

Scritti Minori de Antonio Cicu.—Tres tomos, con introducción de Francesco Messineo.—A. Giuffrè, editor.—Milán 1965.

Se recopilan en estos tres volúmenes una serie de monografías, conferencias y trabajos, a los que sobre todo, por razón de su número, pues superan el centenar, se les conoce bajo el nombre de «Escritos Menores de Antonio Cicu». Estos, sirven para darnos una medida adecuada de la riqueza y variedad de sus aportaciones, especialmente en las dos ramas del Derecho Civil relativas a la Familia y a las Sucesiones.

Es de estricta obligación al hablar de su obra, señala MESSINEO, mencionar sobre todo la impresionante tarea de transmutación—no intentada antes—respecto al Derecho de Familia. Así el volumen I recoge los trabajos acerca de: «Libertad y Derecho», 1.916; «La idea del deber y la idea del derecho», 1.921; «Concepción orgánica del Estado», 1.919; «Consideraciones sobre la estructura de la relación jurídica», 1.944; «Aquello que la Constitución no dice», 1.948-49; «Orientación sobre los problemas generales del Derecho», 1.950-51; «Derecho Natural vigente», 1.956; «Cómo llegué a la sistematización del Derecho de Familia», 1.952; «El espíritu del derecho familiar», 1.914; «El espíritu del derecho familiar en el nuevo Código civil», 1.939; «El derecho de familia en el Estado fascista», 1.940; «El concepto de “status”», 1.917; «Matrimonium seminarium reipublicae», 1.921; «El matrimonio y la familia en el Estado italiano», 1.933; «Sobre la indisolubilidad del matrimonio», 1.952; «El divorcio en España», 1933; «Recensión de la obra de Gastón Caby», «El principio de la indisolubilidad del matrimonio y la separación de cuerpos en el derecho italiano», 1.925; «El concepto jurídico del matrimonio y alguna de sus aplicaciones», 1.924; «De nuevo sobre la naturaleza jurídica del acto de celebración del matrimonio civil», 1.941; «Sobre el fundamento del llamado matrimonio putativo»,

1.952; «Acerca del tema de la responsabilidad civil por seducción con promesa de matrimonio», 1930; «Más sobre la responsabilidad por seducción con promesa de matrimonio», 1935; «Nulidad del matrimonio de los interdictados», 1.924; «Sobre el artículo 193, núm. 1 Código civil (1865)», 1.932; «Prueba del matrimonio», 1.928; «Sistema de comprobación de la filiación», 1.950; «Sobre la legitimidad del hijo nacido dentro de los ciento ochenta días de la celebración del matrimonio», 1.950; «Legitimidad del hijo nacido después de los trescientos días», 1.952; «Sobre la presunción de paternidad», 1.947; «Sobre la prueba contraria de paternidad en las acciones de reclamación», 1.927; «Impugnación de paternidad», 1.950; «Sobre el desconocimiento de la paternidad», 1.952; «Presunciones de concepción», 1.953; «Conflicto entre padres legítimos y padres naturales en cuanto a la patria potestad», 1.954; «Usufructo legal del padre», 1.953.

En los anteriores estudios destacan los enfoques referentes al carácter común del derecho subjetivo familiar y derecho subjetivo público, pues en ambos los intereses en juego no se hallan en oposición, sino que, por el contrario, constituyen una unidad basada en un interés superior, lo cual provoca como consecuencia, una fuerte atenuación o debilitamiento del principio de la autonomía de la voluntad; la aparición del concepto de «status» familiar como situación jurídica permanente de la persona; la preeminencia de la idea del deber sobre la del poder y la noción de deber-poder que domina el entero ámbito de la familia; la superioridad de los fines asignados a ésta, objeto de consideración no sólo de la moral, sino también de la ciencia política, por ser la familia el núcleo originario que idealmente desarrolla al Estado; la diferenciación del Derecho de Familia del Derecho Privado pasando a constituir un estado intermedio entre éste y el Derecho público.

Se incluyen igualmente en este volumen, algunos escritos menos conocidos que resuelven problemas de la Teoría General del Derecho, o en los que se alude a los fundamentos de la ciencia jurídica, elaborados por su autor con ocasión de discursos inaugurales, disputas académicas o polémicas de orden político.

En el volumen II se ahonda sobre los temas fundamentales de la filiación y de la adopción, a base de una serie de estudios monográficos que iluminan los numerosos aspectos del Derecho de Fa-

milia y, sobre todo, de la institución del matrimonio, cuyo carácter no contractual depende de la voluntad de los esposos, derivándose su eficacia de la Ley, que es la que determina la producción de sus efectos. Considerando que una cosa es la procreación como hecho natural y, otra la filiación como procreación dentro del matrimonio, Cicu justifica la diversidad de las condiciones jurídicas respecto a la prole nacida fuera de matrimonio, cuya peculiaridad consiste en depender del estado matrimonial de los padres, pues sólo cumpliéndose este trámite se convierte en familia legítima. La relación de filiación legítima da lugar a un particular «status», del cual participan dos sujetos que adquieren dos «status» complementarios entre ellos, el de padre y el de hijo; uno y otro quedan vinculados al cumplimiento de las finalidades que el Ordenamiento asigna a la familia, y que respecto al padre consisten en la ayuda, no sólo material, sino espiritual del hijo. Se reconoce además en el Ordenamiento, la relación de filiación natural que tiene por sujeto a la prole nacida fuera de matrimonio, que en algunos casos y por varios modos, puede entrar a formar parte de la familia legítima; esta filiación se circunscribe a las personas del generante y del generado, sin conexión alguna respecto a los demás componentes de la familia del primero, constituyendo así un vínculo menos estricto si se compara con el que nace de la familia legítima. El desarrollo de la filiación constituye pues, una de las materias donde se experimenta la fecundidad de la general configuración de las relaciones familiares que Cicu ha introducido con aportación totalmente original en la literatura jurídica italiana.

Bajo estas ideas, el volumen II desarrolla los siguientes trabajos: «El tema del reconocimiento y legitimación del hijo natural», 1.931; «Reconocimiento del hijo natural en el testamento destruido», 1.947; «Reconocimiento del hijo natural en testamento», 1.951; «Convivencia "more uxorio"», 1.951; «La acción de la paternidad natural y la convivencia "more uxorio"», 1.949; «Paternidad resultante del juicio de daños por seducción», 1.951; «Paternidad natural resultante de la posesión de estado», 1.951; «Reclamación de la paternidad natural», 1.951; «Término para la reclamación de la paternidad natural», 1.951; «Legitimación del hijo adulterino por subsiguiente matrimonio», 1.940; «Aplicabilidad del artículo 240 del

Código civil a la filiación legitimada», 1.953; «La acción de la paternidad en el proyecto de Bianca Bianchi», 1.951; «Primeras consideraciones sobre la respuesta al cuestionario sobre el tema de la filiación», 1.952; «Sobre la condición jurídica del hijo adulterino reconocido mediante decreto real», 1.940; «Adulterinidad resultante de la impugnación de paternidad», 1.952; «Adulterinidad de la prole del matrimonio anulado», 1.933; «Adopción de hijo legítimo», 1.947; «Anulación de la adopción por petición de las partes», 1.958; «Opinión "pro-veritate" en el tema de la adopción del hijo adulterino», 1.943; «Acción del Estado», 1.959; «Acción de rectificación de los actos del estado civil y acciones del Estado», 1.949; «En defensa de la posesión de estado», 1.950; «Sobre los delitos contra el estado de familia (declaración de filiación ilegítima del hijo nacido de mujer casada)», 1.934; «Denuncia del hijo de mujer casada como hijo ilegítimo», 1.950; «Más sobre el fundamento de la alteración del estado», 1.951; «La naturaleza jurídica de la obligación alimentaria entre cónyuges», 1.910; «Derecho a los alimentos entre cónyuges», 1.902; «Sobre el tema de la regulación consensual de la obligación alimentaria familiar», 1.926; «Sobre el derecho de alimentos de los hijos naturales», 1.926; «Sobre el derecho de alimentos de los hijos adulterinos e incestuosos», 1.911; «Invariabilidad de los alimentos atribuidos a los hijos adulterinos e incestuosos», 1.924.

El Derecho Sucesorio, que ofrece la especial dificultad de no poder llegarse en él a una consideración unitaria, como es posible a veces en el Derecho de Familia, se desarrolla por Cicu con una inmejorable técnica, partiendo del hecho de la desaparición de un sujeto jurídico y de la necesidad de proveer a la regulación de sus relaciones de orden patrimonial. La transmisión de los bienes del causante al sucesor constituye uno de los modos de reafirmar la continuidad de la estirpe y un instrumento para la perpetuación de la actividad económica propia de aquél; este hecho hace desplegar la atención del autor hacia un conjunto de principios que regulan la suerte del patrimonio después de la muerte del titular, provocando su entera dedicación hacia esta rama del Derecho privado. Considera como tema fundamental de la herencia la sustitución del heredero en la posición jurídica del difunto y no el de la transmisión de bienes. Respecto al problema de si el cónyuge su-

pérsite es heredero o legatario, se muestra en contra de la corriente ortodoxa, partidaria de esta última posición. Estos y otros problemas, como el referente a la naturaleza jurídica de la aceptación con beneficio de inventario, los desarrolla en su Parte General del Derecho de Sucesiones y en numerosos estudios particulares recogidos en sus Escritos Menores, cuyo volumen tercero comprende: «La noción de heredero en el derecho italiano vigente», 1.927; «Sobre la institución de heredero condicional», 1.939; «Naturaleza jurídica de la vocación en el usufructo hereditario», 1.938; «Usufructo de la herencia», 1.950; «Usufructo del patrimonio», 1.955; «A propósito del usufructo del cónyuge supérstite», 1.953; «Sucesiones entre personas jurídicas», 1.956; «Desheredación y representación», 1.956; «Enajenación de bienes de herencia aceptada con beneficio de inventario sin autorización judicial», 1.954; «Acción individual en la liquidación por concurso», 1.955; «Renuncia a la herencia en forma contractual», 1.948; «Cuota de reserva y cuota de legítima», 1.947; «Sobre los derechos del legitimario preterido o lesionado en las disposiciones testamentarias», 1.947; «Sobre el artículo 60 de la Ley Notarial», 1.929; «Sitio de la firma del testamento ológrafo», 1.948; «Fecha falsa en el testamento ológrafo», 1.927; «Testamento conjunto», 1.948; «Testamento recíproco en actos separados», 1.937; «Nombramiento testamentario de administrador de los bienes hereditarios», 1.916; «Legado y liberalidad», 1.955; «Legado a cuenta o en sustitución de la legítima y usufructo del cónyuge supérstite», 1.952; «Legado en sustitución de la legítima y usufructo del cónyuge supérstite», 1.953; «La naturaleza declarativa de la división en el nuevo Código civil», 1.947; «Normas dadas por el testador para la división», 1.959; «Colación y deducción», 1.955; «La valoración del inmueble en la colación por imputación», 1.947; «La colación de las deudas», 1.909; «Problemas del Derecho Sucesorio», 1.961; «Sobre el tema de la donación a los entes eclesiásticos», 1.956; «Donación remuneratoria», 1.955; «Las automaticidades en el Derecho Privado», 1.901; «Simulación de sociedad mercantil», 1.936; «Hipoteca y presunción de fraude», 1.930; «Sobre el tema de la quiebra», 1.928; «Acuerdo entre el fallido y los terceros para la ejecución del concordato», 1.941; «Cuestiones sobre el tema de la revocabilidad de la restitución de la garantía», 1.942; «Obligación natural y cumplimiento de contrato nulo por falta de registra-

ción», 1.949; «La “usucapio libertatis” en el proyecto del nuevo Código», 1.940; «Drama judicial tragicómico en cinco actos y diecisiete escenas», 1.952.

Crisi ed evoluzione nel Diritto di proprietà, Giovanni Silvio Coco.—
Un tomo. Editado por A. Giuffrè. Milán, 1965.

El mayor interés de este sugestivo y brillante estudio radica en el detallado cuadro que ofrece acerca del nuevo perfil del Derecho de Propiedad, surgido como consecuencia del enfrentamiento de su clásico concepto con los nuevos componentes de la institución.

Se parte en él, de la idea de crisis en que se halla el concepto de la propiedad, cuyo fundamento y principio ordenador elaborado a lo largo de varios siglos de ilustres generaciones de juristas, ostenta una marcada derivación romanista y, de la decisiva influencia que dicho concepto ha experimentado a consecuencia de las múltiples revoluciones políticas, filosóficas y técnicas de nuestros tiempos que sobre él han incidido, provocando no sólo su crisis, sino en general la de los ideales y principios tradicionales que le informan. A esta crítica situación ha conducido también el exuberante desarrollo, que algunas instituciones como la propiedad, experimentan a consecuencia de una profusa elaboración legislativa, que por querer acoplarse a la tumultuosa evolución de la sociedad moderna, ha fluído y fluye desordenada y confusamente, superando los esquemas prefijados por la tradición jurídica con una lamentable falta de orden y coordinación, privando de armonía a la vida del derecho y haciendo surgir la necesidad de precisar la permanencia y actual validez de una serie de instituciones, entre las que destaca la de la propiedad.

En el concepto puramente doctrinal de la propiedad, se han reflejado de siempre las ideologías políticas, sociales, así como las presiones de los grupos de intereses que continuamente han intervenido sobre cualquier formulación del tema, con el fin de realzar que la disciplina del derecho de propiedad constituye el fundamento de la legislación económica—por la cual, a su vez, está condicionada—y que su problemática es demasiado compleja para poder

contenerse en un simple esquema. Sin embargo, la doctrina ha insistido siempre en la necesidad de ofrecer, de un lado, un exacto concepto del derecho de propiedad y precisar su estructura; de otro, mantener frente a la interferencia que por la multiplicidad de intereses en contraste con los del propietario, supone la propiedad, y ante las nuevas normas que alteran su originario perfil, la posibilidad de su delimitación a base de los caracteres de exterioridad, excepcionalidad y especificación, que permiten mantener su concepto individualista con un contenido normal.

En la fase preparatoria del Código de 1942, la cuestión relativa a la delimitación del contenido del derecho de propiedad, fué una de las más importantes, resolviéndose en el Código el problema referente a la función social de la propiedad, a base de eliminar de la definición toda referencia a la función, que pasó a considerarse no como una obligación o carga de carácter general, sino como expresión comprensiva de las especiales obligaciones que por disposiciones particulares de la Ley se imponen al propietario. Desde el punto de vista formal, la más importante innovación del Código consistió en incluir en la definición de la propiedad la referencia no a ésta, sino al propietario, sustituyéndose la expresión «la propiedad es» por la de «el propietario tiene». A esta innovación ha atribuido la ciencia jurídica un doble significado político-social y técnico-jurídico; se ha querido acentuar el aspecto subjetivo más que el objetivo, reforzándose de este modo la posición del Estado, puesto que respecto al propietario las cosas permanecen como objeto del Derecho, determinándose ahora la extensión de éste de acuerdo con las facultades atribuidas al sujeto. El derecho de propiedad no se confiere al propietario como un conjunto de poderes y facultades de máxima extensión, ya que existen, por el contrario, una serie de restricciones y de limitaciones que no comprometen la existencia del derecho, que por su propia elasticidad pervive, aunque el titular se encuentre permanentemente desprovisto de alguna facultad. No obstante, esta posición plantea el problema de individualizar y describir el núcleo esencial del derecho de propiedad que represente el mínimo del contenido necesario, pasado el cual, el derecho pese a su elasticidad, dejará de existir.

Las normas del Código modeladas sobre la tradición romanista, limitan la propiedad atendiendo a las generales exigencias de la

comunidad social, al tiempo que consideran como ilícitos aquellos actos del propietario que constituyan invasiones en la esfera jurídica interna de la propiedad de otro, salvo que tales inmisiones no sean el resultado de necesidades naturales o sociales. Pero esta regla ya no es en la actualidad suficiente, pues una propiedad disciplinada únicamente en función de los posibles conflictos entre los diversos propietarios, tan sólo puede admitirse en aquellos ordenamientos en los que como el romano, el fenómeno económico de la producción permanece irrelevante para el derecho. En la experiencia jurídica de nuestros días ocurre precisamente lo contrario, siendo por ello necesario enfrentar el clásico concepto de la propiedad con los nuevos componentes de la institución, que al interferirse sobre el tronco tradicional de aquel derecho alteran profundamente su fisonomía; en este sentido examina Silvio Coco, las limitaciones derivadas del trabajo, contratos colectivos, empresa individual y gran empresa, monopolios, la legislación anti-monopolista de la Comunidad Europea y su reflejo sobre el concepto clásico de la propiedad, intervencionismo del Estado en materia económica, el intervencionismo y el derecho de propiedad.

El concepto tradicional de la propiedad encuadrado en el Código, recoge al derecho en su fase estática y en su aspecto externo. En esta perspectiva todos los intereses del propietario sobre la cosa están tutelados y, todos los poderes de goce, utilización y disfrute se consideran lícitos, de tal modo que el propietario puede realizar sobre la cosa todos los actos que no se encuentren prohibidos por un expreso precepto legal, debiendo asimismo los terceros abstenerse de todo acto que ocasione molestia o perturbación. Pero la regulación de la propiedad no puede limitarse a un aspecto estático, sino que habrá también de tenerse en cuenta el dinámico, que se caracteriza por un conjunto de nuevos componentes que exigen una diversa perspectiva y con ella la necesidad de verificar la idoneidad del modelo clásico.

La actuación de la función en su fase dinámica, incide pues sobre la actividad de utilización y disfrute de la cosa, legitimando la imposición de cualquier imperativo de hacer o de no hacer cuando se considere necesario, impidiendo así que de la satisfacción del interés exclusivo del propietario derive una restricción o limita-

ción de los derechos fundamentales del ciudadano, o bien con la finalidad de promover la utilidad social.

La doctrina evidenciando sustancialmente la doble operatividad de la función social ha admitido la necesidad de delinear una nueva dimensión en el derecho de propiedad, en la cual, la posición del sujeto se examina como actividad para la utilización y disfrute de la cosa en el cuadro de las relaciones con los demás concurrentes y en contraste con los intereses de los otros sujetos.

En conclusión, respecto al nuevo perfil del derecho de propiedad, no se puede proceder a la formulación de una teoría general de este derecho, aunque sí pueden deducirse los elementos útiles para comprender la efectiva importancia—excepción hecha del esquema tradicional—, de los múltiples elementos que confieren un nuevo semblante a la institución. La propiedad privada no es una entidad ontológica, una esencia con atributos propios que se deban conocer y sistematizar, sino un concepto bajo el cual se califica en materia jurídica la apropiación privada de los bienes, que no por ello extingue unitariamente a la disciplina. Por larga tradición, el común concepto de la propiedad ha aislado la posición del sujeto privado del complejo de relaciones humanas y sociales que aquélla implicaba, calificándolo como dominio absoluto, pleno, exclusivo, etc., que sólo se limitaba en lo externo por la protección del igual derecho de los otros sujetos; pero en la actualidad, la multiplicidad de los límites que de por sí son, en cierto sentido, connaturales a cada tipo de propiedad, han hecho surgir una evolución profunda en la estructura intrínseca de la institución, ya que es indudable que una alteración cuantitativa en esta esfera se traduce, hasta cierto punto, en una alteración cualitativa del derecho. Además los intereses del propietario no constituyen el objeto central de la protección y si únicamente un interés protegido en un complejo cuadro de intereses que con ellos contrastan. Se puede aún hablar de límites desde el ángulo del propietario, pero lo que no es posible es excluir la determinación de una dimensión nueva y anómala del derecho.

Si se permanece ligado al sistema tradicional es lógico que se hable de crisis, pero el nuevo principio que se va fatigosamente estableciendo, constituye con su peligrosísimo y relevantísimo aspecto negativo, la etapa de una evolución hacia un derecho más

justo y humano, en el que la base del Ordenamiento no se cimente sobre los intereses de una clase de propietarios, sino sobre la protección y cuidados que la conciencia moderna considera insustituibles en cada hombre.

EUGENIO FERNÁNDEZ CABALEIRO.

BROSETA PONT, Manuel: *La empresa, la unificación del Derecho de obligaciones y el Derecho Mercantil*.—Biblioteca Tecnos de Estudios Jurídicos. Madrid, 1965, 298 págs.

La obra del profesor Broseta, Catedrático de Derecho mercantil de la Universidad de Valencia, constituye un claro ejemplo de los frutos que pueden obtenerse cuando, huyendo de construcciones dogmáticas, se utiliza con el más limpio estilo jurídico el doble método histórico y de atenta observación de la realidad.

El autor, en efecto, examina en el primer capítulo de su obra el desenvolvimiento histórico del Derecho mercantil hasta el tiempo de la Codificación, poniendo de relieve los diversos factores económicos, políticos y sociales que determinaron el nacimiento del Derecho mercantil como el Derecho especial de los comerciantes en el ejercicio de su tráfico profesional y que condicionaron en cada momento histórico su posterior evolución.

Pero al propio tiempo examina la realidad estrictamente jurídica de la época, llamando la atención sobre la existencia de una jurisdicción especial para el comercio, a la que correspondía resolver sobre los litigios y los conflictos de intereses entre los comerciantes, nacidos de negocios o de relaciones mercantiles, porque esta doble limitación subjetiva y objetiva de la competencia delimitaba en cierta forma el ámbito o contenido del Derecho mercantil.

Con especial interés señala el autor la presencia en esta etapa de una «tendencia» generalizadora que, posteriormente, al crecer en intensidad, generará un proceso de objetivación. Ciertamente, el uso ocasional de instituciones mercantiles por personas no comerciantes determinaría una extensión de la competencia de la

jurisdicción especial, y al propio tiempo indirectamente una ampliación del ámbito y del contenido del Derecho mercantil.

En el capítulo II estudia el autor el Derecho mercantil como el Derecho de los actos de comercio, partiendo siempre de la estructura económica y político-social de la época, dominada por el nuevo espíritu capitalista y por la ideología liberal de la Revolución francesa.

Suele afirmarse que esta nueva concepción objetiva del Derecho mercantil aparece en el Código de comercio francés de 1807; pero el autor pone de relieve, a la vista de los artículos del «Code», que recoge en su versión original, que el «acto de comercio objetivo» nace en el «Code» exclusivamente como un recurso técnico para extender la competencia de los Tribunales de comercio sobre ciertos negocios e instituciones que se reputaban mercantiles, aunque sus autores no fueran comerciantes, y no excluye el carácter predominantemente subjetivo que el Derecho mercantil tuvo en sus orígenes y que el «Code» conserva.

Pero el fenómeno de la progresiva extensión o generalización del Derecho mercantil, mal interpretado por la doctrina posterior, llevó a una progresiva objetivación del Derecho mercantil, que se acusa en el Código de comercio alemán de 1861; en el italiano de 1882; con ciertas dudas, en el español de 1829; y, paladinamente, en el vigente de 1885. El acto objetivo en estos Códigos no aparece ya como criterio técnico para la atribución de la competencia, sino como criterio sustantivo para la delimitación de la materia mercantil. El error de estos Códigos radica en haber afirmado el carácter mercantil y especial de aquellas instituciones y principios «generalizados» cuando se habían convertido en generales o comunes, es decir, en civiles.

Los Códigos más recientes han vuelto sobre sus pasos. El Código de comercio alemán de 1897 retorna al sistema subjetivo al situar al comerciante en el centro del sistema y estimar mercantiles todos los actos o negocios que realice en el ejercicio de su actividad mercantil. Pero al propio tiempo, consumando en su recto sentido la tendencia generalizadora antes señalada, se recogen en el Código civil las normas e instituciones que, nacidas en el seno del Derecho mercantil, se han convertido en civiles por efecto de su generalización. También el Código civil italiano de 1942 re-

torna a un sistema subjetivo centrado sobre la figura del empresario, que viene a sustituir en el texto legal unificado a la persona del comerciante.

El posterior desarrollo de la revolución industrial y el intervencionismo estatal, cada vez más acusado, imprimen a las nuevas estructuras económicas y político-sociales una profunda transformación. La producción aislada, característica de la época anterior, va siendo progresivamente sustituida por la actividad mercantil e industrial en masa. El nuevo protagonista de esta actividad económica es la empresa, y los autores, atentos a esta nueva realidad, formulan las nuevas concepciones del Derecho mercantil, que identifican con el Ordenamiento propio de la actividad mercantil e industrial realizada en masa, y posteriormente con el Derecho propio de la empresa. Al estudio de estas nuevas concepciones dedica el autor el Capítulo III de la obra, en el que después de exponer las teorías de WIELAND y de MOSSA examina la recepción de esta teoría en los distintos Derechos europeos. Con relación al Derecho y a la doctrina alemana, advierte que aunque el HGB no se sirve de la empresa para delimitar y definir el contenido y el concepto del Derecho mercantil, la doctrina no deja de plantearse el problema, ya sea para aceptar o para negar la identificación propuesta, y en este sentido examina las aportaciones de J. VON GIERKE, SCHUMANN, EICHLER, MOLITOR, GIESEKE, KRAUSE, SCHÖNFELD y LEHMANN.

En el Derecho italiano la cuestión se plantea en términos diferentes, porque es en el Proyecto de Código de comercio de ASQUINI, redactado en 1940, y que después pasaría a ser, con importantes modificaciones, el libro V del Código civil de 1942, donde por vez primera penetra la nueva concepción. En el Código italiano, en efecto, se instaaura un tratamiento jurídico-privado unitario de la empresa entendida como fenómeno económico, tratamiento que sistemáticamente el propio Código reconoce que pertenece a varias disciplinas jurídicas. En él, además, se unifica legislativamente la teoría general de las obligaciones y el régimen jurídico de los diversos contratos de forma que desaparece el doble tratamiento civil y mercantil de alguno de ellos. Sobre esta base legislativa, la doctrina mayoritaria italiana admite la identificación del Derecho mercantil y del Derecho propio de la empresa, previa la distinción entre la «impresa»—actividad económica organizada—y la «azien-

da»—conjunto de bienes organizados para el ejercicio de aquella actividad—. De esta forma están afirmando, en definitiva, que el Derecho mercantil es el propio de la actividad profesional ejercida por el empresario por medio de una empresa («azienda»). Pero hay que advertir que en el régimen del Código italiano toda actividad empresarial no es mercantil. De ahí que para determinar el fundamento del Derecho mercantil el legislador italiano haya seguido un doble criterio: subjetivo, en cuanto que el centro del sistema parece retornar de nuevo al empresario, sujeto activo de una actividad; y objetivo, en cuanto que la actividad mercantil sólo son aquéllas que como mercantiles están objetivamente especificadas en el artículo 1.295 del Código. De gran interés para establecer estas conclusiones es el estudio que realiza el autor de las distintas posiciones de ASQUINI, ASCARELLI, GRECO, FRANCESCHELLI, FERRARA, GRAZIANI, GHIRON, FERRI, SALANDRA, MESSINEO, CASANOVA y BRACO.

Con relación al Derecho francés, resulta claro que la empresa está presente en el Ordenamiento jurídico en diversos campos o sectores del Derecho positivo, pero no se utiliza como criterio delimitador ni calificador del Derecho mercantil. Algunos autores, como ESCARRA, HOUIN, y TUNC y VAN RYN, con relación al Derecho belga, preconizan la identificación; otros, como RIPERT, HAMEL-LAGARDE y DESPAX la niegan. También sus distintas posiciones son examinadas en la obra.

Finalmente, estudia la recepción de la teoría en el Derecho y en la doctrina española. El sistema y el contenido del Código de comercio vigente permiten afirmar al autor que la empresa no es en él el centro del Derecho mercantil codificado. Cuestión distinta es que, independientemente de la orientación objetiva que se plasma en el artículo 2.º, el legislador no tuviera más remedio que recurrir constantemente a la presencia de un comerciante para calificar la mercantilidad de casi todos los contratos regulados en él. De otra parte, la presencia de la empresa se acusa en las Leyes fundamentales y en los textos positivos de carácter laboral, fiscal, administrativo, en la legislación económica de signo intervencionista, y hace también su irrupción en los propios textos de Derecho privado, como la Ley de arrendamientos urbanos y la de Hipoteca mobiliaria; también ha merecido la atención de nuestro Tribunal Supremo en cuanto es objeto de tráfico jurídico. Sobre

esta base legislativa la doctrina española ha estudiado la posibilidad de configurar el Derecho mercantil como el Derecho propio de la empresa, y en este sentido el autor pasa revista a las posiciones afirmativas de POLO, GARRIGUES, URÍA y GIRÓN TENA, y la de quienes niegan la posibilidad de identificación, como RUBIO, VICENTE y GELLA, LANGLE y, especialmente, la última posición del maestro GARRIGUES.

El último capítulo está dedicado a estudiar el fundamento y concepto del Derecho mercantil actual. Empieza el autor formulando la crítica de la teoría de la empresa para estudiar después el fenómeno de la unificación del Derecho privado y el contenido o ámbito de aplicación de nuestra disciplina sobre la realidad económica, como datos previos para la formulación del concepto.

En cuanto a la primera cuestión, la identificación del Derecho mercantil y del Derecho propio de la empresa se resiente de las dificultades mismas de averiguar qué es la empresa para cada autor que propone esta postura. El profesor BROSETA parte de un concepto económico de la empresa que configura como «organización de capital y trabajo destinada a la producción o mediación de bienes o servicios para el mercado», advirtiendo que el concepto jurídico ha de ser coincidente con el económico si no quiere hacerse una construcción de espaldas a la realidad, y ha de ser unitario para todas las disciplinas que inciden sobre ella, sin perjuicio de que, concurriendo en la empresa los más variados intereses cada una de estas disciplinas puedan regular sólo los aspectos que le son propios.

Pues bien, las distintas formulaciones de esta teoría pueden reducirse a tres; la que afirma sin más la identificación del Derecho mercantil y Derecho de la empresa; la que lo define como el Derecho de las empresas mercantiles y las que se fundan en un concepto jurídico de la empresa, distinto del económico. La primera teoría desconoce que sobre la empresa moderna concurren diversas disciplinas y ninguna de ellas puede alzarse como monopolizadora del régimen jurídico de la empresa; además, presupone que todas las empresas son mercantiles, lo cual no es exacto. La segunda teoría sólo se sustrae a esta última crítica, pero sigue siendo cierto que tampoco es mercantil «todo» el Derecho que

incide sobre las empresas mercantiles; además, obliga a dilucidar cuándo una empresa es mercantil, lo cual dependerá de la naturaleza y extensión de la actividad realizada; pero con todo ello resulta que el centro de gravedad se desplaza de la empresa al empresario, puesto que es de éste y no de aquélla de quien puede predicarse la actividad realizada. En cuanto a la tercera teoría, que parte de la consideración de la empresa como actividad económica organizada, insiste el autor en que metodológicamente es incorrecto construir un concepto jurídico de la empresa distinto del económico; además, se resuelve en un juego de palabras, porque, en definitiva, se está afirmando que el Derecho mercantil es el propio de la actividad económica organizada y profesionalmente realizada por el empresario, lo que, en principio, parece correcto, pero que excluye la posibilidad de que sea la empresa el fundamento o criterio esencial de la materia mercantil.

El problema de la unificación del Derecho privado, preocupa hondamente al autor y es quizá al que dedica las páginas más brillantes. En el curso de la obra ha puesto de relieve cómo la progresiva generalización de las instituciones mercantiles se produce por la injerencia de los no comerciantes en el tráfico mercantil y cómo se resuelve reputando mercantiles tales actos para someterlos al mismo Derecho y jurisdicción, independientemente de la persona que los realiza. Pero el fenómeno se acrecienta en los tiempos modernos y se comprueba por tres datos externos: la emigración de normas e instituciones nacidas en el Derecho mercantil hacia los Códigos civiles; la difusión del espíritu comercial y la progresiva postergación de los contratos civiles por los mercantiles. A la vista de este fenómeno, el autor estudia las diversas soluciones legislativas en el Derecho comparado, advirtiéndole que la unificación sólo se ha producido en Inglaterra por obra de la Jurisprudencia; en Suiza, con la promulgación del llamado «Code des Obligations», título V del Código civil suizo; y en Italia con la publicación del Código civil de 1942. Pero la unificación en el Derecho suizo es más formal que sustantiva porque subsisten contratos esencialmente mercantiles, y en otros, a pesar de tener un tratamiento unitario, existen preceptos especiales para regular las exigencias del tráfico mercantil; y en el Derecho italiano no es total, sino que sólo se ha realizado la

unificación del Derecho de obligaciones, subsistiendo un Derecho mercantil autónomo dentro del Derecho privado italiano. Esta es también la posición de la mayor parte de la doctrina, que señala la necesidad de unificar el Derecho de las obligaciones, suprimiendo la dicotomía contractual, que todavía consagra la mayoría de los sistemas legislativos y de reducir el ámbito de aplicación del Derecho mercantil, tal y como ha sucedido en el Derecho alemán, sin que todo ello suponga merma de la autonomía científica del Derecho mercantil dentro del Derecho privado.

En el Derecho español coexisten dos códigos distintos, dos teorías generales de las obligaciones, así como un doble tratamiento de ciertos contratos. Pero también en nuestro Derecho se ha acusado la generalización de las instituciones mercantiles; así lo revela la inclusión en el Código civil de los párrafos 2.º y 3.º del artículo 1.170, del artículo 1.448, 464, etc.; la postergación de ciertos contratos civiles por sus homónimos mercantiles; incluso en algunos casos la generalización se produce en el propio Ordenamiento mercantil, como sucede en el artículo 325 del C. de c., y en los artículos 3.º de las leyes de sociedades anónimas y de responsabilidad limitada. Por lo demás, en nuestra realidad social se han producido todos los fenómenos de utilización por no comerciantes de instituciones que nacieron como mercantiles, caso del cheque, de la letra de cambio, del recurso al crédito, de la extensión a la agricultura de formas y métodos de actuación propios de las actividades mercantiles e industriales. Todo ello hace pensar al autor en la conveniencia de extender a nuestro Derecho privado la unificación de la teoría general de las obligaciones y de ciertos contratos regulados por partida doble en nuestros Códigos civil y de comercio.

De gran interés son las consideraciones críticas del fenómeno expuesto, en donde el autor se pregunta si debe unificarse totalmente el Derecho privado, con la consiguiente pérdida de autonomía del Derecho mercantil. Para resolver la cuestión, el autor estudia la repercusión del fenómeno en el estatuto profesional del empresario; en los contratos estipulados entre empresarios, entre un empresario y quien no lo es y, finalmente, entre quienes no poseen la condición de empresarios; en la teoría general de las obligaciones mercantiles; en ciertas instituciones mercantiles que,

como la letra de cambio y las operaciones bursátiles, se han «generalizado» totalmente; y en el espíritu de lucro, que habiendo sido exclusivo de la profesión mercantil se ha extendido a todas las clases sociales. El autor, después de un detenido estudio, llega a las siguientes conclusiones: 1.^a Que los fenómenos estudiados no producen la unificación total y sustancial del Derecho privado. 2.^a Que, por el contrario, aquellos fenómenos han producido en unos países legislativamente y en otros de «facto» la unificación parcial, es decir, la del Derecho privado de las obligaciones con una doble consecuencia: la supresión del tratamiento dualista de la teoría general de las obligaciones y de ciertos contratos en particular. 3.^a Que por virtud de la reducción operada, el ámbito de la nueva materia mercantil resultante se define, delimita y estructura en torno a tres criterios: el empresario, la empresa y la actividad mercantil. 4.^a Que por las razones expuestas, el Derecho mercantil continúa siendo, junto al civil, una rama autónoma del Derecho privado. Su especialidad se determina en función de la materia que comprende. 5.^a Que debe mantenerse la dualidad de Códigos.

Establecidas estas conclusiones, estudia la figura del empresario, de la empresa y de la actividad desarrollada, por cuanto es en torno a estos elementos como se define y estructura la materia mercantil, deteniéndose en el examen de los problemas que suscita la calificación como empresario mercantil del pequeño empresario, del empresario agrícola, de los entes de Derecho público que realizan actividades mercantiles e industriales y de los profesionales que mediante una compleja organización ejercitan una profesión liberal.

Este estudio le sirve al autor para determinar el contenido del Derecho mercantil actual. Por la presencia del empresario forma parte del Derecho mercantil: a) Las normas especiales en materia de capacidad para el ejercicio de actividades reputadas mercantiles; b) la obligación de inscripción en el Registro mercantil; c) el deber de llevar la contabilidad como obligación profesional; d) las normas que establecen un procedimiento especial para las situaciones de insolvencia del empresario; e) el Derecho a ejercitar libremente las diferentes actividades mercantiles, siquiera este derecho no debe estar contenido en los Códigos de De-

recho privado, sino en las normas de rango constitucional. Con relación a la empresa, pertenecen al Derecho mercantil las normas destinadas a mantener su organicidad y su unidad económica cuando ésta es objeto de tráfico jurídico. Desde la perspectiva de la actividad realizada por medio de una empresa forman parte del contenido del Derecho mercantil: 1) La regulación de los aspectos estrictamente mercantiles del régimen de los auxiliares del empresario; 2) la teoría de los signos distintivos, especialmente del nombre comercial y de las marcas; 3) la teoría y la regulación de la competencia ilícita entendida en sentido amplio; 4) la regulación legal y contractual de las llamadas, quizá impropriamente, «uniones de empresas» en cuanto suelen estar dirigidas a disciplinar su actividad económica en un sector determinado de la producción o distribución; 5) la regulación de ciertos instrumentos que son necesarios para el ejercicio de esta actividad, tales como los títulos valores y especialmente el cheque, la carta de porte y el conocimiento de embarque; 6) los contratos a través de los que se realiza la actividad externa de los empresarios mercantiles.

A la vista de este contenido puede ya formular el concepto del Derecho mercantil, que define como «aquella parte del Ordenamiento privado que regula a los empresarios mercantiles y su estatuto, así como a la actividad externa que aquellos desarrollan por medio de una empresa». Por tanto, el Derecho mercantil no es el derecho de la empresa, sino el de su titular y el de su actividad externa.

A través de esta síntesis, el lector habrá podido apreciar la importancia del tema y la profundidad con que ha sido tratado. El lenguaje empleado es siempre claro y preciso. Sólo nos resta añadir que creemos hallarnos ante una obra fundamental para el estudio del Derecho mercantil.

MANUEL SERRANO.

GINOSSAR, S.: *Droit Réel, Propriété et Créance. Élaboration d'un système rationnel des Droits Patrimoniaux*. «Librerie Générale de Droit et Jurisprudence» (LGDJ). París 1960. (Rústica, 213 páginas.)

El punto de arranque de la obra lo constituye un análisis de las distintas posiciones en torno a la clasificación de los derechos patrimoniales en reales y personales. Desde el primer momento hace gala el autor de una abundante información bibliográfica. Tras la cita de la «tesis clásica» de distinción entre ambas categorías de derechos pasa a otras corrientes aparecidas modernamente: la personalista («obligacional»), las nuevas tendencias cuantitativas. Ante la diversidad de pareceres doctrinales aparece evidente la necesidad de un enfoque racional al abordar la distinción, pero ello resulta muy difícil por las constantes anomalías que se pueden apreciar en los diversos tipos de derechos reales. Rechazando los intentos de síntesis, se propone realizar un nuevo enfoque de la cuestión que tenga en cuenta rigurosamente los caracteres de los diversos en la práctica, así como la debida consideración de la debatida «obligación pasiva universal».

Tras esta introducción, en que plantea las dificultades y la diversidad de soluciones propuestas, dedica su primera parte a los conceptos de «propiedad» y «crédito». Luego de exponer la concepción tradicional, de superioridad de la primera sobre el segundo, opina que existen, sin embargo, variados puntos de contacto. Así, la garantía general que los derechos de propiedad suponen para el acreedor; la escasa diferencia existente entre propiedad y créditos sobre cuerpos ciertos. Sin embargo, rechaza el autor como exagerada la teoría que ve en el crédito un camino hacia la propiedad (MOURLON, OLIER, incluso DEMOGUE). Acepta, en cambio, que la propiedad puede dar nacimiento a ciertos créditos.

Hace luego notar GINOSSAR, al enfrentarse con el elemento esencial de la propiedad, que no puede considerarse tal, como habitualmente se hace, ni a sus clásicos componentes «usus, fructus, abusos», ni al poder o señorío sobre la cosa, ni a la facultad de disposición. Para él la propiedad es esencialmente pertenencia; es

«la relación por la cual una cosa pertenece a alguien». Pero esta configuración también la encuentra en los créditos, a los que define como «bienes pertenecientes al acreedor y unidos a su propio patrimonio por efecto de un derecho de propiedad». Para el autor puede darse perfectamente, tanto la propiedad de una cosa material como la de un crédito, esto es, la de un derecho de tal clase. Reconoce, con todo, que la expresión «propiedad de un crédito» no aparece en el Código francés ni es tampoco usual en la doctrina, y menos en la jurisprudencia. Pero él cree que es perfectamente posible haciéndola remontar a la teoría romana de las «res incorporales». Además, según se dice en la obra que examinamos, analizando la cuestión puede observarse un paralelismo entre la propiedad de las cosas y la de los créditos; habrá divergencias, pero también existen entre la propiedad mueble y la inmueble. Por de pronto, pueden apreciarse en la propiedad de los créditos sus tres elementos distintivos: «usus, fructus, abusus» (o disposición); son, además, susceptibles de soportar desmembramientos o derechos reales restringidos (usufructo, prenda de un crédito), así como de posesión, embargo y ejecución forzosa. Todo ello hace posible emplear el término «propiedad», siendo preferible al de «titularidad de un crédito», como es usual.

Por otro lado, analizando la estructura del derecho de crédito, rechaza que se trate de una relación relativa, como se afirma, frente a la oponibilidad a terceros (persecución, preferencia) propia del derecho real. El derecho del acreedor no es menos exclusivo que el del propietario de una cosa; pueden acoplarse al crédito incluso las nociones de protección contra la desposesión y de reivindicación, si bien con ciertas diferencias, pues reconoce GINOSSAR que los casos de usurpación y adquisición de los créditos «a non domino» son muy raros. Estudia luego las garantías que puede esgrimir el acreedor: acción pauliana, acción por simulación o por complicidad de terceros en casos de menoscabo de sus derechos; con los distintos fundamentos que la doctrina les atribuye: carácter ilícito de la causa, culpa delictual o cuasi-delictual.

Una vez fijado el sentido de la obligación pasiva universal o deber de abstención, se ocupa GINOSSAR de algunas excepciones a este principio, tratando así de la expropiación, de la responsabi-

lidad por deudas y de algunos otros casos de origen legal o convencional.

Nuevo punto de contacto entre la propiedad y el crédito lo encuentra en los supuestos de enajenación, al ocuparse del momento en que ésta produce sus efectos respecto de terceros.

Otro punto de contacto entre ambas nociones jurídicas lo sitúa por último en la actuación de terceros de buena fe ante estos derechos.

Con todo ello llega a una conclusión: en el derecho de crédito pueden considerarse dos aspectos: uno relativo, entre acreedor y deudor; otro absoluto, que garantiza al acreedor su titularidad y que merece el nombre de «propiedad», constituyendo esta última, junto con la de cosas corporales, el patrimonio de la persona.

La segunda parte de la obra la dedica a los derechos en cosa ajena. Comienza por plantear la distinción entre derechos reales y personales; tampoco le satisface el configurarlos como derechos «*en una cosa*» o «*en relación a una cosa*». Presenta ejemplos de la vida corriente en que es difícil determinar si lo que configuran los interesados es un derecho real o personal. Se esfuerza por encontrar una diferencia, partiendo del supuesto de una obligación con garantía hipotecaria, concluyendo que es «derecho personal el que corresponde a una obligación personal» y «derecho real el que corresponde a una obligación real». Ante ello, se preocupa de analizar el concepto de obligación real («obligatio rei») desde su origen romano, que adquirió después pleno carácter con el feudalismo medieval, hasta llegar al viraje que supuso la obra de los Glosadores, con su bifurcación tajante del «*ius in personam*» y «*ius in re*». El concepto de obligación real pasó a entenderse de un modo limitado («*propter rem*»), con una injustificada desatención, según nuestro autor, por parte de la doctrina. Para él, a todo derecho real es correlativa una obligación real, sin necesidad de caer en la ficción de personificar la cosa (DEMANGEAT) para explicar la estructura y funcionamiento del derecho real.

El autor termina esta parte considerando que su teoría tiene un mayor alcance que la tradicional del «*droit de suite*» (persecución), dada la equivocidad de la expresión «opinibilidad a terceros», empleada normalmente.

Se preocupa luego de comparar propiedad y derechos reales. Tampoco aquí se muestra de acuerdo con la asimilación tradicional, que cree obra de los Glosadores, desviándose a su parecer de las auténticas fuentes romanas. Siguiendo su propia construcción anterior, no le corresponde a la propiedad una obligación real correlativa. Es un derecho distinto a los restantes, el único absoluto, frente a todos los demás, que considera relativos. Seguidamente trata el autor de combatir los trazos comunes aceptados tradicionalmente entre propiedad y derechos reales.

Comparando por su parte los «derechos reales» y «personales» los encuentra esencialmente semejantes, dada su «relatividad». Sólo se distinguen «por el modo de determinación del sujeto pasivo individual». El derecho real precisa, ante todo, de un bien individualmente determinado. En el personal existe un deudor, una persona que es posible designar por su nombre.

El derecho real muestra su carácter frente al personal especialmente con ocasión de la enajenación del bien. Otras notas las constituyen: la responsabilidad «intra rem» del obligado a otro real, su carácter preferencial y el principio de anterioridad o posterioridad temporal, que regula las relaciones de los derechos reales entre sí.

Tras ello, GINOSSAR habla del «carácter excepcional» que acompaña al derecho real, por ser considerado habitualmente un obstáculo a la circulación económica de los bienes, frente a la autonomía de la voluntad en materia convencional. Consecuencia de ello son las «medidas protectoras»: publicidad de las cargas reales, que hace se desarrollen habitualmente sobre inmuebles, sin que lleguen al mismo grado los derechos reales mobiliarios, salvo aquéllos asimilados a ellos, por su posibilidad de publicidad.

Ello se busca también de algún modo en la constitución de derechos reales sobre créditos mediante el consentimiento de los interesados para saber su existencia.

Otra diferencia la constituye la limitación de tipos permitidos de derechos reales por motivos de orden público, que recortan la libertad de los particulares, aunque ello no es totalmente igual en todos los Ordenamientos. También quedan anotadas la presunción contraria al carácter real de una obligación y el aban-

dono liberatorio a favor del titular de un bien gravado, como otras notas.

La última parte de la exposición intenta una combinación de los caracteres del derecho real y personal, para lo cual presenta el supuesto de la hipoteca («obligatio scripta in rem»); también, los casos de algunos derechos reales que comportan obligaciones accesorias y especialmente el caso del arrendamiento, de tantos caracteres complejos, junto con alguna pequeña alusión a los censos.

En su conclusión final, GINOSSAR justifica todo su esfuerzo: superar los conceptos meramente negativos de derecho real dados por los autores: éste y el derecho personal—resume—son dos categorías distintas de los derechos de obligación. Tras recapitular todos sus caracteres formula una «clasificación racional» de los derechos patrimoniales, distinguiendo derechos de propiedad y derechos de obligación; y entre los primeros, derechos corporales e incorporales, subdivididos los últimos en relativos e intelectuales. Con esto, y justificando las raíces romanas que inspiran toda su construcción, termina la obra.

La lectura del libro resulta amena; destaca, sin duda, la buena formación jurídica del autor, revelada en todos los detalles, aun los más incidentales; su técnica de citas es cuidada, con mucha documentación, dando siempre mucho relieve a las tesis doctorales, cosa que, siendo bastante usual en autores de expresión francesa, resalta mucho más en esta obra.

Pero, en general, su parte crítica es superior a la constructiva: sus intentos no resultan totalmente perfilados, pese a reincidir con frecuencia en ellos para buscar la persuasión del lector.

Apuntemos finalmente que quizá en las fuentes que maneja se deja sentir la falta de materiales italianos, que hubiesen sido convenientes tratando estos problemas.

PEDRO-ANTONIO FERRER SANCHÍS.

Ayudante de Cátedra de la Facultad de Derecho
de Valencia.

Cláusulas limitativas de la responsabilidad contractual. M. García Amigo.—Ed. Tecnos. Madrid (287 págs.).

Se inicia la obra con una tabla de abreviaturas y concluye con una abundante bibliografía y cuadros de los preceptos positivos y de las sentencias citadas.

El cuerpo se estructura en una amplia Introducción y tres partes, dedicada la I a la «noción» de las cláusulas; la II a los «límites objetivos» de su validez y la III a su «contractualidad y eficacia».

Se contrasta la pobreza de la bibliografía española con la extranjera, que «cuenta con muchos y buenos estudios». En el Derecho positivo, aunque no se da una regulación específica, se referencian los artículos 1.102, 1.103, 1.104 y 1.911 del Código civil y los artículos 105 y 140 de la Ley Hipotecaria, como preceptos de aplicación general. Como específicos, los artículos 1.475, 1.476, 1.485, 1.553, 1.681, 1.745 del Código civil; 245, 350, 370, 619 y 620 del Código de Comercio y la Ley de 1949, con referencia al transporte marítimo; y los artículos 31 de la Ley de Anónimas y 8.º de las de Responsabilidad Limitada.

El Ordenamiento positivo español es fragmentario e incompleto, su defecto principal es «la falta de consciencia por parte del legislador español del hecho que la mayor parte de las cláusulas de limitación de la responsabilidad se estipulan en los contratos celebrados en base a condiciones generales de contratación. En verdad es ésta una crítica disculpable, toda vez que a la época de redacción de los Códigos civil y mercantil el problema de las condiciones generales de los contratos no revestía la agudeza que hoy presenta...» pero, pese a lo dicho, «creemos que se puede construir sobre la base que ofrece nuestro Ordenamiento positivo una teoría general de las cláusulas limitativas de la responsabilidad...».

Se estudian las cláusulas limitativas en la realidad negocial y se citan algunos ejemplos de la Seat, la Compañía Telefónica, el Patronato de Apuestas Mutuas Deportivas Benéficas, la Naviera

Aznar y las «regles et usances uniformes relatives aux credits documentaires».

En los precedentes históricos se repasan algunos textos del Digesto y un curioso fragmento de las Partidas.

En el juicio crítico sobre las mismas, afirma el autor estar convencido «de la utilidad práctica de su uso, naturalmente, no de su abuso». Para evitar éste deberán satisfacer todas las exigencias del principio de la autonomía de la voluntad.

La Introducción concluye explicando las fuentes utilizadas en el estudio y la sistemática a seguir.

Se entra de lleno en materia después de analizar el funcionamiento del principio de la autonomía de la voluntad, la jerarquía de las normas que regulan la relación contractual, el contenido subjetivo del contrato y la estructura de la responsabilidad contractual.

En tema de noción y terminología aplicables se las define provisionalmente como: aquellos pactos insertos en un contrato, mediante los cuales el acreedor y el deudor se ponen de acuerdo para establecer preventivamente, y en virtud del principio de autonomía de la voluntad, una limitación cualquiera de la responsabilidad que la Ley dispositiva atribuye al deudor por el incumplimiento imputable de sus obligaciones contractuales».

Diferencia las cláusulas limitativas de la responsabilidad de figuras afines: cláusulas que determinan el contenido de la prestación; seguro de responsabilidad civil; cláusula penal y teoría de la asunción de los riesgos.

Reconociendo que la variedad «es casi infinita» y que la doctrina formuló varias clasificaciones, el autor propone la siguiente:

A) Afectantes a la causa de atribución de la responsabilidad: a) dolo; b) culpa grave; c) culpa leve; d) causas objetivas; e) responsabilidad por actos de los dependientes con los mismos grados; y f) derivadas de actos de determinados dependientes (directivos).

B) Afectantes al «id quod interest»: a) exclusión; b) reducción a una cantidad irrisoria; c) limitación a una suma «a forfait»; d) o a su porcentaje de los daños sufridos; e) o al valor declarado o pagado por la cosa; f) limitación con referencia a deter-

minadas causas productoras del incumplimiento: 1.^a exclusión de los daños derivados de la mora; 2.^a reparando los vicios «in natura», con exclusión de los demás daños; 3.^a limitando la responsabilidad a determinados eventos, con exclusión de los demás, etc.

C) Afectantes a la garantía patrimonial responsable:

C') Aspecto sustantivo: limitación del patrimonio garante: a) limitaciones positivas: garantizando solamente con determinados bienes simplemente o con hipoteca, prenda o derecho de retención; b) limitaciones negativas: excluyendo determinados bienes o determinadas categorías de bienes o la garantía patrimonial universal.

C'') Aspecto procesal: a) con referencia a la acción, limitando el tiempo de prescripción o decadencia; b) con referencia a la excepción, por la inoponibilidad de todas o de determinadas excepciones.

D) Afectantes a la carga de la prueba: a) estableciendo presunciones de fortuito a favor del deudor; b) poniendo directamente la carga de la prueba sobre la otra parte.

El último fundamento de la validez de las cláusulas «es precisamente la libertad contractual en cuanto poder de configurar el contenido del contrato». Los límites se hallan en «las leyes», «la moral» y el «orden público». En puntos concretos se desarrolla el dolo; el orden público; la culpa grave y el principio «culpa lata dolo equiparatur»; el dolo y culpa de los dependientes del deudor; las buenas costumbres, buena fe y equivalencia de las prestaciones y límites de validez de las cláusulas que limitan la garantía patrimonial o invierten la carga de la prueba o acortan los plazos legales de prescripción y caducidad.

Después se trata de los límites a la validez de las cláusulas en los contratos particulares. En la compraventa civil son aplicables los principios comunes, pero hay dos supuestos de regulación específica: límites de validez de los pactos que excluyen la responsabilidad por evicción y por vicios ocultos. En la compraventa mercantil la norma básica es el artículo 345 del Código de Comercio. Reconocida, en principio, la validez de las cláusulas limitativas de la responsabilidad por el juego del artículo 50, habrá que recurrir

a los artículos 1.102, 1.476 y 1.485 del Código civil. En el contrato de transporte es donde aparecieron las convenciones de no responsabilidad en su sentido moderno y actual. En el transporte de personas, por razones obvias, se declaran unánimemente nulas. Nada se opone a su validez en caso de retardo o daños en el equipaje de los viajeros. En el transporte de cosas hay que diferenciar el terrestre, el marítimo y el aéreo. En el primero subdistinguir: los internacionales se rigen por convenciones, generalmente suscritas por todos los países. Los viajes de ferrocarril (Convenio de Ginebra, revisión de 1961) y los de carretera (Convención de Berna de 1956). Los nacionales tienen, lógicamente, su regulación territorial específica. El Código español no las regula, pero en el artículo 350 se prevé la posibilidad de fijar preventivamente la indemnización a pagar en caso de retardo. En contra de la tesis de GARRIGUES, la nulidad general de las cláusulas con base en el débil argumento de la aplicación analógica del 620, sienta GARCÍA AMIGO la de su validez general, por regir el principio de autonomía de la voluntad, salvo cuando exista prohibición expresa; porque el 620 es norma prohibitiva y excepcional y no parece indicada la aplicación analógica; porque de quererlas prohibir el legislador lo hubiera hecho explícitamente—como en el caso del transporte marítimo—y porque el T. S. las considera válidas (Cfr. sent. 19-XII-1944). En el marítimo, los internacionales se rigen, en España, por la Ley de 22-XII-1949 y la responsabilidad se construye en base de los artículos 7, 8, 10 y 11 de esta Ley. En el transporte nacional la responsabilidad se determina en los artículos 618 y 620 del Código de Comercio. Para el transporte aéreo rige el Convenio de Varsovia de 12-X-1929. Los contratos bancarios tienen autonomía doctrinal pero en nuestro Código sólo se regulan algunos y éstos de forma incompleta. Ante el contrato de cheque se adoptan tres posiciones. La más general de atribuir la responsabilidad a la banca. La que imputa los riesgos sin culpa al cliente y la que distingue según la relación vincular banco-cliente. El autor sienta como conclusiones: que la banca ejercita una actividad profesional; que los daños se producen en la esfera patrimonial y de actividad del banco y que existe un precepto que nos resuelve el problema. El artículo 1.162 del C. c., aplicado ya por nuestro T. S. Se estudia después una cláusula de irresponsabilidad tomada de los formu-

larios del Banco Español de Crédito. Al no disponerse nada específico respecto de los contratos bancarios deberemos acudir a los principios generales. En el contrato de depósito de títulos en administración el límite será la culpa grave. En el contrato de delegación de créditos para el cobro se cita una cláusula del Banco Exterior de España. En el contrato de trabajo la responsabilidad está absolutamente sustraída a la voluntad de las partes en virtud del artículo 36 y debe citarse también el artículo 3.º de la Ley de Convenios colectivos sindicales.

La mayor parte de estas cláusulas se estipulan en contratos celebrados a base de condiciones generales. En España—respecto a estas últimas—se dibujan dos posiciones. Una las considera simples cláusulas contractuales, cuando han entrado a formar parte de su contrato y careciendo de todo valor en otro caso. Otra, la que diferencia las «condiciones generales de los contratos», que serían nuevas cláusulas contractuales y «las condiciones generales de la contratación», que serían normas objetivas de derecho semejantes a los usos mercantiles. La primera es la tesis civilista, que es la del autor. Admitida esta tesis las condiciones de su eficacia serían las exigidas para toda declaración de voluntad contractual. Una vez aceptadas puede surgir—respecto de ellas—el problema de su interpretación. El presupuesto inexcusable es la oscuridad de dichas cláusulas. La jurisprudencia española—al seguir esta tesis—aplica a estas cláusulas las normas de interpretación previstas para los contratos en general. Se mantiene por la doctrina, como distinción importante, la clasificación entre normas de interpretación subjetiva y objetiva o normas interpretativas e integrativas, cuya distinción tiene un alcance práctico importante, porque la preferencia de unas sobre las otras puede conducir a efectos contractuales diversos.

En nuestro C. c. tienen preferencia las normas interpretativas puras. La validez de las cláusulas de irresponsabilidad es clara en teoría, pero en la práctica pueden plantearse problemas que deben ser resueltos por aplicación del 1.284, debiendo tenerse en cuenta que este criterio interpretativo es subsidiario de los establecidos en los artículos 1.281 y 1.282 y que el precepto antedicho no determina un significado positivo, sino que sólo determina la producción de efectos, sin especificar cuáles; por otra parte, su aplicación

presupone la existencia de una voluntad contractual válida; esta norma interpretativa opera a favor del predisponente de las condiciones generales, en las que se integran las cláusulas de irresponsabilidad; en colisión con la norma del 1.289, goza de preferencia sobre esta última, aunque el 1.289 puede «dulcificar la norma del 1.284».

Si esta última norma se traduce en una interpretación desfavorable al perjudicado, hay otras normas que inclinan la interpretación a su favor. La casi totalidad de las convenciones de irresponsabilidad se estipulan en los contratos celebrados a base de condiciones generales, redactados preventiva y unilateralmente, por lo que será de aplicación la norma del 1.288, que establece «una especie de castigo contra "stipulatores" por no haberse expresado bien, debiendo y pudiendo hacerlo».

En principio, el 1.289 permite fundamentar una interpretación restrictiva de las convenciones de irresponsabilidad y una mayor reciprocidad de intereses. Este artículo es una norma subsidiaria de todas las demás. Así se manifiesta la jurisprudencia de todos los países, v. gr., en las cláusulas «ignoro peso, contenido y calidad de la mercancía», «mercancía vista», «vista y aceptada en el estado en que se encuentra», y otras semejantes.

La teoría de la nulidad parcial del negocio jurídico no se formula de modo general en nuestro C. c., pero se alude a ella en el artículo 743. En opinión del autor, la nulidad de las cláusulas no anula el contrato, pero se sustituirán automáticamente «por el derecho legal».

Si son válidas producen los efectos generales típicos del contrato y los específicos de limitar la responsabilidad en alguna de las formas citadas al establecer el cuadro doctrinal o «en cualquiera otra forma que la fantasía de los empresarios llegue a dar realidad a su intento». En todas las posibles formas es nota común que el máximo fijado jamás puede exceder del máximo posible de daños reales sufridos. Otras cláusulas invierten la carga de la prueba, dejando intactas, al menos teóricamente, las causas de imputación de responsabilidad y la cuantía de los daños reales como medida de indemnización. El efecto práctico de tales cláusulas es el de limitar de hecho las causas de atribución de la responsabilidad.

Juicio crítico.—De bueno: estudio exhaustivo del tema, abundante bibliografía y selección de preceptos positivos españoles y extranjeros, de sentencias de tribunales nacionales y de otros países. De malo: reiteración de ideas en una sistemática un poco nebulosa, pero sobre todo se echa de menos un estudio serio de cláusulas tomadas de la vida negocial (sólo se estudian algunas pocas y de pasada) y se echa de más párrafos enormes. inmensos, en francés, alemán, italiano... (págs. 17, 56, 78, 103, 110, etc....). Si se quiso poner el texto de primera mano debió darse, simultáneamente, la traducción castellana. El que no posea el don de lenguas puede tener, también, vehementes deseos de conocer a fondo este cuidado y completo estudio de las cláusulas limitativas de responsabilidad.

NOTA: Sobre 10, lo calificaría de 7.

ELÍAS IZQUIERDO.