicas, que habían dado origen a los principios dogmáticos, se inició el reconocimiento en el Derecho de unas actividades valorativas, axiológicas, que dan lugar a la segunda categoría de principios. Por último, el tercer grado creador de principios lo proporcionan las instituciones. Los principios institucionales constituyen el grado intermedio entre los dogmáticos y los axiológicos o fundamentales. Son principios de ordenación. Están dentro y más allá del sistema, pero decantan siempre la porción jurídica que aquélla necesita incluir en el campo del Derecho como consecuencia de su tendencia a la ordenación.

Con este esquema creo que puede quedar clara la idea del autor al ofrecer tres categorías de principios generales, como especies de un mismo género, que son la consecuencia—como dice GARRIDO FALLA—de las tres vías de producción de principios inherentes a la aplicación de cada uno de los métodos jurídicos: dogmático, axiológico e institucional.

C) *La doctrina hipotecaria sobre los principios*.—El autor concluye la segunda parte del trabajo con una afirmación que va a dar paso a una conclusión hipotecaria. La institución jurídica patria que armonizó mejor en su desarrollo el pensar sistemático y el pensar problemático, logrando a través de una jurisprudencia adaptada al caso y convertida ágil y eficazmente en norma, obtener de los principios sus más fecundas consecuencias

y ofrecer al Derecho español un modélico ejemplo de regulación jurídica es la legislación hipotecaria.

Sobre esta idea—que ya ha sido repetida en otras ocasiones por el autor en un anhelo de desarrollo—expone la situación anterior y simultánea de los principios hipotecarios con motivo de la publicación de la Ley Hipotecaria. Destaca el recorrido histórico que hace de las principales figuras doctrinales que contribuyeron al desarrollo de los principios hipotecarios y la conclusión de que se trata de principios institucionales, aunque se reconozcan los axiológicos y los dogmáticos. Concluye con un examen de las resoluciones de la Dirección General de los Registros que al ir creando una «jurisprudencia de problemas» ha permitido una rápida recepción normativa por vía de constantes reformas reglamentarias que, en forma sistemática, ofrece con dominio de materia.

La contestación de GARRIDO FALLA, a la que varias veces nos hemos referido, fue clara, precisa y llena de afecto hacia el recipiendario. Únicamente discrepa de la tesis del autor en cuanto la referencia que en el nuevo texto del Código civil se hace a los principios generales del Derecho, en cuanto considera que no pueden tener esa doble faceta de fuente subsidiaria y elementos informadores del sistema.

No es momento de entrar en la posible discrepancia, pues como espectador del acto y recensionista del discurso y su contestación, sólo puedo juntar palma con palma, como los piadosos palmeros, para agradecer aplaudiendo la jornada jurídica que se nos brindó.

JOSÉ MARÍA CHICO Y ORTIZ

FERNÁNDEZ COSTALES, J.: *El contrato del Arquitecto en la edificación*.

Editoriales de Derecho Reunidas. Madrid, 1977, un volumen de 483 páginas y un *Prólogo* de MANUEL IGLESIAS CUBRÍA.

I. Hay una clase de libros de Derecho que no abunda ahora en nuestra literatura científica y a la que nuestra ciencia debe gran parte de su desarrollo. Se trata de textos que articulan en un sistema unitario una problemática doble: una jurídica y otra económica y social. Textos de exploración armados generalmente de un aparato teórico, construido sobre los criterios medios de la *communis opinio doctorum*, el que es proyectado hacia ámbitos nuevos o poco estudiados sectores de la realidad, en un intento de agotar las posibilidades dogmáticas que uno o varios institutos consienten en la indagación de todos los perfiles que el supuesto de hecho presenta. Ejemplos de ellos encontramos con cierta frecuencia en la literatura monográfica antigua y su técnica nos recuerda la empleada por los juristas romanos de la época clásica y que Max Kaser ha denominado el método de conexión de problemas. Esta clase de libros, en efecto, son hechos de ordinario por esa clase especial de juristas, de refinada preparación científica, que se ha venido llamando juristas prácticos, juristas del tipo de aquellos a los que debemos las grandes codificaciones individuales del siglo XIX y sus callados trabajos preparatorios o, limitándonos a nuestra experiencia histórica más inmediata, del tipo de juristas anglosajón, experimentado en el manejo realista de la técnica del *case law*. Pues bien, el libro que motiva estas notas y su autor, el doctor JAVIER FERNÁNDEZ COSTALES, siguiendo en esto la línea metodológica de su maestro, el catedrático de Derecho Civil de la Universidad de Oviedo, profesor MANUEL IGLESIAS CUBRÍA, pertenecen a esta clase de textos y a esta clase de autores, respectivamente.

II. Unas pocas palabras acerca del autor son suficientes—y obligadas por ser ésta su primera aportación monográfica de importancia—para verificar la calidad y el estilo de su trabajo científico. Formado el doctor FERNÁNDEZ COSTALES en la técnica civilista bajo la dirección certera del profesor IGLESIAS CUBRÍA, mantuvo una colaboración muy estrecha con el recordado profesor ALEJANDRO DE LA VALLINA. Dedicado fundamentalmente a la actividad docente, no ha descuidado, sin embargo, la investigación. En el primer aspecto, puede ser significativo recordar que el doctor FERNÁNDEZ COSTALES ha sido ayudante en la Universidad de Oviedo desde 1969; adjunto, desde 1972; encargado de curso desde 1974 y que, en la actualidad, es profesor titular de Derecho Civil en el Colegio Universitario de León, dependiente de la misma Universidad. En el segundo, ha publicado un trabajo de gran interés relativo a *La posibilidad real del autocontrato en nuestro Derecho*, en el «Boletín del Colegio de Abogados de Oviedo», 6 (1976), pág. 35 y siguientes, y ha profundizado en el campo del Derecho de Sucesiones con una investigación sobre *La firma del testamento ológrafo*, de muy próxima publicación, si bien es en el tema de obligaciones y contratos en el que ha centrado su atención, por ahora, preferentemente. Buena prueba de ello es su tesis doctoral que, calificada en su momento con la puntuación máxima, sirve de base a la monografía que comentamos y el trabajo que el autor tiene en un estado de elaboración muy avanzado sobre la responsabilidad profesional del médico, materia a la que nuestra doctrina ha prestado poca atención. Cabe esperar grandes frutos, por consiguiente, de la actividad científica del doctor FERNÁNDEZ COSTALES en ambos perfiles del quehacer universitario.

III. El libro es, ciertamente, una «aportación estimabilísima», como escribe el profesor IGLESIAS CUBRÍA en el *Prólogo* (*vid.*, pág. 5) con toda razón, al estudio de la problemática y consecuencias jurídicas de orden civil derivadas del contrato del arquitecto en la edificación inmobiliaria (*vid.*, página 19). Destacan en él las cualidades científicas del autor, que hemos perfilado, y su sensibilidad especial para la captación de las incidencias, técnicas y operativas, complejas que la construcción de la obra plantea, las que son analizadas con rigor, con acierto, con seguridad y con exhaustividad, como el mismo autor citado señala (*vid. Prólogo*, pág. 4). Una perspectiva genética orienta al estudio que investiga, en una parte general, al contrato (págs. 23-230) y, en una sustanciosa parte especial, la responsabilidad que en su virtud contrae el arquitecto (págs. 231-396). La actualidad y repercusiones sociales del tema son evidentes, siendo imposible exagerarlas. Dos causas principales hacen que, según el doctor FERNÁNDEZ COSTALES, se originen frecuentemente problemas en la práctica de la edificación: la negligencia del personal técnico que interviene en ella y un *animus lucrandi* «excesivo» y «peligroso» que suele motivar a las empresas de construcción (*vid.*, pág. 12). A esto se unen ciertas contradicciones en la disciplina normativa de la misma, como son las que se producen entre la necesidad «insuprimible» de una casa y la regulación «imprecisa», «difusa» e «insuficiente» que nuestro Código civil da a la materia (*vid.*, págs. 13-14); entre el frondoso aparato administrativo que depende del Ministerio de la Vivienda y la carencia de una organización eficaz que, según han advertido incluso observadores extranjeros, caracteriza al ejercicio de la actividad de las constructoras en nuestro país (*vid.*, páginas 15-16); entre la multiplicidad de sujetos que intervienen en el proceso: clientes, arquitectos, aparejadores, encargados, operarios, etcétera, y la falta de control sobre las funciones de los mismos, fuente, muchas veces, de situaciones de grave irresponsabilidad (*vid.*, pág. 16). La realidad jurídica, técnica y socio-económica confluyen, por tanto, en hacer inminente una reforma legislativa en este punto, necesidad que se ha hecho sentir ya, e insistentemente, en los niveles de gobierno (*vid.*, pá-

ginas 17-18). Y la pieza clave sigue siendo la responsabilidad del arquitecto, objeto principal de la investigación (*vid.*, pág. 18), en la que se reúnen por el autor todos los materiales precisos de un estudio preliminar para llevarla a cabo. Como un factor previo a tal responsabilidad se analiza, pues, el contrato, sus elementos, su naturaleza jurídica y los efectos derivados de los supuestos de su cumplimiento y de su incumplimiento (*vid.*, pág. 19), esquema clásico de acuerdo con el cual organiza el autor sistemáticamente la materia.

A) La estructura del trabajo revela, en efecto, la destreza con que se desenvuelve el doctor FERNÁNDEZ COSTALES en la tradición dogmática que circunda el tema, cuyo tratamiento distribuye en bien equilibrados diez capítulos, que agotan prácticamente los datos normativos del mismo. Con arreglo a la sistemática gayana, abre la parte general un análisis del sujeto que tipifica al contrato, el arquitecto, en cuanto profesional organizado y colegiado a quien se encarga la proyección, dirección, control y, en ocasiones, la ejecución de la obra, capítulo en el que el autor estudia las condiciones de ejercicio de la profesión del arquitecto en nuestro Derecho e, incluso, la hipótesis de actuación profesional de arquitectos extranjeros en nuestro país (págs. 29-84). Sigue una investigación exhaustiva acerca de la naturaleza jurídica del contrato, la que varía, a juicio del autor, según sea la forma del ejercicio profesional que el arquitecto adopte en el mismo (págs. 88-132). Asimismo, sobre los elementos personales, reales y formales que intervienen en su constitución (págs. 135-171); sobre el contenido típico tanto de las obligaciones del arquitecto en relación con la ejecución y riesgos de la obra como del dueño de la misma en cuanto a su deber de cooperación, de recepción y de pagar el precio u honorario (págs. 176-124), y sobre las causas generales y específicas de extinción del contrato (págs. 217-230). Tras estos cinco capítulos viene la parte especial, dedicada a la responsabilidad contractual civil del arquitecto, materia que se divide en tres nuevos capítulos, que tienen por objeto algunos conceptos previos, la naturaleza jurídica de la misma y el seguro de responsabilidad (págs. 235-248); el estudio de los distintos supuestos de responsabilidad por inexecución o ejecución defectuosa y tardía, apartado en el que formula el doctor FERNÁNDEZ COSTALES una interesante clasificación omnicomprendiva de los vicios de que puede adolecer la edificación (págs. 252-329) y, por último, el contenido de la responsabilidad contractual del arquitecto por incumplimiento del acuerdo negocial, los casos de modificación de tal responsabilidad típica y sus sistemas de distribución, apartado éste que comprende un estudio muy completo de la legitimación activa y pasiva, carga de la prueba y prescripción de la acción de responsabilidad contractual del arquitecto (págs. 334-386). Completan la obra un capítulo inicial destinado a servir de *Introducción* y a acotar y plantear el problema (págs. 11-22) y un capítulo final dedicado a recoger, en síntesis, las *Conclusiones* (págs. 389-396). Seis *Apéndices* relativos a puntos de interés práctico-jurídico y técnico (págs. 397-451), cerca de veinte páginas de bibliografía y de fuentes legales y jurisprudenciales (págs. 453-474) e *Indices* detallados de autores y de materias (páginas 475-483), dan a la obra un atractivo especial para el gran público, no menos que para el jurista y para el profesional de la construcción al par que ponen de manifiesto la técnica de investigación refinada y muy cuidada de la que hace gala el autor.

B) El tema está desarrollado en la obra de un modo muy sugerente, con un aparato bibliográfico plenamente confiable, con una riqueza y abundancia de datos legales y técnicos que excede de lo habitual en nuestra literatura jurídica. Nos extenderíamos demasiado si pretendiéramos ilustrar aquí los pormenores del estudio realizado por el doctor FERNÁNDEZ COSTALES, por lo que nos limitaremos a extractar algunas de sus conclu-

siones, las que tienen la particularidad de reflejar con fidelidad las líneas maestras de su estructura lógica.

C) En primer lugar, hay que tener en cuenta que «toda obra de arquitectura comprende las siguientes actividades: a) El planteamiento general de la edificación. b) La ejecución técnica de la obra. A su vez se subdivide en: dirección técnica propiamente dicha; ordenación, vigilancia e inspección especial y, finalmente, en la verificación de la misma. c) La ejecución material de los trabajos. d) La recepción de la obra», pese a su sustancial unidad (pág. 389). Por ello, «la figura del arquitecto, entendida tradicionalmente como el único profesional superior que interviene en la concepción y ejecución técnica de una edificación, se ve normalmente complementada, dada la complejidad que cada día en mayor grado presentan las obras de arquitectura por el concurso de otros profesionales con diversas titularidades y con unos cometidos o atribuciones concretas: aparejador o arquitecto técnico, calculistas de estructuras, etc.» (págs. 389-390). «La naturaleza jurídica del contrato que celebra el arquitecto—afirma el doctor FERNÁNDEZ COSTALES con acierto—vendrá determinada por un factor previo y un factor consecuente: a) La forma en que ejerce su profesión, como factor previo: arquitecto independiente, contratado al servicio de una empresa privada o de otro arquitecto y funcionario o técnico contratado por un organismo público. b) La actividad que realice en cada caso en concreto, como factor consecuente. En su virtud, el contrato del arquitecto en relación con la edificación puede subsumirse en alguna de las siguientes relaciones jurídicas: contrato de obra, contrato de servicios, contrato de mandato, contrato de obra complejo, contrato de trabajo, contrato de función pública y contrato administrativo» (págs. 390-391). Según el autor, en la hipótesis más frecuente—la relación del arquitecto independiente con el dueño de la construcción—el tipo puro del contrato será el de obra, el que puede verse complementado con otras estipulaciones, tales como las relativas a la recepción del edificio, caso en el que se configura un contrato de obra complejo (*vid.*, pág. 391). De esta recepción se deriva en nuestro Derecho una serie de efectos en orden a la responsabilidad que conviene puntualizar detalladamente: «Determina la transmisión de los riesgos al dueño de la obra; produce el reconocimiento por el propietario de la buena ejecución de la obra, pero solamente libera de responsabilidad al arquitecto si los vicios o defectos de que adolezca el edificio ha debido conocerlos, a pesar de su ignorancia o por razón de sus conocimientos o porque el arquitecto se los ha comunicado de forma fehaciente y aquél no formula reserva expresa y, en fin, si se ha modificado el régimen de responsabilidad mediante cláusulas a tal efecto, exceptuándose siempre en todos los supuestos los vicios que afecten a la solidez y estabilidad de la edificación; marca el momento en que comienza a transcurrir el plazo de garantía y el plazo de prescripción para exigir la responsabilidad poscontractual del arquitecto; y, finalmente, determina la exigibilidad del precio u honorarios debidos al arquitecto» (págs. 391-392). La responsabilidad del arquitecto, como se sabe, es de naturaleza especial tanto por su carácter profesional y por la naturaleza de resultado de su obligación como por la mayor intensidad que ésta reviste en base a «los plazos de garantía de diez y quince años establecidos en el artículo 1.591 del Código civil para asegurar la buena ejecución de la obra inmobiliaria; la presunción de culpa que gravita sobre el arquitecto en la hipótesis de ejecución defectuosa de la edificación de la que se deriva su ruina; y, finalmente, en la nulidad de las cláusulas de exoneración de responsabilidad, salvo escasas excepciones. La presunción de culpa (como es natural) cesará mediante prueba en contrario» (pág. 393). Los supuestos de inexecución, ejecución defectuosa y ejecución tardía son los que dan lugar a la responsabilidad contractual del arquitecto, que puede exigir el dueño de la obra y sus causahabientes, si bien, como expresa el doctor FERNÁNDEZ COSTALES, «resulta sumamente di-

fácil establecer el régimen de atribución de responsabilidades en la edificación de una obra inmobiliaria como consecuencia de la natural complejidad creada por los diversos contratos celebrados con los diversos elementos personales que intervienen en el proceso edificatorio y que tienden mediante prestaciones distintas a un mismo fin: la construcción del edificio» (página 393). Así, en particular, «los vicios del proyecto y los vicios del suelo son atribuibles al arquitecto proyectista en su calidad de autor. Compartirá esta responsabilidad el arquitecto-director en base a la obligación que pesa sobre él de revisar y en su caso rectificar el proyecto por los vicios o defectos que éste adolezca o porque en virtud de las circunstancias o de las condiciones del terreno o de las obras y que se manifiesten durante la ejecución técnica de la misma sea necesario asimismo rectificar aquél. Pueden ser asimismo responsables por los vicios del proyecto y del suelo aquellos técnicos especializados que hayan intervenido con función propia e independiente (hipótesis de que hayan sido contratados directamente por el dueño de la obra) en la confección del proyecto, los cuales responderán de los daños que les sean atribuibles a faltas profesionales de su respectiva actuación. Únicamente en el caso de vicios manifiestos y graves el aparejador o arquitecto-técnico y el constructor compartirán también la culpa y, por consiguiente, la responsabilidad. Los vicios de la ejecución técnica en su actividad de dirección técnica propiamente dicha son atribuibles exclusivamente al arquitecto-director. El aparejador o arquitecto-técnico responderá por los derivados de la actividad de ordenación, vigilancia e inspección especial. Finalmente, los vicios o defectos que provengan de la actividad de verificación de los trabajos y aprobación de las cuentas son atribuibles a ambos técnicos, arquitecto-director y aparejador, dentro de la esfera de su respectiva competencia. En cuanto a los vicios de la ejecución material, es cierta la responsabilidad del constructor, que será compartida por el arquitecto-director y el aparejador o arquitecto-técnico, si éstos hubieren incurrido en culpa por omisión del deber de control general y especial que, respectivamente, les incumbe» (págs. 394-395). En cuanto a la ruina, existe una «responsabilidad especial en el artículo 1.591 del Código civil (que) reviste una naturaleza *ex lege ex*, párrafo 10, del referido precepto, mientras que nos encontramos ante una responsabilidad específicamente contractual *ex* párrafo segundo del indicado texto legal, prescribiéndose distintos plazos de garantía para ambas» (pág. 395). Pese a todo esto, acierta el doctor FERNÁNDEZ COSTALES cuando, desde una perspectiva crítica, nos advierte la falta de sistematicidad y de organicidad que existen en la disciplina normativa analizada (*vid.*, págs. 395-396). Asimismo, cuando propone *de lege ferenda* que «la solución es complicadamente sencilla y está en la mente de todos: Un Código o Ley Especial de la Edificación que regule en todos sus aspectos la obra de arquitectura. Y para hacer real la protección jurídica que la ley debe conceder a los perjudicados, dado que no existe medio más idóneo que el seguro, con el cual se logra una eficaz protección frente a los diversos riesgos que el hecho edificatorio puede originar, crear un Seguro Colectivo obligatorio para la edificación. Y no nos olvidemos de la necesidad de un auténtico órgano de inspección y control *efectivo* de la obra en construcción y de la obra ya construida» (página 396).

IV. Como ha podido apreciarse, se trata, en suma, de una obra seria, madura y fundamental para todo otro investigador que quiera adentrarse en el tema. Pero su carácter definitivo no se limita a este plano científico únicamente, sino que su utilidad se proyecta al terreno de la política legislativa. Y no sólo al mundo del Derecho, sino que, como hemos señalado ya, al personal técnico y profesional que interviene en la edificación. Desde este ángulo, dan a la obra una utilidad muy singular, por otra parte, los cuadros generales, relativos a la regulación de los arquitectos del Estado (*vid.*, págs. 38-41), a las atribuciones y obligaciones técnicas del arquitec-

to (*vid.*, págs. 57-58), a las funciones de los promotores de viviendas de protección oficial (*vid.*, págs. 66-67), a las de los aparejadores o arquitectos-técnicos (*vid.*, págs. 72-73) y a las de los constructores (*vid.*, pág. 80), así como los de las disposiciones comunes, particulares y especiales que rigen las actuaciones del arquitecto (*vid.*, págs. 138-144) y sus honorarios (*vid.*, página 161). Tablas esquemáticas éstas que, sin duda, facilitarán su consulta por el lector lego.

DOCTOR CARLOS VATTIER FUENZALIDA
(*Colegio Universitario de León*)

SOTO NIETO, FRANCISCO: *Cuestiones jurídicas (Jurisprudencia creadora)*. Segundo volumen. Editorial Montecorvo, S. A. Madrid, 1976.

Integrada por un total de 535 páginas, completadas al final por unos amplios índices de jurisprudencia, autores, disposiciones legales y analítico de materias, consta de un total de quince capítulos, divididos a su vez en apartados.

El primero de ellos concierne al menor ante la responsabilidad civil dimanante del accidente automovilista, toda vez que, en el campo del tráfico automovilista, al permitirse la conducción a partir de los dieciocho años—y de los dieciséis, en ciertos vehículos—nos encontramos con multitud de siniestros en los que aparecen como responsables individuos que no alcanzaron la mayor edad, movilizandolos los resortes civiles de la responsabilidad por hecho ajeno (art. 1.903) siempre que se juzguen ilicitudes no desbordantes del estricto campo civil, creando a su vez, cuando de ilícitos penales se trate, arduos problemas el contraste entre los preceptos penales reconocedores de una capacidad para delinquir a partir de los dieciséis años, con su anejo normativo de la responsabilidad civil extraño a la general insolencia de los menores y el conglomerado regulador del Código civil, más previsor en este orden al buscar suplementos de solvencia en los padres o guardadores hasta el límite de los veintiún años.

Por todo ello se examina en primer lugar el supuesto de que el menor de edad civil haya sido el agente conductor de un vehículo de motor causante de un atropello con un resultado damnificador, albergado dentro de los límites cualitativos y cuantitativos propios del seguro obligatorio, separando la hipótesis en que se detecte una ilicitud penal de aquellas otras en que sólo se impute un ilícito meramente civil.

Del mismo modo, al enjuiciar el resultado damnificador cuantitativa o cualitativamente situado fuera del cono de proyección de las instituciones seguro obligatorio y fondo de garantía, tiene en cuenta especiales normas sustantivas en cuanto, por regla general, ante la insolencia de los menores se trataría de obtener un desplazamiento responsabilizador de garantía hacia sus padres o guardadores, no siempre posible, según se aprecia.

El segundo capítulo se refiere a las lesiones que produzcan incapacidad temporal o mera deformidad y a la indemnización puesta a cargo del seguro obligatorio, girando fundamentalmente el tema en torno a si se hallan o no comprendidos en el ámbito de cobertura propio del seguro obligatorio aquellas consecuencias dañosas o perjudiciales derivadas de cualquier deformidad física que no constituya propiamente incapacidad, así como las inherentes al período de curación de las lesiones experimentales que reporte inhabilitación temporal para el trabajo o dedicación profesional del lesionado.

Reflejando multitud de sentencias, se aprecia que ya contamos, en el seno de la jurisprudencia penal, con una doctrina reiterada, desde luego favorable—y en este sentido muy plausible—a los intereses de víctimas de la circulación automovilística.

El tercer capítulo trata del auto integrador del título ejecutivo y de las consideraciones sobre su recurribilidad.

Pasando a otro tema, estamos ante los arrendamientos de temporada, materia sugestiva en la frondosa temática arrendaticia y de vida polémica muchas veces, ante la imprecisión de los términos contractuales, ajenos a la estructuración sistemática y terminológica de la ley, dejando sin clarificar la naturaleza intrínseca del convenio; motivando que los arrendatarios, en afán de conseguir un afianzamiento en su papel de usuarios, gusten de aducir una nutrida serie de argumentaciones, buscando una incardinación amparadora en el ámbito de la L. A. U.; mientras que el arrendador, por el contrario, aspire a una excardinación liberadora que le devuelva toda la flexibilidad dispositiva propia de la *locatio-conductio*, en su más cabal y tradicional acepción, dentro de la teoría general del ordenamiento civil. Todo ello hace que la función interpretativa del órgano judicial, a fin de dar con la verdad contractual por entre las piezas sueltas de las aportaciones de las partes, tenga aquí una función de cardinal importancia.

Posteriormente llegamos a las consideraciones sobre los subarriendos de temporada, materia en la que, a juicio del autor, hay que distinguir según que el subarriendo se lleve a efecto por inquilinos o arrendatarios de inmuebles, cuyo arrendamiento se halle sometido a las disposiciones civiles y procesales comunes, o bien se trata de relaciones subarrendaticias derivadas de locaciones incardinadas en el ámbito material de aplicación de la L. A. U. Tanto unas como otras pueden servir de base a los sublocatarios para desarrollar un sistema de habitual residencia o permanente uso negocial en el inmueble o dependencias recibidas o bien por una mera utilización circunstancial, discontinua, esporádica, «de temporada», ya con caracteres de periodicidad, o sin ese ritmo o determinación en los intervalos de desuso, pero ausente el signo de permanencia. En este último supuesto—dice el autor—nos hallamos ante unas situaciones que bien podrían denominarse «subarriendos de temporada».

El problema radica en precisar si ante semejante hipótesis se han de configurar como modalidad especial tales «subarriendos de temporada», para hacerlos objeto de un trato especial, con aplicación de unas fuentes legislativas distintas de aquellas a las que se liga y adscribe el arriendo del que traen causa. A demostrar el fundamento de una respuesta negativa se encaminan las líneas que a esta materia dedica el autor.

En otro capítulo se ocupa del arrendamiento de locales para casinos o círculos de recreo, excluido expresamente del ámbito especial de la Ley de Arrendamientos Urbanos, aunque dicha exclusión no aparece ya tan clara si la realidad atestigua la existencia de una base negocial o locativa, como, por ejemplo, el ejercicio de una industria cinematográfica por el círculo o entidad arrendaticia.

El capítulo VII se refiere a los depósitos, almacenes, escritorios y oficinas en la actual regulación arrendaticia.

En este tema, tras unas consideraciones generales, examen del concepto de depósitos y almacenes, con una enumeración de supuesto conceptuados como arrendamientos de depósito o almacén por la jurisprudencia, pasa a ofrecer el concepto de los escritorios y oficinas, estudiando también el fundamento de la asimilación al arrendamiento de local de negocio, en los casos en que proceda, y los requisitos para la conceptualización como local de negocio.

Posteriormente, al examinar la relación del artículo 5.º, número dos, apartados segundo y tercero, con la causa de excepción a la prórroga por

cierre del local de negocio, distingue entre el cierre del local de negocio por su transformación en depósito o almacén, o en escritorio u oficina y el no uso del local destinado a depósito, almacén, escritorio u oficina.

Del mismo modo, al exponer la relación del artículo 5.º, número dos, apartados segundo y tercero, con las causas de resolución del arrendamiento por transformación de destino, establece la siguiente distinción: a) transformación del local de negocio en depósito a almacén, y viceversa; b) transformación del local de negocio en oficina u escritorio, y viceversa; c) significación de la causa de elevación de la renta por dedicación a negocio de clase distinta.

Finalmente, con el estudio de la relación del artículo 5.º, número dos, apartados segundo y tercero, con las diversas normas revalorizantes de la renta de los locales de negocio da por concluido el capítulo VII de la obra.

Siguiendo con la lectura de la obra llegamos al traspaso del local de negocio con tres pronunciamientos jurisprudenciales de sumo interés.

El primero de dichos pronunciamientos corresponde a la Sentencia del Tribunal Supremo de 16 de octubre de 1974, y versa sobre la participación del arrendador en el precio del traspaso. Sumamente relevante resulta la citada resolución de nuestro más Alto Tribunal, al ser la primera que resuelve con claridad meridiana cuál es la fecha que ha de ser tomada en consideración en orden a la determinación de la cuantía porcentual con que ha de participar el arrendador en el precio del traspaso del local de negocio.

El segundo pronunciamiento es el de la Sentencia de 20 de junio de 1974, sobre ineficacia de cesión consentida por el administrador judicial. Se trata aquí de una resolución cuyo interés trasciende a la doble vertiente del derecho sustantivo arrendaticio y del derecho procesal, en un tema como el de las facultades del administrador judicial, tan sujeto a contradicción y que se enraíza con el famoso y controvertido problema del más puro derecho civil, de la distinción entre los actos de administración y de disposición.

El tercero de los citados pronunciamientos jurisprudenciales sobre la materia del traspaso corresponde a la Sentencia de 30 de marzo de 1973, sobre separación de un coarrendatario de la comunidad arrendataria, separación que verdaderamente implica un traspaso cuando el otro coarrendatario queda con el uso, por sí, de la integridad del local, compartido anteriormente en unión del sustituido, traspaso que por no reunir los requisitos legalmente exigidos da lugar a la resolución del contrato.

El capítulo IX trata de la accesoriedad y solidaridad en el aval cambiario.

Tras unas consideraciones generales y por lo que se refiere a la accesoriedad de la obligación del avalista, SOTO NIETO se refiere, en primer lugar, a las posturas mantenidas por la doctrina científica y por la jurisprudencia, extrayendo posteriormente las consecuencias que de las mismas se derivan.

Por lo que respecta a las consecuencias que son derivación íntima e ineludible de la accesoriedad del instrumento del aval, estudia, entre otras: la subordinación de la validez del aval a la de la obligación garantizada; excepciones oponibles por el avalista; inexistencia contra el avalista de acción ordinaria *ex contractu* y alcance de la obligación del avalista.

Por otro lado, la responsabilidad del avalista es solidaria con la del avalado, sin que ello suponga la absoluta asimilación de la misma a las obligaciones solidarias del derecho común, en las que una pluralidad de deudores convergen, dada la unicidad causal, en la común respuesta vinculativa a una misma obligación. Aquí nos hallamos ante obligaciones distintas, pese a la nota de accesoriedad que las conecta y coliga; quizá en ello radique la divergencia que, en orden a los efectos del pago, se apunta más acusadamente entre una y otra modalidad de vinculación *in solidum*. Se trata, pues, de una solidaridad especial o modificativa que, en definiti-

va, refuerza la seguridad en el ejercicio y en el cumplimiento de los derechos y obligaciones a que el afianzamiento cartulario da paso.

La jurisprudencia viene manteniendo igualmente una línea uniforme y constante en la proclamación del carácter solidario de la obligación del avalista.

De acuerdo con el carácter solidario del vínculo del aval, en el supuesto de suspensión de pagos del avalado, se admite la posibilidad de que el acreedor cambiario pueda dirigirse en primer término contra el avalista, esto es, no ha de afectar al acreedor cambiario el estado de suspensión de pagos en que pueda encontrarse el deudor principal, permitiéndole intentar, al margen de dicho expediente, el cobro del crédito.

Finalmente, resulta lógico que el avalista que atiende la reclamación de pago que el acreedor cambiario le formula quede subrogado en los derechos del mismo, como sucesor en la posesión o tenencia de la letra. Ahora bien, en el ámbito cambiario, el fenómeno de la subrogación se presenta con ciertas peculiaridades que le diferencian de la operada en el seno de la fianza civil. Y es que el avalista no deviene mero concionario del crédito perteneciente al tenedor, sino que se erige en mero poseedor del título, al que advienen los derechos propios de cualquier poseedor legítimo del mismo.

Con el capítulo X se entra en el estudio del aval cambiario y la mujer casada, distinguiendo, tras una general introducción, los siguientes supuestos: *a)* aval suscrito por mujer casada comerciante; *b)* aval por mujer casada no comerciante; *c)* aval prestado por la mujer a favor del marido; *d)* aval prestado conjuntamente por marido y mujer a favor de tercero, y, por último, *e)* aval prestado por el esposo y su incidencia sobre los bienes gananciales.

Otro tema abordado por el autor es el referente al aval en documento separado.

La idea del aval por documento separado, tanto desde el punto de vista del derecho positivo como del dogmático, nace, se desarrolla y perdura —dice SOTO NIETO— bajo el signo combativo de lucha, bajo una dialéctica apasionada de contradicción y de crítica.

Cuando aquí se habla de aval por documento separado se excluyen los supuestos de aval materializado sobre un duplicado de la cambial, o bien aquel otro que figurando fuera del espacio propio de la letra, viene con, cebido como suplemento o prolongación de la misma, hasta el punto de que le acompaña en su iter circulatorio figurando adherido a la misma.

Partiendo de un dato que no puede soslayarse, y es el de que en la realidad mercantil, tanto nacional como extranjera, viene haciéndose uso del sistema de afianzamiento del papel comercial por medio de documentos materialmente autónomos, independizados de aquél, que el que se erige como garante entrega al concedente del crédito, el autor refleja los distintos criterios doctrinales en torno al aval en documento separado, admitido generalmente por la doctrina patria, aunque, no obstante, son varios los autores que niegan la posibilidad de un aval cambiario en documento aparte de la letra.

En cuanto al criterio jurisprudencial, a juicio del autor, no se dispone de un bloque uniforme y compacto de doctrina legal que nos resuelva de modo indubitable toda la problemática suscitada por el aval dado en acto separado, toda vez que los pronunciamientos de la jurisprudencia revelan actitudes vacilantes y pendulares, de las que, sin embargo, trata de extraer provechosas consecuencias a los fines expresados.

En realidad estamos ante un aval cambiario propio, en tanto no exista más nota diferenciadora con el ordinario que su circulación extracartularia; pero nunca cuando —continúa diciendo SOTO NIETO—, además de esa materialización extramuros de la letra, se dejen de respetar las restantes notas que peculiarizan a esta *sui generis* especie de fianza mercantil.

Por otro lado, el autor se refiere a dos supuestos que la práctica ofrece con harta frecuencia, sobre todo en el ámbito bancario, y en los que se pretende la simplificación de la operación de garantía y, a la vez, su máxima extensión o abarcadura y su más eficaz realización ejecutiva. Se trata simplemente del aval conjunto, de plurales efectos, y aval indeterminado, de efectos futuros, hipótesis ambas en las que parece darse cuerpo a una fianza mercantil de carácter ordinario.

Cuando estudia la acción ejecutiva contra el avalista y sus requisitos, tras ofrecernos unas consideraciones generales, separa o distingue dos supuestos: uno referente al aval intervenido o firma de avalista legitimada y otro el aval sin intervenir y firma de avalista sin legitimar.

En el primer caso afirma que no basta para dotar de vigor ejecutivo a la acción contra el avalista con la observancia de los requisitos de intervención o legitimación que vienen a eliminar la necesidad de unas diligencias preparatorias ante el órgano judicial, sino también es preciso que el avalista sea noticioso del fallo producido en la invitación de pago cursada al aceptante de la letra, o sea, del desatendimiento por parte de éste de la orden recibida de hacer un determinado abono al tenedor legítimo del efecto.

En cuanto al supuesto de aval sin intervenir y firma del avalista sin legitimar, indica que para que la acción contra el avalista pueda ostentar vigor ejecutivo se hace preciso, aparte de la notificación de protesto levantado contra el deudor principal, apurar un trámite judicial tendente a dejar constancia de la suscripción de la letra por aquél, el reconocimiento de su firma, tras el cual queda abierta la posibilidad del despacho de ejecución.

Continuando con el orden de capítulos, llegamos a encontrarnos en el XIII el estudio de los principios éticos en el proceso, esto es, la lealtad y buena fe o deber de observancia de la verdad en el proceso, con un reflejo también de las consideraciones sobre el fraude procesal y una referencia a la estafa procesal.

No cabe duda de que muchas veces, abandonando los principios éticos que deben guiar a las partes en el proceso, se hace uso del fraude procesal a través de medios mendaces o artificiosos susceptibles de provocar una resolución errónea. Pero, avanzando un tanto más, cuando dicho comportamiento engañoso venga precedido por un ánimo lucrativo e incida perjudicialmente sobre el patrimonio de la contraparte, la general y vaga atipicidad del fraude deja paso a la tipificada conducta de la estafa procesal.

El capítulo XIV trata del abuso del Derecho en el ámbito procesal, noción que con criterio restringido queda reservada a la hipótesis de que el despliegue de las acciones judiciales, la utilización de recursos impugnatorios o la promoción de incidentes, a lo largo del desarrollo del proceso, supongan no una instrumentación al servicio de pretensiones defendibles, sino un retorcido o injustificado uso de una serie de garantías que flanquean y prestan su cobertura a todo derecho, con la intención de intranquilizar o molestar al adversario, retrasar al máximo la resolución del litigio o bloquear la efectividad de cualquier procedimiento judicial.

Finalmente, el capítulo XV recoge las preferencias e interferencias entre la jurisdicción especial de menores y la jurisdicción ordinaria.

Ofrecidas unas consideraciones generales sobre la materia, el autor examina la competencia de los Tribunales Tutelares de Menores, estableciendo un deslinde entre las facultades de los mismos y las atribuidas a la jurisdicción ordinaria.

A su vez, dentro de esas atribuciones especiales que le están encomendadas, se separan las que lo son en el ejercicio de la facultad protectora de aquellas otras que conciernen al ejercicio de la facultad correctora.

Pasando al estudio de la intervención de los Jueces y Tribunales de Jurisdicción Ordinaria en relación con hechos de la competencia de los Tribu-

nales Tutelares de Menores, independientemente de la posible intervención en la instrucción de primeras diligencias, indica que existe una intervención por vía de auxilio, puesto que los Tribunales Tutelares de Menores están facultados para requerir el concurso y auxilio de las autoridades y de los Jueces, Tribunales y funcionarios de cualquier orden y fuero, con el fin de que cooperen al cumplimiento de la elevada misión social que les está confiada.

Trata también de la delimitación de atribuciones entre la jurisdicción ordinaria, las autoridades gubernativas y los Tribunales Tutelares de Menores por razón de las conductas previstas en la Ley de 26 de julio de 1878 sobre ejercicios peligrosos realizados por menores de dieciséis años, Ley de 23 de julio de 1903 sobre mendicidad de menores de edad y Ley de 4 de agosto de 1970 sobre peligrosidad y rehabilitación social, toda vez que las mencionadas leyes contienen diversos preceptos sancionadores de determinadas conductas, bien de menores de dieciséis años, bien de mayores de esta edad, pero cuyos actos repercuten de modo trascendente en la formación del menor, y que por lo mismo son tomados en consideración para ser sancionados adecuadamente y sustraer a aquél de la nefasta influencia de quienes, ascendientes, tutores, maestros o encargados de su guarda, no son dignos de permanecer en la misión de custodia que se les atribuía.

SOTO NIETO concluye la obra con el estudio de los conflictos entre la jurisdicción de menores y la jurisdicción ordinaria, ya que aun cuando no será fácil que se suscite cuestión de competencia entre los Jueces y Tribunales de la jurisdicción de menores y de la ordinaria, dada la complejidad de funciones que estos Tribunales tienen encomendadas en determinados sectores de su actividad, es posible que surjan motivos de fricción con otros órganos de la jurisdicción.

Puede, no obstante, suscitarse conflicto entre ambas jurisdicciones, principalmente en relación con las medidas que la facultad protectora o correctora entraña, cuando los Tribunales civiles ordinarios reclamen su fuero, a veces no perfectamente definido en relación con las atribuciones conferidas a los Tribunales de Menores.

SOTO NIETO concluye así su obra, ofreciéndonos una vez más un estudio exhaustivo, profundo y completo sobre varias cuestiones jurídicas que han sido objeto de una viva, copiosa e interesante jurisprudencia.

CARLOS MARÍN ALBORNOZ

Vorstudien zur Rechtshistorik, herausgegeben von JOHANNES-MICHAEL SCHOLZ. Ius Commune. Sonderhefte, 6. Frankfurt am Main, 1977. XIV + 346 págs.

Como un nuevo resultado de los trabajos en curso—o promocionados desde el Max-Planck-Institut für europäische Rechtsgeschichte—, aparece este volumen «metodológico» centrado en problemas «teóricos» de la práctica histórico-jurídica (presentándolo, el profesor COING anuncia que pronto se le sumará un segundo volumen dedicado a problemas más «técnicos», de valoración y aprovechamiento de las fuentes). Y la vocación «europea» del Instituto no deja de reflejarse en esta empresa «metodológica»; así el primer volumen ahora aparecido, bajo la dirección de JOHANNES-MICHAEL SCHOLZ, reúne los siguientes trabajos: del propio SCHOLZ, *Historische Rechtshistorie. Reflexionen anhand französischer Historik*; de MARIANO y

JOSÉ LUIS PESET, *Vicens Vives y la historiografía del Derecho en España*, y de ANDRÉ-JEAN ARNAUD, *Une méthode d'analyse structurale en histoire du droit*. Pasemos a una sumaria noticia de su contenido.

El de SCHOLZ es un extenso trabajo que dista mucho de limitarse a algunas «reflexiones» sobre la metodología histórica imperante en Francia o sobre la «Escuela de los Annales» en concreto. Se ocupa de ella, ciertamente, y de la literatura metodológica que sobre la misma, más o menos críticamente, se ha suscitado, en lo que constituye una de las reseñas más detenidas publicadas hasta el momento; reseña que a su vez tampoco se limita a una labor de mera catalogación, sino que desciende a matizar direcciones y valorar posiciones en orden a la consideración del alcance que a todo ello haya de reconocérsele, más allá de las repercusiones ya habidas, en la historia del Derecho; en este sentido, tratará por una parte diferenciadamente, resaltando justamente su significación (que otros no hemos sabido anteriormente apreciar), de las investigaciones histórico-jurídicas desarrolladas en Francia bajo el impacto o la directriz metodológica de la historiografía promovida por los «Annales»; por otra, se ocupará de la atención que, desde los propios «Annales» y a lo largo de su historia, se ha mostrado por la especialidad histórico-jurídica; atención que resulta más bien insuficiente y a veces primaria, aunque desde la nueva historiografía se hayan también producido importantes incursiones en su campo; la falta de una relación definida entre uno y otro apartado es buen reflejo de una realidad en la que se siguen presentando significativas discordancias entre uno y otro campo, entre la historia del Derecho y la historiografía en general.

Pero, como decimos, la aportación de SCHOLZ no se reduce a dichos aspectos, extendiéndose a otros por los que mejor podrá hacerse cargo de los problemas reales que reflejan tales divergencias; problemas que suelen escapar a quienes, como medio de inmunizar a la historia del Derecho de toda dogmática, se recluyen en la afirmación de su entidad historiográfica. Quiérase o no, la historia del Derecho viene tradicionalmente comprometida con las cuestiones «doctrinales» del Derecho; y, quiérase o no, la misma no se libera de la «doctrina» sino asumiéndola como objeto—no como método—propio, concurriendo con ello al debate actual sobre el Derecho. Situándose en esta perspectiva, y ofreciendo noticia igualmente de la literatura alemana producida hoy en este campo (la historiografía francesa, comprendidos los debates interdisciplinarios de los «Annales», poco da de sí en este punto; y lástima que no haya cabido una extensión a la literatura—jurídica e histórico-jurídica—italiana, cuya contribución al respecto ha de juzgarse fundamental), esta segunda parte del trabajo de SCHOLZ presenta un interés si cabe mayor al de la primera; ciertamente mayor en nuestro caso, dada la escasa presencia entre nosotros de la problemática jurídica que aquí se trata.

La amplitud de perspectivas abiertas por este doble frente, considerado con el suficiente detenimiento y análisis, de la problemática historiográfica y de la jurídica puede imaginarse; y SCHOLZ saca provecho de ella para fijar limitaciones de la historia del Derecho tradicional y tareas para una historia del Derecho a la altura del presente. La primera tarea, obviamente, es aquí «metodológica»; tarea de asunción crítica de unas aportaciones de «método» que no proceden de un solo campo (y hacerlo ver, más que predicarlo, no es poco mérito de SCHOLZ, más allá de la puntillosa recensión de autores o tendencias), sino particularmente de la historiografía, de la teoría del Derecho y de la epistemología de las ciencias sociales; y tarea de intervención igualmente crítica en el desarrollo de tales aportaciones, ayudando a la integración, no menos «metodológica», de dichos componentes particulares de la ciencia social, vertiente esta en la que seguramente podrá avanzarse más allá de lo aquí expuesto por SCHOLZ, pero en base al panorama de conjunto abierto por él, efectuando ya un primer paso de

dicha integración con la misma colación de los debates habidos—de la problemática suscitada—en los diversos campos.

El terreno sustantivo en el que SCHOLZ sitúa preferentemente unas tareas, ya no en principio «metodológicas», de presente y futuro para la historia del Derecho resulta hasta buen punto lógico: el de la «Privatrechtsgeschichte der Neuzeit», que puede, con justo derecho, como lo viene por otra parte demostrando, concurrir muy especialmente al debate «metodológico» sobre el Derecho; e interesante para nosotros puede ser que ante la nueva defensa a que ha de desembocarse de unas perspectivas realmente «europeas» para la historia del Derecho de los países aquí comprendidos se señale la necesidad de articularlas con planteamientos «regionales» que puedan abordar justamente el estudio específico de las sociedades que en dicho ámbito se diferenciaban institucionalmente, conformándose con ello también a sugerencias de la nueva historiografía. Y dada la especialidad de SCHOLZ en la Península Ibérica, podrá insinuarse que una «historia del Derecho español» tendría así que eclipsarse ante unas historias de los Derechos castellano, aragonés, catalán, etc., y una historia del Derecho europeo. Aquí, como en otros casos, una motivación «metodológica» viene a confluir con un imperativo histórico, lo que no resulta mal índice de la adecuación de una metodología.

MARIANO y JOSÉ LUIS PESET inciden en parte de los problemas considerados por SCHOLZ, aplicándose a la cultura española con unos resultados no poco sugestivos. En ella puede resaltar una relativa particularidad de partida: la primera historia del Derecho que merece tal nombre se presenta aquí en unos términos bien comprensivos, extendiendo decididamente su objeto, con vocación realmente historiográfica, a la materia «socio-económica»; pese a ello, y tras el fuerte impacto, que los autores consideran en nuestro campo, de la guerra civil, no se mostrará especialmente receptiva de los planteamientos de la nueva historiografía; cierta indiferencia en unos sectores de la historia del Derecho, en el exilio y en la Península, y una notable reacción en otros, que lleva, como es bien sabido, a la configuración «jurídica», contrapuesta en principio a «histórica», de la disciplina académica. Considerando con detenimiento y crítica la forma de recepción de tendencias por VICENS VIVES y otros historiadores (entre los que se hace notar la ausencia de CARANDE), se sitúa dicha reacción, para dar posteriormente cuenta de la presencia que en cuanto a métodos y temas ha tenido la historia del Derecho en la cultura española.

Naturalmente, este trabajo también puede admitir ulteriores desarrollos; en un punto, bien general, querría tan sólo fijarme: la misma problemática habrá de considerarse desde la perspectiva, no ya de la historiografía, sino de la teoría y doctrina del Derecho, conforme a la dirección marcada por el propio SCHOLZ; aun teniéndose en cuenta sus particularidades, la historia del Derecho no ha dejado de responder aquí también a incitaciones venidas del campo del Derecho, pudiendo la consideración de esta vertiente arrojar no poca luz adicional sobre la misma coyuntura «metodológica» de posguerra. Superándose identificaciones nominales, habrían de analizarse las razones de las divergencias entre una historia del Derecho que ha venido en unas latitudes a incidir positivamente en la misma problemática jurídica y otra que aquí, y a pesar de quererse situar expresamente en dicho campo, no ha logrado realmente en él una incidencia de algún signo. MARIANO y JOSÉ LUIS PESET, aludiendo al «positivismo», no dejan de apuntar el tema; su aportación de conjunto, centrada en la problemática de la historiografía, será desde luego un punto de partida indispensable para su necesario desenvolvimiento ulterior.

El tercero y último trabajo, debido a ANDRÉ-JEAN ARNAUD, resulta un tanto heterogéneo con respecto a los anteriores, aunque en cierto grado también guarde, y a veces exprese, una cierta relación con la historiografía referible más o menos inequívocamente a los «Annales». El mismo, por

una parte, refunde y amplía anteriores trabajos «metodológicos» del autor; por otra, y unido a ello, no se acoge al procedimiento seguido por los anteriores de reseña de debates o de investigaciones tendente a la reconsideración con cierta panorámica de problemas de «método». ARNAUD se inclina más a presentar, aprovechando sus propias investigaciones, cuya importancia no es ésta la ocasión de ponderar, un ejemplo de estudio sustantivo sobre la «ideología» jurídica y de metodología—más «técnica» que «teórica»—en acto; de una metodología «estructuralista» que, con las precisiones pertinentes al caso, se muestra particularmente apropiada para el análisis de tal objeto.

En razón de dicha adecuación, el mismo ARNAUD deja insinuada la posible limitación del método, requiriendo finalmente investigaciones «complementarias» sobre el propio Derecho y las instituciones; en la forma concreta de plantearse y realizarse este «complemento» surgirían realmente no pocos problemas «metodológicos» en su alcance «teórico». En este caso también, un desenvolvimiento ulterior del tema podría resultar precioso; y no hay que recordar que en la obra de investigación del propio ARNAUD se encuentran aportaciones fundamentales a dicho efecto.

Con todo ello, y con la sumariidad aquí obligada, puede quedar noticia de la aparición de un libro, en cuya lectura convenía interesar al menos a historiadores del Derecho y a juristas. Un libro a sumar a la «Apología» de PARADISI, como base inexcusable para futuras «memorias» de oposiciones en la materia, lo que, fuera de expedientes más o menos convencionales, significa inexcusable para cualquier consideración futura de la vertiente teórica de una metodología histórico-jurídica.

BARTOLOMÉ CLAVERO

TIRADO SUÁREZ, FRANCISCO JAVIER: *El seguro de pérdida de beneficios por interrupción de la empresa*. Jerez de la Frontera, diciembre de 1976, 359 págs.

El libro que reseñamos constituye, en palabras del profesor OLIVENCIA, Catedrático de Derecho Mercantil de la Facultad de Derecho de la Universidad de Sevilla, recogidas en el prólogo, «la aportación doctrinal más completa al estudio monográfico de un ramo de excepcional importancia económica, de profunda complejidad jurídica y de creciente interés en el futuro de la actividad asegurativa».

Esta triple afirmación viene claramente fundamentada por FRANCISCO JAVIER TIRADO a lo largo de una amplia y exhaustiva labor investigadora en torno al seguro de pérdida de beneficios por interrupción de la empresa.

El libro viene articulado en torno a cinco capítulos, que siguen a una breve introducción, en la que se destaca la transformación del contrato de seguro en nuestros días y se señala una congruente línea metodológica, basada fundamentalmente en la autonomía de la relación jurídico-contratual, que se concreta en las cláusulas de los pólizas en uso en nuestro mercado de seguros ante el carácter fragmentario y vetusto de las normas contenidas en el Código de Comercio de 1885.

En el primer capítulo, titulado «Asegurabilidad del riesgo de interrupción de la empresa», se analiza el hecho de la paralización de la empresa como problema económico en cuanto se rompe el equilibrio entre ingresos y gastos. También se perfilan los diversos elementos teóricamente influyen-

tes en la pérdida de beneficios por interrupción de la empresa. Para concluir, con una perfecta lógica, a favor de la necesidad, desde el punto de vista económico, de que exista un seguro de interrupción de la empresa, así como los límites y posibilidades de aseguramiento a tenor de los diferentes eventos desencadenantes del siniestro de interrupción de la empresa, realizándose un especial y cuidado análisis de la interrupción de la empresa ocasionada por huelga.

Si el primer capítulo se anclaba en el estudio de un presupuesto económico, el segundo capítulo, bajo la denominación «El seguro de interrupción de la empresa: concepto y naturaleza», trata de perfilar dogmática y conceptualmente la noción y encuadramiento sistemático del seguro de interrupción de la empresa dentro de la clasificación general de los contratos de seguros privados. Tras una interesante comparación documentada con abundante bibliografía con los seguros de cosas, de personas, de responsabilidad civil e incluso con los denominados seguros de patrimonio, se concluye por configurar al seguro de interrupción de la empresa como modalidad *sui generis* dentro del ámbito de los seguros de lucro cesante (lucro cesante que aquí no aparece como legitimador de un concepto unitario del seguro, sino como forma de manifestación de un daño, basado en la frustración de legítimas expectativas).

El tercer capítulo de esta completa monografía tiene por título «Desarrollo histórico y aparición de las diversas modalidades del seguro de interrupción de la empresa»; como su mismo título nos indica, aquí el autor nos muestra la relativamente breve evolución del seguro de pérdida de beneficios desde su nacimiento, bajo la forma francesa de «chômage», que hoy día pervive en algunos países todavía, hasta la «turnover basis policy», pasando por la «time loss policy», tan íntimamente unida al origen del seguro de pérdida de beneficios por rotura de maquinaria.

En el capítulo IV se examina la praxis comparada del seguro de interrupción de la empresa con la finalidad de situar adecuadamente nuestra práctica nacional en el entorno europeo e internacional. Así se pasa revista, en un alarde de minuciosa tarea de investigación científica y de atento estudio de la normativa vigente, a la praxis de los principales países desde el punto de vista asegurativo. De esta manera el lector puede conocer el desarrollo y problemas básicos del seguro de interrupción de la empresa en EE. UU., Gran Bretaña, Francia, Bélgica, Holanda, Luxemburgo, Italia, Suiza, Países Escandinavos, Alemania, Hispanoamérica (Argentina, Brasil, Colombia, Méjico, Perú y Venezuela).

Por último, el capítulo V, al que van dirigidos metodológicamente los anteriores capítulos, viene dedicado a la praxis española del seguro de interrupción de la empresa.

El autor, tras una breve princiada histórica, se detiene en la descripción de la diversa tipología de los seguros de interrupción de la empresa en la praxis española: el seguro complementario de paralización de trabajo a causa de incendio, el seguro contra la interrupción de la producción cinematográfica, el seguro de interrupción de la empresa a causa de incendio, el seguro de interrupción para pequeñas empresas y el seguro de interrupción de la empresa por rotura de maquinaria.

El seguro de interrupción de la empresa a causa de incendio es objeto de una profunda y detenida atención a consecuencia de su mayor arraigo en nuestro mercado y de su carácter paradigmático respecto a los demás seguros de interrupción. Así se examinan, a la luz de nuestro Derecho positivo, la relación de esta modalidad con el principio indemnizatorio, la conexión con el seguro básico de incendio en las cosas, los elementos personales del seguro con una especial referencia al tema del coaseguro. A continuación se analizan los elementos esenciales del seguro de interrupción: la delimitación del riesgo asegurado, con un examen especial de la huelga como evento asegurable; el interés asegurado, con el arduo proble-

ma de las relaciones entre valor del interés o valor asegurable y la suma asegurada; la noción de daño indemnizable y los modos de determinación del beneficio bruto. Asimismo, se plantea con gran agudeza la problemática específica de los salarios como daño indemnizable a tenor de la influencia de la cambiante legislación laboral y de la normativa de la Seguridad Social. También se enumeran los daños indemnizables con pacto especial y los no indemnizables.

Siguiendo con rigor dogmático el esquema contractual del seguro, se pasa revista a las peculiaridades que presentan en el seguro de interrupción de la empresa a causa de incendio, la prima, los instrumentos documentales: la propuesta y la póliza, la duración con el denominado «período de indemnización», la suspensión del contrato, las obligaciones y deberes del asegurado antes del siniestro y con posterioridad al mismo, la obligación de indemnizar por parte del asegurador, el cálculo y pago de la indemnización, la resolución del contrato en caso de siniestro y la subrogación del asegurador.

Tras una breve referencia al seguro de interrupción para pequeñas empresas y al seguro de interrupción de la empresa por avería de maquinaria, se sientan unas precisas consideraciones sobre el seguro de interrupción como seguro industrial y ramo autónomo.

Por último, cierra la monografía un completo apéndice documental en el que se contiene el clausulado establecido por el Sindicato Nacional para la cobertura del seguro complementario de paralización de trabajo a causa de incendio; una propuesta de seguro de pérdida de beneficios por incendio; las condiciones generales de una póliza española del seguro de pérdida de beneficios a causa de incendio; tarifa utilizada por una compañía española en la contratación del seguro de pérdidas de beneficios; cobertura de la pérdida de beneficios incluida dentro de un seguro combinado para pequeñas unidades económicas; condicionado mínimo del seguro de interrupción por avería de maquinaria.

En suma, estamos ante una interesante monografía que ha enriquecido nuestra parca doctrina en materia de seguros y que supone un importante paso adelante a la hora de enfocar los múltiples problemas del complejo ramo de pérdida de beneficios.

RAFAEL LEÑA FERNÁNDEZ
Notario