

ASCARELLI, TULLIO: *Teoría de la concurrencia y de los bienes inmateriales*. «Studia Albortonianana». Bosch. Barcelona, 1970.

Creo que el encabezamiento de esta recensión debe tener presente y plasmarlo ese propósito que la «Colección de Estudios Jurídicos», editada por el Real Colegio Mayor Albortonianano de San Clemente de los Españoles, en Bolonia, se propone a través de sus publicaciones. La finalidad esencial es la publicación de obras debidas a sus colegiales o a otros juristas vinculados de algún modo a la institución. Con ello se pretende rendir tributo de público reconocimiento al cardenal Gil de Albornoz, su fundador, en forma que sin duda le habría sido grata, y a los maestros del *Alma Mater* boloñesa, que por espacio de seis siglos han venido contribuyendo eficazmente a la formación de muchos de nuestros juristas.

El Real Colegio Mayor Albortonianano, dirigido con pulso firme y acertado por Evelio Verdura, nos ofrece esta obra de ASCARELLI, en fiel traducción hecha a partes iguales por el citado director y por SUÁREZ-LLANOS (L.). Creo que es un alarde, una especie de lujo jurídico que se ofrece al lector de habla hispana, proporcionar esta obra importante, para que, con su reposado estudio, se vayan sacando las inevitables consecuencias. La obra, en su versión italiana, es ya conocida del aficionado y selecto estudioso. Se publicó en Milán en el año 1960, pero guarda en el momento actual toda la inevitable pureza doctrinal que toda obra decisiva encierra.

Es evidente, como dice el autor, que los estudios de Derecho industrial en Italia ofrecen una larga tradición que se inicia con las Leyes del siglo XIX sobre marcas e invenciones y que evoluciona con los estudios de los derechos de autor, la doctrina de la jurisprudencia y las aportaciones de los autores, que con fina sensibilidad han ofrecido al crecimiento industrial una serie de soluciones dignas de ser tenidas en cuenta. Se hace también imprescindible referirse a la doctrina posterior a la codificación del año 1942, en la que FERRARA sostenía la tesis de la idea organizadora como bien inmateral protegido, y la de AULETTA, que negaba autonomía a los signos distintivos. Cuenta también la exposición de conjunto que GRECO hace inspirada en el paralelismo entre derechos sobre cosas materiales y derechos sobre bienes inmateriales, y entre invenciones patentadas e invenciones secretas. La idea de monopolio surge de la mano de CASANOVA, y es CARNELUTTI el que ponía de relieve la naturaleza de la creación intelectual como algo trascendente respecto de la cosa en que se manifiesta.

El autor elige, sin perjuicio de tener en cuenta todo este mosaico doctrinal, la dirección que el ingenioso PIOLA CASELLI marca al tratar de las obras de ingenio, admitiendo que la concurrencia es una especie de cuadro en el que cabe coordinar la serie diversa de instituciones que

pueden ser abarcadas bajo la denominación de derecho industrial. Y así se trata de los signos distintivos, invenciones, modelos, obras de ingenio, partiendo siempre de un análisis de las características de las creaciones intelectuales en contraposición con cosas materiales y energías. Por eso, concluye el autor, he procurado individualizar una hipótesis constitutiva del bien junto a la del derecho, distinguiendo el bien inmaterial de la creación intelectual tutelable y los tipos de la misma.

Expuestas en esquema las ideas generales de la obra que recensamos, queda la proyección que esta materia tiene en el Derecho español. La obra es una fiel traducción del Derecho italiano, y todas sus referencias legislativas al mismo están hechas. Los traductores han respetado el texto y han prescindido de la anotación con reflejos hacia la legislación española. Los trabajos que en España existen sobre estos puntos son ciertamente escasos, por lo que hace de esta obra un importante elemento de trabajo para posibles proyecciones futuras. El hecho de un mercado europeo, el aumento de las relaciones comerciales entre los países y la necesaria reglamentación de tipo internacional pone de relieve la oportunidad de un estudio a fondo del problema.

Recuerdo con indudable satisfacción aquella época en la que, por una circunstancia especial, dediqué largas horas a traducir, recensionar y fichar ciertos libros relacionados con la materia. Hubo una idea que me impresionó mucho. La exponía ROTONDI en *L'evolution de la réglementation de la concurrence et l'expérience des Etats-Unis...*, publicado en Bruselas en diciembre de 1963: «La concurrencia necesitó primero libertad, y, conseguida ésta, la mejor manera de garantizarla es preocuparnos de la igualdad entre los concurrentes.»

La bibliografía que entonces manejé se prolongaba hasta los años 1965-67, pero saltaban al pasar lista famosos y prestigiosos autores: CARABIER, FRANCK, MINERVINI, PASTERIS, GUGLIELMETTI, FRANCESCHELLI, PEYRET, BERNINI, VERDOT, etc. No es este el lugar para posibles erudiciones, y al evocar estos nombres no hago más que intentar centrar el tema. Tema que tenía jugando a su alrededor una serie de conceptos muy conocidos, como la obligación de contratar, la concurrencia desleal, los pactos de exclusiva, los consorcios, etc. De mis búsquedas jurisprudenciales recuerdo la Sentencia de 23 de marzo de 1921, en la que Raquel Meller aparecía como protagonista de la concesión en exclusiva a una editora de discos, y la de 29 de octubre de 1955, muy técnica y precisa; ambas, junto a otra del año 1962, puede decirse que son el material útil español en materia de exclusiva. En la normativa legal era preciso contar con la Ley de 20 de julio de 1963 sobre prácticas restrictivas de la competencia, es decir, la Ley antimonopolio. Y en el aspecto doctrinal, casi nada. CABANILLAS GALLAS aporta muchas luces con su tesis doctoral sobre los pactos de exclusiva, pero aún continúa inédita.

La obra de TULLIO ASCARELLI se estructura en 13 capítulos, pero nosotros, en atención a la brevedad, vamos a reducirla a cuatro, procurando, eso sí, comprender toda la materia tratada. La obra tiene un prólogo y va seguida de un sumario-índice. No lleva eso que exige la vida moderna con tanta insistencia: índice de conceptos.

Nuestra división en cuatro partes abarca los siguientes puntos: a) Concurrencia. b) Límites. c) Concurrencia desleal; y d) Tutela de la paternidad y creaciones intelectuales.

A) CONCURRENCIA

Este primer capítulo de la obra trata de situar al lector dentro de conceptos previos que van a servir posteriormente para sacar consecuencias en orden al tema. Se esbozan una serie de etapas históricas del Derecho mercantil, enlazadas con los diferentes sistemas de libertad en

el ejercicio de actividades y en los actos, contemplando los aspectos jurídicos y económicos, para concluir con el sistema que rige la Constitución.

La precisión de conceptos está encerrada en una serie de distinciones que el autor hace entre concurrencia y actos de concurrencia, y los enlaces que estos conceptos tienen con la idea de empresa. La concurrencia como hecho deriva de la misma pluralidad de necesidades, por un lado, y de los bienes, por otro, frente a la limitación natural de los medios de cada uno. Pero a esta concurrencia como hecho se puede contraponer el acto de concurrencia, esto es, aquel acto que, típicamente considerado, se dirige a atraer clientes, incluso cuando éstos sean consumidores o posibles consumidores de bienes o servicios producidos por otros, atrayendo directamente clientes o potenciando para ello la propia organización.

Se concluye la materia con el examen de los límites de la actividad de forma absoluta o relativa y de la disciplina jurídica que los regula en una serie de aspectos: de los actos, el convencional de la actividad y de los monopolios, de las modalidades de la actividad y bienes inmateriales y de otra serie de puntos (concurrencia, obligaciones de abstención, actividad y acto, actividad y probabilidad, concurrencia y clientela, etcétera).

B) LÍMITES

Dentro de ellos hemos agrupado una serie de capítulos que el autor presenta como independientes, pero que tienen una relación inevitable. Entre los mismos destacamos:

- a) *La obligación de contratar.*—Viene referida la misma al monopolista. Esta obligación debe ser, evidentemente, mantenida (artículo 1.679 del Código italiano) en cuanto sea compatible con los medios ordinarios del empresario. La obligación de contratar y la predeterminación del contenido del contrato no excluyen el sometimiento del mismo a la común disciplina de los contratos, con la consiguiente aplicabilidad de los principios dictados para los contratos de adhesión, incluso cuando las cláusulas corresponden a las condiciones establecidas en un acto de concesión. La obligación de contratar supone una tutela del consumidor no sólo por ese vínculo, sino por la predeterminación del contenido del contrato.
- b) *Prohibiciones legales de concurrencia.*—Es un concepto distinto del de concurrencia desleal, que supone, como se sabe, una responsabilidad extracontractual y un acto ilícito. Dentro de ellas se estudian:
 - La del prestador del trabajo, que no puede, salvo consentimiento del dador del trabajo, tratar negocios en concurrencia con el empresario.
 - La del socio ilimitadamente responsable, que no puede, sin el consentimiento de los demás, ejercer por cuenta propia o ajena una actividad concurrente con la de la sociedad.
 - El administrador de una sociedad de capital tiene la misma prohibición anterior.
 - El vendedor de una hacienda debe abstenerse durante el plazo de cinco años de iniciar una nueva empresa idónea a la enajenada (los casos se extienden a los arrendamientos y usufructos).
- c) *Prohibiciones convencionales de concurrencia.*—El concepto comprende no solamente el contrato especialmente limitativo del prin-

cipio de concurrencia, sino también la cláusula o cláusulas que formen parte de un contrato con objeto diverso. Los casos que se estudian con referencias concretas a la legislación italiana son:

- Las servidumbres industriales. Dice el autor que la transferencia de los esquemas de los derechos reales a los fenómenos de concurrencia no puede ser realizada más que con la máxima cautela. TERESA PUENTE ha escrito un acertado artículo en los «Estudios» en homenaje al profesor Castán, y que ya creo haber comentado en esta misma Revista.
- Contratos de cambio y plurilaterales referidos a una abstención por parte de uno de los contratantes o de parte de cada uno frente a los demás.
- Contrato normativo y contrato asociativo, en cada una de cuyas distinciones encuadra los contratos anteriormente mencionados.
- Cláusulas de exclusiva, y que, como ya dijimos, trata en España en forma casi exhaustiva la tesis doctoral de CABANILLAS.
- Venta con imposición de precio para la reventa. Esta cláusula es a menudo objeto de especial consideración en la legislación internacional, tanto en términos generales como en relación con su peculiar justificación cuando afecte a productos protegidos por marcas de empresa o por patentes de invención o por un modelo.
- Pactos de preferencia que determinan la preferencia de un sujeto a ser preferido a los demás posibles aspirantes a la conclusión de un contrato determinado.

Por último, el autor examina la disciplina de esta serie de pactos referida a la legislación vigente, sin perjuicio del respeto a la tutela de la personalidad humana y la libertad de mercado.

- d) *Consorticios*.—Aunque el tema es tratado dentro de las prohibiciones convencionales de concurrencia, me he permitido separarlo para hacer epígrafe aparte, ya que el tema se prolonga en otro capítulo que el autor le dedica. Legalmente se definen: «Los contratos entre varios empresarios que ejerzan una misma actividad económica o actividades económicas conexas, y que tengan por objeto la disciplina de la misma actividad mediante una organización común, admitiendo así implícitamente, con la observancia de la disciplina establecida, la posibilidad de vínculos a la libertad contractual y la licitud de la causa del consorcio.»

La materia ofrece un amplio campo para su estudio. Se enfoca la disciplina que los rige, los requisitos formales que han de observarse, los órganos y las deliberaciones, así como las modificaciones contractuales y la disolución. Inevitablemente se extiende la exposición a temas conexos, como el de las cuotas, la representación, la responsabilidad, el fondo consorcial y su proyección internacional.

- e) *Procedimientos indirectos*.—Se estudian y apuntan una serie de ellos que evitan la figura del consorcio. Así, el arrendamiento de los establecimientos a una sociedad, la concesión recíproca de licencias con exclusiva para el disfrute de patentes, la constitución de una sociedad como órgano, económicamente, del consorcio constituido diversamente; el reparto entre sí (*pool*) en determinada proporción de beneficios y pérdidas, la fusión, el *dum-*

ping, etc. El problema se enfoca estudiando las diferencias con el consorcio en cuanto a finalidades y legislación, y los reflejos que estas figuras consorciales o no han tenido en el Derecho comparado y en el campo internacional.

C) CONCURRENCIA DESLEAL

Mientras la corriente del continente europeo, representado por Francia, sitúa el problema de la concurrencia desleal en el campo de la ilicitud, disciplinando la responsabilidad por los daños consiguientes, el Código italiano de 1942 sigue una dirección germánica y estima que el acto de concurrencia desleal supone una acción inhibitoria, independientemente de que haya daño, culpa o dolo. La disciplina de la concurrencia desleal se plantea así como especial en el ámbito de la responsabilidad civil.

Se distingue entre actos de concurrencia y actos de concurrencia desleal, y se precisan una serie de conceptos como el del bien tutelado, los sujetos activos y pasivos y la diferente proyección de la tutela según sea referida a los intereses o a los derechos subjetivos. Se completa la materia estudiando la disciplina pública de la economía y la penal. Si la deslealtad se basa en la violación de los principios de corrección profesional, será preciso en todo caso, para calificarla de tal, que haya sido realizada en interés de una actividad empresarial y que, además, reúna estos requisitos: a) Que se trate de un acto de concurrencia (atraer clientes hacia el empresario en cuyo favor se realiza), bien consista en ofertas de productos o servicios, o bien en actos de publicidad, etc. b) Deslealtad en los medios utilizados e idoneidad para desviar la clientela. Situado así el concepto y los requisitos, se van examinando como ejemplos de actos de concurrencia desleal los de confusión, los de apropiación de méritos y actos de denigración, y los actos de sustracción.

El estudio finaliza abordando el problema de la sanción de la deslealtad con la acción inhibitoria, siendo la primera consecuencia de la declaración de deslealtad del acto la abstención de su continuación. También se estudian las medidas cautelares, las posibles incidencias que puedan existir en los casos de dolo o culpa (sosteniéndose por el autor la innecesidad de que existan), el resarcimiento de daños y las sanciones penales. Como problema último se estudia el de la legitimación de asociaciones profesionales a los efectos del ejercicio de la acción cuando el acto de concurrencia desleal perjudique los intereses de una categoría profesional; igualmente se refiere al problema de la concurrencia desleal en el campo internacional.

D) TUTELA DE LA PATERNIDAD Y CREACIONES INTELECTUALES

En esta última parte que nosotros nos hemos permitido considerar como tal se agrupan una serie de conceptos y problemas íntimamente relacionados, y comprende prácticamente la mitad de la obra. Un primer capítulo se destina a una exposición de conceptos previos, para luego irse ocupando de diferentes situaciones y distintas instituciones.

Dentro de los conceptos generales que sirven para encuadrar la materia se abordan los de la tutela de la paternidad (paternidad de las propias acciones) y la de la intimidad personal (derecho a la imagen), la tutela del secreto y el alcance de unas y otras en relación con las creaciones intelectuales. Se desarrolla toda la teoría de la creación intelectual, distinguiendo entre actos de creación y creación intelectual, y entre ésta y las cosas materiales y las energías. También se expone lo referente a los bienes inmateriales y el derecho moral. Inevitablemente, el capítulo se remata con el examen de los problemas en su proyección internacional.

En los siguientes capítulos, apretados de conceptos, se va pasando lista a las creaciones intelectuales y los bienes inmateriales; los signos distintivos (nombre comercial y rótulo); la marca y las denominaciones de origen; inventos y modelos, y, por último, obras de ingenio y derechos conexos. Precisar el contenido de cada uno de estos apartados haría extensísima esta recensión y obligaría a un forzoso detallismo que alegraría este trabajo de su carácter. Creo que con el simple enunciado de lo estudiado por el autor el lector se percata de la trascendencia del problema.

Aquí me resta solamente destacar la enorme importancia que todo este estudio —referido al Código italiano— tiene a la vista de las constantes relaciones entre los diferentes países. No hace mucho recensionaba en la «Revista de Derecho Notarial» una notable monografía de FERNÁNDEZ NOVOA que estudiaba el tema de la protección internacional de las denominaciones geográficas de los productos, y allí decía algo sobre la oportunidad de la publicación: estamos pisando las abiertas puertas del Mercado Común y nuestros productos van a llegar a manos europeas... Se hace necesario estar preparados.

JOSÉ MARÍA CHICO ORTIZ

DEL ARCO ALVAREZ, JOSÉ LUIS: *Régimen fiscal de las cooperativas*. Madrid, 1969.

El 9 de mayo de 1969 se promulga, por Decreto de la misma fecha, el estatuto fiscal de las cooperativas, y finalizando el mes de septiembre aparece el libro de que vamos a tratar escrito por DEL ARCO ALVAREZ, Notario especializado en la materia de cooperativismo. Al libro no puede negársele oportunidad, y por ello debió ser comentado antes; pero los libros se van amontonando y, aunque pretende uno ser riguroso con el cumplimiento del lema del Cuerpo, «*Prior tempore...*», a la hora de la verdad se deja influir por ciertas preferencias de temas a leer.

Para mí, el cooperativismo, aparte su aspecto jurídico y su sistema fiscal, es un fenómeno que hace quebrar, como el asociativo, el principio de la exaltación individual. Hasta ahí llegué, y confieso con rubor haberme asomado tímidamente a la monumental obra de CERDÁ RICHART y al aspecto fiscal que AMORÓS (N.) publicara allá por el año 1955. Con este pobre bagaje de conocimientos considero un atrevimiento enfrentarme con esta recensión, pero debo decir en honor a la verdad que el hecho de haberme leído este libro *me legitima* para poder opinar de él y de su contenido.

Seis son las partes en las que el autor estructura el contenido. En la primera se plantea el problema del cooperativismo en su doble vertiente; en la segunda se hace un estudio del Derecho comparado europeo; la tercera parte es una breve evolución histórica del sistema español; la cuarta se dedica al estudio de la nueva reglamentación fiscal de las cooperativas, y las quinta y sexta se destinan a la exposición de ciertos beneficios fiscales y las actuaciones formales de las cooperativas en relación con ciertos impuestos.

Apunta el autor la «necesidad» política de esta figura en ciertos campos en los que el grupo de consumidores modestos debe ser defendido en su poder adquisitivo, así como el problema de la vivienda, tanto rural como urbana, que puede tener en la cooperativa un buen elemento de solución.

Al estilo tradicional de nuestra forma de hacer recensiones, dividiremos la materia siguiendo la que marca el autor:

A) PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

El autor enfoca la materia diseñando la estructura jurídica de la cooperativa, y conforme a esa esencia aplica los principios fiscales, para luego justificar los privilegios que la figura recibe.

La cooperativa es una sociedad de servicios, prolonga la economía del socio, actúa a modo de mandatario de sus socios, tiene personalidad jurídica, no tiene capital especulativo y todo el resultado de la operación cooperativa es por cuenta y en beneficio del socio-usuario. De esta forma sintetizo las ideas sustanciales que el autor expone, para luego sacar las conclusiones: si se ostentan esas características y se trata de sociedades, deben ser aplicables algunos de los impuestos que a estos entes gravan. Pero, al lado de este diseño del cuadro impositivo, aparece la justificación de los privilegios fiscales, cuestión que, como dice el autor, está íntimamente ligada a los presupuestos de política económica y social de cada país.

B) DERECHO COMPARADO EUROPEO

A la hora de exponer el Derecho comparado, el autor elige una serie de legislaciones de países que integran la Comunidad Económica Europea. Alemania, Bélgica, Francia, Italia, Luxemburgo y Holanda son los países recorridos, y en todos ellos las cooperativas reciben un trato de favor fiscal según sus diversas clases, aunque en principio queden sometidas al derecho fiscal común.

Completa el examen de los sistemas legislativos comparados haciendo una referencia a Portugal, Noruega, Inglaterra, Irlanda y Suiza.

C) RESUMEN HISTÓRICO DEL DERECHO ESPAÑOL

El esquema evolutivo que el autor hace se basa en unas previas distinciones de ciertos fenómenos de cooperativas. Así, en principio trata de las cooperativas obreras, cuyo concepto fue elaborado por la legislación fiscal a partir del año 1885; se refiere luego a las cooperativas agrícolas o antiguos sindicatos agrícolas; posteriormente las cooperativas de pescadores, más tarde las cooperativas industriales y mercantiles, siendo los dos últimos grupos tratados las cooperativas de consumo y las de vivienda. Se llega así a la Ley de 1931, primera de cooperativas, y la vigente de 2 de enero de 1942, con su Reglamento de 11 de noviembre de 1943. La redacción dada por el artículo 31 de la Ley y 21 del Reglamento provocó una generalidad en las exenciones fiscales, creando una situación anormal que trató de cortar la Orden de 27 de enero de 1948, hasta llegar al estatuto fiscal que publicó el Decreto de 9 de abril de 1954, vigente hasta el presente, con los inevitables retoques producidos por las reformas fiscales habidas en España.

D) EL NUEVO ESTATUTO FISCAL DEL AÑO 1969

Previamente a la exposición del contenido del Estatuto, aborda el autor una serie de puntos como los de la elaboración del mismo, el rango normativo (exponiendo direcciones doctrinales y la jurisprudencia del Tribunal Supremo, que considera que los textos refundidos participen de la consideración de una ley formal, por lo que se está en pre-

sencia de un decreto legislativo o legislación delegada), la exposición de motivos, la parte dispositiva y el juicio crítico (califica la obra como no definitiva).

Para exponer el contenido del estatuto parte el autor, como el mismo texto legislativo, de una distinción: las cooperativas *protegidas* (del campo, del mar, producción industrial, artesanía, consumo, estudiantes o escolares, viviendas, crédito —agrícola o de otra clase— y uniones nacionales y territoriales de cooperativas) y *no protegidas*.

El hecho de ser cooperativas «protegidas» (enumeradas en el artículo 6.º de la Ley) provoca la situación de que disfruten automáticamente de los beneficios fiscales que se regulan en el artículo 11 del Estatuto, que se refiere: a) Al impuesto sobre transmisiones y actos jurídico-documentados (exención total para los actos de constitución, unión, modificación o disolución y para los actos y contratos mediante los cuales se llevan a cabo adquisiciones de bienes inmuebles o derechos para sí o sus asociados). b) Impuesto sobre el Tráfico de las Empresas en las que se declaran exentos las ventas, transmisiones, arrendamientos, ejecuciones de obras y servicios que celebren las cooperativas entre sí o con sus miembros. c) Impuesto sobre la Renta de Sociedades en el que se declara exento por un período de diez años a contar de la fecha de la iniciación de un ejercicio completo y bonificación del 50 por 100 de carácter permanente una vez transcurrido el período de exención. d) Impuesto sobre rentas de capital en el que gozan de exención: 1. Las participaciones de los socios en los resultados de las operaciones de la cooperativa, siempre que la norma de reparto sea proporcional a los suministros, entregas de productos, servicios o actividades realizadas por el socio. 2. Los intereses percibidos de sus socios por los préstamos u operaciones que estén amparados en los fines sociales y estatutarios. 3. Los intereses que las cooperativas de crédito, así como las secciones de crédito de las cooperativas del campo y mar, satisfagan a los titulares de imposiciones en cuenta corriente o libretas de ahorro. e) Impuesto industrial en el que rige una bonificación del 95 por 100 de las cuotas de licencia fiscal. f) Impuesto sobre los bienes de las personas jurídicas. No está citado este impuesto dentro de las exenciones, pero el autor considera fundada esta omisión, ya que no es imaginable que una cooperativa sea titular de bienes o derechos reales excluidos del tráfico jurídico, o de la sucesión hereditaria, llegado el caso de su disolución. Todas estas disposiciones son aplicables a las Uniones Nacionales y Territoriales de Cooperativas.

Por último, se recoge en el estatuto la norma de que las exenciones y bonificaciones citadas alcanzan a los recargos provinciales y municipales. En forma especial se estudian, con anterioridad, las causas de cese de exenciones y las de pérdida de los beneficios fiscales, así como causas específicas referidas a las cooperativas del campo, del mar, de producción industrial, de consumo, de crédito y de vivienda, así como las que puedan derivarse de una aparente cooperativa o de las Uniones Nacionales o Territoriales de Cooperativas.

Respecto de las cooperativas no protegidas (las no comprendidas anteriormente, las que provocan su cese como protegidas, las que pierdan su condición de protegidas y las que el Ministerio de Hacienda declare constituidas para fines distintos), quedan sujetas al régimen tributario general en la forma y medida que la Ley propia determine, aunque, no obstante, surgen ciertos problemas que el autor estudia en orden a los Impuestos de Sociedades y Renta de Capital y en orden a la determinación de los conceptos «gasto y beneficio».

Con estos comentarios y otros iniciales sobre las normas comunes a todas las cooperativas en orden al Registro Fiscal y la composición de

la Junta consultiva del Régimen Fiscal, así como las disposiciones finales y transitorias, finaliza la parte más importante de la obra, en cuanto supone la referencia legislativa vigente y su comentario ajustado al texto legal.

E) BENEFICIOS FISCALES A LAS COOPERATIVAS SOBRE ASOCIACIONES DE EMPRESAS

Se exponen las directrices que el I y el II Plan de Desarrollo tienen en orden a la materia, y que vienen concretadas en el Decreto de 27 de julio de 1964, concediendo las bonificaciones de los siguientes impuestos: a) El 95 por 100 en transmisiones patrimoniales y actos jurídico-documentados. b) El 95 por 100 en impuestos, contribuciones, tasas y exacciones, sean estatales, provinciales, municipales o de cualquier otro orden en los actos en que se relacionen con las sociedades o empresas-socios. c) El 95 por 100 del Impuesto sobre rentas de capital. Además, la aplicación a los empréstitos emitidos por dichas sociedades de las reducciones fiscales establecidas por el Decreto-ley de 19 de octubre de 1961 y Ley de 11 de junio de 1964.

F) OBLIGACIONES FORMALES

Es el último capítulo de la obra, en el cual el autor sintetiza la parte práctica de la obligación fiscal, recorriendo los diferentes impuestos en los que la sociedad cooperativa está implicada, para que la misma pueda gozar de los beneficios o exenciones.

Termina la obra con la inclusión en forma de apéndice del texto legislativo del año 1969 y un índice de las materias tratadas en forma sumarial. Es decir, no se incluye un índice de materias, que hubiera proporcionado al lector una más rápida localización del concepto buscado. Al no hacerse citas de autores, no se contiene tampoco referencia a los mismos en el índice.

El juicio final provoca en el ánimo del lector la necesidad de proclamar que el libro, no muy extenso y escrito en párrafos sueltos, es libro de consulta para la posible solución de los problemas fiscales que este fenómeno asociativo pueda plantear al liquidador y al jurista.

JOSÉ MARÍA CHICO ORTIZ

GABRIELLI, GIOVANNI: *Il contratto preliminare*, 371 págs. Milán, 1970.

El contrato preliminar es aquel mediante el que las partes se obligan a concluir en el futuro un ulterior contrato ya enteramente determinado en sus elementos esenciales. De los términos de la definición, que sirve de premisa de la que parte GABRIELLI para su estudio, se infieren dos aspectos fundamentales del concepto. En primer lugar, que el contrato preliminar es un contrato autónomo, completamente distinto al definitivo. La función tipifica a los contratos, y la del contrato preliminar, consistente en imponer la formación de un ulterior contrato, no puede venir confundida con ninguna función negocial conocida. En segundo, que el contrato definitivo es un contrato normal, en nada distinto a aquellos que se concluyen en el acto en forma definitiva sin estar precedidos de un contrato preliminar.

No obstante, esta concepción no ha sido en todo momento pacífica, sino que se ha discutido especialmente el valor de la secuencia prelimi-

nar-definitivo, y una parte de la doctrina ha negado su interés en base al razonamiento de que quien se obliga dar diez puede ser demandado por incumplimiento de la prestación de dar los diez sin necesidad de acudir a un instrumento intermedio que sería el contrato preliminar. Con lo cual sería inútil la distinción entre contrato preliminar y definitivo. Esta orientación fue seguida por el legislador francés, al menos en tema de promesa de venta, y, sin embargo, una doctrina francesa, tanto antigua como reciente, fundada en muy variados argumentos, defiende la figura del *avant-contrat* como netamente distinto al correspondiente contrato definitivo sobre la base de una propia y bien individualizada justificación funcional. En otras legislaciones (por ejemplo, la suiza) el legislador reconoció la autonomía del contrato preliminar con una formulación general y explícita, y, sin embargo, esto no ha impedido la formación de una doctrina entre los autores suizos que defienden la tesis negativa de la inutilidad de distinguir entre contrato preliminar y contrato definitivo.

En los sistemas jurídicos en los que el legislador guarda silencio (por ejemplo, el alemán, el italiano de 1865), la doctrina adopta las posturas más extremas en torno al tema. En definitiva, en el Derecho continental sigue debatiéndose un tema que puede reconducirse a aquel de las posiciones ante la libertad de los particulares para decidir los pretendidos efectos jurídicos mediante el empleo de los instrumentos que quieran las partes elegir, o la inadmisibilidad de utilizar un instrumento que jurídicamente se estima inútilmente tortuoso. De la posición que se adopte surge la solución distinta en cada caso.

La solución está ligada a la cuestión de si la conclusión del contrato definitivo responde a alguna función objetivamente apreciable. Y si aun aceptándose que no, sí se debe negar a la autonomía privada la elección de instrumentos ociosos para llevar a cabo el fin perseguido. Pero esta segunda cuestión no tendrá sentido sino cuando se llegue a demostrar la inutilidad del segundo contrato.

El vigente Código civil italiano, aunque recoge entre sus preceptos al contrato preliminar, no ha resuelto la problemática en torno al mismo. Lo único que ha hecho es procurar argumentos de defensa de algunas posiciones. Así, hoy es difícil adherirse pura y simplemente a la posición negativa, sobre todo el hecho de que el Código italiano prevea hoy la necesidad de un acto jurisdiccional en sustitución del contrato definitivo, cuando una de las partes rehúsa concluirlo (art. 2.932), impide considerar al contrato definitivo como un inútil diafragma.

Una tendencia nueva en la doctrina italiana que tiene sólo de común el discutir el carácter negocial del contrato definitivo ha surgido hoy pese al Código, y todavía más en base a la innovación del Código civil en tema de contrato preliminar.

GABRIELLI parte de la idea de que una investigación del contrato preliminar exige, sobre todo, plantearse la cuestión de la naturaleza del contrato definitivo; es sobre este punto que es necesario decidir, sobre la función práctica del contrato definitivo, que debe necesariamente recibir la solución al conflicto de intereses ya delineada en el contrato preliminar. Sobre su consideración como negocio jurídico. La jurisprudencia italiana, y especialmente en materia de promesa de venta, se ha inclinado decididamente por la distinción entre los dos contratos, preliminar y definitivo, como hemos podido ver que es también tendencia de nuestro Tribunal Supremo. El elemento discriminador que sirve de distinción entre ambos contratos está en el hecho de que la voluntad de los contrayentes en un caso viene dirigida a adquirir inmediatamente un cierto resultado económico, y en el otro a adquirir solamente el derecho al instrumento jurídico productor de tal resultado.

Esto, no obstante, no priva a la jurisprudencia italiana de incurrir a lo largo de una serie de casos concretos en vacilaciones que se acomodan mal con esta línea de principios, que oscurecen la distinción entre contrato preliminar y contrato definitivo. Partiendo de la premisa de considerar al contrato definitivo como negocio jurídico, los contrayentes, al recurrir a la secuencia preliminar-definitiva, manifiestan su voluntad de escindir en dos fases la actividad jurídica dirigida a la introducción de una determinada regulación de intereses, y de aquí se cuestiona cuál sea el valor atribuido por las partes y reconocido por la ley a la segunda fase.

Es muy interesante la exposición y crítica que lleva a cabo GABRIELLI de aquellas tesis que niegan la naturaleza negocial del negocio definitivo, fundándose en argumentos inferidos de la imposibilidad de hablar de negocio jurídico cuando hay un acto debido.

Analiza a continuación el problema en su aspecto sustancial: la dificultad de individualizar la función del contrato definitivo a causa de la identidad de contenido con el negocio preliminar.

La concepción del negocio jurídico bajo el perfil funcional lleva a la crisis la concepción corriente del definitivo como negocio jurídico; la función del negocio jurídico consiste en la autorregulación de los intereses privados: ¿puede ser esta la función del contrato definitivo? Es innegable que el contrato definitivo introduce una nueva regulación que las partes no han querido que fuese contenida en el contrato preliminar. No obstante, desde el plano funcional aparece el definitivo como el mero antecedente, en una relación mecánica de causalidad de tal regulación, no como la fuente que propia y libremente lo determina. Argumento a favor del planteamiento (el 2.932 del Código civil italiano): el contrato preliminar no es susceptible de ejecución en forma específica.

A continuación examina la exigencia de individualizar la función del contrato definitivo de acuerdo con la concepción normativa de negocio jurídico. Se ha puesto de relieve por la doctrina recientemente que todas las dificultades que se oponen al reconocimiento de una función negocial en el contrato definitivo derivan exclusivamente de la inadecuación a la concepción tradicional del negocio jurídico. El negocio jurídico, se ha dicho, es establecimiento de normas. Desde tal punto de vista se permite claramente percibir las diferencias entre los preceptos abstractos contenidos en el contrato preliminar y los concretos del definitivo. Este es negocio jurídico en cuanto que da un precepto concreto que antes de él sólo existía en potencia. Este pasar de la normativa abstracta a la concreta presupone una actividad de cuya naturaleza negocial no cabe ninguna duda, especialmente si no se adscribe al concepto de norma la necesidad del carácter de novedad. Sin embargo, la tesis no acaba con las dudas, y la cuestión permanece en los mismos términos: ¿por qué los particulares pueden prever, para la introducción de la regulación de intereses, la necesidad de un acto ulterior que no tendría, respecto de la regulación misma, ninguna función determinativa en el orden del *an ni del quomodo*?

El problema de la individualización del recurso al contrato preliminar es objeto de investigación en las páginas de este libro. GABRIELLI parte de una primera conclusión: la dificultad que deriva, a la hora de calificar el contrato definitivo, de la ausencia de libertad al contraerlo en orden al *an* y al *quomodo* de la regulación, dificultad que no se ha superado de modo satisfactorio por los que conciben al definitivo mismo como un negocio que tiene su misma función asumida en el correspondiente negocio estipulado inmediatamente en vía definitiva.

Y todavía antes de entrar en el tema central de la naturaleza de contrato definitivo se detiene a analizar el problema de la no susceptibilidad de ejecución en forma específica del contrato preliminar.

La sección segunda de este primer capítulo viene dedicada al problema de la función del contrato definitivo. Excluida de todo tipo de contrato definitivo la presencia de una autonomía negocial entendida como libertad de decidir si se introduce o no la regulación de intereses, es necesario verificar si esta ausencia implica también la de la libertad de configurar o, por cada contrayente, de contribuir a la configuración de la regulación misma. Dentro de este orden de ideas, analiza en primer término la pretendida función del contrato definitivo como destinado a integrar la regulación delineada en el preliminar, para concluir que, aunque sugestiva, y en buena parte acorde con la realidad, ya que el contrato definitivo suele tener una disciplina más amplia y particularizada que el preliminar, no puede servir de fundamento para sostener la individualización de la función del contrato definitivo. Dedicando a su crítica una cuidadosa argumentación, no puede hablarse de función integrativa del contrato definitivo, porque el contrato preliminar ha de contener todos los elementos objetivamente esenciales del definitivo. Y aborda a continuación el tema conexo con el que estudia la obra: el de la naturaleza precontractual de la denominada «minuta» o «puntuación»; esto es, de la fijación de los acuerdos.

Estudia después el contrato definitivo como instrumento de la discrecionalidad privada, llevando a cabo la crítica de esta posición doctrinal, partiendo del argumento fundamental de que si la discrecionalidad no es autonomía se renuncia con ello a definir al contrato definitivo como negocio jurídico. El contrato definitivo no puede entenderse como un acto discrecional, si discrecionalidad viene entendida en el sentido técnico que elabora la doctrina de Derecho público, como viene utilizado en la esfera del Derecho administrativo.

Las tentativas para asignar autonomía al contrato definitivo no acaban con las soluciones examinadas y rebatidas por GABRIELLI; la cuestión no ha sido nunca pacífica y ha dado lugar a una gran variedad de posiciones doctrinales.

La dificultad de concebir como negocio jurídico al contrato definitivo, que no hace sino repetir una valoración preexistente, sirve de base a la doctrina para sostener que debe considerársele sólo como un acto o, si se prefiere, como contrato de disposición. Con esta expresión se designa en los ordenamientos jurídicos que reconocen al contrato eficacia puramente obligatoria al ulterior negocio necesario para actuar la transmisión de la propiedad o bien la transmisión y la constitución de otros derechos reales. Dentro de esta teoría, el contrato preliminar será únicamente concebible en este tipo de contratos encaminados a transferir los derechos reales sobre cosas determinadas. El contrato definitivo se justifica como negocio jurídico en cuanto que transforma la mera obligación de transferir en transferencia. El negocio definitivo será negocio por el mismo título y en la misma medida en que lo es el *dinglicher Vertrag* del Derecho alemán. Sin embargo, para GABRIELLI la tesis es rebatible por la insuficiencia de los argumentos aducidos en su defensa y por la imposibilidad de individualizar el contrato definitivo. Se ha intentado construir la hipótesis del negocio definitivo como un negocio abstracto de disposición; se ha hablado del acuerdo condicionado a una futura documentación como fuente de mera responsabilidad precontractual, del contrato definitivo como negocio destinado a asumir una mera función reproductiva, tesis que analiza y rebate GABRIELLI en las páginas de su obra, destrozando con habilidad los argumentos aducidos para sustentarlas.

Finalmente concluye que la doctrina no ha podido resolver el problema de la función del contrato definitivo, lo que ha querido demostrar a través del examen de la misma para justificar su propia investigación sobre el tema. Pone de relieve que el método utilizado por la doctrina en su examen sobre el contrato preliminar y el problema de su sustantividad ha partido siempre, principalmente, de consideraciones psicológicas y práctico-económicas, prescindiendo de toda cuestión general de carácter metodológico.

Por otra parte, el examen de las distintas teorías ha puesto de relieve la dificultad a través de las mismas de concebir el negocio definitivo como tal negocio jurídico, todo lo cual le lleva a volver a la concepción tradicional al tratar de defender el carácter negocial del contrato definitivo.

En el capítulo segundo de la obra expone GABRIELLI su propia doctrina.

El examen de las tentativas llevadas a cabo para individualizar la función típica del contrato definitivo revela indudablemente la existencia de un punto de partida común, aun cuando las opiniones sean las más extremas. Cada vez que se intenta individualizar el interés que el ordenamiento jurídico garantiza legitimando el recurso a la secuencia preliminar-definitivo, se parte de constatar que las partes ya a través del preliminar intentan suministrar la solución del conflicto de intereses, pero no quieren, al mismo tiempo, que tal solución se introduzca inmediatamente. Hay una voluntad de dilación en todo caso en el contrato preliminar; es más, la voluntad de dilación es un requisito esencial del mismo. De la misma manera que existe una voluntad de dilación en el caso de la obligación a término. Se trata de una de aquellas hipótesis en las que el término constituye un elemento natural de la causa del contrato en dependencia del particular relieve atribuido al interés del deudor. La exigencia de predisponer un ajuste destinado a actualizarse en el futuro nace de la tendencia natural del hombre a prever y programar. Cuando los contratantes quieran traducir en términos jurídicos esta necesidad de predisponer su futura relación contractual acudirán o a la obligación a término o al contrato preliminar. Entre ambas soluciones hay notables diferencias de régimen jurídico, especialmente en el ámbito de la eficacia de los contratos traslativos.

Pese a que en ocasiones la doctrina ha argumentado que los mismos efectos que se buscan a través del contrato preliminar pueden alcanzarse con el contrato a término, las diferencias, no sólo de régimen, sino de función, son muchas, y de aquí precisamente la diversidad del régimen legal para cada uno de los supuestos. La función del aplazamiento en el contrato a término y en el preliminar son diferentes. El contrato preliminar, frente al contrato a término, deja una amplia apertura a la posibilidad de valorar lo que puede variar entre el momento de la obligación y aquel posterior de la adquisición. Y basta esta razón para justificar su extensa utilización en el terreno de los contratos relativos a la transferencia o constitución de los derechos reales sobre cosas determinadas. La función del contrato preliminar comienza así a delimitarse con cierta claridad: se presenta como el instrumento jurídico que permite a las partes, cuando quieran, concluir de momento un determinado negocio para la satisfacción de necesidades futuras, de mantener en la medida que se acordará una ulterior posibilidad de valoración. Límites de la posibilidad de desvincularse de las partes después del preliminar que son la justificación del contrato definitivo.

El contrato definitivo viene a ser el instrumento para el control de las circunstancias sobrevenidas. Es una forma de cautela en atención a la incerteza de que perduren los actuales presupuestos de la regulación de intereses; significa una preferencia del prevenir frente al re-

parar regresivo. Sale al frente de los argumentos que pueden esgrimirse contra su tesis que va desarrollando en estas páginas sistemáticamente. Y busca el apoyo en los textos legales.

Examina la hipótesis de obligación legal de contratar y establece un paralelo de la misma con el contrato definitivo.

Finalmente concluye que la función de control asumida por el contrato definitivo es justificación suficiente de su naturaleza negocial. El juicio de conveniencia que se lleva a cabo en el contrato definitivo es, efectivamente, un juicio nuevo respecto de aquel concluido en el preliminar. El carácter autónomo del contrato definitivo está asegurado por la circunstancia de que la segunda valoración de oportunidad puede venir repensada en sus presupuestos independientemente de la primera, aun cuando no con criterios diversos, manteniendo solamente a verificar eventuales divergencias respecto a los hechos sobre los que la primera valoración se fundamentaba.

Se refiere después a las consecuencias principales derivadas de la naturaleza negocial del contrato definitivo: régimen del contrato definitivo con referencia a los requisitos de validez, rescindibilidad del contrato definitivo, sujeción a la acción revocatoria. Reflejo de la función negocial sobre la función solutoria del contrato definitivo. Temas todos ellos de indudable interés y de especial complejidad a la hora de dar soluciones.

Finalmente se refiere a la función del contrato definitivo y la función típica del contrato preliminar. Siguiendo a la doctrina francesa, entiende que la función del contrato preliminar consiste en dilatar en el tiempo la misma introducción de la regulación de intereses antes que, simplemente, su eficacia. Pero entiende que esta fórmula es insuficiente por sí. Porque con ella todavía se arriesga el desconocer la autonomía del preliminar respecto del contrato definitivo. Y es insuficiente porque no pone de manifiesto el valor constante y, por tanto, típico que se lleva a cabo mediante la dilación de la introducción antes que simplemente de la eficacia de la regulación de intereses concordada.

Pone de relieve el valor patrimonial autónomo del resultado conseguible mediante el contrato preliminar. Y recuerda que el carácter autónomo de la operación económica representada por el pacto de opción debe reconocerse, no obstante la menor evidencia, también en el contrato preliminar bilateral. La posibilidad de tener vinculada a la otra parte a un determinado negocio, preliminarmente juzgado favorable, y de poder, a la vez, desvincularse, en el caso de que se alterasen las circunstancias contempladas precedentemente, representa una segura ventaja. Examina las consecuencias del principio de considerar como autónomo al contrato preliminar: el carácter no excepcional del contrato preliminar, existencia de causas de invalidez propias del contrato preliminar, influencia de la invalidez propia del contrato preliminar. Las examina cuidadosamente, poniendo de relieve dos problemas que plantean.

Por último, el capítulo tercero de la obra, aceptada ya en los términos expuestos la autonomía de los contratos preliminar y definitivo, y sus propias funciones, se dedica en primer término a las dificultades que encierra el comprender bajo una categoría unitaria los contratos preliminares unilateral y bilateral. La unificación de ambos en una categoría única resultaría según la orientación corriente de su identidad de contenido: obligación que tiene por objeto la prestación del consentimiento definitivo a la introducción de una determinada regulación de intereses. La diferencia específica radicaría en que en la una tal obligación se asume recíprocamente por ambos contratantes, y en la otra por la sola parte obligada a vincularse. Pero esta teoría no es exacta,

razón por la que estudió en primer lugar la doctrina del contrato preliminar en el supuesto de contrato preliminar bilateral. Ahora dedica el capítulo final al estudio del contrato preliminar unilateral.

Aun partiendo de un aspecto común entre ambos: la preparación de la introducción de un futuro régimen de intereses, son muchas las particularidades de cada tipo para reducirlas en su análisis a una categoría unitaria. La función asignada al contrato bilateral preliminar consiste en fijar desde el principio un determinado régimen de intereses consintiendo a las partes controlar ulteriormente los presupuestos en un segundo momento, antes de introducir el régimen definitivo. En el contrato preliminar unilateral, en cambio, el régimen de intereses no viene fijado, desde el momento en que una de las partes queda completamente libre. Podrá de esta manera, en un segundo momento, valorar la conveniencia misma del régimen a introducir, sin estar en ningún modo vinculado por apreciaciones ya concluidas precedentemente. La doctrina destaca dentro de este orden de ideas el carácter, la finalidad típicamente «especulativa» de este tipo de contrato. Mediante él, una parte se asegura la posibilidad de concluir un negocio en determinadas condiciones, con la idea de convertirlo en definitivo si en el futuro las vicisitudes del mercado le vuelven tales condiciones particularmente ventajosas para él, o abandonarlo en el caso contrario. Lo cual no quiere decir que una regulación de intereses sea del todo extraña a este tipo de negocio jurídico, o lo sea necesariamente al tipo de contrato preliminar unilateral.

La función ulterior del contrato preliminar unilateral coincide perfectamente con aquella que es propia del llamado pacto de opción. GABRIELLI establece el parangón entre ambas figuras, para concluir cuales son las diferencias de función y de régimen.

Escribe GABRIELLI que de la misma manera que el problema del contrato preliminar bilateral ha sido siempre el justificar su autonomía respecto del definitivo, el del contrato preliminar unilateral es el de justificar su autonomía funcional respecto del pacto de opción.

No hay que olvidar que una reciente doctrina tiende a concebir el contrato preliminar unilateral como un contrato de opción. Examina la tesis que concibe al contrato preliminar unilateral como pacto de opción para la conclusión de un contrato preliminar. De todos estos análisis concluye que el contrato preliminar unilateral es, con referencia al pacto de opción, un instrumento jurídico más refinado y complejo mediante el que las partes buscan hacer valer determinadas cautelas a fin de fijar desde el principio una regulación de intereses, evitando, empero, al mismo tiempo todo exceso de precipitación.

La doctrina alemana distingue dos categorías del contrato unilateral preliminar, la «Offerierungsverträge» y la «Akzeptierungsverträge», distinción ignorada por el Derecho italiano, al menos en apariencia, excepción hecha de algunas sentencias de la jurisprudencia en tema, por otra parte, de pacto de prelación. El reconocimiento es, sin embargo, significativo, puesto que para la doctrina jurisprudencial italiana el pacto de prelación representa un caso de contrato preliminar unilateral sujeto a condición potestativa.

Para GABRIELLI, aceptando la distinción de la doctrina alemana, la promesa de aceptación —«Akzeptierungsvertrag»— se puede reconducir a la figura de que habló de la opción de contrato preliminar; en cuanto a la promesa de oferta —«Offerierungsvertrag»—, rechazada la idea de obligación de ofrecer, puesto que la oferta presentada en ejecución de un contrato preliminar presenta todas las características de una propuesta contractual común, hay en ella una iniciativa del procedimiento de formación del contrato definitivo. Esta iniciativa se concreta sustan-

cialmente en un poner a disposición de la contraparte la regulación de intereses delineada precedentemente a fin de que esta última pueda libremente decidir si provocar o no su introducción. Lo que en términos tradicionales aparece como una obligación de ofrecer está en realidad correctamente definido como una obligación de conceder una opción. La figura puede reconducirse a un instrumento negocial familiar de la jurisprudencia y doctrina italianas: el contrato preliminar de opción.

Destaca la función común a los dos tipos que ha admitido de contrato preliminar unilateral, así como la relación con la función asumida por el contrato preliminar bilateral.

Se examina, finalmente, la opción de contrato preliminar de venta, el *pactum de retrovendendo*, y las diferencias de la figura del contrato preliminar unilateral con otras afines: pacto de prelación, prenotación (*prenotazione*), los contratos que denominan *venditrescon riserva digradicuento* y el pacto de contratar con un tercero.

GABRIELLI lleva a cabo en estas páginas un estudio muy completo de un tema difícil, analiza las diversas teorías sobre el contrato preliminar, hace de las mismas una cuidada crítica. Pero, sobre todo, propone su propia posición de acuerdo con un criterio que podemos aceptar o no, pero que está lógicamente construido.

TERESA PUENTE MUÑOZ

GHIDINI, GUSTAVO: *La responsabilità del produttore di beni di consumo*. Milán, 1970.

La creciente expansión de la producción en serie y comercio de los llamados bienes de consumo es un fenómeno cuyos indudables perfiles políticos, económicos y sociológicos no pueden marginar su alto interés jurídico. En efecto, la experiencia demuestra que dicha expansión va acompañada de un evidente aumento de los daños —físicos y económicos— padecidos por los consumidores de los bienes y ocasionados por defectos de los mismos.

Jurídicamente —y desde un ángulo privatístico— surge de inmediato la cuestión: ¿quién debe soportar la carga del resarcimiento de los daños ocasionados por productos defectuosos? O más concretamente: ¿qué tipo de defectos y qué tipo de daños pueden tener relieve?

GHIDINI considera relevantes los vicios de fabricación en sentido estricto que afectan a un solo ejemplar, el defecto de toda una serie a causa de un proyecto defectuoso, la deficiente preparación del producto para el comercio y la carencia de los elementos representativos de la calidad del fabricante. En cuanto a los daños, las lesiones psicofísicas y los perjuicios económicos derivados ya de la inutilización del mismo bien defectuoso, ya de la destrucción de otros bienes, ya del hecho de haber pagado un precio íntegro por un bien cuyo valor estaba mermado por el defecto.

Partiendo de esta base se propone GHIDINI discernir cuál de las diversas soluciones técnicas posibles armoniza mejor los intereses en juego, señalando de inmediato cómo un análisis primario de dichos intereses contrapone el del consumidor, de no soportar un daño que él no puede evitar, y el del fabricante, de no responsabilizarse y obtener así y siempre el mayor beneficio. Se afirma entonces —y al amparo de la teoría de la responsabilidad extracontractual sin culpa— que los daños deben ser cubiertos por el fabricante, pues es el sujeto en cuyo interés

se desarrolla la actividad de producción, y, además, siendo su situación económica la más fuerte, puede soportar y absorber mejor la carga del daño.

Fácilmente se observa, sin embargo, que tales criterios de imputación no son absolutos, pues en base a ellos mismos podría afirmarse la responsabilidad del comerciante y, en definitiva, no se desvirtúa el principio según el cual debe eximirse al fabricante y no entorpecer el proceso productivo.

No se trata, por tanto, de los intereses particulares en juego, sino de un interés general, según el cual importa que la carga del resarcimiento del daño se sitúe de un modo que, de un lado, cause el menor desequilibrio económico, y, de otro, que opere como incentivo para reducir o eliminar la posible repetición del mismo daño. Bajo ambas perspectivas aparece el fabricante como sujeto sobre el que debe recaer el riesgo, pues él dispone de los medios de cobertura, económicos y técnicos, más idóneos para llenar las exigencias señaladas.

Admitida esta conclusión como válida y deseable en un plano teórico, pone de relieve GHIDINI cómo la legislación parece, *prima facie*, contraria a la tesis expuesta. Efectivamente, en el Derecho positivo italiano sólo a través de la regulación de la compraventa se establecen normas de protección para el adquirente de productos defectuosos. Nos referimos al sistema de responsabilidad del vendedor configurado en los artículos 1.490 y siguientes del Código civil, si bien hay que señalar que se trata de una responsabilidad muy limitada, no sólo por el breve término de prescripción (ocho días: art. 1.495), sino por el hecho de que el vendedor queda liberado de toda responsabilidad simplemente con probar que ignoraba «sin culpa los vicios de la cosa» (art. 1.494).

La evidente extrañeza de la legislación —y no sólo la italiana— a la idea de la responsabilidad del fabricante encuentra su explicación en el hecho de que las codificaciones corresponden a una época de industrialización incipiente y cuya actividad productiva se centraba en los bienes de producción y los servicios de base. De otro lado, hay que señalar que sobre el legislador de 1942 pesó sobremanera la idea de evitar nuevos gravámenes sobre los costos de producción.

Un primer intento constructivo apunta hacia el sistema de responsabilidad extracontractual del artículo 2.043 del Código civil: cualquier hecho doloso o culposo que causa a otro un daño injusto obliga al que lo ha cometido a resarcir el daño. La responsabilidad del fabricante se fundaría entonces en un criterio de imputación por culpa en cuanto a daños derivados de defectos evitables, mientras que para daños por defectos inevitables se aplicaría un criterio de responsabilidad objetiva. Tal afirmación carece de base normativa suficiente, pues la imputación al fabricante de los defectos inevitables —que no cabe ex art. 2.043— no parece reconducible, si no es por analogía, a hipótesis de responsabilidad sin culpa prevista en el Código civil, y la interpretación analógica no se admite con facilidad en materia de responsabilidad sin culpa.

Desde otra perspectiva se intenta fundamentar la responsabilidad del fabricante en el peculiar «contacto social» que se establece, entre él y el adquirente, en la moderna situación del mercado, y que se caracteriza por una específica confianza que, de un lado, mantiene y provoca el fabricante, y, de otro, origina la actividad del adquirente y, consiguientemente, la entrada del bien defectuoso en su esfera. El problema entonces se centra en verificar si el contacto social referido es susceptible de calificarse como «hecho constitutivo de deberes jurídicos», a cargo del fabricante, y en base a los cuales pueda el adquirente reclamar el resarcimiento de los daños sufridos por defectos de un bien.

En esta línea, un primer tipo de hipótesis —histórica y sistemática—

mente— califica el «contacto social» fabricante-adquirente como *facti species* negocial, deduciéndose para el primero una obligación de actividad dirigida a la protección del segundo. Desde este punto de vista, son dos las orientaciones fundamentales.

En primer lugar se considera al adquirente como parte de una relación negocial que abarca al fabricante y al comerciante, estimando que las relaciones entre estos últimos están funcionalmente preordenadas a la estipulación del contrato de compraventa por parte del consumidor. Se parte de la idea de que al consumidor, sujeto directamente interesado en el bien, le importa, ante todo, la calidad del mismo, y ésta depende del fabricante, sin que sea relevante en este sentido la intervención del vendedor. La relación fabricante-comerciante se configura, bien como contrato a favor de tercero, bien reconduciéndola a la figura del mandato. Tal afirmación es discutible, en el primer caso, porque no parece que en el contrato entre fabricante y comerciante el adquirente sea considerado como destinatario de una prestación a cargo de una de las partes, y en el segundo, porque frente a terceros el comerciante vendedor actúa en nombre propio, además de que se señala que, caso de admitirse la tesis, la responsabilidad del fabricante quedaría dentro de los límites del artículo 1.494 del Código civil.

En segundo lugar, y en base a la actividad que el fabricante asume para ganarse la confianza del público, se estudia una relación negocial fabricante-adquirente, distinta y autónoma de las que existen entre fabricante y comerciante y comerciante y comprador. La doctrina alemana califica la actividad promocional como oferta de contrato, de la que resulta obligado el fabricante a proporcionar una determinada calidad y, en su defecto, a indemnizar. Señala GHIDINI que esta tesis tiene un fundamento poco sólido, cual es el de estimar que de la actividad promocional se derivan obligaciones de tipo negocial. En este sentido, es cierto que el fabricante ofrece muchas veces garantía —que, por cierto, cubre sólo la reparación de los defectos o, en su caso, sustitución del bien—, pero ello no desvanece las dudas, sino al contrario, puesto que si se ofrece explícitamente como un incentivo más, es porque no existe obligación específica al respecto. La actividad de promoción puede suponer para el fabricante una cierta obligación moral de prestar la calidad prometida, pero no tiene relevancia jurídica.

La inaceptabilidad de las hipótesis de tipo negocial no supone la imposibilidad de fundar la responsabilidad del fabricante en base al «contacto social» entre éste y el adquirente. Se trata de investigar si de la misma Ley puede deducirse que tal «contacto» funciona como hecho constitutivo de determinados deberes del fabricante. Partiendo de la específica nota de confianza que caracteriza dicho «contacto», igual en esencia al que existía en mercados de tipo artesanal entre vendedor y adquirente, y que parece susceptible en principio de calificarse como relación precontractual, se pretende aplicar esta misma calificación a la relación fabricante-consumidor del moderno mercado. De aceptar esta calificación entraría en juego el sistema del artículo 1.337 del Código civil, según el cual «las partes, en el desarrollo de los tratos y en la formación del contrato, deben comportarse con arreglo a la buena fe».

A la tesis precedente se oponen, sin embargo, una serie de objeciones que ponen de manifiesto la existencia de ciertas diferencias entre los dos tipos de «contacto social» que se pretende equiparar: fabricante-vendedor y fabricante-adquirente.

En primer lugar, y en cuanto a los presupuestos objetivos, se señala que la relación vendedor-adquirente se desenvuelve en el ámbito de la oferta al público que el ejercicio del comercio comporta, siendo patente

una tácita voluntad negocial por parte del vendedor, voluntad que no aparece en la actividad promocional. De cualquier modo no parece suficiente esta diferencia para excluir el esquema precontractual. De hecho la doctrina admite que, junto a la efectiva oferta de contrato, basta una simple invitación, aun tácita, para que pueda hablarse de relación precontractual.

En segundo lugar se pone de relieve cómo en la relación fabricante-adquirente faltaría la bilateralidad que parece exigir el artículo 1.337 del Código civil, bien ésta sea entendida como participación de ambos futuros contratantes en procedimientos prenegociales, bien como recíproca imputación de confianza. GHIDINI salva la objeción señalando que la bilateralidad no es nota constitutiva de la relación precontractual, sino que ésta se produce cuando surge bien en una de las partes una confianza objetiva respecto de la otra, bien en ambas recíprocamente.

Se señala, por último, que el sistema de responsabilidad establecido por el artículo 1.337 es de naturaleza contractual, pues dicho precepto hace referencia a «las partes». El argumento, puramente literal, se supera refiriendo el término «partes» adoptado en el artículo 1.337 a la relación precontractual, que, desde un punto de vista contractualista, añade GHIDINI, supone una auténtica relación obligatoria, independiente del futuro contrato.

Se plantea entonces la cuestión bajo un enfoque puramente lógico: si es cierto que la fuente de la obligación de buena fe es una relación o «contacto» social dirigida a la preparación del contrato, es lógico pensar que la relación referida sólo surgirá entre aquellos que puedan llevar a cabo el negocio final, en el caso que nos ocupa vendedor y adquirente. Ahora bien: la proposición parece desmentida por el hecho de que en la moderna economía el fabricante —tercero en el contrato de compraventa que efectúa el consumidor— es auténtica contraparte económica.

De otra parte, y bajo el mismo prisma lógico, se afirma que, si comportarse según la buena fe supone observar determinadas obligaciones de aviso, secreto y custodia en aras de la conclusión de un contrato, es evidente que estos deberes incumben a las personas que intentan realizar una concreta ordenación de intereses, o sea vendedor y consumidor. Claro que de la premisa expuesta puede llegarse a una conclusión diversa: los deberes precontractuales incumben a cualquiera que aparezca, por la propia capacidad de influir la formación del contrato, como efectivo centro de imputación de la confianza de una parte; a este respecto ya se ha señalado que en el mercado actual ese «cualquiera» no es otro que el fabricante.

Como un último argumento, esta vez de orden sistemático, a favor de la naturaleza contractual del sistema del artículo 1.337, se pone de relieve que dicho precepto se inserta en una serie de normas propias de la disciplina de las obligaciones y los contratos. Se trata de disposiciones coordinadas en aras de un resultado que afecta sólo a los sujetos de una determinada relación obligatoria, no justificándose, se dice, que la regla de la buena fe contractual se refiera a terceros ajenos al futuro contrato. Ahora bien: ni el encuadramiento sistemático del artículo 1.337 ni la unión funcional entre relación precontractual y relación *ex contractu* imponen la conclusión de que los sujetos de la primera relación se identifiquen siempre con los de la segunda. Por el contrario, dichos factores permiten tan sólo afirmar que la disposición contenida en el artículo 1.337 se dirige únicamente a los sujetos de la relación obligatoria precontractual.

De cualquier modo la tesis de la responsabilidad por culpa *in contrahendo* ha tenido gran vigencia, desde que fuera expresada por IHERING. Para superarla expresa GHIDINI la necesidad de que se modifiquen los

conceptos sobre fundamento y presupuestos de la responsabilidad misma, en el sentido de admitir la idea, según la cual las obligaciones de corrección *in contrahendo* no se fundan en el contrato-objeto, sino exclusiva y directamente en la Ley. Una vez que por imperativo de la Ley baste una imputación de confianza objetiva para hacer surgir deberes de corrección, la parte que en un «contacto social» prenegocial produzca esa confianza quedará evidentemente obligada.

El encuadramiento de la relación de confianza adquirente-fabricante aparece como el único medio para conservar la específica tutela ex artículo 1.337 de la confianza prenegocial del adquirente. Ahora bien: esto no basta para afirmar la idoneidad del sistema precontractual en problemas de daños por defectos de la cosa, ni para demostrar las ventajas de esta perspectiva sobre la fundada en el artículo 2.043 del Código civil.

En cuanto a la primera cuestión, se trata de verificar si en la supuesta relación precontractual adquirente-fabricante se individualizan, a cargo de este último, deberes cuya falta de observancia permita imputar el perjuicio sufrido a consecuencia de defectos de fabricación. En este sentido señala GHIDINI que son dos los deberes fundamentales: veracidad e información, concretados ambos en un principio general de corrección que establece la necesidad de realizar cuanto socialmente es exigible para tutelar las legítimas expectativas prenegociales de la otra parte.

En cuanto a la segunda cuestión, se trata de comprobar si el sistema fundado en el artículo 1.337 garantiza completamente la protección del adquirente, lo cual no puede afirmarse con base normativa desde el punto de vista extracontractual. La cuestión se centra en torno de los defectos inevitables, pues la adopción de un comportamiento socialmente exigible no supone, en principio, la imposición de una absoluta y objetiva diligencia, cuyo mantenimiento podría perjudicar a la misma empresa.

En este sentido, afirma GHIDINI que una interpretación funcional y evolutiva del artículo 1.337 permite sostener que dicho precepto impone al fabricante un deber de garantía, puesto que la función protectora a que el precepto tiende no se realiza plenamente con la sola adopción de un comportamiento previo.

La garantía, de la que se excluyen daños por caso fortuito, opera tan sólo cuando se ha realizado en contrato de adquisición, a consecuencia del cual el bien defectuoso llega a poder del consumidor y está subordinada a la efectiva prueba del daño.

VICENTE PONS MARTI

Profesor ayudante de Derecho Civil

GUAITA, AURELIO: *Derecho administrativo especial*, t. V («Aguas, montes, minas»), un volumen de 472 págs. Librería General. Zaragoza, 1970.

En 1960 aparece el primer tomo de un «Derecho Administrativo especial», que el autor, catedrático de la Universidad de Zaragoza, destina fundamentalmente a sus alumnos. Desde entonces van saliendo tomos sucesivos, hasta cuatro, con cadencia bienal. Este quinto se ha hecho esperar más, debido, sin duda, a la precisión de reeditar los anteriores, todos ya en segunda o tercera edición.

En un decenio ha llevado a cabo el profesor GUAITA su propósito inicial: con este tomo quinto queda completa la obra. Entre tanto, ésta ha

adquirido justa fama: los colegas la recomiendan, los estudiantes la emplean con fruto y los profesionales han encontrado en ella un auxiliar valioso para la resolución de cualquier consulta y para la solución, o al menos aproximación, a cualquier problema, en una disciplina que, salvo los contados casos de especialización en una sola materia concreta (aguas, transportes, propiedad industrial, etc.), no permite poseer en profundidad y al día conocimientos inmediatos bastantes para la práctica cotidiana.

La obra es singular, como la idea de escribirla, y ambas han de insertarse en una etapa histórica determinada del Derecho administrativo español. En la anterior, que va acaso desde COLMEIRO a la fundación de la RAP., diversos profesores habían tratado de acotar el latifundio varipinto de la legislación más o menos administrativa en unas obras de conjunto que, tras la indispensable «parte general» con ciertos vuelos doctrinales, proporcionaban el «argumento y cantables» de un sinnúmero de institutos y temas legales, ordenados con mejor o peor fortuna, mediante la transcripción de los preceptos más importantes y la cita o resumen de la legislación complementaria y las más frecuentes máximas jurisprudenciales. Servían al estudiante para pasar el examen; daban alguna indicación útil al profesional; pero su calidad formativa en las materias objeto de «leyes especiales» no iba muy lejos, y una vez derogadas las normas circunstancialmente vigentes perdían, con su valor informativo propedéutico, casi toda su eficacia.

Ciertamente, los mejores de entre esos autores y, en general, los mejores administrativistas de la generación inmediatamente anterior a la guerra civil, que trataron de incorporar la ciencia española a la corriente europea, hicieron algo más valioso que esos manuales: aparte algunas buenas monografías, formaron discípulos, y así se explica la eclosión increíble de nuevos maestros desde los años cuarenta, que han multiplicado por diez y por veinte en cantidad y calidad nuestra producción científica en la materia.

La nueva generación necesitaba sus propios textos, y varios profesores acometieron, con éxito, la tarea de elaborarlos. Pero, como parece lógico, empezando por el principio. Y—*ars longa, vita brevis*—ninguno de tales excelentes textos (dejo aparte las refacciones de los antiguos) parece destinado a pasar de la llamada *parte general*. La singularidad de la idea del profesor GUAITA estriba, así, en comenzar por el medio, escribiendo unas instituciones, hoy únicas, sobre la preterida *parte especial*. Lo logrado del intento, es decir, la fidelidad al propósito inicial; la autoexigencia y laboriosidad del autor, y lo inteligente, medido y completo del trabajo, son cosas que se ven mejor ahora, una vez acabado (en cuanto pueda considerarse acabada una obra de esta naturaleza). Incluso los ulteriores cambios legislativos y las consiguientes reformas en las sucesivas ediciones demuestran lo mucho que la obra tiene de permanente y principal.

El presente volumen, como los anteriores, estudia las líneas maestras de la regulación positiva, resumiendo el articulado de las leyes (que transcribe raras veces) y sistematizando su contenido: lo mismo si el tema es objeto de una disposición legal o varias, en cuyo caso funde lo vigente de todas y cada una en una explicación clara y fluida. Todo ello junto con las controversias y cuestiones más importantes en tema de aplicación de la ley, proporcionando antecedentemente noticia histórica bastante para situar los textos en vigor, desarrollando sus principios y conceptos esenciales, y prestando mayor atención y extensión—dentro de su brevedad habitual—a aquellos planteamientos y discusiones doctrinales con repercusión en el Derecho positivo, a cuyo propósito expone, con los argumentos de cada una, las diversas tesis en presencia.

En las notas, en primer lugar, la acostumbrada (y no por eso menos

difícil y meritoria) aportación exhaustiva de legislación y bibliografía, y de toda la jurisprudencia importante, por cierto bien resumida, con observaciones críticas a veces y otras con transcripción literal de algún párrafo. Un trabajo minucioso, paciente, poco brillante y en extremo eficaz, que confiere al libro su notable valor para el profesional, y cuya calidad, exactitud e integridad merecen ponerse de relieve: en particular, la densidad y concisión de las informaciones jurisprudenciales.

Junto a esto contienen las notas indicaciones interpretativas sobre algún precepto concreto; resolución de conflictos y contradicciones entre textos y leyes diversos; concordancias, distinciones y motivos; antecedentes prelegislativos, etc.

No es fácil en un manual, una vez descritos sus rasgos más característicos, dar noticia de su contenido: tal noticia o es el manual mismo o corre el riesgo de ser trivial: nunca podría consistir en el índice detallado de cuestiones, pues éste (al contrario del de una monografía) aproximadamente se puede intuir por cualquiera. Mas el libro de GUAITA contiene tomas personales de posición en número más que suficiente para que el lector, dando cuenta de algunas de ellas (al par que señala otros puntos notables en el libro), pueda completar la visión de la obra.

En tema de *aguas*, y en la parte organizativa a la que se dedica el § 1, se ha de destacar el tratamiento de las comunidades de regantes, las cuales «se admite casi con unanimidad que son corporaciones, es decir, entidades jurídico-públicas de base asociativa (están integradas por miembros: los comuneros o partícipes, generalmente regantes), gobernadas por regla general por principios democráticos y, de ordinario, de constitución y permanencia necesaria»; dotadas, al menos a algunos efectos, del carácter de Administración pública, y así de las potestades reglamentaria, sancionadora y ejecutiva, y la de dictar actos administrativos. Mas no considera correcto el autor, «aunque lo deja entrever la Ley de Aguas y en ocasiones lo afirma la jurisprudencia, configurar a estas corporaciones, a estas personas *a se*, a estas Administraciones públicas como *delegadas* de la Administración del Estado, aunque las aguas que administran y aprovechan sean, por hipótesis y siempre, aguas públicas, aguas de dominio público. El nexo que une a las Comunidades de regantes con la Administración del Estado no es la delegación, sino una concesión: las Comunidades son, sencillamente, concesionarias de aguas».

Dentro de las llamadas «Comunidades generales», que—y eso las caracteriza—aprovechan siempre aguas procedentes de una sola toma del cauce público, agrupando colectividades menores y a veces regantes aislados, y planteando el problema de la subsistencia de la personalidad jurídica de tales colectividades menores, distingue el autor según reúnan comunidades antecedentes (éstas parecen conservar su personalidad), o bien, al contrario, se dividan ellas mismas en varias colectividades, que aparecen sin personalidad jurídica, como órganos desconcentrados del ente superior.

Dentro de la comunidad, los jurados, por regla general, pueden configurarse como órganos administrativo-jurisdiccionales (no judiciales) suyos: el autor resume bien la naturaleza de sus sanciones y recursos posibles contra ellas.

Un segundo § versa sobre el dominio de las aguas superficiales; «propiedad *especial*—dice—por su misma naturaleza fluida y fugitiva; por tratarse de un elemento relativamente inaprehensible y esencialmente dinámico»: acaso cabría incluir aquí la distinción entre la condición inmobiliaria de la corriente de agua que, como fuerza o como fluido, opera siempre en el mismo lugar, y el carácter mobiliario de la sustancia. El autor razona su opinión favorable a la nacionalización del conjunto del dominio hídrico del país: en todo caso, piensa que en el Derecho vigente

la presunción legal se halla en favor de las aguas públicas: lo son las no privadas o *nullius*, tal es el espíritu de la Ley de Aguas, bien patente en los proyectos que precedieron a la Ley de 1866 y en la celebrada Exposición de motivos de ésta.

Rechaza el profesor GUAITA la consideración como aguas privadas de las que tengan su nacimiento en montes propiedad de Corporaciones locales incluidos en el catálogo de los de utilidad pública; pues aunque, de una parte, la Ley de montes otorga a tales Corporaciones la «competencia» «para disponer del uso y disfrute de las aguas que nazcan en sus montes», con lo que implícitamente, pero de modo indudable, viene a decir que tales aguas son privadas y de la propiedad de las Corporaciones; de otra, dada la situación del precepto en la Ley de Montes, éste no puede tener otro significado que el artículo 412 del Código civil: se trata de un aprovechamiento que, como el del propietario del fundo donde nace la corriente en el Código, el autor califica de «personal e intransferible»: acaso, más propiamente, de un aprovechamiento que no puede exceder los límites de la finca.

También la legislación forestal ha venido a complicar el tema relativo a las riberas al declarar, aunque de forma nada clara ni mucho menos convincente, que éstas no son bienes de dominio público (frente al Código civil y a la Ley de Aguas), sino patrimoniales del Estado o, más exactamente, del Patrimonio Forestal del Estado (Leyes de 10 de marzo y de 18 de octubre de 1941): el autor no ve razón válida para «cambiar la naturaleza dominial de las riberas, que sin duda han de seguir considerándose de dominio público», aunque parcialmente en la órbita del Ministerio de Agricultura; por lo demás, la Ley del Patrimonio Forestal del Estado no emplea la expresión *riberas*, sino la de *márgenes*, que según la Ley de Aguas son conceptos distintos y nunca pueden coincidir.

Considera el autor que para que las aguas que nacen en predios de propiedad particular sean realmente privadas, es preciso que no constituyan corrientes naturales (en otro caso son aguas públicas, aunque pertenezcan al dueño del predio «para su uso y aprovechamiento»), y da una buena razón, a saber, que según el texto legal «tanto los ríos—en toda su extensión, *incluido el nacimiento*—como los arroyos y manantiales que corren por sus cauces naturales son de dominio público en todo caso».

En tema de aprovechamiento de las aguas públicas (§ 3) se pone de manifiesto el principio de «vinculación del agua a la tierra», tal que cuando caduca la concesión a una empresa para riego de tierras ajenas, el dominio de las obras y el aprovechamiento del agua revierte a la comunidad de regantes y no al Estado (concesión *in perpetuum*). La limitación temporal es incongruente con la concesión para riego de tierras propias (que no podrían ser «devueltas al secano») y más con la concesión para el abastecimiento de poblaciones.

El tema de la usucapión de aguas públicas preocupa a la conciencia administrativista y iuspublicista de mi querido colega y amigo. Por de pronto debe suprimirse al carecer de justificación: «no lo es—piensa—el argumento de la seguridad jurídica», «pues aparte de que las aguas públicas *sí tienen dueño conocido* y con el uso veintenal se esquivo y burla la legítima necesidad de la concesión—a la que deben acudir los menos pacientes—, introduce un elemento de inseguridad y perturbador en la política de los aprovechamientos hidráulicos; es inseguro también este modo de adquirir por la a veces dificultad acerca de la prueba de que durante veinte años..., etc.; y, en fin, lo es también en cuanto a la cantidad del agua aprovechada. Con todo, pienso yo que si la usucapión, en Derecho civil, sirve para dispensar al reivindicante de la prueba de otro título, esta utilidad es eminente en tema de aguas, en que muchos antiguos aprovechamientos carecen de título escrito; además, la usucapión

en Derecho civil abarca los bienes con dueño conocido, sancionando la inactividad de éste; por otra parte, la «perturbación en los aprovechamientos hidráulicos» que introduce la usucapión veintenal (tiempo suficiente para que se la subsane) no es mayor que la «perturbación en la propiedad» del despojado; finalmente, las dificultades de prueba corren siempre a cargo de usucapiente, según la máxima *tantum praescriptum quantum possessum*.

Naturalmente, estima que la usucapión de las aguas públicas es de naturaleza administrativa, «porque se trata del aprovechamiento de cosas públicas, porque ha de reconocerse *iure publico* (registro de aprovechamientos de aguas) por la Administración, porque provoca actos administrativos, porque la posesión de aguas públicas—también para la Ley de Aguas—es tema jurídico-administrativo, porque de surgir discrepancias habrá que resolverlas en un recurso contencioso-administrativo, porque de hecho y de derecho es como si fuera una concesión». La cuestión es controvertida y controvertible; la postura del profesor GUATA, defendible y bien defendida; yo, que no la comparto del todo, no podría discutirla aquí.

En tema de aguas subterráneas (§ 4) señala cómo éstas, con las superficiales, componen «un ciclo único, interdependiente y cerrado sobre sí; no hay aguas «aisladas» y, concretamente, las superficiales y las subterráneas se alimentan mutuamente, por lejos que se encuentren éstas respecto de aquéllas, a causa de la fluidez y movilidad de todas ellas. De ahí que una verdadera política hidráulica haya de tener en cuenta todos los recursos hídricos». Tales aguas subterráneas «son cosas *nullius*, sencillamente porque no pueden ser objeto de propiedad, porque no pueden—in actu—ser objeto de ninguna dominación»; por tanto, ni pueden ser propiedad privada del dueño del fundo supistante ni tampoco cosas dominiales; precisamente por eso «una vez alumbradas por un particular aguas en terrenos de dominio público, la Administración extiende a su favor un título de propiedad sobre las aguas; el alumbramiento es realmente la ocupación de una cosa *nullius*».

El capítulo dedicado a *montes* se inicia con el estudio de la propiedad forestal (§ 1), y en particular, y con detenimiento, de los montes catalogados y su condición legal de bienes patrimoniales de la Administración, que, por ser de ésta, nunca se adscriben al Derecho civil puro, y cuyo régimen específico se aproxima en gran medida al del dominio público: «puede, si se quiere, hablarse de un régimen de dominio público atenuado o degradado, pero sin duda alguna en mi opinión merecen llamarse de dominio público—porque lo son—unos bienes que pertenecen a la Administración, que tienen un régimen de Derecho público (el Derecho privado no está aquí atenuado, sino casi prácticamente proscrito) y que son por definición de utilidad pública ya por ser de uso o de servicio público, ya sencillamente, como será quizá el supuesto general, porque están destinados al fomento de la riqueza nacional». Esto aparte, los montes catalogados pueden ser también de dominio público.

La presunción posesoria emanada del catálogo se convierte para el autor, con razón, en una presunción de propiedad: es curioso observar cómo se reproducen entre los administrativistas los mismos razonamientos que suscitó entre los hipotecaristas la presunción posesoria del artículo 41 de la Ley de 1909. «La Administración—argumenta el administrativista zaragozano—sigue en posesión de un monte catalogado mientras no sea vencida en juicio declarativo ordinario de propiedad; ahora bien, si para «arrebatarle» el monte ha de ser vencida en un juicio sobre la propiedad, esto indica que es la propiedad lo que el catálogo presume, presunción que sólo se destruye si y cuando un particular demuestra (por usucapión o por título del Registro) que es suya la propiedad.»

En tema de deslinde de montes públicos critica el autor que siendo la declaración de la Administración al respecto un acto administrativo y el de deslinde un proceso (contencioso-administrativo) reducido al hecho de la posesión, el discrepante haya de acudir luego al juicio declarativo ordinario de propiedad ante un tribunal civil, duplicidad innecesaria y que debería evitarse. Para él lo congruente sería, tratándose de un acto administrativo, que el litigio se decidiera por el tribunal contencioso-administrativo. Evidentemente, esto es cuestión de pura decisión legal, mas parece dudosa la utilidad de suprimir la especialización por materias de los tribunales para pasar prácticamente a distinguir según las personas de los litigantes: la mano pública tendría sus propios jueces, aun en temas de Derecho privado.

El § 2 se dedica a la repoblación, mejoras y aprovechamientos forestales, y el 3 a la conservación y defensa de los montes, infracciones forestales, sanciones y responsabilidad en tal caso: el autor critica, en tema de sanciones a los incendios forestales, que cuando la multa es superior a cien mil pesetas el asunto pase a la órbita de la justicia criminal, pues «lo que ha de ir ante los Tribunales son los delitos, pero no las faltas administrativas por graves que sean, y no puede defenderse seriamente que una infracción es administrativa si la multa a imponer es de cien mil pesetas, y que, en cambio, es delito si la multa ha de ser de cien mil una».

En el § 4 realiza el autor una acertada exposición de la naturaleza, régimen y tipología de los bienes y montes comunales. Recuerda cómo, históricamente, «en su casi totalidad, los comunales eran de propiedad de los vecinos, del «común de vecinos», propiedad inalienable y vinculada al vecindario que, obviamente, tenía el derecho de aprovecharlos en exclusiva, facultad normal de todo propietario; el Ayuntamiento sólo era la autoridad gestora de los derechos e intereses del núcleo o grupo social que son los vecinos propietarios»; sólo ulteriormente y tras un largo proceso se atribuyen los Ayuntamientos la titularidad, empero con escasa razón, pues «el supuesto propietario ni puede disponer de un bien comunal ni puede tampoco disfrutarlo o aprovecharlo: es, pues, un propietario muy especial, toda vez que *está* despojado (*no se le ha despojado*, pues no la tuvo nunca) de la facultad de aprovechar esos bienes «suyos», situación irreversible mientras la cosa siga ostentando el carácter de comunal; verdaderamente estamos en presencia, aunque de algo ciertamente vivo, de un fenómeno de arqueología socio-jurídica, casi fósil, de «un ejemplo supérstite de la antigua propiedad colectiva (*gesamte Hand*) que pertenece a la colectividad de vecinos y al Concejo (municipal) en su representación».

Con todo —continúa—, dadas las intensas facultades del Ayuntamiento en relación con tales bienes, «ha de reconocerse que hoy es *también* propietario de los comunales, pero no el único propietario, sino, en cierto modo, copropietario en concurrencia con los vecinos». Acaso cabría matizar aquí que se trata de titularidades heterogéneas, ya que aquél y éstos mantienen, frente a los bienes, posiciones diferentes, y, por tanto, no me parece posible hablar de esa titularidad unitaria compartida en que consiste, necesariamente, la copropiedad. El propio autor explica la cotitularidad sobre los comunales, unas líneas después, en mi opinión más exactamente, como «una especialísima propiedad compartida (Municipio-vecinos) de naturaleza jurídico-administrativa: el Municipio aparece como un propietario relativamente maniatado y teórico; los vecinos son titulares de un auténtico derecho real de goce que limita y completa los derechos dominicales de aquél». Y, desde luego, sin duda «también ahora pueden *nacer* bienes de esa especie merced a la ósmosis posible, en ambas direcciones, entre comunales, de un lado, y todos los demás bienes municipales, de otro (de propios y de dominio público)».

Los antiguos comunales propiedad de los vecinos se traducen hoy en los montes vecinales en mano común, especie antiquísima de regulación muy reciente, que el profesor GUAITA estudia a continuación, señalando que «incluso puede sostenerse que las comunidades propietarias tienen personalidad jurídica pública, o al menos no puede negarse que están en la Ley muy intensamente administrativizadas». Frente a la desviación que podría representar el artículo 42.º de la Ley de Montes insiste en que «se trata de montes comunales a secas o sin más, con la única particularidad de que el derecho a los aprovechamientos corresponde no al vecindario total de un Municipio, sino a los vecinos de una *localidad* o *núcleo de población* de dicho Municipio; a una parte de los vecinos de éste».

La tercera y última parte de la obra trata de las *minas*. El § 1, en su parte introductiva, plantea el problema de la naturaleza del dominio minero. Primero, en su perspectiva histórica (que explica el tenor del artículo 339 del Código civil): «para el legislador de 1868-89 lo que llevaba a incluir las minas entre los bienes de dominio público era su destino —fomento de la riqueza nacional—, que se consideraba cumplido y alcanzado suficientemente por el hecho mismo de la concesión y, lógicamente, el concesionario devenía propietario». Y luego en la Ley de Minas, en la cual, en principio, «concedidas o no, las minas son siempre dominio público»: el concesionario se apropia, es propietario, de los minerales separados del yacimiento, pero jamás deviene propietario de éste, de la mina. «Si bien —añade— la de minas es una concesión muy peculiar (¿es perpetua?) que vive en parte en la órbita del Derecho privado.»

Dentro de los bienes de dominio público, las minas no son bienes de uso público (eso quiere decir el Código civil al explicar que pertenecen privativamente al Estado, «en el sentido de que no están abiertas al uso público; de que nadie tiene *a priori* ningún derecho de uso sobre ellas»), ni tampoco de servicio público, sino bienes destinados al fomento de la riqueza nacional, categoría ésta que, aun olvidada en leyes posteriores, tiene su apoyo en el Código civil. Algunos autores, partiendo del supuesto de que no existen más bienes de dominio público que los de uso y los de servicio público, al no poder admitir que las minas sean bienes que presten o estén afectadas a un tal servicio, concluyen que son bienes de uso público, denominación que, según señala GUAITA, no es ni exacta ni ventajosa, pues el uso «deja la cosa intacta, cosa que es además no consumible, mientras que las minas no se «usan» (si una playa o un camino), sino que se explotan o aprovechan, se les arrancan, incluso físicamente, sus «frutos» (las minas son cosas consumibles: toda concesión minera está abocada a terminar con una pertenencia del dominio público, a extinguir una porción de éste». Aparte de no ser intercambiables las normas dictadas para los bienes de uso público y las dictadas para las minas.

En una segunda parte de este § 1 se ocupa el autor de las rocas y, en particular, de su naturaleza jurídica. El mantiene, contra la doctrina antigua, y al lado de ENTRENA, la dominialidad, apoyado en el tenor literal del artículo 1.º de la Ley de Minas; a partir de ésta el legislador ha optado por «atribuir *ex lege* el derecho de aprovechamiento a los propietarios de los fundos en que se hallen las rocas, y dada su abundancia, etc., no hay inconveniente en que el propietario del predio explote las rocas cuando lo estime oportuno o que ceda a otros su explotación, pues de cualquier modo se alcanza la finalidad de la Ley y el destino de las rocas; pero cuando éste y aquélla exijan otro régimen jurídico de explotación, la Ley de Minas provee suficientemente a ello, obligando al propietario a la explotación y al ritmo que se le señale, e incluso privándole del derecho de explotación que también por Ley se le había otorgado.

Se trata, por consiguiente, de una concesión legal, de naturaleza administrativa y de carácter precario, que se atribuye a los propietarios por su cualidad de «ribereños» de dominio público; por supuesto, el derecho atribuido se refiere exclusivamente a aprovechamiento o explotación, no a la propiedad, pues ésta bien claramente dice la Ley que corresponde «a la Nación»: es cierto que dice también que los dueños de los terrenos podrán aprovechar las rocas «como de su propiedad», pero esta frase, sin duda sincopada, ha de entenderse así: *como si fueran de su propiedad*.

Además, en los casos en que el propietario es invitado a aprovechar las rocas situadas en su finca y, desatendida la invitación, otorga el Estado la explotación a un tercero o bien la lleva a cabo el propio Estado, se indemniza al propietario del terreno «por la ocupación de la superficie durante el tiempo necesario y por los daños causados», pero no por las rocas (que nunca fueron del propietario del terreno) ni por el derecho a su aprovechamiento (que pierde automáticamente *ex lege* al negarse a ejercitarlo). Alega, finalmente, los artículos 108 y siguientes de la Ley de expropiación forzosa y 125 y siguientes de su Reglamento, que legitiman la ocupación temporal de inmuebles para la extracción de materiales de toda clase necesarios para la ejecución de obras públicas, abonando el valor de tales materiales únicamente si habían sido acopiados por el propietario o si la cantera se hallaba abierta y en explotación.

Acaso, con todo, las normas citadas de la Ley de Minas y la de expropiación pueden explicarse sin necesidad de prescindir de la teoría tradicional de la propiedad del dueño del fundo sobre la masa rocosa incluida en él. El «derecho de aprovechamiento» que la nueva tesis reserva al propietario tiene entidad muy distinta y mayor que el del dueño del fundo sobre las corrientes de agua que en él nacen (y que no puede desviar o utilizar), hasta el punto de equivaler a un derecho de dominio con ciertas limitaciones. A estas limitaciones alude el artículo 1.º de la Ley de Minas cuando califica a los minerales *in genere*, y por tanto también a las rocas, de «bienes de la Nación»; y en particular a la facultad del Estado de obligar a la puesta en valor de la cantera (de igual modo que puede obligar al cultivo de una finca en determinadas circunstancias) «cuando lo justifiquen superiores necesidades de interés nacional, expresamente declaradas por el Gobierno», y no en otro caso (art. 6). De donde, normalmente, el propietario puede no explotar, contra lo que ocurriría tratándose de una concesión. Y si bien, ciertamente, en circunstancias excepcionales el Estado puede—al parecer—arrebatar la cantera al propietario sin indemnizarle por la masa pétreo (a menos que se considere incluida la piedra extraída en el concepto de «daños causados»); sin embargo, ello ocurre sólo o bien como sanción al incumplimiento de una obligación de la propiedad, o como un aprovechamiento circunstancial y limitado por la necesidad de la obra de utilidad pública a que se atiende con la ocupación temporal (cfr. art. 116 de la Ley de expropiación forzosa); además ocurriría igual si en lugar de rocas se tratase de otros materiales, los cuales son indiscutible propiedad del dueño del fundo. Y ocurre igual en el supuesto del artículo 118 en relación con el 108-4 de la Ley de expropiación forzosa, que supone una inmisión en la propiedad privada mucho más intensa que las otras ocupaciones temporales.

Pienso, pues, que cualquiera que fuere la intención de los autores de la Ley de Minas, y aun el tenor literal del texto legal, la *situación* del dueño del fundo frente a la masa rocosa se configura por la propia Ley, dadas las atribuciones que a tal dueño concede, precisamente como un derecho de propiedad.

En el § 2, minerales, se estudian los permisos de investigación (incluidas las calictas en terrenos de dominio público a que se refiere el ar-

título 426 del Código civil, y cuyos requisitos son mayores de los previstos en tal precepto) y la concesión minera, cuyo carácter negocial y bilateral considera el autor innegable; «pero no puede decirse lo mismo —al menos sin grandes reservas— del carácter contractual que suele acompañar a las demás concesiones en nuestro Derecho, pues ya se ha dicho que la de minas es de otorgamiento necesario; de otro lado, aunque el título concesional sea concreto y singular para cada caso, el bloque del *status* jurídico del concesionario—de todos los concesionarios de minas— es uniforme y constituye sin duda una situación legal y reglamentaria que coloca al concesionario en una situación más débil que la de quienes contratan con la Administración». En tema de causas de extinción de la concesión hace notar la influencia de la Ley del Patrimonio del Estado, que frente a la perpetuidad admitida por la Ley de Minas impone el plazo máximo de noventa y nueve años para cualquier concesión sobre el dominio público.

En el § 3 y último, sobre hidrocarburos, valora con acierto la norma sobre inalterabilidad de permisos y concesiones, especie de promesa estatal a las empresas interesadas.

Dice el profesor GUAITA en el prólogo que «el libro está todo él como comprimido, con una prosa enjuta, con pocas concesiones a la *literatura*, lo que, muy probablemente, no lo hace de lectura fácil: verdad es también que no me propuse escribir una obra fácil, sino, en la medida de mis fuerzas, actual, exacta, completa y breve; y puede creer el lector que lograr esa brevedad, relativa por otra parte, no ha sido el menor de mis trabajos al estudiar y escribir este libro». Y tiene razón en cuanto dice salvo en lo relativo a la falta de facilidad de la lectura; aunque apretada de nociones, la prosa del libro, correcta otrosí, es diáfana y da la impresión, muy acentuada, de ser perfectamente asequible a los estudiantes, cuya principal dificultad para aprender esta parte del Derecho administrativo no es la de entender la materia, sino la de retener en la memoria nociones tan variadas y abundantes. El hacer discurrir sobre ellas es un medio para facilitar su recuerdo, y también en ese sentido la obra, cumplida y completa ya, es pedagógica.

JOSÉ LUIS LACRUZ BERDEJO

RODOTÀ, STEFANO: *Le fonti dell'integrazione del contratto*, 250 págs. Milán, 1969.

RODOTÀ, en *Le fonti dell'integrazione del contratto*, va a replantear este problema dentro de los nuevos principios que inspiran el moderno derecho de la contratación. Si bien algunos de los problemas que la reforma del Código civil italiano suscitó no pueden trasladarse a nuestro orden jurídico, no es menos cierto que otros e incluso algunos de los aspectos de aquellos que no responden a un mismo contenido de normas nos interesan, puesto que responden a una línea universal de reestructuración de la teoría de la contratación. Aquí radica el interés de la obra. El Capítulo I plantea el tema en términos genéricos de la construcción e integración del contrato. Analiza la integración del contrato en el sistema del Código civil y en la teoría. Frente a una teoría que separaba dos mundos, el de la ley y el de la voluntad privada, cada uno de los cuales impedía la intervención extensiva para su integral funcionamiento, el sistema de heterointegración. El primer sistema —autointegración— postula la distinción entre el «sector público» y el «privado», distingue

entre el dominio de la ley y el dominio del contrato entendido como *lex inter partes*. Exaltaba, además, tanto la creatividad de hacer privada cuanto su absoluta suficiencia para resolver cualquier aspecto de la situación regulada. Estuviese o no fundada en el pasado esta construcción, hoy se contradice con la actual estructura del ordenamiento positivo italiano, e incluso con la realidad de la contratación de nuestros días. La distinción cerrada entre derecho público y derecho privado ha desaparecido. En el sistema constitucional y económico el contrato se sitúa de forma diversa a la tradicional.

Se pone en evidencia la soberanía de la voluntad, se amplía el horizonte de la investigación al tener en cuenta el modelo que inspiró al contrato. La necesidad de acudir a la heterointegración viene impuesta por la naturaleza de las cosas, los usos del tráfico, los postulados éticos. Ha entrado en crisis la autointegración en tema de contratación porque ha entrado en crisis la construcción apriorística en que se fundaba.

Señala RODOTÁ que, por otra parte, la autointegración encontraba el obstáculo de la imposibilidad de aplicar el procedimiento analógico en el ámbito contractual. Era necesario, pues, acudir a otras fórmulas en tema de integración contractual.

Desde el momento en que la integración no se reduce al ámbito estrechamente voluntarista, se desvaloriza, dice RODOTÁ, la distinción integración-interpretación.

A continuación estudia el artículo 1.374 del Código civil italiano: ¿cuáles son los instrumentos, se cuestiona, que en el ordenamiento jurídico italiano cumplen la función prevista por el artículo 1.375? El precepto citado parece contraponer dos órdenes de fuentes de las obligaciones derivadas del contrato, el contenido del mismo y, por otro lado, la ley, los usos y la equidad. Con ello resalta la complejidad del contrato. Hoy se habla de institucionalización del contrato, estandarización, publicación, transformación del contrato en *status*, etc., de contrato impuesto, regulado, dirigido, etc. Todos estos fenómenos tienen un denominador común que importa a la hora de abordar el tema objeto de estudio en esta obra: suponen la disminución del significado de la actividad de los contratantes en cuanto a la finalidad constructiva de la regulación contractual.

Es innegable que hoy puede hablarse de la existencia de una nueva línea de principios en tema de contrato, que tienen una serie de importantes consecuencias a la hora de resolver problemas tradicionalmente planteados. «El contrato —ha dicho JOSSEAND— deviene cada vez menos contractual», y sobre esta premisa estudia RODOTÁ el tema en su trabajo.

Analiza las limitaciones a la voluntad de los particulares que impiden el que las partes regulen completamente el contenido del contrato. Los factores a que se deben y los efectos —que en cada caso son distintos— que producen. Los límites a la autonomía contractual pueden traducirse tanto en una obligación como en una prohibición de contratar. Tanto en la necesidad de conformarse a una regulación predeterminada como en la obligación de observar la prioridad de tratamiento de los contrayentes. En la sustitución automática de una cláusula contractual como en la modificación de la regulación contractual por finalidades sociales o semipúblicas. Pero en cualquier caso hay una limitación a la libertad de contratar con un distinto valor técnico.

Es innegable que en todo caso hay que atenerse a los términos del derecho positivo.

Es necesario distinguir en primer lugar entre normas que limitan la libertad de contratar y aquellas que limitan la libertad de determinar

el contenido del contrato. Distinción en ocasiones difícil, pues a veces coinciden ambas. Puede hablarse de contrato, concluye, siempre que no se prive a las partes de la libertad de entrar a formar parte de una concreta relación contractual. Todo ello tiene su valor en el momento de decidir las fórmulas nuevas de integración, interpretación del contrato.

Se habla también de «institucionalización» del contrato, de estandarización y de contrato dirigido, del que destacan en nuestros días diversas fórmulas por la doctrina. En todos los casos las nuevas fórmulas tienen una nota uniforme: permanece en ellas el acuerdo de las partes para su constitución, pero deviene prevalente, por otra parte, el interés por la uniformidad y por la permanencia de la relación así establecida. Este fenómeno planteó la llamada crisis del contrato. Y, cuando menos, una revisión de viejos conceptos y tesis tradicionales. Hoy prevalece en la nueva doctrina la consideración del contrato como un instrumento para componer un conflicto de intereses, desapareciendo paralelamente su carácter reglamentario.

De todo ello se concluye la derogación de la autonomía de la voluntad en la esfera de la contratación. Uno de los elementos fundamentales del contrato, el acuerdo, viene afectado por los nuevos principios, pierde su significación máxima, sin que por ello desaparezca como elemento creador del contrato. En el nuevo Derecho italiano, el artículo 1.322, que reconoce al acuerdo su valor tradicional, con límites, está en cierto modo en pugna con el 1.399, que dispone la imposición de cláusulas relativas a precios de bienes o de servicios derivados de la ley o de las normas corporativas, aunque no se hayan inserto en el contrato. Parece, pues, que el 1.339 violenta a la voluntad de las partes, rompiendo así todo un sistema tradicional. Es innegable su profundo sistema innovador; en sustancia, permite al legislador «ordenar cuál deba ser el contenido del contrato. Y la regulación contractual será así en mayor o menor medida diferente de la regulada por las partes. Y cabe, al margen de las polémicas en torno al mismo, concluir que ya no es exclusivo el poder atribuido a las partes en la regulación del contrato.

Analiza otros preceptos que en leyes especiales instauran principios reconducibles al que se deriva del 1.399 del Código civil.

De sus conclusiones cabe destacar la relativa a la posibilidad que pone de relieve que, a través del instrumento legislativo que significan estos preceptos en los que se imponen determinadas cláusulas a la voluntad de las partes, la regulación contractual devenga portadora no sólo de los intereses de los contrayentes, sino de intereses cualitativamente diversos, lo que tiene especial relieve a la hora de interpretación de los contratos.

Todavía se detiene en el juego de preceptos 1.399 y 1.374, del Derecho civil italiano, siempre en la línea de la naturaleza de la intervención estatal en tema de contratos y de las consecuencias o efectos en materia de integración del contrato.

Hay en estos casos un concurso de fuentes y la proyección de la normativa impuesta por la ley nos lleva a preguntarnos si este concurso no alterará fundamentalmente la regulación del contrato, su contexto estructural. La sustitución de cláusulas que prevé el artículo 1.399 del Código civil italiano eleva, en otros términos, a cuestionarnos si puede reconducirse a un acto de la autonomía privada la regulación que resulta después de la sustitución de las correspondientes cláusulas del contrato por disposiciones legales. Es innegable, e importa destacarlo, que la actividad de las partes se degrada sustancialmente y se reduce a un simple hecho con independencia del cual el ordenamiento jurídico hace surgir para los particulares determinadas obligaciones. La regulación, ¿se considera exclusivamente legal en la hipótesis de sustitución

más significativo de la interpretación, pero esto significa reducirla a la función de llenar lagunas de la regulación contractual, lo que no agota sus hipótesis en que puede tener lugar. La integración quedaría subordinada, según esta tesis, a la interpretación y reducida a la consideración parcial de los datos legislativos relativos a la regulación contractual. Llegaríamos hasta la concepción de que integración e interpretación serían actividades cualitativamente diferentes, lo que hacen todos los que intentan la individualización de la integración. Pero esto es una estéril investigación conceptualística, dice RODRÁ, porque hay hipótesis en las cuales la fuente legal interviene con independencia de la existencia de una laguna de la regulación, y con carácter de inderogabilidad, roto deliberadamente el nexo instituido entre el momento interpretativo y el integrativo.

En definitiva, el problema de la integración se resuelve todo en el de la construcción de la regulación contractual, adquiriendo un sentido y descubriendo una plausible unidad.

Dedicar el Capítulo II a la buena fe y la lealtad en el esquema de la integración contractual. Entre las fuentes de la regulación del régimen contractual debe ser comprendida la lealtad (art. 1.175 del C. c.) italiana). Para ello, analiza el artículo 1.175 del Código civil italiano, su alcance y significado, cuando dispone que el deudor y el acreedor deben comportarse según las normas de la lealtad. Se ha dicho, por otra parte, que la normativa de la lealtad informa a todo el sistema privado de lo lícito e ilícito y, por tanto, no cabe señalarle límites. Pero lo cierto es que no se ha resuelto el problema de la operatividad concreta de tal principio. Al intento de concretarlo dedica RODRÁ las páginas siguientes de su trabajo, partiendo en primer lugar de la relación entre los conceptos de lealtad y buena fe, sus diferencias, los límites difíciles de establecer entre ambos, hasta el punto de que se afirma su unidad conceptual. Aunque fundamentado el análisis en el Derecho positivo italiano, no deja de encerrar un interés general, como lo tiene el trabajo en su totalidad, porque recoge las nuevas concepciones, sistemas y principios en tema de contrato, repetimos.

Dentro de este orden de ideas, es interesante destacar las tesis de que lealtad y buena fe o son conceptos diferentes por aplicarse a la misma situación, o siendo conceptos idénticos en el plano del contenido y aplicables a las mismas situaciones hacen referencia en momentos diversos de este último. O es un único concepto expresado con distinto léxico, pero aplicable a situaciones, momentos y perfiles idénticos.

Se destacan también como notas distintivas de estos dos conceptos el carácter positivo de la buena fe y negativo de la lealtad.

A continuación establece la distinción lealtad-diligencia. ¿Son conceptos realmente distintos? Y la cuestión podríamos hacérsela en términos de nuestro sistema de derecho. Analiza la diligencia como obligación autónoma, como medio de especificar el contenido de la obligación, como deber genérico de protección. La diligencia, concluye, es un criterio de responsabilidad; presupone, por tanto, un contenido ya determinado. La lealtad, por el contrario, mira al *farsi* del contenido.

Destaca también la relación entre los conceptos de lealtad y *alterum non laedere*, la imposibilidad de su unificación en atención a la diversidad de materias sobre las que operan; este último proyectado sobre derechos de otros, reconocidos en fundamento a otras normas.

Intenta, finalmente, la determinación del principio de la lealtad, pese a sus dificultades sistemáticas, puesto que es premisa necesaria para analizar su función en la integración contractual.

La inderogabilidad de la normativa de la lealtad por parte de los particulares no puede actualmente ponerse en duda. Lo que quiere decir que

del 1.399? Si es así, se pasa a un orden de fuentes diverso, modificándose la disciplina contractual aplicable. Pero puede entenderse que hay concurso de fuentes y que la modificación es sólo parcial y afecta únicamente a la regulación concretamente afectada, solución que propugna ROBOTÁ.

A continuación estudia la que denomina «preconstrucción» de la regulación contractual en cuanto puede significar modificación de los criterios de integración de los contratos. Los artículos 1.341 y 1.342 del Código civil italiano recogen los supuestos de las denominadas condiciones generales de la contratación y de los contratos concluidos mediante formularios. Ambos significan limitaciones a la autonomía de la voluntad. La disciplina de este tipo de contratos responde, por una parte, a la necesidad prevalente de protección al contratante más débil, y, por otra, a la necesidad de proteger la contratación en masa o uniforme. Y en sede de interpretación ambos fines o intereses tienen que ser tenidos en cuenta. Es innegable la importancia que tiene la preventiva regulación que significan las condiciones generales o, en su caso, los formularios. Hay una alteración en el sistema de fuentes de la regulación contractual. Se tiene en cuenta en la disciplina de estas condiciones generales la función desempeñada por la parte más activa, lo que influye en tema de interpretación; por ejemplo, en la de las cláusulas oscuras.

De esta problemática, y de la que plantean otros preceptos que no podemos detenernos aquí a examinar, queda manifiesta la complejidad del actual concepto de contrato. Es innegable la reducción de la significación de la actividad de las partes, lo que se resuelve en la necesidad de admitir el concurso de fuentes en el acto de constitución de la regulación contractual. Y cabe concluir también la necesidad de aceptar la idea de Kelsen de que es importante distinguir entre el negocio jurídico como acto y la norma creada por tal medio. Del consentimiento de las partes, la moderna doctrina italiana llega hasta cuatro diferentes significados del término «contrato». Y aunque no se acepte esta conclusión, lo cierto es que el término «contrato» se ha oscurecido con este concurso de fuentes, que llegan a hacer pensar hasta en la desaparición de la categoría tradicional así denominada.

La regulación contractual en estos casos no se identifica necesariamente con el complejo de determinaciones de los particulares; éste no agota totalmente el contrato.

Fuentes de naturaleza diversa vienen así a inspirar, dice ROBOTÁ, el contrato. Fuentes cada una de las cuales se inspiran en valoraciones diversas. Las fuentes privadas gráficamente señala que siguen siendo el motor del contrato, en el sentido de que si faltan: o impiden hablar de una válida conclusión del contrato, o de contrato en sentido técnico. Estas fuentes impiden, además, que las otras intervengan más allá del ámbito en ellas prefijado.

Analiza, finalmente, en esta primera parte de la obra la integración en el cuadro de la construcción del reglamento contractual (artículo 1.374 del C. c. italiano), a la luz de las conclusiones que ha venido estableciendo a lo largo de los anteriores capítulos. ROBOTÁ estudia la interpretación interpretativa según su formulación más clásica. No pudiendo las normas supletorias colmar todas las posibles lagunas, el recurso a la interpretación integrativa permite a la vez colmar las lagunas y reglamentar mejor los intereses de las partes. Doctrina de tradición germánica que halla su razón de ser en el sistema del B. G. B. En el sistema del Derecho civil italiano no cabe hablar de una visión jurídica unitaria de las mismas. E intenta trazar la línea de distinción entre interpretación integrativa. Se suele considerar a la integración como el momento

la problemática de su actuación no esté, como se demuestra por ROBOTÁ, llena de dificultades. Y también es innegable que el principio de la lealtad significa un límite a la autonomía privada.

Analiza la integración en términos del principio de lealtad, con toda la complejidad de los problemas que plantea.

El capítulo tercero y último viene dedicado a la equidad y el poder del juez. A la significación y función de la equidad en el sistema civil italiano, posiciones doctrinales y jurisprudenciales en torno al mismo. El problema de los juicios de valor y la certeza del derecho. El valor de la equidad en un ordenamiento jurídico codificado. Las exigencias del sistema y la justicia del caso concreto. En definitiva, la equidad como componente interna del sistema positivo italiano.

Continúa con la definición de la equidad contractual: fuentes de la regulación contractual y poder del juez. Estudia problemas tan interesantes como los de la analogía y los principios generales en la regulación contractual, equidad y uso, etc.

Importa para ROBOTÁ destacar la equidad como poder del juez para dar relieve a las «circunstancias» del contrato. Y hace un estudio de lo que se entiende por «circunstancias», las circunstancias y el ambiente contractual, las circunstancias presupuestas, etc. Todo ello en atención al tema: actividad interpretativa y circunstancias, sus límites. Para acabar deteniéndose en el análisis del poder judicial y el área de incidencia de la equidad.

El estudio de ROBOTÁ, si bien reducido a los términos del derecho positivo italiano fundamentalmente, interesa en cuanto que da luz sobre una serie de problemas que ponen de relieve la incidencia de los nuevos principios en materia contractual que no se limitan a la esfera del Derecho positivo italiano.

TERESA PUENTE MUÑOZ

Doctora en Derecho