

BALLARÍN MARCIAL, Alberto: *Derecho agrario*.—Edit. Revista de Derecho privado. Madrid, 1965, 476 págs.

La obra cuya referencia precede es un intento, el primero que en forma radical se realiza en la doctrina española, de construir las grandes líneas de un Derecho especial de la Agricultura. No es, pues, como pudiera deducirse de su abreviada titulación, un Manual de Derecho agrario, en el que se nos describan todas y cada una de sus Instituciones, sino una aproximación a los problemas básicos de esta naciente disciplina y una elaboración de su esquema general de ideas. Se trata, en suma, como expresamente se dice en el texto, de una Introducción al Derecho agrario.

Es esta peculiar perspectiva doctrinal la que da cuenta de la estructura de la obra. A saber: una primera parte histórica (hasta la pág. 190) en la que se van detectando las sucesivas respuestas del ordenamiento a las especiales incitaciones de los procesos socio-económico-agrarios y del pensamiento agrarista. Y una segunda parte (págs. 190-435) en la que se examinan, al nivel del tiempo presente, los principios que inspiran este Derecho especial, los conceptos fundamentales que sirven de base a toda su construcción doctrinal y la posición relativa de esta disciplina dentro del conjunto del saber jurídico.

La primera parte del libro, decíamos, contiene la Historia del Derecho agrario. En realidad, en absoluto rigor, deberíamos decir la Prehistoria de esta disciplina o, como muy gráficamente expresa el autor, «la formación del Derecho agrario». Como puede comprenderse, la razón no es otra más que el carácter de estricta historia inmediata que tiene la emergencia de este especial enfoque jurídico de las relaciones a que dan lugar la titularidad y explotación de la tierra. Todos los fenómenos jurídico-agrarios anteriores a la Segunda Guerra Mundial (hito histórico que puede marcar

el tránsito de la Prehistoria a la Historia del Derecho agrario) no son, pues, sino precedentes. Y con este carácter se examinan, sucesivamente, las medidas legislativas de Carlos III (de inspiración liberal y al margen, por consiguiente, en su época, del *ius commune*) (cap. III); las desamortizaciones y desvinculaciones (que, en frase citada de Tamames, transformaron la estructura feudal anterior en una estructura capitalista) (cap. IV); las leyes especiales de la etapa precodificadora (Hipotecaria, Aguas, Mortes...) (cap. V); el impacto negativo y uniformador de la codificación (cap. VI). Y las reacciones a la misma, ininterrumpidas, que jalonan la Historia de nuestro país desde 1889 hasta 1936. En razón a su mayor importancia, esta etapa postcodificadora de la legislación agraria es analizada más detalladamente (caps. VII-XII). Quizá los dos acontecimientos más importantes de este periodo sean la Ley de Colonización y Repoblación Interior de 1907 y la Ley de Reforma Agraria de 1932 (de la que se contiene una utilísima exégesis). En ellas irrumpen ya, de una manera decidida, las preocupaciones fundamentales de este Derecho especial: la protección de la producción agraria y la corrección de la patológica distribución de la tierra que aqueja a nuestra estructura agraria.

A pesar de los citados y de otros esfuerzos, el balance de estos años no es para Ballarín muy halagüeño: «España, dice textualmente, era una excepción en el amplio cambio de estructuras agrarias que se había implantado en Europa durante la postguerra de la Primera Guerra Mundial» (pág. 129).

La segunda parte del libro se inicia (cap. XIII) con el análisis de «la evolución jurídica, posterior a la Segunda Guerra Mundial», una evolución traspasada por tres confluyentes líneas de tendencia: la consagración de la función social de la propiedad (y el arrinconamiento correlativo de la concepción de ésta como Derecho absoluto), el incremento conjunto de la propiedad colectiva y de la propiedad pública y la emergencia de la mentalidad planificadora. Sigue a este análisis un estudio de «las leyes fundamentales españolas en relación con la Agricultura» (cap. XIV) y un útil repertorio de la normativa vigente del Derecho agrario español (cap. XV). Los once capítulos restantes tratan, principalmente, las cuestiones de las autonomías científica, didáctica y legislativa

del Derecho agrario, de sus principios generales, de los conceptos fundamentales de esta disciplina (empresa y empresario agrícolas, explotación agraria, actividad agraria) y de las relaciones de ésta con otras ramas jurídicas y con las ciencias sociales. De gran interés son las consideraciones sobre qué actividades pueden reputarse o no agrarias desde una perspectiva jurídica, tema crucial por ser su objeto el centro de imputación de las normas de Derecho agrario (cap. XIX); se examinan, sucesivamente, «la actividad ganadera independiente», la jardinería, las industrias extractivas, las actividades auxiliares realizadas en régimen de cooperación o asociación (que merecen las cuatro una calificación negativa), las actividades de mejora (que, en cambio, son, para Ballarín, jurídicamente agrarias), la floricultura y las actividades conexas (en las que no cabe una decisión *a priori*, habiendo de estarse, caso por caso, a los criterios de accesoriedad y prevalencia). Otro capítulo sumamente esclarecedor es el XX, sobre los principios generales del Derecho agrario, que se cifran en: principio de protección a la empresa agraria familiar, principio del buen cultivo, principio de protección del cultivo personal, principio de limitación mínima y máxima de la superficie de la explotación agrícola (que, como es sabido, en esta segunda vertiente, no ha sido recogido en el ordenamiento jurídico-agrario español), principio de fomento de la asociación y principio de «parificación» de la Agricultura con los otros sectores de la economía. «En síntesis, concluye el autor este capítulo, puede decirse que el principio de explotación familiar domina el Derecho agrario privado, el de colaboración entre agricultores, como principio cada día más pujante, determina ese Derecho profesional o de base colectiva y, por fin, el de paridad, preside el Derecho agrario público» (págs. 321-22).

La Introducción al Derecho agrario de Ballarín es una obra extensa, analítica y muy documentada. Como no podía ser menos en un tratadista de Derecho especial, hay una clara preocupación por encarnar el Derecho en el contexto de problemas técnicos, económicos y sociales, que traspasan la realidad agraria. Se trata, en suma, de una obra utilísima para conocer el momento actual de este sector del ordenamiento y de la disciplina que ordena sus datos y construye sus principios.

ANTONIO MARTÍN VALVERDE.

BIONDO-BIONDI: *Scritti Giuridici*.—A. Giuffrè. Milán, 1965.

Los cuatro volúmenes que recogen una gran parte de la actividad científica de BIONDO-BIONDI, permiten a los estudiosos del Derecho el examen conjunto de una serie de trabajos hasta ahora diseminados en numerosas y heterogéneas revistas y publicaciones.

La recopilación de estos escritos se ha efectuado sin ninguna alteración, modificación o puesta al día de sus originales, lo cual permite conocer el pensamiento del autor encuadrado en el tiempo en que aquéllos vieron la luz.

La distribución de los mismos se efectúa por materias, cuya progresiva evolución se inicia con el examen crítico de las fuentes romanas, culminando con el estudio de sus repercusiones en el Derecho moderno, desarrollo y evolución de extraordinaria importancia para el actual jurista, ya que le permite atesorar la rica e inigualable experiencia jurídica romana, a través del conocimiento de la continuidad entre la Historia y la metodología jurídica, pues si bien la Ley y la doctrina cambian, la posición del jurista frente al fenómeno jurídico es inalterable.

Respondiendo a estas ideas, el volumen I desarrolla una serie de cuestiones que se agrupan bajo el epígrafe de «Problemas generales del Derecho romano», incluyendo dentro de las relativas a «Derecho y justicia», los trabajos referentes al *ius*; «Fundamento ético del Derecho»; «Derecho y política en el pensamiento romano»; «Equidad y buena fe». Los escritos, «Objeto y método de la ciencia jurídica romana»; «La ciencia jurídica como arte de lo justo», y la «Terminología romana como primera dogmática jurídica», se incluyen bajo el título «Ciencia del Derecho». Al desarrollar el apartado relativo a «Cuestiones y método», se refiere a la «Dogmática e Historia»; «Perspectiva romanista»; «Interpretación prudente y legislación», y «Derecho romano común en Occidente». Las «Repercusiones de este Derecho en el mundo moderno», se examinan en los estudios, «Crisis y fortuna del estudio del Derecho romano»; «Base romanista del Código civil»; «Universalidad y perennidad de la jurisprudencia romana»; «Aspectos uni-

versales y permanentes del pensamiento jurídico»; «Existencialismo jurídico y jurisprudencia romana»; «Derecho romano y marxismo». Finalmente, el apartado relativo a «Derecho romano y cristianismo» comprende los temas, «El Derecho romano cristiano»; «Religión y Derecho canónico en la legislación de Justiniano»; «La concepción cristiana del Derecho natural en la codificación justiniana»; «El humanismo en las leyes de los emperadores cristianos»; «Influencia cristiana sobre la legislación agraria romana», y «La influencia de San Ambrosio sobre la legislación de su tiempo».

Siguiendo la tradición histórica y sistemática del Derecho romano, los volúmenes II y III se refieren respectivamente a cuestiones de Derecho público y Derecho privado, contraponiendo así las materias públicas de carácter penal y de organización político-social, con las que se refieren a conflictos de intereses patrimoniales. Por ello, bajo el epígrafe de «Derecho público», se estudian en el volumen II los trabajos titulados, «Fundamento y límites de la soberanía en el imperio romano-cristiano»; «El problema de la relación legislativa entre las dos partes del imperio», y dentro del «Derecho público penal», la «Evolución de la pena de adulterio, desde Augusto a Justiniano». En el ámbito de las «Fuentes» destaca la profusa e importante legislación de Augusto; las directrices que la informan; su lucha contra el individualismo en el campo constitucional, cuya conclusión pacífica y definitiva, debida a dicho emperador, se plasma en la Constitución, que pasa a significar la unidad y estabilidad del poder pleno y total; los reflejos de este poder en la Administración; sus leyes militares; las leyes matrimoniales, entre las que destacan la famosa *Lex Iulia de maritandis ordinibus*, que con la siguiente *Lex Papia Poppaea*, configuran una completa y enérgica legislación demográfica tendente al objeto de favorecer el aumento de la prole; las disposiciones referentes a la salvaguardia de la dote, que llegan hasta el extremo de considerar el régimen dotal como de Derecho público, con la consecuencia de su inderogabilidad; las restricciones impuestas al divorcio a base de la *Lex Iulia de Adulteriis*, calificada por MOMSEN como una de las más enérgicas y duraderas de todo el Derecho penal, dada su larga repercusión social; las leyes procesales, que sitúan sobre una nueva base a la Administración de justicia y

la imponente Legislación penal. Se examina a continuación la diversa actividad legislativa de las Asambleas populares, *Leges populi romano*, cuya desaparición en la historia de este Derecho cede el paso a la Legislación por el Senado, y finalmente a la actividad legisladora del príncipe que se manifiesta ya abiertamente a finales de la Época Clásica.

Dentro del «Proceso civil», comprende los trabajos en torno al Proceso civil romano; sentencias; Derecho y Proceso en la legislación justiniana; el proceso civil justiniano; la acción negatoria y la acción prohibitoria como acciones en defensa de las servidumbres y del usufructo; las acciones de derecho estricto; las acciones arbitrarias; el problema del momento, en el cual se reclama la posesión en las acciones reales y personales; la legitimación procesal en las acciones divisorias romanas; finalizando con un examen crítico de las Fuentes.

El volumen III, destinado al Derecho privado, clasifica los estudios en los epígrafes de «Persona y familia», «Cosas y Derechos reales», «Obligaciones», «Sucesiones y Donaciones». En lo referente a la «Familia», destaca el fundamento ético de ésta en el Derecho romano, carácter que se acentúa en la época cristiana por obra de la legislación imperial desde Constantino a Justiniano; la evolución del concepto de *patria potestas* a *paterna pietas*, ya que el poder se atribuye en función del deber; la consideración del matrimonio como *consortium omnis vitae*, alcanzando en la época de los emperadores cristianos el carácter de vínculo divino; la prohibición desde Justiniano del divorcio por mutuo disenso; etc. De gran actualidad es el examen del Derecho romano como propagador de libertad, y la fundamentación de esta libertad personal en el Derecho natural, es decir, en un *prius* respecto al ordenamiento del Estado, ya que esta libertad debe respetarse por todos. En el campo del Derecho público, la libertad se concibe en Roma jurídicamente bajo una serie de límites, ya que una libertad ilimitada no es tal, sino anarquía. La libertad no significa la facultad de hacer aquello que se quiere, de vivir según los propios impulsos, sino en regular la propia conducta en conformidad al ordenamiento jurídico justo constituido. En la evolucionada sociedad romana, la noción de libertad política como contraposición del respeto que cada cual debe guardar al poder del soberano, no surge, ni se afir-

ma, ni se niega, ya que la falta de esta libertad se debe a la concepción teocrática del Estado. Se desconoce, igualmente, el sentido moderno de la libertad religiosa, no adoptando el Estado posición alguna en favor de la fe o por la falta de aquélla, de tal modo que cada uno puede practicar libremente cualquier religión o mantenerse en estado de indiferencia, sin que esta conducta pueda representar disparidad de tratamiento. En el tiempo de las persecuciones fué la Iglesia la que pidió libertad religiosa al Estado, el cual, cuando se mostró intolerante, lo hizo por razones políticas; así, pues, la libertad religiosa es en Roma una realidad que la Ley no intenta afirmar o ni siquiera reprimir, si no es por razones político-sociales.

En la materia de «Cosas y Derechos reales», incluye los trabajos acerca de: «La condición jurídica del mar y del litoral marítimo»; «La doctrina jurídica de la *universitas* y la importante y genial construcción jurídica de prácticos resultados de configurar a la herencia como tal *universitas*, que permite transmitir al heredero, cómo incluidas en aquélla, la serie de relaciones intransmisibles que puedan corresponder al causante». En el examen del usufructo, delimita la extensión de este Derecho real como resultante de dos facultades—el *uti* y el *frui*—que pertenecen al mismo titular, no con carácter diferenciado, sino como un complejo unitario no susceptible de fraccionamiento; ambas facultades derivan directamente de la utilización directa y personal de la cosa—*usus*—y de su utilización económica—*fructus*—. En el estudio del *Modus servitutis*, precisa la relación existente entre los conceptos de *servitus* y *modus*, que se basan respectivamente en la Ley y en la voluntad, y así mientras la Ley es la que precisa el contenido típico de la servidumbre, el modo representa cualquier limitación voluntaria a tal contenido, ya que consiste en el elemento voluntario, variable y multiforme, que se contrapone al elemento legal, constante y fijo, representativo del tipo, apareciendo, por tanto, como el necesario correctivo a la rígida tipicidad de la servidumbre. Se concluye este capítulo con el estudio de la servidumbre forzosa de paso y con el de la *Operis novi nunciato*, instituto que tiene por objeto impedir la prosecución de una obra, y cuya función es análoga a la de la tutela posesoria.

En lo relativo a «Obligaciones», tras el examen del concepto y definición de la *obligatio*, se incluyen los trabajos: «Contrato y estipulación»; «Divagaciones en torno a la historia del contrato, de la obligación y de la garantía personal»; «La compensación»; «Apuntes en torno a los efectos extintivos de la delegación en Derecho romano»; «Dolo»; *Fiducia cum creditore*; «Compraventa de cosas fuera del comercio»; «Problemas e hipótesis en el tema de las acciones noxales». Concluyendo con la serie de estudios referentes a las «Sucesiones», entre los que destacan: «Objeto de la antigua herencia», en el que combate aquellas ingeniosas fantasías que han llevado a una representación colorista y pintoresca de la misma; el ensayo «*Universitas* y *successio*», que parte de la íntima relación entre ambas, puesto que la doctrina de la *universitas* es del todo necesaria para que se desplieguen totalmente los múltiples aspectos de la sucesión hereditaria; en el trabajo «Pactos de la Iglesia y Derecho hereditario social» se refiere al interesantísimo libro de Eberhard F. Bruck, que describe el pensamiento de la Iglesia a través de la legislación eclesiástica y de la patrística, en torno al deber moral de los fieles de ceder una parte de su patrimonio en favor de aquélla, con el fin de solucionar el grave problema de la pobreza, eliminando el contraste entre ricos y pobres; en «Sucesión en la relación de precario», examina el ejercicio del *interdictum de precario* por el heredero del concedente y bajo las mismas condiciones que éste; la relación entre *Hereditas* y *bonorum possessio* se produce de un modo completo a partir de Justiniano, que elimina toda diferencia conceptual y de estructura entre ambas instituciones que se integran bajo el amplio perfil de la *successio in universum ius*, respondiendo el *bonorum possessor*, al igual que el heredero de las deudas hereditarias, ya que sucede en una *universitas*, desapareciendo así el obstáculo tradicional que impedía extender a la *bonorum possessio*, la *actio familiae erciscundae* y la *actio petitio hereditatis*. A continuación incluye los trabajos: «En torno a la caución muciana aplicada a la herencia»; el detallado estudio acerca de «Legados», en el que precisa su doble significado, el mantenido en la época de las XII tablas, análogo al de disponer por testamento, y su sentido especial y técnico de atribución a título particular

contrapuesta a la institución de heredero y a las disposiciones no patrimoniales, con lo que se permite su individualización; el «Origen y naturaleza del legado *sinendi modo*»; el examen de la «*Bonorum possessio contra tabulas y legado*»; la «Convalidación del *codicilo*»; finalizando con el estudio acerca de las «Donaciones», la aplicación de la *Lex Cincia*, y los «Apuntes en torno a la donación *mortis causa y legado*».

El volumen IV comprende una gran variedad de trabajos, referidos al Derecho moderno, que a su vez se agrupan en las ramas de «Doctrina general y Derecho público», entre los que incluye el titulado: «En torno a la noción jurídica del interés público en materia de aguas públicas»; los referentes a «Bienes, Propiedad, Condominio y Posesión», entre los que destacan por su actualidad: «La energía y su consideración como bien mueble»; «Los inmuebles y las pertenencias de destino industrial»; «La apertura de vistas y los límites legales a la propiedad»; la diversidad de artículos referentes a «Luces»; «Vistas»; «Límites de ambas»; «Limitaciones legales a la propiedad»; «Construcción de edificios»; «Distancias entre éstos»; el problema de la Accesión inversa; la regulación del Derecho a edificar entre superficiarios; los Límites a la propiedad en sentido vertical; uso de la cosa común; etc. Recoge igualmente el problema de la estructura jurídica de la Servidumbre; sus diversas clases: legales, irregulares, de orden público, recíprocas, industriales, administrativas, aparentes, en favor de edificio futuro, etc. Los temas de «Servidumbre e incumplimiento»; «Cargas reales y obligaciones *propter rem*»; «Indivisibilidad de la servidumbre»; «Prescripción», etc. Las numerosas repercusiones en el Derecho moderno, ocasionadas por las figuras creadas por el Derecho romano en el campo de las obligaciones, como ocurre con las obligaciones naturales; efectos reales y efectos obligatorios del contrato; fuerza mayor; delegación; compensación; etc. En el tema de «Herencias» se recogen problemas relativos a la parte general del Derecho hereditario, así como las cuestiones concretas de la «Transmisibilidad a los herederos del derecho al resarcimiento del daño no patrimonial» y el de la «Autonomía de las disposiciones testamentarias y encuadramiento del testamento en el sistema jurídico». La materia de donaciones

se detalla ampliamente por tratarse de un campo perfectamente trabajado por el Derecho romano, incluyéndose, entre otros, los estudios de «Donación y contrato en favor de tercero; liberalidad mediante título de crédito; efectos de la donación de cuotas sociales; donación de los entes públicos»; etc. Finalizando con un capítulo referente a las Quiebras, seguido de un apartado relativo a diversas publicaciones pertenecientes al campo del Derecho natural y Filosofía del Derecho, a los que se añade un Catálogo de las obras de BIONDO-BIONDI, no incluidas en los presentes volúmenes a que acabamos de referirnos.

EUGENIO FERNÁNDEZ CABALEIRO.

BUSNELLI, Francesco Donato: *La lesione del credito da parte di terzi*.—Edit. Giuffrè. Milano, 1964. Rústica, X-268 páginas (Publicazioni della Facoltà di Giurisprudenza della Università di Pisa. Istituto di Diritto Privato, núm. 1).

Se inicia la obra con un breve preámbulo, dividido en tres apartados, en el que el autor pone de manifiesto la actualidad del tema, dadas las nuevas dimensiones económicas de la sociedad moderna (economía dinámica, riqueza mobiliaria, multiplicidad de las relaciones de crédito): de aquí los intentos de aproximar los derechos personales a los reales, tradicionalmente más protegidos. Junto a ello, aparece una rápida evolución del concepto de responsabilidad civil, que, en definitiva, pone más el acento en el damnificado que en el damnificante. Advierte a continuación el autor, que por estas dimensiones tan nuevas y actuales, no se presenta posible tratamiento alguno de antecedentes romanos, indicando, en cambio, que dedicará alguna atención a las soluciones del Derecho comparado.

La obra en sí guarda una indudable simetría en su sistemática: divídese en dos grandes partes, y cada una de ellas, en cuatro capítulos. La primera parte lleva por título «Relevancia jurídica de la lesión del derecho de crédito por parte de terceros», y su primer capítulo se destina a la «Configurabilidad teórica» de dicho con-

cepto, comprendiendo trece apartados. Se habla aquí de la posición tradicional, contraria a la admisión de una lesión de un crédito por obra de tercero, dada la relatividad de este tipo de relaciones jurídicas, frente al carácter absoluto de los derechos reales; como se hacen efectivos frente a personas determinadas, aparece así delimitado el campo de su posible violación o incumplimiento. Toda otra configuración supondría borrar los límites que las separan de los derechos reales.

Frente a ello, se alza la tesis favorable a la admisibilidad de la figura, al considerar en la relación obligatoria una doble dimensión, interna y externa: la primera es la característica entre acreedor y deudor, y por su nota de «relatividad», es sólo susceptible de «incumplimiento» por parte de éste; pero la segunda, tan poco advertida por muchos, tiene un carácter absoluto, supone una proyección *erga omnes* y es susceptible de «lesión» por parte de tercero. Se critica luego la posición que concibe el derecho de crédito como unido a una *facultad de exclusión* o *Ausschliessungsrecht*, por su artificiosidad, que vendría—dice Busnelli—a borrar la autonomía del derecho de crédito, al ponerlo en dependencia de una figura tan imprecisa (citase a RUGGIERO entre los partidarios de esta posición criticada).

Otras teorías, prosigue el autor, han tratado de justificar la cuestión a costa de desvalorizar alguno de los elementos clásicos y fundamentales de toda relación obligatoria, ya se trate del elemento *prestación* (teorías «patrimonialistas», que otorgan la preeminencia al resultado patrimonial perseguido por el acreedor, aproximando con ello los derechos personales a los reales, todo lo cual es rechazable por varios argumentos que presenta el autor, entre ellos el de ser una injustificada tentativa de actualizar la distinción entre débito y responsabilidad en la obligación), o bien se desvalore la posición típica del deudor en la obligación (realizando también una asimilación a los derechos reales, con la afirmación de que el objeto de todo derecho subjetivo no es un bien material de naturaleza económica, sino una «pretensión abstracta», con lo cual la figura del deudor aparece relegada a la de un mero «tercero cualificado»), o bien se desvalore, por último, la situación del acreedor, negando al crédito su carácter de derecho subjetivo, indicando se trata sólo de una «expectativa tutelada».

Todas estas tentativas doctrinales son insostenibles; la admisibilidad de la figura ha de plantearse dentro de la teoría clásica de la obligación. En efecto, si la propia Ley positiva admite el cumplimiento de obligaciones por parte de terceros, no parece difícil admitir correlativamente que pueda darse una lesión también por obra de terceros: se trata de dos aspectos de un fenómeno general; la incidencia de la actividad de terceros en las relaciones obligatorias. Existen en el derecho de crédito dos perfiles: uno, estático, y otro, potencialmente dinámico; mira el primero a su pertenencia a la esfera jurídica del acreedor («interés» que representa); de ahí que en este aspecto pueda incidir la conducta de terceros.

Llegado a este punto, cree el autor oportuno revisar la concepción de derecho subjetivo: «facultad de obrar» e «interés protegido» son los dos aspectos de éste, que bien podrían denominarse externo e interno, aclarando así la anterior construcción.

Con ello pueden explicarse perfectamente esos como dos aspectos que muchos derechos personales presentan, y que han llevado a varios autores al intento de parificarles en algún sentido con los derechos reales (SARIA, y especialmente GINOSSAR, de quien nos ocupamos en una recensión anterior, y a quien Busnelli critica profundamente). Y, tras varias puntualizaciones de cómo entiende el autor el término «interés», termina el capítulo, afirmándose la compatibilidad entre incumplimiento del deudor y lesión del crédito por terceros, dadas las cualidades apuntadas.

Se ocupa el capítulo II de «Lesión del crédito y responsabilidad de tercero», comprendiendo once apartados. Comienza afirmándose la necesidad de examinar el problema en el Derecho positivo, haciéndose una comparación a fondo entre el 823 del BGB y el artículo 2.043 del actual Código italiano (carácter analítico y abierto en el primer precepto; sintético en el segundo), dándonos aquí noticia de cómo se tiende a individualizar la responsabilidad-extracontractual en la lesión de un derecho absoluto, contraponiéndola a la responsabilidad contractual, fundada en la lesión de un derecho relativo. Entiende el autor, por su parte, que el 2.043 deja abierta la posibilidad de cobijar una sanción ante un daño al derecho de crédito, sin perjuicio de la expresa sanción de la responsabilidad entre las partes del 1.218, considerada por algunos un

obstáculo expreso a la primera. Se critica luego la posición que ve en el 2.043 una fórmula comprensiva de ciertos derechos absolutos (con sus correlativos deberes de terceros). No puede verse aquí como una suma de los específicos deberes impuestos por otras normas (pone para demostrarlo ejemplos sobre el derecho de propiedad y los derechos de la personalidad). El 2.043 no tiene una eficacia meramente sancionativa, sino que «contiene un supuesto de estructura compleja, un *supuesto de responsabilidad*, en cuya formación concurre una serie heterogénea de elementos», y que es autónomo en cuanto al funcionamiento de su mecanismo resarcitorio, si bien se encuentra funcionalmente relacionado con otras normas sobre «daño injusto». La citada autonomía no constituye una simple expresión del principio *neminem laedere*, sino que configura un verdadero «deber».

Para poderse hablar de «daño injusto», se precisa un presupuesto subjetivo (comportamiento *non iure* del damnificante) y otro objetivo (lesión de una situación jurídica subjetiva del damnificado). Se precisa la lesión de un interés jurídicamente protegido, no de un interés de mero hecho, si bien resulta a veces difícil deslindarlos debidamente. Con todo, en el caso de los créditos, su carácter claro de derechos subjetivos y no de simples expectativas no ofrece dudas en su consideración.

La última parte del capítulo se consagra a una cuestión que interesa mucho al autor puntualizar: la contradictoriedad de la posición que admite posibles lesiones de terceros en los derechos de alimentos, excluyendo a todos los demás derechos personales. No obstante, la aceptación de la teoría, por la doctrina y por la jurisprudencia italiana, acumula el autor muchos argumentos contra la misma, sin olvidar un análisis de las peculiaridades de los **derechos alimentarios**.

En el capítulo III se examina «El nexo de causalidad entre hecho de tercero y daño sufrido por el acreedor», comprendiendo trece apartados. En general, la jurisprudencia italiana sólo ha admitido una indirecta relación entre hecho de tercero y daño del acreedor, pero ello no es justificable; por admitirse plenamente en el caso de acreedor alimentista; que la prestación sea de otro género, no puede justificar el diverso tratamiento.

Al analizar la estructura del nexo de causalidad, se afirma que

no puede darse a la cuestión una solución apriorística, debiéndose distinguir distintas hipótesis; por ello se examinan separadamente los hechos de tercero que inciden sobre la persona del deudor o sobre la cosa objeto de la obligación; se interpreta el artículo 1.223 del Código italiano, advirtiendo la necesidad de distinguir los conceptos «evento» y «daño».

Tratando luego de la cuestión bajo un ángulo más general, se habla del nexo de causalidad en los supuestos de responsabilidad civil, distinguiéndose dos fases en el proceso causal, y aplicándose los resultados al caso que nos ocupa. La primera sería la producción del evento; la segunda, el daño sufrido por el acreedor como consecuencia inmediata y directa del hecho de tercero.

Se ocupa luego del concepto «resarcibilidad» en abstracto y en concreto del daño en cuestión; examina el grado de fungibilidad de la posición del deudor en la relación jurídica que aparezca lesionada, con la paralela comprobación de la existencia del nexo de causalidad. Y termina afirmando la irrelevancia del dolo específico en el tercero a efectos de la causalidad.

Destinase el Capítulo IV a demostrar la falta de normas (en Derecho italiano) expresamente opuestas al principio de la responsabilidad de tercero, comprendiendo seis apartados. Tras una rápida referencia al 1.259 y 1.585 del nuevo Código, se pasa al examen del 1.372: contiene éste la regla de la relatividad de los efectos contractuales; pero ello no es óbice a la exigencia a terceros de respeto para con todo contrato. Por otra parte, la exigencia de una responsabilidad para el tercero se extendería, tanto a créditos de origen contractual como legal.

Se analiza, por último, el 1.916, en materia de contrato de seguro. Y con ello finaliza la primera parte de la obra.

* * *

En su parte segunda («Principales hipótesis de lesión de crédito por terceros»), su capítulo I se destina a «Hipótesis referentes a hechos de tercero que tiene como punto de incidencia la persona del deudor», con un total de once apartados. Se manifiesta primero el temor jurisprudencial a que la muerte u otros perjuicios sufridos por el deudor que le impidan el cumplimiento, originen una

excesiva proliferación de acciones a favor de todos los posibles acreedores lesionados. Pero es un temor injustificado, según el autor. En primer término, quedarán generalmente excluidas las obligaciones de dar. En cuanto a las obligaciones de hacer, se precisará una rigurosa comprobación de la realidad del daño: ésta parece ser la regla de la jurisprudencia francesa en la materia, aunque los fallos sean poco abundantes; los resultados, empero, son importantes, por equivaler el tantas veces citado 2.043 al 1.382 del Código Napoleón. No obstante, el autor advierte un cierto peligro ante la excesiva laxitud producida en Francia, al extender la responsabilidad extra-contractual a meras situaciones jurídicamente relevantes, lo cual origina una proliferación de acciones; peligro advertido por los propios autores franceses (MAZEAUD).

Se habla luego del Derecho británico, en que aparece expresamente prevista, si bien fragmentariamente, una tutela aquiliana del acreedor respecto a hechos ilícitos de terceros sobre la persona del deudor. (En el *Common law* se otorga legitimación al *master* en caso de *loss of service* del *servant*, ante un *tort* del tercero sobre la persona de aquél.)

Pasando al problema de la concreta comprobación de la efectividad del daño, destácase la esencial función del Juez en la prudente apreciación de cada caso. Y se indican algunos criterios pertinentes: la oportunidad de distinguir si se trata de obligaciones de prestaciones correlativas o no; el criterio de fungibilidad de la persona del deudor y algún otro supuesto particular. Y termina analizando el supuesto de la conducta de tercero que culpablemente coloque al deudor ante un estado de necesidad.

El capítulo II destínase a hipótesis, en que el hecho incide sobre la cosa objeto de la obligación, desenvolviéndose también en once apartados. Se examina la imposibilidad sobrevenida por causa no imputable al deudor, regulada en el 1.259, en el caso de prestación de cosa determinada, y que origina que el acreedor subentre en todos los derechos que correspondía al deudor, ante el hecho causante de la imposibilidad. Estudia el autor este fenómeno del subingresso del acreedor: su fundamento y su diferencia con la subrogación en el ejercicio de derechos ajenos. Se subraya que de la categoría de derechos en que cabe subingresso, se excluyen las acciones *ex delicto*, y, tras examinar otros problemas que plantea el

precepto, se reconduce éste a las disposiciones del 2.043. Finaliza señalando algunos casos no comprendidos en el 1.259: obligaciones de dar cosa genérica, obligaciones de conceder un derecho personal de goce sobre un bien.

Pasando al capítulo III, nos encontramos con los hechos con incidencia sobre la posición jurídica del acreedor, desarrollados en seis apartados. Estúdiense los casos de disposición de crédito por quien no es su titular; la responsabilidad de éste frente al verdadero titular del derecho así lesionado, traducida en la obligación de restituir (tanto por el acreedor aparente como por el heredero aparente), considerando la posible concurrencia de esta obligación con la de resarcimiento del daño. Se señala la necesidad de distinguir que el acto dispositivo lo haya realizado el tercero de mala fe o no (supuesto de culpa): será normal la responsabilidad del tercero en el primer caso, cupiendo una excepcional exoneración de responsabilidad en el segundo.

El último capítulo de la obra (con seis apartados) dedícase a los casos de concurrencia del tercero con el deudor en la producción del hecho lesivo. Tras dar algunas opiniones doctrinales, se habla de las tentativas de resolver afirmativamente el problema de la responsabilidad del tercero partícipe, sin reparar en muchos casos que no cabía separarlo del problema general de la responsabilidad de tercero. En definitiva, existirá una situación de solidaridad: responderá contractualmente el deudor y extra-contractualmente el tercero. Finaliza la exposición distinguiendo los casos de actividad material y de actividad jurídica del tercero en la producción del daño.

Para terminar nuestro comentario, recordemos que también en España contamos con un estudio sobre la cuestión, *La protección del acreedor contra terceros* (lección inaugural del curso 1957-58, Universidad de Valencia), obra de VIÑAS MEY (José), analizándose la cuestión en torno a nuestro 1.902 del Código civil, de amplitud semejante al 2.043 italiano, inclinándose positivamente por la posibilidad de admisión de la figura.

Valencia, abril-mayo 1966.

PEDRO-ANTONIO FERRER SANCHIS,
Ayudante de Cátedra de la Facultad
de Derecho de Valencia.

CARRAZZA, Antonio: *I miglioramenti delle cose nella teoria generale e nei rapporti agrari*.—Volume primo.—Istituto di Diritto Internazionale e Comparato. Firenze. Milano. Dott. A. Giuffrè. Editore, 1965.

El supuesto legal de la mejora constituye, para el autor, una entidad compleja, formada, al menos, por los elementos esenciales: lo que llama el *miglioramento* real y verdadero, que asume la naturaleza de acto jurídico no negocial, y la *miglioria*, acontecimiento posterior, cuyo carácter es el de un hecho jurídico natural. Los efectos jurídicos de la mejora dependen de la combinación de un acto y un hecho.

La más adecuada definición de *miglioramento* es la de acto real (los actos reales consisten en la inmediata realización de la voluntad). Sus elementos son la función (o causa), que no debe confundirse con el motivo subjetivo y que da impulso al *miglioramento*. Puede identificarse con el interés de cada mejorante de conseguir una plusvalía. Este interés es esencialmente privado, aunque en él concurren intereses públicos.

Desde el punto de vista de su forma, el *miglioramento* o mejoramiento pertenece a la categoría de los actos que constituyen un simple comportamiento.

El acto del *miglioramento* debe realizarse necesariamente por una persona, debe ser obra del hombre. Al autor de las mejoras se le exige, al menos, capacidad natural y capacidad de querer y entender. El Derecho positivo italiano condiciona los efectos de la mejora a la buena o mala fe del autor de ésta. La buena fe subjetiva la aplica la Ley algunas veces, específicamente al acto de mejorar: las mejoras realizadas por el poseedor podrán considerarse hechas de buena o mala fe, con independencia de la calificación de buena o mala fe de la posesión. La buena fe específica del autor de las mejoras se caracteriza por el contenido, por el objeto y por los efectos, etc.

La realización de cualquier clase de mejoras supone, necesariamente, un gasto en sentido amplio, un empleo de medios y energías que se llama «obra». El concepto de obra expresa el ul-

terior elemento del acto de mejorar: el contenido u objeto. El contenido se examina desde diversos puntos de vista: la obra se desarrolla siempre sobre una cosa determinada y corporal; puede realizarse de modo instantáneo o continuado, mediante una disposición material de la cosa y debe tener siempre un carácter extraordinario para que pueda distinguirse de las gestiones usuales de cultivo, cria de ganado...; por último, debe ser atribuida al hombre, aunque sea con ayuda de la naturaleza.

La determinación del sujeto legitimado para mejorar un objeto dado se resuelve en individualidad la persona que ostenta esa *facultas meliorandi* o poder de mejorar reconocido por el ordenamiento como protección del interés para conseguir una utilidad de los bienes que supere la media normal y actual. No se trata de una posibilidad de hecho de mejorar la cosa poseída, sino de un poder jurídico. El poder de mejorar tiene la naturaleza de una facultad dispositiva en sentido material (no jurídico) con valor instrumental respecto a las verdaderas facultades de goce contenidas en el derecho subjetivo. Se considera el poder de mejorar desde el punto de vista de su esencia y desde el de su pertenencia, examinando derechos reales de goce: propiedad, copropiedad, subespecies de propiedad temporal, enfiteusis, usufructo y otros derechos reales limitados de goce sobre cosa ajena y derechos personales de goce. El examen sistemático se concluye con el estudio de la pertenencia del poder de mejorar en las situaciones posesorias.

El resultado del acto de mejorar es analizado por el autor a continuación. Afirma que éste se exterioriza haciendo la cosa, con terminología latina, *meliozem, pretiosiozem, fructuosiozem*.

Sigue estudiando los componentes económicos del resultado del acto de mejorar y distingue entre un efecto inmediato de la obra, que es el incremento de productividad de la cosa objeto de la mejora, y un efecto mediato, el incremento de valor de la cosa mejorada. Como nota característica del aumento de productividad, señala la estabilidad, que se trate de un aumento de productividad duradero, aunque no deba estimarse como existente a perpetuidad.

En cuanto al incremento de valor, cuya causa es la mejora, considera como caracteres la subsistencia en un momento dado y

su posibilidad de determinación, esto es, que pueda determinarse el aumento de valor.

Entre los dos elementos fundamentales que el autor distingue en la mejora, el acto de mejorar y el resultado del mismo, existe algo más que una simple relación de causalidad, puesto que si se separa uno del otro, ya no es posible hablar de mejora.

El criterio fundamental que deberá tener en cuenta el intérprete al contemplar un supuesto concreto de mejora, es este nexo existente entre el acto y el resultado, con lo que se evitará uno de los errores más frecuentes en la práctica, consistente en considerar como mejoras casos de simples gastos.

La mejora puede ser fuente de obligaciones y de derechos. Aquel que se aprovecha de la mejora, está obligado a indemnizar al autor de ésta. Dicha obligación de indemnizar es el efecto más importante de la mejora, pero no el único. Distingue el autor entre:

A) Derechos del propietario de la cosa mejorada o de sus causahabientes:

1. Derecho de propiedad sobre la mejora y sus frutos, cuando tratándose de mejora extrínseca (edición que constituye mejora), se presta como tal a constituir un objeto autónomo de derecho.

2. Derecho de retirar, cuando tratándose de mejora extrínseca, sea separable.

3. Derecho al resarcimiento de daños eventuales conexos a la obra de mejoramiento, etc.

B) Derechos del autor de la mejora o de sus causahabientes:

1. Derecho a la indemnización.

2. Derecho de garantía, accesorio del anterior.

3. Derecho de retención de la cosa mejorada como medio de autodefensa para la realización de su crédito.

4. *Ius tollendi*.

5. Derecho a compensar *ope legis* los deterioros eventuales de la cosa mejorada en el límite del valor de ésta.

6. Derecho a compensar *ope legis* el valor de los frutos sujetos a restitución en caso de reivindicación con el valor del mejoramiento producido a la cosa reivindicada, etc.

Estudia la obligación de indemnizar, distinguiendo, ante todo, su fuente y su naturaleza.

En cuanto a la fuente, sigue el autor un criterio propio, en contraste con las doctrinas que la identifican con el cuasi-contrato y con aquellas que consideran esta obligación de indemnizar como una obligación legal, esto es, precedente directamente de la Ley. También se muestra contrario a considerar como fuente de la misma el principio del enriquecimiento sin causa. La obligación de indemnizar tiene su origen en la estructura compleja de que ya se ha hablado.

Relativamente, a la naturaleza jurídica de la obligación de indemnizar se muestra partidario de considerarla como una obligación *propter rem*, o sea, una obligación que incumbe al propietario de la cosa mejorada en cuanto a tal frente al autor de la mejora. Ahora bien, cuando se afirma que la obligación tiene una naturaleza real, se tiene presente la situación más elemental; esto es. se presume que el propietario tiene el goce directo de la cosa y que la mejora proviene de la persona que respecto al propietario es tercero, o sea, que no tiene con el propietario del fundo una relación tal que pueda constituir un título en base al cual pueda resolverse el problema de la legitimidad del mejoramiento, de su indemnizabilidad y de la medida de la indemnización, un título que reclame un régimen jurídico particular.

Existen hipótesis en que no pueden desconocerse la Ley que regula la relación particular a través de la cual se realiza el goce indirecto. Esta Ley se manifiesta como especial en relación a las reglas que pueden deducirse de la naturaleza real de la obligación. La pluralidad de goces confluentes sobre la misma cosa, produce una multiplicación de los supuestos de mejora, algunos de los cuales son de naturaleza real y otros de naturaleza personal. Un ejemplo típico de esta situación lo constituye la mejora realizada por el arrendatario en la finca concedida en usufructo.

Estudia a continuación el sujeto de la relación y su legitimación activa y pasiva, las alteraciones subjetivas en la relación obligato-

ria, desde lado activo (crédito) y del lado pasivo (débito), la prestación de dar y su medida. El criterio fundamental, seguido por la legislación italiana, es el de calcular la indemnización en relación al aumento de valor, determinado por la mejora. Otro criterio es el de la indemnización por la cantidad menor entre lo gastado y la plusvalía. Se muestra el autor contrario al criterio que mide la indemnización por el gasto efectivo.

La obligación de que se trata se clasifica entre las deudas de valor, insensible por ello a las alteraciones del poder adquisitivo de la moneda.

Estudia también el autor la realización coactiva del crédito en vía judicial, y en particular la cesación de la posesión o detentación de la cosa mejorada como condición de interponibilidad de la acción específica de indemnización del mejoramiento, la autotutela del crédito del mejorante por medio de la retención y la separación del precio obtenido de la venta del bien hipotecado, en su caso.

Trata a continuación de los modos de extinción de la relación obligatoria que tiene lugar normalmente por el pago voluntario de la prestación debida, analizando en particular la compensación, la renuncia a la indemnización y la prescripción extintiva. Sostiene que la adquisición de la propiedad de la mejora por propietario de la cosa mejorada es un fenómeno de accesión.

El último capítulo de la obra está destinado a distinguir la mejora de otras figuras afines: las adiciones, las accesiones y las pertenencias. Hasta aquí la mejora se ha presentado como supuesto de hecho; aquí se estudia la distinción *sub specie rei*. La mejora no puede ser considerada en su esencia como una *res*.

Distingue entre mejoras intrínsecas (mejoras en sentido propio), mejoras extrínsecas (adiciones que constituyen mejora) y adiciones puras y simples que se caracterizan porque se agregan a la cosa principal sin provocar un aumento de su productividad, aunque tengan un valor intrínseco propio.

Desde el punto de vista de su diversa estructura física, la mejora se distingue de la edición, en que la primera supone «potenciamiento cualitativo», y la segunda, «extensión cuantitativa». Pero este criterio no tiene en cuenta las adiciones constitutivas de mejora que reúnen las características de «extender» y «potenciar»,

al mismo tiempo, modificando la calidad a través del aumento de precio, no menos que la cantidad. Lo mismo ocurre con cualquier otra fórmula del criterio físico, criterio vano frente a manifestaciones de la especie intermedia constituida por la adición-mejora, si bien no le falta utilidad, a fin de distinguir la mejora intrínseca de la adición pura y simple, admitiendo que el mejoramiento podía surgir de una nueva disposición de los elementos que componen la cosa; se observa que no está ligado al presupuesto de una inmisión de elementos materiales en la misma.

Las mejoras, como cosas que modifican otras, se distinguen de las accesiones que son aquellas cosas materiales por medio de las cuales, otras cosas se extienden indisolublemente, se complementan y enriquecen.

Se determina, por último, la relación existente entre el concepto de mejora y el de pertenencia. En primer lugar, y sin tocar el problema de la relación entre lo accesorio y lo principal, es necesario admitir que el mejoramiento puede aplicarse a la cosa, constituyendo pertenencia, sin perder por ello la naturaleza de mejoramiento. Y, en segundo lugar, se presenta la posibilidad de que la cosa destinada a pertenencia sirva de instrumento de realización concreta de un mejoramiento.

CELESTINO A. CANO TELLO,
Profesor Ayudante de Derecho Civil.

Centenario de la Ley del Notariado.—Sección primera: *Estudios históricos.*—Volumen II.—Junta de Decanos de los Colegios Notariales de España. Madrid, 1965.

Integran este volumen los siguientes trabajos:

1.º «Orden jurídico y orden extrajurídico», por Juan Iglesias, Catedrático de Derecho romano de la Universidad de Madrid.

Ortega reclamaba como precisa y conveniente la formulación de una teoría de los complementos extralegales que la Ley nece-

sita, de una teoría de los complementos existentes en los senos profundos y ultrajurídicos de la sociedad. Esta teoría, cuyas bases romanísticas están ya sentadas en los libros de Ihering y Schulz, carece todavía de una perfecta conjunción y sistematización. El autor dedica su trabajo a delinear aquellas fuerzas, virtudes o valores, por cuya influencia el Derecho de Roma cobra un sello singularmente humano.

A través de una serie de nociones fundamentales—jurisprudencia, juridicidad, *naturalis ratio*, etc.—, podemos descubrir la íntima conexión que, en Derecho romano, tuvo el Derecho con la vida. Y, de otra parte, si los derechos subjetivos romanos tuvieron una fuerza y contenido harto más vigorosos que los de hoy, hasta el punto de constituir auténticos poderes, sobre ellos operó la fuerza viva e impalpable de unos firmes y recios sentimientos de moralidad social, que evitó su absolutismo o actuación en servicio de intereses sólo privados y egoistas.

El autor dedica la segunda parte de su obra al estudio de la disciplina jurídica de los poderes privados. El romano entiende que el poder, en sus varias manifestaciones, debe ser pleno e íntegro, y que poder compartido, es poder negado. Esta idea preside la regulación de las situaciones de coparticipación: cotutela, condominio, comunión hereditaria, comunidad de bienes en el matrimonio, asociación, sociedad, solidaridad obligacional. Se analizan también los poderes del propietario, del acreedor, del paterfamilias, del tutor, del testador, todos ellos de fuerte contenido.

El pueblo romano, asistido por un sentido exquisito de las necesidades históricas, crea un pasmoso orden de vida; el instrumento, para su actuación, no es otro que el Derecho. En él tienen acogida preceptos de razón política, religiosa y ética. Pero, además, hay fuerzas y virtudes (*pietas*, *humanitas*, *fides*, *bonitas*, etc.) que no sólo penetran a veces en la norma jurídica, sino que en ocasiones actúan fuera de ella, influyéndola o determinándola de varios modos. Este influjo es analizado en la tercera parte del estudio en los campos de las personas, derechos reales, obligaciones, familia y sucesiones.

2.º «Algunas observaciones sobre la rigidez del Derecho romano arcaico», por Francisco Hernández-Tejero, Catedrático de Derecho romano de la Universidad de Madrid.

Es afirmación comúnmente admitida al tratar de caracterizar el Derecho romano arcaico la de su rigidez. Es consecuencia de tal aseveración el rígido planteamiento de la distinción Derecho antiguo-Derecho clásico. Pues bien, el autor dedica su trabajo a revisar tal planteamiento, suavizando, por una parte, la trayectoria del progresivo perfeccionamiento jurídico, y, por otra, valorando en su justa medida el sentido práctico, la ponderación y el equilibrio de los juristas preclásicos.

El trabajo que analizamos nos va presentando y comentando, una por una, las más destacadas muestras del pretendido rigor del Derecho antiguo. Comienza por el precepto que figura en la Ley de las XII tablas (tabla III) y que reza: *Tertiis nundinis partes secanto. Si plus minusve secuerunt se fraude esto*, es decir, «sea cortado en trozos en el tercer mercado. Si (después de la entrega del deudor al acreedor por el magistrado) siguieran más o menos mercados, que sea sin perjuicio». Según la teoría antigua, *secare partes*, o sea, cortar en trozos, debía ser interpretado en sentido material, siendo su complemento el cuerpo del deudor. Analiza las diversas opiniones que este texto ha provocado, de las que es la más destacada la de Levy-Bruhl, para quien el texto significaba, más o menos, «que los dioses infernales despedacen, a partir del tercer mercado, al deudor que no paga»; se trataría, pues, de una sanción religiosa, no jurídica. No es ni siquiera probable la existencia en el Derecho romano arcaico de tan terrible norma de ejecución procesal.

Examina a continuación el autor la conocida norma *Si pater filium ter venum duit filius a patre liber esto*. Hay que rechazar la hipótesis de que se hubiera querido establecer un modo de emancipación por este medio tan complejo e indirecto. Más bien hay que pensar que el derecho del padre no era el de vender a los hijos, sino el de transferir a un tercero y por un cierto tiempo la utilización del trabajo de aquéllos, negocio jurídico precedente de la *locatio conductio operarum*.

Era enorme el alcance y vigor del poder de que estaba investido el padre en Roma. Ahora bien, ¿cómo hemos de valorar rectamente el *ius vitae ac necis*? Desde muy antiguo existía una especie de control estatal de carácter penal sobre las facultades del paterfamilias. Gayo nos dice que desde la época decenviral, el ejercicio del *ius vitae ac necis* estaba condicionado por la existencia de una justa causa. Varios autores sostienen la existencia de verdaderas limitaciones jurídicas al poder supremo del paterfamilias.

Tampoco puede llegarse a conclusiones de extrema rigidez en cuanto a la situación de los *nexi*, y por lo que se refiere a la debatida cuestión de la posibilidad de acceso de los peregrinos a las *legis actiones*, no faltan argumentos para sostener la opinión afirmativa.

No puede decirse que el antiguo derecho desconociese la *exceptio metus*. Tan sólo hay pruebas de que algunos juristas la consideraban subsumida en la *exceptio doli*. Y queda también atenuada la impresión de rigidez del derecho arcaico, si pasamos al campo de los derechos reales; así, al analizar el concepto del *dominium ex iure quiritium*, *consortium*, *usucapio*, consecuencias procesales en materia de resarcimiento de daños causados por la propiedad y en materia de *actio aquae pluviae arcendae*.

Analiza a continuación el autor otros temas, empleando igual método y llegando a análogos resultados: orígenes del contrato consensual, formalismo, sucesión necesaria formal, el *adgnatus proximus* en la sucesión intestada, etc.

En suma, una monografía que tiene el mérito y la originalidad de desvirtuar una de las más comunes caracterizaciones del Derecho romano arcaico.

3.º «Escodriñamiento y otorificación», por Luis G. de Valdeavellano, Catedrático de la Universidad de Madrid, de la Real Academia de la Historia.

Es bien conocido el principio de irreivindicabilidad mobiliaria que encarna en el aforismo *Hand muss Hand wahren*; pues bien, el trabajo que analizamos tiene por objeto el estudio de la reivindicación mobiliaria en los casos en que el propietario ha perdido involuntariamente la posesión

En estos supuestos, nunca funcionó, en Derecho germánico, el principio de irreivindicabilidad. Cuál sea la razón de esta excepción, es tema que ha provocado un extenso debate. El autor analiza las opiniones de la doctrina, entre ellas, y como más interesante, la de Schultze. En general, la doctrina centra el problema en el ámbito del Derecho procesal y busca la explicación en el origen, naturaleza y relación mutua de los distintos procedimientos conocidos por el Derecho germánico y medieval como cauce de la reivindicación mobiliaria. De ahí que, a continuación, trace una exposición sumaria de esos procedimientos, a saber: el procedimiento *in-fraganti*, la querella en caso de hurto o robo, el procedimiento de escodriñamiento, y, como más importante, el de aprehensión o Anefang, en el que surgía la figura del *otor* o garante, es decir, la persona de quien el demandado alegaba tener la cosa.

Trasladando la cuestión al Derecho español, el autor afirma la vigencia, en nuestro Derecho medieval, de la limitación de la acción mobiliaria en los casos de entrega voluntaria a otro de la tenencia de la cosa, y, por otra parte, el Derecho español medieval revela, tal como lo recogen los fueros locales y las redacciones de derecho territorial consuetudinario, un evidente parentesco con los sistemas germánicos y medievales de reivindicación mobiliaria en los casos de pérdida involuntaria de la tenencia de la cosa, ya por sustracción, ya por extravío. En estos supuestos, el autor cree que en nuestro Derecho de la Edad Media pueden distinguirse también los procedimientos especiales, admitidos para tal reivindicación por los Derechos germánicos y los medievales de esta inspiración, que antes hemos citado, o sea: *a)* el procedimiento *in-fraganti*, en el que desempeña un importante papel el «apellido» o petición de auxilio a los vecinos para detener al ladrón; *b)* la querella por hurto o robo; *c)* el llamado escodriñamiento o registro domiciliario en busca de la cosa cuya tenencia se ha perdido involuntariamente, y *d)* el procedimiento que, siguiendo a Merêa, puede denominarse demanda de haber mueble, inspirada en el proceso de Anefang, con su secuela de la comparecencia en juicio de los causantes, garantes u *otores*, es decir, la «otorificación».

Prescindiendo del procedimiento *in-fraganti*, al que tiene dedicado otro trabajo, el autor dedica la última parte de su obra al

estudio, verdaderamente detenido, de la querella por hurto o robo del «Escodriñamiento» y de la «Otorificación».

4.º «La compraventa en las Partidas. Un estudio sobre los precedentes del título quinto de la quinta Partida», por José Arias Ramos, Catedrático de Derecho romano, Magistrado del Tribunal Supremo, y Juan Antonio Arias Bonet, Catedrático de Derecho romano.

Las fuentes en que se inspiraron los redactores de las Partidas son tema al que no sólo dedican referencias los tratados generales, sino que es objeto de varios trabajos fragmentarios; falta, en cambio, un estudio detenido y completo de la cuestión. Pues bien, el que comentamos sin pretender ofrecer la clave que descifre definitivamente el problema en sus diversos aspectos, limita su campo de observación al título cinco de la Quinta Partida, que lleva la rúbrica «De las vëndidas et de las compras».

Tras advertir que la edición de las Partidas que se ha tenido en cuenta es la de la Academia de la Historia de 1807, aun a sabiendas del recelo existente en cuanto al rigor crítico con que fué realizada, los autores se adentran en el tema. Sin perjuicio de tener en cuenta también otros textos, como la *Summa codicis*, de Rogerio, y la de Placentino, el estudio se realiza, fundamentalmente, en relación con la *Summa codicis*, de Azón. El examen detenido de las leyes del título quinto pone de manifiesto la primordial relación que mantienen con las doctrinas de Azón; así se va examinando el carácter consensual de la compraventa, capacidad para comprar y vender, precio, cosas que pueden ser objeto del contrato, el consentimiento viciado, el riesgo, objetos integrados en la cosa, evicción, rescisión y otros problemas.

El aprovechamiento de las enseñanzas de Azón queda cumplidamente demostrado, pero, de todas suertes, no puede calificarse a las leyes del Código alfonsino como una mera versión romance de la *Summa codicis* de aquel autor. Para explicar las diferencias, los autores esbozan dos hipótesis: según la primera de ellas, la obra de Azón hubiera sido uno de los varios elementos utilizados por los codificadores castellanos, quizá el más importante, pero no el único; según la segunda, los redactores no habrían manejado

la *Summa codicis* azoniana en la forma que actualmente presenta, sino un escrito semejante, pero no enteramente igual al de Azón. Y tanto en una como en la otra hipótesis, no puede pensarse en la redacción del Código castellano como un mero acto mecánico de transcripción, sino que, sin duda, los legisladores de las Partidas hubieron de tomar, frente al modelo o modelos contemplados, decisiones importantes, por lo cual ha de atribuirseles una relativa iniciativa. Dada la mediocre formación romanística de los legisladores castellanos, es más viable la hipótesis de una fuente única en la que encontrasen ya realizada la imprescindible tarea de armonización y síntesis.

5.º «Contribución al estudio de la historia del Notariado en Alemania», por Wilhelm Schmidt-Thomé, Notario en Bergheim Erft (Alemania).

El Notariado de la mayor parte de los Estados europeos tiene su origen en el italiano; éste, a su vez, hunde sus raíces en el *tabellionatus* de la época del Imperio Romano. Ciertamente, los tabelliones no ejercían ningún oficio público y sus documentos carecían de lo que hoy llamamos fe pública; pero sí estaban bajo inspección estatal y tenían, ante autoridades y tribunales, fuerza legal. A pesar de la destrucción del Imperio Romano, en muchas ciudades italianas se conservaron los tabelliones. Fueron tomando, por considerarla honorífica, la denominación de *notarius*, y en siglos XII y XIII alcanzó el Notariado italiano un estado de gran florecimiento, al que no fué ajena la recepción del Derecho romano.

En Alemania, el Notariado aparece relativamente tarde, a fines del siglo XIII; en la súbita aparición de Notarios públicos en este país—como en otros europeos—debió jugar un papel importante el desarrollo del Derecho canónico en la jurisdicción eclesiástica, lo que explica también que los primeros Notarios surgieron en las ciudades episcopales, en la parte occidental del Imperio. Por otras causas (relaciones mercantiles con las ciudades hanseáticas e influencia de la Escuela Notarial de Praga) se extiende la institución por el norte y el este del país. En Alemania Central y del Sur, el

desenvolvimiento de la institución sigue un proceso mucho más lento.

Los Notarios públicos, en Alemania, eran miembros de una profesión liberal, y la competencia para nombrarlos fué, desde tiempo inmemorial, un derecho imperial. Pero a poco surgió la costumbre de conceder el derecho de nombramiento de los Notarios a los Condes Palatinos de la Corte, los que podían ejercitarlo, y de hecho lo ejercitaban, sin limitación. Esto llevó consigo la rápida difusión del Notariado en Alemania, pero fué también la causa principal de su decadencia posterior. Junto a estos Notarios, coexistían los de nombramiento papal, sin que se sepan claramente las diferencias existentes entre ambos tipos.

Sobre la preparación profesional del Notariado, las noticias son escasas; debían saber leer y escribir, y algunos habían seguido cursos universitarios. Además, debían reunir algunas condiciones de capacidad (no ser infame o esclavo, etc.) y pasar un examen ante el Conde Palatino de la Corte, que se convirtió en pura fórmula en épocas posteriores, por la falta de conocimientos jurídicos de algunos Condes. El nombrado prestaba juramento, y recibía, como signo externo de su dignidad, una pluma y un tintero; podía establecerse en cualquier punto de Alemania y extender documentos con validez en todo el Imperio. Es curioso que hasta bien entrado el siglo XVIII muchos Notarios pertenecieran al estado eclesiástico.

El proceso de la autorización era el siguiente: el Notario, a base de una negociación oral con las partes interesadas y los testigos, hacía un borrador, que luego, en su estudio, extendía en limpio en la forma oficial establecida. Este documento, con su firma y signo (que el autor estudia detenidamente), constituía el instrumento notarial, mientras los borradores eran recogidos y conservados por el Notario. Es curioso que la actuación notarial durante la noche sólo era permitida en casos de necesidad o urgencia, pues se sospechaba una actuación secreta e ilícita que quisiera evitar la luz solar. Las negociaciones muy rara vez tenían lugar en casa del Notario, y, en cambio, se utilizaban frecuentemente iglesias, capillas o claustros, quizá por motivos religiosos, quizá por ser lugares neutrales. Es muy curioso también que la fijación de los derechos notariales quedara al arbitrio del Notariado, lo que en épocas posteriores resultó perjudicial a la profesión.

No se crea que la capacidad de autorizar documentalmente estaba de modo exclusivo en manos de los Notarios, sino que éstos coexistían no sólo con los funcionarios de nombramiento eclesiástico, sino, principalmente, con las oficinas municipales, que expedían documentos válidos. Esto, y la manera desmesurada con que los Condes Palatinos ejercitaban su poder de nombrar Notarios, explica que algunos de ellos no pudieran vivir sólo de su cargo y se vieran obligados a ejercer una segunda profesión.

La competencia profesional y el sentido de la responsabilidad de los Notarios eran elevados; de ahí que con frecuencia ocuparan altos puestos en la Administración.

Las diferencias en la preparación de los Notarios y en las pruebas a que eran sometidos y el número cada vez mayor de ellos, dieron lugar pronto a situaciones insostenibles y quejas justificadas. Para remediarlas, se trató de crear una regulación unitaria, que fué la Ordenación Imperial de 1512; pero aunque permaneció vigente hasta 1806, no resolvió el problema principal, que era el de limitar las facultades de los Condes Palatinos. De ahí que se intentara una solución indirecta a base de Ordenaciones locales, que establecían una selección personal y profesional de los candidatos, lo que tampoco resolvió la cuestión, por la atomización de Alemania en múltiples Estados, de los que sólo una parte promulgó tales Ordenanzas.

Así llegamos a la época moderna. Tras la disolución del Imperio alemán en 1806, cada uno de los Estados reglamenta el Notariado con una Ley particular, pero todas ellas están enormemente influidas por el modelo francés. La primera reglamentación unificada fué la Ordenación Notarial del Reich, de 13 de febrero de 1937. Con el desastre de 1945, cada Estado vuelve a dictar su Ley propia, hasta que la Ordenación Notarial Federal de 24 de febrero de 1961 introduce de nuevo una regulación unitaria, dejando, no obstante, posibilidad a los Estados de ordenar los detalles secundarios.

En resumen, una interesante y amena monografía sobre la historia del Notariado alemán.

6.º «Reflejos de siete siglos de vida extremeña en cien documentos notariales», por Miguel Muñoz de San Pedro, Conde de Canilleros y de San Miguel, C. de la Real Academia de la Historia.

Comienza el trabajo, tras el «Propósito y ofrenda», con unos «Comentarios previos». En ellos se trata, en primer término, de la fe pública; se esboza su concepto, así como la historia del Notariado desde los tiempos romanos a los actuales. El autor nos habla a continuación de los Archivos de Protocolos, indicando su régimen, para pasar al estudio de los protocolos extremeños. A diferencia de los pertenecientes a la provincia de Badajoz, que se encuentran dispersos en cada uno de los distritos notariales y en dos depósitos en la Biblioteca y Audiencia de la capital, los de Cáceres se hallan centralizados en su Archivo Histórico, sito en el antiguo Palacio de la Isla, de la capital. Por excepción, se autorizó al Ayuntamiento de Trujillo a conservar los de tal comarca.

A continuación se adentra el autor en el núcleo fundamental de su obra, es decir, el repertorio de cien documentos notariales extremeños, otorgados desde el siglo XIII (época en que fué reconquistada totalmente la región) al XIX (dado que se requiere una antigüedad de cien años en el protocolo, para que éste pase al Archivo Histórico). El repertorio va ordenado cronológicamente y los documentos se transcriben bajo el correspondiente epígrafe, en el que se indican las personas (si el interés radica en ellas), la modalidad documental o el hecho histórico de que se trate. En las transcripciones se respeta la ortografía de los textos, con una leve modernización de signos de puntuación, uso de mayúsculas y otros detalles. Por regla general, se inserta el documento totalmente, suprimiéndose sólo, en algunos de ellos, aquellas partes que carecen de interés y no alteran el contenido (como declaraciones reiterativas de testigos).

Digamos, por último, que los cien documentos transcritos contienen muy variados e interesantes aspectos de la vida extremeña a lo largo de los siglos: constitución de dote, nombramiento de lugarteniente de la Orden de Alcántara, fundación de mayorazgo, poder para convenir las condiciones de un matrimonio, contrato entre comediantes y el autor de comedias, información para que se conceda título de conde o marqués, nombramiento de capellán.

por la patrona de una capellanía, contrato con un profesor para que enseñe latin, perdón otorgado por un marido en causa de amancebamiento adúltero, compromiso para sustituir a otro en el servicio militar, etc.

M. F. B.

LUCARELLI, Francesco: *Lessione d'interesse e annullamento del contratto*.—Un volumen, XII-310 páginas. Milano. Giuffrè Editore, 1964.

Con este título, que claramente revela su propósito, Lucarelli ha escrito una obra de tesis en la que, en distintos tonos y bajo todos sus aspectos, estudia la íntima conexión que él ve entre la anulación de los contratos y la lesión de los intereses contractuales.

Superado el dogma de la autonomía de la voluntad, si el ordenamiento jurídico tutela las relaciones contractuales, ello se debe a que mediante las mismas se satisfacen los intereses de las partes. La lesión de estos últimos priva al contrato de su eficacia (1).

Para la doctrina clásica, Carnelutti, Cariota-Ferrara, nulidad y anulabilidad son dos especies del mismo género. Pero modernamente, Allara, Fedele, destacan cómo la nulidad afecta a la validez del contrato, y la anulabilidad a la ineficacia de la relación contractual (2). En defensa de esta nueva tesis, inclu-

(1) Es innegable la oposición que frente a esta tesis nos ofrece el artículo 1.300 del Código civil. En el que se admite la anulación, aun cuando no haya lesión para los contratantes.

(2) En nuestra doctrina, tanto la nulidad como la anulabilidad, se consideran especies de la invalidez. Aun los autores más recientes y avanzados sustentan esa tesis común. Así Díez-Picazo (*Eficacia e ineficacia del negocio jurídico*, «Anuario de Derecho Civil», 1961, págs. 819 y sigs.), para quien la anulabilidad es un defecto estructural que origina la invalidez, incluyendo los vicios funcionales en la rescisión contractual. Tan sólo CASTÁN, moderno como buen clásico, apunta una orientación análoga a la obra que comentamos. Al tratar de la tesis subjetiva de la lesión, «permite dar relevancia a la lesión en las legislaciones dominadas por el principio de autonomía de la voluntad, considerándola no en sí misma, sino como indicio de un vicio de la voluntad del contrato. La existencia de lesión hace suponer que la parte lesionada no ha contratado más que por error, dolo o violencia o por su debilidad intelectual. La desigualdad de las prestaciones revela la explotación de una de las partes por la otra» (*Derecho Civil, Común y Foral*, tomo III, pág. 391).

yendo la anulabilidad entre los supuestos de ineficacia y no en los de invalidez, Lucarelli aporta distintos argumentos.

I. Estudia, en primer lugar, los distintos vicios del consentimiento, causantes de anulación en sus relaciones con los intereses de las partes. Así:

a) Error. Si se excluye la anulación por error en el caso de que el mismo se rectifique antes de que haya perjuicio para la otra parte, se debe a que la *ratio* de tal anulación está ligada al interés, ya que la rectificación deja a salvo a éste, pero no sana en absoluto el consentimiento erróneo (3).

b) Violencia. Conforme al artículo 1.438, la amenaza de hacer valer un derecho sólo dará lugar a la anulación cuando la parte contratante que la emplea logra alguna ventaja, en este caso se le considera amenaza injusta. En una postura voluntaria bastaría que la amenaza coaccionara al libre consentimiento para que fuera injusta (4).

c) Dolo. La distinción entre dolo incidental y determinante del artículo 1.440 se basa en su influencia, esencial o no, en la regulación de los intereses *inter partes*. Sólo el dolo determinante, que afecta a tales intereses de forma que sin él no se hubiera adoptado su regulación, es causa bastante de anulabilidad (5).

d) Incompatibilidad entre representante y representado. La jurisprudencia en este caso sólo admite la anulación en el supuesto de que los resultados del contrato sean lesivos para el representado. Tesis análoga mantiene para el autocontrato el artículo 1.395 (6).

e) Falta de licencia judicial. En los supuestos en que ésta se precisa, su defecto será siempre causa de anulación, lo que pa-

(3) Véase Tribunal Supremo. Sentencia de 14 de junio de 1943: «Es obligado entender que la esencialidad del error requiere prueba y constancia del nexo, que en cada caso tenga aquél con los fines y objetos que las partes hayan perseguido y tenido en cuenta al contratar.»

(4) Véase Tribunal Supremo. Sentencia de 18 de noviembre de 1944: «La intimidación es una coacción moral que se ejerce sobre el sujeto para que su voluntad se determine en sentido contrario a sus intereses.»

(5) En este sentido, artículo 1.269 del Código civil frente al 1.270.

(6) PÉREZ y ALGUER: *Anotaciones a «Ennecerus»*, tomo I, vol. 2, págs. 249 y siguientes, rechazan el autocontrato en aquellos casos que impliquen regulación de intereses incompatibles. En el mismo sentido, la Dirección General de los Registros a partir de su resolución de 29 de diciembre de 1922.

rece contradecir la tesis del autor, ligando ésta al interés lesionado. La razón de tal rigor se debe a que el juicio sobre la recíproca regulación de intereses corresponde siempre al juez. Pero la admisibilidad de la autorización *a posteriori* nos indica que también en este caso nos movemos en el ámbito de la eficacia. Anular un contrato afecta a la estabilidad jurídica. Por ello, aducir un vicio que cause la nulación, no puede quedar al capricho del ánimo al que afecte, sólo por sanar un interés lesionado, aunque sea particular, cabe perturbar el tráfico en general (7).

II. Trata Lucarelli sobre la posibilidad de aplicar a los otros vicios del consentimiento contractual la distinción cuantitativa peculiar del dolo, diferenciando el vicio determinante del meramente incidental. En el error, cabe admitir tal diferenciación, así como en la violencia. Pero si en este último supuesto es admisible entender que la violencia incidental sólo da lugar al rescarcimiento del daño, análogamente al dolo *incidens*. Por el contrario, el error, artículo 1:429, dará lugar a la anulación, aun en el supuesto de ser meramente incidental. Si bien la rectificación, forma especial de sanar el error, puede dejar a salvo el contrato en tal supuesto.

Pese a la peculiaridad aludida del error, el tratamiento de la incidentalidad, en los vicios del consentimiento, nos destaca también su íntima ligazón con los intereses contractuales (8).

(7) En contra de estas soluciones, el Tribunal Supremo, en sentencia de 9 de diciembre de 1953: «La falta de licencia sólo podrá convalidarse por los menores—en un caso del artículo 164 del Código civil—al llegar a la mayor edad, pero no por la posterior autorización judicial. Este requisito es indispensablemente previo» Por lo que hace al supuesto, corriente en nuestro derecho del consentimiento uxorial, relativamente análogo, al haber autorización judicial subsidiaria, al contemplado en el texto. De la Cámara entiende que la mujer puede impugnar el acto sin su consentimiento, sin necesidad de probar que le fué perjudicial, aun cuando considera razonable que la impugnación pudiera quedar enervada mediante la demostración por el marido y los demás interesados de que el acto no fue perjudicial, si bien no cree fácil que esta opinión prosperara. Se transparenta aquí el relieve que De la Cámara da al interés en materia de anulación contractual (*El nuevo artículo 1.413 del Código civil*. «Anuario de Derecho Civil», 1959, pág. 863) El Tribunal Supremo, en sentencia de 21 de abril de 1964, dice textualmente: «Nunca puede ejercitar la acción de impugnación de un contrato por falta de consentimiento uxorio quien, dando motivo a la posibilidad de su ejercicio, no puede aducir que su falta le ocasione perjuicio alguno.»

(8) ALBALADEJO: *Invalidez de la declaración de voluntad* «Anuario de Derecho Civil», 1957, pág. 991. Destaca cómo la intimidación, para que juegue

III. Admitido, conforme al artículo 1.174, la diferencia entre prestación e interés. Siendo aquélla valuable. Y pudiendo el último, según Betti, encerrar una mera finalidad científica, religiosa, humanitaria o social. Hay que destacar la posibilidad de que un contrato se anule en base precisamente a la lesión de un interés no patrimonial.

El artículo 1.379, al tratar de la prohibición de enajenar, se refiere al interés apreciable (9). El 1.411 alude en el supuesto de la estipulación a favor de terceros, a un interés especial del estipulante. Intereses que no son patrimoniales (10).

La posibilidad de que un contrato se anule por lesión de tales intereses no pecuniarios, pone de relieve la íntima conexión entre anulación e interés lesionado. Y es posible que se logre anular un contrato de venta, en cuyo precio no hay lesión económica, si por dolo o error se ha lesionado el interés puramente afectivo de tratarse de un bien de abolengo familiar.

IV. La mayor parte de la doctrina. Cariota-Ferrara, Pugliatti, quiere fundar el criterio restrictivo del código en materia de anulación en la confianza de la otra parte contratante. Pero esto no es admisible, la confianza se da frente a terceros, pero no *inter partes*, exige una esencial extraneidad. Donde hay una recíproca ligazón de intereses, entiende Betti, no cabe la confianza. Precisamente, los requisitos peculiares de los vicios de anulación, destacan la necesaria colaboración entre las partes contratantes. Mala fe, reconocibilidad, etc. Es particularmente relevante el tratamiento del error. Si éste fuere reconocible, la otra parte debe advertirlo a aquélla que lo sufre, artículos 1.337 y 1.338. Lo que se sanciona así es la negligencia en no procurar solidarizarse en

como motivo de la impugnación, habrá de ser determinante. Respecto del error, dando tal relieve al error *in substantia*, Tribunal Supremo, en 14 de junio de 1943. Para el dolo, con toda claridad, el artículo 1.370

(9) Roca: *Derecho Hipotecario*, tomo II, pág. 389. Exige que estas prohibiciones se funden en un motivo justo. La razón guiada de las Partidas. Pero parece que ésta ha de consistir en una ventaja cualquiera patrimonial para otro. La sentencia de 18 de abril de 1952 exige sólo un interés legítimo.

(10) DE BUEN, en este orden de ideas, afirma: «Dado el interés que el estipulante ha mostrado por el tercero, no puede menos de considerarse como un interesado y, por tanto, le será aplicable el artículo 1.124» (*La estipulación en provecho de tercero* «Revista General de Legislación y Jurisprudencia», 1923, página 222). Este interés podrá ser no patrimonial, pero el derecho reconoce su trascendencia.

la común voluntad. Se debe, pues, buscar otra razón distinta a la confianza de las partes para justificar los indiscutibles efectos de los contratos anulables.

Si con tal intención se lleva la idea de anulación al ámbito de la regulación de los intereses contractuales, pretendiendo reducirla así a una hipótesis de ineficacia, cabe que con este circunlunquío incidamos de nuevo en la idea de invalidez, precisamente por ausencia de causa contractual.

Pero es preciso diferenciar causa e interés (11). La primera destaca la finalidad objetiva del contrato y justifica el ámbito de libertad que se confía a la autonomía individual. El interés alude a la idoneidad del fin perseguido por las partes, es un elemento de funcionalidad.

Esta distinción nos sirve para resaltar la noción de invalidez frente a la de ineficacia. La invalidez se da cuando el interés social, representado por la causa, se encuentra insuficientemente tutelado, por falta de los elementos que constituyen el contrato, sin que sea posible que las partes determinen la necesidad o no de tales elementos. La ineficacia, como destacó Aurichio, implica una anómala relación entre las recíprocas esferas de los intereses de las partes. En los que cabe toda modalización, ya que los contratantes pueden crear negocios atípicos, o modificar sustancialmente los tipos legales, así tornando la venta real en meramente obligacional, o admitiendo el pacto de reserva de dominio (12).

La confianza entre las partes contratantes no era razón suficiente para el peculiar tratamiento de la anulación, pero considerar a ésta como un supuesto de mera ineficacia, sí que es motivo bastante para destacar la contraposición que en varios puntos se da, entre nulidad, como hipótesis de invalidez y anulación como figura de ineficacia. Así (13):

(11) En nuestra patria, la contraposición se formula entre causa y motivo. Diferenciación clara en la doctrina antigua, pero confundida, si bien por razones de peso, en la moderna jurisprudencia. Al admitir la tesis subjetivista de la causa. Las dos posiciones contrapuestas en el Tribunal Supremo, sentencias de 16 de febrero de 1935 y 17 de marzo de 1956.

(12) Pacto plenamente admisible en nuestro derecho. Si no cabe hablar en él de la conversión de la venta real en obligacional, si cabe pensar en una venta que no se proponga la transmisión dominical. Modalización muy superior a la vista.

(13) Díez-Picazo, loc cit, pág. 832, mantiene que la consolidación del ne-

a) La acción de anulación. Conforme al artículo 1.441, sólo puede ser interpuesta por otra parte, en cuyo interés la establece la Ley (14). La nulidad es perseguible de oficio, artículo 1.421. La anulación se liga así al interés dañado. Es cierto que cabe el ejercicio de tal acción por los herederos y causahabientes de la parte contratante, pero éstos actúan por interés reflejo.

La llamada anulación absoluta (15) sólo es admisible en el supuesto de la interdicción civil, en el que el interés tutelado es más público que privado. La prescripción de la acción ejercitable para pedir la anulabilidad, destaca el que, consolidados por el tiempo los intereses equivocadamente concertados, no interesa ya un cambio en la regulación de los mismos.

b) Sanación del contrato. El 1.424 refiere la conversión a los negocios nulos. Es la convalidación, la fórmula peculiar de sanar los negocios anulables, artículo 1.411. Particular interés tiene a nuestro objeto destacar la convalidación tácita que consiste precisamente en la voluntaria ejecución del contrato conociendo el vicio causa de la anulación. Si mediante la ejecución se cumplen así y se satisfacen plenamente los intereses contractuales, la anulación no tendrá lugar. Análogamente rectificar el error o resarcir el dolo incidental alude a los intereses contractuales. No cabe imaginar estas formas en hipótesis de invalidez, pero son aceptables en tema de ineficacia, al lograr una mejoría efectiva en la regulación de los intereses contractuales. Vemos así cómo en la convalidación juegan las voluntades de las partes. Por el contrario, en la conversión impera en todo su rigor la voluntad de la Ley que es causa de ella y la da el cauce que prevé (16).

gocio nulo, defendida a veces por el derecho, se basa en la protección de la confianza, en el favor de las personas que de buena fe han creído en la eficacia del negocio aparente. Bien sean las mismas partes, bien terceras personas. No se da así la distinción que respecto a la diversa trascendencia de la confianza se mantiene en el texto.

(14) Artículo 1.302 del Código civil. Tribunal Supremo, sentencia de 11 de abril de 1953.

(15) DE CASTRO sostiene en Derecho civil, tomo II, pag 359, la nulidad de los actos del interdicto. Por aplicación del artículo 4.º y en base al carácter penal de tal sanción.

(16) Para Díez-PICAZO, loc. cit., pág. 830, la convalidación consiste en la posterior adición del defecto negocial. La conversión en la transformación del negocio ineficaz en otro análogo al que no afecta la causa de ineficacia. El sentido de tales términos para tal autor es bien distinto del usado por Lucarelli.

c) Trascendencia *inter partes* y *erga omnes*. En la anulación de los contratos hay que destacar la ineficacia de los mismos entre las partes, junto a su validez frente a los terceros. Mientras no se declare la anulación de un contrato, los terceros de buena fe no se verán perjudicados por la ineficacia del mismo. La anulación supone un arreglo de los intereses de las partes, pero no afecta a los terceros, que se ven amparados no por su confianza, sino por la relevancia jurídico-social del acto meramente anulable. Fué Aurichio quien destacó la trascendencia, si bien temporal, del contrato anulable. Clásicamente, Betti, Scognamiglio, hacen una mera distinción de grado entre los contratos nulos y los anulables. Pero Allara puso de relieve que el contrato nulo es, en realidad, la ausencia de todo fenómeno. Por contra, el anulable, en tanto no se declare como tal, existe y produce efectos (17).

V. Incluida la anulabilidad de los contratos en el género de la ineficacia, surgen analogías indiscutibles con su rescisión y resolución (18).

Por lo que hace a sus causas. Así, la rescisión tiene lugar no por el estado de peligro o de necesidad, sino por la lesión de los intereses contractuales. Así se deduce de la *reductio ad equitatem*, que permite excluir la rescisión, aun concurriendo los supuestos de la misma, modificando en forma los intereses de las partes (19). La resolución refleja una ida análoga. Los textos legales que la regulan se refieren constantemente a la insatisfacción de los intereses. Su regulación inicial era válida, pero posteriormente surge la causa de la resolución, así la imposibilidad de la prestación (20).

(17) Díez-Picazo, loc. cit., pág. 827, destaca cómo la distinción entre ineficacia absoluta y relativa no hace referencia al mecanismo de la ineficacia, ni al momento en que se produce, sino al círculo de intereses afectados por ella, su argumentación no coincide con la comentada.

(18) Estos dos supuestos se incluyen claramente en la ineficacia funcional. Díez-Picazo, loc. cit., pág. 830. Puesto que esta distinción entre ineficacia estructural y funcional se acoge por nuestra doctrina más valiosa y al día. El problema que nos ocupa, y aquí radica la novedad—inédita en nuestra doctrina—de la tesis de Lucarelli, estriba en transponer la anulabilidad por vicios del consentimiento de la ineficacia estructural, como está generalmente admitido, a la funcional.

(19) El artículo 1.294 del Código civil mantiene una postura similar.

(20) El artículo 1.124 concede la resolución al «perjudicado». No obstante, la jurisprudencia (12 de junio de 1944 y 10 de marzo de 1950) declara que si se

El tratamiento de la incidentalidad refleja también sus analogías con el visto para la anulación. Rescisión y resolución son también supuestos de última *ratio*, que pueden salvarse, ofreciendo modificar el contenido del contrato. El artículo 1.455 no admite la resolución si el incumplimiento tiene escasa relevancia para el interés de la contraparte. También la imposibilidad parcial puede salvarse mediante una reducción que restablezca el equilibrio pretendido.

El interés no patrimonial juega con analogía en los supuestos de anulabilidad, rescisión o resolución. Los contratos en condiciones inicuas se pueden rescindir, y entre estas condiciones se incluyen razones no patrimoniales. El incumplimiento parcial dará lugar o no a la resolución, según el interés de los contratantes, y este interés no será meramente económico, pues la reducción de la prestación afectará siempre en la misma forma al valor económico de la misma (21).

En suma, se destaca que la anulación no es una hipótesis de invalidez, sino su supuesto de ineficacia. Y para ello se pone de relieve la constante ligazón entre la misma y el interés de las partes contratantes. Desde que Ihering conceptuó al derecho subjetivo como un interés jurídicamente protegido, surgen continuamente conclusiones nuevas a partir de tal idea fecunda. Hoy no puede negarse que la temática del interés esté de moda. Las obras de Esser y Vehweg, de tan amplia difusión, giran en torno a ello. Entre nosotros, los estudios de Vallet y Cámara han interpretado nuestra legislación a la luz de los intereses en juego (22). Esta obra de Lucarelli se propone centrar el tema de la anulación de los contratos en el cuadro de los intereses de las

solicita el resarcimiento de daños, es necesario acreditar que éstos se hayan causado efectivamente, pues el incumplimiento, por sí solo, no basta para originarlos.

(21) La ejecución parcial de la obligación no excluye el ejercicio de la acción resolutoria, porque en el artículo 1.124 del Código civil no se distingue entre inejecución total o parcial.

(22) Esta teoría del interés ha informado toda la moderna orientación que considera a la propiedad como función social. Esta filiación doctrinal ha sido destacada por CATALINO IRTI, en su obra *El interés en la propiedad*, citado por BALLARÍN en su *Derecho Agrario*. Lucarelli argumenta bajo el peso de la teoría del interés. El la hace recaer sobre los intereses perjudicados de las partes contratantes. Pudiera también contemplarse en función del interés de la seguridad del tráfico, si bien la consideración a los primeros encierra una fórmula de tutela para el último.

partes. Las conclusiones prácticas de tal construcción dogmática pueden ser más justas que las obtenidas con una concepción voluntarista. Y más actuales, ya que en la materia contractual, el poner de relieve el interés de las partes, frente a su mera voluntad, es destacar el valor social frente al individual.

CARLOS HUIDOBRO.

VERRUCOLI, Piero: *Il superamento della personalità giuridica delle società di capitali*. «Nella Common Law e nella Civil Law».—Un volumen de 204 páginas. Giuffrè Editore. Milano, 1964.

El Derecho civil, doctrinal y científico, heredero de las mejores tradiciones jurídicas de Roma, mostró siempre un cierto desdén por el *Common Law* anglosajón. Sin embargo, hoy puede observarse una fuerte corriente aproximativa. Sería difícil deslindar lo que hay de favorable o de peligroso en estos transvases jurídicos. Pero aquí nos basta con denunciar este fenómeno. Que por lo demás no puede extrañarnos. Nuestro idioma se ha visto invadido por gerundios sajones, *marketing, camping, planning, standing...* En Francia, Etienne ha escrito sobre esta nueva lengua: «El franglais» (1). Y los fenómenos culturales no presentan compartimentos estancos. El actual influjo del *Common Law* sobre nuestro Derecho civil obedece a determinantes históricas. Este libro de Verrucoli interesa por el cuidadoso paralelo que establece entre ambas tendencias jurídicas en torno a la personalidad de las compañías mercantiles.

La sociedad de capital ha degenerado hoy en supuestos anómalos, en los que tan sólo subsiste su estructura formal. La sociedad en una sola mano, la sociedad de control, la de etiqueta... Una serie de teorías tratan de superar esta dificultad. Se piensa que las relaciones jurídicas se deben imputar a quien realmente afectan más allá de las estructuras puramente formales. En parecido sentido se orienta la teoría de la soberanía de Hausman y Mozza, la del *disregard, lifting the corporate veil*.

Buscando una razón que justifique estas fórmulas superativas

(1) ETIENNE: *Parlez-vous franglais*. Gallimard. Collections idées.

de la personalidad jurídica, no es posible hallarla en las distintas posiciones doctrinales sobre la naturaleza de la personalidad moral. La teoría normativa, a la que luego aludiremos, elude el problema. Las demás, ya las realistas, ya las de la ficción, reconocen una cierta realidad a la persona jurídica. No es posible así encontrar una justificación ontológica al *disregard*. Sólo puede hablarse de una justificación histórica. La personalidad jurídica surgió como un privilegio y hoy se mantiene con ese mismo carácter privilegiado. Le interesa al ordenamiento jurídico mantener una tutela escrupulosa para que ese privilegio no se resuelva en **daño**.

I. La primera parte de esta obra se detiene con minuciosidad en el estudio del significado histórico de la personalidad jurídica en la sociedad de capital.

A) En Roma, cada corporación para surgir a la vida pública precisa de una *lex specialis* que le confiere, hasta cierto punto, su personalidad jurídica con carácter privilegiado.

Si el Derecho canónico elabora la doctrina de la persona *ficta*, el influjo de ella se contrapesa con la idea teológica del cuerpo místico. Se llega a admitir que la personalidad jurídica puede adquirirse por *usucapion*. Si todo esto nos aleja de la teoría del privilegio, no hay que olvidar que el reconocimiento, por el poder secular, de las personas jurídicas eclesiales, tiene un carácter marcadamente privilegiado.

B) En Inglaterra, la personalidad jurídica de las primitivas compañías de ultramar, ejemplo más remoto de sociedades de capital, se lograba a través del privilegio real de la *incorporation*; no obstante, se reconoce excepcionalmente la adquisición de personalidad *by prescripción*. De otra parte, las *incorporated companies* podían adquirir el beneficio de la *incorporation* a través de la fórmula indirecta de adquirir su *charter* social a una compañía en trance de liquidación. La *Bubble Act* prohíbe esta práctica abusiva.

Al acudir a fórmulas elusivas nuevas, así modificar el objeto y naturaleza de una compañía preexistente, y al reconocerse personalidad procesal a las *unincorporated companies*, la *Bubble Act* deviene letra muerta, hasta su derogación en 1825.

El sistema normativo es introducido por Gladstone en 1844; la personalidad jurídica de la sociedad se logra a través de la registración del *deed of settlement*.

Desde el punto de vista doctrinal, es característica la postura de Gower. La personalidad es creación del derecho, tanto la física como la jurídica. El carácter privilegiado de esta última es cierto que se atenúa con el sistema normativo. Pero no hay que olvidar que éste, a su juicio, implica la atribución por la Ley, pero caso por caso, de la personalidad jurídica a las distintas compañías que amparadas en su preceptiva se crean.

C) En Estados Unidos se destaca, en primer lugar, la rapidez con que se implantó el sistema normativo. En el Estado de Nueva York, en 1811, se reconoce *the privilege of self-incorporation*, bastando tan sólo la registración de la *charter* en el registro estatal. Es cierto que en tal régimen la *charter of incorporation* no regula los requisitos y funcionamiento de la compañía, queda ello sometido a la norma general, pero no se borra por eso el carácter privilegiado, aunque normativo y no discrecional, de la *incorporation*.

Junto a las sociedades legalmente constituidas, se puede hablar de la *corporation* «de facto» o *by estoppel*. Las primeras, aquellas que reúnen los requisitos precisos para que la Ley las reconociera como tales y que en alguna medida han intentado la *incorporation*. Las segundas, las que no reuniendo las condiciones exigidas para ser *incorporated companies*, pueden ser consideradas como tales, porque actúan como sociedades y denegarles la personalidad implicaría llegar a una solución injusta.

Taylor destacó cómo así la compañía mercantil no es una *legal person*, sino una abstracción *materialized in a name*, una simple *legal united*. Esta superación de todo conceptualismo jurídico ha facilitado extraordinariamente la aplicación de la tesis del *disregard*. La persona jurídica es un centro de imputación, pero con una entidad meramente relativa.

Una aportación muy valiosa de la doctrina jurídica americana ha consistido en su acabado estudio de la naturaleza jurídica de la *incorporation*. A juicio de Taylor, implica un contrato que la compañía estipula con el Estado. Pero resulta difícil cohonestar

esta postura con la posibilidad de alterar unilateralmente las condiciones de la misma, bien por la compañía, variando sus estatutos, bien por el estado, por un cambio legal. Ballantine ve en la *incorporation* un privilegio, una franquicia, no revocable, excepto en el caso de utilización abusiva de la personalidad jurídica. Stevens destaca la relatividad de la *incorporation*; es cierto que en general cabe hablar de propiedad corporativa, de obligaciones y derechos de la corporación. Pero en los casos de abuso o fraude, hay que profundizar en la realidad y contemplar frontalmente a los miembros que la integran. Hay que destacar así la realidad frente a una substantividad corporativa que puede desecharse cuando desaparecen las razones que justifican su reconocimiento.

D) Frente a esta evolución del *Common Law*, destaca Verrucoli el paralelo proceso del *Civil Law* en el continente europeo.

En un principio, la personalidad jurídica de las compañías no surge, sino a través del reconocimiento especial. El poder real la confiere a través de la fórmula privilegiada y discrecional del *octroi*.

Si en esta fase, persona jurídica y privilegio marchan unidos, lo mismo debe predicarse de la etapa comenzada en Francia en 1807. Se exige a partir de tal fecha autorización administrativa para que la sociedad merezca su personalidad.

El problema aparece en sus términos actuales a partir de 1867, al implantarse el sistema normativo. En el fondo encierra un problema jurídico la substantividad de los grupos sociales frente al poder absorbente del estado. Despax ha podido hablar de la defensa hecha por gran parte de la doctrina del derecho natural a la personalidad jurídica. La jurisprudencia francesa resaltó en más de una ocasión que la persona jurídica es una simple creación de la Ley.

Pero de otra parte se viene a considerar que tanto los actos específicos de reconocimiento como el reconocimiento implícito, o la regulación normativa a efectos de atribuir la personalidad jurídica a las compañías mercantiles, ofrecen una analogía sustancial. Todas ellas son técnicas e instrumentos similares, aunque diversos, para atribuir el privilegio de la individualidad distinta a una organización colectiva.

Se viene así a destacar, congruentemente con la trayectoria histórica, que en el derecho actual, la personalidad jurídica es aún un privilegio que el estado confiere. Con el mismo carácter privilegiado, autónomamente, el ordenamiento jurídico puede conferir en la misma línea el beneficio de la responsabilidad limitada.

Este carácter privilegiado explica lo absurdo de que el derecho cree personas jurídicas en contradicción a sus fines peculiares o al ordenamiento general. En ello se encuentra la razón de ciertas medidas represivas, previstas en la legislación italiana, que establecen la responsabilidad ilimitada de los accionistas. En otros ordenamientos se prefiere acudir a técnicas diversas. Así, revocar el reconocimiento legal que le confirió la personalidad jurídica. O desconocer a esta última. O imponer su liquidación forzosa.

E) Pero en el cuadro marcadamente dogmático del *Civil Law*, es preciso confrontar estas ideas con las distintas posturas doctrinales.

La tesis normativa de Kelsen concibió a la persona jurídica de forma peculiar. Existen en ella un dato real, prenormativo. Pero la personalidad jurídica estriba en el tratamiento *sub specie societatis* de las relaciones individuales que constituyen su *substratum*. La personalidad de la sociedad no es más que una fórmula cómoda para expresar sintéticamente una suma de relaciones que, en realidad, recaen sobre las personas físicas que se sirven de tal fórmula. Esta es la tesis defendida por Ascarelli. No hay que destacar que con esta doctrina se hace innecesaria la superación de la personalidad jurídica en los supuestos límites, ya que se niega la tradicional distinción subjetiva entre la sociedad y los socios.

D'Alessandro ve también en la personalidad jurídica un concepto instrumental, un *nomen iuris*, una fórmula práctica, «un símbolo incompleto», pero a la vez destaca el carácter real de la misma en cuanto centro de imputación de relaciones jurídicas. Es preciso tener en cuenta que la limitación de la responsabilidad o la previa excusión se dan con relación no a la sociedad, sino en último termino a los socios. Ello implica la existencia de un sujeto de imputación que no es otro que la persona jurídica. Podría decirse que ésta, en relación a los socios, actúa de pantalla.

Así se pone de relieve que la personalidad jurídica no es ni una realidad natural, ni una ficción de la realidad, sino una realidad jurídica. En consecuencia, su carácter real no debe ser exagerado en perjuicio de los intereses del ordenamiento.

En los países de *Civil Law* todo esto no ha sido reconocido con la suficiente claridad y la superación de la personalidad jurídica se va abriendo paso con dificultad, debido al menor desarrollo económico de los mismos y al fuerte dogmatismo de su derecho. Ello explica las discusiones en torno al valor declarativo, confirmativo o constitutivo del reconocimiento de la personalidad jurídica en la sociedad comercial. Pero no cabe olvidar que tal personificación, antes y ahora, encierra el otorgamiento de un privilegio.

Un privilegio que consiste en la consideración jurídica de la actividad unitaria de un grupo dotado de cierta autonomía. El poder central reconoce tal valor unitario en todo caso. Discrecionalmente en el estado absoluto. Normativamente en los regímenes de derecho. Pero en todo caso, la personalidad jurídica es creación suya.

Con las peculiaridades citadas, la analogía de fondo entre el *Common Law* y el *Civil Law* en esta materia es patente.

II. La segunda parte de la obra se ocupa de los distintos aspectos y problemas de la superación de la personalidad jurídica.

A) En Inglaterra, el influjo ejercido por el *case Salomon v. Salomon and Co.* supuso una seria dificultad para acoger la tesis de la superación de la personalidad jurídica. La Cámara de los Lores mantuvo la realidad de la compañía, aun cuando el control de la misma lo detentaba una sola persona. En la misma línea se pronuncia en 1948 la *Consolidating Companies Act*.

Pese a estos obstáculos jurisprudenciales y legales, hay muestras de tal superación.

Las leyes en más de un caso prescinden de la personalidad jurídica aparente. Así, las disposiciones fiscales sobre el *Income Tax* y sobre el impuesto de sociedades *one man*, con menos miembros de los exigidos por las leyes, los socios responden de las deudas de la compañía si tienen conocimiento de tal circunstancia

y transcurre un cierto plazo sin reintegrar el número de socios preciso. Si de la personalidad jurídica se derivan consecuencias fraudulentas, entendiendo el fraude en sentido lato como deshonestidad comercial, tanto los administradores sociales como los socios responderán de las obligaciones de la compañía. En las delicadas relaciones de la sociedad *holding* también se muestra la superación. La sociedad subsidiaria no podrá adquirir participaciones sociales de la *holding* para no incurrir en la prohibición de comprar las acciones propias. Será preceptivo que la sociedad subsidiaria presente en la junta de la *holding* sus balances peculiares.

La jurisprudencia, tratando de elaborar una tesis explicativa de esta superación, ha acudido a dos figuras típicamente inglesas, la teoría del *trustee* y la figura del *agent*.

B) En Estados Unidos no hay problemas conceptuales para aplicar la tesis del *disregard*. La cuestión estriba en fijar los límites que encuadren los casos en que es posible la superación. El autor nos ofrece la clasificación de *Hornstein*.

a) En los casos en que una sociedad lícita afecta en su actuación los intereses nacionales.

b) Si una compañía tiene actividades que afectan las normas *antitrust*, o, en general, la *policy mercantil*. O procura la evasión fiscal.

c) Cuando la compañía se utiliza para la *perpetration of fraud*. Valiéndose de la *corporative capacity* para lograr algo vetado a la *individual capacity*.

d) Si la limitación de responsabilidad resulta *inequity*. Bien por inadecuación entre el capital social y la empresa de la compañía. O en la sociedad *holding*, responsable de las deudas de la *subsidiary*, constituyendo el total de ellas una *larger enterprise*. O en la *one man company*.

e) Si la superación se precisa para evitar un daño a los accionistas o a un tercero.

f) Para evitar la opresión corporativa de un socio o de la entera minoría por la mayoría.

g) En distintas hipótesis procesales. Emplazar a la sociedad subsidiaria implica el emplazamiento de la *holding*. Lo mismo

debe entenderse respecto de la cosa juzgada, pronunciada respecto de la sociedad en cuanto al accionista único.

Todos estos casos implican, hasta cierto punto, un abuso del derecho privilegiado a la personalidad jurídica. Las razones doctrinales que en estos distintos supuestos justifican la superación, la *enterprise entity*, la relación entre sociedad *parent* y *subsidiary*, significan una invocación directa a la realidad económica más allá de la jurídica.

C) En el Derecho continental no faltan muestras legales de tal superación.

a) En la legislación tributaria alemana. Con la norma interpretativa peculiar del Derecho fiscal, que impone contemplar la realidad económica de la empresa. Y con aquella otra, que afirma que las obligaciones tributarias no pueden eludirse con el abuso de los esquemas y las formas civiles.

b) En Francia, una Ley de 1935, modificativa del C. de C. Extiende la quiebra de la sociedad al verdadero *maitre de l'affaire*. Auténtico interesado en los negocios que provocaron la declaración de quiebra.

c) Conforme al artículo 2.362 del *Codize*, en la sociedad unipersonal responde, limitada y personalmente de las deudas, el socio único, respecto de aquellas obligaciones contraídas en el plazo en que la compañía no tuviere sino un solo socio.

d) En Alemania, en los supuestos *Konzern*, el consejo de vigilancia deberá estar integrado en las sociedades subsidiarias, no sólo por trabajadores de las mismas, sino también de la sociedad dominante.

e) En aquellos casos en que el Derecho alemán considera como práctica restrictiva de la competencia un acuerdo entre comerciantes o compañías mercantiles, se considerará igualmente sancionable el mismo acuerdo, adoptado, no en forma contractual, sino en junta general de una sociedad en la que ambos comerciantes o compañías fueren socios.

D) En el marco extremadamente conceptual del *Civil Law*, tienen una gran importancia las construcciones doctrinales que tra-

tan de explicar el fundamento de la superación de la personalidad jurídica.

Se pueden considerar ya desechadas algunas de ellas. Así, la teoría de la soberanía de Haussman. La de la simulación de Mes-sineo, que considera que en el caso de las sociedades *holding* hay un ficticio desdoblamiento simulado de la propia subjetividad jurídica. Igual consideración merecen las tesis de la sociedad interpuesta y de la apariencia jurídica.

Hoy se siguen otras tendencias. Se habla de la personalidad jurídica del grupo. Y de la realidad de la empresa; así, Despax. Se contraponen el sujeto de derecho formal y el sujeto de derecho real. Igualmente se diferencian, en la doctrina francesa, la personalidad moral y la jurídica. Y es posible que en ciertos casos dos sociedades tengan diversa personalidad jurídica, identificándose en su personalidad moral.

Bigiavi ha mantenido con resonancia la teoría del empresario oculto. Las consecuencias jurídicas de la compañía aparente le llegan a afectar al titular real del negocio.

Otros, como Libonati y Ascarelli, ven la existencia de una sociedad de hecho entre las personas realmente responsables de la vida social que se supera.

Serick entiende que en los casos de superación se observa un abuso de la forma externa de la personalidad jurídica. Se puede llegar al substrato de la misma si se abusa de su esquema. Bien en fraude de Ley, violando un contrato estipulado por la sociedad, o en los supuestos de aplicación a la persona jurídica de leyes difíciles de acomodar a la personalidad moral.

III. Tras este minucioso estudio comparado, Verrucoli sienta algunas conclusiones.

Puesta en evidencia la relatividad de la persona jurídica, es posible superarla en distintos supuestos, para amparar los intereses del Estado, en particular los fiscales. En represión del fraude de Ley; en defensa del fraude contractual; amparándose los intereses de tercero; en protección de los intereses de los socios *uti singuli*.

En Estados Unidos, la superación es puramente empírica, con una orientación ontológica que mira a la realidad. En Gran Bre-

taña, las soluciones son similares, si bien tratan de hallarse teorías doctrinales que expliquen la superación, invocando la figura de la *agency* o del *trust*. El amplio prejuicio teorizante de que adolece el *Civil Law*, explica el florecer de tesis justificativas del fenómeno de la superación. El empresario oculto, la sociedad de hecho, etc.

La razón última de que en ciertos casos se supere la personalidad jurídica estriba en que la personalidad jurídica es una concesión legal, obtenida, no en forma incondicionada, sino revocable, en los supuestos en que se causa o se sufre perjuicio.

El tradicional legalismo del Derecho continental haría aconsejable que se dictaran leyes especiales con miras a la superación de la personalidad jurídica. Si bien no cabe ignorar que, dado el dinamismo plástico de esta materia, las normas legales nacerán ya envejecidas.

IV. No resistimos la tentación, aun a riesgo de alargarnos con exceso, de citar aquí algunas afirmaciones de nuestra doctrina, que ponen en entredicho algunas de las tesis de Verrucoli.

El carácter privilegiado de la personalidad jurídica en el Derecho histórico no aparece tan indiscutible como se mantiene en el texto. De Castro (2) cita a Bartolo, para quien la *aprobatio superioris* no era necesaria en aquellos casos en que había una *aprobatio de ius gentium*. Esto demuestra que en alguna medida se pensó en el carácter espontáneo y natural, no privilegiado, de la personalidad jurídica. De otra, los *loca pia*, análogos a nuestras fundaciones, no requerían para su erección el permiso de las autoridades civiles o eclesiásticas (3).

No resulta tampoco tan claro, según argumenta Puig Brutau, que el Derecho anglosajón mantenga el carácter privilegiado de la creación de la personalidad jurídica. Ya que admite las *corporations* «de facto» y aplica en estos casos el concepto de *estoppel*. El relativo reconocimiento de una subjetividad en estos casos con-

(2) *Formación y deformación del concepto de persona jurídica*. Publicaciones del Centenario de la Ley del Notariado, secc. III, vol. I, pág. 30.

(3) Loc. ul. cit., pág. 34.

tradice el carácter privilegiado de la personalidad, aunque mantengamos la *incorporation* como privilegio estricto (4).

El paralelismo que Verrucoli pretende establecer entre el sistema histórico de la concesión y el actual normativo, manteniendo ambos en el plano del privilegio, tiene entre nosotros contradictores. Así, De Castro: «La figura de la sociedad anónima aparece en la historia del Derecho *abrupte*, repentinamente, sin antecedentes ni justificación jurídica. Los mercantilistas se han esforzado en encontrarle una genealogía y las derivan de las sociedades por acciones nacidas en distintos países por concesión real; pero se descuida marcar su esencial diferencia con éstas, caracterizadas por su naturaleza de *societates publicae*» (5). Es cierto que Sáinz de Andino mantuvo que: «Las sociedades anónimas tienen un sistema constitutivo excepcional que no guarda conformidad con las disposiciones generales del Derecho común, equivalentes a un privilegio» (6). Pero se refirió al sistema prenormativo del Código de 1829, y más bien se trata de un privilegio de clase que de la noción estricta del mismo. Considerado como «disposición jurídica creadora de modo inmediato de una situación jurídica concreta» (7). Es muy dudoso que esta noción precisa de privilegio se pudiera aplicar al sistema de autorización judicial del Código de 1829, e indiscutiblemente resulta contradictoria con el normativismo actual.

El valor autónomo y natural de la personalidad jurídica se apuntó ya en el Congreso Jurídico de Madrid de 1882: «La persona social tiene un origen independiente del Estado». Y parece transparentarse en el fondo de la postura del propio De Castro, defendiendo a la personalidad jurídica frente a recientes ataques (8). Y en la prudencia de Polo, al sostener que la personalidad jurídica sólo debe ser superada en casos excepcionales, a fin de que se garantice la seguridad del Derecho (9).

(4) *Comentarios del traductor a la versión española de la obra de Rolf Serick, «Apariencia y realidad en las sociedades mercantiles»*, págs. 310 y sigs.

(5) *La Sociedad Anónima y la deformación del concepto de persona jurídica*. «Anuario de Derecho Civil», 1949, pág. 1.399.

(6) RUBIO: Sáinz de Andino y la Codificación Mercantil, 1950. pág. 224.

(7) DE CASTRO: *Derecho Civil de España*, tomo I, pág. 104.

(8) *Ofensiva contra el concepto de persona jurídica*. «Anuario de Derecho Civil», 1961, págs. 43 y sigs.

(9) Prólogo a la traducción española de la obra de Serick, ya citada.

V. Paradójicamente, esta obra de Verrucoli, con una gran documentación empírica, nos proporciona una nueva razón teórica a la hora de explicar la superación de la personalidad jurídica.

En resumen, un estudio de tesis. Original y valioso, aunque discutible. El panorama comparado que nos ofrece nos interesa tanto o más que sus conclusiones. La doctrina española es una de las más avanzadas en este punto. Su resonancia es muy amplia (10). No puede decirse lo mismo de nuestra legislación y nuestra jurisprudencia. De aquí el interés de la obra que comentamos. El ejemplo del *Common Law* nos puede resultar valioso en este punto.

CARLOS HUIDOBRO.

(10) F. D. C.: *Ofensiva contra el concepto de la persona jurídica*, antes citada, pág. 944, nota 4, alude a cómo Serick, en un trabajo de 1959, recoge la opinión, moderada y cauta, de Antonio Polo, a que antes nos referimos. Citando con extensión, como ejemplares, unas frases del profesor de Barcelona.