

BÁDENES GASSET, RAMÓN: *El contrato de compraventa*, Editorial Tecnos, Madrid, 1969, 1.383 páginas.

Al analizar el libro de BÁDENES GASSET, "El contrato de compraventa mercantil", dos cosas encontramos innegablemente elogiables: la primera, la abrumadora labor de recopilación de un tema ya de por sí tan amplio como lleno de problemas. Seguramente pocos escapan a la cuidadosa tarea del Autor de este libro, basta que recorramos el Índice del mismo para comprobarlo. Otra, el intento de sistematización de toda la materia que cabe encuadrar dentro de un concepto amplio de compraventa. El señor BÁDENES en su Prólogo nos dice que al llevar a cabo su estudio, no pretende constituir una suma de Monografías (lo que hubiera hecho inacabable la obra), pero sí llevar a cabo una integración y sistematización que exceda no sólo del contenido de un trabajo de Instituciones, sino del ámbito de un Tratado elemental. Añadiendo que la problemática se expone siguiendo la sistemática del título IV del Libro IV del Código civil.

Pues bien, en el ambicioso propósito que guió al Profesor Bádenes al llevar a cabo su estudio, encontramos también las quiebras del mismo. Por una parte su excesiva prolijidad, en el deseo de agotar en cada caso la problemática de cada punto, impide la visión unitaria de una temática llena de problemas, algunos de los cuales son de difícil solución. Por otra, el método seguido, algún ejemplo del cual expondremos a continuación, no sólo acrecienta la dificultad de llegar hasta la construcción de un esquema general de la compraventa, sino que constantemente conduce al Autor a apartarse del punto concreto tratado.

No nos parece tampoco convincente ceñirse a la "sistemática" del Libro IV, tit. IV del Código civil. Y en definitiva no encontramos, llevada al extremo que en las páginas de esta obra se refleja, muy conveniente la sistemática y método elegidos, tampoco estamos de acuerdo en la forma como se lleva a cabo el estudio de la compraventa mercantil, que el Profesor BÁDENES justifica dentro de un criterio fundado en la corriente doctrinal y legislativa de unificación del Derecho de obligaciones. El método de limitarse a puntualizar, según términos del propio autor, los datos precisos para cualificar un contrato de venta mercantil y ¿"a reglamentar con normas especiales algunos puntos de la dogmática de la compraventa para adaptar el ordenamiento de la venta civil a las exigencias del tráfico mercantil"? ni lo acabamos de ver claro, ni lo consideramos conveniente. Lleva simplemente a una confusión que dada la importancia de la compraventa mercantil, nos parece completamente inoperante. Si el libro viene titulado como "La compraventa", y pretende ser algo más que un tratado de la misma, habría de haberse puesto de relieve la construcción orgánica de la compraventa mercantil y sus especialidades,

en lugar de haber ido haciendo alusiones a las mismas a través del análisis del régimen de la compraventa civil. La obra tiene dos tomos con un total de 1.386 páginas, que son en verdad insuficientes para abordar con hondura la ingente problemática en ellas contenida. Bien es cierto que el propio autor confiesa que no ha querido llevar a cabo una "suma de Monografías", pero hay puntos que exigen una mayor amplitud en su tratamiento, así como en cuatro páginas agota la problemática de la contraposición compraventa civil-compraventa mercantil y la denominada compraventa mixta.

Es difícil dar una idea siquiera sea somera del contenido de la obra, no sólo porque éste puede calificarse de exhaustivo en cuanto a la alusión más o menos amplia de todos los aspectos del tema, sino, repetimos, por el método de exposición de los mismos.

A vía de ejemplo. En primer lugar, y sin ser el capítulo I, ni una Introducción, aparece bajo el título de "Del contrato de compraventa" el siguiente contenido: I) Su importancia económica y jurídica. II) Evolución histórica general: 1) Compraventa primitiva. 2) Compraventa consensual. III) Derecho histórico español. IV) Posición sistemática. V) Compraventa civil y mercantil: 1) El doble ordenamiento jurídico privado. Elementos de la compraventa en nuestro Código de comercio. Derecho comparado. 2) Compraventa mixta. La Regulación del Código de comercio. Modalidades creadas por el comercio: a) Cláusulas "cif". b) Cláusula "c. f.". c) Cláusula "fob". d) Cláusula "F. b". IV) La compraventa en Derecho Administrativo.

Y en el titulado capítulo I "De la naturaleza y forma de este contrato". Artículo 1.445. Concepto. II. Caracteres de la compraventa. Crítica de la definición legal. Definiciones doctrinales. III) La transmisión del dominio en la compraventa. Derecho romano. Derecho histórico español. Derecho moderno (legislaciones extranjeras). Derecho francés. Derecho italiano. Derecho alemán. Otras legislaciones. Derecho español. Las diversas posiciones doctrinales. Jurisprudencia. IV) Diferencias entre las compraventas y otros contratos afines. Promesa de comprar y vender, permuta, dación y adjudicación en pago; cesión de bienes. Censo reservativo. Arrendamientos de cosas. Locaciones venta. Mandato. Opción de venta. Renta vitalicia. Contrato de suministro, y aquí: concepto, derecho italiano, derecho alemán; la cuestión de su naturaleza desde el punto de vista fiscal. Ausencia de regulación sustantiva en nuestro Derecho. Reglas aplicables. Jurisprudencia. El contrato estimatorio. Concepto y nomenclatura. Derecho romano y evolución posterior, etc. A lo largo de los dos tomos el método se repite en cada uno de los temas de la materia, dando conocimiento del Derecho histórico comparado, figuras, relacionadas con el mismo. Así cuando habla del objeto, en donde se recogen las ventas especiales por razón del mismo, civiles, mercantiles, administrativas. Cuando en el capítulo destinado a la capacidad para contratar se estudian los aspectos notariales, fiscales y registrales de la compraventa llevada a cabo por un representante sin poder. O en la de venta a favor de persona sin determinar se hace referencia al Derecho comparado. O se recogen dentro del mismo capítulo las llamadas compraventas especiales por razón de la persona. Bienes eclesiásticos adquiridos por el Estado en virtud de las legislaciones desamortizadoras, bienes de la Iglesia que puede conservar en plena propiedad. Bienes del Estado, corporaciones locales. Entidades autónomas. Bienes de mayorazgos, etc.

La prolijidad de las cuestiones tratadas, oscurece un fácil conocimiento. Como dijimos al comienzo, la labor de recopilación de la materia referente a la compraventa civil, mercantil administrativa, es exhaustiva, dando lugar a la exposición con mayor o menor amplitud, en ocasiones como mera alusión, a todas las cuestiones con nexos con

ella. Y aquí radica el interés de la obra. Que a la vez nos muestra también, con alcance en cada caso muy diferente, la legislación comparada sobre cada uno de los distintos puntos tratados.

Se estudian en el capítulo séptimo, en la transmisión de créditos y demás derechos incorporales, la venta de una herencia y la venta de una empresa. Hay en el capítulo octavo un estudio de la legislación urbanística, la venta del inmueble como objeto de la compraventa que por la minuciosidad de sus referencias a la legislación urbanística tiene evidente interés.

Se recoge un Apéndice dedicado a las especialidades forales de en materia de compraventa, cuya recopilación también tiene el interés de una sistematización de fácil manejo.

Y, finalmente, en el Apéndice segundo se contiene el estudio de la compraventa internacional; en la Sección primera, las normas de resolución de los conflictos internacionales, Generalidades y Derecho español. Y en la Segunda, se recoge el Proyecto de la Ley Uniforme, los precedentes del mismo, su consideración general y el texto del Proyecto.

En cualquier caso, una labor de investigación llevada a cabo con honradez es elogiable. En éste, lo es porque la recopilación de la materia y el intento de sistematización de la misma significan ya por sí solas muchas horas de abrumadora tarea, que en último término facilitan al lector el conocimiento de la legislación, problemática, jurisprudencia y doctrina en torno al contrato de compraventa civil, mercantil y administrativa. Reconocimiento a esta labor fue el que en su día el libro mereciera el premio "Ciudad de Barcelona".

TERESA PUENTE MUÑOZ

Profesor Adjunto de Derecho civil

CATAUDELLA, ANTONINO: *Sul contenuto del contratto*, Edit. A. Giuffré, Milán, 1966, 356 págs.

I.—EL AUTOR: Dentro de la serie de publicaciones de la Facultad de Jurisprudencia de la Universidad de Roma, que dirigen los profesores NILOLO y SANTORO-PASSARELLI, bajo el título genérico de "Studi di Diritto Civile", aparece la obra que paso a comentar. El autor es profesor encargado de Derecho Civil en la Universidad de Siena y es ésta su primera aportación científica a la Ciencia del Derecho en la forma de un libro (1).

La adecuación del "quid rei" al "quid nominis" es patente en esta obra, en que la riqueza y matices del idioma se manifiestan profusamente. Fundamentalmente, trata el autor *acerca del contenido*, pero *no de todo* el contenido del contrato. Esta sutil precisión, hecha ya en el prólogo, es importante y de enorme trascendencia a efectos de una correcta valoración del tema tratado.

(1) Anteriormente, en 1962, ya había publicado un interesante estudio: *Note sul concetto di fittispecie giuridica*, en la «Riv. tr. di dir. de proc. civ.», página 400. Estudio de gran importancia para comprender el nexo entre negocio jurídico y efecto.

El autor estudia el *contenido* no como un "elemento" del contrato, sino como uno de los "perfiles" desde los cuales el contrato puede ser considerado. Adelanta que su obra es solamente una primera parte de la investigación pretendida, en la que de momento se limita a la consideración del contenido bajo el perfil "estático" o de su *estructura*.

II.—EL TEMA: El libro aparece distribuido en un prólogo y cuatro capítulos que, respectivamente, tratan de la noción del contenido; el ámbito del contenido; el análisis del contenido; la estructura del contenido y la presuposición.

Justifica el autor su estudio, al referirse a que "no ha formulado un estudio del contenido *del negocio jurídico* para evitar las dudas sobre la utilidad sistemática de la categoría". Ello, no obstante, se ve obligado a utilizar en su obra gran parte de la literatura sobre el tema del negocio jurídico. Por otra parte, apunta la posibilidad de que más de una conclusión de su investigación será válida fuera del campo de los contratos.

Haré una sumaria exposición de los puntos tratados por el autor, siguiendo su misma sistemática:

Capítulo primero: La noción del contenido del contrato: Estudia el por qué del escaso o nulo interés de la doctrina acerca del tema; analiza las dos teorías, voluntarista y normativista, acerca del contrato; estudia el problema de la voluntad psíquica interna y el de la incapacidad; distingue los dos aspectos, estructural y funcional, del contenido; distingue el contenido de la forma, del objeto, de la estructura y del proceso formativo del contrato.

Después de estas distinciones preliminares y las inevitables precisiones conceptuales, pasa a ocuparse de la tendencia que va a seguir en el estudio del tema. Delimita su investigación respecto de las concernientes al procedimiento de formación del contrato y a los efectos del contrato. Pasa luego a analizar la relación "dinámica" entre las reglas pactadas y los efectos jurídicos, considerando al contenido bajo el perfil *dinámico* para ver los problemas a él conexos. Centra, tras estas delimitaciones expuestas, el estudio en lo que en verdad va a ser su investigación: el perfil *estático* o *estructural* del contenido.

Capítulo segundo: El ámbito del contenido del contrato: Para estudiar el ámbito del contenido del contrato, trata, en una primera sección, de la distinción—otra vez—respecto de los efectos del contrato; pero a esta distinción inicial añade un profundo estudio de los "elementos naturales" del negocio, en el que brillan las dotes analíticas del autor, que distingue dentro del ámbito de los llamados "naturalia negotii", según las partes hayan o no previsto en el contrato una regla idéntica a la dictada por normas dispositivas. Concluye que es un "prius" lógico en su investigación—resolver si los elementos naturales pertenecen o no al contenido del contrato—el anteponer la necesaria delimitación acerca de las normas interpretativas. Para ello acude al concepto, objeto y función de la actividad interpretativa y a las usuales clasificaciones de las reglas interpretativas: interpretación objetiva e integrativa, interpretación (normas interpretativas) y normas supletorias.

En este estudio acerca de las normas interpretativas radica uno de los dos pilares básicos de la obra y brillan las dotes expositivas del autor, con sus análisis, distinciones, juegos conceptuales, incisos y repaso total de las panorámicas existentes sobre el particular. Estudia así los puntos relativos a: si entran en la interpretación la calificación juri-

dica del supuesto de hecho y el reconocimiento del sentido del acto; la contraposición entre la fase de determinación del supuesto de hecho y la fase de determinación de los efectos jurídicos; la distinción entre normas interpretativas y normas supletorias; el concepto de interpretación integrativa; el ámbito de las normas de interpretación objetiva; la distinción entre normas de interpretación objetiva y normas supletorias. Concluye esta sección con un detenido análisis de las *normas de interpretación* del Código Civil Italiano de 1942.

En una segunda sección, tras de la delimitación *externa* respecto a los efectos, estudia la delimitación *interna* con la separación de la reglamentación contractual de todo cuanto resulte carente de un significado dispositivo en sentido amplio. Individualiza las posibles hipótesis colindantes; formulaciones imperativas que no inciden sobre la reglamentación contractual, y formulaciones enunciativas que proponen una norma verdadera.

Estudia las razones que pueden conducir a la desvalorización de las formulaciones imperativas, cotejándolas con la disciplina legal. Concluye con la tesis de que es posible "enuclear" (2) el significado dispositivo de determinadas enunciaciones a través de la interpretación y también a través de la competencia de los particulares (negocio "d' accertamento").

Capítulo tercero: El análisis del contenido del contrato: Distingue entre cláusulas, partes y elementos del contrato. Parte del núcleo fundamental de la reglamentación contractual. Pasa al examen pormenorizado de las clasificaciones usuales de los elementos del contrato: esenciales y no esenciales; primarios y secundarios; elementos accidentales (condición, término, modo, etc.).

Finaliza este capítulo con la distinción entre disposición y orden, y su relieve en el plano de los efectos jurídicos.

Capítulo cuarto: La estructura del contenido y la presuposición: Es este otro de los puntales básicos de la obra, en el que se desenvuelve con gran brillantez toda la gama de las teorías existentes sobre este punto, desde la inicial posición de WINDSCHEID, pasando por las posteriores formulaciones de OERTMANN, SCHMIDT-RIMPLER, MARTORANO, HECK, BLOMEKER, KEGEL, FLUME y LARENZ.

El autor, en atrevida tesis, trata de individualizar en el mismo contenido del contrato la base para el tratamiento de la Presuposición. Distingue luego entre Presuposición, por un lado, y, de otro, el error, y la supervenencia. Finaliza con la posición de que conviene restringir su investigación—ya en este lugar—tan sólo a los contratos de prestaciones "recíprocas" (3).

Estudia el punto relativo a tales contratos de prestaciones recíprocas, examinando con detalle las varias teorías que descubren en estos contratos: bien un principio de proporción objetiva entre los sacrificios patrimoniales de ambos contratantes, bien un principio de equivalencia o igualdad subjetiva. Realiza una profunda y sutil distinción entre la función concreta y la función abstracta del contrato, examinando luego las posibles hipótesis de falta de conformidad o adecuación de la función concreta a la función abstracta y la posibilidad de un *control* sobre

(2) Advierto aquí que empleo el mismo término original del Autor, dada la especial dificultad de traducirlo por el equivalente español.

(3) El término «corrispettivo» en un contrato lo distingue el Autor del contrato «bilateral» y del «oneroso» (pág. 304) y parece asimilarlo a «equivalente»: de ahí el empleo de «recíprocas» para el similar término español.

la función concreta. Tras un rápido examen de las hipótesis de rescisión por lesión y de la resolución por onerosidad excesiva sobrevenida, termina con el estudio de la incidencia de la Presuposición sobre la función concreta del contrato.

III.—COMENTARIO: La exposición anterior de los puntos más importantes desenvueltos por el profesor CATAUDELLA, obvia y necesariamente seleccionados entre las numerosas cuestiones de interés que el autor plantea, indica ya al lector atento lo importante del intento que comentamos.

Como índice revelador de la pobreza de estudios sobre el tema, basta señalar que en la doctrina italiana solamente existen las alusiones de SCOGNAMIGLIO (4) y MESSINEO (5), y el estudio de CARRESSI (6). Si pasamos una rápida mirada por la doctrina española, el resultado del coitejo es francamente desolador; empleo del término, pero sin profundizar en él (PUIG BRUTAU) (7), desconocimiento casi absoluto del término "contenido del contrato" en la gran mayoría de nuestros autores, y un uso adecuado del concepto en sentido moderno y técnico por un solo autor, el profesor Díez Picazo (8).

A la vista de tales datos indiciarios no podemos menos de reiterar que la aportación del profesor CATAUDELLA es importante, original y prometedora de múltiples sugerencias cuando haya terminado con el completo estudio del tema (con el perfil *dinámico* del contenido).

La acotación de los puntos de especial interés, dentro de la selección ya efectuada anteriormente, nos llevaría muy lejos. Por ello, y dentro de cada capítulo, me limitaré a recoger o anotar brevemente aquellas opiniones del autor de mayor relieve para nosotros o de particular influjo en las relaciones del derecho sustantivo con el régimen inmobiliario.

Capítulo primero: Creo que tiene mucha razón el profesor CATAUDELLA al hacer ver cómo la doctrina ha atendido más al contenido del testamento que al del contrato: de un lado, por la especial problemática de aquél, y de otro, por el influjo de los pandectistas, centrandó su estudio del contrato en el procedimiento de formación de la voluntad de las partes y en especial sobre los vicios de la voluntad. Con el consiguiente y total olvido de la *función* y del *contenido* del contrato.

Dados los peligros de toda definición y las distintas posiciones doctrinales acerca del contrato, la noción de *contenido del contrato* debe ser idónea y segura. De ahí que CATAUDELLA proponga la siguiente: "todas las determinaciones creadas por las partes para regular los propios intereses". Tales determinaciones deben ser *efectivas* y actuales. Solamente entra a formar parte del contenido la voluntad expresa, esto es, lo *querido*.

Al distinguir entre perfil *estructural* y *funcional* del contenido, advierte el autor contra la posible objeción de que así se escinde el contrato en varias partes: para él, se trata sólo de la multiplicidad de perfiles bajo los que puede considerarse la unidad inescindible del acto

(4) *Contratti in generale*, en el «Trattato di diritto civile», de GROSSO y SANTORO-PASARELLI, 1961, págs. 129 y sigs.

(5) *Voz «Contratto (dir. priv.)»*, en «Enc. del dir.», IX, 1961, págs. 838 y sigs.

(6) *Il contenuto del contratto*, en «Riv. dir. civ.», 1963, I, págs. 365 y sigs.

(7) *Fundamentos de Derecho Civil*, t. II, vol. I, 1954, pág. 142.

(8) *El arbitrio de un tercero en los negocios jurídicos*, Bosch, 1957, páginas 40 y 213 Y en *Lecciones de Derecho Civil*, II, págs. 137 y sigs. (ed. de 1965).

de autonomía. A su vez, dentro del perfil estructural, subdistingue entre contenido y forma, lo que *no equivale* a identificar entre contenido y elementos, ni entre contenido y objeto del contrato. Para ello se apoya en el propio C. C. It. (9).

Siguiendo la tendencia moderna (BETTI) (10), parte el autor de que el contenido representa un dato estructural del contrato. A los efectos de superar aquellas posiciones (MESSINEO, AURICCHIO) que contraponen estructura y contenido o estructura y auto-reglamentación, intenta CATAUDELLA la contraposición entre la reglamentación contractual y el procedimiento que la origina; con lo que cada uno de estos aspectos adquiere un relieve distinto y de ellos derivan una serie de reflejos sobre la delimitación de la problemática entera del contenido.

Como presupuesto de toda su investigación, distingue el autor entre *contenido* y *efectos* del contrato, o sea, entre "leyes pacticias" y efectos jurídicos. Considera así la relación *dinámica* entre ambos tipos de reglas, haciendo una rápida panorámica de las relaciones entre autonomía privada y ordenamiento jurídico (11). Pero, como fase lógicamente preliminar a esta dinámica, se impone el estudio de la perspectiva "estática" o estructural del contenido. La total problemática del contenido del contrato, constituida por los dos polos o aspectos estático y dinámico, impondría un examen completísimo del tema, lo que llevaría sustancialmente a la *reconsideración* de toda la teoría del contrato.

La delimitación del contenido se hace en una doble dirección: en cuanto al perfil externo (referibilidad a las partes) y en cuanto al interno (naturaleza sustancial de la reglamentación, o sea, el material contractual). Pero ello es ya un avance del capítulo siguiente.

Capítulo segundo: El ámbito del contenido: Para un mejor estudio de la distinción entre contenido y efectos, pone de relieve la distinción entre el plano del supuesto de hecho y el de los efectos, y trata en apretada síntesis de las variadas actitudes de la *respuesta* del ordenamiento al acto de autonomía privada, bien positivas, bien negativas. El *parámetro* para delimitar la medida en que hay o no correspondencia de los efectos jurídicos a la reglamentación contractual, cree que *no* está en la división de los efectos según se dicten por normas "cogentes" o dispositivas; dado que la distinción entre contenido y efectos *subsiste* haya o no correspondencia de los efectos a la reglamentación contractual, concluye en la "estraneidad" (12) al contenido de todo cuanto no sea reconducible, ni implícitamente, a las determinaciones de las partes.

Confunden contenido y efectos quienes insertan *dentro* del contenido, como "naturalia negotii", aquellos efectos jurídicos cuya fuente es una norma dispositiva o supletoria; la misma confusión existe entre los que creen que la interpretación objetiva e integrativa son *medios de aclarar* el contenido del contrato. Estas afirmaciones dan pie al autor para hacer un profundo análisis de las normas dispositivas y de las normas interpretativas. Al partir de la base, tópica, de que los "naturalia" deben sobreentenderse queridos siempre sin necesidad de expresa declaración,

(9) Véase su artículo 1.322-1.º: conviene no perder de vista que en nuestro Código civil no tenemos un artículo similar en que se use de modo autónomo el término «contenido» (parece que se refiere al «contenido» el artículo 1.255).

(10) *Teoría general del negocio jurídico*, pág. 125.

(11) Véase la obra de L. FERRI: *La autonomía privada*, trad. esp., RDP, 1968, páginas 105 y sigs.

(12) Utilizo aquí la misma terminología del Autor por razones similares a las ya expuestas en nota 2.

de las normas "dispositivas", o, mejor, el encuadre de los efectos por ellas previstos: es un problema de confines, al fijar si tales efectos van o no enumerados entre los que el ordenamiento dicta en correspondencia a lo estatuido por las partes o entre las que prescinden de lo estatuido. Como en la base de los "naturalia" hay una presunción de una voluntad implícita de los contratantes, y dado que la *interpretación* va más allá de fijar cuál ha sido la "común intención" de los contratantes, el autor encuadra con justeza el tema dentro del más amplio relativo a la delimitación de las normas *interpretativas*. Ahora bien, conviene no olvidar—insiste el autor—que el problema de los "naturalia" como componente del contenido presenta, de hecho, una duplicidad de aspectos, según que las partes hayan o no *previsto* en el contrato una regulación *idéntica* a la dictada por normas dispositivas: si lo previeron, el problema se traslada de sede y consiste en valorar si lo estatuido forma o no parte del contenido, o sea, si hay una "disposición" o una "enunciación". (De ello se ocupa en la siguiente sección de este capítulo.)

El autor toma como punto de partida que el *objeto* de la interpretación es el contenido del contrato, en el sentido técnico ya apuntado. Y la *función* de la interpretación está dirigida a entender el sentido del contenido, por lo que no cabe confundirla con la actividad dirigida a fijar la situación de hecho ni con el proceso de determinación de los efectos jurídicos. Tales contraposiciones le permiten afirmar la distinción entre normas interpretativas y normas supletorias o dispositivas (13): las primeras, referidas al supuesto de hecho, y las segundas, a los efectos jurídicos. Encuentra un reflejo de tal distinción en el propio C. c. it. actual, en el que analiza los distintos grupos de normas de interpretación existentes (14).

Después de un detenido repaso de la contraposición entre las fases de determinación del supuesto de hecho y la de determinación de los efectos, combatida por diversos autores—cuyas posiciones critica—, concluye que la línea delimitadora entre normas interpretativas y normas supleto o dispositivas se reduce a la concreción de si cabe llamar "interpretativas" a actividades tendentes a resolver las ambigüedades y dudas de la reglamentación contractual o a colmar las lagunas de la misma. Estudia así el punto de la interpretación "integrativa", que para él no puede operar sino sobre el supuesto de hecho, siendo muy discutible cuál sea el criterio o parámetro al que el intérprete debe acudir. Dice el autor que aquí quizá cabría hablar, más que de interpretación integrativa, de interpretación "extensiva" (15).

La actividad interpretativa "integrativa", dice CATAUDELLA, no encuentra fundamento en las normas de derecho positivo italiano (16).

Estudia luego la llamada interpretación "objetiva", considerada por muchos autores como la segunda fase de toda actividad interpretativa, presuponiendo la insuficiencia de la llamada interpretación "subjetiva", se concluye afirmando la naturaleza *integrativa* de las normas dispo-

(13) Distinción que niega DANZ: *La interpretación del negocio jurídico*, páginas 56, 58, 108 y 197 y sigs., pues considera al negocio como *norma* propiamente dicha.

(14) Véase artículos 1362 y sigs. y la «Relazione» al Código; no me parece posible una equiparación exacta con las normas de los artículos 1.281 y sigs. de nuestro Código civil.

(15) En cuanto al tema de los «implied terms» del Derecho del «Common law», solamente apuntado por el Autor, puede verse: «Chitty on Contracts», I, págs. 313 y sigs.

(16) Cita, para nuestro Derecho, a ALBALADEJO: *El negocio jurídico*, 1958, páginas 325 y sigs., en posición similar a la del Autor.

sitivas. Por lo cual CATAUDELLA trata de investigar la exacta calificación. Estudia especialmente las normas contenidas en artículos 1.362 y siguientes del C. c. it., sobre todo la del artículo 1.367 (17). Los autores intentan buscar una diferencia cuantitativa, lo que el profesor CATAUDELLA combate; demuestra luego que también las normas de interpretación "objetiva" presuponen para su aplicación la existencia de lagunas contractuales, del mismo modo que las llamadas normas "supletorias": con lo cual no se descubre ninguna razón para que sean consideradas como distintas. Previo cotejo en el instituto de la impugnación por error—admitida en las normas "interpretativas" en sentido propio, y negada para las normas "supletorias" y de interpretación "objetiva"—, parece que la solución dependerá del encuadre o no de las normas de interpretación "objetiva" entre las normas "interpretativas" propiamente dichas: si ello se resuelve en sentido afirmativo, el resultado de la aplicación de tales normas entrará a formar parte del *contenido* del contrato y no cabrá negar la posibilidad de impugnación por error; lo contrario ocurre si se parte de que son verdaderas normas "supletorias".

Del encuadre de las normas de interpretación "objetiva" entre las normas "supletorias", deduce que en ellas el intérprete realiza en sustancia una "integración" de la ley, no del contrato, porque habrá de acudir a criterios de valoración hechos propios por el ordenamiento jurídico y no a los criterios del ambiente social en que el contrato está destinado a operar. Con tales resultados, concluye ligando sus investigaciones con el interrumpido punto de los "*naturalia negotii*", apreciando como determinante *contra* la configuración de las normas "dispositivas" como normas "interpretativas" el argumento crítico de que el juez atribuye al contrato significados determinados con la ayuda de criterios ya prefijados por el legislador.

En la sección segunda de este capítulo trata de la delimitación *interna* del contenido del contrato, excluyendo del mismo todo cuanto resulte carente de significado "dispositivo" en sentido amplio. Para ello estudia una serie de hipótesis indicativas: bien aquellas formulaciones "imperativas" que sustancialmente no inciden sobre la reglamentación contractual, bien, viceversa, las formulaciones "enunciativas" que proponen una norma verdadera y propia.

La desvalorización de una cláusula imperativa puede ya derivar de su interpretación, si ésta lleva a atribuirle el significado de una mera "enunciación". Reconoce CATAUDELLA la dificultad de establecer a tal fin unos criterios directivos claros. Analiza agudamente, como ejemplo, la tendencia a considerar como categoría "*per se stante*" a las llamadas "cláusulas de estilo", cuya individualización es tarea del intérprete. En todo caso, será un problema de prueba el atribuirles o no un significado vinculante.

Idéntica minusvaloración de una cláusula imperativa puede desprenderse, cuando regulan materia disciplinada por normas "cogentes", del cotejo con tales normas: no importa si la regulación es o no conforme con tales normas.

Distinto alcance tienen las cláusulas que reproducen el contenido de normas "dispositivas", dado el poder jurídico reconocido a los particulares de derogar estas normas. Ya antes se expuso—en tema de los "*naturalia negotii*"—cómo el problema de su admisibilidad cual componentes del contenido *depende* de que los contratantes hayan o no insertado

(17) Sin equivalente en nuestro Código civil, trata del principio de «conservación del contrato»: principio rector en sede de interpretación del contrato. Puede verse en este sentido, Díez PICAZO: *Lecciones* ..., cit., pág. 154.

en el contrato una reglamentación *idéntica* a la dictada por normas dispositivas. Es usual en la doctrina (*Falzea*) el excluir tales cláusulas del contenido, ya que se dirigen a un efecto *ya preordenado* por una norma dispositiva: posición combatida por el autor, que pone de relieve cómo la inserción de tales cláusulas no carece de consecuencias y determina efectos más intensos y diversos de los que de otro modo se habrían producido. En cuanto a los efectos "dispositivos" derivados de tales normas y su relación con la reglamentación contractual, cree CATAUDELLA que tal relación es "alternativa", en el sentido de que la norma dispositiva se aplica sólo si la reglamentación contractual *no* ha encontrado expresión adecuada. Cita al artículo 1.374, similar al 1.258 de nuestro C. c., cuyo criterio debe aplicarse no sólo en los casos en que la reglamentación contractual sea *idéntica* a la de las normas dispositivas, sino también cuando sea *divergente* de ellas.

Termina su exposición en este capítulo tratando de las formulaciones "enunciativas" con alcance dispositivo, cuyo interés *práctico* es muy notable cuando, para *uno* de los contratantes, la preexistencia, existencia o superveniencia de circunstancias pasadas, presentes o futuras, representan el *presupuesto* imprescindible del proyectado acuerdo de intereses. El problema práctico planteado con este conflicto de intereses—coincidente parcialmente con aquel al que la doctrina de la "presuposición" trata de dar respuesta— interesa aquí, al autor, en cuanto que en dicha "representación" de una parte puede verse una *enunciación* sobre la existencia de la circunstancia presupuesta. Tales "enunciaciones", cuyo objeto es el "presupuesto", tienen para CATAUDELLA el valor de verdaderas y propias "disposiciones", al concurrir a determinar la función "concreta" del contrato, contribuyendo así al ajuste de la reglamentación del contrato. Finalmente, en cuanto a las enunciaciones con valor dispositivo, cree que este valor puede ser obtenido a través de una interpretación que muestre cómo los contratantes les han atribuido tal significado, o bien si se las pone en relación con la función "concreta" desenvuelta por el contrato (lo estudia luego en el capítulo IV), o bien delimitando la competencia de los particulares para el llamado negocio de "fijación" o "d'accertamento" (con el reconocimiento de la naturaleza dispositiva de las enunciaciones que operan tal fijación).

Capítulo tercero: El análisis del contenido: En el capítulo I trata el autor, con un criterio "cuantitativo", de *qué cosa* sea el "componente fundamental" del contenido. En éste estudia el contenido bajo el perfil "cualitativo". Parte del plano sustancial y no del formal. Estudia las denominaciones más usadas—cláusulas, partes, elementos—y parece inclinarse por la de "elementos" por referirse a un componente fundamental. Estudia después las más usuales clasificaciones de los elementos, observando justamente el poco interés por el tema de la doctrina italiana, que suele más bien ocuparse de los "elementos del contrato" o "del negocio". Por otro lado, si se habla de elementos "esenciales", como indispensables para la existencia de un negocio válido, no todos los autores entienden esta "indispensabilidad" en el mismo sentido.

Afirma CATAUDELLA que analizar el contenido del contrato no significa otra cosa que analizar el contrato mismo bajo uno de los *perfiles* desde los que puede ser considerado. Tal perfil no agota el contrato, lo que justifica—en su planteamiento—la distinción entre análisis del contrato y análisis de su contenido.

Estudia y combate la distinción entre elementos esenciales y no esenciales del contenido—basada en el encuadre del supuesto de hecho

concreto en el esquema típico—, de dudosa eficacia. Propone una clasificación apoyada en el diverso relieve de los elementos para la realización del acuerdo de intereses proyectado con el contrato, cual es la división, obvia, en determinaciones “primarias” y “secundarias”. No se muestra capaz de dictar directrices claras para esta distinción: sólo apunta que la investigación deberá, en sustancia, partir de la reglamentación contractual para volver a ella. No ocurre igual respecto de la distinción entre elementos esenciales y no esenciales, ya que cabe individualizar en cada uno de los esquemas típicos de contratos cuáles sean elementos esenciales y los no esenciales. Estudia así el punto relativo a los llamados elementos “accidentales”, en los que subdistingue los “generales” y los “específicos” previstos en el C. c.

Se pregunta si cabe considerar a la *condición* y al *término* como dos elementos “a se stantes” del contenido: para lo cual bastaría individualizar una regla con significado completo (lo que de ambos elementos sí puede afirmarse). Otra cosa será el que *sin* ellos el contrato pierda su significado propio, lo cual se refiere a la importancia de estos elementos para realizar el acuerdo de intereses.

Finaliza este capítulo tercero con la curiosa distinción entre “disposición” y “orden”, tomada de SANTORO-PASSARELLI, paralela de la existente—en cuanto a los *efectos*—entre negocios con efectos reales y los con efectos obligacionales. Basado en esta contraposición, designa a los componentes del contenido con el término de “disposiciones”, en sentido amplio.

Capítulo cuarto: Estructura y presuposición. Parecería que, anticipando el autor que su obra se limita al estudio del perfil estático o estructural del contenido, su investigación debiera terminar con el estudio del análisis del contenido. Sin embargo, cree que dada la recíproca influencia entre ambos aspectos del contenido—la reglamentación contractual y los efectos jurídicos—, ello le aconseja también el estudio somero del contenido bajo su perfil “dinámico”. Tal condicionamiento recíproco interesa aquí al autor a los efectos de los reflejos posibles del perfil dinámico sobre el estático, de la *función* sobre la *estructura* del contrato con lo que se centra en el estudio de la problemática de la *presuposición* para ver si las “enunciaciones” cuyo objeto es el “presupuesto” asumen o no un significado sustancialmente “dispositivo”.

Hace en este lugar el profesor CATAUDELLA un detenido, exhaustivo y brillante análisis de la *teoría de la presuposición*, partiendo de la inicial formulación de WINDSCHEID. Cree que el distinto relieve que en Italia han adquirido los problemas prácticos que tal teoría—y las posteriores—trataba de resolver, obedece a la diversidad de situaciones históricas y de ordenamiento positivo. Duda acerca de la posibilidad de reconducir todas las hipótesis generalmente englobadas bajo la teoría de la “presuposición” a una sola categoría unitaria; por otro lado, este problema de delimitación está indisolublemente coligado al del posible fundamento a dar a la relevancia de la “presuposición”. De las posteriores formulaciones de tal teoría, recoge sólo aquellos matices que propiamente inciden sobre el contenido del contrato. Estudia el llamado principio “de irrelevancia de los motivos”, de tradicional formulación; analiza las posiciones que tratan de delimitar el ámbito de la presuposición, concluyendo en que tales tentativas—que pretenden dejar salva la confianza del contratante no interesado en el presupuesto—, serán idóneas sólo y en los límites en que la presuposición haya encontrado *verificación* en la reglamentación contractual. Trata de buscar el fundamento de la presuposición en el mismo *contenido* del contrato, siendo

el principal obstáculo el representado por la dificultad de individualizar en el contenido del contrato una regla "para el caso en que las circunstancias presupuestas no existan o no se realicen". A la teoría que trata de ampliar las hipótesis de liberación del deudor de su deber de cumplir la prestación, opone que el ordenamiento positivo italiano sanciona expresos remedios para los casos de "onerosidad excesiva sobrevenida" (artículos 1.467 y siguientes), pero sólo aplicable a los casos de supervivencia y asimilable a la extraordinaria "difficultas". Estudia la posibilidad de fundar el relieve jurídico de la presuposición: en la individualización de un específico "propósito"—"scopus"—del negocio, de un lado, y de otro, a través de la interpretación "de buena fe".

En este lugar, recapitulando lo expuesto, el autor no comparte las posturas críticas acerca de la "presuposición" y cree provechoso su especial "ángulo visual" desde la delimitación efectiva entre "enunciaciones" y "disposiciones": para un eventual relieve de la presuposición, cree necesario un acuerdo de los contratantes sobre la subsistencia o supervivencia de la circunstancia presupuesta, acuerdo concretado en una "enunciación". A su vez, tales "enunciaciones" pueden dividirse en dos categorías fundamentales, según constituyan o no para las partes la común base de valoración para la determinación de la reglamentación contractual: sólo en el caso de una común base de valoración cabe advertir—dice CATAUDELLA—un eventual valor "dispositivo" en tales enunciaciones, y sobre tales supuestos, si bien concretado a los contratos de "prestaciones recíprocas", concreta el autor su posterior investigación.

En los casos de enunciaciones no correspondientes con la realidad, se plantea el autor si cabe aquí hablar de "error" de los contratantes: el llamado error relativo "al motivo común" (18).

Estudia después los supuestos de error sobre el "presupuesto", y precisa cómo la cuestión de su relevancia depende de si tal error es o no común a los contratantes; a su vez, aunque compartido por ambos contratantes, puede resultar abstractamente "recognoscible" o puede faltar el requisito de la recognoscibilidad (19). Analiza las distintas posiciones de la doctrina italiana en orden a tal requisito.

Estudia también aquellas enunciaciones relativas a un "presupuesto" de derecho, como son, v. gr., en los casos de compraventa de un terreno bajo el común presupuesto de que el correspondiente Reglamento Municipal lo considera área edificable, cuando de hecho resulta destinado a zona verde. Propugna aquí un detallado y atento examen de los concretos supuestos de hecho, al modo como lo realiza la jurisprudencia inglesa (20).

Distinquen los autcres la presuposición de la "supervivencia", sobre cuya contraposición afirma CATAUDELLA que son sustancialmente afines. en un plano estructural, por lo que habría que poner el acento sobre la nota de la divergencia entre el tipo concreto de intereses que el contrato debía realizar y aquel que por la configuración recibida puede actuar.

Concretado ya en su estudio a los contratos de "prestaciones recíprocas", en los que la falta del presupuesto y la supervivencia, alteran-

(18) Así, en LARENZ: Véase *Base del negocio y cumplimiento del contrato*, página 163.

(19) Véanse artículos 1.428 y 1.431 del Código civil italiano; conviene recordar aquí cómo su equivalente español, el artículo 1.266, no contiene referencia a dicho requisito.

(20) Alusión a los llamados «Coronation cases»: puede verse un detallado análisis en la obra de ESPERT: *La frustración del fin del contrato*, Tecnos, 1968, págs. 45 y slgs.

do el equilibrio entre las prestaciones imaginado por los contratantes, inciden sobre un elemento del contrato, se pregunta cómo y en qué sentido cabe ver en el equilibrio entre prestaciones un elemento caracterizante de tales contratos. Se habla así de un principio de proporción "objetiva" entre los sacrificios patrimoniales de ambos contratantes; pero el autor cita numerosos casos en que la fijación de la medida del cambio se deja—como regla—a los particulares, siendo tan sólo supletoria de ella la efectuada por obra del juez con criterios objetivos. Se habla por otros de un principio de equivalencia "subjetiva" o de "igualación", exacta en la gran mayoría de los casos, al precisar el "porqué" del cambio, pero sin indicar "cómo" sucede. Concluye el autor que la nota que caracteriza a los contratos "de prestaciones reciprocas" reside en el hecho de que cada uno de los contratantes ofrece la propia prestación *para* recibir la contraprestación, de manera que cada una de las prestaciones es *causa* de la otra, y la *intención común* que representa la proyección subjetiva de la *función* del contrato, es ni más ni menos que el dar y recibir las prestaciones en cambio.

Distingue agudamente CATADELLA entre idoneidad estructural e idoneidad en concreto del contrato para realizar intereses merecedores de tutela, o sea, entre función *abstracta* y función *concreta* del contrato. Y dada la realidad de la relación entre autonomía privada y ordenamiento jurídico, es obvia la posibilidad del *control* sobre la función "concreta" del contrato para así fijar *cuál función* de hecho el contrato puede desarrollar. La importancia de la materia se refleja en las hipótesis de falta de causa del artículo 1.448 del Código civil it., así como en el problema del encuadre del contrato en el tipo fijado por el legislador. Analiza por ello las consecuencias jurídicas del *desequilibrio* entre la función abstracta y la función concreta del contrato; en todos los casos de no conformidad de la función concreta a la función abstracta, no se plantea un problema de "invalidéz" del contrato, sino de *ineficacia*, al reaccionar el ordenamiento con la denegación de atribución de los efectos propios del tipo en que el contrato, por su función abstracta, fue encuadrado. En esa misma línea indicada de *desequilibrio* entre ambas funciones deben considerarse algunos institutos de derecho positivo, cuales la rescisión por lesión y la resolución por onerosidad excesiva sobrevenida, que acaban por perder el carácter de "remedios excepcionales" para configurar *puntos de emersión* de aquel *principio general* que impide atribuir los efectos jurídicos propios de un determinado tipo a supuestos de hecho que *en concreto* no realizan la función del mismo.

El autor llega a la conclusión de que la existencia de la función "concreta" del contrato puede ser negada *solamente* cuando la apreciación de tal función por los contratantes—dado su procedimiento de formación—no garantice la correspondencia a una realística consideración de los respectivos intereses, y esto ocurre en los casos de turbación del procedimiento de determinación siguientes: por efecto de situaciones que ejercen presión psicológica sobre los contratantes (rescisión por lesión), omisión de la superveniencia de circunstancias futuras imprevisibles (resolución por onerosidad excesiva sobrevenida), o por la consideración de circunstancias insubsistentes o que no se han verificado (presuposición). El *control* por el intérprete está, pues, dirigido a fijar la existencia de una "concreta función" del contrato, ejercitándolo sobre el *procedimiento de formación* de la determinación misma.

Estudia las normas de derecho positivo italiano sobre la rescisión por lesión y sobre la resolución por onerosidad excesiva sobrevenida, las cuales parecen confirmar la tesis apuntada del autor. El ordenamiento jurídico italiano, dice el autor, condiciona su tutela a la positiva valo-

ración de la "función" del contrato, valoración operada en el momento de perfección del contrato y que debe prorrogar su control hasta el momento en que la función se realiza. Finaliza con la "re-consideración" del relieve de la falta del presupuesto en los contratos de prestaciones recíprocas, partiendo de la nota de "reciprocidad" característica de dichos contratos, la cual desaparece cuando la proporción entre prestaciones alcanza una medida por debajo de la *mínima* necesaria para que el contrato pueda *en concreto* realizar una función de cambio.

La existencia de una valoración de los contratantes respecto al cambio *impide* como regla general al intérprete que pueda formular una apreciación diversa; pero tal obstáculo desaparece si dicha "común determinación" de los contratantes resulta turbada por factores que desvían el curso regular de la misma. Que tal proceso de determinación de la "medida" de cambio viene turbado en los supuestos de *presuposición*, y de manera similar a las hipótesis contempladas en el Código civil Italiano, es ciertamente evidente. Hay en tales casos una inidoneidad del contrato para realizar *en concreto* una función de cambio, inidoneidad "in re ipsa", que emerge con certeza del hecho de que *no subsiste* un presupuesto sobre el que los contratantes han fundado de modo determinante su valoración a los fines de la fijación de la medida del cambio.

IV.—CRÍTICA: Tras la sumaria exposición de los puntos más importantes de la obra que comentamos, parece conveniente exponer la personal impresión del comentarista acerca de los valores de la obra. Valoración que no siempre es necesaria, a mi modo de ver, cuando se suministran al lector los datos suficientes para que él mismo pueda luego juzgar. Utilizo así el término "crítica", cuyo alcance y significado prístino de *criba o selección*—como en otro lugar he escrito—me parecen más adecuados. En tal sentido, distingo aquí tres apartados: problemática, forma y fondo.

a) *Problemática*: En el tratamiento del perfil estructural, la distinción entre Contenido y Objeto del contrato no aparece suficientemente dibujada si se hace coincidir objeto del contrato con prestación en sentido, no técnico, sino amplio y coincidente con la noción de Contenido del contrato, como hace MIRABELLI (21).

La distinción entre Contenido y Efectos, fundamental para el desarrollo de la obra, está expuesta con claridad y en forma quizá demasiado sucinta, al ligarla inmediatamente con el problema de los "naturalia negotii" y el tema de las normas interpretativas. Siendo esta distinción una expresión clara de la *dialéctica* existente entre la autonomía privada y el ordenamiento jurídico, creo necesario insistir en la conveniencia de un ahondamiento del tema y de una pormenorización de las variadas respuestas del ordenamiento al acto de autonomía. Las sugerencias derivadas de tal contraposición son en verdad numerosas: contratos nominados e innominados, contratos mixtos, ineficacia por ilicitud del objeto, límites al intervencionismo estatal, etc.

En tema de interpretación, ya antes expuse que es una de las partes de la obra más logradas por su solidez y la brillantez de tratamiento. La división que el autor hace de las normas legales de interpretación según el Código civil italiano (22), parece traducir una contraposición

(21) Véase *Del contratti in generale*, Torino, 1961, pág. 129.

(22) Rec. nota 14 precedente y lo ahí dicho en cuanto a la dificultad de reflejar tal distinción en las normas de nuestro Código civil sobre materia.

entre las referentes a la voluntad concreta de los contratantes y las relativas a declaraciones ambiguas, plurívocas u obscuras. Distinción o clasificación quizá un tanto forzada por las consideraciones hechas en la "Relazione" al Código italiano y no muy necesaria; pudiera decirse, para nuestro derecho, que en tema de interpretación del contrato lo que importa es atender a los principios fundamentales de interpretación: el principio "voluntas spectanda", el principio de conservación del contrato y el principio de buena fe. Así lo hace uno de nuestros mejores civilistas, el profesor Diez Picazo, al cual me remito (23).

En cuanto a la llamada interpretación "objetiva", tan corrientemente denominada y utilizada por la doctrina, nos previene CATAUDELLA de que el término y las brillantes aportaciones de la doctrina y jurisprudencia germánicas deben utilizarse con sumas cautelas. Esto, dicho para el sistema italiano, es asimismo aprovechable para nuestro derecho, ya que en él los criterios interpretativos, tomados de POTHIER como es sabido, son muy distintos de la escueta referencia al principio de buena fe del B. G. B. Las mismas consideraciones repite el autor en orden a la llamada "integración" o interpretación "integrativa", que tan sólo cree posible cuando en el contrato hay una norma o principio expreso que fije la exigencia de integración y el criterio para colmar las posibles lagunas; al citar el principio de "justicia equilibradora" de LARENZ, al que según éste las partes deben subordinarse, lo incluye entre los *motivos* del contrato y cree que no forma parte del Contenido del contrato que es el objeto de la interpretación.

Encuentra CATAUDELLA que la llamada "integración" no tiene fundamento a la luz del Código civil italiano, y cita numerosa doctrina extranjera, de varios países, entre ella a ALBALADEJO (24), cuya obra demuestra conocer; es curioso, no obstante, que no lo cite en su traducción y notas a la obra de CARIOTA-FERRARA, que es anterior. Las citas a PUIG BRUTAU son más esporádicas, y, sin embargo, éste afirma, en su conocida obra (25), la necesidad de no confundir la interpretación con la llamada integración, pues ésta se refiere a los *efectos* del contrato; mantiene, además, la conveniencia de distinguir de la interpretación propia la que él llama interpretación "constructiva", materia en la que no podemos entrar, pero aplicable también a estos puntos comentados. Las aportaciones de la doctrina española en tema de negocio jurídico y buena fe han sido muy importantes, pero por su aparición (26) no han podido ser recogidas por el autor. Algunas otras afirmaciones que hace el profesor CATAUDELLA son opinables, cuales las referentes al principio de conservación del contrato ("debe entenderse, no en el *máximo* significado útil, sino en *un* significado útil, o sea, el único sentido del que la cláusula o el contrato son susceptibles en el ambiente social") y a la existencia de cláusulas ambiguas o plurívocas como presupuesto para las normas de interpretación objetiva (lo que niega). Importante la conclusión a que llega de que hay una absoluta identidad entre las normas de interpretación objetiva y las normas supletorias, e importantes las posibles derivaciones de esta afirmación como punto de partida.

El planteamiento del autor para las formulaciones imperativas que

(23) Véase *Lecciones*, cit., págs. 154 y sigs. En el mismo sentido expuesto arriba.

(24) Rec. nota 16 precedente, respecto al *Negocio jurídico*, pág. 323

(25) Véase *Fundamentos de Derecho Civil*, II-I, págs. 295 y sigs.

(26) Me refiero aquí a la fundamental obra de D. FEDERICO DE CASTRO: *El negocio jurídico*, «INEJ», 1967, y a la de DE LOS MOZOS: *El principio de buena fe (sus aplicaciones prácticas en Derecho Español)*, Bosch, 1965, véase páginas 44 y sigs.

pese a ello no pasan de meras "enunciaciones" me parece original y creo sugiere nuevos campos para el tratamiento de los contratos simulados.

El posible encuadre de las discutidas cláusulas "de estilo", su distinción de las "de uso" y la valoración de las cláusulas de estilo si su inserción se debe al Notario autorizante, me parecen también temas dignos de especial meditación (27). Quizá la especial aplicación del deber de lectura del instrumento público en nuestro Derecho puede obviar las dificultades apuntadas por el autor en orden a la "exceptio schedulae non lectae".

Creo también posible compartir las quejas del autor en orden al desinterés de la doctrina por el tema de los elementos del contenido, cuyas causas pueden hallarse en la confusión entre contenido y elementos, o entre elementos del contrato y elementos del contenido. Tema este poco trabajado en nuestro Derecho.

En cuanto al debatido tema de la *presuposición*, es curioso comprobar que tampoco en España se dieron (como expone para Italia el autor) las especiales circunstancias del tremendo caos económico como consecuencia de sufrir Alemania en su suelo dos guerras mundiales. Esta razón es especialmente importante y justifica el escaso interés de nuestra doctrina por el tema. Por otro lado, los problemas planteados en nuestro Derecho derivaron casi siempre de la inflación monetaria en la zona roja en nuestra guerra (28). Además, el sistema causalista de nuestro Código civil parece dificultar la admisión de tales posiciones doctrinales. No es por ello extraño, sino enormemente revelador, que la doctrina y parte de las sentencias sobre estos conflictos se hayan llevado a la sede de *imposibilidad de cumplimiento de la prestación* y planteando el problema de si la dificultad extraordinaria puede equipararse a la imposibilidad liberatoria (29). En este punto, pese a la riqueza y abundancia de citas de autores, la referencia del autor a los españoles es demasiado escueta y debiera ampliarse (30).

En tema de *superveniencia*, hay unas curiosas alusiones del autor a "la frustración de propósitos ulteriores respecto al típico caracterizante del contrato" y su encuadre entre los *motivos* del contrato: tema éste importante, que en nuestro Derecho ha tenido especial y adecuado tratamiento en la excelente obra de mi compañero V. ESPERT SANZ (31).

Respecto a los contratos que el autor llama "de prestaciones recíprocas", la coincidencia con la noción que de los "onerosos" nos da el artículo 1.274, inciso primero, del Código civil, es casi absoluta; con todo, la técnica y terminología de este precepto son muy deficientes, y la expresión "onerosos" debe entenderse referida a los conmutativos y sinagmáticos (32).

Habla CATADELLA de la posibilidad de que la determinación de la medida del cambio, atribuida a los contratantes, pueda atribuirse por

(27) Véase para el Derecho Italiano, a BRACCINI, en «Riv. del Not», 1962, página 496; entre nosotros, a FARRE «Anales Ac. Mat. Not», vol. III, y a ESCRIVÁ DE ROMANÍ, en «Cent. L. Not.», sec. II, vol. I, pág. 136. También GONZÁLEZ PALOMINO: *Estudios de arte menor*, II, pág. 286.

(28) Véase Notas de PUIG BRUTAU a la obra de G. BOEHMER: *El derecho a través de la jurisprudencia*, págs. 615 y sigs.; también, Díez PICAZO: *Estudios de jurisprudencia civil*, I, págs. 356 y sigs.

(29) Véase el programa de ingreso en Notarías de 1944, tema 75, cuya desaparición en el actual de 1964, censura ESPERT, con razones que comparto, en opúsculo citado, pág. 151.

(30) Véase la cita que hace PUIG BRUTAU: op. cit., últimamente, pág. 650.

(31) Véase *La frustración del fin del contrato*, Tecnos, 1968.

(32) En idéntico sentido al indicado, véase Díez PICAZO: *Lecciones...*, cit., páginas 9 y sigs.

éstos a un tercero. No recoge la fundamental aportación española al tema del arbitrio de tercero, del profesor Díez-Picazo: según éste, cabe que el tercero fije un elemento del contrato pero lo que *no puede* es determinar el contenido del contrato, la formulación de los deberes contractuales (33).

Dije ya anteriormente que otra otra de las interesantes aportaciones del profesor CATAUDELLA radica en la distinción que efectúa entre la función abstracta y la función concreta del contrato y en las consecuencias que apunta derivadas del desequilibrio entre ambas funciones. Ambas tesis son originales y pueden ser pródigas en sugerencias de todo tipo en su aplicación a las particulares relaciones obligatorias. Entre nosotros, es desconocido todo ello, a salvo de lo expuesto por el profesor Díez-Picazo, con genial anticipación, en su extraordinario estudio sobre la causa (34), respecto de la "función" del negocio.

Finalmente, la indicación del Autor de que la inevitable consecuencia del desequilibrio entre dichas funciones es la *ineficacia*, es quizá demasiado genérica y parece estar necesitada de algunas precisiones en cuanto a sus notas caracterizadoras y los efectos de ella derivados. Para su adecuado encuadre en nuestro derecho, me remito al profundo estudio de Díez-Picazo (35).

b) *Forma*: La exposición que efectúa CATAUDELLA es elegante y clara, con gran riqueza de matices y expresiones típicamente latinas. Con todo, no obstante, utiliza con exceso —a mi modo de ver— circunloquios, descripciones perifrásticas, incisos y segundones, que le desvían en ocasiones del tema y dirección trazados; todo lo cual puede fácilmente corregir el Autor con ligeros retoques en futuras investigaciones.

Por otra parte, hay numerosas reiteraciones en el tratamiento de algunos puntos, lo que parece obedecer al encuadrante prefijado de antemano al instituto y a la necesidad de completar el estudio del mismo.

Es notable, además, la ausencia de unas *conclusiones* claras después de cada capítulo, por ejemplo, o al final de la obra. Quizá el autor lo piensa hacer en la continuación, cuando se refiera al perfil *dinámico* del contenido del contrato, pero creo sería conveniente dejar fijadas las consecuencias de las investigaciones en cada punto básico del tema.

Finalmente, es obvio indicarlo, el *método* usado por el Autor está en la línea del método dogmático-jurídico, lo que justifica muchas cosas de las apuntadas aquí.

c) *Fondo*: Después de la numerosa bibliografía italiana y extranjera, que con profusión usa el Autor, parecía que apuntaría en los resultados de su investigación a proposiciones de carácter general y aplicables a cualquier país u ordenamiento; sin embargo, tras su magistral "obertura" se limita sólo al ordenamiento italiano. Incluso dentro de éste, se hace notar la ausencia de una consideración detenida de las sentencias del Alto Tribunal de Casación, que revitalizarían muchas de las afirmaciones del Autor al someterlas al contraste con el derecho vivido a través de los conflictos de intereses.

El Autor, al estudiar el análisis "cualitativo" del Contenido, alude a que su investigación sería "necesariamente incompleta" si tratase de recoger la multiplicidad de casos concretos reflejo de las variadas actitudes de la reglamentación contractual: yo me pregunto si esta pre-

(33) Véase *El arbitrio de un tercero en los negocios jurídicos*, págs. 9 y sigs.

(34) Véase *Lecciones...*, cit., pág. 100; y antes, en ADC, 1963; págs. 3 y sigs.

(35) Véase *Lecciones...*, cit., pág. 179; y antes, en ADC. 1961, pág. 809 y siguientes.

misa o proposición no le vendrá más bien impuesta por el método dogmático elegido, y apunto que tal sistema deductivo, en principio, no me parece superior al *inductivo* derivado del estudio de la multiplicidad de casos aludida. Las denominaciones del Autor —disposiciones, órdenes, enunciaciones, eficacia dispositiva y eficacia obligatoria— no pueden usarse entre nosotros sin llevar a una profunda alteración de los principios generales de nuestro ordenamiento en cuanto al sistema del título y el modo (para la transmisión) y a los principios hipotecarios. Podrá hablarse a lo sumo, de “estipulaciones” y “cláusulas” o “disposiciones”; de manifestaciones o exposiciones y estipulaciones; de eficacia real (en cuanto a los terceros registrales) y eficacia meramente personal. Y dentro de estos límites apuntados, tratar de encajar lo aprovechable del estudio de CATAUDELLA.

Finalmente, dado el planteamiento y método elegidos por el Autor, necesariamente resultan polémicos o “contestables” tanto la *noción* como la *utilidad* de la categoría estudiada —el contenido del contrato—, ya que en rigor de principios lógicos podría también valer cualquier otra denominación y el consiguiente planteamiento de ella derivado. Por ello creo opinable la aserción del Autor de que las consecuencias de su estudio pueden ser extendidas *más allá* del campo de los contratos, ya que en estos se limita a los de prestaciones “recíprocas” y parte en su obra de la efectiva diferencia del contenido del contrato respecto de la del testamento: ¿No será más bien que intenta un estudio del contenido del *negocio jurídico*? Quizá habrá que aguardar a la segunda parte de su investigación para poder mejor valorar la obra en conjunto.

V.—RESUMEN: Por lo expuesto, la obra más que para *estudiantes de derecho* es para *estudiosos del derecho*, ya que supone un profundo conocimiento de toda la contratación y de la teoría general del negocio jurídico. Resulta difícil profetizar acerca del alcance y trascendencia que pueda tener entre nosotros y si gozará del favor que años atrás tuvo la de GIAMPICCOLO para un tema similar. Creo, sin embargo, necesario abundar en la consideración de que el tema merece ser estudiado entre nosotros y que las consecuencias para la práctica son importantes: pensemos en tantos contratos redactados por juristas prácticos y que luego llegan a los Tribunales, de clausulado complicado. ¿No obedecerá ello al desconocimiento de *qué sea* el contenido del contrato?

JOSÉ CERDÁ GIMENO
Notario.

DI PAOLA, SANTI: *Contributi ad una teoria della invalidità e della ineficacia in diritto romano*, Milán, Ed. Giuffrè, 1966, 126 págs.

1) *El tema y su desarrollo*.—Suele ser bastante frecuente entre los romanos el dejarse llevar de su pasión investigadora respecto del análisis y crítica de textos, afición nada censurable dados el sujeto y el objeto o tema de investigación. La consecuencia lógica es un enriquecimiento de la correspondiente disciplina jurídica. No suele ser ya tan usual el hallar una obra romanista en la que se trate con panorámica horizontal y vertical una concreta institución, o elemento de ella, o bien se obtengan por inducción una serie de conceptos o cate-

gorias generales de la inagotable casuística de las fuentes romanas. Sin embargo, esto que llamo poco usual viene produciéndose últimamente con cierta asiduidad, por paradoja, gracias a la labor que en Italia desarrolla el "Instituto de Ciencias Jurídicas, Económicas, Políticas y Sociales" de la Universidad de Messina, a cuya colección pertenece la obra que paso a comentar.

Ciertamente constituye empeño difícil lanzarse a desembrollar el arduo punto de la *invalidéz* y la *ineficacia*, que ni siquiera en el Derecho actual están perfilados con la claridad necesaria. Hago aquí, en cuanto a nuestro Derecho, la consabida salvedad de la aportación de Díez-Picazo (1).

De ahí que la tarea a realizar respecto del tema en el derecho romano me parece llena de dificultades y de problemáticos resultados. Si se parte de la base de que se presupone la ausencia de una determinada actitud o toma de posición previa por el investigador.

Evidentemente, una teoría de la invalidéz e ineficacia del negocio jurídico romano (2) no es ni puede ser una reconstrucción de las doctrinas de los juristas romanos, pues como es sabido no elaboraron una teoría del negocio jurídico, y mucho menos de su invalidéz o ineficacia. Por esta razón, el autor trata en la obra de obtener un orden sistemático de la casuística de las fuentes, partiendo para ello del dualismo entre *ius civile* y *ius honorarium*. Las dificultades aludidas vienen acrecentadas por la confusa terminología de las fuentes romanas, dado que el alcance de cada término o expresión son distintos en el *ius civile* y en el *ius honorarium*, y por haber en las fuentes una enorme variedad y multiplicidad de términos de significado no unívoco.

DI PAOLA reconoce que las distinciones acto jurídico-negocio jurídico e invalidéz-ineficacia son por completo extrañas a la elaboración doctrinal romana (3), sin embargo, cree el autor que tales conceptos y distinciones pueden examinarse dentro del ámbito de lo que hoy llamamos *negocio jurídico*, sin que sean de temer nocivas consecuencias de ello.

Reconoce, por otro lado, el autor, que existe el grave peligro de que el investigador se deje llevar a forzar la casuística dentro de esquemas ya prefabricados, con resultados poco afortunados: pérdida de validez de los esquemas usados y no obtención de la finalidad propuesta.

2) *Cuestiones examinadas en la obra por el autor*.—El contenido de la obra lo forman tres capítulos, que son otras tantas aportaciones que el autor hizo en distintas fechas: la primera, en 1958, en poco divulgada edición. Esta característica apuntada es importante, como luego se verá.

En el capítulo primero se trata genéricamente de *invalidéz e ineficacia*. El autor interpreta y estudia el supuesto del Digestivo de la novación mediante *stipulatio post mortem* (Gal. 3. 176), planteándose las cuestiones de si GAYO quiso expresar con el adjetivo *inutilis* el concepto que hoy llamamos *nulo*, o si es que quiso expresar un concepto diverso, si en este segundo caso tales *stipulationes* eran o no nulas, si los juristas romanos tuvieron un concepto de *nulidad*, si de tenerlo correspondía o no al que hoy tenemos de nulidad, y si será preferible crear una *apuesta* categoría dogmática para definir la nulidad del ne-

(1) Véase en «ADC», 1961, págs. 820 y sigs.

(2) Véase por todos: ALVAREZ SUÁREZ: *El negocio jurídico en derecho romano*, Madrid, 1954.

(3) Véase el jurista romano: GARCÍA GARRIDO: *Casuismo y jurisprudencia romana*, págs 9 y sigs.

gocio jurídico romano. Es por tanto *alrededor* de toda esta problemática donde se mueve Dr PAOLA.

En Derecho romano había negocios que no producían su efecto propio, pero que podían tener efectos. Al autor lo que le importa es *no la relación* de tales negocios con otros que *no* producían efecto alguno, y *si cabe*, la distinción entre unos (nulos) y otros (inexistentes), *sino el descubrir* si los juristas romano se guiaron por el principio de que "a falta de la producción de su efecto propio, un negocio había de considerarse *no válido*". Se inclina tajantemente por la *solución negativa*, por lo que para él quedan desprovistas de significado las cuestiones ulteriores, cual la de si es o no oportuno distinguir entre negocios nulos e inexistentes sobre la base de tal principio.

Estudia luego los llamados por las fuentes negocios *inútiles*, con los que los romanos definen al negocio ineficaz, aunque también a veces se referían a negocios inválidos. El que un negocio tenga uno u otro significado debe verse caso por caso y siempre teniendo presente que los juristas romanos no mostraron excesiva preocupación por la terminología y por el uso de ésta (así, algún autor recoge hasta *cuarenta* expresiones para referirse a negocios que no producen sus efectos de ineficacia). Pero, además, las dificultades no provienen tan sólo de la terminología, pues el mismo concepto romano de *ineficacia* no siempre se corresponde al nuestro: podía ser *originaria* y *perpetua* al mismo tiempo, derivaba de la misma concepción del *ius civile*, se aplicaba con enorme frecuencia y en torno a él se luchaba por explicar puntos oscuros y superar obstáculos. Estudia después el autor las *stipulationes post mortem*, la del siervo y la hecha bajo condición suspensiva no realizada, así como la donación entre cónyuges mediante *stipulatio novatoria*: en todos estos casos *no* se producía la nulidad de tales negocios, sino su *ineficacia*, quedando paralizado uno de los efectos del negocio por una norma posterior que lo prohibía.

El *capítulo segundo* está dedicado al estudio de la *nulidad y las leges perfectae*. Entiende Dr PAOLA que el replantear la problemática de la *leges perfectae* puede ayudar a interpretar algunos de los fenómenos antes aludidos. Apunta la posibilidad de poner en relación el tema aludido de la paralización de la eficacia de ciertos negocios con la llamada *originaria imposibilidad* de modificar el *ius civile* a través de la *lex publica*, llegando a considerar ambos temas como *efectos* de una misma causa, la inmutabilidad del *ius civile*.

En opinión de Dr PAOLA, la *leges perfectae* no llegaron nunca a sancionar la *nulidad* de un negocio formal del *ius civile*, ni siquiera en los últimos tiempos de la época republicana con el reforzamiento del aparato estatal. Para sostener la *tesis contraria* a la del autor se citan textos que hablan de *rescindere*, integrando el famoso texto ulpiano de la tripartición de las leyes en el sentido de que las *perfectae rescinden* lo hecho contra su prohibición. Sin embargo, aparte la cuestión de la terminología—de valor nada decisivo—, el autor dice que en vez de detenerse en los pocos pasajes de las fuentes usualmente citados *lo que procede* es un examen completo de todos los textos jurídicos en que se hable de *rescindere*: así se advertiría que el significado *técnico* a atribuir a este verbo es muy vario y que *no alude* a lo que hoy llamamos *nulidad*. Estudia así el autor el tratamiento y mecanismo de las *manumisiones* de las Leyes (perfectas) *Aelia Sentia* y *Fufia Caninia*. Observa así cómo *no* se produce la nulidad de los actos jurídicos a que dichas leyes se refieren. Y una vez fuera del campo de las *leges perfectae*, puede percibirse cómo el mismo significado de *rescindere* resulta también inequívocamente de otras fuentes distintas. Nos encontramos, en efecto, frente a negocios que *no* son de hecho nulos, que vienen concebidos teóricamente como ap-

tos para producir sus efectos, pero éstos son paralizados o paralizables por la presencia de un obstáculo constituido por una prohibición de la Ley o por una norma más reciente, cuya violación no comporta nulidad, sino simple rescisión automática (o no), o sea, algo similar a la moderna *anulabilidad*.

Partiendo de este presupuesto, cabe ya comprender *el porqué* de las discusiones acerca de los efectos de la *Lex Falcidia* (para unos *perfecta* y no para otros): los legados *que exceden del límite fijado* por tal Ley, ¿deben reducirse automáticamente o no? Cuestión ésta de la que todavía hoy se sigue discutiendo. Para el autor, muchas de las dudas originadas por tal Ley *derivan* precisamente de haber hecho *base* de la cuestión el dilema acerca de la nulidad absoluta o no de dichos legados excedentes del límite. La argumentación sobre la nulidad del *revocare* de los textos está constituida por las manumisiones prohibidas. Por lo que se impone *idéntica* conclusión para la *Lex Falcidia*.

Por todo lo cual, la *tesis* de que las *leges perfectae* comportaban la nulidad absoluta de los negocios por ellas prohibidos parece que *no* puede aceptarse, dados los motivos de duda, de perplejidad, de incertidumbre o bien directamente contrarios a ella, que *legitiman* la sospecha del Autor de que la Ley *comicial no podía* sancionar la nulidad de negocios *anteriormente* reputado válidos, especialmente los formales.

Se plantea el autor cuál era la suerte de estos negocios y se pregunta si cabría llamarles negocios *anulables*: aunque sea conclusión lógica, no es la más adecuada a la mentalidad romana, dado que el concepto de *anulabilidad* no existe dentro del ámbito del *ius civile*. Entonces, estos negocios válidos en un tiempo y después prohibidos por la Ley o por la costumbre, que no son nulos, deben considerarse válidos aunque *ineficaces* ¿Cuáles serían, pues, los negocios nulos en el ámbito del *ius civile*? A este interesante interrogante sólo puede responderse teniendo presente el *principio fundamental* que domina la mentalidad del jurista romano: el de que "no se puede hablar de una nulidad cual figura diversa de la inexistencia". En efecto, para el *ius civile* el negocio o existe o no existe: los romanos no llegaron a concebir la nulidad como expresión de un supuesto de hecho que *existe*, pero que existe *como supuesto* de hecho para calificarlo de nulo, pero distinto del negocio inexistente.

— El *capítulo tercero* se refiere a *inexistencia y nulidad*. Dadas las anteriores consideraciones expuestas, si no pueden encuadrarse tales negocios dentro del esquema del concepto actual de nulidad, si no cabe hablar de anulabilidad, no nos queda más que hablar de *ineficacia*: dando a este concepto una *extensión* y un *contenido* un poco diverso del que la dogmática actual generalmente le atribuye.

Ciertamente, respecto de los negocios prohibidos por las Leyes antes citadas, la única incertidumbre atañe a los efectos de dichos negocios, y aun hay casos en que ni tal duda existe. En todo caso, estamos siempre en el campo de la producción de los efectos, en el campo de la *ineficacia* y no el de la invalidez. En el ámbito del *ius civile*, el negocio, en cuanto existe y es jurídicamente válido, es siempre *potencialmente* apto para producir sus efectos. Más allá de la *ineficacia no hay* una forma más grave del vicio del negocio: hay el nada jurídico, hay la *inexistencia* del negocio mismo, hay el negocio nulo *entendido en el sentido de non ullum esse*.

Estudia DI PAOLA con gran detalle los distintos textos de las fuentes romanas en que se habla de negocios definidos *nulli*, bien en sentido *atributivo* bien en el *predicativo*. En ambos casos está siempre usado para indicar el negocio jurídicamente *inexistente*. No siempre es sen-

cillo, sin embargo, el distinguir en las fuentes en cuál de dichos sentidos está usado: a veces debe traducirse por "no hay negocio" y a veces por "el negocio es nulo". Sin embargo, insiste el autor, *nullus* significó siempre negocio que *no existe*; cita como pruebas textuales una serie de pasajes del *Digesto*, relativos: a la *societas inter virum et uxorem* (contrada *donationis causa*), a la *dos*, a la *auctoritas*, a la *emptio-venditio*, a la *donatio inter virum et uxorem* y a la *stipulatio del furiosus*. Como confirmación ulterior de su afirmación, cita otra serie de pasajes en que se usa la expresión *non esse*.

Ya en este lugar avanzado de la obra, el autor cree posible afirmar como *conclusión parcial* que los juristas romanos no llegaron a la elaboración (ni aún implícita) de un concepto de nulidad como algo *diverso* de la inexistencia. Solamente veían los negocios o como *existentes* o como *nulos* en el sentido de que *no existían*. Cita, en tal sentido, otra serie de textos del *Digesto*. Ahora bien, la *inexistencia* para los romanos no significa que el negocio no exista *como supuesto de hecho*, ya que como apariencia de negocio puede tener una existencia de hecho.

Sentado esto, en otro lugar, sigue el autor—en cuanto a la *distinción* entre Inexistencia e Ineficacia—diciendo que los juristas romanos se refieren siempre a la *existencia jurídica* del negocio para ver si éste puede o no tener efectos: si existe, será también (aunque fuere potencialmente) eficaz; donde dicen que un negocio es como si no existiese, es como "no hecho", *quieren decir* que un negocio aunque realizado no puede tener ningún efecto. Las *expresiones* usadas en los textos nos indican que tales negocios "nulos" se mueven en el ámbito de la ineficacia: una ineficacia más o menos grave, más o menos amplia, más o menos completa, pero siempre un fenómeno que varía en el plano *cuantitativo* y no *cualitativo*.

Examina luego las *expresiones infectum, pro infecto, pro non facto*, igualmente significativas de negocio *no hecho*: con lo que no se niega su existencia jurídica, sino su *eficacia*.

Termina la obra con el estudio, muy pormenorizado, de la *pretendida* nulidad de las *donaciones entre conyuges*, cuya prohibición, de tardío origen legislativo, examina. Encuentra mezcladas estas donaciones junto a las *imaginariae venditiones* en una Constitución de Diocleciano y Maximiano del 293. Comprobado que *no todas* las donaciones de este tipo serían nulas, ya que había algunas *excluidas*, a las que aún agrega otras a excluir. Analiza las *expresiones nullius momenti est, non valere, ni hil agere*, etc., indicativas todas ellas de que son hipótesis de *ineficacia*. En definitiva, *no* está prohibido el negocio hecho *donationis causa*, sino un determinado efecto del mismo, de manera que cuando tal efecto no existe, la donación permanece válida. A los argumentos endebles de la terminología prefiere los *sustanciales*, a los que añade el derivado del régimen de la *confirmatio donationis* por muerte del cónyuge donante. Esta posibilidad de convalidación de la donación es claramente demostrativa de que el negocio *no* era afecto de nulidad tal cual hoy la entendemos, *sino* algo vecino a la ineficacia. Finalmente, analiza con gran detalle los dos únicos textos del *Digesto* en que se habla de que la donación entre cónyuges es *nulla*: para los juristas romanos lo que estaba en juego era *no* el negocio, *sino* tan sólo su efecto. Resulta claramente del texto de Ulpiano comentando el Senado-Consulta del 206.

— *Conclusiones del autor*: Todos los negocios examinados no son negocios nulos: no es nula la *imaginaria venditio*, no es nulo el divorcio de la libertad, no son nulas las donaciones entre cónyuges. Todos estos negocios son *pro infectis*, o sea, indicando con ello que el negocio es *ineficaz*. Está desprovista de fundamento la afirmación multisecular

de que "en el ámbito civilístico hay ineficacia cuando el negocio es nulo": ya por no conocer los romanos el concepto de nulidad tal como hoy se la entiende, ya porque sus negocios—aun viciados—no se prestan a ser encuadrados en tal categoría dogmática. Para el *ius civile*, el negocio o existe o no existe, de modo que se *oscila* entre la inexistencia y la ineficacia del negocio; más allá de estos términos está, por una parte, el *nada* jurídico, y por otra, el negocio plenamente válido.

Solamente partiendo de este presupuesto cabrá encuadrar los distintos fenómenos descritos en las fuentes y penetrar su mecanismo. Los esquemas, conceptos, categorías, etc., elaborados por la dogmática moderna sólo *valen como términos de comparación*: para indicar cuáles de sus características están presentes en determinados supuestos de hecho y cuáles no lo están, y para mejor individualizar las características de cada supuesto de hecho—y sobre la base de éstas—crear nuevas categorías o individualizar las que el jurista romano presupone al dar sus respuestas.

3. *Consideraciones críticas.*—Decía PASCAL que el desarrollo de un libro viene determinado por su conclusión, lo que parece perfectamente adecuado al comentario de la obra que estoy realizando: nunca he percibido con mayor claridad la interdependencia entre las premisas y la conclusión, hasta el punto de no ser fácil discernir lo que es punto de partida o de llegada. Este es el único inconveniente que veo pueda objetarse a la tesis de DI PAOLA.

El método utilizado por el autor es el de inducción, examinando paciente y exhaustivamente numerosos textos del *Digesto* que pasa a explicar con claridad en su origen, posibles interpolaciones, interpretaciones propuestas, bibliografía del tema, etc. Tanto en el aspecto *formal*, en cuanto a redacción, lenguaje, argumentaciones, como en el *sustantivo*, en orden al fondo de cada punto, conexión con los conceptos y categorías jurídicas modernas, la obra tiene calidad e interés.

La *perspectiva* desde la que el autor somete a su tema es, obviamente, *actual*, con lo que la utilización—aun como términos de referencia—de los conceptos de la moderna dogmática es casi inevitable. Por lo cual, su mismo punto de partida puede ser objeto de crítica por todos aquellos cuya panorámica particular del tema no coincida con la del autor.

Ahora bien, dejando a un lado estas consideraciones, me parece importante apuntar la trascendencia y posibles repercusiones de esta obra respecto de conceptos, dogmas y categorías jurídicas "intocables" existentes en nuestra doctrina. Se me ocurre preguntarme qué vamos a hacer con todas las elaboradas construcciones sobre la *nulidad* casi "de fe" de las donaciones entre cónyuges que nos proviene del Derecho romano, a la vista de la brillante demostración que DI PAOLA nos hace de que no hay tal "nulidad"; al tiempo que derivan cuestiones tales como la de la nulidad o ineficacia *parcial*, el concepto de "inutilidad", las sanciones de las Leyes "perfectas" y su traducción legislativa actual, el mecanismo en orden a los legados que exceden del límite de la *Lex Falcidia* (Derecho catalán, arts. 225 y sigs. de la Compilación), sociedad entre marido y mujer, ventas ficticias o imaginarias, desheredación, posible aplicación o no al testamento del concepto de invalidez sucesiva, etc., entre otras muchas sugerencias que la obra provoca.

La selección bibliográfica es muy completa y cuidada, así como la ordenación final de las fuentes romanas.

Quizá se eche de menos una más perfecta trabazón entre los tres capítulos de la obra, suprimiendo repeticiones y referencias constantes y dejando constancia más clara de unas conclusiones *parciales* en cada uno de ellos.

4. *Resumen*: La obra sugiere la conveniencia de replantear todos los habituales problemas de nuestro romanizado Derecho privado actual, a la luz de un estudio riguroso de las fuentes romanas de que brotaron las instituciones. La contribución aparentemente modesta del autor a las debatidas cuestiones acerca de la ineficacia, invalidez, nulidad, etc., del negocio jurídico, me parece importante y de posible trascendencia. A la luz de estas consideraciones sentadas por Dr PAOLA puede parecer *clásica* y nada revolucionaria ni atrevida la tesis de VALLET en orden a las donaciones entre cónyuges. Y es que, al fin de cuentas, aquel derecho casuístico romano trajo consigo este Derecho privado dogmáticamente sistematizado. Habrá que volver a aquellas fuentes más de una vez...

JOSÉ CERDÁ GIMENO.
Notario.

ESPÍN DIEGO: *Manual de Derecho Civil Español*, vol. 1.º, parte general (edición 3.ª, 1968).

Corría, me parece, el año 1956 cuando fui designado por nuestro Ilustre Centro Directivo, vocal de un Tribunal de oposiciones a Notarías que habían de celebrarse en Madrid.

Mis, un tanto trasnochados, conocimientos de la llamada Parte General (plan SAVIGNY) de Derecho civil precisaban un texto claro, sintético, que me diesen una noción lo más precisa de la misma. Fue así cuando recordando los diversos trabajos doctrinales del profesor ESPÍN—siempre diáfanos, rigurosamente doctrinales y, lo más valioso, con una finalidad pragmática envidiable—lo que me hizo adquirir, y leer con avidez, la primera edición de su Manual.

Más reciente, ahora casi, el nombramiento para otro Tribunal también a Notarías de la capital, hizome trabar amistad con el autor, como componente igualmente del Tribunal, y calar no ya en sus conocimientos, sino en su personalidad tanto humana como profesional.

Cuando a veces—injustamente siempre—he oído hablar del absentismo de los Catedráticos se me aparece la figura de este hombre, DIEGO ESPÍN (como tantos otros que tengo el honor de conocer, LACRUZ, Díez PICAZO, etc) devotamente entregado a su profesión de enseñar, hasta el punto de que para no perder el contacto con sus alumnos era rara la semana que no nos solicitara—siempre contando de antemano con el voto favorable de nuestro ilustre presidente, don RAFAEL NÚÑEZ LAGOS—que perdonásemos algunos días su ausencia, con las molestias que significaban para él.

Su perfil humano corre pareja con su ejemplo profesional: prudente, callado, salvo, como es de rigor, la observación oportuna poniendo de relieve la profundidad de sus conocimientos, su exquisito trato y corrección que pocos, como yo, han podido apreciar en nuestras innumerables y sabrosas charlas, haciéndome olvidar que iba hablando con el profesor y maestro... Sólo me disculpa los muchos años que nos distancian (Espín en la plenitud de su vida y quehacer, yo, en la decadencia), el “paisanaje” y el recuerdo de la gran amistad que hubo entre nuestros padres en aquellos—también injustamente difamados tiempos—de la Monarquía. (¡Cuántas y cuántas veces fui a visitar a don EDUARDO ESPÍN, diputado a Cortes y gran abogado de nuestra provincia!).

Por todo esto—y tanto y tanto que podía añadir—al hacerme el obsequio DIEGO ESPÍN de los primeros volúmenes de la 3.^a edición de su Manual, yo, que considérome ya también *jubilado* en esto de emborronar cuartillas, he sentido la necesidad de hacer patente mi admiración hacia el hombre y su obra, pues ésta, de aquellas 300 y algunas páginas de la edición 1.^a han pasado a casi 500 en esta 3.^a de la Parte General, de que vamos a intentar dar una breve idea, un tanto libre y con ligeras aportaciones personales o si se quiere atrevidas observaciones al texto, dejando para más adelante el estudio del volumen 2.^o dedicado a los Derechos reales en general.

* * *

Precisados los términos de la palabra “Derecho” y delimitado—como más propio para el ordenamiento práctico—el llamado objetivo, el medio más idóneo para lograrlo es el análisis de sus componentes, o sea, del conjunto de “normas” jurídicas por las que se rige una comunidad.

¿Pero ésta, la “norma” no es acaso una unidad conceptual sobre la que se ha venido construyendo todo un cuerpo de doctrina en el campo de lo jurídico?

Si vaciamos el Derecho de todo contenido ético y extrapositivo veríamos converger el propio concepto del Derecho a la norma jurídica positiva. Entendido esto así—que es en lo que culmina el normativismo Kelseniano—habría que rechazar la doctrina de la norma jurídica, como instrumento técnico.

Pero huyendo de exageraciones y conceptualismos sólo debemos ver en la norma el conjunto de directrices que regulan el ordenamiento jurídico.

Así concretada no debe confundirse con la *disposición* jurídica, que es la forma en que el Derecho positivo se manifiesta.

Acaso sobre esto también se ha especulado en exceso, queriendo ver de la combinación de varias *disposiciones* la obtención de una *norma* jurídica. Y sobre esta base se habla de distinción entre normas autónomas y no autónomas, completas e incompletas... Continentes las primeras de un mandato, en tanto que las otras sólo *cobran* valor como normas, en relación y conexión con otras normas, a las que sirven de determinación o delimitación.

Pero, preguntamos, ¿no es esto lo propio de las llamadas *disposiciones* jurídicas?

De aquí—para el jurista práctico—lo difuminado del concepto, como apuntamos. Pero sobre esto ha trabajado mucho la doctrina extendiéndose sobre su estructura y valor, elementos y consecuencias.

Precisada la concepción de la norma jurídica como *Mandato* (lo que niega el positivismo Kelseniano) el correlativismo de éste es la sanción que supone su incumplimiento y la clasificación de las mismas: permisivas, prohibitivas, imperativas, punitivas... que bien pudiéramos—acaso con gran elasticidad simplificatoria—reducir a normas de Derecho necesario (*ius cogens*) y de Derecho voluntario (*ius dispositivum*) y en ésta, como distintivo peculiar, la posibilidad de su renuncia, sobre lo que no tenemos lugar para matizar, pero sí ponerla en conexión con las que—agotando la clasificación—se han llamado normas individuales o privilegios, ¿pues no es tal esa renuncia?

Esta ligera exégesis de la norma, como conjunto de directrices que regulan el ordenamiento jurídico, según hemos expresado, se refiere a todo el Derecho o sea los llamados público y privado, que en Roma aparece tajante, desde sus comienzos, mientras en los pueblos germánicos mantienen su unidad, que perdura, hasta que el Renacimiento del Derecho romano se culmina con la Revolución francesa (exaltando el

individualismo) y abocando de forma ineluctable a la discriminación de uno y otro, a través de varias teorías que consagran la distinción, pues las llamadas "tripartitas", queriendo encuadrar el Derecho laboral y el de familia en otra rama especial, no han tenido casi aceptación en la *communis opinio doctrinal*.

* * *

Y ya en este plano por Derecho privado entendemos el llamado Derecho civil (o al menos lo más importante de aquel).

En Roma el *ius civile* expresaba tanto una parte del Derecho privado, como todo el Derecho del *cives romano*.

La idea se va precisando en la Edad Media. Y aunque en la Moderna vuelve a tener otra significación, por los profundos cambios políticos operados, el *ius civile*, que anteriormente significó "Derecho romano" va haciéndose *equivalente* a Derecho privado. Esta evolución continúa hasta el siglo XVIII en que comienzan las codificaciones (así la del Código prusiano de 1749, que lleva por título "Derecho territorial general de los Estados prusianos" y culmina, puede decirse, en el Código francés de 1804 y su posterior austriaco de 1811).

Esto planteó desde un principio la unidad del Derecho privado, dado que se desgajó del civil, el mercantil y el llamado Derecho agrario; y esto sin contar esas otras ramas que pretenden tener propia autonomía, como el Derecho inmobiliario, el aeronáutico, el espacial, etc.

Cifándonos al Derecho civil propiamente dicho su contenido sigue siendo la personalidad, la familia y el Patrimonio. Para su estudio se han ideado distintos planes, desde el llamado romano debido al jurisconsulto Garo, que inspiró al legislador francés y por la influencia de éste se difundió en todos los países latinos y, por tanto, en el nuestro, si bien con alguna variante, al añadir al mismo el libro IV, al llamado Plan alemán o de SAVIGNY que propone una parte general y luego el estudio separado de las cosas, obligaciones, familia y sucesiones, aceptado por la doctrina generalmente (salvo en Francia, así PLANIOL, JOUSSERAND, BONNECASE...).

Extendernos en el desarrollo de las Codificaciones civiles y aun en la nuestra, sobrepasaría la intención de estas notas. Pero queremos dejar constancia de la precisión con que lo hace el profesor ESPÍN y luego, atinente a nuestra patria, la referente al Código civil y Leyes complementarias posteriores, así como al sistema de apéndices del mismo relativo a las legislaciones forales, que culmina con la exposición, contenido y juicio crítico de cada una de las nuevas Compilaciones de Aragón, Balear, Cataluña, Gallega y de Vizcaya y Alava.

* * *

Antes de adentrarnos en el estudio del Derecho civil—en su parte general, siguiendo el Plan de SAVIGNY, que adopta el profesor ESPÍN—es imprescindible hacer una somera alusión a las llamadas Fuentes, que, reducidas a las instrumentales o de conocimiento, no son sino los medios materiales de que nos valemos para saber el Derecho ya creado.

El Derecho positivo español no reconoce como tales más que la Ley, la costumbre del lugar y los principios generales del Derecho (artículo 6.º, C. c.).

Por su jerarquía es la Ley la que tiene supremacía sobre las otras fuentes, hasta el punto de haber dado ocasión para estampar en el artículo 2.º del Código civil el archisabido aforismo de que la ignorancia de las mismas no excusa su cumplimiento, que interpretado literalmente desde siempre nos causó estupor y asombro, ya que como señala con

insuperable acierto y sencillez nuestro autor, “el deber de acatar las Leyes es independiente de su conocimiento. De aquí la cuestión—ya puesta en claro por la doctrina—de poder tener en cuenta el error de derecho. Es decir—volviendo casi a repetir lo acabado de decir—una cosa es la obligatoriedad de las Leyes y otra su ignorancia como causa de error o excusa (ver arts. 69, 433, 1.169, etc., al efecto). Pero siempre y en aras al forzoso acatamiento de la Ley, dejando a salvo la nulidad de los actos contrarios a ella, bien por violación directa o indirecta—fraude—que nuestro Código, como hace el moderno italiano deja sin regular y cuyas implicaciones, por demás interesantes, sólo dejamos apuntadas.

Respecto de la costumbre, aunque actualmente disminuye su importancia por el predominio de la legislación en el Estado moderno, los profesionales o prácticos del Derecho vemos o tenemos a diario casos de su importancia que paulatinamente van imperando en la realidad, siquiera con justificaciones y ensayos doctrinales, que bien mirados nunca logran completamente satisfacernos. Tal, por ejemplo, el caso del usufructo universal que un cónyuge deja al otro (con su más firme apoyo en el párrafo 3.º del art. 820 del C. c.), las donaciones y compras en nuda propiedad, con reservas de usufructo entre cónyuges, etc., que en ciertas regiones, como las levantinas, son de uso constante, etc.

Por ello es de alabar—como hace nuestro autor—el art. 2, núm. 1, de la Compilación aragonesa, que dice “que la costumbre tendrá fuerza de obligar cuando no sea contraria al Derecho natural o a las normas imperativas o prohibitivas, aplicables en Aragón”, cuya elasticidad es tan notoria que bien puede decirse engarza con el principio autonomista de tan larga tradición en el país, *standum est Chartae*.

En cuanto a los principios generales del Derecho, nada mejor que lo dicho por don FEDERICO DE CASTRO, cuando escribe que el Tribunal Supremo lo que exige es que el principio general del Derecho alegado “merezca el concepto de doctrina legal” y sugiere como indicio de ello que haya sido admitido por la *doctrina jurisprudencial*.

También la jurisprudencia uniforme sobre una materia de nuestro Tribunal Supremo, quíerase o no, debe considerarse como fuente y ello no tan sólo por lo que dice el artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento civil, sino por la imperatividad que supone la observancia de determinado criterio de decisión.

A esto podemos añadir que nadie mejor que dicho Tribunal para fijar criterios de interpretación, analogía e integración legal, que a la *postre* se convierten en las llamadas Fuentes.

* * *

En conexión con lo expuesto viene la interpretación del Derecho en función o creado desde sus medios clásicos: gramatical, lógico, histórico y sistemático, a los más modernos extensivos o restrictivos, incompatibilidad con otra norma, etc., hasta llegar a la “laguna” legal que puede pensarse si será o no un caso de interpretación y que trata también de superarse con la *integración* y con la *analogía* (que no debe confundirse con la libre investigación, como apunta Ferrara) y que nuestra jurisprudencia ha reconocido como principio general de Derecho recogiendo el axioma que “donde existe la misma razón, idéntica debe ser la regla aplicable”.

Ahora bien, todo esto tiene un límite, en cuanto apunta a lo más fundamental de la Norma, como todo lo vital, perecedero, y se refiere al tiempo y al espacio. De ahí las disposiciones transitorias que suelen acompañar a toda Ley (y aun dentro de la misma, véanse arts. 1.608,

1.611, 1.664, 1.665 y 1.939, por ejemplo, de nuestro C. c.). Un amplio estudio de esta materia, con aplicaciones prácticas, encontramos en la obra cuya relación somera estamos explayando, que pone de manifiesto la pulcritud y profundidad de conocimientos de su autor.

* * *

El decurso de intereses entre los hombres, sean morales, religiosos, de cortesía, impone normas que las regulen, tanto más acentuadas si tal entrecruce de relaciones son jurídicas. Relaciones de hecho que originan situaciones que hay que proteger o someter a la norma jurídica. Tales situaciones corresponden a lo que se llama Derecho subjetivo y deber jurídico, cuyo entramado es muy sutil y por lo mismo difícil de concretar y reducir. Porque esta relación jurídica que tradicionalmente fue entre personas, después se extendió por la doctrina a considerarla posible entre los hombres y las cosas, llegando hasta afirmar ser también factible sólo entre cosas, aduciéndose como ejemplo la relación que media entre cosa principal y cosa accesoría.

Rechaza Espín estos extremismos y siguiendo la doctrina más dominante estudia la estructura de la relación jurídica o de sus elementos componentes, subjetivo, objetivo y causal, con su contrapunto, después, del deber jurídico, respecto al llamado Derecho subjetivo, cuyas principales teorías analiza extensamente a continuación, negando la posibilidad conceptual de su existencia (o sea del Derecho subjetivo) sin un objeto, cuales son, según un sector doctrinal, el derecho de ciudadanía, la *testimanfactio* el *ins honorum et sufragio* y los llamados de modificación jurídica, especialmente los de adquisición. Podríamos decir que se trata de meras facultades dado que el derecho subjetivo parece ha de recaer sobre alguna materia o *substratum*.

* * *

Acatando los conocidos conceptos sobre persona, en general, capacidad y sus clases, legitimación dispositiva, etc., al referirnos al *status* nos encontramos con el debatido problema de la exactitud acerca de la distinción que quiere establecerse entre acción moral y acción patrimonial de estado. Para cierto sector doctrinal, existirá acción moral de estado cuando se pretende una declaración referente al estado, mientras que la acción patrimonial de estado tiende a establecer no el estado en sí, sino relaciones jurídicas patrimoniales dependientes del mismo. Se pretende identificar con esto el estado con el derecho, a que va unido, ya que el estado no constituye el fin de la acción, sino el medio para demostrarla fundada. Las consecuencias que se derivarían de admitir esta postura son importantísimas, porque la denominada acción patrimonial de estado tendría caracteres opuestos a los que se consideran como propios de las acciones de estado. Sobre que la sentencia que pone fin a la primera tiene valor de cosa juzgada en cuanto al Derecho patrimonial, pero no respecto al estado aunque éste fuere convertido en el juicio.

Debemos rechazar tal extremismo, pues en tanto no exista un estado correspondiente a una persona, no puede reclamarse un derecho derivado del mismo (por ejemplo, un derecho hereditario). Es preciso aclarar la existencia de estado para fundar sobre el mismo la pretensión de un derecho.

* * *

Refiriéndonos a la persona natural, a más de los requisitos para su viabilidad, nos encontramos en seguida con la problemática del concebido y el que no lo está o *concepturus*, tan interesante para los lectores de esta REVISTA y sobre cuyo tema en nuestros comentarios a R. R.: de la Dirección tanto hemos escrito, por lo que no vamos a repetirnos. El profesor ESPÍN acepta la tesis de PÉREZ GONZÁLEZ y ALGUER sobre la interpretación del artículo 750 del Código civil y, además, el que determinadas Instituciones del mismo como la fideicomisaria admiten que se pueda llamar no ya a los que vivan al tiempo del testador, sino a los engendrados con posterioridad, por lo que sigue la corriente doctrinal más usual en la materia. Solución que acepta igualmente por lo que se refiere al fin de la persona, exponiendo con acierto los problemas que se suscitan sobre la premorencia en el caso de que ocurra el de varios al mismo tiempo (ver art. 33).

Al referirse a las circunstancias modificativas de la capacidad analiza los problemas que en torno a la edad se han suscitado, tanto en Derecho común como en el foral (deteniéndose especialmente en la Compilación aragonesa) y por lo que se refiere al sexo, afirma que el Derecho español reconoce el principio de equiparación de la mujer al varón fuera de las *relaciones matrimoniales*, pero reafirmandose en su criterio antiguo sobre la incapacidad general de la mujer casada en aras del principio de unidad de dirección.

Sin embargo, en su brillante discurso de apertura del curso académico 1969-70, de la Universidad de Salamanca, precisamente sobre la "Capacidad jurídica de la mujer casada", se diría—siquiera tímidamente—modificada aquella afirmación genérica por nuestro ilustre profesor, sentada. Fijémonos particularmente, en el Derecho laboral por la resonancia que de día en día va teniendo éste, en todos los órdenes de la vida. Aunque para la prestación de sus servicios y aun apredizaje, la mujer casada necesita la licencia de su marido, la L. C. T. dando un paso de trascendencia, apostilla a la situación el caso de separación de *hecho* o de derecho entre ellos (art. 11-d y 133) en donde la licencia marital no será precisa.

¿Pero y la remuneración que en tal evento perciba la mujer? Para el profesor ESPÍN la solución no ofrece duda: "para el caso de separación legal o incluso de separación de hecho, se dicta una norma especial de carácter más enérgico—escribe—en cuanto a la protección del interés de la mujer casada trabajadora, al no permitir al marido la oposición a que la mujer perciba la remuneración de su propio trabajo" (artículo 53, ap. 3.º).

Tiene, si bien nos fijamos, lo apuntado por la L. C. T., su antecedente en la legislación sobre Ahorro—Ley 14 julio 1909 y R. 13 enero 1916—al permitir a la mujer hacer imposiciones en la Caja Postal de Ahorro y solicitar Libretas sin la intervención de su marido, considerando los saldos (LACRUZ, "Derecho de familia. El Matrimonio y su Economía") como bienes parafernales no entregados y permitiendo que formule las peticiones de reintegro y las perciba sin asistencia marital, en tanto el marido no haga uso del Derecho que le confiere el artículo 1.388 del Código civil (pág. 189—edición 1963).

Al haber dado—como dijimos—un paso más la L. C. T. prohibiendo al marido toda oposición a que la mujer perciba la remuneración de su trabajo, dejando, al parecer inoperante el artículo 1.388 del Código civil, antes citado, ¿no podrá la mujer *separada de hecho*, generalmente abandonada de su marido, que hubiese acumulado un capital con su esfuerzo laboral invertirlo como le convenga, que, de ordinario, por las corrientes de hoy día, conducen a la adquisición del piso u hogar donde vivir y tener refugio en su vejez? Caso profundamente humano éste que más de una vez se ha de presentar a la calificación del Re-

gistrador. El juego de los artículos 1.407 y 1.402 2.º del Código civil, exponentes máximos de ese artilugio tan precisado de revisión que es nuestro régimen legal de gananciales, parecen oponerse a que inscriba la adquisición como parafernial (e igual diríamos en caso inverso, el marido como propio), la mujer, cuando otras leyes posteriores, más acordes con los tiempos actuales, así los consideran.

También en la esfera mercantil (aunque alguien ha querido ver alguna vacilación al respecto en los más destacados tratadistas, así GARRIGUES Y URÍA, tomo I, L. S. A. pág. 211) puede observarse una mayor elasticidad en la libertad de la mujer para el ejercicio del comercio, sin la traba de la licencia marital, reservada, sin duda, al marido como facultad discrecional (ESPÍN, *Conferencia citada*, pág. 59). Pero hay que observar que aunque no se han dictado las disposiciones complementarias precisas—como indica este último—que adoptare los efectos del ejercicio del comercio por la mujer en relación con los bienes del matrimonio, cuando el marido no preste su consentimiento, la orientación progresiva de nuestro Ilustre Centro Directivo va recogiendo la opinión doctrinal más liberal en la constitución de Sociedades en que concurren ambos esposos, sobre todo en las anónimas (ver R. R. de 16 de marzo de 1959, con nuestra nota a la misma, págs. 521 a 533, R. C. D. Y, igual año y la más reciente, que merece nuestra más absoluta adhesión, de 4 de noviembre de 1969).

Y es que la Ley de 1961, ha abierto un postillo cuyas fisuras o lagunas van llenando la doctrina y la jurisprudencia en este arcaico concepto de la más absoluta sujeción de la mujer a la potestad marital, incluso en el ámbito procesal.

De todos modos, como con su gran ponderación expresa ESPÍN, a la vista de la situación legal podemos considerar, en la actual fase evolutiva de nuestro Ordenamiento, a la venia marital como institución poliforme, asistemática, proclive a las interpretaciones discordantes e imposible de reducir a unidad. Su *anacronismo*, por otra parte, no merece la corrección normativa, sino más bien la supresión como algo caduco (página 60, obra citada).

En un alarde de concreción estudia nuestro autor la influencia de los defectos físicos y enfermedad mental, prodigalidad e Interdicción civil, explayándose de manera notable al referirse a la Nacionalidad y Vecindad civil o Regionalidad.

Pasando al estado de familia en su concordancia con la identificación de la Personal Natural, puede decirse que hace una meditada exégesis en conexión con la Ley del Registro civil y su Reglamento, como sucede con respecto a la Ley de Enjuiciamiento Civil, en su relación con el Código civil al tratar del domicilio.

La ausencia o no presencia, como gráficamente escribe nuestro autor, es de las mejores materias desenvueltas por el mismo. Como botón de muestra y aplicando a lo del texto del libro, lo que señala en el trabajo posterior a que hemos aludido sobre la capacidad jurídica de la mujer casada, señala de forma original que cabe deducir las siguientes consecuencias (pág. 37, ob. cit.): 1.ª La licencia judicial se precisará sólo respecto a los bienes (inmuebles, valores), que por consecuencia de la separación de bienes o de la transferencia administrativa, le hayan correspondido o se le haya transferido la administración a la mujer; no la precisa por tanto respecto a los bienes que la mujer administrase anteriormente a la separación o transferencia. Respecto a estos sigue teniendo las facultades anteriores, pero al desaparecer la posibilidad de la licencia marital, desaparece dicha limitación sin el sucedáneo de la judicial que no impone el artículo 1.444. En este caso se encontrarán normalmente los parafernales administrados por la

mujer para cuya disposición requiere licencia marital (art. 1.387), sin que al ser ésta imponible le sustituya la autorización judicial.

2.ª La licencia Judicial ex artículo 1.444 no es de aplicar a la situación en que la mujer administra bienes por haberle correspondido su representación legal, como tutora del marido loco o representante del ausente, pues en estos casos son de aplicar las normas propias de estas situaciones particulares. Así, en el caso de ausencia entrará en juego la autorización prevista en la reforma de la L. E. C., por la Ley de 30 de diciembre de 1939 (arts. 2.036 y 2.041 L. E. C.).

Imposible detenernos en hacer una expresión de aciertos del autor en los problemas que el estado de ausencia provoca. Todos los que sabemos los va exponiendo con las soluciones que doctrina y jurisprudencia ha aplicado a ellos. Acaso—y sin que esto suponga señalar algún fallo—echamos de menos una mayor amplitud en cuanto al examen de las facultades del Defensor del ausente, habida cuenta las repercusiones que los artículos del Código destinados al mismo, especialmente el 186, *in fine*, han tenido en materia de sucesiones, habiendo *concepturus* (véanse trabajos de CÁMARA y G. PALOMINO, tan conocidos, S. de 1934, etc.).

Finaliza ESPÍN todo lo referente a la persona natural con la exposición del registro de estado civil, de cuya Ley hace un acabado estudio, engarzando, pudiéramos decir, lo expuesto, con el capítulo dedicado a la protección de la persona humana, tanto en su integridad física como en la moral, con aportaciones doctrinales y propias al respecto, que hacen el tema sumamente atractivo y lleno de modernidad.

* * *

Al referirse a la persona jurídica, pues el hombre—escribe ESPÍN—en su vida social, para alcanzar ciertos fines, precisa agruparse con otros, a los que el Ordenamiento jurídico reconoce personalidad, examina las concepciones opuestas que para su fundamentación surgieron, o sea, las teorías de la ficción y la realidad, decidiéndose por una solución ecléctica, o sea, la construcción formalista, por responder a la verdadera esencia de dichas personas jurídicas. Estas tienen, dice, una existencia real, derivada de los fines sociales que le dan nacimiento, y el Derecho, en atención a esa realidad dirigida a un fin lícito que se considera digno de protección, les inviste de la personalidad jurídica, que en cuanto categoría jurídica no puede emanar más que del Ordenamiento jurídico. Por eso la estructura de las personas jurídicas consta, como dice FERRARA, de un doble elemento: el *substrato* que se personifica, y el *reconocimiento* del Estado.

¿Cómo se llega a ese *reconocimiento*? Por la concesión para cada Entidad, si reúne los requisitos legislativos, o por el más sencillo—seguido por nuestro Ordenamiento—o *normativo*, general para en cuantos entes concurren los requisitos legales.

Son varias las clases de personas jurídicas y así podemos, para simplificar, remitirnos al artículo 35 del Código civil del que hace una buena exégesis ESPÍN y particularmente a los de tipo asociacional o corporativo y a las de tipo fundacional, en las que no hay miembros ni, por tanto, Asamblea general, como ocurre en aquellas.

Unas y otras están representadas por sus órganos: la capacidad de ellas está en relación con su naturaleza y también, como las físicas, las personas jurídicas se extinguen por la desaparición del *substratum* y, a veces, aunque es poco frecuente, por la revocación de su reconocimiento. Pero la extinción va seguida de situaciones: fusión con otros, liquidaciones, etc., o también puede acontecer de modo instantáneo, provocando, en fin, una sucesión, como en las físicas del patrimonio,

si bien ordinariamente con destino prefijado o *teleológico*, al decir de FERRARA (ver a tal efecto, art. 39, C. c.).

Todo lo relativo a la capacidad de unas y otras y en especial de la Iglesia, Instituciones, Asociaciones religiosas, en relación con el vigente Concordato, merecen del autor especial atención.

* * *

En capítulo siguiente estudia el objeto del Derecho, o sea, aquello sobre que recae el poder jurídico del derecho subjetivo y tras una breve alusión a la teoría de los "Derechos sobre derechos", creación de la pandectística alemana, concluye ESPÍN, siguiendo a FERRARA, que todos los casos que del particular se aducen no son sino transmisiones limitadas de un derecho, en virtud de sucesión constitutiva; es decir, de un derecho más amplio se constituye otro menor, de su misma naturaleza, pero más limitado de contenido; por ello, en vez de derechos sobre derechos, debe hablarse de "derechos de derechos".

Luego pasa estudiar la cosa, o sea, aquella parte del mundo exterior sometida al poder jurídico del sujeto. Analiza los requisitos que deben concurrir en ella, por ejemplo, su existencia separada, por lo que no lo son las llamadas partes integrantes, ni el cuerpo vivo del hombre. ¿*Quid* del cadáver? Razones de moral impiden se le considere susceptible de apropiación y tráfico. ¿Y las energías físicas o fuerzas de la naturaleza? Asunto discutible. Si son susceptibles de apropiación ¿por qué no? Por ello nuestro Tribunal Supremo, siguiendo a CASTÁN, ha declarado a los efectos de calificación del delito de hurto, que el fluido eléctrico y el gas tienen el concepto de muebles (sentencias 1901, 1912, etcétera).

Para clasificar las cosas se atiende a la relación de pertenencia (dentro y fuera de comercio, de dominio público o propiedad privada, etcétera). Cualidades (muebles e inmuebles, y en estos por naturaleza, incorporación, etc., véase art. 334, C. c. y en aquellos consumibles o no, fungibles o no fungibles). También cabe considerar las cosas por la relación con sus partes o con otras cosas extendiéndose el autor en el análisis de las partes integrantes o constitutivas y luego de las accesiones y pertenencias, pasando seguidamente al estudio del Patrimonio del que cabe destacar que lo integra, si tanto derecho y obligaciones del sujeto titular del mismo o sólo aquellos, considerando a las obligaciones, cargas o detracciones (así ENNECCERUS).

Para CASTÁN, en nuestro Derecho, es indudable que en caso de herencia, las deudas forman parte del patrimonio (arts. 659 y 661). ¿Y en cuanto a los Patrimonios separados? Para PÉREZ, GONZÁLEZ y ALGUER, el único que merece ponerse de relieve en la parte general del Derecho civil, es el de la herencia aceptada a beneficio de inventario (art. 1.192, apartado 2.º y 1.023).

* * *

Al referirse ESPÍN en otro capítulo a la adquisición y pérdida de los derechos, parece identificar la renuncia con el abandono, materia en la que nosotros disintimos y que hace tiempo fue objeto de nuestro estudio (véase Conferencia *El Abandono en la Hipoteca*, en "Anales de la Academia Matritense del Notariado", págs. 71 y sigs., tomo VI, año 1952) Para nosotros el abandono o desamparo de finca hipotecada tal como lo configura el artículo 126 de la Ley Hipotecaria, es una renuncia cualificada, esto es, condicional, que sitúa a la propiedad de la cosa en manos de otra persona, a manera de precario, por no encajar con exac-

titud su concepto en el más técnico de la revocación, por lo que también pudiera decirse ser aquella una suerte de propiedad revocable.

Discrepamos, pues, repetimos, de la afirmación del ilustre profesor Espín, de que la renuncia es siempre abdicativa.

Renuncia y abandono son susceptibles—a nuestro modesto entender—de matizaciones según el campo y situación jurídica en que se apliquen. Pero como en la parte general del Derecho civil acaso, estas sutilezas no tengan encaje, lo expuesto no significa la más pequeña sombra de crítica en cuanto a lo apuntado, que, sin duda, en tesis genérica, pueda aceptarse.

* * *

Una de las secciones más logradas de esta parte general, es dedicada al negocio jurídico, obra de los pandectistas alemanas, como sabemos, y de la que, no obstante, su abstracción y complejidad, ha hecho un modelo de exposición y claridad el profesor Espín. Desde su concepto: declaración o declaraciones de voluntad privada, encaminadas a conseguir un fin práctico, o sea, determinadas consecuencias jurídicas; clasificación del mismo, sus elementos y formación, con el análisis de los vicios que puedan desvirtuar la verdadera declaración de voluntad: Error, dolo, violencia o intimidación, hasta abocar a la discordancia entre voluntad y su manifestación, va recorriendo Espín el camino con un rigor de exposición y doctrina admirables.

Si bien el negocio jurídico se celebra generalmente por el propio interesado, cabe que sea sustituido por otro, bien en la simple manifestación de la voluntad, bien en la misma voluntad interna. De aquí la representación que cabe, por regla general, en todos los negocios, salvo en aquellos que exigen una declaración personal del interesado, como acontece en el Derecho de familia y en el de sucesiones (cfr. arts. 670, 830...).

La representación, como sabemos, es voluntaria o legal.

La primera procede de poder o de ratificación. El primero hay que distinguirlo del mandato, con el que generalmente se identificaba, ya que mientras el mandato origina una relación interna entre mandante y mandatario y otra externa entre mandatario y los terceros, el poder crea un vínculo directo entre poderdante o representado y los terceros. Esto no quiere decir que forzosamente estén separados en la práctica, antes, al contrario, coinciden en la figura del mandato representativo (cfr., art. 1.725), pero puede existir el mandato sin representación (mismo artículo). La sentencia de 22 de marzo de 1942 establece la debida distinción entre el mandato y el poder de representación.

Respecto a la ratificación está consagrada en el artículo 1.259-2.º del Código civil.

La representación legal hay que distinguirla de aquellos casos en que la Ley exige la asistencia a ciertas personas parcialmente incapaces (casos de menores emancipados, por ejemplo, a que se refiere al artículo 317, etc.).

Sólo poseyendo una cualidad de síntesis excepcional, fruto de un acabado conocimiento de la materia, puede exponerse, cual hace el profesor Espín, lo referente al intrincado problema de la causa, requisito esencial del negocio jurídico. Desde la teoría clásica—que matiza la causa y el objeto: *quid debetur* y *cur debetur*, o que se debe y por qué, que pronto hubo que rectificarse dado la diversidad de los motivos impulsores y que dominante en el pasado siglo se halla consagrada en nuestro Código—, pasando por la teoría contraria o *anticausalista*, que consideró a aquélla, falsa e inútil, a la más moderna de la causa *impulsiva* o determinante para cada negocio, que explora los

motivos más lejanos que no aparecen en el fin inmediato del negocio, a la *genética y funcional*, que estima que la causa no sólo debe existir al celebrarse el negocio, sino que debe existir actuando después, pues si no se provocaría la ineficacia del negocio como efecto de la relación jurídica; son analizados, como hemos dicho, por el autor con toda claridad, deteniéndose después en la exégesis de la misma en nuestro Código y en el negocio abstracto, en donde las partes se obligan, abstracción hecha de la causa que da lugar a esas obligaciones, por ejemplo, se promete entregar una cantidad sin indicar en qué concepto: pago de deuda, liberalidad, préstamo, etc. Por tanto, no es que el negocio abstracto esté desprovisto de causa, lo que ocurre es que ésta se halla desligada de aquel que funciona con independencia de la norma. Si faltare la causa el negocio abstracto sería, no obstante, válido, aunque a la postre se corrigiesen sus efectos lesivos por la pretensión del enriquecimiento sin causa. En suma, la falta de causa no afecta a la validez del negocio abstracto, pero sí a la subsistencia de su efecto.

A continuación examina Espín los llamados elementos accidentales del negocio jurídico o determinaciones accesorias de la voluntad, que pueden ser muy variables, pero como sabemos, se destacan tres: la condición, el término y el modo. Las dos primeras pueden establecerse en todos los negocios, salvo en la mayoría de los del Derecho de familia mientras que el modo sólo cabe en los negocios a título gratuito.

Respecto a la condición, de la que hay que descartar las llamadas *condiciones turis* o legales por ser exigidos sus elementos por ésta (la Ley) para la existencia del negocio, la gama o diversidad de las verdaderas condiciones son analizadas, con su claridad característica, por nuestro autor tanto doctrinal como en su aplicación al Código.

De manera pareja sucede en el modo. El régimen distinto para la condición y el modo ha quedado estereotipado en la frase "de que la condición suspende, pero no constriñe, mientras que el modo constriñe pero no suspende".

También, con anterioridad, examina Espín el término o plazo con diaphanidad, y en donde a diferencia del negocio condicionado, en que sólo se quiere si se produce su suceso futuro e incierto en él, a término se quiere en todo caso, sólo que la duración de sus efectos se fija previamente desde que ocurra un acontecimiento cierto hasta el mismo.

Finalmente, y en esta materia del negocio jurídico, se estudia en el texto la ineficacia, cuya imprecisión terminológica permite la confusión de conceptos que la doctrina ha ido perfilando. Empezando porque la ineficacia puede ser inicial o ulterior, la invalidez del negocio puede distinguirse en los tres grados característicos, o sea, nulidad, anulabilidad y rescisión, ésta última una de las formas más confusas de la ineficacia, si bien dadas ciertas notas comunes con la anulabilidad, es opinión bastante extendida de que la rescisión es un caso especial de anulabilidad.

La aplicación de los conceptos esbozados a los textos legales, se hace en el libro con toda precisión, con el examen al hablar de la anulabilidad de la conversión y la regulación de la lesión enorme unida, como sabemos, a la historia de la rescisión.

* * *

La influencia del tiempo en las relaciones jurídicas, es factor de suma importancia y del que se ocupa con extensión Espín por lo que respecta, siguiendo la técnica hoy en uso, a la prescripción extintiva o liberatoria, pues su contraria, por decirlo así, la adquisitiva o usucapión, de aplicación a los derechos reales susceptibles de posesión, como

modo de adquirir de estos, la deja para su estudio en el Derecho de cosas de que más adelante hemos de ocuparnos.

Claro es que antes hay que pararse en esta materia en el llamado cómputo del tiempo, en donde existen dos sistemas para verificarlo: el de la *computación natural* o de momento a momento, que cuenta el día de 24 horas a partir de un momento (9 de la mañana de un día hasta la misma hora del siguiente), por lo que un plazo de siete días no coincide necesariamente con siete días del calendario, pues puede comprender seis días completos y dos fracciones de día; y el de la *computación civil*, que toma como unidad de tiempo el día del calendario, es decir, el periodo de 24 horas comprendido una media noche y la siguiente, contándose los días por entero, prescindiendo de las fracciones de día comprendidas en el plazo (así un plazo de siete días que empieza a las 9 de la mañana comprenderá la fracción de día desde esa hora hasta la medianoche, más los siete días siguientes a partir de esa medianoche). Generalmente se sigue este sistema y aunque nuestro Código no dice nada, así lo entiende la doctrina y alguna Ley posterior (ver art. 2, Ley 13 diciembre 1943, sobre mayoría de edad civil).

Para el cómputo de los meses ver artículo 7 del Código civil y jurisprudencia que la desarrolla (sentencias 26 junio 1909, 6 mayo 1920, 26 enero 1929, etc.). Sin podernos extender más, sólo diremos, que todo esto: día inicial, final, cómputo de los festivos, etc., es tratado con minuciosidad en el texto del libro.

Igualmente, volviendo a la prescripción extintiva se analiza en él mismo su ámbito, requisitos, transcurso de tiempo o plazos, según que las acciones sean reales o personales y el importantísimo problema de la suspensión, así como la eficacia de ella y su renuncia, pasando, seguidamente, el autor al examen de la caducidad, como institución afín a la prescripción, pero con un fundamento puramente objetivo que la diferencia netamente de aquella en que la innación del titular del derecho es circunstancia fundamental. Sin embargo, hemos de señalar, y así lo reconoce el autor, que aunque la doctrina ha ido perfilando las diferencias entre prescripción y caducidad, no se ha alcanzado todavía una neta separación de ella, como puede observarse en las disposiciones transitorias de nuestra propia Ley Hipotecaria y de que hace tiempo nos hicimos eco con motivo de una resolución de nuestro ilustrado Centro Rector.

* * *

Finaliza Espín la parte general de su curso de Derecho civil, con una sección dedicada al ejercicio y protección de los Derechos, en donde se implica, como es de lógica para la primera de las funciones, o sea, la del ejercicio de aquéllos, la teoría del llamado abuso del Derecho que antes se denominaba *actos de emulación*.

Muy trabajado, como sabemos, el tema por la doctrina, nuestra jurisprudencia no se mostró favorable a la teoría del abuso del derecho por la reiteración con que proclamó el principio *qui iure suo utitur neminem laedit*, pero inició ya una dirección favorable en la sentencia de 13 de junio de 1942 y terminó aceptándola en la importantísima de 14 de febrero de 1944, en donde se perfila su concepto, considerándolo integrado por estos elementos esenciales (recogidos de la doctrina): 1.º Uso de un derecho, objetiva y externamente legal; 2.º Daño a un interés no protegido por una específica, prerrogativa, jurídica, y 3.º Inmoralidad o antisocialidad de ese daño manifestada en forma subjetiva (cuando el derecho se actúa con la intención de perjudicar o sencillamente sin un fin serio y legítimo) o bajo forma objetiva (cuando el daño proviene de exceso o anormalidad en el ejercicio del derecho).

También admite esta sentencia que el abuso del derecho puede originar la responsabilidad sancionada en el artículo 1.902 del Código civil.

Por el contrario, también el mismo Tribunal en diversas sentencias ha expuesto los casos en que no procede la aplicación de la teoría del abuso del Derecho, todo ello referido con minuciosidad en el libro.

La parte dedicada a la protección de los derechos, estudia tanto la defensa *preventiva*: protestas, reservas, cauciones o garantías; como la *represiva*: legítima defensa, estado de necesidad, que aunque más propias del Derecho penal, tienen su repercusión en la órbita civil, como puede verse con la lectura de los artículos 453, 502-3.º, 522, 592, 1.730, 1.780, etc., del Código civil.

GINÉS CÁNOVAS COUTIÑO

HEREDERO HIGUERAS, MANUEL: *Las estructuras de organización de la Administración urbanística*, Colección Alcalá. Escuela Nacional de Administración Pública (Centro de Formación y Perfeccionamiento de Funcionarios), julio de 1968.

Los trabajos sobre esta rama del Derecho que ha recibido la denominación de "Urbanístico", van engrosando comentarios que hacen de su bibliografía un tema no sólo cuantitativo, sino cualitativo. En la línea bibliográfica de la materia aparece la obra que comentamos y que, como dice la solapa de la publicación, es un trabajo que ofrece la Escuela Nacional de Administración Pública, como número 4 de su colección "Alcalá", y que originariamente tuvo una finalidad académica, dentro de las actividades integrantes de los cursos de habilitación para el diploma de Organización y Métodos. Su autor, MANUEL HEREDERO HIGUERAS, es doctor en Derecho y Diplomado en Organización y Métodos, habiendo militado en la Dirección General de Urbanismo.

La obra, que recoge no sólo el estudio, sino la experiencia de su autor, proyecta en forma sistemática y crítica las disposiciones vigentes, provocando al mismo tiempo un sentido dogmático en la exposición, ya que en la misma se vuelcan una serie de conceptos elaborados por la teoría de la organización.

A pesar de los grandes elogios que la legislación urbanística, y concretamente su núcleo central constituido por la Ley del Suelo, ha recibido por parte de eminentes tratadistas, como GARCÍA ENTERRÍA, que se atreven a comparar a dicha Ley con la hipotecaria, lo que si es cierto es que del trabajo que comentamos no aparece con toda nitidez la legitimación de los órganos urbanísticos en orden a la competencia y atribuciones de su función. A este dato tremendamente significativo de un fallo en una legislación tan perfecta, debe añadirse un cúmulo de disposiciones posteriores, derogatorias, complementarias y contradictorias, que provocan la vejez de cualquier comentario que a dicha legislación se haga. Tal pasa con la presente obra, que estando en linotipia ya le han crecido la barba de una nueva disposición a través de dos Decretos, que el autor recoge en su prólogo con la exquisita honradez del estudioso.

El trabajo se ajusta a un orden expositivo casi perfecto. Abre marcha una introducción que explica o sirve para explicar la importancia de los temas a tratar, una segunda parte destinada al estudio de la descripción general de las relaciones estructurales, una tercera que

comprende el especial estudio de las estructuras colegiadas y una cuarta sobre el tema de la Dirección General de Urbanismo. Respetando esta división cuatripartita y señalando que el trabajo viene documentado con notas, citas bibliográficas y legislativas de auténtica valía, vamos a exponer la recesión del contenido.

I. *Introducción.*—Cuatro son los puntos que se afrontan en esta parte: la importancia orgánica de la cuestión, la ausencia de un planteamiento referido a la racionalidad de la estructura, el método de análisis y los aspectos de la problemática de la competencia urbanística departamental. De la importancia sólo cabe señalar cómo el título VI de la Ley de Suelo se destina a este punto. De la ausencia de un planteamiento es ejemplo que sólo CARCELLER y BUSQUETS se ocupa bibliográficamente del problema, incurriendo en el defecto del municipalismo. Respecto del método de análisis se circunscribe al examen, no sólo de las disposiciones vigentes, sino de las posibles soluciones a los conflictos de intereses entre la Administración y administrado o entre órganos o esferas de la propia Administración.

Respecto de los aspectos de la problemática de la competencia urbanística departamental, el autor apunta que el planteamiento adolece de una deformación por efecto de la proyección sobre el mismo, de conceptos “políticos” o juicios de valor, tales como la autonomía municipal y, en no poco grado, el fenómeno, hartamente frecuente, que podríamos calificar de “cantonalismo administrativo” de cierto matiz patrimonialista, cuyo objetivo consiste en la acumulación a ultranza de competencias ministeriales, o en la resistencia a despojarse de competencias ejercidas. Concretamente se estudian el problema de la transferencia de la competencia urbanística al Ministerio de la Vivienda (artículo 11, párrafo 3 del Decreto-Ley de 25 de febrero de 1957), el Decreto de 28 de junio de 1957, las manifestaciones normativas del problema, el proyecto de 1959 y el supuesto “carácter municipal” de la competencia urbanística.

II. *Descripción general de las relaciones estructurales.*—En esta parte de la obra se enfoca la exposición de la Administración urbanística y su representación gráfica. Para ello se estudia previamente el concepto de la facultad “avocatoria” (de subrogación) y su ejercicio por la Comisaría Central de Urbanismo. De igual forma se van exponiendo las dos clases de relaciones existentes (horizontales y verticales), así como las competencias indistintas.

Al abordar el tema de la descripción de los distintos órganos se parte de una clasificación que distingue los órganos de *decisión* (Consejo de Ministros, el Ministro de la Vivienda, la Comisión Central de Urbanismo, las Comisiones provisionales, las Diputaciones provinciales, las Comisiones provinciales de servicios técnicos y los Ayuntamientos), *órganos de apoyo* (El Consejo Nacional de la Vivienda, Arquitectura y Urbanismo, la Comisión Central de Urbanismo y los diferentes órganos ministeriales, provinciales y locales en sus funciones de apoyo) y *órganos de servicios*, o lo que es lo mismo, órganos que formando parte de la línea operativa, no ejercen actividades propias de la materia sobre la cual se proyecta la gestión o actuación operativa, sino que son de carácter “logístico” o complementarias de la misma.

III. *Estudio especial de las estructuras colegiadas.*—Se escinde la exposición en dos partes según que se trate de órganos colegiados de la línea operativa o emplazados fuera de la misma. Dentro de los primeros se enumeran y estudian: la Comisión Central de Urbanismo,

las Comisiones provinciales y la Comisión Interministerial de Valoración del Suelo. En los segundos se comprenden una serie de comisiones interministeriales de los Ministerios de Obras Públicas y Vivienda con funciones de aportación "horizontal" de información, consultivas y de negociación.

Sobre este esquema se va desarrollando el estudio que comprende la parte histórica o proceso traslativo de la función decisoria de los órganos urbanísticos, para terminar con el examen de las relaciones formales entre los órganos colegiados urbanísticos de la línea operativa.

IV. *Estudio especial de la Dirección General de Urbanismo.*—Con esta parte se concluye la obra y, como su epígrafe indica, se destina al estudio especial de la Dirección General de Urbanismo con sus antecedentes y su estructura doble: funcional y orgánica. En el primer aspecto se detallan sus funciones como órgano de apoyo, operativo y de supervisión y en el segundo se expone su estructura orgánica creada por el Decreto del año 1959, y las modificaciones establecidas en el año 1961. Se concluye con el estudio de la Gerencia de Urbanización creada para dotar a la Dirección General de Urbanismo de un órgano de gestión.

Del esquema expuesto sobre el contenido de esta obra, compuesta de ciento y pico de páginas, se deduce la importancia que la misma tiene en orden a la complicada esfera del urbanismo y su Ley básica. Su autor ha procurado exponer con toda claridad este entramado orgánico de la Administración Urbanística.

JOSÉ MARÍA CHICO ORTIZ.

VILLAR PALASÍ: *Lecciones sobre contratación administrativa*, Publicaciones de la Facultad de Derecho de la Universidad de Madrid, 299 págs.

Estas lecciones, aunque dirigidas a un público universitario, están aureoladas de una evidente dignidad doctrinal, por cuanto no se quedan en la escueta y desnuda enseñanza, ni se cifien a los moldes esteotipados por la tradición. En estas páginas bulle, en plenitud dogmática, toda la biología del contrato administrativo.

La negación contractualista está ya en el arranque de los tratados de la especialidad, desde que OTTO MAYER negó a los contratos administrativos este carácter, basado en esas notas negativas que implican la ausencia de residenciabilidad del contrato ante los tribunales y la presencia de facultades exorbitantes en el Fisco.

Para situar las exactas coordenadas del contrato administrativo es útil partir de la diferenciación entre los actos de autoridad y los actos de gestión, por cuanto los primeros nunca engendran situaciones contractuales, ya que son actos de poder unilaterales.

En nuestro derecho positivo, después de promulgarse la Ley y el Reglamento General de contratos del Estado, concebidos como un verdadero Código general—a decir de VILLAR PALASÍ—hay que entender dotado al Ordenamiento administrativo de carácter autónomo en materia contractual, "lo cual significa que si el contrato es administrativo, en caso de silencio contractual o legal, es la misma Ley o los prin-

Cipios generales derivados del Ordenamiento administrativo los que deben figurar como supletorios. El Derecho común quedará en estos como Derecho supletorio mediato, de último grado", pese a la literalidad rotunda del artículo 16 del Código civil.

La doctrina científica opone dificultades a la construcción dogmática del contrato administrativo. Bucear por las copiosas páginas acumuladas en el orden teórico es alcanzar fugaces chispazos de sorpresas científicas. A este respecto es curiosa la construcción de H. PETERS, para el cual la idea de contrato es un supraconcepto, que se aplica, como tal, a todos los campos jurídicos. En este sentido de supraconcepto cabe predicar la naturaleza contractual de los tratados internacionales, de los concordatos, de los acuerdos entre naciones y también de los contratos administrativos. Se le opuso STERU, según el cual no es posible emplear un esquema conceptual común para conformar dos realidades absolutamente dispares, cuales son el contrato privado y la actuación bilateral de la Administración, por tratarse de categorías inconmesurables.

Es interesante la preocupación doctrinal, planteada tanto en España como en Francia, que trata de distinguir cuándo estamos ante un contrato administrativo o cuándo ante un contrato privado de la Administración. Una nutrida representación de autores trató de justificar la distinción conceptuando que el contrato administrativo es un contrato exorbitante de derecho privado. Para otros, siempre que el objeto del contrato recaiga sobre una actividad que la Administración ha decidido asumir por considerar su realización necesaria al interés general, estaremos en presencia de un contrato administrativo.

Para otra estimación, son contratos administrativos aquellos que están sometidos a la jurisdicción contencioso-administrativa por precepto legal.

El Reglamento general español establece varios criterios orientadores. En primer término se establece una presunción de la naturaleza privada del contrato. En segundo término se postula la determinación de la naturaleza administrativa cuando exista vinculación directa e inmediata a un servicio público y la necesidad de una especial tutela del interés público, que deberá establecerse por vía paccionada a través de la correspondiente inserción de cláusulas declaratorias de las prerrogativas especiales de la Administración.

El autor se encara con un *modus operandi* tradicional de los administrativistas, aferrados a entroncar la configuración del contrato administrativo desde el marco de la partición jurisdiccional. Y concluye con unas palabras cuajadas de sensatez doctrinal: "cualquier intento de encontrar una clave inequívoca para el reparto de jurisdicciones encontrará siempre una docena de sentencias que la contradicen. Este es el destino reservado siempre a cualquier intento de categorizar el Derecho... El Derecho no opera como las matemáticas, sino que, es, en el fondo, un instrumento de regulación social, flexiblemente armonizado y adaptado a la realidad que pretende regular.

Otra realidad incontestable: la disolución de la unidad contractual: No hay una construcción unitaria de la figura del contrato administrativo. El mismo artículo 18 de la L. C. E. ratifica esta idea porque, al establecer el sistema de *numerus apertus*, consagra la naturaleza administrativa de una amplia gama de tipos contractuales de existencia diaria y, que, en muchos casos, resultan irreducibles al sistema de principios establecidos en la Ley.

El capítulo II enfrenta el principio de la autonomía de la voluntad y las posibles limitaciones derivadas del principio antípoda de legalidad. A este respecto es preciso partir de una premisa cualificadora:

El contrato administrativo entra de lleno en los llamados de adhesión con la particularidad de que las condiciones generales de contratación, negociales en el derecho común, son aquí normas.

El artículo 10 de la L. C. E. admite el dogma de la autonomía de la voluntad en términos flexibles: "La Administración puede concertar con los particulares los actos y condiciones que tengan por conveniente, siempre que no sean contrarios al interés público, al ordenamiento jurídico o a los principios de buena administración".

Porque en el caso del contrato administrativo (como medio jurídico de gestión y fomento del interés público), la Administración debe someterse a unas normas de derecho necesario que garanticen, en lo posible, la plena satisfacción de aquél.

El artículo 19 de la L. C. E. prevé la existencia de contratos *praeter legem*, que son aquellos que celebra el Estado, careciendo en el ordenamiento jurídico de apoderamiento específico. Más de una vanguardia negativa están los pliegos *contra legem*, calificados certeramente por VILLAR PALASÍ como contratos ilegales.

El capítulo III se consagra al estudio de "El procedimiento de la habilitación", que constituye "el camino de integración sucesiva de la voluntad administrativa y se compone de dos aspectos claramente diferenciados: la declaración de voluntad administrativa pura y el aspecto financiero". Este último se integra de varios momentos: consignación presupuestaria, compromiso del gasto, la disposición y la distribución del gasto en varias anualidades.

En el capítulo IV se estudia la selección de los contratistas y el procedimiento de celebración del contrato. En el primer aspecto se mencionan los clásicos procedimientos de determinación del otro contratante: la subasta, el concurso, el concurso-subasta, el concierto directo, la gestión directa y el sistema de destajos. VILLAR PALASÍ bucea morosamente la problemática de cada uno de estos procedimientos selectivos.

El análisis de la capacidad civil y administrativa del contratista particular es objeto de estudio en el capítulo V. Aquí la memoria se nos hace universitaria y nos reconduce a esos conceptos alreados en las aulas, a ese trívio y quadrvio jurídicos de la *capacidad jurídica y la capacidad de obrar*, al mundo negativo de las prohibiciones, a los efectos de la falta de capacidad... Pero junto a estas nociones añejas aparece la novedad legislativa del enjuiciamiento de la capacidad administrativa a través de la clasificación previa y del registro de contratistas.

Capítulo VI: las fianzas. Las garantías exigibles se bifurcan en el binomio—clásico desde 1852—de las fianzas provisionales y definitivas. Hay otros términos para enriquecer la clasificación hasta una consideración cuatrimembre: las fianzas complementarias y las temerarias. La Ley de 18 de octubre de 1940 importó esta terminología axiológico-pasional al mundo frío de la contratación, exigiendo estas cauciones especiales en las subastas cuando se había producido bajas excesivas.

El capítulo VII es complejo y gira bajo esta rúbrica laxa: el contenido de la relación contractual. Sus principios informadores.

Aparece en primer lugar el problema de la posible sustantividad del contrato administrativo. Este tema de la especialidad de los contratos administrativos es una mutilación estudiantil del mundo de las obligaciones administrativas. El Derecho civil en cuanto heredero del romano viene a ser como la patria dogmática de la figura del contrato. Y el trasplante de la institución a otras tierras jurídicas no se realiza sin que se produzcan ligeros cambios somáticos. El contrato administrativo, como es lógico, exhibe unos perfiles autóctonos que lo distancian de la fisonomía particular de los contratos civiles.

Pero no se puede pretender una afirmación de univocidad para todos los supuestos de la contratación administrativa. Hay contratos de muy diferente cuño. Como muy relevante figura la distinción entre los contratos típicos y los atípicos. A su distinta naturaleza se corresponde una regulación diferenciada en la Ley de contratos del Estado, como hemos visto.

El contrato administrativo, tradicionalmente ha tenido los siguientes principios informadores: el principio de dureza contractual, el principio de subasta necesaria, el principio de tiempo cierto y el principio de riesgo y ventura, todos ellos analizados con sobrio trazo por el autor.

La evolución del contrato administrativo abre sus aires a unos principios, nuevos. Son: el principio de la continuidad y la regularidad del servicio público, el principio de mutabilidad del contrato y el principio de colaboración, que hace irrumpir en un mundo hierático y distanciado modernas técnicas de apoyo económico y financiero.

El capítulo VIII estudia los privilegios de la Administración. La posición exorbitante del Estado desequilibra la nivelación contractual de las partes intervinientes. El papel supraordinado presenta plurales facetas: la potestad sancionadora, la potestad de modificar el objeto, el privilegio de interpretación unilateral, la competencia general de control, la ejecutoriedad de sus acuerdos...

El capítulo IX tiene una rúbrica interesante: el equivalente económico. En virtud de este principio se afirma la inmutabilidad, a lo largo de la vida del contrato, del equilibrio económico inicial, lo cual se consigue mediante el pago del equilibrio económico necesario para restablecerlo cuando aquél se haya visto alterado. Es como una proclamación de la justicia conmutativa, el reconocimiento de la obligación general de indemnizar. Presentan especial relieve a este respecto los supuestos de la *mora debitoris*, el *error calculi*, el riesgo, la ventura y la fuerza mayor y la imprevisión, con su consecuencia equitativa de la revisión de precios.

La obra finaliza con el capítulo X, consagrado al análisis de la extinción del contrato. Como primer motivo, el pago o cumplimiento. No se produce con la simplicidad prestática que caracteriza al mundo jurídico privado. Aquí, el ritual se solemniza en una liturgia de tramos escalonados que comprende la recepción provisional y definitiva de la obra, el reconocimiento del gasto, la liquidación y la ordenación y realización material de los pagos.

Tratándose de las concesiones, el vencimiento del plazo de duración origina la caducidad de las mismas.

A partir de aquí, los supuestos de extinción patológica.

En primer término, la invalidez que abanica bajo su epígrafe genérico un haz de situaciones: nulidad, anulabilidad, rescisión, resolución... Saliendo al paso de la amenaza extintiva por causa de nulidad relativa, el báculo de la convalidación, que a veces adopta las modalidades de la conversión y de la continuación.

Finalmente, la rescisión, privada de efecto retroactivo.

Hemos revisado un libro valioso. Un tomo de modesta enunciación. En el escaparate de la portada no aparece un título pretencioso. Ni se habla de Curso, ni de Tratado. La modestia tipográfica simplemente se refiere a las "Lecciones sobre contratación administrativa". Y, sin embargo, las páginas, el contenido, nos sitúan ante un dignísimo tratado. En él se dice todo sobre los contratos y todo lo que se dice se pronuncia con muy buenos acentos jurídicos.

JOSÉ MENÉNDEZ.